

N° 4721²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2001-2002

PROJET DE LOI

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires;
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers, et
- modifiant l'article 445 du Code de commerce

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(11.12.2001)

Par dépêche du 8 novembre 2000, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique. Le texte du projet fut accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

L'avis de la Chambre de commerce fut communiqué au Conseil d'Etat en date du 26 mars 2001.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le droit luxembourgeois ne connaît pas telle quelle l'institution du trust originaire du droit anglo-saxon. Cependant, notre droit a accepté la notion du trust au moins de deux manières: premièrement, au sens direct, par l'institution du concept de contrat fiduciaire par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit, en second lieu, par la reconnaissance, sous des critères de droit international privé et sous des réserves plus ou moins strictes apportées par la jurisprudence, de trusts et structures assimilées valablement constitués par rapport au droit de leur pays d'origine.

L'objet du projet de loi sous avis est d'aller plus loin, et cela sur deux axes: d'une part, il porte approbation par le Luxembourg de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, d'autre part, le projet établit une nouvelle réglementation des contrats fiduciaires stipulés sous l'empire du droit luxembourgeois.

Le volet adaptation du droit luxembourgeois interne sera analysé plus en détail dans le cadre de l'examen des articles du projet de loi. Quant à la portée de l'approbation par le Luxembourg de la Convention de La Haye susindiquée, il échet de la commenter dès maintenant, alors que le projet de loi n'y consacre qu'un seul article.

*

La Convention a pour objet de déterminer la loi applicable au trust et de régir sa reconnaissance (cf. article 1er de la Convention). Il s'agit donc d'une convention de droit international privé, qui établit des critères de rattachement afin de déterminer par quel droit national un trust donné est régi. Sauf en ce qui concerne les articles 2 et 11, la Convention ne contient ainsi pas de dispositions matérielles gouvernant ou unifiant le fond de l'institution du trust, mais elle définit des critères de rattachement. Cela est d'autant plus important que la convention généralement applicable pour déterminer la loi nationale

compétente entre pays européens, à savoir la Convention de Rome du 19 juin 1980, exclut expressément le trust à son article 2, point g), de sorte que les règles de conflit établies par cette convention, qui constituent le droit international privé commun et général entre pays signataires, ne sont pas applicables au trust.

La Convention de La Haye définit certes le trust à son article 2, et prévoit quelques autres conditions minimales à l'article 11, mais uniquement pour les besoins de la circonscription du champ d'application de la Convention. Une des conséquences en est notamment, pour le Luxembourg, que les contrats fiduciaires stipulés sous droit luxembourgeois, bien que ne constituant pas des trusts au sens juridique propre, bénéficient néanmoins de la Convention, puisqu'ils remplissent les conditions nécessaires pour rentrer dans son champ d'application. Il est donc admissible de considérer que la Convention de La Haye étend la notion de trust à toutes les structures juridiques qui répondent à des conditions de base constituant en quelque sorte le dénominateur commun du trust au sens européen du terme.

Le bénéfice que le Luxembourg tire de la Convention est double: d'un côté, il existe désormais une base juridique expresse pour la reconnaissance, au Luxembourg, des structures fiduciaires émanant d'autres juridictions, d'un autre côté, et inversement, les fiducies de droit luxembourgeois seront reconnues dans tous les Etats signataires de la Convention. En effet, la fiducie luxembourgeoise remplit les conditions minimales résultant des articles 2 et 11 de la Convention, afin d'être reconnue comme trust au sens de la Convention.

Ces conditions sont les suivantes:

- 1) les biens du trust doivent constituer un patrimoine séparé dans le chef du trustee, de sorte qu'ils échappent à toute procédure collective;
- 2) le titre relatif aux biens du trust doit être établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour son compte;
- 3) le trustee doit être investi du pouvoir et chargé de l'obligation de gérer le „passif“ fiduciaire;
- 4) les créanciers personnels du trustee ne doivent pas pouvoir saisir les biens du trust;
- 5) les biens du trust ne doivent pas faire partie du régime matrimonial ou de la succession du trustee;
- 6) la revendication des biens du trust doit être permise lorsque le trustee en a disposé ou les a confondus avec son patrimoine en violation du „passif“ fiduciaire.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er

Cet article n'appelle pas d'observation, dans la mesure où il porte approbation de la Convention de La Haye, dont la portée a été étayée ci-avant.

