

N° 4721⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2002-2003

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, et
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

* * *

RAPPORT ADOPTE PAR LA COMMISSION JURIDIQUE

(25.6.2003)

La Commission se compose de: M. Laurent MOSAR, Président; M. Patrick SANTER, Rapporteur; Mme Simone BEISSEL, M. Xavier BETTEL, Mmes Agny DURDU, Lydie ERR, MM. Jacques-Yves HENCKES, Jean-Pierre KLEIN, Paul-Henri MEYERS, Marcel SAUBER et Mme Renée WAGENER, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

En date du 16 novembre 2000, Monsieur le Ministre de la Justice a déposé le projet de loi sous référence à la Chambre des Députés. Au projet de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

La Chambre de commerce a rendu son avis le 14 mars 2001. L'avis du Conseil d'Etat date du 11 décembre 2001.

Lors de sa réunion du 16 octobre 2002, la Commission juridique a désigné M. Patrick SANTER comme rapporteur.

En date des 16 octobre 2002, 22 novembre 2002, 5 mars 2003 et 26 mars 2003, la Commission juridique a examiné le projet de loi en question ainsi que l'avis du Conseil d'Etat.

Le 5 mars 2003, la Commission juridique a adopté un amendement qui a été avisé par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 25 mars 2003.

Le 26 mars 2003, la Commission juridique a eu une réunion avec Monsieur Jean-Nicolas Schaus, directeur général de la CSSF et président du CODOJU (Comité du domaine juridique), et Monsieur le Professeur André Prum au sujet plus particulièrement de l'article 7, paragraphe (6) du projet de loi.

Lors de sa réunion du 25 juin 2003, la Commission juridique a adopté le présent rapport.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES

L'objectif du projet de loi 4721 est double. Il s'agit, d'une part, d'approuver la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (la „Convention“) et, d'autre part, de moderniser la fiducie luxembourgeoise.

1. La nouvelle réglementation de la fiducie en droit luxembourgeois

Au départ, et en l'absence de tout cadre légal ou réglementaire, les banques luxembourgeoises effectuaient des opérations fiduciaires en recourant au contrat de commission. Cependant, certains inconvénients inhérents à ce type de contrat étaient apparus. Ainsi, si l'opération portait sur des choses fongibles, le fiduciaire „risquait de n'être considéré que comme simple créancier dans la masse du banquier fiduciaire“¹. De plus, un arrêt grand-ducal du 30 octobre 1972 obligeait les banques fiduciaires d'inclure les engagements fiduciaires dans leur bilan.

Le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983² a remédié à cette insécurité juridique qui concernait tant les banques fiduciaires que les fiduciaires. Ce règlement de valeur législative³ a été pris en application d'une loi d'habilitation du 24 décembre 1982.

Il va de soi que la conclusion de contrats fiduciaires restait et reste possible en dehors des conditions du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 ou de la loi à venir. Mais dans pareille hypothèse, ces contrats fiduciaires échappent au régime organisé par ces textes. Ainsi les aspects dérogatoires au droit commun qui sont contenus dans le règlement grand-ducal ou dans le projet de loi, et notamment le patrimoine d'affectation et la protection qu'il assure aux créanciers sur l'actif fiduciaire et au fiduciaire en cas de faillite du fiduciaire, ne s'appliquent pas à de tels contrats fiduciaires.

Le projet de loi sous rubrique abroge le règlement grand-ducal de 1983 en le remplaçant par une nouvelle réglementation. Il s'agit d'„améliorer le régime juridique de la fiducie“ tout en maintenant l'esprit du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983. „La réforme entend consolider la fiducie par un renforcement de sa sécurité juridique tout en élargissant les applications potentielles“⁴.

Afin de mieux circonscrire les apports du projet de loi 4721, il convient de commencer par énumérer les éléments inchangés par rapport au règlement grand-ducal du 19 juillet 1983.

A. Les éléments inchangés

(i) La définition du contrat fiduciaire

Bien qu'utilisant des termes sensiblement différents, la définition du contrat fiduciaire n'a pas changé fondamentalement.

D'après l'article 2 du règlement grand-ducal de 1983, „un contrat fiduciaire au sens du présent règlement est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec un établissement de crédit, le fiduciaire, que le fiduciaire sera rendu titulaire de droits patrimoniaux, l'actif fiduciaire, mais que l'exercice de ces droits patrimoniaux sera limité par des obligations, le passif fiduciaire déterminé par le contrat fiduciaire“.

L'article 5 du projet de loi dispose qu'un „contrat fiduciaire au sens du présent titre est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire“.

La définition de 1983 a été adaptée à cause de „la situation nouvelle créée par la ratification de la Convention de La Haye“⁵.

1 Hoss, Le contrat fiduciaire des établissements de crédit, Livre Jubilaire ALJB, p. 1083

2 Le règlement grand-ducal du 22 décembre 1972 concernant la représentation fiduciaire, et abrogé par la loi du 9 avril 1987, visait la représentation de la masse des obligataires et ne saurait être considéré comme ayant établi un régime particulier du contrat fiduciaire. Il s'agit ici d'une confusion uniquement terminologique.

3 Voir sub III. Commentaire des articles, article 13

4 Doc. parl. 4721, p. 5

5 Doc. parl. 4721, p. 10

Ces deux définitions comportent certes des différences, mais celles-ci n'affectent pas la substance du contrat fiduciaire.

– Le contrat

Contrairement au trust qui naît d'une déclaration unilatérale du constituant, le contrat fiduciaire nécessite toujours un contrat. Les conditions de fond du droit commun applicables aux contrats en général restent applicables⁶.

– La propriété

Aux termes de la nouvelle définition, le fiduciaire doit „devenir propriétaire de biens“. Le règlement grand-ducal de 1983 rendait le fiduciaire „titulaire de droits patrimoniaux“. Il n'y a aucune différence fondamentale entre ces deux terminologies. En effet, le critère principal du contrat fiduciaire reste le transfert de la propriété de biens au fiduciaire. Le projet de loi comme le règlement grand-ducal de 1983 n'exigent pas que le bien qui devient la propriété du fiduciaire provienne du patrimoine du ou des fiduciaires. Il pourrait donc être transféré par des tiers⁷.

– Le fiduciaire

Aucune condition dans le chef du fiduciaire n'est exigée.

– Le patrimoine fiduciaire

La définition du projet de loi indique que les biens détenus par le fiduciaire ès-qualités forment „un“ patrimoine fiduciaire. Pour chaque contrat fiduciaire un patrimoine fiduciaire séparé est créé à côté du patrimoine personnel du fiduciaire et des autres patrimoines fiduciaires. L'article 6 du projet de loi prévoit d'ailleurs que le patrimoine fiduciaire est non seulement distinct du patrimoine personnel du fiduciaire mais également de tout autre patrimoine fiduciaire détenu par ce même fiduciaire.

Bien que le règlement grand-ducal de 1983 ne contienne pas cette précision quant à la séparation des patrimoines fiduciaires entre eux, il y avait déjà sous ce régime un patrimoine d'affectation séparé par opération fiduciaire, dans la mesure où l'actif fiduciaire ne pouvait être saisi que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire à l'exclusion des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion d'une autre opération fiduciaire⁸.

– Les obligations fiduciaires

Le fiduciaire est rendu propriétaire sous les obligations déterminées par les parties au contrat. Ceci correspond au concept de passif fiduciaire du règlement grand-ducal de 1983 limitant l'exercice des droits patrimoniaux du fiduciaire. Ces obligations déterminent la mission du fiduciaire, à savoir l'affectation qu'il doit donner à l'actif fiduciaire, donc l'utilisation qu'il doit en faire.

(ii) *Le patrimoine fiduciaire*

Le projet de loi n'utilise plus la terminologie d'actif et de passif fiduciaire, mais fait référence au patrimoine fiduciaire. Il s'agit là encore d'une modification de pure forme. „Ces notions se maintiendront cependant sans doute pour désigner respectivement les droits patrimoniaux et les obligations du fiduciaire.“⁹

En règle générale, d'après l'article 2093 du Code civil, le patrimoine d'une personne constitue le gage général de ses créanciers.

