

N° 4721¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2000-2001

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 DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(14.3.2001)

Par sa lettre du 25 octobre 2000, Monsieur le Ministre de la Justice a bien voulu saisir la Chambre de Commerce pour avis du projet de loi sous rubrique.

L'objet du présent projet de loi est de ratifier la Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1er juillet 1985, d'une part, et de réformer le régime légal des contrats fiduciaires des établissements de crédit issu du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983, d'autre part.

Tout d'abord, la Chambre de Commerce voudrait remarquer que l'intitulé du texte dont elle a été saisie pour avis parle d'un avant-projet de loi. Par la suite, le terme „projet de loi“ est utilisé. En conséquence, la Chambre de Commerce se référera dans le présent avis toujours à un projet de loi.

L'introduction du concept de fiducie en droit luxembourgeois remonte au règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 qui a déterminé le régime juridique des contrats fiduciaires. Ce texte était destiné à remédier à l'absence de cadre juridique en ce domaine et devait ainsi permettre aux établissements de crédit luxembourgeois d'en développer l'usage dans un environnement juridique sécurisé, compte tenu de l'essor important de cette institution à l'échelle mondiale.

Face à l'internationalisation croissante de la vie économique et au développement de la pratique du trust sur une base internationale, des problèmes de conflits de loi risquaient de se poser particulièrement en raison des différences existant entre les pays de „*common law*“ et les pays de „*civil law*“. C'est la raison pour laquelle une „Convention internationale sur les effets internationaux des trusts et de leur reconnaissance“ a été élaborée dans le cadre de la Conférence de La Haye et ouverte à la ratification le 25 juillet 1985. Le but de cette Convention est de donner des éléments de solution aux conflits de loi et de permettre une reconnaissance internationale des effets du trust. Cette Convention a été signée par le Luxembourg le 1er juillet 1985, mais n'a pas encore été ratifiée.

La ratification de cette Convention par notre pays emporte plusieurs conséquences. En premier lieu, la Convention offre à nos tribunaux des règles leur permettant de résoudre les problèmes de droit international privé qui sont susceptibles de se poser lorsqu'un trust prolonge ses effets sur le territoire luxembourgeois.

En second lieu, l'entrée en vigueur de la Convention aura pour effet de faciliter la reconnaissance de la fiducie luxembourgeoise à l'étranger. Il est prévu que la Convention ne s'applique pas si les règles de conflit de lois qui y sont énoncées conduisent à l'application d'une loi qui ne reconnaît pas l'institution du *trust* (article 5). Bien que le droit luxembourgeois ne connaisse pas le *trust* en tant que tel, la fiducie luxembourgeoise répond aux traits caractéristiques du *trust* énumérés par la Convention à son article 2,

à savoir les biens sont placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé:

- les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
- le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;
- le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du *trust* et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Ces caractéristiques sont communes à la fiducie et au *trust*. Ainsi, bien que certaines différences existent entre les deux institutions, ces différences ne constituent pas un obstacle au traitement de la fiducie comme une institution assimilable au *trust* au sens de la Convention. Le fait que le *trust* puisse naître d'une simple déclaration unilatérale de volonté, alors que la constitution d'une fiducie nécessite la conclusion d'un contrat n'est pas déterminant au regard de l'application des règles de la Convention. Il en est de même en ce qui concerne la dualité de la propriété, partagée entre le *trustee* et le bénéficiaire dans le *trust*, alors qu'en matière de fiducie, le fiduciaire est seul propriétaire des biens qui lui sont confiés, le bénéficiaire n'ayant en principe qu'un droit de créance. La Convention crée de ce fait un pont entre le *trust* et la fiducie. La Chambre de Commerce constate avec satisfaction que la sécurité juridique de l'institution luxembourgeoise de la fiducie s'en trouvera renforcée.

Parallèlement à l'approbation de cette Convention, le projet de loi apporte certaines modifications au régime juridique de la fiducie luxembourgeoise. Afin notamment de répondre aux exigences de la Convention, il est expressément précisé que la preuve du contrat fiduciaire doit être rapportée par écrit. Par contre la référence au texte luxembourgeois ne sera plus nécessaire. La Chambre de Commerce note que le principe de l'autonomie du patrimoine fiduciaire par rapport au patrimoine personnel du fiduciaire est par ailleurs réaffirmé.

Quant à son champ d'application, l'absence de lien de rattachement obligatoire au Luxembourg ouvre la porte à de multiples applications de la loi luxembourgeoise, y compris à des opérations dans lesquelles ni le fiduciaire ni le bénéficiaire ne sont établis au Luxembourg.