Article 2

Cet article énonce deux principes importants. D'un côté, il détermine expressément la situation du trustee par référence à celle d'un propriétaire, d'un autre côté, il y a séparation entre le patrimoine du trust et le patrimoine personnel du trustee.

La référence à la notion de propriétaire est en ce sens intéressante que le parallélisme entre les droits du trustee d'un trust étranger reconnu au Luxembourg et ceux du fiduciaire d'une fiducie luxembourgeoise est ainsi établi. En effet, l'article 5 du projet sous avis déclare expressément que le fiduciaire devient propriétaire du patrimoine fiduciaire, alors que le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 se limitait à disposer que le fiduciaire est rendu titulaire de droits patrimoniaux. Si cette précision ne change rien en droit interne luxembourgeois, la référence expresse à la catégorie juridique de propriété instaure un critère plus facilement identifiable dans les relations internationales.

Article 3

Il s'agit de l'article énonçant les déclarations et réserves que le Luxembourg fera lors du dépôt des instruments de ratification. Le Luxembourg déclarera ainsi ne pas donner effet, à titre exceptionnel, aux règles de police d'ordre international d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit. Le Luxembourg appliquera dans un tel cas la loi du for, c'est-à-dire le droit luxembour-

geois. Le Luxembourg déclarera encore qu'il étendra les règles de la Convention du trust conventionnel au trust judiciaire.

Article 4

A partir de l'article 4, le projet de loi concerne la nouvelle réglementation des contrats fiduciaires de droit luxembourgeois. En d'autres termes, ces articles remplacent le régime institué par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit.

L'article 4 définit le champ d'application des contrats fiduciaires luxembourgeois. Par rapport au règlement grand-ducal de 1983, il s'agit d'une extension notable des seuls établissements de crédit à une série d'autres professionnels du secteur financier et du secteur des assurances, qui sont désormais autorisés à exercer la fonction de fiduciaire au sens de la loi.

Cette extension permettra aux professionnels nouvellement admis comme fiduciaires de développer une plus grande gamme de modes de gestion de leurs produits, alors que le recours à la fiducie sous ses différents types d'utilisation leur sera accessible.

Le Conseil d'Etat constate que l'obligation formelle de se référer expressément au texte gouvernant la fiducie, telle qu'elle figurait à l'article 1er du règlement grand-ducal de 1983, n'a pas été reprise. On pourrait en déduire que le contrat fiduciaire est à l'heure actuelle un concept suffisamment enraciné dans notre droit pour qu'on puisse faire abstraction de la référence expresse. Le Conseil d'Etat considère cependant que, dans une optique de reconnaissance – au sens d'identification – internationale de la fiducie de droit luxembourgeois, la référence expresse à la loi luxembourgeoise pourrait continuer à s'avérer utile, surtout dans un contexte où, grâce à la ratification de plus en plus étendue de la Convention de La Haye relative au trust, les contrats fiduciaires de droit luxembourgeois seront appelés à être reconnus et identifiés dans une mesure croissante.

Article 5

L'article 5 définit le contrat fiduciaire. Dans sa substance, la définition reprend celle de 1983, mais en disposant expressément que le fiduciaire devient propriétaire du patrimoine fiduciaire, et non plus seulement qu'il est titulaire de droits patrimoniaux. La nouvelle définition ne reprend plus la référence aux notions d'actif et de passif fiduciaire. Ces notions se maintiendront cependant sans doute pour désigner respectivement les droits patrimoniaux et les obligations du fiduciaire.

Par la référence expresse au propriétaire, le projet établit un strict parallélisme entre les droits du fiduciaire et ceux du trustee, ainsi que déjà exposé ci-avant dans les observations relatives à l'article 2.