6 Hoss, op. cit., p. 1097

7 Hoss, op. cit., p. 1095

8 Hoss, op. cit., p. 1088

9 Avis du Conseil d'Etat, doc. parl. 4721², sub article 5

Cependant le patrimoine fiduciaire n'est pas le gage commun de tous les créanciers du fiduciaire. Il est réservé à une catégorie tout à fait particulière d'entre eux à savoir ceux dont les droits seront nés à l'occasion d'une opération fiduciaire.

Le créancier personnel du fiduciaire ne peut saisir un quelconque élément de l'actif fiduciaire. Cet actif doit être réservé, même en dehors des cas de saisie, aux seuls créanciers sur l'actif fiduciaire.

L'article 3, paragraphe (1), du règlement grand-ducal de 1983 écartait l'actif fiduciaire du recours de la masse en cas de liquidation collective du fiduciaire. L'article 6, paragraphe (1), du projet de loi cite la liquidation et la faillite du fiduciaire et toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels.

Cet article 6, paragraphe (1), couvre toutes les situations de concours entre créanciers personnels du fiduciaire. Le fait d'avoir remplacé la „masse“ par les termes „le patrimoine personnel du fiduciaire“ n'emporte aucune conséquence¹⁰.

(iii) *L'absence de représentation*

Le projet de loi confirme la solution adoptée par le règlement grand-ducal de 1983 et base le contrat fiduciaire sur les règles du mandat¹¹ à l'exclusion de celles reposant sur la représentation. Les dérogations aux règles du mandat sont celles prévues par la loi ou par la volonté des parties. Tout à fait logiquement le projet de loi ajoute que ni le fiduciaire ni les tiers, même s'ils ont connaissance du contrat fiduciaire, ne peuvent se prévaloir du contrat pour créer un lien direct entre eux.

L'article 3, paragraphe (3), du règlement grand-ducal de 1983 prévoit également que le contrat fiduciaire ne peut pas confier au fiduciaire le pouvoir de représenter le fiduciaire. Le projet de loi n'a pas repris cette disposition qui est superflue du fait que le fiduciaire, étant rendu propriétaire de l'actif fiduciaire, ne peut engager une autre personne que lui-même sur ses biens et que les règles du mandat reposant sur la représentation étaient écartées.

(iv) *Absence de limitation des actifs fiduciaires par rapport aux moyens propres du fiduciaire*

Le projet de loi ne tend pas à réintroduire une limitation des actifs des fiduciaires par rapport à leurs moyens propres. Cette limitation, qui figurait dans le texte initial du règlement grand-ducal de 1983, a été abrogée par la loi du 29 avril 1999.

B. Les éléments nouveaux

(i) *La qualité de fiduciaire*

Sous le régime du règlement grand-ducal de 1983 seuls les établissements de crédit peuvent être institués comme fiduciaire. En effet, en 1983 il avait été considéré que seuls les établissements de crédit offraient une surface financière importante et présentaient les garanties nécessaires tant aux fiduciaires qu'aux créanciers sur l'actif fiduciaire. La surveillance des établissements de crédit d'abord par l'Institut Monétaire Luxembourgeois puis par la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) constituait une garantie supplémentaire contre les abus. En outre, il avait à l'époque été estimé que l'intervention d'un établissement de crédit garantirait une application correcte et sans abus du règlement grand-ducal¹².

Tout en gardant en vue l'objectif de ne faire intervenir en tant que fiduciaires que des professionnels soumis à un contrôle et garantissant ainsi la protection des intérêts des fiduciaires et des tiers bénéficiaires¹³, le projet de loi étend considérablement le champ des personnes qui peuvent agir en tant que fiduciaire dans un contrat fiduciaire réglementé. La loi à venir s'appliquera aux contrats fiduciaires dont le fiduciaire est un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société d'investissement à capital variable ou fixe, une société de titrisation, une société de gestion de fonds commun de

10 Doc. parl. 4721, p. 11

11 Article 3, paragraphe 4, du règlement grand-ducal de 1983 et article 7, paragraphe 1, du projet de loi

12 Doc. parl. 4721, p. 2

13 Doc. parl. 4721, p. 10

placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurances ou de réassurances ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier.

Le champ d'application n'est pas restreint aux professionnels agréés ou contrôlés par les autorités luxembourgeoises ou par celles d'un autre Etat membre de l'Espace Economique Européen. Le champ d'application est étendu à l'ensemble de ces professionnels quelle que soit leur origine, et partant le siège de leur autorité de contrôle. Un contrat fiduciaire pourrait donc être conclu même avec un fiduciaire ne disposant d'aucun établissement au Luxembourg ni dans l'Espace Economique Européen¹⁴.

Ceci n'est d'ailleurs pas sans soulever des complications lors de situation de concours du fiduciaire.

Analysons brièvement les personnes pouvant agir comme fiduciaires sous la nouvelle loi.

– Les établissements de crédit

Il s'agit des établissements de crédit visés par la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, à savoir les établissements dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et d'effectuer des crédits pour compte propre.

Il s'agit aussi d'abord des établissements communautaires tombant sous le champ d'application de la directive 2000/12/CE et, en ce qui concerne les établissements de pays tiers, ceux qui répondent à la définition prévue par la loi du 5 avril 1993.

– Les entreprises d'investissement

Il s'agit en ce qui concerne le Luxembourg notamment des entreprises d'investissement visés à la sous-section I de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, à savoir les commissionnaires, les gérants de fortune, les professionnels intervenant pour leur propre compte, les distributeurs de parts d'organismes de placement collectif (OPC) et les preneurs fermes.

Pour les entreprises étrangères communautaires et non communautaires, il faudra appliquer une règle d'assimilation similaire à celle décrite pour les établissements de crédit.

– Les sociétés d'investissement à capital variable ou fixe

Il s'agit des organismes de placement collectifs (OPC) constitués sous forme de société d'investissement et qui sont au Luxembourg actuellement réglementés soit par la loi du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif soit, à partir du 13 février 2004, par la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, soit encore par la loi du 19 juillet 1991 sur les OPC institutionnels.

Notons que l'article 111 de la loi du 30 mars 1988 et l'article 133 de la loi du 20 décembre 2002 instituent déjà un patrimoine d'affectation alors que les avoirs et obligations de chaque compartiment d'un OPC à compartiments multiples représentent une partie distincte du patrimoine de l'OPC.

– Les sociétés de titrisation

Le concept de société de titrisation est pour l'instant inconnu du droit luxembourgeois. Mais des réflexions ont été entamées en vue de fournir à ce type de sociétés un cadre légal adéquat.

– Les sociétés de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation

L'article 4 du projet de loi doit permettre aux sociétés de gestion de fonds communs de placement de devenir fiduciaire non seulement quand elles interviennent en qualité de société de gestion, mais aussi quand elles effectuent, conformément à l'article 77 de la loi du 20 décembre 2002, des opérations sans lien avec un fonds commun de placement géré par elles.

Les sociétés de gestion de fonds de titrisation ne sont pas réglementées au Luxembourg à l'heure actuelle mais font l'objet des travaux des avant-projets de loi sur la titrisation.

¹⁴ Ibid.

– Les fonds de pension

Il s'agira des sociétés d'épargne-pension à capital variable et des associations d'épargne-pension prévues par la loi modifiée du 8 juin 1999 sur les fonds de pension. Le projet de loi devrait également s'appliquer aux fonds de pension organisés sous une autre forme.

– Les entreprises d'assurances et de réassurances

Pour le Luxembourg il s'agira des entreprises réglementées par la loi du 6 décembre 1999.

– Les organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier

Ces organismes sont également visés à l'article 61-1 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier traitant de la compensation de créances dans le secteur financier et à l'article 1 de la loi du 1er août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie.

