

BULLETIN DROIT & BANQUE



ARTICLES DE FOND

Debt buy-backs and liability management:
new buzzwords?

par Henri Wagner

How to deal with a distressed borrower
and a difficult market:
market trends and contractual alternatives
to lenders' enforcement and insolvency
proceedings

par Anne-Marie Nicolas

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER EUROPÉEN

(D'octobre 2008 à septembre 2009)

par Philippe-Emmanuel Partsch

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE DE DROIT BANCAIRE LUXEMBOURGEOIS

(D'avril 2008 à mars 2009)

par Nicolas Thieltgen

RELEVÉ DES DISPOSITIONS LÉGALES ET RÉGLEMENTAIRES INTÉRESSANT LE SECTEUR FINANCIER

(Du 1er janvier au 30 juin 2009)

par Laurence Kaniut-Fournier

EXTRAIT

44

BULLETIN

DROIT &
BANQUE

N° 44

Octobre 2009

Editeur:

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

B.P. 245 L-2012 Luxembourg
www.aljb.lu

Comité de rédaction:

Christiane Faltz
State Street Bank Luxembourg S.A.
Tel. 46 40 10-910
e-mail : cfaltz@statestreet.com

Sandrine Conin
KBL European Private Bankers S.A.
Tel. 47 97-3114
e-mail : sandrine.conin@kbl-bank.com

Nicki Kayser
Linklaters LLP, Luxembourg
Tel. 26 08 8235
e-mail : nicki.kayser@linklaters.com

Henri Wagner
Allen & Overy Luxembourg
Tel. 44 44 5 5312
e-mail : henri.wagner@allenoverly.com

Secrétariat, Inscriptions:

Nadine Millich
Tel. 44 66 44 51 33
Fax 44 22 55
e-mail: nadinemillich@ehp.lu

Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois

(avril 2008 – mars 2009)

Me Nicolas Thieltgen
Avocat à la Cour
Brucher & Associés

Comme cela fut le cas précédemment¹, la présente chronique aura pour objectif de rendre compte des décisions des juridictions luxembourgeoises intervenues en ce qui concerne les activités des établissements de crédit, sans néanmoins déborder sur la matière du droit financier au sens général du terme², ou, à tout le moins, en ne tenant compte que des décisions relevant directement des activités bancaires en cette matière.

Elle distinguera les décisions relatives au statut des banques, les décisions relatives à leurs opérations et les décisions relatives à l'assainissement et la liquidation de ces professionnels du secteur financier.

A toutes fins utiles, il est rappelé qu'en l'absence d'un système de suivi officiel des décisions, il ne peut être garanti que les jugements et arrêts commentés et/ou cités ont été coulés en force de chose jugée. Certaines décisions peuvent donc avoir été frappées d'un appel ou d'un pourvoi en cassation, voire réformées ou cassées, sans qu'il ait été possible en l'espèce de pouvoir systématiquement le vérifier pour chaque décision. Quand l'existence d'un appel ou d'un pourvoi nous a été communiquée, nous l'avons mentionné³.

La période commentée

La période couverte par la présente chronique de droit bancaire luxembourgeois fut exceptionnelle à bien des égards. Les juristes spécialisés en droit bancaire ont notamment été confrontés à une série de questions relatives à l'application de textes

qu'ils n'imaginaient pas (n'espéraient pas) devoir appliquer un jour.

Les décisions commentées et citées dans la présente chronique rendent compte en partie de ce « bouillonnement juridique ».

Ainsi, dans un souci d'exhaustivité, il nous a semblé utile de reprendre dans la présente chronique les enseignements les plus marquants des nombreuses décisions rendues en matière de liquidation et d'assainissement de professionnels du secteur financier. Nous nous sommes néanmoins abstenus de commenter en détail les dites décisions, alors que ces dernières ont déjà fait l'objet d'une analyse détaillée dans un précédent numéro du Bulletin Droit et Banque auquel nous renvoyons nos lecteurs⁴.

D'autre part, font également l'objet d'un commentaire ci-après certaines des ordonnances de référé rendues à l'occasion des difficultés rencontrées par plusieurs SICAV luxembourgeoises suite à la révélation d'un scandale touchant la société américaine B. L. Madoff Investment Securities LLC. Ne s'agissant que d'ordonnances de référé, les enseignements à en tirer en matière de droit bancaire ne sont que parcellaires. Seuls les jugements au fond pourront apporter des réponses claires aux questions se posant en l'espèce.

A l'exception de ces deux catégories de décisions, les jugements et arrêts rendus durant la période courant du 1^{er} avril 2008 au 31 mars 2009 ne tranchent évidemment pas encore des litiges nés à l'occasion de la crise économique et financière de ces derniers mois. Les solutions dégagées par lesdites décisions n'en sont cependant pas moins intéressantes, en ce qu'elles précisent toute une série de notions dégagées par la jurisprudence de ces dernières décennies, en matière d'obligation d'information reposant sur le banquier notamment⁵.

1 Voyez Thieltgen, N., « Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois », *Bulletin Droit et Banque*, 42, p. 18 et svtes.
 2 Sur la distinction à faire entre le droit bancaire et le droit financier, voyez Elvinger, A., « Historique du droit bancaire et financier luxembourgeois », *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, Bruxelles, Bruylant, 1994, volume I, p. 3 et svtes.
 3 A ce sujet, il a été porté à notre connaissance qu'une décision commentée dans notre précédente chronique, à savoir Cour d'Appel, 6 décembre 2007, n°29.800 du rôle, avait fait l'objet d'un pourvoi en cassation, pourvoi rejeté par Cour de Cassation, 19 février 2009, n°2601 du rôle.

4 Voyez Elvinger, M., « Enseignements jurisprudentiels récents en matière de sursis de paiement dans le secteur financier », *Bulletin Droit et Banque*, 43, p. 7 et svtes.
 5 L'auteur remercie chaleureusement ses collègues et confrères, Mes Bena, Bernardy et Ka pour leur aide dans la

I. Statut

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 2 juillet 2008, n°
103485 du rôle

**Statut général des banques et autres PSF
– Obligations professionnelles, règles
prudentielles et de conduite – Banquier
dépositaire – Obligation d'information –
Etendue – Obligation de moyen – Exonération
– Notion d'investisseur averti – Clients
disposant d'une formation supérieure et d'une
expérience dans le monde des affaires (oui)
– Clients assistés d'un professionnel en la
matière (oui) – Obligation de surveillance de
la valeur des titres – Application dans la phase
postérieure à l'acquisition des titres (non) –
Caractère abusif d'une demande à l'encontre
d'une banque tierce**

« (...) quelques soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à termes, hors le cas où il en a connaissance. Cette obligation est de moyen et dépend donc directement du client, selon qu'il est averti ou non. (...).

(...) dans l'hypothèse où le client est assisté par un professionnel, le banquier n'assume plus aucune obligation d'information et de conseil alors que ces missions sont assurées par le professionnel en question. (...).

(...) dans la phase qui se situe postérieurement à l'acquisition des titres, la banque n'a pas d'obligation de surveillance de la valeur des titres détenus en dépôt.

(...) rechercher la responsabilité d'une banque avec laquelle n'existe aucune relation contractuelle, sur base d'un courrier non adressé aux requérants et dont il n'est pas établi qu'il ait été mensonger ou trompeur revêt un caractère abusif. »

Commentaires

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, plusieurs personnes physiques non-résidentes, avaient, au cours de l'année 2003, investi, par l'intermédiaire d'une banque luxembourgeoise, dans un fonds de placement luxembourgeois.

recherche, le dépouillement et la préparation des décisions commentées. Des remerciements sont également adressés au Service de Documentation Juridique du Parquet Général pour son aide dans la recherche des décisions pertinentes.

Selon ces investisseurs privés, ladite banque luxembourgeoise leur aurait donné des informations très positives sur le fonds, en leur transmettant notamment une lettre de recommandation rédigée par une autre banque faisant état des qualités du manager dudit fonds.

Dès la fin de l'année 2003 et au début de l'année 2004, la valeur des parts dans ce fonds d'investissement connut de fortes variations, pour chuter drastiquement à partir du printemps 2004. Le fonds fut enfin liquidé à l'automne 2005, les investisseurs essayant à cette occasion de lourdes pertes.

Ces derniers décidèrent en conséquence d'assigner devant le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg la banque qui avait reçu les souscriptions pour la voir condamner à leur payer la somme de EUR 1.195.857.-, du chef du préjudice subi par eux en raison d'un manquement par la banque à son obligation de renseignement.

En effet, selon les requérants, la banque aurait manqué à son obligation d'information, notamment en ne leur remettant pas un bordereau de souscription en bonne et due forme les mettant en garde contre les risques liés à un tel investissement. La banque les aurait ainsi laissé investir dans un fonds hautement risqué, alors que, selon eux, ils étaient totalement inexpérimentés.

La banque contestait, quant à elle, d'une part, la qualité de profane des requérants, faisant valoir notamment le fait qu'ils étaient assistés d'un professionnel en la matière et, d'autre part, tout manquement à son obligation de renseignement.

2. Le jugement du 2 juillet 2008

Dans un premier temps, le Tribunal qualifia le cadre contractuel dans lequel s'étaient déroulés les faits litigieux.

A cet effet, il rappela qu'il ressortait du dossier que les relations entre les requérants et la banque devaient être analysées en un contrat de dépôt, combiné avec un contrat de mandat, lorsque la banque exécute les ordres d'achats des requérants.

Le cadre contractuel défini, le Tribunal releva, conformément à la position traditionnelle des juridictions luxembourgeoises sur la question⁶,

⁶ Voyez notamment Ravarani, G., *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Luxembourg, Pasricrisie luxembourgeoise, 2006, 2ème édition, p. 428 et svtes ; Morel A., Omes, E., « L'obligation d'information et de conseil du banquier », *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, volume II, ALJB, 2004, Larcier, p. 499 et svtes ; Schmitt, A., Omes, E., *La responsabilité du ban-*

que «quelques soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à termes, hors le cas où il en a connaissance. Cette obligation est de moyen et dépend donc directement du client, selon qu'il est averti ou non.».

Dans le cas d'espèce, après avoir constaté qu'outre le fait que les requérants disposaient d'une formation supérieure ainsi que d'une certaine expérience dans le domaine, ils étaient assistés d'un professionnel, le Tribunal considéra que «dans l'hypothèse où le client est assisté par un professionnel, le banquier n'assume plus aucune obligation d'information et de conseil, ces missions [étant] assurées par le professionnel en question».

Le Tribunal estima que la banque n'avait, dès lors, pas commis de faute dans l'exécution des ordres de souscription.

Au reproche des requérants selon lesquels la banque ne les avait pas avertis de sa perte de confiance à l'égard du fonds, le Tribunal rappela que «dans la phase qui se situe postérieurement à l'acquisition des titres, la banque n'a pas d'obligation de surveillance de la valeur des titres détenus en dépôt»⁷.

A titre subsidiaire, les demandeurs en justice recherchaient également la responsabilité de la banque tierce ayant émis une lettre de recommandation faisant état des qualités du manager du fonds d'investissement litigieux, lettre que la banque dépositaire avait transmise à ses clients.

Sur ce point, le Tribunal releva qu'«abstraction faite du fait que ce courrier n'était pas destiné aux requérants, force est de constater qu'il n'est nullement établi qu'au moment où [la banque tierce] a rédigé ce courrier les affirmations y contenues n'aient pas correspondu à la vérité».

En outre, faisant suite à la demande de la banque tierce en ce sens, le Tribunal retint que «(...) rechercher la responsabilité d'une banque avec laquelle n'existe aucune relation contractuelle, sur base d'un courrier non adressé aux requérants et dont il n'est pas établi qu'il ait été mensonger ou trompeur revêt un caractère abusif» et condamna

en conséquence les requérants au paiement de dommages et intérêts à la banque tierce.

3. Les enseignements du jugement du 2 juillet 2008

Le jugement du 2 juillet 2008 du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg présente un intérêt dans un premier temps en ce qu'il permet d'apprécier l'application actuelle par nos juridictions d'une série de principes et de concepts bien établis en matière d'obligation d'information et de surveillance du banquier dépositaire de titres.

On notera, à ce sujet, qu'il semble ressortir dudit jugement que le Tribunal ait considéré que le fait que les investisseurs aient suivi une formation supérieure et aient disposé d'une expérience dans le monde des affaires permettait de les qualifier d'investisseur averti.

Il est cependant difficile d'être définitif sur ce point, car le critère qui semble surtout avoir retenu la conviction des juges consiste surtout dans le fait que les investisseurs étaient assistés d'un conseiller professionnel.

Il faut cependant noter que si cette interprétation du prédit jugement devait être retenue, il s'agirait là d'une position plus stricte en la matière que celle habituellement retenue par les juridictions luxembourgeoises, notamment la Cour d'Appel⁸.

Comme nous le mentionnions dans notre chronique précédente⁹, il sera intéressant d'examiner l'évolution de la jurisprudence suite aux modifications apportées à la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier par la loi du 13 juillet 2007 sur les marchés d'instruments financiers¹⁰ sur cette question de la notion d'investisseur averti.

Le présent jugement présente également un intérêt en ce qu'il contient un enseignement, certes succinct, sur la responsabilité d'un banquier tiers

quier en droit bancaire privé luxembourgeois, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 142 et svtes.

7 Sur l'obligation d'information du banquier dépositaire de titres en ce qui concerne les événements affectant la vie de la société émettrice du titre, voyez notamment Bourin, P., «Droits et obligations du banquier dépositaire de titres», *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, volume II, ALJB, 2004, Larcier, p. 1267, n°37-25.

8 Voyez sur ce point Cour d'Appel, 6 décembre 2007, n°29.800 du rôle, in Thieltgen, N., «Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois», *Bulletin Droit et Banque*, 42, p. 26 et svtes.

9 *Ibidem*, p. 26.

10 Voyez notamment le nouvel article 37-3 (4) de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier telle que modifiée, qui prévoit que «Lorsqu'ils fournissent du conseil en investissement ou le service de gestion de portefeuille, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement doivent se procurer les informations nécessaires concernant les connaissances et l'expérience du client ou du client potentiel en matière d'investissement en rapport avec le type spécifique de produit ou de service, la situation financière et les objectifs d'investissement du client ou client potentiel concerné, de manière à pouvoir lui recommander les services d'investissement et les instruments financiers qui lui conviennent.»

qui, dans un courrier, avait recommandé les services du gestionnaire du fonds litigieux.

En l'espèce, ledit courrier consistait dans une attestation adressée par la banque tierce à une chambre professionnelle reconnaissant l'existence de relations d'affaires suivies, continues et personnelles avec le gestionnaire du fonds litigieux, une courte description de son activité ainsi que la mention que la collaboration avec ledit gestionnaire s'était toujours déroulée avec professionnalisme et cordialité.

Dans la présente espèce, le Tribunal a principalement retenu que les demandeurs n'avaient pas établi que les affirmations contenues dans ledit courrier auraient été fausses.

Il faut cependant noter qu'incidemment, le Tribunal semble suggérer, certes *a contrario*, que le fait que le courrier litigieux n'ait pas été destiné aux requérants a pu avoir une incidence sur la responsabilité délictuelle de la banque tierce (en l'exonérant de cette responsabilité), ce qui, d'un strict point de vue juridique, consisterait en une appréciation très stricte des conditions permettant d'engager la responsabilité d'une banque dans de telles circonstances.

Une telle position présenterait bien entendu un intérêt pour les banques devant émettre de telles attestations, alors qu'elles verraient limitée la responsabilité attachée aux déclarations contenues dans un tel document¹¹.

Cour d'Appel du Grand-Duché de Luxembourg
siégeant en matière correctionnelle, 19 novembre
2008, arrêt n°482/08

Statut général des banques et des autres PSF – Obligations professionnelles, règles prudentielles et de conduite – Blanchiment d'argent (lutte contre) – Possibilité pour le Procureur d'Etat d'utiliser toutes informations reçues en matière de blanchiment à toutes fins qu'il juge utiles (oui) – Faux et usage de faux – Déclaration d'ayant droit économique dans les documents d'ouverture d'un compte sans débit ni crédit (non) – Ecrit protégé (non) – Notions d'ayant droit économique (règles luxembourgeoises anti-blanchiment) et de *beneficial owner* (règles US du *Qualified Intermediary*) – Identité (non).

11 En l'espèce, il faut relever que la prudence veut, pour ces banques, d'assortir leurs déclarations d'une série de clauses limitatives de responsabilité, limitant la portée de leurs déclarations, notamment quant à l'identité des personnes pouvant utiliser ou se reposer sur leurs déclarations.