Article 6

Cet article expose le détail et la portée du principe de l'autonomie patrimoniale du patrimoine fiduciaire. Les applications juridiques et pratiques qui en découlent sont les suivantes:

- constitution d'un patrimoine distinct pour chaque patrimoine fiduciaire;
- saisissabilité de ce patrimoine uniquement par les créanciers du contrat fiduciaire en question;
- absence d'atteinte en cas de procédure collective contre le patrimoine personnel du fiduciaire;
- obligation de comptabilisation séparée pour chaque patrimoine fiduciaire.

Par rapport au régime précédent, les modifications se limitent à des adaptations de terminologie, l'actif fiduciaire devenant le patrimoine fiduciaire et la notion de masse étant remplacée par celle de patrimoine personnel du fiduciaire.

Une précision par rapport au règlement grand-ducal de 1983 est cependant fort utile, à savoir que le paragraphe 2 de l'article 6 énonce expressément non seulement la séparation patrimoniale entre le patrimoine personnel du fiduciaire et le patrimoine fiduciaire qu'il gère *in globo*, mais encore la ségrégation de chaque patrimoine fiduciaire pris individuellement.

Article 7

L'article 7 traite des relations entre le fiduciaire et le fiduciaire. Il reprend le régime *inter partes* du règlement grand-ducal de 1983, tout en l'explicitant.

Les paragraphes 1er et 2 énoncent l'application des règles du mandat, l'exclusion de la représentation entre le fiduciaire et le fiduciaire, et l'absence de création d'un lien direct entre eux. Ils reprennent ainsi la substance des paragraphes 3 et 4 de l'article 3 du règlement grand-ducal de 1983.

Le paragraphe 3 énonce une disposition nouvelle, à savoir l'opposabilité aux tiers qui en ont connaissance des limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire. Par contre, du moment que ces droits peuvent être connus par tous par un régime de publicité, la réserve tenant à la nécessité de la connaissance n'a plus lieu. Le régime du paragraphe 3 sera par ailleurs examiné ci-après à la lumière des dispositions de l'article 9.

Le paragraphe 4 permet au fiduciaire de renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire. Il s'agit d'une disposition nouvelle qui a toute son utilité alors que le régime de droit commun du mandat établit au profit du mandant un tel droit de donner des instructions au mandataire. Dans la mesure où le régime du mandat est expressément rendu applicable à la fiducie, il est d'autant plus indiqué de formaliser les dérogations.

Il en est de même pour le paragraphe 5 qui écarte la règle habituelle du mandat permettant à chacune des parties de mettre unilatéralement fin au contrat. La fiducie étant l'instrument de base pour des opérations économiquement très importantes, un tel aléa pesant sur la continuité des relations aurait été très préjudiciable. A cause de l'interdiction des engagements contractuels à perpétuité, il n'est cependant pas possible d'interdire la résiliation unilatérale pour les fiducies stipulées à durée indéterminée. Par ailleurs, la convention contraire, c'est-à-dire la stipulation expresse du droit de résiliation unilatérale, est toujours permise.

Il faut souligner encore que tant le paragraphe 4 que le paragraphe 5 constituent des ajouts utiles à l'ancien texte, alors que toute dérogation au régime du mandat doit être énoncée expressément.

Autre disposition nouvelle, le paragraphe 6 permet de demander le remplacement judiciaire du fiduciaire ou l'extinction judiciaire anticipée du contrat fiduciaire. La requête doit reposer sur des motifs graves dont la charge de la preuve incombe au requérant. Cette innovation établit un remède dans des situations contractuelles périllicieuses, où l'intérêt économique exige cependant de trouver une issue.

L'article 7 du projet de loi sous avis est ainsi en règle générale plus explicite quant au régime entre fiduciaire et fiduciaire. On peut cependant se demander pourquoi il ne reprend pas l'ancien article 3, paragraphe 2, qui, à l'échéance du contrat fiduciaire, établissait au profit du fiduciaire un privilège et un droit de rétention sur tous les éléments de l'actif fiduciaire.

En effet, sous l'empire des règles actuelles, le droit de rétention et le privilège bénéficiant au fiduciaire ont lieu en fin de contrat quelle que soit la cause de cette terminaison. Ils dépassent largement la seule application en cas de faillite. On ne peut pas non plus considérer que l'existence d'un droit de propriété au profit du fiduciaire rendrait inutile ou superflu son privilège et son droit de rétention. Premièrement, déjà sous l'ancien régime, le fiduciaire était titulaire de droits patrimoniaux, et en second lieu, c'est précisément le retransfert de propriété, en fin de contrat, au fiduciaire ou à un tiers bénéficiaire, qui donne toute son utilité au privilège et au droit de rétention du fiduciaire, qui perd alors son titre de propriété.