Les organismes nationaux luxembourgeois devraient inclure notamment la Banque Centrale du Luxembourg, la Société Nationale de Crédit et d'Investissement et le Crédit foncier de l'Etat. L'Office du Ducreire, qui a pour objet de favoriser les relations économiques et financières internationales, devrait également être considéré comme opérant dans le secteur financier.

Les organismes nationaux étrangers devraient également pouvoir agir comme fiduciaire.

Quant aux organismes internationaux on peut se référer à l'Annexe IV du règlement grand-ducal du 28 décembre 1990 relatif aux conditions d'établissement de contrôle et de diffusion du prospectus à publier en cas d'offres publiques ou d'admission à la cote officielle de valeurs mobilières, comme la Banque Mondiale, le Fonds Monétaire International, le Fonds de Développement Social du Conseil de l'Europe, la Banque Centrale Européenne, la Banque Européenne d'Investissement ou la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement.

(ii) *La preuve et les conditions de forme du contrat fiduciaire*

Le règlement grand-ducal de 1983 ne prévoit qu'une seule condition de forme, à savoir que les contrats fiduciaires doivent mentionner expressément qu'ils sont régis par le règlement grand-ducal de 1983.

Cette exigence n'a pas été reprise par le projet de loi. Une référence expresse à la législation régissant le contrat fiduciaire n'est donc plus nécessaire.

L'article 9, paragraphe (1), du projet de loi exige que la preuve du contrat fiduciaire soit rapportée par écrit. Le contrat fiduciaire pourra ainsi être conclu oralement mais sa preuve ne pourra être rapportée que sur base d'un écrit. L'exigence de la preuve par écrit est imposée en toute hypothèse, y compris entre commerçants ou à l'encontre d'un commerçant dans les actes mixtes¹⁵.

(iii) *Le régime de l'opposabilité du contrat fiduciaire*

– Le principe de l'opposabilité immédiate

L'article 9, paragraphe (2), du projet prévoit que „le contrat fiduciaire est opposable aux tiers dès sa conclusion“.

„Le caractère non solennel du contrat fiduciaire implique, en principe, son efficacité et son opposabilité immédiates.“¹⁶ Il est fait abstraction de la bonne ou de la mauvaise foi de ces tiers¹⁷. Le Conseil d'Etat précise qu'il s'agit là d'un régime exceptionnel dérogatoire par rapport aux règles de droit commun en matière de date certaine.

La connaissance du tiers n'est pas nécessaire à l'opposabilité du contrat fiduciaire.

¹⁵ Doc. parl. 4721, p. 12

¹⁶ Doc. parl. 4721, p. 13

¹⁷ Doc. parl. 4721², p. 5

La responsabilité du tiers ne devrait cependant pas être engagée dès lors qu'il contracte avec une partie au contrat fiduciaire en contravention avec ce contrat fiduciaire, si et seulement si ce tiers ignorait l'existence d'un tel contrat. En revanche lorsqu'au su de l'existence d'un contrat fiduciaire, le tiers contracte avec une partie au contrat fiduciaire entraînant une violation de celui-ci, il commet une faute engageant sa responsabilité¹⁸.

Partant l'article 9, paragraphe 2, du projet de loi ne peut être interprété comme engageant la responsabilité du tiers de bonne foi participant à son insu à une violation du contrat fiduciaire.

– Les exceptions au principe de l'opposabilité immédiate

Le principe de l'opposabilité immédiate du contrat fiduciaire contient deux exceptions:

La première concerne les règles de forme et d'opposabilité applicables en raison de la nature des biens transmis. Dès que le contrat fiduciaire vise des biens dont le transfert de propriété exige une publicité ou une inscription¹⁹, le transfert ne sera opposable aux tiers que lorsque ces publications ou inscriptions auront été faites.

La seconde exception, introduite sur recommandation du Conseil d'Etat, est prévue par l'article 7, paragraphe (3), du projet de loi. Les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux tiers uniquement si le tiers en a eu connaissance.

(iv) *Le droit de rétention*

Dans son avis, le Conseil d'Etat regrette que les dispositions de l'article 3, paragraphe (2), du règlement grand-ducal de 1983 n'aient pas été reprises²⁰.

Cet article 3, paragraphe (2), dispose en effet que „à l'échéance du contrat fiduciaire, le fiduciaire bénéficie d'un privilège et d'un droit de rétention sur tous les éléments de l'actif fiduciaire jusqu'au paiement de tout ce qui lui est dû par le fiduciaire en exécution du contrat fiduciaire“.

Il convient cependant de relever que „l'existence de ce privilège, dont le rang n'était d'ailleurs pas précisé, pouvait laisser penser que le fiduciaire perdait, à l'échéance, la propriété des biens érigés en fiducie. Or, tel n'est, en principe, pas le cas. Par suite, le fiduciaire bénéficiait d'un privilège sur des biens dont il avait encore la propriété, ce qui est difficilement concevable. Quant au droit de rétention, soit il a la possession des biens et le droit commun fonde suffisamment la rétention, soit il n'en a pas la possession et la consécration d'un droit de rétention fictif paraît excessif“²¹.

En outre, rien n'empêche les parties au contrat fiduciaire de régler contractuellement une garantie spécifique.

(v) *Les nouvelles règles dérogatoires aux règles du mandat*

– La renonciation au droit de donner des instructions au fiduciaire

L'article 7, paragraphe (4), du projet de loi permet au fiduciaire de renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire. Les intérêts des parties ou d'un tiers bénéficiaire peuvent requérir que le fiduciaire renonce à cette faculté²².

18 Voir Cass. 29 octobre 1998, Pas. 31, p. 7. Il va de soi que la partie au contrat fiduciaire ayant contracté avec le tiers, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, engage elle-même sa responsabilité contractuelle envers la ou les autres parties au contrat fiduciaire.

19 P.ex. immeubles, aéronefs, navires, parts sociales d'une société à responsabilité ou actions nominatives

20 Doc. parl. 4721², sous article 7

21 Doc. parl. 4721, p.13

22 Doc. parl. 4721, p. 11

– La résiliation unilatérale du contrat fiduciaire
conclu pour une durée déterminée

L'article 7, paragraphe (5), du projet de loi écarte la règle générale en matière de mandat qui permet à tout instant au mandant de mettre fin au mandat, même à ceux qualifiés d'irrévocables.

Une stipulation contractuelle qui ne permettrait pas au fiduciaire de mettre unilatéralement fin au contrat fiduciaire, est tout à fait valable également sous le règlement grand-ducal de 1983.

(vi) *La fiducie conclue à des fins de garantie*

Une disposition expresse sur la fiducie conclue à des fins de garantie figure désormais dans le projet de loi. Il s'agit de „consacrer pleinement la fiducie conclue à des fins de garantie“²³.

En application du règlement grand-ducal de 1983, il était généralement admis que le contrat fiduciaire pouvait être valablement utilisé dans le contexte d'une sûreté²⁴.

La loi du 1er août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie confirme cette possibilité. L'exposé des motifs de cette loi relève d'ailleurs que le transfert de propriété visé était pratiqué au Luxembourg par le recours à la fiducie régie ou non par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983²⁵. Le projet de loi n'a pas l'intention de remettre en cause les fiducies sûretés constituées sous le règlement grand-ducal de 1983²⁶.

Dans son avis, le Conseil d'Etat indique que la fiducie conclue à des fins de garantie prévue par l'article 8 peut être assimilée au transfert de propriété à titre de garantie instaurée par la loi du 1er août 2001 pour conclure qu'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“.

Il existe cependant un certain nombre de différences entre les deux mécanismes.

– Distinction quant aux intervenants

Dans la fiducie sûreté telle qu'organisée par le projet de loi, le fiduciaire doit nécessairement être un des établissements mentionnés à l'article 4 du projet de loi.

En revanche, la loi du 1er août 2001 prévoit comme une de ses conditions d'application que le cédant *ou* le cessionnaire (fiduciaire) *ou* les deux doivent appartenir à une des catégories citées par son article 1er, paragraphe 1er. En d'autres termes, si le cédant appartient à l'une de ces catégories, il n'y aura aucune exigence vis-à-vis du cessionnaire (fiduciaire).

