



Banque & Finance

LETTRE TRIMESTRIELLE D'INFORMATIONS JURIDIQUES

15 juin 2019 au 14 septembre 2019



Editorial

La nouvelle enseigne du secteur financier : la création d'un Ordre professionnel

Le Parlement vient de promulguer une loi qui impose un serment et une déontologie aux banquiers. Un nouvel Ordre sera créé : l'Ordre disciplinaire (sic) du secteur bancaire.

Il sera chargé d'édicter un code de déontologie et d'élaborer des règles en matière de poursuites disciplinaires.

Cet Ordre sera financé par les établissements de crédit et possèdera la personnalité juridique.

Seront seules soumises à ces règles les personnes physiques travaillant dans ces établissements soit qui exercent des activités qui font partie ou découlant de l'exercice du métier bancaire soit qui font partie intégrante des processus d'exploitation qui le soutiennent. On pense au mana-

gement, aux employés directement en contact avec les clients, à ceux qui gèrent les risques, l'informatique ou le compliance. Il peut s'agir tant d'employés que d'indépendants.

Ces personnes devront prêter serment. Son texte sera fixé par le Roi. En cas de manquement au serment, aux normes déontologiques, aux principes de dignité, probité ou délicatesse ou aux justes égards dus envers l'Ordre, les banquiers seront passibles de sanctions prononcées aux termes d'une procédure contradictoire et avec l'assistance facultative d'un avocat par une commission indépendante dont les membres seront nommés par le Roi. Un appel et un recours en cassation contre ces sanctions sont prévus.

(...)

Sommaire

Page 2

Le taux légal pour sanctionner le retard de paiement est supplétif

Page 3

La portée d'une garantie de restitution d'acompte

Page 6

Le défaut d'intérêt à agir d'une société radiée du registre des sociétés

Page 8

La divulgation des codes d'une carte de crédit est une négligence grave

Page 9

S'abstenir de refuser d'exécuter un ordre de bourse peut être préjudiciable

Page 13

L'assemblée générale des obligataires est-elle un organe de la société ?

(...)

Cinq types de sanctions sont envisagées : avertissement, réprimande, interdiction d'exercer certaines activités auprès de son employeur, suspension ou interdiction professionnelle. Ces sanctions seront rendues publiques mais de manière anonyme. Elles seront communiquées à l'Ordre disciplinaire, à la BNB ou à la FSMA.

Cette nouvelle loi était dans l'air depuis la crise bancaire et à la suite des différentes commissions d'enquêtes parlementaires qui se sont suc-

cédées depuis lors. Elle s'inspire du régime existant aux Pays-Bas depuis 2013 et 2015. Dans ce pays, 90.000 collaborateurs bancaires ont déjà prêté serment. Depuis le lancement de la procédure disciplinaire, une quarantaine de décisions ont été prononcées. Dans la majorité des cas, une interdiction professionnelle temporaire a été prononcée.

Jean-Pierre BUYLE
jpbuyle@buylelegal.eu

LE TAUX LÉGAL POUR SANCTIONNER LE RETARD DE PAIEMENT EST SUPPLETIF

Une Banque avait octroyé un prêt à un client remboursable en 5 ans. Le contrat rendait applicable le droit luxembourgeois. Pendant la première année, le client avait effectué des remboursements relativement réguliers mais n'avait ensuite effectué que des paiements fractionnés (parfois avec beaucoup de retard) pour finir par ne plus rien payer du tout, de sorte qu'au jour de la dénonciation, il accusait un retard de près de 2 mensualités complètes.

Cette circonstance avait conduit la banque à dénoncer le contrat de prêt litigieux en application de l'article 7 a/ des conditions générales applicables à celui-ci, qui prévoyait que «*La Banque a la faculté de mettre fin au prêt : a/ au cas où l'Emprunteur n'effectuerait pas l'un des remboursements à la date convenue (...)*», sans que cette dénonciation puisse, en l'espèce, être qualifiée d'abusives.

Le client contestait le taux des intérêts, ainsi que la clause pénale réclamés par la banque, invoquant tout à tour l'article 1153 du Code civil Luxembourgeois, l'article L.211-2 du Code de la consommation luxembourgeois et/ou l'article 1er de la loi luxembourgeoise du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur et dénonçant le déséquilibre manifeste qui existerait entre les droits et les obligations des parties au contrat litigieux.

Le tribunal releva, s'agissant des différentes dispositions légales invoquées par le client, que :

- l'article 1153 du Code civil luxembourgeois (similaire à l'article 1153 du Code civil belge) prévoit (tout comme ce dernier) l'application du taux légal pour sanctionner le retard dans l'exécution d'une obligation qui

se borne au paiement d'une certaine somme, uniquement à défaut d'un taux d'intérêt conventionnel supérieur fixé contractuellement entre parties,

- le Code de la consommation luxembourgeois invoqué par le client n'était pas applicable au contrat litigieux dans la mesure où il était entré en vigueur le 15 avril 2011, soit après la conclusion de celui-ci,
- la loi luxembourgeoise du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur n'était pas applicable au contrat litigieux dans la mesure où elle régit les contrats conclus « avec des consommateurs finals privés domiciliés au Luxembourg », ce qui n'était pas le cas des emprunteurs.