Le Conseil d'Etat propose dès lors d'ajouter à l'article 7 un paragraphe 7 libellé comme suit:

„(7) A l'échéance du contrat fiduciaire, le fiduciaire bénéficie d'un privilège et d'un droit de rétention sur tous les éléments du patrimoine fiduciaire jusqu'au paiement de tout ce qui lui est dû par le fiduciaire en exécution du contrat fiduciaire.“

Article 8

L'article 8 institue expressément en droit luxembourgeois la fiducie conclue à des fins de garantie, ou fiducie-sûreté. Même si la pratique connaissait déjà cet usage de la fiducie, sa formalisation explicite constitue une précision utile, du moins à première vue, et sous réserve des considérations ci-après.

Juridiquement, la fiducie conclue à des fins de garantie, vu qu'elle opère un transfert de propriété à l'instar de tout contrat fiduciaire, peut être assimilée au transfert de propriété à titre de garantie tel qu'instauré par la loi du 1er août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie. L'article 1er, paragraphe 1er de cette loi dispose d'ailleurs expressément qu'elle s'applique également au transfert de propriété à titre de garantie par voie de fiducie. On peut dès lors considérer qu'en matière de fiducie-sûreté, la loi du 1er août 2001 constitue la loi générale, alors que le projet sous avis donnera lieu à la loi spéciale.

Le régime établi par l'article 8, paragraphe 1er du projet de loi sous avis reflète exactement la flexibilité consacrée notamment par l'article 2 de la loi du 1er août 2001, alors que, d'un côté, les créances à garantir peuvent être actuelles ou futures et, d'un autre côté, le patrimoine de garantie est flexible.

Or, si en principe le régime de la fiducie-sûreté suit celui du transfert de propriété à titre de garantie en général, force est de constater que des divergences de régime existent. Si elles peuvent sembler être de détail, leur portée juridique est cependant non négligeable. Ainsi, à titre d'exemple, la loi du 1er août 2001 précitée ne prévoit pas, au profit du cessionnaire, un droit de rétention et un privilège pour couvrir ce qui pourrait lui être dû par le cédant en fin de contrat. Certes, on peut libeller le contrat de manière à inclure dans les droits du cessionnaire les frais ou créances qui pourraient naître dans l'exécution du contrat, et non du seul fait de la transaction juridique sous-jacente qui est garantie. Or, en matière de fiducie-sûreté, et à condition de maintenir le droit de rétention et le privilège du fiduciaire, la couverture de ces montants accessoires est automatique, sans que les parties aient besoin de la stipuler expressément. Une telle divergence de régime ne repose pas sur des justifications juridiques et ne fait que compliquer les régimes et tromper la confiance des parties. D'une manière plus fondamentale, du moment que l'arsenal juridique offre un texte sur le transfert de propriété à titre de garantie, on peut même s'interroger sur l'utilité de maintenir en plus la fiducie-sûreté en tant que régime alternatif.

Le paragraphe 2 de l'article 8 prohibe toute stipulation contractuelle d'un enrichissement sans cause du fiduciaire qui pourrait être tenté de s'approprier le surplus résultant d'un solde fiduciaire net en fin de contrat. Cet excédent est de plein droit retransféré dans le patrimoine du fiduciaire. Là encore se reflète le régime général du transfert de propriété à titre de garantie.

Article 9

Cet article régit la preuve du contrat fiduciaire et son opposabilité aux tiers. Le règlement grand-ducal de 1983 ne contenait pas de dispositions à ce sujet.

L'exigence d'une preuve écrite (paragraphe 1er) n'appelle pas d'observation, alors que l'écrit est une preuve certaine qui facilite la sécurité des relations économiques.

