

BULLETIN DROIT & BANQUE



ECLAIRAGES

- **La maîtrise du bilan des banques dans le contexte économique et réglementaire actuel**

Jean-Sébastien Coquelet

- **Petit parcours guidé à travers le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte)**

Grégory Minne et Clara Mara-Marhuenda

JURISPRUDENCE COMMENTÉE

- **Arrêt de la CJUE du 10 novembre 2016 : Quel impact pour les gages sur comptes bancaires ?**

Linda Funck, Azadeh Djazayeri et Fiorenza Cingolani

- **Saisie civile – saisie pénale - saisie-arrêt – validation – tierce-opposition – exequatur – confiscation – recevabilité – indisponibilité – hiérarchie – gage général des créanciers – provisoire - ordre public - intérêt privé**

Jugement civil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg (première chambre) du 4 janvier 2017

- **Le banquier entre saisie pénale et saisie civile**

Armel Waisse

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER EUROPÉEN

- **Recent Case Law of the EU Court of Justice and General Court in EU Banking and Financial Law (October 2016 – October 2017)**

Philippe-Emmanuel Partsch et Thomas Evans

EXTRAIT 61

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 61, ALJB, 2017").

BULLETIN

DROIT &
BANQUE

N° 61

Décembre 2017

Editeur:

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

www.aljb.lu

Comité de rédaction:

Sandrine Conin

ABBL

conin@abbl.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 SCS

henri.wagner@allenoverly.com

Secrétariat, Inscriptions:

secretariat@aljb.lu

House of Finance

B.P. 13

L-2010 Luxembourg

Arrêt de la CJUE du 10 novembre 2016 : Quel impact pour les gages sur comptes bancaires ?

Linda Funck
Partner
Elvinger Hoss Prussen

Azadeh Djazayeri
Counsel
Elvinger Hoss Prussen

Fiorenza Cingolani
Associate
Elvinger Hoss Prussen

En date du 10 novembre 2016, la quatrième chambre de la Cour de justice de l'Union européenne (la « CJUE ») a rendu un arrêt¹ (l'« Arrêt ») sur l'application de la directive 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (la « Directive 2002/47 »)².

L'Arrêt a notamment tenté de clarifier les notions de possession et de contrôle d'une garantie financière constituée sous forme de nantissement d'espèces déposées sur un compte bancaire. L'Arrêt traite également du sort des avoirs constitués en garantie versés sur un compte bancaire gagé après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité engagée à l'encontre du constituant de la garantie.

En l'espèce, le 14 avril 2007 Izdevnieciba Stilus (aux droits de laquelle est venue Private Equity Group SIA) et Swedbank ont conclu un contrat-type de compte bancaire courant. Le contrat-type comportait une clause de garantie financière en vertu de laquelle les fonds déposés sur le compte courant d'Izdevnieciba Stilus étaient donnés en nantissement de créances présentes et futures en faveur de Swedbank³.

Le 20 octobre 2010, Izdevnieciba Stilus a été déclarée en faillite. L'administrateur de la faillite a ensuite conclu avec Swedbank un nouveau contrat de compte-courant comportant la même clause de nantissement.

Le 8 juin 2011, Swedbank a prélevé certaines sommes du compte courant d'Izdevnieciba Stilus au titre de frais de tenue de compte pour la période allant jusqu'à la déclaration de faillite.

Izdevnieciba Stilus, représentée par l'administrateur de la faillite, a alors intenté une action en justice contre Swedbank afin de recouvrer les sommes prélevées.

La Cour suprême lettone, saisie en dernière instance, a décidé de surseoir à statuer et a posé cinq questions préjudicielles à la CJUE⁴, dont l'applicabilité de la Directive 2002/47 à un compte courant et la validité d'un contrat de garantie financière en cas de faillite du constituant.

Sur la première de ces questions, la CJUE a conclu, après avoir analysé le champ d'application de la Directive 2002/47, que la clause créant un nantissement de créances présentes et futures en faveur de Swedbank était constitutive d'une garantie financière entrant dans le champ de la Directive 2002/47.

Sur la question de la validité d'un contrat de garantie financière en cas de faillite du constituant⁵, la CJUE a estimé que « la [Directive 2002/47] (...) doit être interprétée en ce sens qu'elle ne confère au preneur d'une garantie financière telle que celle en cause au principal, selon laquelle les fonds déposés sur un compte bancaire sont donnés en nantissement à la banque pour garantir toutes les créances de celle-ci contre le titulaire du compte, le droit d'exécuter cette garantie indépendamment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard du constituant que si, d'une part, les fonds faisant l'objet de ladite garantie ont été versés sur le compte en question avant l'ouverture de cette procédure ou si ces fonds y ont été versés à la date de cette ouverture, la banque ayant prouvé qu'elle ignorait que ladite procédure avait été ouverte ou qu'elle ne pouvait raisonnablement le savoir, et si, d'autre part, le titulaire dudit compte

1 Arrêt du 10 novembre 2016, Private Equity Insurance Group SIA c. Swedbank AS., C-156/15, EU : C : 2016 : 851 (l'« Arrêt »).

