

**N° 7567<sup>3</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2019-2020

**PROJET DE LOI****relative aux garanties professionnelles de paiement**

\* \* \*

**RAPPORT DE LA COMMISSION DES FINANCES  
ET DU BUDGET**

(26.6.2020)

La Commission se compose de : M. André BAULER, Président, M. Guy ARENDT, Rapporteur ; MM. Gilles BAUM, François BENOY, Dan BIANCALANA, Sven CLEMENT, Georges ENGEL, Gast GIBERYEN, Claude HAAGEN, Mme Martine HANSEN, Mme Josée LORSCHÉ, MM. Laurent MOSAR, Gilles ROTH, Claude WISELER et Michel WOLTER, Membres

\*

**1. ANTECEDENTS**

Le projet de loi n°7567 a été déposé par le Ministre des Finances le 22 avril 2020.

Le projet de loi a été présenté à la Commission des Finances et du Budget (COFIBU) au cours de la réunion du 27 avril 2020. M. Guy Arendt a été désigné rapporteur du projet de loi au cours de cette même réunion.

L'avis de Chambre de commerce date du 28 avril 2020.

Le Conseil d'Etat a émis son avis le 16 juin 2020.

La COFIBU a procédé à l'examen de l'avis du Conseil d'Etat au cours de la réunion du 26 juin 2020.

Le projet de rapport a été adopté au cours de cette même réunion.

\*

**2. OBJET DU PROJET DE LOI**

Le présent projet de loi entend introduire un régime spécial pour les sûretés personnelles octroyées dans un contexte professionnel, dénommé « garanties professionnelles de paiement ».

**Considérations générales**

Il est visé de mettre en place, à côté du cautionnement et de la garantie autonome, un nouveau type de sûretés personnelles appelées « garanties professionnelles de paiement », qui permet d'allier à la fois une grande liberté contractuelle et la sécurité juridique à l'instar de ce que fait la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière dans le domaine des principales sûretés réelles mobilières utilisées dans les opérations financières.

Ladite loi de 2005 a connu un large succès et est devenue un élément important de l'attractivité du droit luxembourgeois dans le cadre des opérations financières internationales, notamment grâce à une grande liberté laissée aux parties pour organiser leurs relations et le fonctionnement de leurs sûretés. Toutefois, le champ d'application de ladite loi de 2005 se limite uniquement aux sûretés réelles.

Les sûretés personnelles représentent un outil important dans les opérations financières, notamment en matière de gestion du risque de crédit, de refinancement ou de soutien au financement.

En matière de sûretés personnelles, le droit luxembourgeois connaît principalement, mais pas exclusivement, le cautionnement, qui trouve sa source dans les articles 2011 et suivants du Code civil, et la garantie autonome, issue de la jurisprudence depuis les années 1980.

Cependant, ces deux types de sûretés personnelles ne répondent plus à tous les besoins de la pratique, amenant les parties à devoir apporter des adaptations par rapport à ces deux types de sûretés, ce qui engendre des risques de requalification et d'insécurité juridique.

Partant, le présent projet de loi vise à étoffer la panoplie des sûretés personnelles par la garantie professionnelle de paiement, qui permet de combiner une plus large liberté contractuelle tout en renforçant la sécurité juridique.

Le présent projet de loi prévoit une application du régime des garanties professionnelles de paiement de manière optionnelle, c'est-à-dire, qu'il est exigé que les parties se réfèrent expressément à la loi en projet dans leur instrument.

Les garanties professionnelles de paiement permettront le recours au droit luxembourgeois non seulement dans des transactions luxembourgeoises, mais permettront également un rayonnement international du droit luxembourgeois, contribuant ainsi à la réputation du droit luxembourgeois du crédit comme un droit moderne, adapté aux besoins des transactions financières et commerciales et permettant aux parties de façonner leurs relations selon leurs besoins en toute sécurité juridique.

\*

Pour tout détail complémentaire, il est renvoyé au commentaire des articles.

\*

### 3. LES AVIS

#### Avis du Conseil d'Etat

Dans son avis du 16 juin 2020, le Conseil d'État accueille favorablement la création d'un cadre juridique pour une nouvelle catégorie de sûretés personnelles.

La Haute Corporation rejoint la Chambre de commerce quant à ses interrogations en relation avec « *la possibilité pour certaines formes de sociétés n'ayant pas de personnalité juridique distinctes de celle des associés, telles que les sociétés en commandite spéciales, de pouvoir conclure une garantie professionnelle de paiement* ».