Par contre, le régime de l'opposabilité aux tiers (paragraphe 2 et 3) mérite quelques observations: le projet de loi prévoit que tant le contrat fiduciaire lui-même que le transfert fiduciaire de créances sont opposables aux tiers dès leur conclusion, peu importe la bonne ou la mauvaise foi de ces tiers. La seule réserve s'applique au débiteur de bonne foi ignorant le transfert qui se libère toujours valablement entre les mains de son créancier originaire, le fiduciaire.

En premier lieu, le Conseil d'Etat tient à souligner qu'il s'agit d'un régime exceptionnel dérogoire par rapport aux règles de droit commun en matière de date certaine (article 1328 du Code civil).

En second lieu, il échet de rappeler que l'article 7, paragraphe 3 dispose que les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux seuls tiers qui en ont connaissance. Il est certes vrai que la disposition relative à l'opposabilité aux tiers du contrat fiduciaire en tant que tel s'entend *ratione materiae*, alors que l'opposabilité des limitations des pouvoirs du fiduciaire est à interpréter *ratione temporis*.

Néanmoins, il faut s'interroger si la disposition de l'article 7, paragraphe 3 ne risque pas d'être interprétée en contradiction avec l'article 9, paragraphe 2, alors que „le contrat fiduciaire“ inclut du moins formellement aussi „les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire“.

Le Conseil d'Etat propose dès lors d'énoncer clairement que l'article 7, paragraphe 3 constitue une dérogation par rapport à l'article 9, paragraphe 2, en disposant à ce dernier article comme suit:

„(2) Sous réserve des règles de forme et d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens transmis, et sous réserve des dispositions de l'article 7, paragraphe 3, ci-avant, le contrat fiduciaire est opposable aux tiers dès sa conclusion.“

Article 10

Cet article se propose de modifier l'article 445, alinéa 4 du Code de commerce relatif aux nullités en période suspecte. Le transfert de propriété à titre de garantie opéré en période suspecte pour garantir des dettes antérieurement contractées serait désormais ajouté à la liste des nullités de plein droit. Cette disposition aurait ainsi une portée générale, couvrant tant les fiducies-sûreté que, d'une manière globale, tous les transferts de propriété à titre de garantie constitués sous la loi du 1er août 2001 précitée.

Cette proposition d'ajout à l'article 445, alinéa 4, soulève une incompatibilité fondamentale avec d'autres textes existants. Le Conseil d'Etat rappelle en effet que l'article 3, paragraphe 4, alinéa 3, de la loi du 1er août 2001 précitée dispose que „Les dispositions du ... Livre III du Code de commerce et les dispositions nationales ou étrangères similaires régissant les situations de concours ou procédures

d'assainissement du cédant ou du cessionnaire ne font obstacle ni à l'application de la présente loi ni à l'exécution par les parties de leurs obligations, notamment de retransfert ... en rapport avec les valeurs transférées en propriété à titre de garantie."

Le Conseil d'Etat rappelle encore que le commentaire des articles relatif à ce même article s'exprime ainsi:

„Ainsi est-il prévu que le transfert de propriété *ne pourra être considéré comme une sûreté pour dettes antérieurement contractées* ou un paiement par compensation ou autrement qu'en espèces contraire aux dispositions du Code de commerce."

Or, ainsi qu'il a été exposé ci-avant, la fiducie-sûreté n'est qu'un cas spécifique de transfert de propriété à titre de garantie.

Il en découle que l'ajout à l'article 445, alinéa 4, du Code de commerce, tel que proposé par le projet de loi sous avis, constitue une contradiction flagrante avec l'article 3, paragraphe 4, alinéa 3, de la loi du 1er août 2001 précitée. Le Conseil d'Etat doit dès lors s'opposer formellement à cet ajout.

Enfin, le Conseil d'Etat ne suit pas le commentaire des articles qui considère que cette nouvelle disposition du Code de commerce remplace et recouvre l'ancien privilège et droit de rétention du fiduciaire. En premier lieu, le Conseil d'Etat estime que le sujet du droit de rétention et du privilège est sans aucun lien avec l'article sous avis. En second lieu, à supposer que ce commentaire doive se rapporter à l'article 7 du présent projet, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à cet égard ci-avant, en précisant par ailleurs que l'article 445, alinéa 4, du Code de commerce dans la version proposée par le projet sous avis ne se rapporterait qu'à la fiducie-sûreté, alors que le privilège et le droit de rétention bénéficient au fiduciaire quelle que soit l'utilisation du contrat fiduciaire.