– Distinction quant aux biens pouvant faire l'objet de l'opération

Alors que la loi du 1er août 2001 ne s'applique qu'aux transferts de „valeurs“ définies comme étant des créances, des titres et d'autres instruments financiers au sens le plus large et, plus généralement, de toutes valeurs pouvant être inscrites ou transférées de compte en compte, le projet de loi ne contient aucune limitation quant aux biens qui pourront faire l'objet d'une fiducie-sûreté.

– Distinction quant à la localisation

La loi du 1er août 2001 exige que les valeurs qui font l'objet du transfert soient inscrites dans un compte au Luxembourg ou qu'elles y soient situées. Si tel n'est pas le cas, le cédant ou le cessionnaire ou les deux doivent être constitués ou établis au Luxembourg.

Cette exigence ne se retrouve pas pour la fiducie-sûreté. D'ailleurs le fiduciaire ne doit pas nécessairement être constitué ou établi au Luxembourg.

23 Doc. parl. 4721, p. 12

24 Hoss, op. cit. p. 1112

25 Doc. parl. 4696, p. 5

26 Doc. parl. 4721¹

– Distinction quant aux créanciers garantis

La fiducie-sûreté peut garantir les obligations du fiduciaire ou d'un autre débiteur vis-à-vis du fiduciaire ou vis-à-vis d'une autre personne, à savoir le tiers bénéficiaire désigné dans le contrat fiduciaire. Par contre, le transfert de propriété à titre de garantie ne se conçoit que si le fiduciaire-cessionnaire est effectivement le créancier.

La fiducie-sûreté a donc un domaine d'application beaucoup plus large que le transfert de propriété à titre de garantie.

(vii) Le transfert fiduciaire de créances

Dérogeant à l'article 1690 du Code civil²⁷, l'article 9, paragraphe (3), du projet de loi prévoit que le transfert fiduciaire des créances est opposable aux tiers dès sa conclusion.

L'article 9, paragraphe (3), du projet prévoit que le débiteur ne peut se libérer valablement entre les mains du fiduciaire tant qu'il n'a pas connaissance du transfert. Il faut donc passer par une information du débiteur cédé qui n'est soumise à aucune formalité particulière et pourra même résulter des circonstances²⁸.

(viii) Le remplacement du fiduciaire ou extinction anticipée du contrat fiduciaire pour motif grave

L'article 7, paragraphe (6), du projet de loi dispose que le fiduciaire, le fiduciaire ou les bénéficiaires peuvent, pour motif grave, demander au juge de remplacer le fiduciaire provisoirement ou définitivement ou prononcer l'extinction du contrat fiduciaire.

Cette disposition ne se retrouve pas dans le règlement grand-ducal de 1983.

Il y a deux degrés d'intervention possibles du juge: d'une part, le remplacement provisoire ou définitif du fiduciaire, qui laisse l'opération intacte, et, d'autre part l'extinction anticipée du contrat fiduciaire. Dans cette dernière hypothèse, l'intervention du juge aura pour conséquence de mettre à néant un contrat parfaitement valable. Une telle extinction ne vaudra que pour l'avenir.

D'après l'exposé des motifs le recours au juge se justifie „en raison des larges pouvoirs inhérents à la fonction du fiduciaire“ qui „pourrait mettre gravement en péril les intérêts du fiduciaire ou du tiers bénéficiaire surtout dans les hypothèses où le contrat de fiducie serait à durée déterminée sans être rendu révocable“²⁹. Une autre hypothèse évoquée est l'impossibilité pour le fiduciaire de „poursuivre sa mission alors qu'il avait renoncé à la possibilité d'y mettre fin unilatéralement“.

De telles situations ne semblent pas avoir posé un quelconque problème sous l'empire du règlement grand-ducal de 1983.

L'intervention du juge peut s'avérer très délicate et, en cas d'extinction du contrat fiduciaire, lourde de conséquence.

En effet, le contrat fiduciaire n'est pas le seul contrat qui peut exister dans un montage fiduciaire. Le fiduciaire aura généralement aussi de son côté conclu des contrats avec des tiers portant sur les actifs fiduciaires. L'extinction du contrat fiduciaire par une décision judiciaire n'affectera pas ces autres contrats à moins que ceux-ci ne contiennent par exemple une clause de résiliation automatique en cas d'extinction anticipée du contrat fiduciaire. Encore faut-il que de telles clauses, d'une part, aient été acceptées par le cocontractant du fiduciaire et, d'autre part, ne soient pas incompatibles avec l'opération envisagée, comme ce pourrait être le cas d'une fiducie-sûreté.

En raison de la nouveauté pour notre système juridique de l'extinction anticipée d'un contrat valable, l'exigence de la sécurité juridique doit impérativement primer, et l'intervention du juge devra respecter des critères stricts, à savoir les critères cumulatifs suivants:

²⁷ Doc. parl. 4721, p. 13

²⁸ Doc. parl. 4721, p. 13

²⁹ Doc. parl. 4721, p. 12

- Tout d’abord le motif doit être véritablement grave.
Il s’agit là d’une condition très étroite³⁰ et son application doit être tout aussi étroitement circonscrite. Le but de cette disposition étant, d’après les auteurs du projet de loi, de pouvoir offrir une „porte de sortie“ aux parties à un contrat ne faisant plus aucun sens, mais pour laquelle ces mêmes parties n’avaient plus aucun moyen contractuel ou légal leur permettant de sortir de l’impasse.
Il ne peut jamais s’agir d’une simple gêne voire d’une difficulté réelle dans l’exécution du contrat fiduciaire.
 - Le motif grave ne peut que concerner l’intention économique des parties au contrat fiduciaire. A aucun moment l’une des parties contractantes ne peut s’adresser au juge pour que celui-ci prononce l’extinction anticipée du contrat fiduciaire en excipant d’un motif, même grave, tenant à sa situation personnelle. C’est l’économie même du contrat fiduciaire qui doit être irrémédiablement compromise.
 - Le motif grave devra bien évidemment être étranger aux agissements du demandeur. En d’autres termes, le demandeur doit être de bonne foi et ne doit pas être lui-même à l’origine du motif grave qui sert de base à son action. Il devra avoir rempli toutes ses obligations contractuelles et avoir exploré les possibilités d’aménagements contractuels possibles.
 - Le contrat fiduciaire ne doit pas lui-même permettre aux parties de trouver une issue. L’intervention du juge ne doit être que subsidiaire par rapport aux mécanismes contractuels.
Par exemple, des clauses peuvent organiser une résiliation anticipée du contrat ou contenir des mécanismes de remplacement du fiduciaire ou du fiduciant.
 - Aucune sanction de droit commun ne devrait être susceptible d’apporter de solution en ce compris l’astreinte.
A ce sujet, les exemples cités dans l’exposé des motifs³¹ peuvent tous recevoir une solution d’après le droit commun et n’auraient pas nécessité l’introduction de l’article 7, paragraphe (6).
 - L’extinction anticipée ne doit pas léser les intérêts des parties concernées par l’opération. Ce sont d’abord les parties au contrat fiduciaire, mais aussi le ou les bénéficiaires, qu’ils aient accepté la stipulation pour autrui incluse au contrat fiduciaire ou non. Ce sont également les créanciers sur l’actif fiduciaire qui auront le cas échéant contracté avec le fiduciaire. Le contrat fiduciaire doit être replacé dans le cadre de l’ensemble du montage ayant fait appel au contrat fiduciaire. La sécurité juridique exige que les intérêts de toutes les parties en présence soient garantis. Cet élément primordial a été souligné lors des travaux en commission.
 - D’un point de vue procédural, d’une part, une extinction d’un contrat fiduciaire ne relève pas de la compétence du juge des référés. Le juge des référés étant sans pouvoir pour interpréter un contrat³², il l’est a fortiori pour le mettre à néant.
D’autre part, en vertu de l’article 63 du NCPC qui dispose que „nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée“, il va de soi que le demandeur basant son action sur l’article 7, paragraphe (6), devra assigner toutes les parties concernées. Or, en l’occurrence, comme indiqué au tiret précédent, le concept de „partie concernée“ doit être entendu de manière large.
Les contrats fiduciaires de droit luxembourgeois étant souvent des éléments essentiels d’opérations ou de structures complexes dans un contexte international, l’utilisation de la possibilité d’extinction prévue à l’article 7, paragraphe (6), du projet de loi doit être utilisée avec la plus grande retenue. „Une intervention maladroite dans un contrat complexe peut être pire encore que le maintien de la convention.“³³
- Il faut à tout prix maintenir l’attractivité des contrats fiduciaires de droit luxembourgeois. Surtout qu’à compter de la ratification de la Convention, les trusts anglo-saxons vont être formellement reconnus au Luxembourg.