En l'espèce, la banque avait fait application, pour effectuer son calcul des intérêts dus sur le solde exigible au jour de la dénonciation, du «seul» taux d'intérêt annuel (TAEG) fixé dans le contrat (soit 5,75 %), sans le majorer de 2 % comme le lui permettait pourtant l'article 8 des conditions générales

précitées. Elle avait, en outre, limité la clause pénale réclamée au montant forfaitaire de 1.500 €, alors que l'article 9 des conditions générales précitées lui permettait de réclamer 15 % du solde (demeuré impayé) dû au jour de la dénonciation, soit 4.047,47 €.

« l'application du taux légal pour sanctionner le retard dans l'exécution d'une obligation qui se borne au paiement d'une certaine somme, uniquement à défaut d'un taux d'intérêt conventionnel supérieur fixé contractuellement entre parties »

L'application de telles conditions générales (a fortiori, volontairement limitées par la Banque) n'était nullement révélatrice d'un déséquilibre manifeste existant entre les droits et les obligations des différentes parties du contrat litigieux. Le client fut donc débouté de sa demande.

LA PORTÉE D'UNE GARANTIE DE RESTITUTION D'ACOMPTE

Une banque avait constitué une garantie bancaire (ci-après la Garantie) dont le préambule énonçait ce qui suit : «*Considérant la Convention/Transaction susmentionnée, le Bénéficiaire est prêt à avancer un montant équivalent au Montant*

Maximal de cette garantie bancaire au Demandeur/Donneur d'ordre (l'«Acompte») à condition que le remboursement de cet Acompte, au cas où le Demandeur/Donneur d'ordre devait manquer de remplir ses obligations découlant de la Conven-

tion/Transaction, soit garanti par une garantie bancaire».

Sur cette base, la banque s'engageait, à la réception d'une demande écrite du bénéficiaire, à lui verser à titre de dette propre tout montant n'excédant pas le montant garanti. La Garantie prévoyait, d'une part, que le paiement interviendrait si le bénéficiaire déclarait dans sa demande que le donneur d'ordre avait manqué à ses obligations découlant du contrat de base et mentionnait le montant dont elle sollicitait le paiement et, d'autre part, que la banque n'exigerait pas d'autre preuve de responsabilité que la déclaration précitée.

La Garantie était régie par le droit belge et attribuait compétence aux juridictions belges pour tout litige la concernant. Elle était valable jusqu'au 31 décembre 2015 mais fut prorogée plusieurs fois.

Par courrier du 20 septembre 2016, le bénéficiaire fit appel à la Garantie et réclama le versement de la somme totale de celle-ci.

Le donneur d'ordre saisit le président du tribunal de l'entreprise via requête unilatérale et obtint la suspension de l'exécution de la garantie, décision qui fut immédiatement signifiée à la banque.

Sur cette base, la banque informa le bénéficiaire qu'elle ne pouvait plus procéder au paiement de la garantie. Le bénéficiaire fit tierce opposition à l'ordonnance du président du tribunal de l'entreprise mais fut débouté.

Un an plus tard, le bénéficiaire introduisit une procédure devant le tribunal de l'entreprise afin de condamner la banque au paiement de la garantie. Ce dernier se déclara compétent pour connaître du litige et rappela dans un premier temps que la Garantie accordée par la banque était une garantie à première demande, soit *«un engagement par lequel le garant, à la requête irrévocable d'un donneur d'ordre, accepte de payer en qualité de débiteur principal, sur simple demande, une somme d'argent à un bénéficiaire désigné, dans les termes et conditions stipulés dans la garantie, en renonçant par avance à exercer tout contrôle externe sur les conditions de mise en jeu de son engagement»*.

Une garantie à première demande présente un caractère :

- littéral : la portée de la garantie ne peut être définie que par référence au contenu de la lettre de garantie que le banquier a adressée au bénéficiaire ;
- autonome : il n'appartient pas à la banque de vérifier si le contrat sous-jacent a été correctement exécuté ;
- et irrévocable : dès lors que les conditions de l'appel à la garantie sont réunies, en ce compris les conditions de formalisme, le banquier se trouve dans l'obligation de s'exécuter au profit du bénéficiaire sans pouvoir remettre en question son engagement ou l'efficacité de celui-ci, il appartiendra au banquier de payer d'abord, quitte à ce que les contestations soient vidées par la suite.

La banque contractait donc un engagement propre à l'égard du bénéficiaire. Elle ne pouvait s'abstenir de donner suite à un appel régulier en la forme que pour autant que celui-ci soit manifestement abusif ou frauduleux, c'est-à-dire si le caractère abusif *«lui apparaît prima facie et sans aucun doute possible»*.

En l'espèce, la garantie accordée par la banque n'était pas une garantie de bonne fin mais une garantie de restitution d'acompte. Elle permettait d'assurer que ce qui était prépayé par le bénéficiaire au moment de la conclusion du contrat – soit à une époque où aucune prestation n'était encore effectuée par le donneur d'ordre – soit remboursé si ce dernier ne devait pas s'exécuter à due concurrence.

La portée de la garantie était claire : elle trouvait à s'appliquer – quel que soit le manquement contractuel du donneur d'ordre – uniquement en vue de couvrir le remboursement de l'acompte. Les éléments du texte de la garantie – plus particulièrement son préambule – définissaient avec précision le contour de l'engagement souscrit par la banque.

La portée de la garantie étant définie, il y avait lieu de constater que si les parties étaient certes en litige quant à la bonne exécution du contrat au vu de la procédure pendante au Grand-Duché de Luxembourg, il ressortait toutefois de leurs explications que le donneur d'ordre avait presté pour un montant largement supérieur à celui de l'acompte dont une partie substantielle avait d'ailleurs été acquittée par le bénéficiaire.