Articles 11 et 12

Les articles 11 et 12 constituent un choix de principe en optant pour une divergence de traitement entre biens meubles et biens immeubles. Jusqu'à présent, le contrat fiduciaire de droit luxembourgeois n'était guère utilisé par la pratique pour placer dans une fiducie des immeubles, ceci notamment pour des raisons fiscales. Les importantes modifications opérées par l'article 13 du projet sous avis pallient largement cette inégalité. Or, force est de constater que les articles 11 et 12 permettront toujours de „repérer“ le propriétaire-fiduciaire par rapport au propriétaire „normal“. L'option pour la formalisation de la qualité de fiduciaire ou de trustee est certes une mesure de transparence, mais elle ne tire pas toutes les conséquences de l'assimilation du fiduciaire à un propriétaire, alors qu'il reste toujours un propriétaire „marqué“, signe d'une certaine précarité. Si le Conseil d'Etat ne veut pas imposer tel ou tel choix de philosophie juridique sous-jacente, il tient cependant à exposer cette réflexion.

A titre purement rédactionnel, le Conseil d'Etat recommande d'intituler l'article 11 „Modification de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers“, ceci par souci de parallélisme avec l'intitulé de l'article 10.

Article 13

L'article 13 traite de l'enregistrement et des droits de succession. La philosophie des dispositions repose sur le principe que le transfert de propriété résultant d'un contrat fiduciaire, répondant à une logique essentiellement économique, ne doit pas être entravé par des formalités et des impositions prohibitives.

Voilà pourquoi, sauf si la nature du bien le requiert, l'enregistrement est facultatif. Voilà pourquoi, également, le transfert de propriété ne donne lieu qu'à la perception du droit fixe, sauf si la fiducie est utilisée à des fins de donation ou de succession, auquel cas les droits de succession habituels sont dus. La fiducie ne doit en effet pas servir de moyen pour contourner les règles de droit commun d'imposition des successions.

Mis à part ces observations plus générales, il faut se rendre compte de ce que l'article 13 représente l'innovation la plus importante du projet de loi sous avis, alors que la plupart des autres articles se bornent à reformuler ou à expliciter le régime précédent. Par contre, l'article 13 introduit plusieurs dérogations aux règles du droit commun de l'enregistrement.

En premier lieu, le paragraphe 1er soustrait expressément à l'enregistrement les contrats fiduciaires, sauf en matière immobilière. Cette dispense a lieu même en justice et en matière d'actes publics. Cette dérogation expresse est un élément important de sécurité juridique. En effet, l'obligation d'enregis-

trement des actes juridiques invoqués en justice continue d'exister d'une manière générale, alors que, d'après les informations dont dispose le Conseil d'Etat, les tribunaux ne l'exigent cependant pas toujours en pratique. Une situation juridique claire est dès lors préférable à une telle divergence entre pratique et exigence juridique.

En second lieu, le paragraphe 3, alinéa 1, constitue une innovation importante pour les fiducies portant sur des biens immeubles. Jusqu'ici, en l'absence de disposition dérogatoire, il fallait appliquer le droit commun, c'est-à-dire droit d'enregistrement au taux plein à deux reprises, lors du transfert et lors du retransfert de la propriété, quelle que fût la durée de la fiducie. Il va sans dire que ceci constituait un obstacle dirimant pour la fiducie portant sur des immeubles. La nouvelle réglementation, à savoir le droit fixe quelle que soit la nature du bien constitué en fiducie pour autant que la fiducie ne dépasse pas une durée de trente ans, ouvre ainsi une nouvelle voie. La limitation de la durée du régime de faveur à trente ans ne devrait d'ailleurs en réalité pas constituer un obstacle, alors que le texte du projet n'exclut à ce titre pas les fiducies successives entre les mêmes personnes et portant sur les mêmes biens.

Quant au paragraphe 3, alinéa 2, il manque de clarté. Il prévoit en effet le régime d'imposition en cas d'attribution définitive de l'actif fiduciaire au trustee ou au fiduciaire. Cette imposition se ferait „dans les conditions du droit commun“.