La Chambre de Commerce constate que le nouveau texte élargit la liste des professionnels pouvant être fiduciaires. Désormais, la qualité de fiduciaire est ouverte à la plupart des professionnels du secteur financier, ainsi qu'à certaines autres catégories de professionnels du monde des assurances et des finances. La Chambre de Commerce note au passage que le projet de loi relative au transfert de propriété à titre de garantie a notamment pour objectif d'uniformiser les champs d'application de plusieurs textes: les lois relatives à la mise en pension, à la compensation de créances et au transfert de propriété à titre de garantie seront désormais applicables de manière uniforme aux mêmes catégories de professionnels. La même logique n'est pas suivie dans le texte relatif à la fiducie qui reste réservée aux professionnels dont la surveillance par les autorités publiques est la plus stricte.

La Chambre de Commerce voudrait remarquer que c'est justement cette exigence de surveillance stricte, rappelée par le commentaire des articles, qui est en contradiction avec l'ouverture aux professionnels étrangers dont la Chambre de Commerce ignore les modalités de surveillance. La façon dont le projet traite la question fait que les limites de prudence visent essentiellement les professionnels luxembourgeois ou encore européens, mais qu'aucune garantie particulière n'existe face aux professionnels d'Etats tiers, la surveillance des professionnels des Etats membres de l'Union Européenne étant plus ou moins harmonisée. Il serait plus judicieux d'ajouter au texte l'exigence d'une surveillance prudentielle pour les professionnels cités. La Chambre de Commerce note que les domiciliataires luxembourgeois, tout en étant surveillés, n'entrent pas dans le champ d'application du texte.

L'article 5 du projet donne une définition du contrat fiduciaire sans reprendre l'idée du but de la fiducie que l'on trouve à l'article 2 de la Convention. La Chambre de Commerce suggère d'ajouter à la définition un bout de phrase en ce sens: „... *une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé et sous les obligations déterminées* ...“

La Chambre de Commerce estime utile de rappeler quelles peuvent être les créances nées „à l'occasion du patrimoine fiduciaire“ dont il est question à l'article 6. Ainsi, un créancier pourrait saisir des biens du patrimoine fiduciaire s'il revendiquait, en tant que dépositaire, des frais nés à l'occasion du dépôt de tout ou partie de ce patrimoine. Par contre, les créanciers propres du fiduciaire, dont les reven-

dications se basent sur des faits étrangers à la gestion ou à l'administration de la fiducie concernée, n'ont aucun droit à faire valoir sur ce patrimoine.

Le paragraphe 2 de l'article 7 reprend une disposition issue du paragraphe 3 de l'article 3 du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983. Dans cette dernière version, la disposition est précédée de la phrase suivante: „*Le contrat fiduciaire ne peut pas conférer au fiduciaire le pouvoir de représenter le fiduciaire.*“ On comprend mieux, de cette façon, l'idée selon laquelle ni le fiduciaire, ni les tiers, ne peuvent se prévaloir du contrat pour lier le fiduciaire et le fiduciaire. Il s'agit en fait d'une réaffirmation de l'effet relatif du contrat et de l'absence de représentation. Ainsi, un dépositaire du patrimoine qui aurait connaissance du contrat fiduciaire ne pourrait, en droit, considérer le fiduciaire comme son déposant, mais devrait au contraire toujours considérer le fiduciaire comme seul et véritable propriétaire des biens déposés.

La Chambre de Commerce voudrait cependant relever une contradiction entre l'affirmation du paragraphe 2 et celle du paragraphe 3 de l'article 7. Ce dernier dispose, en effet, que les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux tiers qui en ont connaissance, alors que le paragraphe 2 affirme l'exact contraire. En conséquence, la Chambre de Commerce propose de biffer le paragraphe 3. Subsidiairement, si l'idée du paragraphe 3 devait être maintenue, la Chambre de Commerce propose la rédaction suivante: „*Les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire ne sont pas opposables aux tiers sauf s'ils en ont connaissance par le fiduciaire, sans préjudice des règles d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens faisant partie du patrimoine fiduciaire.*“

Le paragraphe 4 de l'article 7 du projet clarifie, d'une part, que le fiduciaire peut donner des instructions au fiduciaire et, d'autre part, qu'il peut renoncer à donner de telles instructions. La Chambre de Commerce voudrait préciser qu'une renonciation à donner des instructions n'est pas à comprendre dans le sens de l'institution d'une fiducie irrévocable. En fait, le paragraphe 4 traite des modalités d'exécution et non du contrat-cadre. C'est le paragraphe 5 qui détermine les conditions sous lesquelles le contrat peut être irrévocable, c'est-à-dire s'il est conclu pour une durée déterminée. Par contre, la fiducie à durée indéterminée ne peut pas être stipulée irrévocable sous peine de violer le principe de l'interdiction des engagements perpétuels.