Il fallait partant considérer que le donneur d'ordre

avait d'ores et déjà exécuté le contrat pour un montant au moins équivalent à celui de l'acompte. Le travail réalisé par le donneur d'ordre en exécution du contrat avait en effet été facturé (et accepté par le bénéficiaire) pour un montant largement supérieur à celui de l'acompte au vu de l'état des paiements repris ci-dessus et non contesté par le bénéficiaire.

Il s'en déduisait de manière évidente pour le tribunal et sans qu'il soit nécessaire d'examiner le différend qui opposait les deux sociétés quant à l'exécution du Contrat – que la valeur des prestations effectuées par le donneur d'ordre excédait largement le montant de l'acompte de sorte que le bénéficiaire ne disposait pas d'une créance lui permettant d'exiger le remboursement de l'acompte. La banque n'était pas tenue dans ces circonstances de donner suite à l'appel de Garantie puisqu'il apparaissait *«prima facie»* que le bénéficiaire

« elle assurait que ce qui était prépayé par le bénéficiaire au moment de la conclusion du contrat – soit à une époque où aucune prestation n'était encore effectuée par le donneur d'ordre – soit remboursé si ce dernier ne devait pas s'exécuter à due concurrence »

de la garantie était sans droit pour exiger le remboursement de l'acompte. Le bénéficiaire de la garantie fut donc à nouveau débouté.

LE DÉFAUT D'INTÉRÊT À AGIR D'UNE SOCIÉTÉ RADIÉE DU REGISTRE DES SOCIÉTÉS

Une société avait fait pratiquer une saisie-arrêt exécutoire à charge de l'OTAN, entre les mains d'une banque, et ce, en vertu d'une ordonnance du Président du tribunal de première instance de Bruxelles contenant exequatur d'une sentence arbitrale.

Cette saisie, qui avait été dénoncée, tendait à obtenir paiement d'une somme d'argent.

La Banque avait fait sa déclaration de tiers saisi en ces termes : *«Nous attirons votre attention sur le fait que l'article 6 du traité sur le statut de l'OTAN stipule que : ses biens et avoirs, où qu'ils se trouvent et quel que soit leur détenteur, sont exempts de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou de toute autre forme de contrainte. Ce traité a été approuvé par la loi du 1er février 1955 et publié au Moniteur belge du 6 mars 1955.»*

Ces dispositions conventionnelles excluent toute forme d'exécution sur le patrimoine de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord. Les dispositions de droit interne ne pouvaient déroger à ces règles internationales (...). Nous sommes donc amenés à constater que la saisie-arrêt exécution ne pouvait pas avoir d'effets.»

La société créancière avait contesté cette argumentation et invité la banque à faire sa déclaration de tiers saisi dans un délai de huit jours. A défaut, elle

cita la banque devant le tribunal de première instance de Bruxelles.

La banque concluait à l'irrecevabilité de l'action à défaut pour la société de disposer de la qualité requise par l'article 17 du Code judiciaire.

Selon l'article 110, alinéa 1, du Code de droit international privé, *«La personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution»*. Le droit applicable déterminait notamment, et conformément à l'article 111, §1er, 4°, du même code, *«la capacité de la personne morale»*.

La société créancière ayant son siège aux Iles Vierges britanniques, le droit qui lui était applicable était celui de cet archipel.

Il était établi que le 1er mai 2015, la société créancière avait été radiée (*«struck off»*) du registre des sociétés aux Iles Vierges britanniques pour non-paiement de la redevance annuelle dont devaient s'acquitter toutes les sociétés qui y étaient établies, ainsi que pour défaut d'agent enregistré sur place.

Cette sanction était prévue à l'article 213 du British Virgin Islands Business Companies Act de 2004, suivant lequel *«Le Greffier peut radier le nom d'une société du registre si :*

a/ La société n'a pas d'agent enregistré

b/ La société est en défaut de paiement de la redevance annuelle ou de toute autre pénalité financière due à cette date» (traduction libre de la Banque, non contestée).

L'article 215 de cette loi dispose quant à lui que «lorsqu'une société a été radiée du Registre, la société, ses directeurs, membres, liquidateurs ou receveurs ne peuvent :

(a) initier des procédures judiciaires, poursuivre des activités commerciales ou, en toute hypothèse, négocier les actifs de la société ;

(b) en qualité de défendeur dans les procédures judiciaires, formuler une demande ou faire reconnaître un droit au nom de la société ;

(c) agir, en toutes circonstances, dans le respect de l'objet social de la société ;

Nonobstant l'alinéa précédent, si une société a été radiée du registre, la société, son directeur, membre ou liquidateur ou mandataire à cet effet peut :

(a) demander la restauration de la société au registre ;

(b) continuer à se défendre dans le cadre des procédures qui ont été initiées antérieurement à la date de la radiation ;

(c) poursuivre des procédures légales qui furent initiées avant la date de radiation de la société»

La société créancière n'avait dès lors plus la capa-

cité d'ester en justice et n'était pas recevable à introduire de nouvelles procédures depuis le 1er mai 2015.

Elle prétendait qu'elle poursuivait «l'exécution d'une décision issue d'une procédure initiée en 2001, soit plus de 14 ans avant qu'elle ne soit radiée pour défaut de paiement de taxe », ou encore que la demande de condamnation de la banque «était l'accessoire nécessaire de la procédure initiée contre l'OTAN le 12/07/2000».

Selon le tribunal, elle ne pouvait être suivie : la citation signifiée à la Banque le 28 mars 2018 – soit plus de trois ans après sa radiation – introduisait une nouvelle procédure indépendante de celle menée contre l'OTAN. Elle y faisait suite mais ne pouvait en aucun cas être considérée comme son accessoire, ne fût-ce que parce qu'elle concernait des parties différentes.