Le Conseil d'Etat estime que par „attribution définitive“, il faut entendre „vente ou donation“. Or, la nature de la transaction a un impact sur l'imposition. Cette imposition dépend par ailleurs de la nature du bien transféré, à savoir meuble ou immeuble. Dès lors, plutôt que de faire référence à des notions assez vagues comme „attribution définitive“ ou „droit commun“, le Conseil d'Etat estime utile, voire indispensable, de définir un régime précis d'imposition en fonction de la nature juridique tant de la transaction que du bien en cause.

Le paragraphe 4, visant à éviter le recours à la fiducie pour échapper aux droits de succession normalement dus, oublie cependant de citer également les droits de mutation. Or, il n'est certainement pas dans l'intention des auteurs de la loi d'exempter de tous droits d'enregistrement les fiducies constituées par un de cujus résidant à l'étranger. Le Conseil d'Etat propose dès lors de rédiger la dernière phrase du paragraphe 4 comme suit:

„Il en est de même pour le calcul des droits de succession et des droits de mutation par décès.“

Par ailleurs, il convient de supprimer les mots „le cas échéant“, alors que les droits de donation sont toujours dus.

Enfin, à titre de pure forme, il convient d'enlever le „s“ à „transcrits“ au paragraphe 2, 3e ligne, de cet article.

Article 14

Cet article est à supprimer, alors que le principe du parallélisme des formes exige qu'un règlement grand-ducal soit abrogé non pas par une loi, mais par un autre règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat invite dès lors le pouvoir exécutif à prendre un règlement grand-ducal abrogeant le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires dès l'entrée en vigueur de la présente loi.

Articles 15 (14 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 16 (15 selon le Conseil d'Etat)

Cet article constitue une disposition de droit transitoire quant aux effets de la nouvelle loi sur les contrats fiduciaires en cours. Afin de permettre à toutes les fiducies en cours de bénéficier des nouvelles dispositions et d'unifier au maximum le régime des contrats fiduciaires conclus sous l'empire de la nouvelle loi et de ceux conclus sous le règlement grand-ducal de 1983, seule la volonté expresse et écrite des parties, manifestée dans les six mois de la publication de la nouvelle loi au Mémorial, pourra soustraire les effets futurs de leur fiducie à la nouvelle loi.

Le Conseil d'Etat est d'avis que, dans l'intérêt de la protection des tiers qui n'ont aucune influence sur un tel choix des parties, il convient de ne pas donner une faculté d'option aux parties à un contrat fiduciaire en cours. Les contrats fiduciaires en cours doivent continuer à être régis par les anciennes dispositions qui, étant donné que le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 sera abrogé, gouverneront ces contrats en tant qu'éléments intégrés au contrat. Par contre, toutes les fiducies conclues à partir de

l'entrée en vigueur de la nouvelle loi seront régies par celle-ci. Vu que le nouveau régime est en plusieurs points plus favorable que l'ancien, rien n'empêche les parties à une fiducie en cours de remplacer celle-ci par un contrat soumis à la nouvelle loi, afin de profiter tant de la reconnaissance internationale de leur contrat que des facilités additionnelles apportées matériellement par les nouvelles dispositions.

Le Conseil d'Etat propose dès lors de libeller l'article 16 (15 selon le Conseil d'Etat) comme suit:

„**Art. 15.** La présente loi s'applique dès son entrée en vigueur aux contrats fiduciaires conclus à partir de cette date. Les contrats fiduciaires en cours conclus sous l'empire du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 resteront régis par les dispositions afférentes qui deviendront des éléments intégrés aux contrats concernés.“

Dans cette optique, il convient également de modifier l'intitulé de l'article 16 (15 selon le Conseil d'Etat), alors qu'il ne s'agit pas d'une disposition relative à l'entrée en vigueur de la loi même, mais d'une règle de droit transitoire. L'intitulé serait dès lors à reformuler en „*Disposition transitoire*“.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 11 décembre 2001.

Le Secrétaire Général,
Marc BESCH

Le Président,
Marcel SAUBER