2 Il convient de prendre en compte la Directive 2002/47 dans sa version initiale et non dans sa version modifiée à la suite de la directive 2009/44/CE du Parlement Européen et du Conseil compte tenu de la date des faits.

3 Le compte n'était pas bloqué et continuait d'opérer normalement sur les instructions d'Izdevnieciba Stilus.

4 Voy. Arrêt, point 20. Les trois autres questions préjudicielles ne seront pas traitées dans le cadre du présent article. Pour un examen de l'ensemble des questions préjudicielles, Voy. J. Morel-Maroger, *revue Banque et Droit* n°171, jan.-fév. 2017.

5 La question était posée dans les termes suivants : « faut-il interpréter les articles 3 et 8 de la Directive 2002/47, examinés dans le contexte des considérants 3 et 5 de cette directive, en ce sens que cette dernière a pour objectif de garantir aux établissements de crédit un régime prioritaire particulièrement favorable en cas de faillite de leurs clients, et en particulier par rapport à d'autres créanciers de ces clients comme les employés s'agissant des créances de rémunération, l'Etat s'agissant des créances fiscales et les créanciers privilégiés en vertu d'une sûreté bénéficiant la foi publique ? » (Voy. Arrêt, point 20).

était empêché de disposer desdits fonds après leur versement sur ce même compte. »

Malgré les inquiétudes que pourrait susciter l'Arrêt sur l'application pratique⁶ de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, telle qu'elle a été modifiée (la « **Loi de 2005** ») ayant transposé la Directive 2002/47 et, en particulier, en matière de gages sur comptes bancaires, nous constaterons que sa portée et ses conséquences sont limitées en droit luxembourgeois.

En effet notre droit national connaît et définit déjà les notions de possession ou contrôle sous le prisme de la « *dépossession fictive* » appliquée au droit des sûretés réelles pour les avoirs incorporels. Le législateur luxembourgeois a transposé la Directive 2002/47 ainsi que la directive 2009/44/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 mai 2009⁷ (la « **Directive 2009/44** ») en y intégrant cette conception civiliste de « *dépossession fictive* » telle qu'appliquée au Luxembourg⁸.

1. (Dé)possession ou contrôle, élément unique de la constitution d'un contrat de garantie financière sous la Directive 2002/47

La « *dépossession* » est une notion clef pour considérer une garantie financière valablement constituée et couverte par la Directive 2002/47.

Ainsi, le considérant (9) de la Directive 2002/47⁹ prévoit qu'afin de limiter les formalités administratives « [...] la seule condition de validité que le droit national peut imposer en ce qui concerne la garantie financière est qu'elle soit livrée, transférée, détenue, enregistrée, ou désignée autrement, de telle sorte que le preneur de la garantie [...] en ait la possession ou le contrôle, sans exclure des techniques de garantie permettant au constituant de substituer la garantie ou d'en retirer l'excédent ».

6 Pour des applications pratiques, voy. en ce sens : A. Elvinger, « Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : Compétence du juge des référés et admissibilité de son intervention », *Bulletin Droit & Banque N°58, Juin 2016* ; p. Geortay, « Le caractère accessoire du gage et la loi sur les contrats de garantie financière », *Droit bancaire et financier au Luxembourg 2014, Volume 3*.

7 Directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées.

8 Voy. en ce sens, A. R. Cuny de la Verryère, *Sûretés & Garanties au Grand-Duché de Luxembourg*, Genève : Editions promoculture, 2014, §114-116.

9 Les dispositions de la Directive 2002/47 sont applicables en l'espèce puisque les faits au principal sont antérieurs à la Directive 2009/44 qui a modifié certains points de la Directive 2002/47.

Le considérant (10) de la Directive 2002/47 dispose par ailleurs que la Directive 2002/47 ne couvre que les contrats de garantie financière qui prévoient une certaine forme de dépossession. Cette condition est reprise à l'article 1^{er} paragraphe 5 de la Directive 2002/47 prévoyant que la Directive 2002/47 s'applique « une fois que la garantie financière a été constituée et que cette constitution peut être attestée par écrit ».

Le terme « constitution » est, quant à lui, défini par l'article 2 paragraphe 2 de la Directive 2002/47 : « [...] la "constitution" d'une garantie financière [...] désigne sa livraison, son transfert, sa détention, son enregistrement ou tout autre traitement ayant pour effet que le preneur de la garantie ou la personne agissant pour son compte acquiert la possession ou le contrôle de cette garantie financière ».

Il convient de remarquer que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les contrats de garantie financière¹⁰ (ayant donné lieu à la Directive 2002/47) ne contenait pas, à l'origine, l'exigence de contrôle ou de (dé)possession¹¹. C'est le rapport du Parlement européen¹² qui a introduit cette exigence par amendement en justifiant « qu'il importe de bien marquer que pour qu'une garantie financière relève du champ d'application de la directive, il doit y avoir dépossession ».

Or, ce critère de dépossession n'a été défini ni par le Parlement européen ni dans la version finale de la Directive 2002/47.