« (...) l'autorité compétente pour recevoir les informations en matière de blanchiment est le procureur d'Etat auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et (...) ce dernier, en sa qualité d'autorité judiciaire, peut utiliser toutes informations à toutes fins qu'il juge utiles, donc également pour la poursuite d'autres infractions que le blanchiment. Une règle de spécialité n'existe donc pas en la matière et cela suivant une volonté clairement exprimée par le législateur.

(...) le faux est une infraction instantanée. Cette infraction doit, dès lors, avoir été consommée, dès l'établissement par le prévenu de l'écrit en question. Au moment de l'ouverture de compte, ce dernier ne comport[ant] ni crédit ni débit, la déclaration d'ayant droit économique, à ce moment, n'était susceptible de constituer la preuve de rien. Cet écrit n'a pas de valeur de crédibilité, il ne bénéficiait d'aucune présomption de sincérité. (...) Il s'ensuit que l'ouverture de compte ne constitue pas un écrit protégé.(...).

(...) il est admis que les deux notions d'ayant droit économique des règles anti-blanchiment et de bénéficiaire économique (« *beneficial owner* ») du Q.I. [Qualified Intermediary] ne sont pas identiques.».

Commentaires

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, le ministère public reprochait à un prévenu, avocat de profession, d'avoir commis quatre faux différents et d'en avoir fait usage en vue de contourner pour son client la législation américaine sur le *Qualified Intermediary*.

Un autre prévenu, employé de banque, était accusé d'avoir coopéré comme co-auteur à un des faux et d'en avoir fait usage, alors qu'un troisième prévenu, également employé de banque, était accusé d'avoir fait usage d'un des faux.

Par jugement du 17 avril 2008, le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale avait déclaré l'avocat coupable comme auteur d'avoir réalisé lesdits faux en écritures privées et d'avoir fait usage de ces faux. Le deuxième prévenu avait été acquitté de l'infraction de faux mais avait été condamné pour usage de faux et le troisième prévenu avait, quant à lui, été acquitté.

Appel de ladite décision fut relevé en date du 30 avril 2008, procédure qui donna lieu à l'arrêt commenté ci-après.

2. L'arrêt du 19 novembre 2008 et ses enseignements

De nombreuses questions de procédure pénale et de droit pénal, notamment quant à la qualification des faits, se posaient en l'espèce. Nous n'aborderons néanmoins dans le présent commentaire que les points relatifs au droit bancaire. Le lecteur voulant approfondir les autres points de droit tranchés par cet arrêt pourra se référer aux deux décisions dont de larges extraits ont été publiés¹².

Les points importants de l'arrêt en matière de droit bancaire sont les suivants.

Premièrement, dans le cadre de son examen des exceptions de procédure soulevées par les prévenus quant à la validité de la procédure préliminaire, la Cour rappela, comme l'avait fait avant elle le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, que «l'autorité compétente pour recevoir les informations en matière de blanchiment est le procureur d'Etat auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et (...) ce dernier, en sa qualité d'autorité judiciaire, peut utiliser toutes informations à toutes fins qu'il juge utiles, donc également pour la poursuite d'autres infractions que le blanchiment. Une règle de spécialité n'existe donc pas en la matière et cela suivant une volonté clairement exprimée par le législateur.».

Les exceptions soulevées en 1^{ère} instance et durant l'instance d'appel par les prévenus à ce sujet démontraient pourtant les limites du système actuellement en place, dans lequel l'autorité à laquelle sont dénoncés les faits de blanchiment est également l'autorité de poursuite, système qui n'a d'ailleurs pas été retenu par nos pays voisins. Il semble néanmoins que nos juridictions nationales n'y voient actuellement pas de soucis majeurs.

Deuxièmement, dans le cadre de son examen des éléments constitutifs de l'infraction de faux et usage de faux et, plus particulièrement dans le cadre de son analyse de la notion d'écrit protégé, la Cour retint, au sujet d'une déclaration d'ouverture de compte remise à une banque et contenant des informations fausses, que «le faux est une infraction instantanée. Cette infraction doit, dès lors, avoir été consommée, dès l'établissement par le prévenu de l'écrit en question. Au moment de l'ouverture de compte, ce dernier ne comport[ant] ni crédit ni débit, la déclaration d'ayant droit économique, à ce moment, n'était susceptible de constituer la preuve de rien. Cet écrit n'a pas de valeur de crédibilité,

il ne bénéficiait d'aucune présomption de sincérité. (...) Il s'ensuit que l'ouverture de compte ne constitue pas un écrit protégé. »

Cette application des règles relatives aux éléments constitutifs de l'infraction de faux et d'usage de faux est certes stricte, mais conforme aux principes du droit pénal à ce sujet.

Troisièmement, à l'occasion de son analyse de l'existence d'une intention frauduleuse dans le chef des prévenus, condition nécessaire à ce que l'infraction de faux et d'usage de faux soit déclarée établie, la Cour considéra, contrairement à ce qu'avaient retenu les juges de 1^{ère} instance¹³, que «(...) les deux notions d'ayant droit économique des règles anti-blanchiment et de bénéficiaire économique (« beneficial owner ») du Q.I. [Qualified Intermediary] ne sont pas identiques. ».

L'interprétation retenue par la Cour sur ce point nous semble conforme à l'état actuel de la législation luxembourgeoise.

En conséquence, au regard de ces éléments, ainsi que d'autres éléments sans rapport avec la présente chronique, la Cour reforma le jugement de 1^{ère} instance et acquitta les deux prévenus.

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 5 décembre
2008, n°96.095 du rôle

**Statut général des banques et autres PSF
– Obligations professionnelles, règles
prudentielles et de conduite – Secret bancaire
– Obligation de discrétion – Contenu –
Obligation de résultat – Violation du secret
bancaire – Etendue du préjudice moral**

«(...) l'obligation de discrétion s'analyse en une obligation de ne pas faire, ne pas divulguer des informations relatives au client bancaire, qui est une obligation de résultat, puisqu'il s'agit d'une abstention qu'il est facile de respecter. (...)

En application de l'article 1145 du Code civil, si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages par le seul fait de la contravention (...). (...) dans certaines

¹² Voyez Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, 17 avril 2008, *JTL*, 2009, p.61 et svtes ; Cour d'Appel, 19 novembre 2008, *JTL*, 2009, p. 65 et svtes.

¹³ Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, 17 avril 2008, 17 avril 2008, *JTL*, 2009, p. 61 et svtes : « La notion d'ayant droit économique est générale, de façon à pouvoir englober « tous » les cas de figure imaginables et aboutir, par le biais de l'obligation de dénonciation, à une lutte efficace contre ce type de criminalité. L'ayant droit économique se définit comme «la personne pour le compte de laquelle le client agit ».

hypothèses, le préjudice réparable sera purement virtuel, symbolique en raison de l'absence de préjudice effectif. Dans cette hypothèse, la réparation devra être également symbolique, mais elle devrait pourtant être systématiquement accordée car l'inexécution de la convention cause nécessairement un préjudice au créancier (...).»

Commentaires

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, la fille d'une cliente décédée d'une banque luxembourgeoise avait fait donner assignation à ladite banque pour la voir condamner, principalement, à lui payer la somme de EUR 25.000.- à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral qu'elle avait subi du fait de la violation par cette banque de son obligation au secret bancaire.

A l'appui de sa demande, la partie demanderesse exposait qu'elle était une des cinq héritières de la cliente décédée, qui était titulaire d'un compte de dépôt-titres auprès d'une banque luxembourgeoise, et qu'elle avait fait l'objet de poursuites fiscales en Belgique suite à une «fuite de renseignements» dont la défenderesse était responsable.

La fille de la cliente décédée invoquait le bénéfice de l'autorité de la chose jugée attachée à un arrêt de la Cour d'Appel du 2 avril 2003¹⁴, confirmé par un arrêt de la Cour de Cassation, qui avait condamné la banque à verser à chacun des 4 autres héritiers le montant de EUR 25.000.- à titre de préjudice moral du chef de sa responsabilité contractuelle.

2. Le jugement du 5 décembre 2008

Dans un premier temps, le Tribunal rejeta les développements de la fille de la cliente décédée relative à l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 2 avril 2003.

Pour ce faire, le Tribunal constata que la demanderesse invoquait l'autorité de la chose jugée du prédit arrêt au motif qu'elle continuait la personne de la défunte à l'instar des autres parties.

Le Tribunal retint néanmoins qu'«Il est constant en cause que l'auteur de la demanderesse [à savoir la cliente décédée de la banque] n'a pas produit la présente demande en justice, que les héritiers ont présenté leur demande personnelle et ont demandé

réparation de leur préjudice propre [et que] les ayants cause ne se sont pas prévalus d'un dommage qu'ils auraient pu recueillir dans le patrimoine de leur auteur.»

En conséquence, le Tribunal décida qu'à défaut d'avoir figuré à l'instance précédente (à savoir celle ayant mené à l'arrêt du 2 avril 2003) ou d'y avoir été représentée, la demanderesse ne pouvait se prévaloir de l'autorité de la chose jugée.

Cette décision est tout à fait conforme aux principes applicables en la matière¹⁵.

Il appartenait donc au Tribunal de trancher, d'une part, la question de l'existence d'une faute de la part de la banque et, d'autre part, dans l'hypothèse où une telle faute serait établie, la question de l'existence d'un dommage réparable dans le chef de la partie demanderesse.

En ce qui concerne la question de l'existence d'une faute dans le chef de la banque, le Tribunal retint, conformément à la jurisprudence établie¹⁶, que « Le secret bancaire de source conventionnelle constitue une obligation de résultat. Le critère décisif constitue l'absence d'aléa et le rôle passif de la victime, en l'occurrence du client. Par ailleurs, l'obligation de discrétion s'analyse en une obligation de ne pas faire, ne pas divulguer des informations relatives au client bancaire, qui est une obligation de résultat, puisqu'il s'agit d'une abstention qu'il est facile de respecter. En la matière, l'article 1145 du Code civil donne expressément cette solution.»

En l'absence de faits permettant d'exonérer la banque de cette obligation de résultat, le Tribunal considéra la faute de cette dernière établie.

Restait pour le Tribunal à trancher la question du dommage réparable.

Sur ce point, la partie demanderesse réclamait le même montant que ceux alloués à chacun de ses frères et sœurs par l'arrêt du 2 avril 2003, à savoir EUR 25.000.-.

14 Voyez Cour d'Appel, 2 avril 2003, *Bulletin Droit et Banque*, 2003, n°34, pp. 52 et svtes; Cour de Cassation, 18 mars 2004 et note Kinsch, P., «L'affaire des fichiers volés de la Kredietbank Luxembourgeoise devant la Cour d'Appel et de Cassation», *Bulletin Droit et Banque*, 2004, n°35, pp. 46 et svtes.

15 Voyez l'article 1351 du Code Civil («L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de son jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. ») et Cour, 20 avril 1888, *Pas. lux.*, II, p. 556 (« L'autorité de la chose jugée n'existant qu'à la condition qu'il y ait identité d'objet, de cause et de personnes, ne peut dériver d'une sentence judiciaire qui, bien que coulée en force de chose jugée, est cependant rendue entre d'autres intéressés et sur un objet différent »).

16 Voyez Cour d'Appel, 2 avril 2003, *op. cit.*; Cour de Cassation, 18 mars 2004, *op. cit.*; Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, 23 mars 2007, n°97.651 in *Bulletin Droit et Banque*, 42, p. 21 et svtes.

On le sait, ce montant de EUR 25.000.- avait à l'époque créé la surprise, voire fait l'objet de critiques¹⁷.

Le Tribunal d'Arrondissement n'appliquait d'ailleurs depuis les enseignements pouvant être tirés de cette décision qu'avec beaucoup de circonspection¹⁸.

Il était donc légitime de se demander ce qu'allait décider ce même Tribunal dans le cadre de la présente affaire.

Citant la doctrine et la jurisprudence française applicables au cas d'espèce, le Tribunal rappela qu'« En application de l'article 1145 du Code civil si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages par le seul fait de la contravention (...). Selon la doctrine, dans certaines hypothèses, le préjudice réparable sera purement virtuel, symbolique en raison de l'absence de préjudice effectif. Dans cette hypothèse, la réparation devra être également symbolique, mais elle devrait pourtant être systématiquement accordée car l'inexécution de la convention cause nécessairement un préjudice au créancier. Le juge peut n'attribuer au créancier qu'un franc de dommage et intérêts; ... Le «seul fait de l'inexécution» constitue donc un préjudice, au moins moral, qu'il convient de réparer, ne serait-ce que d'une manière symbolique, à défaut de préjudice matériel caractérisé ou corporel caractérisé (...).»

En considération de ces développements, le Tribunal fixa à un euro le montant de l'indemnité revenant à la fille de la cliente du chef d'atteinte à sa vie privée et de déception de son attente légitime de voir la banque respecter son obligation au secret.

A l'appui de cette appréciation, le Tribunal cita un arrêt de la Cour d'Appel du 16 mars 2005 rendu dans le cadre d'une affaire de presse très médiatisée à l'époque, qui avait vu un journal satirique luxembourgeois condamné à payer deux fois un euro symbolique à un avocat luxembourgeois au titre du préjudice moral causé par une atteinte à sa réputation et à sa vie privée¹⁹.

3. Les enseignements du jugement du 5 décembre 2008

La décision rendue par le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg sur la question du dommage moral ne manque pas de surprendre.

En effet, dans un premier temps, le Tribunal a retenu la possibilité d'un préjudice moral en la matière, conformément à l'arrêt précité de la Cour d'Appel du 2 avril 2003, mais, contrairement à certaines de ses décisions rendues durant l'année 2007. Ces décisions avaient notamment retenu, dans des cas similaires, que «La notion de déception de l'attente légitime au respect du secret bancaire est trop insaisissable pour mériter indemnisation au titre de préjudice moral indépendant²⁰».

Néanmoins, et alors que, jusque-là, le Tribunal s'était montré plus clément que ne pouvait l'espérer la demanderesse (eu égard à sa jurisprudence récente), ledit Tribunal s'est ensuite montré beaucoup plus sévère, évaluant le préjudice moral subi par la demanderesse à un simple euro, sans néanmoins donner plus de justification, si ce n'est une référence à un arrêt de la Cour d'Appel du 16 mars 2005.

Cette décision étonne au regard notamment de l'arrêt de la Cour d'Appel du 2 avril 2003, dont semblait s'inspirer le Tribunal jusque là et qui avait retenu, quant à lui, l'existence d'un dommage moral de EUR 25.000,- pour chacun des demandeurs en justice (qui se trouvaient de surcroît dans une position assez similaire à celle de la partie demanderesse).

Une clarification de la position des juridictions luxembourgeoises en la matière s'impose. Elle devrait intervenir par la voie d'un arrêt d'appel qui doit être prochainement rendu dans l'affaire ayant donné lieu au préjudice jugé par le Tribunal d'Arrondissement du 23 mars 2007.

17 A l'époque, la Cour d'Appel avait évalué *ex aequo et bono* le préjudice moral découlant l'atteinte à l'intimité de la vie privée des clients de la banque ainsi qu'à leur atteinte légitime à voir la banque respecter son obligation au secret – pour une appréciation de cette décision, voyez Kinsch, P., *op. cit.*, p. 55.

18 Voyez Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, 23 mars 2007, n°97.651, in Thieltgen, N., « Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois », *Bulletin Droit et Banque*, 42, p. 21 et svtes – notons que cet arrêt a fait l'objet d'un appel qui devrait être tranché avant la fin de l'année 2009, selon les informations à notre disposition.

19 Cour d'Appel, 16 mars 2005, n°25.600 du rôle.

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, 19 février 2009, n°117632 du rôle

20 Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, 23 mars 2007, n°97.651 du rôle in Thieltgen, N., « Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois », *Bulletin Droit et Banque*, 42, p. 21 et svtes. Il faut noter que cette décision (ainsi que les autres décisions similaires rendues à la même époque) a fait l'objet d'un appel.

Statut général des banques et des autres PSF – Obligations professionnelles, règles prudentielles et de conduite – Compte Courant/ Dépôt – Obligation de renseignement et de conseil – Etendue – Critères d'appréciation – Investissement suggéré par la banque de sa propre initiative – Obligation de renseignement et de conseil accrue – Obligations sans date de maturité – Titre spéculatif (oui)

«(...) même dans la cadre d'un simple contrat de compte-courant/dépôt, avec mandat d'effectuer des opérations de bourse sur ordre spécifique, la banque est débitrice d'une obligation de renseignement et de conseil envers son client. Il s'agit d'une obligation de moyens qui varie en fonction de l'expérience bancaire et boursière du client, du type d'opération envisagée et de l'obligation du client de s'informer.

Ainsi, le banquier doit éclairer de manière suffisante et loyale son client sur les produits et services bancaires et boursiers utilisés, ainsi que sur les risques encourus, l'obligation de conseil se limitant toutefois dans le cadre de la relation visée (simple contrat de compte-courant avec mandat d'effectuer des opérations boursières) à une obligation de mise en garde, le banquier n'ayant, dans ce type de relation contractuelle, pas la charge de diriger des investissements de son client. (...)