« la société créancière avait été radiée («struck off») du registre des sociétés aux Iles Vierges britanniques pour non-paiement de la redevance annuelle dont devaient s'acquitter toutes les sociétés qui y étaient établies ».

La société créancière soutenait également que

des démarches avaient été entreprises afin d'obtenir sa réinscription au registre des sociétés. Elle poursuivait en affirmant que la «*restauration de la société*» opérerait avec effet rétroactif et que «*la société serait réputée ne jamais avoir été radiée du registre, et donc toujours avoir eu qualité à agir en toutes circonstances*».

Pour le tribunal, à ce stade, on ignorait si cette

société serait un jour réinscrite dans le registre des sociétés des Iles Vierges britanniques, cette réinscription étant purement hypothétique et n'étant étayée par aucune pièce. La demande fut dès lors déclarée irrecevable.

LA DIVULGATION DES CODES D'UNE CARTE DE CRÉDIT EST UNE NÉGLIGENCE GRAVE

Un client soutenait avoir été victime d'une utilisation frauduleuse de sa carte de crédit en France. Après avoir déposé plainte à la gendarmerie de Saint-Tropez, il assigna la société belge qui commercialisait notamment sa carte de crédit.

Il fut débouté. En appel, il invoquait que les conditions générales du contrat relatives à sa carte de crédit retenues par les premiers juges, lui étaient inopposables, dès lors qu'il n'avait jamais communiqué les 4 chiffres confidentiels de sa carte de crédit, qu'il était déchargé de toute responsabilité en application des articles L133-19 et L133-20 du Code monétaire et financier, que les premiers juges avaient inversé la charge de la preuve et que les clauses des conditions générales avaient un caractère abusif.

La société belge répliquait que les utilisations frauduleuses alléguées de la carte de crédit n'avaient pu avoir lieu que par la complicité ou la négligence du client dès lors qu'il avait avoué avoir communi-

qué le numéro de sa carte et les quatre chiffres de sécurité à un tiers. Ce comportement était constitutif d'une violation des obligations de l'article L133-16 du Code monétaire et financier. La société contestait également l'étendue du préjudice invoqué par le client et le caractère abusif des clauses contenues dans les conditions générales du contrat.

Selon la Cour d'Aix-en-Provence, aux termes des articles L.133-16 et L.133-17 du Code monétaire et financier, il appartenait à l'utilisateur de services de paiement de prendre toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés et d'informer sans tarder son prestataire de tels services de toute utilisation non autorisée de l'instrument de paiement ou des données qui lui sont liées, et il incombait au prestataire, par application des articles L.133-19, IV, et L.133-23 du même code, de rapporter la preuve de ce

que l'utilisateur, qui niait avoir autorisé une opération de paiement, avait agi frauduleusement ou n'avait pas satisfait, intentionnellement ou par négligence grave, à ses obligations.

En l'espèce, il résultait du procès-verbal de dépôt de plainte effectué par le client à la gendarmerie de Saint-Tropez que ce dernier déclarait que pendant la période de résidence de M. Y à son domicile en juillet et août 2013 (4 jours) et alors qu'il ne s'agissait que d'une connaissance amicale : *«cet homme avait eu accès à mes cartes de crédit»* et il ajoutait : *«ce monsieur n'avait eu accès à mes cartes que pour effectuer de petites transactions de centaines d'euros aux mois d'août et au mois de juillet 2013. Les transactions autorisées par moi avaient été effectuées en présence de mon assistante»*.

Il résultait ainsi des propres déclarations du client qu'il avait donné accès à ses cartes bancaires, dont sa carte de crédit, à un tiers en lui donnant suffisamment d'informations pour qu'il effectue des achats. Mêmes réalisées en sa présence et/ou celle de sa préposée, ces opérations de paiement avaient été effectuées grâce à la divulgation des dispositifs de sécurité personnalisés de la carte à

un tiers lui permettant une utilisation effective de celle-ci pour effectuer des achats, ce qui constituait une négligence grave exclusive de l'obligation de remboursement incombant au prestataire de service de paiement en application de l'article L133-19 IV.

Les conditions générales du contrat, et spécialement les articles 6-1 et 7-2, qui n'étaient que la reprise des obligations issues de la directive CE 2007/64, transposée en droit français par l'ordonnance du 15 juillet 2009, dont sont issus les textes précités, ne sauraient être considérées comme abusives. Le client fut logiquement débouté.

« il appartenait à l'utilisateur de prendre toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés et d'informer sans tarder son prestataire de tels services de toute utilisation non autorisée »

S'ABSTENIR DE REFUSER D'EXÉCUTER UN ORDRE DE BOURSE PEUT ÊTRE PRÉJUDICIALE

Un client poursuivait la condamnation de sa banque à l'indemniser du préjudice subi ensuite de la faute qu'il reprochait à la banque d'avoir commise dans la mise en œuvre des instructions qui lui

avaient été données au sujet de la vente de droits de souscription qu'il détenait. Il soutenait, en effet, qu'il n'était pas sérieusement contestable que, sans cette faute, il aurait vendu ses

titres au prix minimum moyen des 4 premiers jours de cotation, prix moyen qui était nettement plus élevé que celui auquel la banque les avait vendus.