30 Ibid.

31 Doc. parl. 4721, p. 12

32 P. ex. Cour d’appel 11 juillet 1988, No 10671 du rôle

33 Denis-M. Philippe, Changements de circonstances et bouleversements de l’économie contractuelle, Bruylant, p. 614

La modification et pas seulement l'extinction d'un trust anglais est strictement encadrée par le Variation of Trusts Act 1958. Ce dernier ne permet pas au juge de modifier le trust, mais le tribunal ne fait que donner son accord pour compte d'une personne qui n'est pas en mesure de le donner (en règle générale des mineurs ou des incapables). En outre, et sauf une seule exception, les juges anglais devront d'abord vérifier que la modification proposée est dans l'intérêt de ceux pour lesquels la demande est faite. Ils ne peuvent pas approuver une modification si un bénéficiaire refuse son consentement à la modification³⁴.

En principe, les cas d'application se limitent au droit de la famille et en l'occurrence au droit successoral. Une modification d'un trust valable constitué en matière bancaire et financière ne se concevrait que dans le but de faciliter l'opération voulue par les parties, mais une modification ne pourrait en aucun cas toucher aux intérêts des parties en présence.

Une mise à néant d'un trust valable et ceci notamment en matière bancaire et financière serait donc inconcevable en droit anglais.

Terminons la description de l'article 7, paragraphe (6), du projet de loi par deux questions portant sur les conséquences d'une extinction d'un contrat fiduciaire.

En premier lieu, si l'on se limite aux fiducies-sûretés, le document de travail de la Commission européenne du 18 novembre 2002 sur les besoins en fonds propres des établissements de crédit et des entreprises d'investissement exige à l'article 68 (2) (a), que la sûreté soit „legally robust and effective and enforceable“.

Par ailleurs, l'article 68.2. (a) renvoie à l'Annexe E-2 du document de travail de la Commission européenne qui, au 2e alinéa de la section 2.1.3.1. b) (*Legal certainty*), pose comme exigence que les „Institutions must have appropriate legal opinions confirming the enforceability of the collateral arrangements in all relevant jurisdictions. Institutions must further ensure that the analysis in these opinions remains current“.

Sous réserve naturellement des pouvoirs de la CSSF en la matière pour ce qui concerne les établissements soumis à sa surveillance, à qui seule reviendra la décision en la matière, il faut se poser la question si une sûreté constituée par un contrat fiduciaire dont l'extinction anticipée peut être demandée à tout moment pour motif grave, est une garantie valable au regard de la Partie IV, point 10 des circulaires CSSF 2000/10 et 2000/12 et répond aux exigences de la directive qui sera issue de l'article 68.2 (a) du document de travail de la Commission européenne. La même analyse sera effectuée par les autorités de surveillance des établissements de crédit étrangers bénéficiaires d'une fiducie-sûreté et la question se posera en des termes identiques. Ces autorités étrangères n'étant d'ailleurs pas obligées de suivre l'appréciation de la CSSF.

Dans le même ordre d'idées, si une réserve est insérée dans un avis juridique quant à la possibilité d'obtenir l'extinction anticipée de la fiducie-sûreté, ce qui entraînerait la perte de la garantie pour le bénéficiaire, est-ce que cet avis juridique obligatoire sera considéré comme inadéquat au regard des circulaires CSSF 2000/10 et 2001/12 et des exigences de l'Annexe E-2 du document de travail de la Commission européenne?

Au vu du but affirmé dans l'exposé des motifs de „consolider la fiducie par un renforcement de sa sécurité juridique tout en en élargissant les applications potentielles³⁵“, une application extrêmement réservée de la possibilité d'extinction anticipée du contrat fiduciaire, et notamment l'exigence que celle-ci ne peut être prononcée si elle lèse les intérêts des parties concernées, est essentielle à cette sécurité juridique.

En second lieu, dans grand nombre d'opérations, le fiduciaire est amené à conclure des contrats avec des tiers sur les actifs fiduciaires.

Si le contrat avec le tiers conclu par le fiduciaire ès-qualités prévoit que le fiduciaire n'a pas le droit de transférer l'actif fiduciaire ou n'a le droit que de le transférer à un autre fiduciaire, la banque anciennement fiduciaire sera maintenue dans les liens contractuels avec le tiers en cas d'extinction anticipée du contrat fiduciaire. Elle se trouvera donc propriétaire non fiduciaire avec cependant des obligations *sui generis* vis-à-vis de l'ancien fiduciaire.

34 Pour un aperçu de la législation anglaise: Riddall JG. *The Law of Trusts*, 2002 pp. 386 et suivantes

35 Doc. parl. 4721, p. 5

L'impact de cette nouvelle situation sur les fonds propres de la banque anciennement fiduciaire devra être clairement déterminée, alors que des actifs antérieurement détenus hors bilan dans le cadre du contrat fiduciaire seront après extinction détenus en propriété (non fiduciaire) (le contrat avec les tiers ne permettant pas le transfert) et donc au bilan. La banque devra-t-elle pour le calcul de ses besoins en fonds propres tenir compte de ces actifs et le cas échéant du risque? Pourra-t-elle intégralement compenser ces actifs avec son engagement vis-à-vis de l'ex-fiduciant et dans l'affirmative sur quelle base?

(ix) *La publicité de la qualité de fiduciaire pour certains biens*

Le règlement grand-ducal de 1983 ne distingue pas entre les différents biens qui peuvent être transférés en fiducie. Le projet de loi prévoit en ses articles 10 et 11 une obligation de publicité particulière pour les immeubles et pour les biens pour lesquels la qualité de propriétaire doit être inscrite sur un registre public.

Les articles 10 et 11 prévoient que la qualité de fiduciaire doit être indiquée lors de la transcription de droits immobiliers ou de l'inscription de la qualité de propriétaire sur un registre public (le registre public maritime, le registre des aéronefs et les registres de dépôt des brevets d'invention ou des dessins et modèles).

(x) *Les impôts indirects*

Le régime des impôts directs du contrat fiduciaire était déjà réglementé dans la législation luxembourgeoise par le § 11 du *Steueranpassungsgesetz*. Le droit des impôts directs distingue entre la propriété juridique et la propriété économique et c'est seulement cette dernière qui fait l'objet d'une imposition. Partant l'imposition des revenus des biens fiduciaires intervient uniquement au niveau du fiduciant³⁶.

L'article 12 du projet de loi comble la lacune existant au niveau des impôts indirects.

2. La Convention de La Haye du 1er juillet 1985

„La common law a fait du trust un des mécanismes majeurs des systèmes juridiques anglo-américains.“³⁷ Un auteur a même considéré que le trust „is to be qualified as the third pillar of English Law; it has place next to contract and ownership.“³⁸

Les possibilités d'application du trust sont virtuellement sans limites³⁹. Il serait faux de limiter le trust au seul monde des affaires. Ainsi, un orphelin peut être le bénéficiaire d'un *protective trust*, un trust peut être constitué pour gérer les biens d'un mineur ou en cas d'emprunt bancaire, le prêteur pourra exiger d'être *trustee*⁴⁰.