Cette obligation de renseignement et de conseil est à analyser à la lumière de la qualité du client, de ses desiderata et besoins d'investissements, de la qualité du titre en question et des informations objectives à la disposition de la banque au jour de la transaction. (...)

(...) la banque a de sa propre initiative suggéré à son client, sans demande de sa part en ce sens, de convertir ses parts de fonds monétaire dans un investissement dans les titres (...) [litigieux], de sorte que l'obligation générale de renseignement et de conseil de la banque se trouve fortement accrue.

(...) le fait qu'une obligation ne comporte pas de date de maturité, c'est-à-dire que le remboursement à 100% au terme n'est pas automatique, mais dépend du bon vouloir du débiteur, sans possibilité pour l'investisseur d'exiger le remboursement et de sortir de son investissement sans perte de capital (à supposer le débiteur capable d'honorer ses engagements) rend le titre spéculatif, dans la mesure où il s'apparente à cet égard plus aux actions (equity) qu'aux obligations (bond). ».

Commentaires

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, une personne physique non-résidente, qui disposait d'un compte-titres auprès d'une banque luxembourgeoise, avait acheté au début de l'année 2005 des titres de dette émis par une société néerlandaise pour un montant total de 100.922,40 €.

Selon cet investisseur privé, ces titres lui avaient été hautement recommandés par la banque luxembourgeoise, qui ne l'aurait pas averti des risques encourus, mais qui, au contraire, lui aurait assuré que cet investissement était sans risque.

L'investisseur se rendit hélas compte un an plus tard que la valeur de ces titres avait considérablement baissé et il décida de les vendre au début de l'année 2006, pour un montant de EUR 90.670,28.-, essuyant de ce fait une perte de EUR 10.322,12.-.

Il décida en conséquence d'assigner la banque devant le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg pour la voir condamner à lui payer le somme de EUR 10.322,12.-, du chef du préjudice subi par lui en raison d'un manquement par la banque à son obligation de conseil et de renseignement.

En effet, selon lui, la banque ne l'avait pas éclairé à suffisance sur les risques encourus lors de l'achat du titre en question et ne lui avait pas donné d'informations détaillées sur les titres qu'elle recommandait, alors qu'il était âgé de plus de 70 ans, n'était pas spécialiste du milieu bancaire et qu'il avait expliqué au préposé de la banque qu'il ne désirait pas s'engager sur le marché de spéculation, mais qu'il recherchait un investissement sûr, sans risque de perte de capital.

La banque contestait, quant à elle, tout manquement dans son chef, estimant, d'une part, que l'investissement proposé au client n'était pas du tout spéculatif et que, d'autre part, elle avait en tout état de cause parfaitement rempli son obligation de renseignement et de conseil.

2. Le jugement du 19 février 2009

Dans un premier temps, le Tribunal qualifia le cadre contractuel dans lequel s'étaient déroulés les faits litigieux.

A cet effet, il rappela qu'il ressortait du dossier que le client avait conclu avec la banque luxembourgeoise un contrat de compte-dépôt, comportant la tenue d'un compte-dépôt et l'exécution par la banque des opérations de compte et de bourse demandées par le client et qu'il entretenait au moins un compte de dépôt à terme et un compte-titres avec des parts d'un fonds monétaire de la banque.

Relevant également qu'en l'espèce aucune convention de gestion discrétionnaire, ni de gestion simple n'avait été conclue entre parties, le Tribunal constata que la banque n'avait agi que «dans sa qualité de mandataire, le client déterminant seul la stratégie d'investissement et donnant seul les ordres boursiers à son banquier qui était chargé de les exécuter».

Le cadre contractuel défini, le Tribunal releva néanmoins, conformément à la position traditionnelle des juridictions luxembourgeoises sur la question²¹, que, bien que n'ayant pas agi dans le cadre d'une gestion discrétionnaire ou d'une gestion simple, mais seulement dans le cadre d'un simple contrat de compte-courant/dépôt, avec mandat d'effectuer des opérations de bourse sur ordre spécifique, la banque était cependant «débitrice d'une obligation de renseignement et de conseil envers son client».

S'agissant d'une obligation de moyens qui varie en fonction de l'expérience bancaire et boursière du client, du type d'opération envisagée et de l'obligation du client de s'informer, le Tribunal précisa que «le banquier doit éclairer de manière suffisante et loyale son client sur les produits et services bancaires et boursiers utilisés, ainsi que sur les risques encourus, l'obligation de conseil se limitant toutefois dans le cadre de la relation visée (simple contrat de compte-courant avec mandat d'effectuer des opérations boursières) à une obligation de mise en garde, le banquier n'ayant, dans ce type de relations contractuelles, pas la charge de diriger les investissements de son client.».

Dans le cas d'espèce, la banque ayant de sa propre initiative suggéré à son client, sans demande de sa part en ce sens, de convertir ses parts de fonds monétaires dans un investissement dans les titres litigieux, le Tribunal estima que l'obligation générale de renseignement et de conseil de la banque se trouvait fortement accrue.

Le principe de l'obligation à charge du banquier posée, le Tribunal énonça les critères d'appréciation à appliquer dans l'analyse de l'intensité de l'obligation de renseignement et de conseil à charge du banquier, à savoir la qualité du client, ses désidérata et besoins d'investissements, la qualité du titre en question et des informations objectives à la disposition de la banque au jour de la transaction.

21 Voyez notamment Ravarani, G., *op. cit.*, p. 428 et svtes ; Morel A., Omes, E., « L'obligation d'information et de conseil du banquier », *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, volume II, ALJB, 2004, Larcier, p. 499 et svtes ; Schmitt, A., Omes, E., *La responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 142 et svtes.

Le Tribunal releva qu'au regard de ces éléments et des faits de l'espèce²², la banque avait manqué à son obligation d'information et de conseil dans le cadre de l'acquisition des titres litigieux, ces titres n'étant « pas adaptés à la situation et aux désidérata du demandeur qui les a acquis, sur conseil de sa banque, sans avoir été pleinement informé sur les qualités du produit ».

Plus particulièrement, le Tribunal mit en évidence le fait que, bien que les titres litigieux acquis aient bénéficié lors de leur acquisition d'une bonne cotation de la part des agences de notation Moody's (AAA) et Standard & Poor's (A-) et que le taux variable du coupon protégeait le titre en question dans une certaine mesure des variations de cours dues au différentiel de taux entre le coupon et le taux du marché, « le fait que l'obligation ne comporte pas de date de maturité, c'est-à-dire que le remboursement à 100% au terme n'est pas automatique, mais dépend du bon vouloir du débiteur, sans possibilité pour l'investisseur d'exiger le remboursement et de sortir de son investissement sans perte de capital (à supposer le débiteur capable d'honorer ses engagements) rend le titre spéculatif, dans la mesure où il s'apparente à cet égard plus aux actions (*equity*) qu'aux obligations (*bond*). En effet, le porteur d'une obligation classique dont le cours est en baisse a toujours la faculté, s'il n'a pas un besoin urgent de toucher à son argent, d'attendre la maturité du titre et de récupérer 100% de sa mise initiale de la part du débiteur (sauf défaillance de ce dernier – le débiteur en l'espèce ayant été de bonne qualité), tout en touchant les coupons (à taux variable, le cas échéant), tandis que le détenteur d'une obligation perpétuelle sans option «put» n'a pas cette faculté, sa seule possibilité de sortir de son investissement étant de vendre ses parts au cours du marché (tel que pour les actions) – sauf à attendre que le débiteur fasse jouer son option «call» et procède au remboursement des titres.».

Un manquement à son obligation de renseignement et de conseil étant établi dans le chef de la banque, il appartenait encore au Tribunal de trancher la question du dommage en lien causal avec cette faute devant être réparée par la banque.

Sur ce point, le Tribunal retint que le préjudice indemnisable du client consistait, d'une part, en la perte en nominal sur la valeur des titres litigieux (EUR 9.157,50.-)²³, et, d'autre part, au montant

22 Les éléments relevés par le Tribunal à ce sujet sont les suivants: âge avancé du client (73 ans), pas de besoin immédiat de toucher à son argent, mais, au contraire, volonté absolue d'opérer un investissement «sûr», à l'exclusion de toute spéculation risquée, qualité des titres achetés.

23 Sans tenir compte des versements d'intérêts effectués (comme le demandait pourtant la banque), alors que le client a perçu un rendement normal sur le capital de EUR 99.247,50.- investi.

des commissions perçues par la banque au titre des opérations d'achat/vente (EUR 834,45.-).

Le Tribunal rejeta néanmoins la demande du client portant sur la perte d'une chance relative aux intérêts qu'il aurait pu percevoir sur la somme investie dans les titres litigieux si cette dernière l'avait été dans un rendement sûr.

Le Tribunal releva en effet que les versements d'intérêt qu'avait pu percevoir le client lui avaient permis de profiter d'un rendement annualisé de 3,44%, ce qui correspond à peu près au taux de rendement d'un investissement sûr tel que le recherchait le client.

3. Les enseignements du jugement du 19 février 2009

Outre un rappel des principes applicables en matière d'obligation de renseignement et de conseil, notamment dans le cadre d'investissements réalisés par le client, de sa propre initiative, mais après une suggestion de la banque, le présent jugement présente particulièrement un intérêt de par l'analyse assez fine réalisée par le Tribunal pour qualifier de spéculatif les titres dans lesquels avaient été effectués les investissements litigieux. Il permettra notamment au banquier de disposer de quelques critères (certes non exhaustifs) permettant de définir quel titre est spéculatif et quel titre ne l'est pas.

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (référé), 4 mars 2009, n° du rôle 119.883

Statut général des banques et autres PSF – Obligations professionnelles, règles prudentielles et de conduite – Secret bancaire – Référé probatoire – Impossibilité pour le juge des référés d'ordonner des mesures qui auraient pour résultat de mettre le demandeur en possession de documents couverts par le secret professionnel (oui) – Application du secret bancaire aux OPC (non) – Droit des actionnaires d'un OPC à disposer d'un accès aux informations découlant de la forme de leur société tel que prévu par les dispositions de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée (oui) – Circulaire 02/81 de la CSSF - Confidentialité imposée au rapport de révision de l'OPC - Entrave à une demande en communication répondant aux critères de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile (non)

«La légitimité du motif dans le chef de celui qui sollicite la mesure d'instruction ne peut

s'apprécier sans que soient, en même temps, pris en considération les intérêts, non moins légitimes, de la partie adverse. Il en va ainsi, entre autres, au cas où la mesure sollicitée risque de léser gravement le secret professionnel de l'adversaire. Si les obstacles que représente le secret professionnel ne sont pas nécessairement insurmontables, il faut cependant, pour les écarter, des raisons proportionnellement aussi graves, et dont il incombe au demandeur de justifier (...). Le juge doit par conséquent s'interroger sur la légalité de la mesure qui lui est demandée et s'interdire toute décision qui contreviendrait à des principes incontournables. Il n'ordonnera ainsi pas des mesures qui auraient pour résultat de mettre le demandeur en possession de documents couverts par le secret professionnel (...). (...)

(...) le secret professionnel et son application spécifique au monde bancaire et financier à savoir le secret bancaire ne s'appliquent pas aux OPC en tant que tels, sauf en matière fiscale. Les OPC ne sont tenus qu'à une obligation de confidentialité donnant lieu, le cas échéant, à une responsabilité civile. (...)

(...) en dehors des informations fournies par les prospectus complet et simplifié et les autres documents réguliers quant à l'investissement des actionnaires et les rapports annuels et semestriels à fournir aux investisseurs avant les assemblées générales ordinaires et extraordinaires auxquels les actionnaires ont droit, [ces derniers] ont encore accès aux informations découlant de la forme de leur société tel que prévu par les dispositions de la loi de 1915 entre autres notamment les détails sur les acquisitions d'action de la société décidées par le conseil d'administration en vue d'éviter à la société un dommage grave et imminent et les violations de la loi et des statuts que les administrateurs auraient pu commettre; les actes que les administrateurs ont posé sans y être autorisés. (...)

La confidentialité imposée par la CSSF au rapport de révision de l'OPC dans la circulaire 02/81 concerne uniquement les professionnels du secteur financier. Cette circulaire ne constitue pas une entrave à une demande en communication répondant aux critères précités de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile.»

Commentaires

L'ordonnance de référé commentée ci-après a été rendue suite à une assignation en référé probatoire introduite par plusieurs investisseurs privés et/ou professionnels suite aux difficultés rencontrées par plusieurs SICAV luxembourgeoises ayant été en relation avec la société B. L. Madoff Investment Securities LLC, mise en liquidation durant le mois

de décembre 2008 suite à la découverte d'une gigantesque fraude de type «chaîne de Ponzi».

Plusieurs ordonnances de référé²⁴, dont les enseignements sont semblables, ont été rendues par le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, suite à divers référés probatoires introduits par des investisseurs mécontents.

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, un gestionnaire de portefeuille suisse avait investi dans une SICAV de droit luxembourgeois, constituée en 2004.

Cette SICAV, aujourd'hui en liquidation²⁵, était une SICAV dotée d'un seul compartiment, dont la vocation était d'investir dans des titres cotés américains. Elle était soumise à la partie I de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, telle que modifiée.

Ladite SICAV avait pour promoteur la maison-mère suisse d'une banque luxembourgeoise. Ladite banque luxembourgeoise était banque dépositaire de la SICAV. Plusieurs de ses employés composaient le conseil d'administration de la SICAV. Elle était gérée par une société sœur de la banque luxembourgeoise, à tout le moins jusqu'au mois de décembre 2008.

Le 11 décembre 2008 éclata l'affaire «Madoff» avec l'arrestation aux Etats-Unis de l'intermédiaire financier Bernard Madoff, dans le cadre d'une vaste fraude de type «chaîne de Ponzi» pour des montants de plusieurs dizaines de milliards de dollars.

Le 15 décembre 2008, le conseil d'administration de la SICAV émit un avis à l'attention des actionnaires, dans lequel il informait lesdits actionnaires que les actifs américains du compartiment unique de la SICAV étaient détenus par la société B. L. Madoff Investment Securities LLC. L'avis indiquait, en outre, que les actifs détenus par B. L. Madoff Investment Securities LLC pour compte de la SICAV avaient été rendus indisponibles par une décision judiciaire américaine.

Enfin, le conseil d'administration informait les actionnaires de sa décision de suspendre le calcul de la valeur nette d'inventaire du compartiment unique de la SICAV ainsi que l'émission, la conversion et

le rachat des parts dudit compartiment en accord avec ses documents constitutifs.

Plusieurs investisseurs professionnels, dont la partie demanderesse à la présente instance, adressèrent à certains intervenants dans le dossier, dont la SICAV, les sociétés de gestion successives de ladite SICAV, la banque dépositaire et le réviseur d'entreprises, des demandes d'information complémentaires, des demandes d'information auxquelles il ne fut donné suite par aucun des ces intervenants, à tout le moins en ce qui concerne le fond de ces demandes.

Le 8 janvier 2009, le conseil d'administration émit un nouvel avis aux actionnaires contenant un certain nombre d'informations au sujet de la situation des actifs de la SICAV aux Etats-Unis. Il y était précisé qu'une procédure d'insolvabilité avait été ouverte contre B.L. Madoff Investment Securities LLC et qu'un «représentant fiduciaire» aurait été nommé. Le conseil d'administration indiquait également que les actifs du compartiment unique de la SICAV avaient été investis dans des actifs américains via la société de courtage B.L. Madoff Investment Securities LLC et que, suite aux allégations de fraude, la SICAV pourrait réclamer des indemnités à l'encontre de ladite société de courtage.

Suite à cette communication et malgré plusieurs démarches effectuées par divers investisseurs professionnels et privés, aucune information ne fut plus délivrée par les divers intervenants au dossier, notamment quant à la situation financière de la SICAV, ni quant à la nature exacte des relations contractuelles qui liaient le groupe «Madoff» à la SICAV ainsi qu'aux différents prestataires de services de la SICAV.

Suite à l'impossibilité d'obtenir plus d'informations, plusieurs investisseurs, dont notamment le gestionnaire de portefeuille suisse évoqué ci-dessus, introduisirent auprès du Juge des Référés du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg une demande en communication de documents à l'encontre de la banque dépositaire de la SICAV, des deux sociétés de gestion successives de la SICAV, du professionnel en charge de l'administration centrale de la SICAV ainsi que de la SICAV elle-même.