Il affirmait, en outre, que la faute commise par la banque avait généré dans son chef un préjudice moral (évalué à 5.000 €), l'intéressé dénonçant subir *«depuis plus de deux ans (...) les répercussions de l'attitude fautive de la banque et surtout de son refus d'assumer les conséquences de la faute qu'elle avait commise»*, ce qui aurait ébranlé la confiance légitime qu'il avait placée dans cette institution.

« si le client avait été avisé par elle que son ordre n'était pas suffisamment précis que pour être exécuté, celui-ci n'aurait pas été en mesure de lui donner un ordre plus précis puisque, à ce moment-là, de l'aveu même du client les conditions de la future augmentation de capital n'étaient pas encore connues »

La banque considérait, quant à elle, que son client ne rapportait pas la preuve du lien causal existant entre le montant qu'il réclamait à titre de préjudice matériel et la faute retenue à sa charge par le tribunal dans le jugement antérieur.

La banque soutenait, en effet, que si le client avait été avisé par elle de ce que son ordre n'était pas suffisamment précis que pour être exécuté dans le

cadre de l'accord d'Execution Only qu'il avait conclu avec l'institution, celui-ci n'aurait pas été en mesure de lui donner un ordre plus précis puisque, à ce moment-là, de l'aveu même du client, les conditions de la future augmentation de capital n'étaient pas encore connues.

Il n'était donc pas du tout certain que, dans cette hypothèse, le client aurait donné des instructions précises à la banque pour qu'elle vende ses titres au cours des 4 premiers jours de cotation.

A titre subsidiaire, la banque soutenait que la probabilité qu'il en soit allé ainsi était très faible de sorte que – même si une perte de chance devait être retenue – elle ne pourrait mener à sa condamnation au paiement d'un montant supérieur à celui, fixé ex aequo et bono, à 2.500 €.

La banque considérait, pour le surplus, quant au dommage moral vanté, qu'il n'était établi ni dans sa réalité, ni dans sa consistance, de sorte qu'il devait être rejeté.

Le tribunal rappela que le lien de causal qui devait exister entre le fait générateur (en l'espèce, la faute retenue à charge de la banque) et le dommage vanté *«doit être certain et non point hypothétique»*. Une simple probabilité ou une vraisemblance, fussent-elles considérables, sont à cet égard insuffisantes.

Le juge pouvait, toutefois, être amené à *«accorder une réparation pour perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice si la perte de*

cette chance est imputable à une faute». Dans cette hypothèse, la victime restait cependant tenue d'établir la réalité d'un lien causal certain entre la faute et la perte de chance dont elle sollicitait la réparation. En d'autres termes, «la perte de la chance ne peut être prise en considération que si le juge constate que la chance – en tant que telle – était certaine (...). Le juge doit ensuite mesurer l'importance de cette chance et évaluer l'étendue du dommage (...). La perte porte sur la chance, élément incertain, et elle ne saurait être égale à l'avantage qui aurait été obtenu si la chance s'était réalisée. Le juge doit tenir compte, d'une part, de l'avantage que le préjudice aurait acquis en cas d'accomplissement de la chance et, d'autre part, de la probabilité qu'avait la chance de se réaliser».

En l'espèce, il n'était pas sérieusement contestable – tenant compte de la circonstance, expressément reconnue par la banque, que le client disposait d'une expérience dans le domaine financier et qu'il était manifestement soucieux de la préservation de ses intérêts dans ce domaine – que l'intéressé, s'il s'était vu opposer un refus de la banque (en la personne de son Private Banker) d'exécuter son ordre (en ce qu'il excédait manifestement les limites du contrat d'«Execution Only» conclu entre parties), aurait pris d'autres dispositions.

Le tribunal considérait comme suffisamment établi le fait que le client aurait nécessairement pris d'autres mesures que de faire appel à sa banque, comme celle de suivre lui-même l'évolution de la situation au jour le jour (que ce soit,

par exemple, en postposant ou annulant ses vacances, en se tenant informé des cotations depuis l'étranger ou en chargeant un tiers de le tenir informé de celles-ci).

En s'abstenant de refuser d'exécuter l'ordre transmis par son client comme elle aurait dû le faire, la banque avait donc empêché, de manière certaine, ce dernier de prendre les mesures précitées.

Cette circonstance ne permettait toutefois pas de considérer comme établi que – s'il avait pris ces mesures – il aurait nécessairement vendu ses titres dans les 4 premiers jours de cotations, ni, a fortiori, au prix minimum invoqué. En effet, comme l'avait déjà relevé le tribunal dans son jugement précité, «s'il est aisé de déterminer, après coup, que l'intérêt de M. X aurait été que ses droits de souscription soient vendus au cours des 4 pre-

« Le tribunal considérait comme suffisamment établi le fait que le client aurait nécessairement pris d'autres mesures que de faire appel à sa banque, comme celle de suivre lui-même l'évolution de la situation au jour le jour »

miers jours de cotation, encore cela n'allait-il pas de soi au moment même».

Il était, par contre, hautement probable pour le tribunal – tenant compte notamment du fait

(expressément admis par la banque) que le client était «*tout à fait rompu au domaine financier*» - que, s'il avait suivi lui-même l'évolution de la situation au jour le jour, l'intéressé aurait réagi au 5ème jour de cotation lorsque le cours des droits de souscription avait brusquement diminué (en raison manifestement de la vente massive par le principal actionnaire de ses propres droits).