2. La conception de dépossession retenue par l'Arrêt

Face à l'absence de définition dans la Directive 2002/47 et d'un renvoi exprès au droit des Etats membres sur ce sujet, la CJUE estime que le critère de dépossession doit trouver dans toute l'Union européenne une interprétation autonome et uniforme. Selon la CJUE, cette interprétation doit être recherchée en tenant compte du libellé, du contexte et de l'objectif de la Directive 2002/47¹³.

La CJUE développe une analyse articulée autour de 3 axes :

- tout d'abord, la Directive 2002/47 vise à établir un équilibre entre l'efficacité du marché et la sécurité des parties au contrat de garantie financière et des tiers en exigeant pour la constitution une certaine forme de dépossession, en vue de promouvoir la stabilité financière et limiter les effets de contagion

10 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les contrats de garantie financière (2001/C 180 E/32).

11 Voy. art.2 paragraphe 5 de la proposition de directive préc.

12 Rapp. Parlement européen sur la proposition de directive préc., amendement 11, p.11. Voy. également recommandation Parlement européen pour la deuxième lecture sur la proposition de directive préc., p.7.

13 Arrêt, point 39.

en cas de défaillance d'une partie à un contrat de garantie financière¹⁴;

- ensuite, l'exigence de constitution vise à assurer au preneur de la garantie financière la faculté d'en disposer en cas de survenance d'un événement entraînant l'exécution de ladite garantie ;
- enfin, la faculté du preneur de garantie de disposer de la garantie financière serait dépourvue de portée pratique si le titulaire conservait également un droit non limité de disposer de l'objet de la garantie.

Sur la faculté du preneur de garantie de disposer de l'objet de la garantie financière, la CJUE se fonde sur l'article 2 paragraphe 2 de la Directive 2002/47 suivant lequel « le droit de substitution ou de retrait de l'excédent d'espèces remis à titre de garantie en faveur du constituant ne porte pas atteinte à la garantie constituée au profit du preneur de la garantie [...] ». La haute juridiction européenne relève ainsi a contrario que « ce droit [de disposer de l'objet de la garantie financière par le preneur de la garantie] serait dépourvu de portée si le preneur de la garantie était considéré comme ayant acquis la possession ou le contrôle des fonds également dans le cas où le titulaire du compte peut en disposer librement », c'est-à-dire si le titulaire du compte se voit conférer un droit de disposition en dehors des cas de substitution et de retrait d'excédent prévus par l'article 2 paragraphe 2 précité.

La CJUE en conclut alors que « le preneur d'une garantie telle que celle en cause au principal, portant sur des fonds déposés sur un compte bancaire ordinaire ne peut être considéré comme ayant acquis "la possession ou le contrôle" de ces fonds qu'à la condition que le constituant de la garantie soit empêché d'en disposer »¹⁵.

En d'autres termes selon l'Arrêt, une garantie financière au sens de la Directive 2002/47 ne serait valablement constituée et ne produirait ses effets¹⁶ qu'en présence d'une dépossession empêchant le constituant du gage de disposer des fonds faisant l'objet de la garantie financière.

L'Arrêt fait également un lien entre la constitution de la garantie financière et sa validité, le moment du versement de l'avoir en garantie et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

3. Dépossession, constitution de l'avoir en garantie et procédure d'insolvabilité

L'avocat général a relayé dans ses conclusions relatives à l'Arrêt une observation du gouvernement du Royaume Uni lors de l'audience suivant laquelle la Directive 2002/47 ne s'appliquerait pas dans l'hypothèse où les espèces formant la garantie financière seraient versées sur le compte bancaire concerné après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité¹⁷.

Si cette motivation n'est pas reprise *expressis verbis* par la CJUE dans l'Arrêt, la haute juridiction européenne fixe comme condition à la validité de la garantie financière en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité du constituant¹⁸ la constitution de la garantie financière et le moment du versement des avoirs constitués en garantie sur le compte bancaire.

A notre avis, la question de savoir si des espèces versées sur un compte au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité du constituant peuvent faire partie de l'assiette d'une garantie financière et être réservées au bénéfice du créancier gagiste nonobstant l'ouverture de ladite procédure d'insolvabilité dépendra principalement du moment de la constitution de la garantie (qui devra être préalable à ladite procédure d'insolvabilité¹⁹) mais également du type d'avoir en constitution d'une garantie financière.

C'est précisément uniquement cela qu'il faut comprendre de la conclusion de l'Arrêt : « La [Directive 2002/47] [...] doit être interprétée en ce sens qu'elle ne confère au preneur d'une garantie financière telle que celle en cause au principal, selon laquelle les fonds déposés sur un compte bancaire sont donnés en nantissement à la banque pour garantir toutes les créances de celle-ci contre le titulaire du compte, le droit d'exécuter cette garantie indépendamment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard du constituant que si, d'une part, les fonds faisant l'objet de ladite garantie ont été versés sur le compte en question avant l'ouverture de cette procédure ou si ces fonds y ont été versés à la date de cette ouverture, la banque ayant prouvé qu'elle ignorait que ladite procédure avait été ouverte ou qu'elle ne pouvait raisonnablement le savoir, et si, d'autre part, le titulaire dudit compte était empêché de disposer desdits fonds après leur versement sur ce même compte. »²⁰

Le nantissement sur le compte-courant d'Izdevnieciba Stilus et sa réalisation ont été déclarés hors champ

14 Considérants 10 et 17 de la Directive 2002/47.

15 Arrêt, point 44, Voy. également conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar 21 juil. 2016, en particulier points 49 et s.