Cette demande, basée sur l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure, sinon sur l'article 350 dudit Code, avait notamment pour objet d'obtenir communication de la documentation permettant de déterminer

- la nature exacte des relations contractuelles qui unissaient les sociétés du groupe «Madoff», d'une part et la SICAV, ainsi que les prestataires de service de la SICAV, d'autre part;

²⁴ Voyez Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (référé), 4 mars 2009, n° du rôle 119.783 ; Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (référé), 4 mars 2009, n° du rôle 119.781; Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (référé), 3 avril 2009, n° du rôle 120.578 + 120.788.

²⁵ Voyez Tribunal d'Arrondissement siégeant en matière commerciale, 2 avril 2009, n°507/2009.

- les diligences effectuées par (a) les différents acteurs de la SICAV (à savoir les deux sociétés de gestion qui se sont succédé, le dépositaire, le réviseur des comptes, l'agent administratif et le promoteur) dans le but de surveiller les activités des entités du groupe «Madoff» jusqu'au 11 décembre 2008 et (b) les administrateurs sur les diligences effectuées par ces acteurs;

2. L'ordonnance de référé du 4 mars 2009

De nombreux points de droit, relevant notamment du droit de la procédure civile et du droit des sociétés, ont été tranchés par le Juge dans son ordonnance. Dans le cadre de la présente chronique, nous nous limiterons néanmoins à examiner les points de droit bancaire tranchés par la présente ordonnance.

A ce sujet, il faut relever que les divers prestataires de service de la SICAV assignés faisaient notamment valoir, pour s'opposer à la demande de production de documents des investisseurs, qu'ils étaient tenus par une obligation au secret professionnel qui leur interdisait de communiquer auxdits investisseurs les pièces demandées, alors qu'en communiquant ces pièces, ils transmettraient des renseignements relatifs à l'identité des autres bénéficiaires de ces fonds au mépris de leur secret professionnel et de l'égalité entre les actionnaires.

La SICAV faisait quant à elle valoir qu'elle serait uniquement dépositaire des pièces litigieuses et serait tenue d'un devoir de conservation et ne pourrait partant, sans l'accord de son liquidateur à nommer prochainement, communiquer à des tiers les pièces sollicitées.

Enfin, certaines parties défenderesses faisaient valoir que certains des documents demandés par les investisseurs ne seraient pas destinés au public en vertu des circulaires de la CSSF.

Le gestionnaire de portefeuille suisse, à l'origine de l'action en justice, répondait à ces moyens que le secret professionnel avait un caractère relatif et ne pouvait en conséquence être opposé au client du professionnel.

Le Juge des Référés trancha comme suit cette question relative à l'opposabilité du secret professionnel et, plus particulièrement, du secret bancaire, aux mesures d'instruction demandées par voie de référé.

Citant la doctrine française, le Juge releva dans un premier temps que «La légitimité du motif dans le chef de celui qui sollicite la mesure d'instruction ne peut s'apprécier sans que soient, en même temps, pris en considération les intérêts, non moins légitimes, de la partie adverse. Il en va

ainsi, entre autres, au cas où la mesure sollicitée risque de léser gravement le secret professionnel de l'adversaire. Si les obstacles que représente le secret professionnel ne sont pas nécessairement insurmontables, il faut cependant, pour les écarter, des raisons proportionnellement aussi graves, et dont il incombe au demandeur de justifier. Le Juge doit par conséquent s'interroger sur la légalité de la mesure qui lui est demandée et s'interdire toute décision qui contreviendrait à des principes incontournables. Il n'ordonnera ainsi pas des mesures qui auraient pour résultat de mettre la demandeur en possession de documents couverts par le secret professionnel.»

Après ce rappel de l'opposabilité (jusqu'à un certain point) du secret professionnel aux mesures d'instruction demandées au juge des référés, le Juge se pencha en détail sur la question du secret bancaire.

Il rappela ainsi que, conformément à la jurisprudence luxembourgeoise, « Par profession, le banquier est détenteur d'informations confidentielles sur ses clients. Il n'est pas seulement tenu d'un devoir de discrétion sanctionné civilement, mais encore d'un secret professionnel sanctionné par l'article 458 du code pénal. Cette obligation au secret bancaire couvre les informations sur le client de la banque et celles portant sur son patrimoine ou sa situation financière et elle est d'ordre public (...). Seul le bénéficiaire du secret bancaire peut délier la banque de son obligation. Le secret professionnel du banquier ne joue par à l'égard du client lui-même, qui est maître de son secret. ».

Il s'agissait néanmoins en l'espèce de déterminer à qui était applicable le secret bancaire.

Au sujet de la SICAV elle-même, le Juge, citant la doctrine luxembourgeoise à ce sujet, nota qu'«En l'occurrence le secret professionnel et son application spécifique au monde bancaire et financier à savoir le secret bancaire ne s'appliquent pas aux OPC en tant que tels, sauf en matière fiscale. Les OPC ne sont tenus qu'à une obligation de confidentialité donnant lieu, le cas échéant, à une responsabilité civile».

Il releva néanmoins que ce secret bancaire s'appliquait à de nombreux professionnels fournissant des services aux OPC (administrateurs, membres des organes de direction et de surveillance, dirigeants, employés et autres personnes au service de la banque dépositaire, du professionnel du secteur financier fournissant des services d'administration centrale, ...), mais pas aux conseillers et gestionnaires d'OPC luxembourgeoises soumis la loi du 19 décembre 2002 sur les organismes de placement collectif,

telle que modifiée, ni aux personnes exerçant une activité dont l'accès et l'exercice sont régis par des lois particulières.

Passant en revue certaines exceptions au secret bancaire, telle la possibilité de lever, de manière proportionnelle, le secret bancaire afin de permettre aux banques et autres PSF auxquels il s'applique d'exercer leurs droits de la défense, le Juge fit remarquer que, par ailleurs et nonobstant le secret bancaire, les actionnaires avaient droit à toute une série d'informations, telles que celles fournies «(...) par les prospectus complet et simplifié et les autres documents réguliers quant à l'investissement des actionnaires et les rapports annuels et semestriels à fournir aux investisseurs avant les assemblées générales ordinaires et extraordinaires auxquels les actionnaires ont droit (...)», celles découlant de la forme de leur société tel que cela est prévu par les dispositions de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, parmi lesquelles se trouvent «les détails sur les acquisitions d'action de la société décidées par le conseil d'administration en vue d'éviter à la société un dommage grave et imminent (...); les violations de la loi et des statuts que les administrateurs auraient pu commettre; les actes que les administrateurs ont posés sans y être autorisés.».

Ces principes posés, le Juge constata que certains des documents réclamés par le gestionnaire de patrimoine suisse rentraient dans ces catégories.

Ainsi, selon le Juge, «tous les documents réclamés concernant la gestion et le contrôle des fonds confiés par les investisseurs à [la] (...) SICAV, les rapports entre [la] (...) SICAV et ses prestataires de service ainsi qu'avec la société B.L. Madoff Investment Securities LLC» devaient être communiqués au demandeur.

En effet, en ce qui concerne la SICAV, «ni le secret bancaire ou professionnel [inapplicables à la SICAV – voyez *supra*], ni l'obligation de confidentialité à laquelle sont tenus (...) [la] SICAV et ses administrateurs ne s'opposent à la communication des documents».

En ce qui concerne la banque dépositaire, le Juge releva que, bien qu'elle soit soumise au secret bancaire, c'était elle qui était cliente de la société B.L. Madoff Investment Securities LLC et non l'inverse, «de sorte que cela ne constitue pas un empêchement à la remise des contrats».

Quant à la confidentialité imposée par certaines circulaires de la CSSF à certains documents, en l'espèce la confidentialité imposée au rapport de révision d'un OPC par la circulaire 02/81 relative aux règles pratiques concernant la mission des

réviseurs d'entreprises d'organismes de placement collectif, le Juge estima que «La confidentialité imposée par la CSSF au rapport de révision de l'OPC dans la circulaire 02/81 concerne uniquement les professionnels du secteur financier. Cette circulaire ne constitue pas une entrave à une demande en communication répondant aux critères précités de l'article 350. Par ailleurs ce rapport a déjà été remis à certains investisseurs de (...) [la] SICAV et tombe dans le domaine du droit à l'information des investisseurs (...)».

Après examen d'autres moyens, le Juge condamna la banque dépositaire à verser au demandeur plusieurs documents précis relatifs aux relations contractuelles existant entre cette dernière et B.L. Madoff Investment Securities LLC.

La SICAV s'étant déclarée d'accord en cours de procédure à verser les rapports du réviseur, le Juge lui en donna acte et lui fixa un délai de 8 jours pour ce faire²⁶.

3. Les enseignements de l'ordonnance du 4 mars 2009

La balance des intérêts entre, d'une part, le secret bancaire et, d'autre part, le droit à l'information des actionnaires, respectivement des clients d'un professionnel du secteur financier est des plus délicates.

Dans la présente affaire, les principes énoncés par le Tribunal en la matière sont conformes à la doctrine française, à laquelle s'est toujours référée la doctrine luxembourgeoise²⁷ sur ce point.

Il ressort de ces principes que le secret professionnel peut être considéré comme une limite aux mesures d'instruction sollicitées auprès du juge des référés.

Dans la présente affaire, la solution a, néanmoins, consisté pour le Juge à analyser avec précision la portée du secret bancaire dans le cadre du fonctionnement d'un organisme de placement collectif.

26 Il faut noter que la communication de ce rapport a néanmoins donné lieu à une série de problèmes, un référé - difficultés d'exécution devant notamment être introduit par un investisseur privé. Cet investisseur a cependant été débouté par le Juge des Référé de sa demande, sans que l'ordonnance du Juge des référés rendue à cette occasion ne vienne remettre en cause les enseignements de la décision commentée ci-dessus – voyez Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (référé), 30 septembre 2009, n° 122.546 et 122.837 du rôle.

27 Voyez Penning, E., « Les procédures rapides en matière civile, commerciale et le droit du travail », *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1993, I, p. 82, n°61.

En l'espèce, ainsi que le juge l'a relevé, certains acteurs (dont la SICAV), ou certaines informations (le contrat liant la banque dépositaire avec B.L. Madoff Investment Securities LLC) n'étaient pas soumis au secret bancaire. Rien ne s'opposait donc à leur communication.

Ces enseignements sont également conformes à la doctrine existante à ce sujet²⁸, mais, à notre connaissance, il s'agit de la première fois qu'ils se voient couronnés par une décision de justice émanant de nos juridictions.

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 6 mars 2009,
n°118.100 du rôle

**Statut général des banques et des autres PSF
– Agrément – Convention de partenariat
et d'assistance financière – Demande
d'annulation pour erreur sur les qualités d'un
cocontractant – Absence d'agrément délivré
par le Ministre du Trésor dans le chef d'un co-
contractant – Investisseur habitué en matière
d'investissements - Erreur inexcusable (oui) –
Annulation (non)**

«L'erreur sur la personne est une cause de nullité du contrat si l'on a attribué à une personne des qualités qu'elle n'avait pas. Il faut bien évidemment qu'il s'agisse d'une erreur sur les qualités essentielles, susceptibles d'avoir déterminé le consentement, ce qui s'apprécie en fonction tant de la nature du contrat que de la psychologie individuelle de celui qui s'est mépris. Il y lieu de relever que le contrat est maintenu lorsque l'erreur procède d'une légèreté ou d'une négligence excessives, qui la rendent inexcusable. Ce caractère est apprécié in concreto, c'est-à-dire en fonction des capacités personnelles de l'intéressé, notamment de sa compétence professionnelle. Il existe aussi une obligation de se renseigner, qui pèse, avec une intensité variable, sur tout contractant, et qui fixe une limite à la sanction de l'erreur sur la substance (...)

[Le client] est un habitué en matière d'investissements et s'il avait attaché une si grande importance à la question de savoir si la société dispose d'un agrément auprès de la CSSF, il aurait facilement pu le vérifier avant la conclusion du contrat. En effet, une simple consultation du site

internet de la CSSF aurait été suffisante pour fournir la réponse. »

Commentaires

Il faut noter que le jugement du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 6 mars 2009 s'inscrit dans le cadre de plusieurs jugements rendus à l'encontre d'un intermédiaire s'étant présenté à plusieurs investisseurs non-résidents comme disposant d'une autorisation d'exercer une activité dans le secteur financier.²⁹

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, durant l'été 2007, un investisseur avait conclu avec une société de droit luxembourgeois une convention de partenariat et d'assistance financière, suite à un démarchage actif de ladite société, qui avait laissé entendre qu'elle était autorisée à accorder des financements ainsi qu'à prêter des services d'ingénierie financière.

Après le versement par l'investisseur d'une série de montants à titre de pré-études et d'études, il apparut assez rapidement que la société luxembourgeoise n'entendait verser aucun montant, ni ne mettre à disposition de l'investisseur aucune facilité de financement, contrairement à ce qui était prévu dans la convention de partenariat et d'assistance financière signée à l'été 2007.

Face au défaut de la société, l'investisseur l'assigna à comparaître devant le Tribunal d'Arrondissement, afin, d'une part, de voir annuler, sinon résolue, la convention de partenariat et d'assistance financière et, d'autre part, de voir la société luxembourgeoise condamner à lui rembourser les montants versés à titre de pré-études et d'études.

2. Le jugement du 6 mars 2009

Parmi les divers moyens d'annulation de la convention litigieuse avancés par l'investisseur, ce dernier soutenait notamment que s'il avait été averti préalablement à la signature de la convention litigieuse que la société luxembourgeoise ne disposait pas d'agrément de la CSSF³⁰ et qu'en conséquence, elle n'était pas autorisée à prêter

²⁸ Kremer C., Lebbe, I., *Organismes de placement collectif et véhicules d'investissement apparentés en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larquier, 2007, 2ème édition, pp. 561 et svtes, n°1182 et svts.

²⁹ Voyez aussi Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, 4 mars 2009, n°117.393 du rôle et Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, 26 juin 2009, n°120.255 du rôle.

³⁰ Rappelons que, contrairement à ce qui est indiqué dans le jugement, les diverses autorisations d'exercice d'une activité dans le secteur financier, telles que prévues par la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, telle que modifiée, sont octroyées par le Ministre ayant dans ses attributions la Commission de Surveillance du Secteur Financier, à savoir le Ministre du Trésor et du Budget, après instruction de la demande par la Commission de Surveillance du Secteur Financier.

des activités de financement et de procéder à un démarchage public d'une clientèle à des fins de financement, il n'aurait pas contracté.

Sur ce point, la société luxembourgeoise soutenait que l'investisseur s'était engagé en connaissance de cause au motif qu'il s'agissait d'une opération privée à titre occasionnel, entre amis.

Dans un premier temps, le Tribunal rappela les grands principes en matière de vice de consentement et d'erreur sur la personne.

Se référant à l'alinéa 1^{er} de l'article 1110 du Code Civil³¹ et citant la doctrine française, il énonça ainsi que «L'erreur sur la personne est une cause de nullité du contrat si l'on a attribué à une personne des qualités qu'elle n'avait pas. Il faut bien évidemment qu'il s'agisse d'une erreur sur les qualités essentielles, susceptibles d'avoir déterminé le consentement, ce qui s'apprécie en fonction tant de la nature du contrat que de la psychologie individuelle de celui qui s'est mépris. Il y lieu de relever que le contrat est maintenu lorsque l'erreur procède d'une légèreté ou d'une négligence excessives, qui la rendent inexcusable. Ce caractère est apprécié *in concreto*, c'est-à-dire en fonction des capacités personnelles de l'intéressé, notamment de sa compétence professionnelle. Il existe aussi une obligation de se renseigner, qui pèse, avec une intensité variable, sur tout contractant, et qui fixe une limite à la sanction de l'erreur sur la substance ».

Constatant que l'investisseur était un habitué en matière d'investissements³², le Tribunal estima que «s'il avait attaché une si grande importance à la question de savoir si la société (...) dispose d'un agrément auprès de la CSSF, il aurait facilement pu le vérifier avant la conclusion du contrat. En effet, une simple consultation du site internet de la CSSF aurait été suffisante pour fournir la réponse.»

En conséquence, le Tribunal déclara inexcusable l'erreur de l'investisseur sur ce point et rejeta donc la demande en annulation de la convention basée sur ce moyen.

Le Tribunal prononça néanmoins la résolution de la convention, avec condamnation de la société à

des dommages et intérêts, en raison de violation par cette dernière de ses obligations contractuelles.

3. Les enseignements du jugement du 6 mars 2009

Quant à cette décision du Tribunal, il faut noter la relative sévérité du Tribunal à l'égard du demandeur, en comparaison à d'autres jurisprudences plus anciennes applicables à des cas similaires³³ en matière commerciale.

Une telle évolution vers plus de sévérité se justifie sans doute du fait de l'accès simplifié à toute une série d'informations en matière administrative, dont notamment les diverses autorisations octroyées par les pouvoirs publics, rendu possible par les nouvelles technologies de l'information telles qu'internet. Le *bonus pater familias* de 2009 n'est plus celui de 1960.