«la simple dénomination «compte d'épargne» ne suffit pas, à elle seule, pour exclure la qualification «compte de paiement» le critère déterminant résidait dans la faculté d'exécuter des opérations de paiement quotidiennes à partir d'un tel compte»

Cette affirmation n'était pas contradictoire avec celle contenue dans le jugement précité selon laquelle il ne pouvait être fait grief à la banque de ne pas avoir exécuté l'ordre donné par le client en ne vendant pas ses droits de souscription à un prix supérieur à celui auquel ils avaient été vendus.

En effet, cet ordre (émis avant l'ouverture des souscriptions) comportait deux alternatives, à savoir «*soit {vendre} sur le marché*», le client pensant toutefois qu'il serait étroit, «*soit attendre l'enchère des scripts à la clôture*». C'est dans ce cadre que le tribunal avait notamment relevé que la banque démontrait que, «*dans certains cas, le cours des droits de souscription augmente entre*

le 1er jour de cotation et la clôture, et non l'inverse». Dans ces circonstances, la banque (liée uniquement par un contrat d'«*Execution Only*» qui ne lui laissait aucune marge d'appréciation) avait pu considérer à bon droit qu'il était plus prudent, sans violer l'ordre (imprécis) transmis, d'attendre la clôture avant de vendre.

Or, la question (toute différente) qui se posait était de déterminer les chances qu'il y avait que le client, resté informé de l'évolution de la situation au jour le jour et autorisé à faire les choix stratégiques les plus intéressants pour lui-même, décidait ou non de vendre à un moment où le cours était plus favorable que celui auquel ses titres avaient effectivement été vendus.

A cette question, le tribunal estimait pouvoir répondre, sur base des éléments objectifs du dossier et tenant compte de l'expérience dont bénéficiait le client en matière financière, qu'il y avait de fortes probabilités – que le tribunal évaluait à 85 % - que l'intéressé aurait vendu ses actions, dans le courant de la 5ème journée.

Le tribunal ne se justifiait, par contre, pas de majorer le montant d'un quelconque préjudice moral dont la réalité n'était pas démontrée (d'autant que, de l'aveu même du client, la relation de confiance qu'il entretenait avec sa banque n'avait jamais été rompue puisqu'il n'avait jamais cessé d'être client de celle-ci). La banque fut donc condamnée à payer un montant complémentaire (85%) à son client sur base du cours du 5ème jour.

L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES OBLIGATAIRES EST-ELLE UN ORGANE DE LA SOCIÉTÉ ?

Afin de financer l'acquisition d'un établissement de crédit, un groupe de banques (ci-après les Emetteurs) avait émis un emprunt subordonné de € 2 milliards productif d'un coupon de 8,75 % par an sur leur valeur nominale payable par moitié tous les six mois. L'emprunt devait être obligatoirement converti en actions couplées de la banque mère trois ans après leur émission selon un ratio de conversion prédéterminé.

Une société (Trustee) est chargée de représenter les intérêts collectifs des détenteurs de l'emprunt et les titres représentants celui-ci sont admis à la bourse de Luxembourg.

A la suite de la détérioration de la situation financière mondiale en 2008, le groupe bancaire est démantelé.

Plusieurs sociétés d'investissement ayant leur siège social aux Etats-Unis ou aux Iles Caïman (ci-après les Fonds) acquièrent des parts de l'emprunt en bourse et hors bourse. Il était constant qu'à cette époque, ces titres avaient perdu une grande partie de leur valeur (selon les Emetteurs, ils ne cotaient plus qu'à 8 à 10 % de leur valeur nominale alors que, selon les sociétés d'investissement, les acquisitions avaient été faites à un cours moyen de 20 %).

Le 1er octobre 2010, les Fonds adressent un cour-

rier au Trustee requérant la convocation d'une assemblée générale des porteurs de l'emprunt.

Par exploit du même jour, elles faisaient citer les Emetteurs devant le tribunal de commerce de Bruxelles aux fins d'entendre dire pour droit que les décisions qui seraient adoptées lors de cette assemblée générale seraient valables et s'imposeraient aux Emetteurs. L'assemblée générale des obligataires décida de modifier l'échéance de l'emprunt de sorte que la Date d'échéance («Maturity Date») fut désormais fixée au 7 décembre 2030 (au lieu du 7 décembre 2010) et que cette modification prenait effet immédiatement après le vote de cette Résolution (selon la publication au Moniteur belge du 21 octobre 2010).

Malgré la décision précitée, l'emprunt fut converti en titres de la société mère. Les Fonds citèrent les Emetteurs et le Trustee devant le tribunal de commerce de Bruxelles aux fins de prononcer la nullité de la conversion et de condamner les Emetteurs à leur restituer le nombre d'obligations initiales. Le tribunal débouta les Fonds qui interjetèrent appel du jugement.

Ils soutenaient que la délibération de l'assemblée générale des obligataires s'imposait aux Emetteurs en vertu de l'article 568 du Code des sociétés et des dispositions du Schedule 3 du Trust Deed qui reconnaissaient à l'assemblée

générale des obligataires un droit unilatéral de modification des conditions de l'emprunt. Toujours selon les Fonds d'investissement, ce droit unilatéral avait été concédé aux obligataires en raison des caractéristiques spécifiques de l'emprunt émis dans un contexte de nervosité des marchés financiers et le report de la Date de Maturité de 20 ans avait été décidé par les obligataires afin de rééquilibrer «*la situation désastreuse dans laquelle le démantèlement du groupe de la Banque les avait placés.*»

« La Cour rappela cependant que les pouvoirs reconnus à l'assemblée générale des obligataires par cette disposition ne pouvaient être exercés contre les intérêts de la société »