16 Il s'agit principalement de l'opposabilité de la garantie financière indépendamment de l'ouverture ou de la poursuite d'une procédure d'insolvabilité à l'égard du constituant. Voy. art. 8, §1 et 3 de la Directive 2002/47.

17 Voy. conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, préc. points 66 et s.

18 Ibid. Voy. également l'Arrêt, points 45 et s.

19 S. Jacoby, « Les garanties financières face aux procédures d'insolvabilité », *JT Luxembourg 2010, spéc. Section 3.1.*

20 Voy. article 8 de la Directive 2002/47 qui se réfère à la constitution d'une garantie financière ou d'avoirs en garantie.

de la Directive 2002/47 par la CJUE parce que tout d'abord, le compte n'avait pas été bloqué (et donc selon la CJUE le nantissement pas constitué) et ensuite, parce que les espèces, objet de la garantie, avaient été déposées après l'ouverture de la faillite d'Izdevnieciba Stilus²¹.

En matière de gage sur compte bancaire, les espèces versées au crédit du compte gagé ne tombent dans l'assiette du gage en faveur du créancier gagiste que pour autant qu'elles aient été versées au crédit du compte avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Ceci sera le cas aussi bien lors d'une constitution de la garantie financière avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité qu'au jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, encore faut-il qu'à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité le créancier gagiste prouve qu'il ignorait ou ne pouvait raisonnablement savoir qu'une telle procédure avait été ouverte.

Néanmoins si les espèces ne constituent pas l'avoir principal constitué en garantie mais un accessoire à cet avoir (par exemple un dividende ou tout autre droit à paiement attaché à un instrument financier inscrit dans un compte-titre gagé) et que la garantie financière est valablement constituée (c'est-à-dire que la dépossession a eu lieu) avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, tout paiement effectué et versé en rapport avec l'avoir constitué en garantie devrait alors faire partie de l'assiette du gage et bénéficier au créancier gagiste ; et cela même si le paiement est effectivement versé après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

L'apport de l'Arrêt sur la définition de la « dépossession »²² devrait rester limité pour les garanties financières soumises au droit luxembourgeois.

En effet la transposition par le législateur national de la Directive 2002/47 ainsi que de la Directive 2009/44 dans la Loi de 2005 a été faite en empruntant à la notion de « dépossession » le droit des sûretés général tel qu'appliqué au Luxembourg avant l'avènement des directives. Le droit luxembourgeois n'exigeait et n'exige pas un contrôle effectif de l'avoir constitué en garantie comme élément nécessaire à une dépossession valable.

4. La transposition de la Directive 2002/47 dans la Loi de 2005 : une simple mise au point de l'élément de dépossession en droit national

Il est clairement apparu au législateur luxembourgeois, à l'occasion des commentaires des articles

du projet de la Loi de 2005, que la transposition en droit national de l'article 2 paragraphe 2 de la Directive 2002/47²³ était destinée à préciser « [...] la signification du terme de "constitution" de la garantie comme signifiant essentiellement la dépossession ou le transfert de propriété »²⁴.

Si dans l'esprit du législateur luxembourgeois cette transposition avait effet de précision et non d'introduction d'un nouveau critère en droit national, c'est parce que le droit luxembourgeois applique la théorie civiliste de la dépossession en matière de sûretés réelles.

La théorie civiliste emporte comme effet la reconnaissance d'une dépossession fictive (en matière d'avoirs incorporels) comme condition de fond en matière de gage²⁵, dont le pendant est le droit de rétention sur l'objet de la garantie financière conféré au créancier gagiste²⁶.

Appliqué à une garantie financière sous forme de gage sur créances²⁷, l'article 5.(3) de la Loi de 2005 transposant la Directive 2002/47 prévoit que la dépossession se réalise par la simple notification ou l'acceptation du débiteur²⁸. Aux termes des commentaires du projet de la Loi de 2005, cette notification « couvre les créances présentes et futures sans qu'il

23 Cet article a été transposé sous l'article 2.(3) de la Loi de 2005.

24 Voy. article 2076 du code civil ; Voy. également doc. parl. 5251, commentaire des articles, *Ad. Article 2* p.15.

25 Voy. art. 5.(1) de la Loi de 2005.

26 Article 5.(5) de la Loi de 2005 et doc. parl. 5251, commentaire des articles *Ad. Article 5* p.16.

27 Le gage portant sur des fonds déposés sur un compte bancaire est un gage sur créances. Les fonds déposés, étant des choses de genre, deviennent la propriété de la banque dépositaire à l'égard de laquelle le client ne dispose plus que d'un droit de créance réalisé par la restitution des fonds déposés par la banque dépositaire. Voy. en ce sens trib. arr. Luxembourg (15^{ème} sect. comm.) 4 jan. 2012, *DAOR n°105, 1-2/2013, p191 et s.*