II. Opérations

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière civile, 29 mai 2008, n°99.282
du rôle

Opérations – Conditions générales – Ancien article 1135-1, alinéa 2 du Code Civil – Application dans le temps – Effet rétroactif de son abrogation par la loi du 25 juillet 2004 (non) – Clauses limitatives de responsabilité – Notion – Application aux clauses imposant des délais de réclamation (oui) – Forme de l'acceptation spéciale – Dépôt – Obligation de restitution du banquier dépositaire – Obligation de résultat (oui) – Fausse signature sur un ordre de paiement

«(...) si l'article 1135-1 alinéa 2 du code civil a été abrogé par la loi du 25 juillet 2004, la loi n'a point d'effet rétroactif et les conditions de validité d'un contrat sont régies par le texte en vigueur au jour de sa conclusion (...)

(...) [les clauses imposant des délais de réclamation] *constituent des clauses limitatives de responsabilité, dans la mesure où elles soumettent la responsabilité de la banque, qui a préétabli les conditions générales, à la condition d'une réclamation intervenue dans les délais imposés et*

31 Article 1110 du Code Civil, alinéa 1er : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. ».

32 Il se déclarait notamment spécialiste dans la gestion de la mise en œuvre de projets industriels dans la convention litigieuse signée entre parties.

33 Voyez notamment Lux., 8 décembre 1962, *Pas. lux.*, XIX, p.97 : «L'erreur n'est une cause de nullité du contrat de vente que si elle porte sur les qualités substantielles de la chose vendue. Spécialement, l'autorisation administrative requise pour l'exploitation d'une blanchisserie doit être considérée comme une des qualités substantielles de ce fonds de commerce. Il s'ensuit que si l'acheteur n'a pas été averti de l'absence de cette autorisation, il est fondé à conclure à la nullité de la vente».

dans la mesure où ces articles sont conçus pour conférer à l'absence d'objection dans le délai un effet de validation des opérations visées. (...)

(...) la simple référence à des clauses limitatives de responsabilité contenues dans un autre contrat ou publiées dans un document officiel, respectivement la simple référence à des clauses limitatives de responsabilité contenues dans un ensemble de stipulations contractuelles qui ne sont pas spécialement mises en évidence et reprises séparément, ne suffit pas pour valoir acceptation spéciale et emporter, par voie de conséquence, opposabilité desdites clauses. (...)

La banque ne se libère de son obligation de restitution résultant de l'article 1937 du code civil qu'en vertu d'un ordre de paiement revêtu de la signature authentique du déposant et ce même en l'absence de toute faute de sa part, lorsque la fausse signature est très bien imitée. (...).»

Commentaires

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, une personne physique avait ouvert à la fin des années 90 un compte auprès d'une banque luxembourgeoise. Lors de l'ouverture du compte, il avait été convenu que le courrier relatif audit compte serait conservé dans les locaux de la banque à Luxembourg, alors que le directeur de la banque en question rendait régulièrement visite au client pour le renseigner sur l'état de son compte.

Suite à divers problèmes relatifs à la gestion du compte courant, ainsi qu'au départ de la banque du directeur mentionné ci-avant, le client se rendit compte au début des années 2000 qu'un montant de EUR 136.341,44.- avait été prélevé de son compte à son insu au début du mois de juillet 1999.

Pour justifier ce retrait et suite aux contestations de la part du client, la Banque produisit un document intitulé «cash withdrawal», signé par le client, duquel il ressortait qu'en date du 12 juillet 1999, ce montant avait été remis au client, avec d'autres titres, par le directeur de la banque.

Le client contesta avoir jamais reçu ses montants ainsi qu'avoir jamais signé un tel document intitulé «cash withdrawal». Il prétendit que le prêt document avait été falsifié par l'ancien directeur de la banque.

En conséquence, à la fin de l'année 2005, il assigna la banque devant le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg siégeant en matière civile, demandant sa condamnation au paiement de la somme de EUR 136.341,44.-, principalement sur base des articles

1915 et suivants du Code Civil relatifs au contrat de dépôt, subsidiairement sur base des articles 1984 et suivants du Code Civil relatifs au contrat de mandat, encore plus subsidiairement sur base des articles 1142 et suivants du Code Civil relatifs à la responsabilité contractuelle et, en dernier ordre de subsidiarité, sur base de l'article 1384, alinéa 3 du Code Civil relatifs à la responsabilité des maîtres et commettants pour le dommage causé par leurs domestiques et préposés.

2. Le jugement du 29 mai 2008

2.1 La recevabilité de la demande

A titre préliminaire, la banque soulevait l'irrecevabilité de la demande pour cause de tardiveté au motif qu'en vertu d'une clause spécifique de ses conditions générales, toute réclamation en rapport avec la position des avoirs du client devait intervenir dans un délai de trente jours courant à partir de la date de l'envoi ou de la distribution de l'extrait de compte constatant l'opération contestée. Le client n'ayant contesté pour la première fois le retrait du 12 juillet 1999 qu'en septembre 2002, sa plainte aurait été manifestement tardive.

Le client contestait, quant à lui, l'application de cette clause au motif que, contrairement aux exigences de l'article 1135, alinéa 2 du Code Civil³⁴, cette clause, qui limitait la responsabilité de la banque, n'avait pas fait l'objet d'une acceptation spéciale de sa part, alors pourtant qu'il s'agissait d'une clause limitative de responsabilité.

La banque rétorquait sur ce point que l'article 1135, alinéa 2 du Code Civil ayant été abrogé par une loi du 5 juillet 2004, la règle de l'acceptation spéciale d'une série de clauses, dont les clauses limitatives de responsabilité, n'était plus applicable en l'espèce.

Face à ce double problème, d'une part d'application de la loi dans le temps et, d'autre part,

³⁴ Article 1135-1, alinéa 2 du Code Civil (abrogé par la loi du 5 juillet 2004 portant 1) modification de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique 2) modification de la loi modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité comparative afin d'y inclure la publicité comparative; 3) abrogation de l'article 1135-1, alinéa 2 du Code civil, Mémorial A, n°125, 16 juillet 2004, p.1848 et svtes): "Sauf acceptation spéciale par écrit, sont toujours inopposables les clauses qui prévoient en faveur de celui qui a établi les conditions générales des limitations de responsabilité, la possibilité de se retirer du contrat ou d'en différer l'exécution, le recours obligatoire à l'arbitrage, ainsi que celles attribuant compétence à d'autres juridictions que celles normalement compétentes".

d'interprétation des termes de l'article 1135-2 du Code Civil, le Tribunal trancha comme suit.

En ce qui concerne l'application dans le temps des dispositions de l'article 1135-2 du Code Civil, le Tribunal rappela que, contrairement aux développements de la banque, « si l'article 1135-1, alinéa 2 du Code Civil a été abrogé par la loi du 5 juillet 2004, la loi n'a point d'effet rétroactif et les conditions de validité d'un contrat sont régies par le texte en vigueur au jour de sa conclusion ».

Les conditions générales de la banque ayant été signées le 20 avril 1998, le Tribunal constata que l'article 1135-1, alinéa 2 du Code civil était bien applicable.

Il faut noter que cette solution, évidente, est tout à fait conforme aux principes d'application dans le temps des lois civiles, tels qu'édictés de manière générale par l'article 2 du Code Civil³⁵, la doctrine³⁶ et la jurisprudence³⁷ luxembourgeoises.

En ce qui concerne le problème d'interprétation de la notion de clauses limitatives de responsabilité, le Tribunal rappela que « Si les clauses imposant des délais de réclamation doivent être rapprochées de la convention de poste restante, elles ne constituent (...) pas simplement une application de ladite convention. Au contraire, elles constituent des clauses limitatives de responsabilité, dans la mesure où elles soumettent la responsabilité de la banque, qui a préétabli les conditions générales, à la condition d'une réclamation intervenue dans les délais imposés et dans la mesure où ces articles sont conçus pour conférer à l'absence d'objection dans le délai un effet de validation des opérations visées. »³⁸.

Il retint, en conséquence, que la clause des conditions générales qu'invoquait la banque pour arguer de la tardiveté de la réclamation du client aurait dû faire l'objet d'une acceptation spéciale, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce, alors que la clause litigieuse n'avait pas fait l'objet d'une signature séparée de la part du client et qu'elle n'était pas non plus reprise à la suite de la déclaration de l'acceptation expresse

par le client d'une série de clauses et suivie d'une signature séparée de sa part.

Le Tribunal déclara en conséquence non-fondé le moyen d'irrecevabilité invoqué par la banque.

2.2. Quant au fond de la demande

Dans un premier temps, il s'agissait pour le Tribunal de qualifier les relations contractuelles entre parties, au vu notamment des divers ordres de responsabilité invoqués par le client et de l'impact d'un tel choix sur le régime de responsabilité et de preuve applicable³⁹.

En l'espèce, il ne faisait guère de doute que l'opération de prélèvement litigieuse s'inscrivait dans le cadre du contrat de dépôt conclu entre le client et sa banque et non dans le cadre du mandat de gestion confié par le client à la banque, conformément à une jurisprudence bien établie en l'espèce⁴⁰.

S'agissant d'un dépôt irrégulier⁴¹, il y avait donc lieu pour le Tribunal de transposer au cas présent les règles bien établies en ce qui concerne l'obligation de restitution du banquier dépositaire en cas d'ordre de paiement falsifié⁴². Comme le rappela ainsi le Tribunal, « Le banquier ne peut être déchargé de son obligation de restituer qu'en effectuant les paiements entre les mains soit du véritable créancier, soit de celui qui a reçu pouvoir de celui-ci. L'obligation de restitution à charge de la banque s'analyse en une obligation de résultat. La banque ne se libère valablement de son obligation de restitution résultant de l'article 1937 du code civil qu'en vertu d'un ordre de paiement revêtu de la signature authentique du déposant et ce même en l'absence de toute faute de sa part, lorsque la fausse signature est très bien imitée. A cet égard, la discussion sur la qualité de l'imitation de la signature du titulaire du compte est sans portée.

35 Article 2 du Code Civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif ».

36 Voyez Pescatore, Pierre, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des Imprimés de l'Etat, 1960, pp. 307 et svtes.

37 Voyez Cass., 9 juillet 1959, *Pas. lux.*, XVIII, p.5; Cour, 5 avril 2000, *Pas. lux.*, XXXI, p.328.

38 Il faut noter que si cette position a toujours semblé être majoritaire au sein de la jurisprudence luxembourgeoise, certaines décisions discordantes existent – voyez notamment Cour d'Appel, 30 octobre 2002, n°25036 du r_Le, qui retient que l'article 1135-1 du Code Civil ne s'applique pas aux clauses des conditions générales prévoyant la ratification des relevés de compte par le silence du client.

39 Voyez notamment à ce sujet Ravarani, G., *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Luxembourg, Pasicrisie luxembourgeoise, 2ème édition, 2006, p. 433, n°526 et svts; Schmitt, A., Omes, E., *La responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 90 et svtes.

40 Voyez Ravarani, G., *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Luxembourg, Pasicrisie luxembourgeoise, 2ème édition, 2006, p. 433, n°526 et svts.

41 Sur ce point, le Tribunal suit la jurisprudence constante des juridictions luxembourgeoises ; voyez notamment Cour d'Appel, 10 décembre 1997, *Pas. lux.*, XXX, p. 301 ; Pour une critique de cette position, voyez Dupont, P., « Conséquence civiles de l'exécution par la banque d'un ordre falsifié », *Droit bancaire et financier au Grand-Duché du Luxembourg*, volume II, ALJB, Larcier, 1994, p.676 et svtes.

42 Voyez Cour d'Appel, 10 décembre 1997, *Pas. lux.*, XXX, p. 301 ; Cour de Cassation, 30 avril 1998, *Pas. lux.*, XXXI, p.1; Cour d'Appel, 31 janvier 2001, n°23298 du rôle, *Bulletin d'Information sur la Jurisprudence*, 2004, p.7.

En effet, le banquier dépositaire ne peut échapper à son obligation de restitution, en prouvant qu'il n'a pas commis de faute, le caractère pratiquement indécélable d'un faux à l'origine d'un prélèvement de fonds par un tiers ne valant pas libération dans le chef du banquier».

Le problème en l'espèce résidait, une fois de plus, dans les conditions générales de la banque, desquelles, comme le releva justement le Tribunal, il ressortait que l'obligation de résultat inhérente au contrat de dépôt était transformée en une obligation de moyens exigeant la preuve, de la part du demandeur, d'une faute grave dans le chef de la banque⁴³.

S'agissant sans équivoque d'une clause limitative de responsabilité, le client contestait l'opposabilité de cette clause, faute pour elle d'avoir fait l'objet d'une acceptation spéciale.

En l'espèce, le client avait pourtant signé la clause généralement insérée à la fin des conditions générales des banques de la Place et faisant l'objet d'une signature distincte, prévoyant que toute une série de clauses, dont les numéros sont énumérés, sont spécialement acceptées.

Le Tribunal releva néanmoins, après un bref rappel des principes applicables en l'espèce, que «(...) la simple référence à des clauses limitatives de responsabilité contenues dans un autre contrat ou publiées dans un document officiel, respectivement la simple référence à des clauses limitatives de responsabilité contenues dans un ensemble de stipulations contractuelles qui ne sont pas spécialement mises en évidence et reprises séparément, ne suffit pas pour valoir acceptation spéciale et emporter, par voie de conséquence, opposabilité desdites clauses.»

Constatant que la clause litigieuse des conditions générales n'était «ni mise en évidence par des italiques dans le corps des conditions générales proprement dites, ni reprise à la suite de la déclaration de l'acceptation expresse par le client (...)», mais

43 Le texte de la clause (en anglais) était le suivant: "The client shall deposit with the Bank a specimen of his signature and, where applicable, of the signature of its statutory representatives or authorized signatories. The bank may solely rely on such specimen, irrespective of any entries in commercial registries or other official publications. The Bank shall not be liable for the fraudulent use of the authentic or forged signature of the client on documents, and effects any transactions on the basis of such documents. It shall, except in case of gross negligence in the verification of any such document, be released from its obligation to refund to the client the assets deposited with the Bank and turned aside by the fraudulent use of such documents or, as the case may be, the Bank shall be considered as having made a valid payment, as if it had received proper instructions from the client."

au contraire était intégrée «dans un ensemble de règles de base et de conditions particulières sans y être spécialement mise en évidence et sans être reprise séparément», le Tribunal décida que ladite clause n'avait pas fait l'objet d'une acceptation spéciale.

Il faut relever qu'il s'agit là d'une appréciation très stricte de la part du Tribunal, qui, sur ce point, va plus loin que ce que la doctrine et la jurisprudence semblaient suggérer sur ce point⁴⁴.

Cette clause limitative de responsabilité écartée, il appartenait au Tribunal d'examiner, conformément aux principes énoncés ci-dessus, si la banque s'était valablement libérée de son obligation de restitution envers son client.

Sans aborder la question de la faute imputable au client, ni celle de l'existence d'un cas de force majeure⁴⁵ (même si cette hypothèse sous-tend en fait implicitement le raisonnement du Tribunal), le Tribunal retint qu'au vu des contestations du client quant à la remise des fonds et de la dénégation de la signature figurant sur le bordereau de prélèvement, il appartenait à la banque, qui se prévalait du bordereau de prélèvement, de rapporter la preuve de l'exactitude de son origine et de son authenticité.

Citant quasi extensivement un rapport graphologique réalisé à l'initiative de la banque et versé par celle-ci, le Tribunal estima qu'il n'était pas établi, au regard dudit rapport, que la signature figurant sur le document intitulé «cash withdrawal» fut celle du client et qu'en conséquence, ce document était, contrairement à la position de la banque, sans valeur probante pour établir la remise des fonds au client.

Le Tribunal retint, en conséquence, que, dans ces conditions, la banque ne s'était pas libérée de son obligation de restituer les fonds déposés à son client et qu'elle devait être condamnée à la restitution de la somme de EUR 136.341,44.-, augmentée des intérêts de retard calculés conformément à l'article 15-1 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.

3. Les enseignements du jugement du 29 juillet 2008

44 Voyez notamment Cour d'Appel, 16 juin 1993, n°12809 du rôle et Ravarani, G., *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Luxembourg, Pasicrisie luxembourgeoise, 1ère édition, 2000, p. 342, n°442.

45 Il s'agit là des points les plus généralement discutés par la jurisprudence dans ce type d'affaires; voyez notamment Cour d'Appel, 10 décembre 1997, Pas. lux., XXX, p. 301; Cour de Cassation, 30 avril 1998, Pas. lux., XXXI, p.1; Cour d'Appel, 31 janvier 2001, n°23298 du rôle, *Bulletin d'Information sur la Jurisprudence*, 2004, p.7.