Les Emetteurs contestaient l'interprétation donnée par les Fonds d'investissement au Schedule 3 du Trust Deed qui était fondée sur une lecture strictement littérale des documents contractuels ainsi que les droits qu'ils prétendaient tirer de l'article 568 du Code des sociétés. Ils rappelaient que les Fonds d'investissement n'étaient pas les détenteurs initiaux des titres de l'emprunt et qu'ils les avaient acquis à partir de 2009 pour un prix entre 8 et 10 % de leur valeur nominale et après le démantèlement du groupe bancaire, en sorte qu'il ne pouvait être question pour eux de bouleversement de l'économie contractuelle qui devrait être compensé. Les Emetteurs soulignaient que, contrairement à ce qu'ils prétendaient, les Fonds d'investissement n'avaient subi

aucune perte mais espéraient plutôt retirer des «*bénéfices plantureux*» du report de la Date de Maturité en percevant des intérêts pendant 20 ans, causant ainsi un préjudice manifeste aux Emetteurs. Ils concluaient que les Fonds d'investissement étaient donc de mauvaise foi et commettraient un abus de droit, si ce droit devait leur être reconnu.

Subsidiairement, ils soutenaient que la preuve de la tenue d'une assemblée générale des obligataires valable n'était pas rapportée et que les Fonds d'investissement avaient confirmé la conversion des titres de l'emprunt en actions.

L'article 568 du Code des sociétés définit les pouvoirs de l'assemblée générale des obligataires ; certains pouvoirs ne peuvent être exercés que pour autant que le capital social ait été entièrement appelé alors que d'autres ne requièrent pas cette condition. L'emprunt obligataire est un contrat de prêt soumis à l'article 1134 du Code civil. Sa modification requiert en principe l'accord unanime des parties. La société, émettrice d'un emprunt obligataire, étant titulaire d'une dette fractionnée entre tous les détenteurs d'obligations, il fallait en principe un accord unanime de tous pour modifier les conditions de l'emprunt. Pour résoudre cette difficulté, le législateur avait institué, par la loi du 25 mai 1913, une assemblée générale des obligataires permettant ainsi à la société émettrice d'avoir un interlocuteur unique et conférant à cette assemblée, selon des conditions de quorum et de majorité particulières, le pouvoir de lier l'ensemble des obligataires.

En instituant l'assemblée générale des obligataires, l'article 568 du Code des sociétés apportait donc un tempérament à la règle de l'accord unanime. La Cour rappela cependant que les pouvoirs reconnus à l'assemblée générale des obligataires par cette disposition ne pouvaient être exercés contre les intérêts de la société. L'assemblée générale des obligataires avait, en effet, été créée *«dans le but de venir en aide à la société mais non aux obligataires»* et *«si ceux-ci en retirent quelque avantage, c'est par voie de conséquence, parce que leur intérêt s'accorde précisément avec celui de la société»*.

Comme rappelé ci-dessus, l'alinéa 1er de l'article 568 du Code des sociétés prévoyait que les mesures qu'il impliquait ne pouvaient être prises que pour autant que le capital soit entièrement appelé. Si des sacrifices sont demandés aux obligataires, il est en effet naturel que les actionnaires aient, au préalable, été sommés de délibérer le capital.

Il est évident pour la Cour que l'on ne pourrait imposer aux obligataires un sacrifice aussi important (...) alors que les actionnaires n'auraient point rempli tous leurs engagements vis-à-vis de la société». Dès lors que *«des sacrifices»* étaient demandés aux obligataires, l'intention du législateur n'avait pu être de conférer à ces derniers un droit d'imposer des mesures contraires aux intérêts de la société. Du reste, même en son alinéa 2, 2° l'article 568 du Code des sociétés prévoit que les actes conservatoires ne pouvaient être posés que dans *«l'intérêt commun»*.

Selon la Cour, même si l'article 568, alinéa 1er du

Code des sociétés ne le prévoit pas explicitement les décisions de l'assemblée générale des obligataires, lorsqu'elles emportent une modification des conditions de l'emprunt obligataire, ne lient la société que si elles étaient approuvées ou proposées par celle-ci.

A tort, les Fonds d'investissement pensaient-ils à cet égard pouvoir déduire de l'évolution des textes au cours des travaux préparatoires et plus particulièrement du droit d'initiative conféré aux obligataires de convoquer l'assemblée générale avec pour corollaire une extension des pouvoirs de cette dernière (notamment en termes de désignation de mandataires et d'actes conservatoires), que seule une interprétation littérale de l'article 568 s'imposerait, ce texte ne prévoyant ni la nécessité d'un accord de la société ni qu'une résolution de l'assemblée générale de-

« même si l'article 568, alinéa 1er du Code des sociétés ne le prévoit pas explicitement, les décisions de l'assemblée générale des obligataires, lorsqu'elles emportent une modification des conditions de l'emprunt obligataire, ne lient la société que si elles étaient approuvées ou proposées par celle-ci. »

vrait nécessairement être prise dans le seul intérêt de la société émettrice. Pour la Cour, la lecture des travaux préparatoires de la loi du 30 octobre 1919 qui avait pour objectif d'assouplir

les quorums de présence et de majorité requis pour la prise de décision au sein de l'assemblée des obligataires, confirmait du reste si besoin en était, la nécessité d'un consentement de la société.

Le Code des sociétés n'a rien modifié aux pouvoirs de l'assemblée générale des obligataires. Il y est seulement indiqué que l'article 568 du Code des sociétés «*est la combinaison des articles 93 et 94, al. 12 et 13 LCSC*». «*Les modifications de fond sont limitées. Elles n'ont, en effet, pas pour objectif de modifier fondamentalement les droits ou les obligations des personnes impliquées dans la vie des sociétés (associés, obligataires, administrateurs, travailleurs ...). Le présent projet n'opère que les modifications nécessaires pour aboutir à un Code logique, bien structuré et cohérent* ».