Alors que la fiducie conclue à des fins de garantie n'était pas expressément envisagée par le règlement grand-ducal du 17 juillet 1983, le projet sous analyse consacre pleinement cette utilisation particulière de la fiducie. Le but essentiel des auteurs a été de prévoir la fiducie-sûreté, tout en ne remettant pas en cause les contrats de fiducie-sûreté faits sous le régime du règlement grand-ducal du 17 juillet 1983. La Chambre de Commerce salue cette idée. Mais évidemment, la fiducie peut être conclue dans de nombreux buts et la fiducie-sûreté n'en est qu'une variante. Pour tous ces contrats, le principe de l'autonomie de la volonté des parties est la loi essentielle et il n'est pas certain que la fiducie à titre de garantie ait besoin d'explications supplémentaires. Il aurait suffi d'écrire que: „*La fiducie peut être conclue à toutes fins non contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs, notamment à titre de garantie.*“ Dans ce cas, il conviendrait de changer l'intitulé de l'article 8 „*Fiducie conclue à des fins de garantie*“ en „*Finalités de la fiducie*“ afin de prendre en compte cette idée.

Le projet de loi sous analyse introduit une règle d'application générale selon laquelle, de même que les sûretés classiques, le transfert de propriété à titre de garantie, en ce compris la fiducie, est frappé de nullité lorsqu'il a été conclu en période suspecte pour des dettes contractées antérieurement (article 445 modifié du Code de commerce). Parallèlement, le projet de loi relatif au transfert de propriété à titre de garantie écarte les règles relatives à la faillite, et en particulier celles de l'article 445 du Code de commerce. Dans ce cadre, le cessionnaire ne risque pas la nullité de sa sûreté portant sur des dettes antérieurement contractées. Or, cette loi s'appliquera elle aussi aux opérations de transfert de propriété à titre de garantie par voie fiduciaire (article 1er du projet de loi No 4696).

Cette contradiction apparente s'explique par la différence des champs d'application respectifs des deux textes. Le projet de loi relatif au transfert de propriété à titre de garantie porte sur les opérations de transfert de propriété de valeurs susceptibles d'être inscrites et transférées de compte en compte. Le texte relatif à la fiducie, quant à lui, a un champ d'application plus large puisqu'il couvre les opérations portant sur toutes sortes de biens.

Fondamentalement, le régime du transfert de propriété à titre de garantie du projet de loi No 4696 servira en pratique à régir les situations entre professionnels, alors que la fiducie s' imagine parfaitement dans des situations de crédit plus classiques.

Une particularité de la fiducie réside dans le principe de l'autonomie patrimoniale, alors que c'est le principe de l'universalité du patrimoine qui est de rigueur dans le cadre d'un transfert de propriété à titre de garantie en dehors du cadre fiduciaire. Ainsi, dans l'hypothèse d'une voie d'exécution pratiquée à l'encontre du cessionnaire par les créanciers de celui-ci, les biens qui lui ont été transférés en pleine propriété pourront – semble-t-il – être saisis. Il n'en est pas de même lorsque le transfert de propriété est effectué à titre fiduciaire, puisque les patrimoines sont distincts.

Le paragraphe 2 de l'article 9 rend le contrat fiduciaire opposable aux tiers, alors que l'article 7 précise justement qu'ils ne peuvent s'en prévaloir. Ce sont en fait les droits de propriété du fiduciaire qui sont opposables aux tiers, mais non pas le contenu du contrat avec ses modalités d'exécution.

En conclusion, la Chambre de Commerce approuve la ratification de la Convention de La Haye de 1985 et, sous les réserves exprimées par cet avis, accueille favorablement les dispositions du projet visant à adapter le régime juridique de la fiducie luxembourgeoise. Ce texte offrira une sécurité juridique renforcée aux opérations fiduciaires et dotera la fiducie luxembourgeoise d'une légitimité accrue au plan international. La création d'un cadre juridique approprié est en outre susceptible d'attirer vers le Luxembourg les opérateurs économiques étrangers désireux d'utiliser la fiducie, lorsque cette institution n'existe pas dans leur Etat d'origine. Ce texte complète utilement la législation luxembourgeoise dans le domaine bancaire et financier.

*

Au vu de ces considérations, la Chambre de Commerce, après consultation de ses ressortissants, peut approuver le projet de loi sous rubrique.