28 Ce mode de dépossession était déjà appliqué en matière de gage portant sur des avoirs incorporels antérieurement à la Loi de 2005 en vertu de l'article 2075 du code civil avant sa modification par la loi du 21 décembre 1994 : « le privilège énoncé en l'article précédent s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage ». Pour une application en matière de gage sur compte voy. trib. arr. Luxembourg (comm.) 23 nov. 1984 *Korf Engineering GmbH c. Bank Oppenheim Pierson International*, n° de rôle 32221 sous *Bull. droit et banque 1986*.

Le jugement confirme que la signification de l'article 2075 est une des mesures substantielles de la naissance du droit réel au profit du créancier gagiste en ce qu'elle fait office de la mise en possession de celui-ci, lorsque la mise en possession physique est matériellement impossible en raison du caractère incorporel du meuble affecté en gage. Et le jugement de relever que dans la pratique bancaire pour mettre en gage un compte en banque, le banquier se fait signifier à lui-même la mise en gage de la créance puisqu'il est débiteur des espèces déposées.

21 Arrêt, point 45. Voy. également art. 8 paragraphe 2 de la Directive 2002/47.

22 Relevons au passage que les conclusions de l'avocat général et les motivations de l'Arrêt ne se réfèrent qu'à des arrêts et sources de droit anglais.

y ait lieu de répéter la notification ou de procéder à des mesures de blocage particulières »²⁹.

Le Conseil d'Etat s'est d'ailleurs penché dans son avis³⁰ sur la question de la dépossession en tant que condition de validité du gage en cas de droit d'usage laissé au constituant. Le Conseil d'Etat a suggéré de consacrer la pratique du droit d'usage conféré au constituant dont l'étendue dépendra de la liberté des parties et donnera lieu, le cas échéant, à information du tiers convenu ou du dépositaire³¹. Cette suggestion a été reprise au paragraphe (4) de l'article 11 de la Loi de 2005 qui a été introduit par l'amendement 5 de la Commission des finances et du budget³² et qui dispose que : « le droit accordé par le créancier gagiste au constituant de disposer des avoirs nantis n'affecte pas la dépossession des avoirs nantis dont le constituant du gage ne dispose pas ». La Commission des finances et du budget a motivé l'introduction de cet article dans les termes suivants³³ : « Le Conseil d'Etat a développé aux alinéas 4 et 5 de son commentaire de l'article 10 du projet de loi un débat qui divise actuellement la doctrine au Luxembourg. Certains estiment que si le créancier gagiste accorde un droit de disposition au constituant du gage sur les avoirs en compte gagé (ce qui est la règle dans les grandes opérations de financement) il risque de perdre la possession et donc son gage. La Commission ne partage pas cette analyse et estime que la dépossession reste acquise mais que l'assiette du gage sera changeante (le gage peut porter sur toutes choses présentes et futures sans qu'il n'y ait lieu de renouveler la dépossession à chaque entrée d'avoirs sur un compte) et ne portera *in fine* que sur le solde des avoirs en compte au moment où le créancier gagiste exercera ses droits »³⁴.

L'examen des travaux parlementaires fait ressortir l'intention du législateur luxembourgeois de laisser la plus grande liberté aux parties à une garantie financière afin qu'elles définissent les conditions selon lesquelles le constituant du gage pourrait, après la mise en possession du créancier gagiste, continuer à user ou non des avoirs gagés. Cette volonté transparaît très clairement des termes de l'article 11.(4) de la Loi de 2005.

Nous relèverons également à l'appui de notre analyse que la Directive 2002/47 prévoit que le constituant conserve la *propriété* des avoirs garantis³⁵.

En droit luxembourgeois, la propriété est définie³⁶ comme le droit de jouir et disposer des choses, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. Cela signifie, à notre sens que le constituant, pouvant conserver la pleine propriété de l'objet de la garantie financière, peut également en disposer librement même après la mise en possession du créancier gagiste.

5. Mise en perspective des objectifs de la Directive 2002/47 et de la Loi de 2005 : une transposition conforme

La transposition de la notion de « *dépossession ou [de] contrôle* » de la Directive 2002/47 est satisfaite en droit national par la mise en possession fictive énoncée par les articles 5.(1)³⁷ et 5.(3) de la Loi de 2005. Dès lors que la mise en possession est effectuée conformément aux dispositions pertinentes de la Loi de 2005, la garantie financière est valablement constituée.

En reprenant d'ailleurs à l'article 5 de la Loi de 2005 les méthodes de dépossession selon le type d'avoir et en clarifiant les conséquences de la dépossession fictive en matière d'avoirs incorporels, notamment sur le plan de la validité d'un contrat de garantie financière, le législateur luxembourgeois s'est attaché à créer l'équilibre recherché entre l'efficacité du marché et la sécurité des parties en introduisant dans le droit national un corps de règles harmonisées³⁸.