Le présent jugement présente principalement un intérêt sous deux aspects.

D'une part, il précise le champ d'application et l'interprétation à donner à l'alinéa 2 de l'article 1135-1 du Code Civil.

Ces enseignements sont bienvenus et laissent à penser que la jurisprudence de nos juridictions est en évolution, notamment en ce qui concerne les modalités de l'acceptation spéciale des clauses limitatives de responsabilité, ainsi que cela a été relevé *supra*.

Cette évolution ne devrait certes pas donner lieu à énormément de décisions importantes dans le futur, le prédit alinéa 2 ayant été abrogé par une loi du 5 juillet 2004⁴⁶.

D'autre part, en ce qui concerne les possibilités pour le banquier de s'exonérer de sa responsabilité, il faut relever le raisonnement plus original suivi par le Tribunal, qui a consisté non pas à se prononcer sur l'existence d'un cas de force majeure ou d'une faute de la part du client, mais à retenir que la banque n'avait pas rapporté la preuve de l'exactitude de l'origine et de l'authenticité du bordereau de prélèvement litigieux.

Il est permis de se demander si, de ce fait, le Tribunal n'a pas exigé de la banque qu'elle rapporte la preuve d'un fait allant plus loin que la simple force majeure, auquel cas cette décision pourrait être critiquable sous cet angle.

Cour d'Appel du Grand-Duché de Luxembourg, 27 novembre 2008, n°31.364 du rôle

Statut général des banques et autres PSF – Obligations professionnelles, règles prudentielles et de conduite - Obligation d'information du client sur les risques et les aléas d'investissements – Notion d'investisseur averti – Société holding dont l'activité a pour but la valorisation du patrimoine par une politique d'investissement (non)

“Etant donné que la société (...) a comme objet social « toutes les opérations se rapportant directement ou indirectement à la prise de participations sous quelque forme que ce soit, à l'administration, à la gestion, au contrôle et à la mise en valeur de participations dans toutes sociétés, établies en Europe ou même hors d'Europe et qu'elle pourra notamment employer ses fonds à la création, à la gestion, à la mise en valeur et à la liquidation d'un

⁴⁶ Voyez note 22 ci-dessus.

portefeuille se composant de tous titres et brevets de toute origine, etc», elle doit être considérée comme un investisseur averti étant donné que son activité a pour but la valorisation du patrimoine par une politique d'investissement”.

Commentaires

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, une société holding reprochait à une banque luxembourgeoise d'avoir fait des investissements inconsidérés dans des actions dites technologiques par le biais d'un compte ouvert au nom de la holding, mais pour lequel la banque n'aurait disposé d'aucun mandat discrétionnaire.

Ayant subi des pertes importantes et face au refus de la banque de l'indemniser, la holding assigna au mois de novembre 2002 la banque devant le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg pour la voir condamner à réparer le préjudice qu'elle avait subi par suite des prétendues fautes de gestion commises par la banque.

Par un jugement du 24 février 2006, le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg retint, au regard des pièces et témoignages versés en cause, que c'était le bénéficiaire économique de la holding qui avait donné instruction à la banque d'investir une partie de son capital dans les nouvelles technologies pour obtenir un rendement plus élevé.

Le Tribunal estima encore qu'au vu de la qualité d'investisseur professionnel de la holding, la banque ne devait pas attirer expressément son attention sur les risques encourus par l'investissement dans les valeurs de la nouvelle technologie.

Il débouta en conséquence la société holding de ses diverses demandes.

Cette dernière interjeta appel, ce qui donna lieu à l'instance aboutissant à l'arrêt commenté ci-après.

2. L'arrêt du 27 novembre 2008

Dans un premier temps, la Cour retint, à l'instar des juges de première instance, qu'il ressortait des éléments de la cause que c'était le bénéficiaire économique de la société holding qui avait pris l'initiative d'investir une partie de son capital dans les nouvelles technologies pour obtenir un rendement plus élevé. Le fait que la société holding ait, suite aux premiers investissements, augmenté les montants disponibles sur le compte litigieux pour investissement ainsi que le fait qu'elle n'ait jamais émis aucune contestation quant aux extraits de compte que la banque lui avait pourtant

communiqués ne faisaient que corroborer ce constat.

La Cour répondit ensuite aux divers reproches adressés par la société holding à la banque.

Elle retint notamment que la société holding ne pouvait reprocher à la banque de ne pas s'être conformée à certains prescrits de la circulaire CSSF 2000/15 relatifs au contenu du contrat à conclure en cas de gestion de portefeuille, alors que cette circulaire ne trouvait pas à s'appliquer au cas présent. En effet, le compte litigieux avait été ouvert au mois de mars 2000 et la circulaire n'avait, quant à elle, été adoptée que postérieurement, au mois d'août 2000, et ne pouvait rétroagir.

Elle retint également que la société holding ne pouvait reprocher à la banque de ne pas l'avoir avertie des risques inhérents aux investissements réalisés.

En effet, conformément à l'appréciation des juges de première instance, la Cour considéra que la société holding devait "être considérée comme un investisseur averti étant donné que son activité⁴⁷ avait pour but la valorisation du patrimoine par une politique d'investissement."

Face aux arguments développés par la société holding selon lesquels cette dernière n'aurait été qu'un instrument de nature fiscale, ne pouvant exercer d'activité commerciale, la Cour répondit qu'il était vrai que la société holding n'était "pas un investisseur professionnel, étant donné qu'elle ne peut exercer une activité commerciale au risque de perdre son statut fiscal. Elle sert [néanmoins] d'instrument pour l'investisseur qui veut mener sa politique d'investissement au moyen d'une telle société, ce qui implique que tant la société que le bénéficiaire économique sont à considérer comme des investisseurs avertis, de sorte que la banque ne devait pas attirer expressément l'attention sur les risques encourus par l'investissement dans les valeurs de la nouvelle technologie."

La Cour répondit enfin aux reproches de la société holding au sujet d'éventuelles fautes de gestion de la banque. Elle retint ainsi qu'en ne contestant pas les extraits de compte que lui avaient communiqués régulièrement la banque, ladite société holding était

présumée avoir ratifié les engagements passés et qu'en raison du caractère aléatoire de la gestion de portefeuille, elle ne pouvait ultérieurement contester la validité ou le bienfondé de l'action du gestionnaire qui se révélerait préjudiciable. Elle était dès lors forclosée à mettre en cause la banque à ce sujet.

Au regard de ces développements, la Cour dit l'appel de la société holding non fondé et confirma la décision des juges de première instance.

3. Les enseignements de l'arrêt du 27 novembre 2008

Outre les rappels intéressants qu'il contient quant aux principes applicables en matière de ratification d'extraits de compte, l'arrêt de la Cour d'Appel du 27 novembre 2008 présente principalement un intérêt en ce qu'il qualifie d'investisseur averti une structure holding visiblement mise en place par un investisseur privé à des fins d'optimisation patrimoniale et fiscale. L'objet de la société, qui consistait à valoriser un patrimoine par le biais d'une politique d'investissement, a visiblement convaincu la Cour de retenir cette qualification qui emporte d'importantes conséquences en matière d'information à apporter au client.

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 30 janvier 2009,
n° 104.560, n°108.866 et n°115.137 du rôle

Opérations – Virement – Ordre de virement – Qualification – Naissance d'une créance dans le chef du bénéficiaire (non) – Banquier du bénéficiaire du virement – Mandataire substitué (oui) – Obligations – Principe de non-ingérence du banquier – Invocation comme cause de responsabilité du banquier (non) – Invocation comme cause de non-culpabilité du banquier (oui)

«L'ordre de virement est un mandat de payer. L'ordre de virement ne donne pas en lui-même naissance à une créance dans le chef du bénéficiaire. Il ne s'agit que d'un mandat conféré au banquier. Le virement ne fait naître une créance dans le chef de son bénéficiaire qu'une fois qu'il est exécuté (...)

Le bénéficiaire désigné par l'ordre victime d'une erreur de son banquier dispose d'une action contre ce dernier, action fondée sur le mandat général d'encaissement qu'il lui a confié lors de l'ouverture du compte (...). Le banquier du bénéficiaire d'un ordre de virement, avisé de l'entrée des fonds, a l'obligation en tant que mandataire substitué du banquier du donneur d'ordre d'achever l'exécution

⁴⁷ L'objet social de la société, tel que cité dans l'arrêt, est le suivant: « toutes les opérations se rapportant directement ou indirectement à la prise de participations sous quelque forme que ce soit, à l'administration, à la gestion, au contrôle et à la mise en valeur de participations dans toutes sociétés, établies en Europe ou même hors d'Europe et qu'elle pourra notamment employer ses fonds à la création, à la gestion, à la mise en valeur et à la liquidation d'un portefeuille se composant de tous titres et brevets de toute origine, etc ».

du virement. En ouvrant un compte, la banque a reçu tacitement mandat général d'encaissement; elle a l'obligation de recevoir et de garder les fonds. En sa double qualité de dépositaire et de mandataire du client, il lui appartient d'accepter le transfert au nom de son client et d'inscrire la somme dont s'agit au crédit du compte de celui-ci (...)

(...) dans l'usage qu'en fait la jurisprudence, le principe de non-ingérence ne paraît pas jouer comme une cause de responsabilité du banquier, mais au contraire comme une cause de non-culpabilité du banquier qui ne s'est pas aperçu, dans l'exercice d'une de ses missions, qu'il prêtait la main aux agissements coupables de son client ou d'un tiers.»

Commentaires

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, durant l'été 2004, un couple de non-résidents avait ouvert un compte-joint auprès d'une banque de la place sous un intitulé spécifique en vue du dépôt d'une importante somme résultant d'un virement qui devait leur parvenir à l'automne 2004.

Durant le mois d'octobre 2004, un virement portant la somme de 287.901,- € destiné au compte des clients fut adressé à la banque.

La banque exigea alors de ses clients une déclaration sur l'honneur attestant l'origine des fonds.

Ceux-ci s'exécutèrent et firent parvenir à cette dernière l'attestation demandée. Toutefois, cette attestation ne portait pas comme signature leurs patronymes, mais l'intitulé sous lequel le compte avait été ouvert à l'automne 2004.

La signature de l'attestation ne correspondant pas à ce que la banque exigeait, un employé de la banque laissa un message téléphonique⁴⁸ sur la boîte vocale des clients, leur demandant de signer cette attestation de leurs patronymes (et non de l'intitulé du compte).

Le client ne s'exécutant pas, la banque envoya au mois de janvier 2005 à la banque intermédiaire lui ayant adressé le virement un message *swift* autorisant cette dernière à débiter son compte de 287.897,- € et à retourner ces fonds à la banque du donneur d'ordre.

⁴⁸ Voir plusieurs messages téléphoniques, le nombre de messages étant contesté entre parties.

Constatant que leur banque n'avait pas accepté d'encaisser sur leur compte les fonds qui leur avaient été adressés, les clients assignèrent la banque pour la voir condamner à lui payer le somme de EUR 287.897.- avec les intérêts légaux, ainsi qu'une série de sommes correspondant à des dommages subséquents, en raison de la légèreté blâmable avec laquelle la banque avait retourné les fonds destinés aux clients, légèreté de nature à engager sa responsabilité.

2. Le jugement du 30 janvier 2009

Après avoir discuté les faits, qui faisaient l'objet de nombreuses contestations de la part de chacune des parties, le Tribunal analysa d'un point de vue juridique l'opération litigieuse de transfert de fonds⁴⁹.

A ce titre, il rappela qu'«En principe le banquier du bénéficiaire de virement reçoit la mission d'inscrire au compte du bénéficiaire la somme objet du virement, somme qui lui est transmise, soit par le canal d'un compte existant entre lui et le banquier du donneur d'ordre, soit par une opération de compensation, soit par l'intermédiaire d'un troisième banquier», cette dernière hypothèse étant vraisemblablement celle qui s'était déroulée en l'espèce.

Dans ce cadre, il précisa que le fondement de la mission du banquier du bénéficiaire d'un virement, qui accepte les fonds pour compte de son client donnait lieu à des interprétations divergentes: «Pour certains (...) il s'agit d'une gestion d'affaires qui sera ratifiée par le bénéficiaire lorsque l'avis de crédit lui parviendra. Pour d'autres (...) le banquier du bénéficiaire agit en vertu d'un mandat général d'encaissement, tacitement inclus dans la convention d'ouverture de compte, lorsque le compte du bénéficiaire d'un ordre de virement est ouvert dans les livres d'un banquier différent de celui du donneur d'ordre, ce deuxième banquier auquel l'ordre de virement est remis se substitue au premier pour achever l'exécution du virement. S'il accepte le mandat qui lui est donné, il agit en qualité de mandataire substitué. ».

Cette analyse juridique de l'opération de transfert de fonds effectuée, le Tribunal constata que les fonds litigieux étant restés sur un compte de la

⁴⁹ Sur les grands principes applicables en matière de virement bancaire, voyez notamment Banque Centrale de Luxembourg, «Le virement en droit luxembourgeois», Bulletin de la BCL, 2000/2, p.72 et svtes; Schmitt, A., Omes, E., La responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois, Bruxelles, Larcier, 2006, p.102 et svtes; Ravarani, G., La responsabilité civile des personnes privées et publiques, Luxembourg, Pasirisie luxembourgeoise, 2ème édition, 2006, p. 435, n°530.

banque et n'ayant pas figuré au compte des clients, ces fonds n'avaient pas été inscrits au crédit du compte du bénéficiaire.

Les fonds n'ayant pas été crédités sur le compte des clients, ceux-ci ne pouvaient sur cette base réclamer leur restitution à la banque, conformément à un arrêt⁵⁰ de la Cour d'Appel du Grand-Duché de Luxembourg, qui avait retenu que «L'ordre de virement est un mandat de payer. L'ordre de virement ne donne pas en lui-même naissance à une créance dans le chef du bénéficiaire. Il ne s'agit que d'un mandat conféré au banquier. Le virement ne fait naître une créance dans le chef de son bénéficiaire qu'une fois qu'il est exécuté».

Une demande en restitution des fonds n'étant pas possible, il convenait donc d'examiner la responsabilité de la banque dans le cadre de sa gestion de l'ordre de virement reçu par la banque.

Quant à la responsabilité du banquier bénéficiaire du virement, le Tribunal précisa, tout d'abord, que «Le bénéficiaire désigné par l'ordre, victime d'une erreur de son banquier dispose d'une action contre ce dernier, action fondée sur le mandat général d'encaissement qu'il lui a confié lors de l'ouverture du compte (...). Partant, le banquier du bénéficiaire d'un ordre de virement, avisé de l'entrée des fonds, a l'obligation en tant que mandataire substitué du banquier du donneur d'ordre d'achever l'exécution du virement. En ouvrant un compte la banque a reçu tacitement mandat général d'encaissement; elle a l'obligation de recevoir et de garder les fonds. En sa double qualité de dépositaire et de mandataire du client, il lui appartient d'accepter le transfert au nom de son client et d'inscrire la somme dont s'agit au crédit du compte de celui-ci⁵¹. ».

En l'espèce, le Tribunal constata qu'en retournant les fonds litigieux, la banque n'avait pas accompli les obligations lui incombant en tant que banquier bénéficiaire du virement.

Le Tribunal retint néanmoins que, si la banque avait suspendu l'exécution de ses obligations en tant que banquier bénéficiaire du virement, c'était parce que, dans le cadre de son obligation de surveillance et de vigilance, elle avait demandé des précisions à ses nouveaux clients sur des fonds dont leur compte allait être crédité et que, bien que contractuellement, en acceptant les conditions générales du compte, les clients s'étaient engagés à produire, dans les meilleurs délais, tout document

sollicité par la banque, les clients n'avaient pas fait parvenir à la banque un écrit correspondant aux exigences de la banque (notamment quant à la signature dudit document) et renseignant l'origine positive des fonds.

Il estima également que le principe de non-ingérence de la banque invoqué par le client ne pouvait jouer, alors que «(...) dans l'usage qu'en fait la jurisprudence, le principe de non-ingérence ne paraît pas jouer comme une cause de responsabilité du banquier, mais au contraire comme une cause de non-culpabilité du banquier qui ne s'est pas aperçu, dans l'exercice d'une de ses missions, qu'il prêtait la main aux agissements coupables de son client ou d'un tiers.».

Il considéra, ensuite, que la banque avait suffisamment averti ses clients de la non-conformité de l'attestation en cause en laissant de simples messages téléphoniques sur leur boîte vocale, au regard notamment du fait qu'une convention de type « hold mail » avait été signée lors de l'ouverture de leur compte et que les clients ne pouvaient donc reprocher à la banque le fait qu'elle ne leur ait pas écrit de lettre pour leur signaler la nécessité de reformuler et signer la déclaration, cet écrit devant suivant convention des parties être conservé au siège de la banque.