Cette variété dans le domaine d'application a comme conséquence une difficulté de définition du trust. „Aucune définition du trust ne semble avoir été acceptée comme complète et exacte.“⁴¹ La Convention ne contient d'ailleurs pas de définition du trust⁴², mais plutôt une description. „L'accord des délégués des Etats de *Common Law* n'a pu se faire que sur une description empirique qu'ils ont volontiers qualifiée de porte d'accès à la Convention (*the gateway to the Convention*).“⁴³

36 Hoss, op. cit., p. 1116

37 Hoss, op. cit., p. 1080

38 De Wulf: *The Trust and corresponding institutions in the Civil Law*. Edit. Bruylant, Bruxelles 1965 p. 165

39 „Universale Verwandbarkeit“ in. H. Coing: *Die Treuhandkraft privaten Rechtsgeschäfts*, München C.H. Beck 1973 p. 3

40 Beraudo, op. cit., p. 15, No 26

41 Justice Mayo, *Re Scott*, 1948, SASR 193

42 „Cette disposition peut apparaître comme une définition du trust. En réalité, l'article 2 veut simplement indiquer les caractéristiques que doit présenter une institution – qu'il s'agisse d'un trust d'un pays de *common law* ou d'une institution analogue d'un autre pays – pour tomber sous le coup de la Convention“ Von Overbeck, rapport explicatif, No 36, cité in doc. parl. 4721, p. 34; contra: „c'est bien d'une définition qu'il s'agit“ Jauffret-Spinosi, *La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (1er juillet 1985), JDI 1987, p.26

43 J.P. Beraudo, op.cit., p.218, No 377

Une définition descriptive du trust peut être la suivante:

„A trust is an equitable obligation binding a person (who is called *trustee*) to deal with property over which he has control (which is called the trust property) for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust) of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation.“⁴⁴

Le trust trouve son origine dans le Haut Moyen Age. „Mais l'essor du trust date bien entendu des croisades. L'histoire est bien connue: le preux chevalier qui partait combattre en Terre Sainte confiait ses avoirs à une „personne de confiance“ (le *trustee*) à charge pour ce dernier d'administrer et de gérer ces biens, et de les remettre le cas échéant aux personnes désignées au préalable par le preux chevalier.“⁴⁵ Le trust servait d'autre part aux congrégations religieuses à qui il était interdit de posséder des biens. Si une personne désirait faire une donation, il fallait la faire à une tierce personne qui la détenait „to the use of“, pour le compte de la congrégation⁴⁶.

Le développement du trust à partir de ces „uses“ n'a été possible que grâce au dualisme du droit anglais qui distingue entre la common law et l'equity.

Ainsi, le trust distingue entre le „legal ownership“ qui est accordé au *trustee* et le „equitable ownership“ qui est accordé au bénéficiaire. „Parce qu'il est titulaire d'un droit de propriété, le bénéficiaire peut obliger le *trustee*, qui ne s'est pas engagé envers lui, à remplir les obligations mises à sa charge par l'acte de trust ou la loi. Pour le même motif, il peut exercer un droit de suite sur les biens du trust contre toute personne qui les détiendrait dans des conditions que la loi ne protège pas.“⁴⁷ En cas de conflit entre ces deux types de propriété, le „equitable ownership“ prévaut sur le „legal ownership“.

„Mais le trust est plus qu'une division du droit de propriété. La permanence des relations entre le *trustee* et le bénéficiaire à qui il doit rendre compte, les obligations de faire qui pèsent sur lui, les prérogatives qui lui sont conférées le rapprochent d'un tuteur. Nous sommes donc loin de la division civiliste entre nue-propriété et usufruit à laquelle chaque titulaire de droit peut mettre fin.“⁴⁸

Ceci explique les difficultés d'implantation du trust dans des systèmes juridiques qui ne relèvent pas de la common law⁴⁹.

Il n'est pas possible de constituer un trust en droit luxembourgeois. Cette situation ne changera pas avec la ratification de la Convention par le Luxembourg.

Cependant un arrêt de la Cour d'appel du 22 mai 1996⁵⁰ distingue entre la constitution d'un trust au Luxembourg – prohibée – et la reconnaissance des effets d'un trust au Luxembourg. Un trust peut être reconnu au Luxembourg, à condition que ce trust ait été constitué dans un Etat qui en reconnaît la validité et que cette reconnaissance n'implique pas „la reconnaissance sur un bien situé au Luxembourg d'un droit réel ignoré par la loi luxembourgeoise“.

La Convention, en ce qu'elle fixe les règles permettant de déterminer la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, facilitera le rattachement d'un trust à la loi d'un Etat déterminé. Les conflits de juridiction ne sont pas visés par la Convention et relèvent soit du règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000⁵¹, soit du droit international privé luxembourgeois.

Relevons que le trust naissant d'une déclaration unilatérale du constituant du trust, a été exclu du champ d'application de la Convention de Rome du 19 juin 1980⁵².

44 Underhill: Law relating to trust and *trustees* 12. édit. Oerton London 1970 p. 3 cit. par H. Coing, op. cit. p. 4

45 Minne, Le trust, instrument de planification „globale“, L'Echo 7 mai 2003, p. 14

46 H. Coing, op. cit., p. 5

47 Béraudo, op. cit., pp. 8 à 9, No 18

48 Béraudo, op. cit., p. 9, No 19

49 Il existe au moins deux „pays“ de droit civil qui ont adopté une législation sur les trusts: le Québec et la Louisiane. Il est vrai que ces deux Etats font partie d'un cadre juridique et politique anglo-américain, ce qui a sans doute facilité et hâté une pareille transposition.

50 Banque et Droit No 26, p. 47, note Kinsch

51 Article 5, paragraphe 6), règlement entré en vigueur le 1er mars 2002, JOCE du 16 janvier 2001, L12/1

52 Article 1er, paragraphe 2, lettre g)

La reconnaissance d'un trust au Luxembourg en vertu de la Convention ne fait pas disparaître la spécificité d'un tel trust résultant du démembrement de la titularité des droits inconnue par notre droit civil, et incompatible avec lui. C'est pourquoi l'article 2, paragraphe (1) du projet de loi précise que, pour l'application de la Convention au Luxembourg, le *trustee* est assimilé à un propriétaire. Sous réserve du principe du patrimoine d'affectation, prévu à l'article 11 de la Convention, „le *trustee* peut accéder à toutes les prérogatives (et subir toutes les charges) d'un propriétaire“ avec pour seules limites celles imposées par la loi du trust et par l'acte de constitution⁵³.

Est-ce que la fiducie organisée par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 ou par la loi à venir tombe dans le champ d'application de la Convention?

De prime abord, la fiducie semble n'avoir aucun lien avec la Convention, puisque celle-ci ne vise, d'après son intitulé, que la détermination de la loi applicable au trust et à la reconnaissance d'un tel trust dans les Etats signataires dont les systèmes juridiques ignorent cette institution.

Ceci d'autant plus que lors des travaux préparatoires de la Convention seuls les trusts institués par les pays de common law ont été envisagés⁵⁴.

La Convention vise à „jeter des ponts entre pays de common law et pays de civil law“⁵⁵. Ce pont ne doit pas être à sens unique. Il existe en effet dans un certain nombre de pays de civil law des institutions structurellement analogues au trust, mais dont les caractéristiques ne reprennent pas l'ensemble des traits caractéristiques des trusts anglo-saxons.

„Le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de common law, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications.“⁵⁶ Si ces institutions analogues au trust répondent aux critères d'un trust qui figurent dans la Convention, elles tombent dans le champ d'application de celle-ci⁵⁷. De toute façon, aucune disposition de la Convention n'exclut expressément de son champ d'application les institutions analogues au trust.

L'article 2 de la Convention dispose que

„Aux fins de la présente Convention, le terme „trust“ vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;
- c) 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.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence du trust.“

Cet article 2 ne constitue pas une définition du trust⁵⁸, mais plutôt une description, dans la mesure où il n'existe pas de définition unique, universelle et officielle de cette institution⁵⁹. Le concept de trust tel qu'il est utilisé par la Convention doit se limiter à la Convention.