La possibilité donnée au constituant par le créancier gagiste de disposer des avoirs constitués en garantie n'affecte pas la dépossession (et donc la constitution) des avoirs, y compris des espèces déposées sur un compte bancaire, en raison du maintien de la dépossession fictive³⁹. La dépossession restera acquise au créancier gagiste nonobstant l'existence d'un droit de disposition par le constituant. L'assiette du gage sera simplement changeante⁴⁰ sans devoir cependant renouveler la dépossession à chaque entrée d'avoirs

36 Article 544 du code civil.

37 Aux termes de l'article 5.(1) de la Loi de 2005 « le privilège ne subsiste sur les avoirs nantis qu'autant que ces avoirs ont été mis et sont restés ou sont réputés être restés en la possession du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre les parties ».

38 Voy. doc. parl. 5251, exposé des motifs.

39 Article 11.(4) de la Loi de 2005. Voy. également doc. parl. 5251⁵, préc. « La formulation choisie [du paragraphe (4) de l'article 11 de la Loi de 2005] s'efforce d'éviter que le texte ne puisse être lu comme signifiant que le gage restera attaché aux avoirs dont le constituant du gage aura disposé, ce qui serait juridiquement faux et dangereux pour la sécurité des transactions financières. ».

40 Article 4 de la Loi de 2005 « Les parties à un contrat de gage peuvent convenir que pour garantir les obligations financières couvertes d'un débiteur, tous les avoirs appartenant ou venant à appartenir au constituant du gage sont ou seront soumis au nantissement, sans qu'il soit besoin de les spécifier. ».

29 Doc. parl. 5251, commentaire des articles *Ad. Article 5*, préc.

30 Doc. parl. 5251³ Avis du Conseil d'Etat, commentaire de l'Article 10 p.6.

31 Ibid.

32 Doc. parl. 5251⁵, p.3.

33 Ibid.

34 Voy. également l'avis complémentaire du Conseil d'Etat suite aux amendements proposés par la Commission des finances et du budget, doc. parl. 5251⁶.

35 Art. 2 paragraphe 1.c) de la Directive 2002/47.

sur un compte⁴¹ et ne portera *in fine* que sur le solde des avoirs en compte au moment où le créancier gagiste exercera ses droits.

La question de l'assiette du gage apparaît comme essentielle puisqu'elle a semblé peser sur l'interprétation à donner à la notion de *dépossession ou [de] contrôle* dans l'Arrêt.

En effet l'avocat général à la CJUE s'inspire, dans ses conclusions relatives aux questions posées dans l'Arrêt⁴², des considérations retenues par les juridictions anglaises à l'occasion de deux décisions⁴³ pour interpréter les notions de *dépossession ou contrôle*. La dépossession ou le contrôle supposerait que le constituant ne puisse disposer de l'avoir constitué en garantie au risque de porter atteinte à l'assiette du gage en faveur du créancier gagiste.

Or d'une part, la dépossession fictive et le droit de rétention permettent déjà à notre sens d'empêcher le constituant de disposer de l'avoir de la garantie financière. Empêcher ou permettre l'usage de l'avoir par le constituant (en gardant le droit pour le constituant de percevoir les produits ou de donner des instructions par rapport à l'avoir) dès la constitution de la garantie financière ou lors de sa réalisation relèvera de la liberté contractuelle des parties.

L'absence d'un mécanisme de restriction au droit du constituant sur l'avoir de la garantie financière ne doit pas être de nature à affecter la constitution de la garantie financière. La garantie financière est valablement constituée dès lors que la dépossession est effectivement faite en vertu des dispositions de la Loi de 2005.

D'autre part, le fait de laisser au constituant certains droits sur les avoirs objet de la garantie financière ne prive pas de sens la notion de dépossession ou de contrôle⁴⁴.

Il faut également noter que l'avocat général prend appui sur la deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 2 de la Directive 2002/47, qui valide des techniques de garantie permettant au constituant de la garantie financière de la substituer ou en retirer l'excédent. La mention expresse de ces techniques permet à l'avocat général de déduire « [...] a contrario, que des droits plus étendus accordés au constituant signifieraient que l'exigence de la constitution de la garantie n'est pas remplie ». L'avocat général considère que la constitution de la garantie financière implique que le preneur exerce un « contrôle légal » sur l'objet de la garantie financière, « entendu comme le pouvoir d'empêcher le constituant [de] disposer [de l'objet de la garantie] »⁴⁵. L'avocat général estime en effet que « le droit pour le constituant de la garantie de retirer librement des espèces du compte faisant l'objet de la garantie irait à l'encontre de cette condition ».

A notre sens, cette disposition ne doit pas être interprétée comme introduisant des exceptions limitatives au principe de disposition par le constituant des avoirs objet d'une garantie. Elle s'explique par le considérant (16) de la Directive 2002/47 relatif à la gestion et à la limite de risques de crédit par les opérateurs des marchés financiers en recourant à des mécanismes de garantie financière complémentaire ou équivalente.