Le Tribunal estima enfin qu'il aurait appartenu aux titulaires du compte, qui attendaient pour le mois d'octobre 2004 un virement d'une somme importante et auxquelles la banque avait demandé d'établir une attestation relative à l'origine des fonds, de se renseigner sur l'aboutissement de ladite opération, d'autant plus qu'ils avaient demandé à la banque de retenir leur courrier.

Le Tribunal décida donc que la banque n'avait pas engagé sa responsabilité contractuelle en retournant après plus de deux mois les fonds litigieux, le client s'abstenant de lui fournir l'attestation requise conformément aux stipulations contractuelles et cela malgré la demande orale réitérée.

Il rejeta en conséquence la demande des clients de la banque en indemnisation de leur préjudice.

3. Les enseignements du jugement du 30 janvier 2009

Outre l'analyse juridique de l'opération de transfert de fonds réalisée par le Tribunal, il faut surtout retenir la position adoptée par le Tribunal quant au principe de non-ingérence du banquier dans les affaires de son client, selon laquelle ce principe ne peut jouer que comme cause d'excuse pour le banquier et non comme cause de responsabilité.

50 Voyez notamment Cour d'Appel, 12 mars 1997, n°17.979 du rôle. Il faut noter que la jurisprudence française adopte à ce sujet une position plus nuancée - voyez Jurisclasseur, Banque Crédit Bourse, fasc. 39, n°84.

51 Cette solution s'inspire de celle retenue dans Cour d'Appel, 2 mai 2001, n°24.235 du rôle.

Cette position est conforme à la doctrine à ce sujet⁵².

Elle présente un intérêt particulier pour les professionnels du secteur financier, qui, suite à l'adoption de règles toujours plus strictes en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, se voient obligés de scruter avec toujours plus d'attention l'activité de leurs clients.

Il faut néanmoins noter qu'il ressort de nos informations que ladite décision a fait l'objet d'un appel actuellement pendant devant la Cour d'Appel du Grand-Duché de Luxembourg.

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (référé), 4 mars 2009, n°119.872 du rôle

Opérations – Banque dépositaire d'organisme de placement collectif – Ordre de paiement – Analyse de l'opération – Obligation de surveillance des actifs et de contrôle des actifs de l'OPC – Obligation de moyens

«L'ordre de paiement est un procédé qui permet de transférer des fonds d'un compte vers un autre par le mécanisme d'un simple jeu d'écriture. La banque joue alors le rôle d'intermédiaire entre le compte du donneur d'ordre qu'il convient de débiter et le compte du créancier qu'il faut créditer. L'ordre de virement ou de payer s'analyse, sur le plan juridique, en un double mandat: il repose, d'une part, sur le mandat de payer entre le donneur d'ordre et son banquier, et d'autre part, sur un mandat d'encaisser entre le bénéficiaire et sa banque. (...)

(...) les obligations de surveillance des actifs et de contrôle des opérations de l'OPC constituent, dans le chef du dépositaire, des obligations de moyens. Le dépositaire doit exercer ces obligations en «bon père de famille», avec la diligence attendue d'un professionnel normalement compétent et prudent placé dans les mêmes circonstances. Sa responsabilité n'est engagée que pour une faute établie à sa charge par la personne qui l'invoque.»

Commentaires

L'ordonnance de référé commentée ci-après a été rendue dans le cadre d'une assignation en référé-provision introduite par un investisseur professionnel suite aux difficultés rencontrées par plusieurs SICAV luxembourgeoises ayant été en

relation avec la société B. L. Madoff Investment Securities LLC, mise en liquidation durant le mois de décembre 2008 suite à la découverte d'une gigantesque fraude de type « chaîne de Ponzi ».

Plusieurs ordonnances de référé⁵³ ont été rendues par le Tribunal d'Arrondissement, suite à diverses assignations en référé-provision introduites par des investisseurs mécontents.

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, un investisseur professionnel français avait investi dans une SICAV luxembourgeoise⁵⁴ soumise à la partie I de la loi du 20 décembre 2002 relative aux organismes de placement collectif, telle que modifiée. La SICAV fut ultérieurement impactée par l'affaire liée à Bernard L. Madoff et le calcul de sa valeur nette d'inventaire ainsi que les rachats, les souscriptions et conversions de ses parts ou actions furent suspendus suite à l'éclatement de ladite affaire.

Ledit investisseur donna le 10 novembre 2008 un ordre de rachat pour 952.097 actions émises par la SICAV.

Le 10 décembre 2008, l'administration centrale de la SICAV confirma le rachat de ces actions au prix total de 1.059.524,17 euros sur base d'une valeur nette d'inventaire calculée au 17 novembre 2008, payable le 15 décembre 2008.

Par lettre du 6 janvier 2009, la SICAV reconfirma l'ordre de paiement relatif au prix de ce rachat donné à la banque dépositaire.

Cette dernière refusa néanmoins d'effectuer le paiement de ce prix de rachat, bien que la somme de EUR 1.059.524,17.- se soit trouvée sur un compte de la SICAV ouvert auprès d'elle et que la SICAV ait donné ordre de payer à la banque dépositaire.

Devant le refus de la banque dépositaire de procéder au paiement du prix du rachat, l'investisseur professionnel assigna en référé-provision la banque dépositaire.

2. L'ordonnance de référé du 4 mars 2009

⁵³ Voyez Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (référé), 15 janvier 2009, n°118.980 du rôle, réformé par Cour d'Appel du Grand-Duché de Luxembourg (référé), 15 juillet 2009, n°34.505 du rôle; Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, 4 mars 2009, n°119.870 du rôle.

⁵⁴ Il s'agit de la même SICAV que celle mentionnée dans notre commentaire de la décision du Juge des Référés du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 4 mars 2009 sous le n° du rôle 119.883. Nous renvoyons donc supra pour une description précise du contexte de l'affaire.

⁵² Voyez notamment Schmitt, A., Omes, E., *La responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2006, n°73, p. 47.

Tout comme dans le cas de l'autre ordonnance rendue par le Juge des Référé du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg⁵⁵, de nombreux points de droit, relevant notamment du droit de la procédure civile et du droit des sociétés, furent tranchés par le Juge dans son ordonnance. Dans le cadre de la présente chronique, nous nous limiterons néanmoins à examiner les points de droit bancaire tranchés par la présente ordonnance.

Le demandeur soutenait principalement dans la présente affaire le principe de la stipulation pour autrui. Selon lui, l'ordre de payer donné par l'administration centrale du fonds à la banque dépositaire devait s'analyser en une stipulation pour autrui en sa faveur, de sorte qu'il en résulterait dans son chef une action directe, de nature contractuelle, contre la banque dépositaire.

Sur ce point, le Juge prit position comme suit.

Dans un premier temps, il rappela les principes applicables en matière d'ordre de paiement, à savoir que «L'ordre de paiement est un procédé qui permet de transférer des fonds d'un compte vers un autre par le mécanisme d'un simple jeu d'écriture. La banque joue alors le rôle d'intermédiaire entre le compte du donneur qu'il convient de débiter et le compte du créancier qu'il faut créditer. L'ordre de virement ou de payer s'analyse, sur le plan juridique, en un double mandat: il repose, d'une part, sur le mandat de payer entre le donneur d'ordre et son banquier, et d'autre part, sur un mandat d'encaisser entre le bénéficiaire et sa banque (...).».

Il releva, en conséquence, qu'en l'espèce, dans le cadre de l'ordre de paiement actuellement litigieux, «il s'agissait de débiter le compte de (...) [la SICAV] de la contrepartie correspondant au prix de rachat des actions de (...) [l'investisseur professionnel], soit la somme de 1.059.524,17 euros, pour la porter au crédit du compte du bénéficiaire [à savoir ledit investisseur professionnel].».

Le Juge retint néanmoins que la stipulation pour autrui, telle que prévue à l'article 1121 du Code civil, et telle qu'invoquée par l'investisseur professionnel à l'appui de sa demande en référé-provision, ne pouvait servir de base à la demande en provision dirigée contre la banque dépositaire, compte tenu des contestations sérieuses quant à la qualité de débitrice personnelle de la banque dépositaire de la dette initialement contractée par la SICAV, respectivement de son administration centrale.

55 Voyez *supra* Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 4 mars 2009 sous le n° du rôle 119.883.

En effet, selon le Juge, «(...) la stipulation pour autrui est un contrat en vertu duquel une personne, appelée stipulant, demande à une autre personne, appelée promettant, de s'engager envers une troisième personne, le tiers bénéficiaire. Elle a pour objet de créer immédiatement au profit d'une personne, qui n'est pas partie au contrat conclu entre le stipulant et le promettant, un droit direct contre le promettant.».

Or, en l'espèce, le Juge releva qu'il ne résultait d'aucune pièce versée en cause que la SICAV, en sa qualité de stipulant, ait demandé à la banque dépositaire, en sa qualité de promettant, de s'engager envers une troisième personne, le tiers bénéficiaire, en l'occurrence l'investisseur professionnel, dans le cadre de l'exécution de l'ordre de paiement relatif au rachat de actions.

Le Juge retint en conséquence que l'ordre de paiement litigieux ne pouvait s'analyser en une stipulation pour autrui et qu'il y avait donc lieu de rejeter la demande de l'investisseur professionnel sur ce point.

Par ailleurs, le Juge continua plus loin son raisonnement en se positionnant sur le terrain de la responsabilité du banquier dépositaire d'organisme de placement collectif.

Sur ce plan, il releva que «(...) les obligations de surveillance des actifs et de contrôle des opérations de l'OPC constituent, dans le chef du dépositaire, des obligations de moyens. Le dépositaire doit exercer ces obligations en «bon père de famille», avec la diligence attendue d'un professionnel normalement compétent et prudent placé dans les mêmes circonstances. Sa responsabilité n'est engagée que pour une faute établie à sa charge par la personne qui l'invoque.».

Le Juge retint néanmoins qu'il échappait aux pouvoirs d'appréciation du juge des référés de se prononcer sur la question de la responsabilité de la banque dépositaire, alors qu'il s'agissait d'une question relevant du fond de l'affaire.

3. Les enseignements de l'ordonnance de référé du 4 mars 2009

La présente ordonnance démontre bien les limites des procédures en référé dans le cadre d'affaires d'une telle complexité.

Le juge des référés devant être le juge de l'incontestable, il ne peut se permettre une analyse poussée des faits et actes qui lui sont présentés, sous peine de préjuger du fond.

En l'espèce, le problème principal soulevé par le Juge provenait de ce que le droit pour l'investisseur professionnel de réclamer l'exécution à son profit de l'ordre de paiement ne ressortait pas clairement des pièces versées en cause.

Il faut noter que dans une ordonnance du 15 janvier 2009, le Juge des Référé avait retenu l'existence d'un tel droit en analysant la situation sous l'angle de la stipulation pour autrui. Cette décision a néanmoins été réformée par la suite par un arrêt de la Cour d'Appel du Grand-Duché de Luxembourg en date du 15 juillet 2009⁵⁶.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que, bien que ne voulant pas préjuger du fond, le Juge a néanmoins voulu préciser dans son ordonnance que l'obligation de surveillance à charge du banquier dépositaire d'un OPC était une obligation de moyens. L'application de ce principe au cas d'espèce ne manquera pas de provoquer d'intéressants débats dans le cadre de l'affaire au fond.

Cour d'Appel de Luxembourg siégeant en matière commerciale, 11 mars 2009, n°33287 du rôle

Opérations – Contrat de gestion assistée – Obligation de conseil – Obligation de moyens – Preuve du lien causal – Absence de présomption de lien causal en cas d'inexécution constatée – Nécessité d'établir que le client aurait agi autrement et que la chute du portefeuille aurait été enrayée en l'absence de faute (oui)

«L'obligation de conseil reste une obligation de moyens en ce qui concerne les conséquences résultant de son éventuelle violation et tout comme la seule constatation de la défaillance du résultat escompté ne fait pas présumer l'inexécution fautive du débiteur de l'obligation de conseil, l'inexécution constatée ne fait pas présumer une relation causale entre cette inexécution et la défaillance du résultat. (...)

Il n'est pas établi qu'une exécution par la banque de ses obligations contractuelles aurait amené [le client] à modifier sa politique d'investissement en rétablissant une meilleure répartition sectorielle, ni partant que la diminution de la valeur de son portefeuille, qui est due par ailleurs à une chute générale des marchés boursiers aurait pu être enrayée dans une quelconque mesure. La preuve

⁵⁶ Voyez Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (référé), 15 janvier 2009, n°118.980 du rôle, réformé par Cour d'Appel du Grand-Duché de Luxembourg (référé), 15 juillet 2009, n°34.505 du rôle.

d'une relation causale entre la faute de la banque et le préjudice allégué fait donc défaut.»

Commentaires

1. Les faits de l'affaire

En l'espèce, une personne physique avait ouvert à la fin des années 90 un compte auprès d'une banque luxembourgeoise.

Au cours de l'année 2000, alors que le client souhaitait réaliser des placements spéculatifs, une convention de gestion assistée avait été conclue entre le client et sa banque.

Au terme de cette convention de gestion, la banque s'était engagée à fournir au client des conseils en fonction d'une stratégie d'investissement choisie par ce client, à savoir une stratégie risquée mais devant se faire selon une bonne répartition sectorielle.

Sur base de ces conseils, il appartenait néanmoins au client de prendre lui-même la décision d'investir dans tel ou tel titre.

Le temps passa et suite à des décisions d'investissements à haut risque prises par le client dans le seul secteur des nouvelles technologies, le portefeuille de celui-ci subit une forte dépréciation.

Le client assigna alors la banque devant le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg afin de voir condamner cette dernière à lui rembourser le montant correspondant aux pertes subi par son portefeuille de titres.

A l'appui de sa demande, le client reprochait à la banque de l'avoir mal conseillée quant aux choix opérés, notamment en ce qui concerne les investissements effectués dans le secteur des nouvelles technologies.

Par un jugement rendu en date du 14 novembre 2007 et après avoir relevé, d'une part, que l'obligation de conseil pesant sur la banquier n'était que de moyens et, d'autre part, que la seule constatation de pertes boursières, ou plus généralement la seule confrontation de la performance dans les attentes à celle attendue, était insuffisante pour prouver l'existence d'une faute dans le chef de la banque, le Tribunal d'Arrondissement débouta le client de sa demande.

Ce dernier interjeta appel à l'encontre à l'encontre de la décision des premiers juges du 14 novembre 2007 ce qui donna lieu à l'arrêt commenté ci-après.

2. L'arrêt du 11 mars 2009

Dans un premier temps, la Cour retint que la banque s'était contractuellement engagée à fournir à son client des conseils spécifiques.

Elle releva qu'à ce titre, il appartenait nécessairement à la banque de prouver qu'elle s'était exécutée en démontrant qu'elle avait donné à son client des conseils conformes aux objectifs fixés par celui-ci, en l'espèce, une bonne diversification sectorielle.

La banque restant en défaut de rapporter la preuve qu'elle avait conseillé son client dans le sens d'une meilleure diversification sectorielle, la Cour en déduisit que cette dernière avait commis une faute contractuelle de nature à engager sa responsabilité.

Dans un second temps, la Cour rappela toutefois que l'obligation de conseil à laquelle était tenue la Banque n'était qu'une obligation de moyens, de sorte que l'inexécution constatée dans le chef de la banque ne faisait pas présumer l'existence d'une relation causale entre cette inexécution et la perte de valeur du portefeuille du client.

En effet, selon la Cour d'Appel, pour que la Banque puisse être déclarée responsable du préjudice subi par le client, encore fallait-il que celui-ci parvienne à démontrer d'une part, que s'il avait été utilement conseillé par la Banque, il aurait investi différemment et, d'autre part, que ces investissements lui auraient permis d'éviter la dépréciation de son portefeuille.

Après avoir relevé qu'il n'était pas établi en l'espèce, qu'une exécution par la banque de ses obligations contractuelles aurait amené le client à modifier sa politique d'investissement et, partant, permis d'enrayer la diminution du portefeuille de celui-ci, la Cour retint qu'en l'espèce, la preuve d'une relation causale entre la faute de la Banque et le préjudice allégué faisait défaut.

La Cour déclara en conséquence non fondée la demande de condamnation sollicitée par le client et confirma le jugement entrepris.

3. Les enseignements de l'arrêt du 30 mars 2009

Ainsi que l'a relevé la doctrine à son sujet⁵⁷, l'arrêt commenté ci-dessus présente un intérêt sous deux aspects.

D'une part, il retient l'existence d'une obligation de conseil spécifique à charge de la banque, de nature purement contractuelle, puisque prévue entre les parties, qui en fixe le cadre et le contenu.

⁵⁷ Voyez Omes, E., note sous Cour d'Appel, 30 mars 2009, n° du rôle 33.287, JTL, 2009, p.129 et svtes.