53 Doc. parl. 4721, p. 9

54 Jauffret-Spinosi, La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985), JDI 1987, p. 38

55 Von Overbeck, Rapport explicatif, No 12, cité in doc. parl. 4721, p. 30

56 Convention, préambule

57 Gaillard, Trautman, La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, Rev. crit. DIP, 1986, p. 10; doc. parl. 4721, p. 3

58 „Cette disposition peut apparaître comme une définition du trust. En réalité, l'article 2 veut simplement indiquer les caractéristiques que doit présenter une institution – qu'il s'agisse d'un trust d'un pays de *common law* ou d'une institution analogue d'un autre pays – pour tomber sous le coup de la Convention“ Von Overbeck, op. cit., No 36, cité in doc. parl. 4721, p. 34; contra: „c'est bien d'une définition qu'il s'agit“ Jauffret-Spinosi, op. cit., p. 26.

59 Beraudo, op. cit., p. 16, No 29

Pour que la fiducie luxembourgeoise relève du champ d'application de la Convention, il faut qu'elle réponde aux critères suivants.

En premier lieu, le trust, au sens de la Convention, exige que des relations juridiques aient été initiées par le constituant qui transfère des biens lui appartenant au *trustee* pour être placés sous le contrôle de ce *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le transfert des biens du constituant au *trustee* se retrouve également dans la fiducie. L'article 5 de la loi régissant le contrat fiduciaire précise à cet égard que le fiduciaire, appelé *trustee* dans la Convention, „devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire“.

L'article 2 ne mentionne pas la dualité des droits de propriété⁶⁰ pour caractériser un trust au sens de la Convention. L'accent est mis sur le transfert des biens. Si la Convention avait fait de cette dualité des droits de propriété un trait caractéristique d'un trust, la fiducie luxembourgeoise aurait certainement été écartée de son champ d'application, puisque le droit luxembourgeois ignore cette dualité des droits de propriété.

Le rapport explicatif de la Convention rédigé par Monsieur von Overbeck précise que les termes „lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee*“ signifient que le transfert des biens „est une condition préliminaire à la création du trust“⁶¹. Ce transfert de propriété peut aussi être concomitant et résulter du contrat de fiducie. Il n'est pas obligatoire qu'il y ait transfert de propriété de l'actif fiduciaire du fiduciaire au fiduciaire préalablement à la conclusion du contrat fiduciaire.

Le fait que l'article 4 de la loi limite les personnes pouvant conclure un contrat fiduciaire en qualité de fiduciaire n'a aucune répercussion sur l'applicabilité de la Convention à la fiducie.

En deuxième lieu, les biens du trust doivent constituer une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*. Cette idée se retrouve également à l'article 11, alinéa 2, de la Convention qui dispose que „la reconnaissance [du trust] implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* (...)“.

Tant l'article 3 du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 que l'article 6 du projet exigent une autonomie patrimoniale en ce que le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et échappe aux créanciers personnels de celui-ci, même en cas de faillite ou de liquidation du fiduciaire ou d'autre situation de concours entre créanciers personnels du fiduciaire. „Le fiduciaire doit comptabiliser le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine personnel et des autres patrimoines fiduciaires.“⁶²

En troisième lieu, „le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*“⁶³. Cette condition est à lire en combinaison avec l'obligation de l'autonomie patrimoniale. Le *trustee* – fiduciaire doit avoir un titre sur les biens composant le patrimoine fiduciaire.

La définition du contrat fiduciaire reprise à l'article 5 du projet de loi relève bien que le fiduciaire devient propriétaire des biens qui lui sont transférés. Un titre de propriété lui est donc établi.

La quatrième caractéristique requise par la Convention découle des droits du *trustee* sur les biens et concerne les droits et obligations du *trustee*. Celui-ci doit pouvoir „administrer, gérer ou disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi“.

Les limites de ces *fiduciary duties* du *trustee* sont, d'une part, les termes du trust et, d'autre part, les dispositions légales applicables au *trustee*. Le *trustee* doit rendre compte de l'exécution de ses droits et obligations.

Il ne paraît guère contestable que le fiduciaire se situe dans ce cadre. Le fiduciaire, en tant que propriétaire du patrimoine fiduciaire, a le pouvoir d'administration, de gestion et de disposition sur les biens composant le patrimoine fiduciaire, sous réserve naturellement qu'il doit respecter les stipulations du contrat fiduciaire et les dispositions légales qui lui sont applicables. Dans la mesure où dans les relations entre le fiduciaire et le fiduciaire, les règles du mandat s'appliquent, sauf dérogations contractuelles ou légales, l'obligation de rendre compte est en principe également satisfaite par une structure fiduciaire de droit luxembourgeois.

60 Le „*legal ownership*“ dans le chef du *trustee* et le „*equitable ownership*“ dont le bénéficiaire du trust est titulaire.

61 Rapport, No 43, doc. parl. 4721, p. 35

62 Projet de loi, article 6, paragraphe (2)

63 Convention, article 2, alinéa 2, lettre b)

Finally, the fifth obligation that the Luxembourgish fiduciary must encounter is found in article 3 of the Convention which provides that it „ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit“.

The unilaterality of the institution of the trust and which, among others, the differentiation of the fiduciary is not taken up in the Convention. A trust in the sense of the Convention can, but must not, result from a unilateral declaration of the constituent. But in any case it must be that the trust has been created voluntarily, that is to say that it does not result from a decision of justice or from a legal obligation.

The fiduciary, whether it is governed by the Grand-Ducal Regulation of 19 July 1983 or by the new law on contracts of fiduciary nature, falls within the scope of application of the Convention. The use throughout the Convention of the expression of „trustee“, therefore of a term used in the countries of *common law* and unknown as such in the legal systems of *civil law* cannot contradict this conclusion, in the measure that, as we have seen, article 2 of the Convention refers to the trust „aux fins de la présente Convention“.

The inclusion of the Luxembourgish fiduciary in the scope of application of the Convention will allow this institution to be recognized as a trust in the sense of the Convention in all the States that have ratified it.

*

III. COMMENTAIRE DES ARTICLES

The legal Commission has taken up most of the proposals for modification made by the Council of State and has made its reasons known to the Council of State in support of its proposals. It even went so far as to oppose formally the Council of State at the point of article 10 of the initial bill.

The legal Commission has not, however, taken up the proposals of the Council of State formulated at the point of articles 14 and 16 (which became after the deletion of article 10 of the initial bill, articles 13 and 15).

– Article 13 (anciennement l'article 14)

Article 13 of the bill provides for the abrogation of the Grand-Ducal Regulation of 1983. Arguing the principle of parallelism of forms, the Council of State has demanded the deletion of this provision, so that a Grand-Ducal Regulation cannot be abrogated by another Grand-Ducal Regulation.

The legal Commission has decided to maintain article 13 in its form. In effect, the Grand-Ducal Regulation of 1983 has been taken on the basis of a law of habilitation of 24 December 1982. It has already been modified by the law of 29 April 1999, which has abrogated article 4 of the Grand-Ducal Regulation.

– Article 15 (anciennement l'article 16)

Article 15 constitutes a provision of transitional law regarding the effects of the law to come on contracts of fiduciary nature in progress, that is to say concluded before its entry into force under the regime of the Grand-Ducal Regulation of 1983. The new law will apply to the future effects of such contracts of fiduciary nature within 6 months of the publication of the law, unless the contrary intention of the contracting parties.

„Dans l'intérêt de la protection des tiers⁶⁴ qui n'ont aucune influence sur un tel choix des parties“, the Council of State has proposed to suppress any possibility of option and to continue to make the contracts of fiduciary nature in progress governed by the Grand-Ducal Regulation of 1983 under the empire of which they were concluded.

The legal Commission has not followed the Council of State. It estimates that the initial text of the bill favors a rapid transition to the new regime of the fiduciary.

The Commission has, however, taken up the modification of the title of this article advanced by the Council of State.

Finally it is worth pointing out that the legal Commission has amended article 12, paragraph 4, of the bill so that it should read „suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciaire“, instead of „suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciaire“. This amendment has been approved by the Council of State in its complementary opinion.