Il s'en déduisait que les enseignements doctrinaux antérieurs au Code des sociétés gardaient toute leur pertinence, ce que confirmait la doctrine qualifiée de «*classique*» à laquelle se référaient les Emetteurs.

C'était tout aussi vainement que les Fonds d'investissement soutenaient, à l'appui de leur thèse, que l'assemblée générale des obligataires serait un organe de la société, disposant ainsi du pouvoir d'engager cette dernière.

Certes, reconnaissait la Cour, l'article 568 du Code des sociétés figurait sous le titre IV consacré aux «*Organes*» de la société anonyme mais cette place, qui n'était qu'un choix structurel, ne faisait pas de l'assemblée générale des obligataires un «*organe*» au sens technique du terme, soit celui qui prenait une décision pour la société ou la représentait,

comme on l'entendait de l'assemblée des actionnaires, du conseil d'administration ou de l'organe de gestion journalière. Il s'agissait seulement d'un «*organe*» au sens général du terme, c'est-à-dire une «*unité d'une structure organisationnelle*».

La Cour observait enfin que le projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses confirmait non seulement que l'assemblée générale des obligataires n'était pas un organe et qu'elle ne pouvait ni engager ni représenter la société mais également qu'«*aucune décision de l'assemblée générale des obligataires modifiant les conditions d'émission ne produit ses effets sans l'accord exprès de la société*» (article 7 :163), l'exposé des motifs précisait à cet égard que : «*Le principe de base reste toutefois le même, à savoir qu'une décision d'une majorité d'obligataires (compte tenu des règles applicables telles que prescrites dans les conditions d'émission ne peuvent être modifiées qu'avec l'accord de l'émetteur)*».

Contrairement à ce que prétendaient les Fonds d'investissement, l'article 568 du Code des sociétés ne confère donc aux obligataires aucun pouvoir unilatéral de modification des conditions de l'emprunt.

L'assemblée générale des obligataires n'a que le pouvoir d'engager l'ensemble des obligataires et ne peut engager l'émetteur sans son accord. Les Fonds d'investissement soutenaient que l'article 2.10 de Schedule 3 est clair et dénué d'ambiguïté en ce qu'il confère à l'assemblée générale

des obligataires le pouvoir de modifier unilatéralement la Date de Maturité des titres de l'emprunt. Ils soulignaient le choix des verbes utilisés au début de chaque article : les pouvoirs «*d'approuver*», «*d'accepter*» ou «*d'autoriser*» figurant dans les articles 2.1 à 2.8 se distinguant de celui «*de modifier*», «*de réduire*», «*d'annuler*» ou «*d'argumenter*» qui se trouvent aux articles 2.10 à 2.17, et qui impliquaient un pouvoir de décision.

Conformément à l'article 1156 du Code civil, le juge était tenu de rechercher quelle avait été l'intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes qu'elles avaient utilisés. Il devait s'écarter du sens des mots, même apparemment clairs, pour rechercher la volonté réelle des parties. A cette fin, le juge pouvait s'aider de tous les éléments utiles qu'il trouvait dans l'acte lui-même, en faisant notamment des rapprochements de la

clause litigieuse avec d'autres clauses, en tenant compte de son intitulé, du préambule éventuel, mais également se fonder sur des éléments extrinsèques à la convention en ayant égard aux circonstances qui avaient précédé sa conclusion, aux documents qui avaient été échangés au stade des pourparlers ou encore à la manière dont les parties l'avaient exécutée.

A juste titre, le premier juge avait considéré qu'il ressortait des éléments soumis à son appréciation et plus particulièrement de l'analyse de l'ensemble des dispositions du Trust Deed et du Schedule 3, des dispositions du Prospectus et de l'économie générale du contrat que l'intention des parties n'avait pas été de donner à l'assemblée générale des obligataires le pouvoir de modifier unilatéralement la Date de Maturité des titres de l'emprunt.

Banque & Finance

est publié par l'association d'avocats
blegal société civile à forme de S.C.R.L.
avec la collaboration de

Goedele AERTS - André-Pierre ANDRE-DUMONT - Jean-Pierre BUYLE - Clément CLAESENS - Laurent CLOQUET - Audrey DESPONTIN - Marijke EVERAERT - Audrey LACKNER - Thomas MALENGREAU - Thomas METZGER - Nicolas MICHIELS - Isabelle MOENS de HASE - Aurélie NAUD - Quentin PETIT - Olivier PIRET-GERARD - Daniël VAN DER MOSEN - Emilie VAN TRICHT - Jeanine WINDEY

Réalisation

Max

Mise en page

Colette FLAHAUT

Les informations publiées par Banque et Finance sont données à titre de renseignements. Il ne s'agit pas de consultations juridiques portant sur des situations déterminées.

Les destinataires de cette lettre d'informations sont informés par la présente de ce qu'ils sont enregistrés dans un fichier établi en vue de l'envoi de la lettre d'informations. Le cas échéant, ils peuvent demander l'application du Règlement général sur la protection des données (ou RGPD).

Reproduction autorisée, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source.

Editeur responsable : Jean-Pierre Buyle
Avenue Louise 523, 1050 Bruxelles
Tél. 32 2 600 52 00—Fax : 32 2 600 52 01
jpbuyle@buylelegal.eu