Aux termes du considérant (16) de la Directive 2002/47, « la bonne pratique des marchés financiers [...] selon laquelle les opérateurs gèrent et limitent leur risque de crédit réciproque par des mécanismes de garantie financière complémentaire [...], où le risque de crédit et la garantie financière sont mesurés sur la base de leur valeur de marché (*mark-to-market*), le créancier pouvant ensuite réclamer un complément ou restituer un éventuel excédent de garantie financière, devrait être préservée de certaines règles de nullité automatique. Il en va de même pour la possibilité de remplacer des actifs remis en garantie par d'autres actifs pour la même valeur. L'intention est simplement de veiller à ce que la constitution d'une garantie financière complémentaire ou de remplacement ne puisse être remise en question uniquement parce que les obligations financières couvertes existaient avant cette constitution ou parce que cette constitution est survenue au cours d'une période déterminée. ».

Le champ d'application de la deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 2 de la Directive 2002/47 est donc clairement circonscrit aux garanties financières comportant des mécanismes de garantie complémentaire ou équivalente. Cette disposition ne doit en

41 Doc. parl. 5251, commentaire des articles Ad. Article 5 préc.

42 Voy. conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, préc.

43 Premier arrêt *Gray and others v G-T-P Group Limited, Re F2G Realisations Limited (in liquidation)* [2010] EWHC 1772 (Ch). Dans cette première affaire les juridictions anglaises ont jugé que la constitution d'une garantie financière sous forme d'espèces présuppose que le preneur puisse empêcher le constituant de disposer des fonds. Il doit s'agir d'un « contrôle légal » et non pas d'un simple contrôle administratif. Dans l'espèce en cause, les obligations n'étaient pas remplies car le constituant de la garantie financière pouvait demander le retrait des fonds déposés sur le compte sans restriction. Deuxième arrêt *Lehman Brothers International (Europe) (In Administration)* [2012] EWHC 2997 (Ch). Le juge anglais a estimé dans ce deuxième arrêt que le concept de dépossession était dépourvu de sens si le constituant pouvait disposer de l'avoir objet de la garantie financière, sans que le preneur de la garantie financière puisse refuser. La juridiction anglaise a retenu qu'en l'espèce il n'y avait pas de contrôle.

44 Voy. en ce sens Doc. Parl. 5251, commentaire des articles Ad. Article 5 préc.

45 Il s'agirait en pratique selon l'avocat général « [...] d'une clause contractuelle accordant au preneur de la garantie le droit de limiter l'utilisation des fonds déposés sur ce compte, dans la mesure nécessaire pour garantir les obligations financières couvertes. ». Voy. conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, préc. point 53.

revanche pas permettre de limiter de manière générale les modalités de droit de disposition d'un constituant sur un avoir objet d'une garantie financière ; ces modalités doivent être laissées à la liberté des parties.

La transposition de la Directive 2009/44/CE a permis au législateur luxembourgeois d'aller encore plus loin sur ces notions et leur impact sur la constitution d'une garantie financière.

6. La transposition de la Directive 2009/44 dans la Loi de 2005 : un renforcement de la qualification de garantie financière

La Directive 2009/44 a modifié la Directive 2002/47 en introduisant notamment les créances privées⁴⁶ dans la liste des avoirs pouvant être constitués en garantie sous la Directive 2002/47.

Ainsi, la Directive 2009/44 a remplacé le considérant (9) de la Directive 2002/47 par le considérant suivant : « pour limiter les formalités administratives auxquelles doivent faire face les parties utilisant une garantie financière entrant dans le champ d'application de la présente directive, la seule condition de validité que le droit national peut imposer aux parties en ce qui concerne la garantie financière devrait être que le preneur de garantie ou une personne agissant pour le compte de celui-ci ait le contrôle de ladite garantie, sans exclure le recours à des techniques de garantie permettant au constituant de substituer la garantie ou d'en retirer l'excédent. La présente directive ne devrait pas empêcher les Etats membres d'exiger qu'une créance privée soit fournie par la voie de son inscription sur une liste des créances ».

La Directive 2009/44 limite désormais les formalités administratives pour la validité d'une garantie financière au « contrôle » de ladite garantie mais ne définit (toujours) pas le terme de « contrôle ».

La Directive 2009/44 a également modifié la définition de « *contrat de garantie financière avec constitution de sûreté* ». Ce type de contrat est désormais défini comme « un contrat par lequel le constituant fournit au preneur, ou en faveur de celui-ci la garantie financière sous la forme d'une sûreté, et où le constituant conserve la pleine propriété ou la propriété restreinte de cette garantie financière, ou le droit intégral à cette dernière, lorsque le droit afférent à cette sûreté est établi ». De notre point de vue, la notion de *contrôle* ainsi que la référence à « [...] la pleine propriété ou la propriété restreinte » appliquées au droit luxembourgeois continuent de signifier la mise en possession (ou dépossession) et le droit de rétention en résultant, permettant au créancier gagiste

d'empêcher le constituant d'exercer certains droits sur l'avoir de la garantie financière⁴⁷.