Le Conseil d'État demande la suppression de l'alinéa 2 de l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>.

Finalement, le Conseil d'État ne peut pas approuver le paragraphe 2 de l'article 3, du projet de loi initial, qui exclut expressément les garants agissant en tant que personne physique. Selon le Conseil d'État, le commentaire des articles ne permet pas de motiver cette exclusion. Partant, la Haute Corporation propose d'omettre le paragraphe 2, et à défaut réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

#### Avis de la Chambre de commerce

La Chambre de commerce a émis son avis le 28 avril 2020.

Elle accueille très favorablement l'introduction des garanties professionnelles de paiement au sein de la législation nationale, qui permettra, d'une part, de simplifier la mise en œuvre des mesures d'aides en faveur des entreprises en difficulté temporaires suite à la pandémie de Covid-19, et d'autre part, d'apporter un atout supplémentaire pour la place financière luxembourgeoise pour les opérations financières internationales.

La Chambre de commerce se félicite que le projet de loi tel que déposé à la Chambre des Députés entend protéger les garants personnes physiques étant donné que les dispositions visées par le présent projet de loi excluent explicitement ces personnes. Toutefois, elle se demande si certaines formes de sociétés qui n'ont pas de personnalité juridique distincte de celle des associés sont visées par le projet de loi.

En sus, la Chambre de commerce demande de reformuler l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, du projet de loi initial afin d'éviter tout risque de requalification de la garantie par le juge et propose, afin d'aug-

menter la sécurité juridique, de modifier l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du projet de loi comme suit : « (1) La présente loi s'applique uniquement si les parties ont expressément convenu de soumettre la garantie professionnelle de paiement à la présente loi ».

\*

Pour tout détail et toute observation complémentaire, il est renvoyé aux avis respectifs.

\*

#### 4. COMMENTAIRE DES ARTICLES

##### *Article 1<sup>er</sup>*

L'article 1<sup>er</sup> définit certains termes qui sont utilisés dans le cadre du présent projet de loi. Les définitions de « mesures d'assainissement » et de « procédure de liquidation » sont alignées sur celles figurant à l'article 1<sup>er</sup>, points 9 et 11, de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

L'article 1<sup>er</sup> n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État quant au fond. D'un point de vue légistique, le Conseil d'Etat signale que les définitions sont à regrouper en un seul article, placé au début du dispositif. Partant, il y a lieu, selon lui, de reprendre la définition figurant sous l'article 2 sous l'article 1<sup>er</sup>, en écrivant :

« **Art. 1<sup>er</sup>.** Aux fins de la présente loi, on entend par :

- 1° « garantie professionnelle de paiement » : ... ;
- 2° « mesures d'assainissements » : ... ;
- 3° « procédure de liquidation » : ... ».

En procédant de cette manière, les articles 3 et 4 sont à renuméroter en articles 2 et 3.

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation légistique du Conseil d'Etat et de maintenir le libellé de l'article 2.

##### *Article 2*

L'article 2 introduit la notion de garantie professionnelle de paiement au sens de la présente loi en projet.

Celle-ci est basée sur des notions fonctionnelles d'une sûreté personnelle en précisant les différents éléments qui la caractérisent, à savoir (i) un engagement pris par une personne (le garant), (ii) envers un bénéficiaire (iii) de payer un montant déterminé selon les modalités convenues, en relation avec une ou plusieurs créances ou les risques associés à de telles créances.

Elle précise que les parties peuvent stipuler que le paiement peut se faire sur demande du bénéficiaire ou d'un tiers convenu.

L'article 2 contient encore un renvoi aux modalités convenues entre parties, démontrant ainsi la large place laissée à la liberté contractuelle. Les parties peuvent ainsi prévoir l'objet et les modalités de fonctionnement de la garantie selon leurs besoins, sous réserve du respect des règles impératives ou d'ordre public applicables.

L'objectif de cet article n'est donc pas d'introduire une disposition délimitant le champ d'application de manière stricte sur base de certaines caractéristiques obligatoires pour l'application de la loi. Ce qui conditionne en effet l'application de la présente loi en projet est la référence expresse qu'y feront les parties (voir article 3). De cette manière, il sera possible d'éviter des incertitudes sur l'application de la loi qui seraient contraires à l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité recherché.