*

⁶⁴ Cette protection des tiers, donc de personnes qui ne sont pas parties au contrat fiduciaire, pourrait aussi justifier la suppression pure et simple de l'article 7, paragraphe (6) du projet de loi.

Compte tenu des remarques qui précèdent, la Commission juridique en sa majorité invite la Chambre des Députés à voter le projet de loi 4721 dans la teneur suivante:

*

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, et
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

TITRE I

De la loi applicable au trust et de sa reconnaissance

Art. 1. Approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985

Est approuvée la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye, le 1er juillet 1985.

Art. 2. Situation générale du trustee

(1) Pour la mise en oeuvre de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, quant aux biens faisant l'objet d'un trust et situés au Luxembourg, la situation du *trustee* est déterminée par référence à celle d'un propriétaire.

(2) La référence à la situation d'un propriétaire ne préjudicie pas au principe de séparation entre le patrimoine formé par les biens du trust et le patrimoine constitué par les biens personnels du *trustee*, conformément à l'article 11 de la Convention du 1er juillet 1985.

Art. 3. Déclaration et réserves

Lors du dépôt des instruments de ratification, le Grand-Duché de Luxembourg fera les déclarations et réserves suivantes:

Le Gouvernement luxembourgeois déclare, conformément à l'article 16, alinéa 3 de la Convention, que le Luxembourg n'appliquera pas son article 16, alinéa 2.

Le Gouvernement luxembourgeois déclare, conformément à l'article 20 de la Convention, que les dispositions de celle-ci sont étendues au trust créé par une décision de justice.

TITRE II

Des contrats fiduciaires

Art. 4. Champ d'application

Le présent titre ne s'applique qu'aux contrats fiduciaires dans lesquels le fiduciaire est un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société d'investissement à capital variable ou fixe, une société de titrisation, une société de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurance ou de réassurance ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier.

Art. 5. Définition

Un contrat fiduciaire au sens du présent titre est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire.

Art. 6. Autonomie patrimoniale

(1) Le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire. Les biens qui le composent ne peuvent être saisis que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire. Ils ne font pas partie du patrimoine personnel du

fiduciaire en cas de liquidation ou de faillite de celui-ci ou de toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels.

(2) Le fiduciaire doit comptabiliser le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine personnel et des autres patrimoines fiduciaires.

Art. 7. Relations entre fiduciant et fiduciaire

(1) Les règles du mandat, à l'exclusion de celles reposant sur la représentation, sont applicables aux relations entre le fiduciant et le fiduciaire dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent titre ou par la volonté des parties.

(2) Ni le fiduciant, ni les tiers, même s'ils ont connaissance du contrat fiduciaire, ne peuvent s'en prévaloir pour créer un lien direct entre eux.

(3) Les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux tiers qui en ont connaissance, sans préjudice des règles d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens faisant partie du patrimoine fiduciaire.

(4) Le fiduciant peut renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire.

(5) Sauf convention contraire, ni le fiduciant, ni le fiduciaire ne peuvent mettre fin unilatéralement au contrat fiduciaire conclu pour une durée déterminée.

(6) Le fiduciant, le fiduciaire ou un tiers bénéficiaire du contrat fiduciaire peuvent demander en justice, pour motifs graves, le remplacement provisoire ou définitif du fiduciaire ou l'extinction anticipée du contrat fiduciaire.

Art. 8. Fiducie conclue à des fins de garantie

(1) Le contrat fiduciaire peut être conclu pour garantir des créances nées ou à naître. Les parties peuvent convenir que le patrimoine fiduciaire évoluera en fonction des engagements garantis ou d'autres facteurs de leur choix.

(2) Est nulle toute stipulation ayant pour objet ou pour effet de dispenser le fiduciaire de verser au fiduciant ou au tiers bénéficiaire le solde net résultant de la différence entre la valeur, au jour de la réalisation, des biens constituant la garantie et le montant des créances garanties.

Art. 9. Preuve et opposabilité aux tiers

(1) La preuve du contrat fiduciaire doit être rapportée par écrit.

(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.

(3) Le transfert fiduciaire de créances est opposable aux tiers dès sa conclusion. Néanmoins, le débiteur se libère valablement entre les mains du fiduciant tant qu'il n'a pas connaissance du transfert.

TITRE III

Dispositions complémentaires, fiscales et abrogatoires

Art. 10. Modification de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

Après le dernier alinéa de l'article 1er de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers est ajouté l'alinéa suivant:

„Lorsqu'un acte transfère la propriété, constitue, transfère, modifie ou éteint un droit qui doit être transcrit sur un immeuble inclus dans un patrimoine fiduciaire ou un trust relevant de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1er juillet 1985 ou destiné à intégrer un tel patrimoine fiduciaire ou trust, la transcription s'accompagne respectivement de la mention „fiduciaire“ ou „trustee“.“

Art. 11. Inscription

Dans tout registre public sur lequel est inscrite la qualité de propriétaire, pour quelque cause et à quelque occasion que ce soit, le fiduciaire et le *trustee* doivent demander que soit mentionnée leur qualité, après l'indication de celle de propriétaire.

Art. 12. Enregistrement et droits de succession

(1) La conclusion et la modification d'un contrat fiduciaire ainsi que les actes constitutifs ou modificatifs d'un trust relevant de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1er juillet 1985 ne sont pas soumis aux formalités de l'enregistrement, même lorsqu'il en est fait usage, par acte public, en justice ou devant toute autre autorité constituée, toutes les fois qu'ils n'affectent pas un immeuble situé au Luxembourg, des aéronefs, des navires ou des bateaux de navigation intérieure immatriculés au Luxembourg ou des droits devant être transcrits, immatriculés ou enregistrés portant sur un tel bien. Toutefois ils peuvent être présentés à la formalité de l'enregistrement.

(2) L'enregistrement, aux fins de transcription, des actes transférant à un *trustee* la propriété d'un immeuble situé au Luxembourg ou ceux constituant, transférant ou modifiant à son profit un droit devant être transcrit sur un tel immeuble n'est soumis à aucun délai, lorsque ces actes ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi. Il en est de même pour l'enregistrement, aux fins d'immatriculation, des actes transférant à un *trustee* la propriété d'un aéronef, d'un navire ou d'un bateau de navigation intérieure et de ceux constituant, transférant ou modifiant à son profit un droit réel sur un tel bien.

(3) La conclusion et la modification d'un contrat fiduciaire ainsi que les actes constitutifs ou modificatifs d'un trust, portant sur des biens ou des droits que le fiduciaire ou le *trustee* ne doivent pas conserver plus de trente ans, sont soumis au droit fixe lorsqu'ils sont présentés à la formalité de l'enregistrement. Il en est de même des actes assurant le retour des biens ou droits au fiduciant ou au constituant dans ce délai.

Au cas où le contrat fiduciaire ou le trust ont été enregistrés au droit fixe, l'attribution définitive au fiduciaire ou au *trustee*, en cours ou à l'issue du contrat fiduciaire ou du trust, des biens ou des droits qui leur ont été transférés doit être enregistrée, à la demande du fiduciaire ou du *trustee*, dans les conditions du droit commun.

(4) En cas de transfert, à titre gratuit, d'un bien ou d'un droit par un fiduciaire ou un *trustee* à un tiers bénéficiaire, les droits de donation seront dus suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciant ou le constituant. Il en est de même pour le calcul des droits de succession et des droits de mutation par décès.

Art. 13. Abrogation du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983

Le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires est abrogé.

Art. 14. Intitulé de la loi

La référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de „loi du...relative au trust et aux contrats fiduciaires“.

Art. 15. Disposition transitoire

Sauf volonté contraire des parties, exprimée par écrit dans les six mois de la publication de la présente loi au Mémorial, celle-ci s'applique aux effets futurs des contrats fiduciaires conclus avant son entrée en vigueur, sous l'empire du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983.

Luxembourg, le 25 juin 2003

Le Rapporteur,
Patrick SANTER

Le Président,
Laurent MOSAR