D'autre part, il se penche sur la problématique du lien causal devant exister entre le manquement de la banque, établi en l'espèce, et le préjudice subi par le client.

Quant à ce lien causal, il faut relever que, selon la Cour, il appartient au client d'établir que, dans l'hypothèse où la banque n'aurait pas manqué à ses obligations, il aurait agi autrement et que son portefeuille n'aurait pas subi les pertes allégués.

III. Assainissement et liquidation⁵⁸

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 3 octobre 2008,
n°1162/08

Assainissement et liquidation – Régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier – Etablissement ayant la gestion de fonds de tiers – Application à un professionnel du secteur financier s'étant procuré les moyens nécessaires à son activité auprès de tiers (oui) – Interprétation de la notion de « professionnel intervenant pour compte propre »

“Il n'est pas contesté en cause que la société anonyme (...) [demandant son admission au régime de sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier] s'est procurée les moyens financiers nécessaires aux opérations de prêt, notamment les valeurs mobilières et les fonds qu'elle a donnés en gage, auprès de tiers, étant donné que ses moyens propres étaient insuffisants pour réaliser des opérations qui sont chiffrées par la demanderesse à quelque 17 milliards de dollars. Partant, la condition d'application prévue à l'article 60-1 du chapitre IV de la (...) [loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, telle que modifiée]⁵⁹ se trouve remplie en l'espèce. (...)

Etant donné que le législateur luxembourgeois, contrairement à la directive européenne, entendait soumettre à la Partie IV de la (...) [loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, telle que modifiée] non

⁵⁸ Comme indiqué supra en introduction, les décisions citées sous le présent titre ont déjà fait l'objet d'une analyse détaillée dans un précédent numéro du Bulletin Droit et Banque auquel nous renvoyons nos lecteurs - voyez Elvinger, M., « Enseignements jurisprudentiels récents en matière de sursis de paiement dans le secteur financier », *Bulletin Droit et Banque*, 43, p. 7 et svtes. Nous nous limiterons donc ici à citer les enseignements les plus marquants des décisions rendues en la matière.

⁵⁹ Article 60-1 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, telle que modifiée : « La présente partie [Partie IV : L'assainissement et la liquidation de certains professionnels du secteur financier] s'applique aux établissements qui ont la gestion de fonds de tiers. »

seulement les banques, mais également certains PSF, il y a lieu, en l'occurrence, de définir le terme «professionnels intervenant pour compte propre» conformément au libellé de la loi dans sa teneur au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 19 mars 2004⁶⁰, c'est-à-dire conformément à l'article 24 C) (1) de la loi du 12 mars 1998⁶¹ qui dit que: «sont professionnels intervenant pour leur propre compte les professionnels dont l'activité consiste dans la négociation pour compte propre de tout instrument visé à la section B de l'annexe II».

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 29 octobre 2008,
n°1315/08

Assainissement et liquidation – Régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier – Sort des revenus produits par les titres déposés – Sort des sommes substituées aux obligations venues à échéance – Exécution d'un virement réalisé avec le concours d'un banquier intermédiaire – Analyse de l'opération – Moment du dessaisissement du donneur d'ordre

«A aucun moment les obligations et actions figurant en dépôt-titres ouvert au Luxembourg ne sont entrées dans le patrimoine [de l'établissement de crédit admis ultérieurement au régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier], alors que le dépôt ne transfère au dépositaire la propriété des biens mis en dépôt, sous réserve des valeurs mobilières dont la propriété a été transférée à la banque à titre de garantie et de celles mises en pension. (...).[En conséquence], les revenus des titres en dépôt n'ont pas intégré la masse d'une banque [admise à la procédure de sursis de paiement].

(...) la même solution s'impose pour les liquidités qui proviennent du paiement en espèces par les émetteurs de titres venus à échéance; puisque ces liquidités se substituent aux titres, elles sont dès lors soumises au même régime. En effet, dès lors que les valeurs mobilières mises en dépôt n'ont pas intégré le patrimoine de la banque, les revenus de ces titres n'y entrent pas non plus, mais sont la propriété du déposant, puisqu'ils ne peuvent

60 Loi du 19 mars 2004 portant transposition dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier de la directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, *Mémorial A*, 2004, n°45, p.708 et svtes.

61 Loi du 12 mars 1998 modifiant la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier aux fins de transposer la directive 93/22/CEE 'services d'investissement' et modifiant l'article 113 du Code de Commerce, *Mémorial A*, 25 mars 1998, p.338 et svtes.

qu'accroître le patrimoine dans lequel figurent les titres auxquels ils se rapportent.(...)

L'exécution du virement entre deux comptes tenus par deux banques et réalisé avec le concours d'un banquier intermédiaire requiert plusieurs intermédiaires: débit du compte du donneur d'ordre, débit du compte [de l'établissement de crédit admis ultérieurement au régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier] tenu auprès du banquier intermédiaire, crédit du compte du banquier du bénéficiaire et crédit du compte du bénéficiaire. Ce schéma complexe a une incidence sur le moment où s'opère le dessaisissement du donneur d'ordre. L'inscription au débit du compte de ce denier ne suffit pas à le dessaisir; en effet, l'écriture corrélatrice qui doit l'accompagner transfère les fonds au banquier intermédiaire, celui-ci n'est qu'un mandataire substitué, de sorte que les fonds restent à la disposition du donneur d'ordre. Le dessaisissement ne se produit donc que lorsque le banquier intermédiaire le «cash correspondant» crédite le compte du banquier du bénéficiaire.»

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 31 octobre 2008,
n°1349/08

Assainissement et liquidation – Régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier – Article 60-3 (2) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, telle que modifiée – Renvoi aux articles 593 et suivants du Code de Commerce (oui) – Applicabilité des règles relatives au sursis de paiement prévu par le Code de Commerce (oui) – Sort des contrats en cours – Sort des obligations nouvellement contractées – Conclusion ou continuation de contrats utiles à la conservation du patrimoine du professionnel, respectivement à son redressement (oui) – Paiement des créances existant au moment de la demande – Arriérés relatifs à des contrats dont la continuité est vitale (non) – Montants peu conséquents (non)

«A défaut de dispositions légales précises régissant la procédure de sursis de paiement d'un établissement bancaire, il y a lieu de dire que l'article 60-3 (2)⁶² renvoyant à la loi luxembourgeoise ne vise pas seulement le droit applicable en général, mais qu'il rend également applicables les articles 593 et suivants du Code de

62 Article 60-3 (2) de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, telle que modifiée : « Le sursis de paiement est appliqué conformément aux lois, règlements et procédures applicables au Luxembourg, dans la mesure où la présente partie n'en dispose pas autrement».

commerce, dans la mesure où la partie V de loi [du 5 avril 1993 relative au secteur financier, telle que modifiée] n'en dispose pas autrement.

Ainsi, la procédure en sursis de paiement ne met pas fin aux contrats en cours, mais elle ne s'applique qu'aux engagements contractés antérieurement à son obtention, de sorte que les obligations nouvellement contractées ne sont pas soumises au sursis et leur exécution n'est pas suspendue. Toutefois, ces nouvelles créances ne sont pas privilégiées.

Il s'en dégage que seuls les contrats utiles à la conservation du patrimoine [de l'établissement de crédit admis au régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier], respectivement à son redressement, sont à conclure ou à continuer, et ce à condition que l'actif soit suffisant pour en honorer le paiement. En effet si tel n'est pas le cas le sursis n'atteignant pas son but, il convient d'en cesser les effets.

L'article 603 du Code de commerce précise que le paiement des créances existant au moment de la demande ne peut être fait, pendant la durée du sursis, qu'à tous les créanciers proportionnellement à leurs créances. Tous les créanciers sont payés au marc le franc.

Conformément aux principes ci-avant exposés, les administrateurs ne sauraient autoriser la Banque à régler les arriérés relatifs à des obligations contractées avant le 9 octobre 2008, même pas ceux se référant à des contrats dont la continuité est vitale, dont les montants sont peu conséquents, également au risque de voir ces fournisseurs invoquer l'exception d'inexécution.»⁶³

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, 19 novembre 2008, n°1409/08

Assainissement et liquidation – Régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier – Cession ou délégation de créance – Moyen de paiement – Paiement par transport aux créanciers uniquement possible proportionnellement à leurs créances

63 Il faut noter au sujet de la présente décision que, si le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg suivait les enseignements de l'arrêt postérieur de la Cour d'Appel du Grand-Duché de Luxembourg du 28 janvier 2009, cité ci-dessous, il n'est pas certain qu'il aboutirait à la même conclusion – voyez à ce sujet Elvinger, M., « Enseignements jurisprudentiels récents en matière de sursis de paiement dans le secteur financier », *Bulletin Droit et Banque*, 43, p.18.

«Une cession ou une délégation de créance peut être analysée comme moyen de paiement lorsqu'elle a pour but d'apurer une dette existante. Pendant la durée du sursis, tous paiements, y compris le paiement «par transport» ne peuvent être faits qu'à tous les créanciers proportionnellement à leurs créances.»

Cour d'Appel du Grand-Duché de Luxembourg, 28 janvier 2009, n°34351 du rôle

Assainissement et liquidation – Régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier – Assimilation du sursis bancaire au sursis de droit commun (non) – Plan de redressement – Possibilité pour les juges de charger les administrateurs de la rédaction d'un plan de redressement (oui) – Modalités – Référence au régime de la gestion contrôlée (oui) – Possibilité de soumettre le plan de redressement à un vote majoritaire des créanciers subissant une réduction de créance (oui) – Principe d'égalité des créanciers – Dérogation dans le cadre du droit des procédures collectives (oui)

«Les appelants font valoir à bon droit que le sursis bancaire ne peut être assimilé au sursis de droit commun réglementé par les articles 593 et suivants du code de commerce.(...)»

Le législateur a (...) laissé aux juges le soin de déterminer et, le cas échéant, de modifier les conditions et modalités du sursis bancaire, y compris la possibilité de charger les administrateurs de l'élaboration d'un plan de redressement et y compris celle de déterminer les modalités d'un plan de redressement. (...)

On ne peut (...) pour déterminer les modalités du plan de redressement envisagé par la loi du 5 avril 1993, se référer [aux dispositions du Code de Commerce] qui visent l'organisation et le fonctionnement du seul sursis de paiement [de droit commun]. (...).

Le sursis de paiement réglementé par l'article 60-2 de la loi du 5 avril 1993 est une procédure collective à l'instar de la gestion contrôlée, instituant différentes mesures analogues, dont la possibilité donnée au juge de charger le ou les administrateurs de l'élaboration d'un plan de redressement, lequel est en somme l'équivalent du projet de réorganisation prévu par l'article 6 de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935. Il n'y a donc aucune raison de ne pas s'inspirer, dans la détermination des modalités de ce plan de redressement, du régime de la gestion

contrôlée, ce d'autant plus que l'article 60-3 de la loi (...) renvoie aux lois, règlements et procédures applicables, dans la mesure où la partie IV de la loi relative aux mesures d'assainissement et à la liquidation des professionnels du secteur financier n'en dispose pas autrement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. (...)

Dans la détermination des modalités du plan de redressement que dans le cadre du sursis bancaire il charge les administrateurs d'élaborer, le juge peut (...) soumettre ce plan de redressement à un vote majoritaire des créanciers subissant une telle réduction de créance.

(...) le principe d'égalité des créanciers n'est pas une règle absolue à laquelle il ne serait pas permis de déroger dans l'intérêt de tous. (...) Même si le principe d'égalité est sous-jacent [aux procédures de concordat préventif de la faillite et à la procédure de gestion contrôlée], (...) le droit des procédures collectives, surtout des procédures d'assainissement, conduit, par nécessité, à une remise en cause de certains principes considérés comme fondamentaux en temps ordinaires.

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 10 février 2009,
n°183/09

Assainissement et liquidation – Régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier – Dépenses occasionnées par la procédure de paiement – Limitation aux dépenses contractées postérieurement au jugement admettant le sursis (non) – Dépenses nécessaires ou qui sont les conséquences de la procédure (oui) – Honoraires de l'avocat assistant le demandeur en sursis de paiement (oui) – Honoraires de l'avocat ayant conseillé les administrateurs sur leurs mandats sociaux (non) – Application de la procédure de sursis de paiement aux impôts (oui)

« La loi ne limite pas strictement les dépenses occasionnées par la procédure [de sursis de paiement] à celles contractées postérieurement au jugement admettant le sursis. Il échet donc d'analyser quelle dépense est à considérer comme nécessaire à ladite procédure, respectivement en est la conséquence. (...).

(...) doit être considérée comme nécessaire l'intervention de l'avocat aux côtés du demandeur [en sursis de paiement] (...) et ainsi les honoraires engendrés par cette intervention doivent être

considérées comme présentant un lien de causalité avec la conservation de la chose qu'assure la procédure (...) [en sursis de paiement].

Il ne résulte pas des pièces produites émanant des cabinets consultés par les membres du conseil d'administration, que ces frais ont été causés par la procédure du sursis de paiement. En effet, conformément à la requête, face aux exigences de la gestion de la société et de la CSSF, les administrateurs ont dû prendre des engagements et afin de pouvoir assumer leur mandat ils ont consulté des avocats. Ainsi les consultations litigieuses se sont référées aux mandats sociaux des administrateurs et n'étaient pas en lien direct avec la procédure en cause. (...).

(...) le sursis bancaire ne peut être assimilé au sursis de droit commun réglementé par les articles 593 et suivants du Code de Commerce (...). Compte tenu de cette considération, la (...) procédure de sursis de paiement s'applique également au paiement des impôts”.

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 1er avril 2009,
n°451/09

Assainissement et liquidation – Régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier – Intervention d'un tiers à la procédure – Irrecevabilité

« La combinaison de (...) [l'article 61 de la loi du 5 avril sur le secteur financier, telle que modifiée et l'article 594 du Nouveau Code de Procédure Civile] mène à la conclusion que le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire de certains professionnels du secteur financier n'étant pas susceptible de tierce opposition, aucune intervention ne peut être reçue (...).».

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 2 avril 2009,
n°453/09

Assainissement et liquidation – Régime du sursis de paiement applicable à certains professionnels du secteur financier – Durée du sursis

«Les travaux parlementaires de la loi du 10 août 1982⁶⁴, dont le texte en cause a été repris sans modification par la loi du 19 mars 2004⁶⁵, notent que «Il a paru utile de prévoir que les modalités du jugement accordant le sursis de paiement peuvent être modifiées par le Tribunal de Commerce.... Il peut en effet s'avérer nécessaire que certaines modalités de ce jugement telle que par exemple la durée du sursis doivent être adaptées à l'évolution de la situation (cf. Projet de Loi n° 2548, page 12, article 7).

En principe, l'intérêt des créanciers exige qu'une décision définitive sur le sort de l'établissement soit prise après le délai de six mois, de sorte que le jugement d'ouverture de la procédure d'assainissement ne pourra fixer une période dépassant les six mois. Toutefois, conformément aux travaux préparatoires, cette durée initiale pourra être adaptée en fonction des besoins de la cause ».

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg
siégeant en matière commerciale, 2 avril 2009,
n°507/2009

Assainissement et liquidation – Liquidation d'un organisme de placement collectif – SICAV - Etendue du pouvoir de représentation du liquidateur – Société en liquidation, investisseurs et créanciers (oui) – Portée géographique – Qualification des porteurs de part de la SICAV en liquidation – Actionnaires devant se partager le boni de liquidation (oui)

«(...) la société en liquidation perd l'administration de tous ses biens, laquelle est confiée aux liquidateurs qui agissent au profit tant de la société que des investisseurs et créanciers qu'ils représentent et qui bénéficient des pouvoirs les plus étendus en vue de la réalisation de leur objectif. En l'occurrence, leurs pouvoirs s'exerceront tant au Grand-Duché de Luxembourg qu'à l'étranger; alors que la règle de l'unité et de l'universalité de la liquidation judiciaire d'une société ayant son siège social au Luxembourg, étend en principe ses effets à tous les biens mobiliers et immobiliers de la société en liquidation, quand bien même ces biens sont situés à l'étranger. (...).

(...) les porteurs de parts de la société (...) ne sont pas à considérer comme des créanciers de la masse, mais comme des actionnaires qui vont se partager le boni de liquidation.»

64 Loi du 10 août 1982 portant organisation: 1) du droit de suspension du Commissaire au Contrôle des Banques à l'égard des établissements de crédit; 2) du sursis de paiement, de la gestion contrôlée et de la liquidation des établissements de crédit, *Mémorial A*, 1982, n°65, p.1424 et svtes.

65 Loi du 19 mars 2004 portant transposition dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier de la directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, *Mémorial A*, 2004, n°45, p.708 et svtes.