La loi du 20 mai 2011, qui a transposé la Directive 2009/44 (la « **Loi de 2011** ») a permis au législateur luxembourgeois d'élargir la notion de constitution d'une garantie financière (nonobstant la nature de l'avoir constitué en garantie) par rapport à la Directive 2002/47 en ajoutant que « le droit réservé au constituant de la garantie de pouvoir donner des instructions par rapport aux avoirs constitués en garantie »⁴⁸ ne porte pas atteinte à la garantie. Cette précision a été motivée par l'introduction sous la Directive 2009/44 d'un droit supplémentaire à ceux énoncés sous l'article 2 paragraphe 2, deuxième phrase de la Directive 2002/47 et qui ne trouve application que pour les créances privées. Des termes mêmes du législateur luxembourgeois « [l']objet de cette modification est de préciser que certains droits qui seraient réservés au constituant d'une garantie financière n'ont pas pour effet de dénaturer cette garantie ni de lui donner une qualification autre que celle de garantie financière »⁴⁹.

En matière de gage sur compte bancaire de droit luxembourgeois, le constituant peut donc librement continuer à exercer ses droits sur les fonds déposés sur le compte. L'exercice de ce droit ne portera pas atteinte à la validité de la garantie financière, dès lors que la garantie financière sous forme de gage aura été valablement constituée⁵⁰.

Certes, les dispositions de la Loi de 2005, telle que modifiée par la Loi de 2011, vont au-delà de ce qui était prévu par la Directive 2002/47, mais cela ne signifie pas pour autant que la Loi de 2005 soit contraire à la Directive 2002/47 telle que modifiée par la Directive 2009/44. La Directive 2002/47 a été conçue comme une directive d'harmonisation. Il ressort en effet du considérant (22) de la Directive 2002/47 que l'objectif de cette dernière était la mise en place d'un régime minimal concernant l'utilisation des garanties financières, ce qui laisse aux Etats Membres une marge de manœuvre plus large pour transposer la directive et mieux définir les conditions de validité d'une garantie financière.

47 Il ressort clairement de l'exposé des motifs que dans l'esprit du législateur l'introduction du « contrôle » sous la Loi de 2005 (qui n'a par ailleurs été appliqué qu'aux gages sur instruments financiers transmissibles par inscription en compte) vise à créer un mode additionnel de dépossession coexistant avec la technique traditionnelle de dépossession en matière de gage. Voy. en ce sens doc. parl. 6164, commentaire des articles article 2 point 2), p.48. Voy. également le dernier paragraphe de l'art. 5(2) a) de la Loi de 2005 se référant uniquement à une « dépossession ».

48 Art. 2(3) de la Loi de 2005, précité.

49 Voy. doc. parl. 6164, préc.

50 La Loi de 2011 simplifie la dépossession en matière de gage sur créances, laquelle se réalise par la simple conclusion du gage du débiteur de la créance. Voy. art. 2.2 c) de la Loi de 2011 repris sous art.5(4) de la Loi de 2005.

46 Étant définies comme des créances pécuniaires découlant d'un accord au titre duquel un établissement de crédit consent un crédit sous la forme d'un prêt.

Conclusion

La conclusion de l'Arrêt a pu à première vue inquiéter les praticiens. En effet une analyse littérale de l'Arrêt pourrait faire croire qu'une garantie financière sur un compte courant ne serait désormais valablement constituée que par le blocage effectif du compte (et le retrait du pouvoir de disposition du constituant sur celui-ci) avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le constituant (et donc probablement dès la conclusion de la garantie financière) ou après l'ouverture d'une telle procédure pour autant que le créancier prouve qu'il ignorait ou ne pouvait raisonnablement connaître l'existence d'une telle procédure. Une garantie financière ne serait également pas valable si les avoirs étaient constitués en garantie et versés sur le compte gagé après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Sur un blocage systématique d'un compte bancaire, la conséquence pratique ne serait pas des moindres puisque sans un tel blocage avant la survenance d'un cas de réalisation (ce qui recouvre la majorité des cas en pratique), l'exigence de dépossession ou de contrôle ne serait pas remplie. Le gage perdrait ainsi sa validité en cas de procédure d'insolvabilité

à l'égard du constituant si une telle procédure constituait un fait entraînant l'exécution de la garantie financière.

Or la Loi de 2005, applicable à un gage sur compte bancaire luxembourgeois, ne pose le blocage effectif du compte ni comme condition de validité de constitution ni comme condition d'opposabilité en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard du constituant.

Concernant le moment où les avoirs sont constitués en garantie, il s'agit de bien replacer la conclusion de l'Arrêt dans le contexte unique des gages sur compte bancaire. En présence d'avoirs constitués en garantie dont des sommes d'argent ne seraient que les fruits, le versement de telles sommes sur le compte du constituant devrait être réservé au créancier gagiste bénéficiant d'une garantie sur l'avoir ayant généré ces sommes.

Il serait toutefois évidemment souhaitable que la CJUE clarifie les éléments de dépossession et de contrôle en tenant peut-être plus en compte la théorie civiliste de la dépossession applicable dans différents Etats membres.

2017 © 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