La garantie professionnelle de paiement pourra s'appliquer à toutes sortes de créances et de risques y associés, en laissant un large champ à la volonté des parties. Ainsi, et sans exhaustivité, pourront être garanties des obligations de payer ou de livrer des instruments financiers ou d'autres actifs, des créances présentes ou futures, voire même éventuelles ou hypothétiques. Pourront encore être garantis, à nouveau sans exhaustivité, des risques associés à tous ces types de créances, qu'elles soient déterminées ou déterminables, qu'elles soient visées individuellement ou par référence à un portefeuille, que la composition du portefeuille soit stable à travers le temps ou soumis à modification. La loi en projet

laisse une large liberté aux parties, avec la seule exigence, en ligne avec les principes généraux du droit des obligations, que l'objet de la garantie soit déterminé ou déterminable et qu'il soit conforme à l'ordre public.

Le Conseil d'Etat constate que l'article sous rubrique définit la garantie professionnelle de paiement. Il s'agit de « l'engagement par lequel une personne, le garant, s'oblige envers un bénéficiaire à payer, sur demande du bénéficiaire ou d'un tiers convenu, une somme déterminée selon les modalités convenues, en relation avec une ou des créances, ou les risques associés à celles-ci ».

Le Conseil d'Etat note que la Chambre de commerce s'interroge, à juste titre, sur « la possibilité pour certaines formes de sociétés n'ayant pas de personnalité juridique distincte de celle des associés, telles que les sociétés en commandite spéciales, de pouvoir conclure une garantie professionnelle de paiement ».

La notion de « créance » n'est pas autrement précisée. Elle englobe toute créance quelle qu'en soit la nature ou l'origine, privée ou professionnelle. La référence faite à l'article 4, paragraphe 6, à la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement, qui s'applique aux personnes physiques domiciliées au Luxembourg au regard de leurs dettes non professionnelles exigibles et à échoir ainsi qu'aux engagements qu'elles ont donnés de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'elles n'en ont pas été, en fait ou en droit, dirigeants, corrobore la lecture selon laquelle des créances liées à des activités non professionnelles peuvent faire l'objet d'une garantie professionnelle de paiement.

Selon la Commission des Finances et du Budget, il est vrai que les créances pouvant faire l'objet d'une garantie professionnelle de paiement ne sont pas nécessairement de nature professionnelle, mais peuvent également être de nature privée. La qualification « professionnelle » a pour vocation de viser le garant agissant dans son cadre professionnel.

Quant à la remarque de la Chambre de commerce relativement aux formes de sociétés n'ayant pas de personnalité juridique distincte de celle des associés, il est renvoyé au commentaire de l'article 3, paragraphe 2, qui précise justement que pourront donner des garanties professionnelles de paiement notamment les sociétés (y compris celles n'ayant pas de personnalité juridique), les fonds communs de placement (FCP) et autres formes basées sur une notion d'indivision ou de copropriété, ainsi que les États et institutions publiques et les institutions internationales ou européennes.

### *Article 3*

Pour que la présente loi en projet s'applique à un instrument de garantie (et que cette garantie constitue une garantie professionnelle de paiement), l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, impose aux parties (ou au garant dans le cas d'un acte unilatéral) d'inclure dans l'instrument une référence expresse à la loi. Ceci impose aux parties (ou au garant dans le cas d'un acte unilatéral) de déclarer leur volonté explicite dans l'instrument de garantie de soumettre celui-ci à la présente loi en projet.

Cette exigence évite aussi une application non voulue de la loi en projet, de nouveau dans le respect des attentes des parties. Il est loisible aux parties d'établir des instruments de garantie en dehors de la présente loi en projet, comme c'est déjà le cas aujourd'hui, celle-ci n'étant pas exclusive de la liberté contractuelle générale prévue par l'article 1134 du Code civil. Ainsi, outre l'utilisation du cautionnement des articles 2011 et suivants du Code civil, le recours à une garantie autonome ou à première demande, institution reconnue par la jurisprudence luxembourgeoise depuis des décennies, reste entièrement possible, sans que la présente loi en projet ne s'y applique. De même, les parties pourraient choisir d'utiliser le mécanisme d'une garantie indemnitaire, ou l'une des autres institutions fonctionnellement comparables telles que des lettres d'intention ou de patronage ou le porte-fort. L'objectif du présent projet de loi n'est ainsi pas d'exclure ou de limiter de quelque manière que ce soit des institutions existantes ou créées par les parties en vertu de la liberté contractuelle, mais d'instituer un régime électif que les parties peuvent choisir dans un souci de sécurité juridique accrue. Il est entendu que si les parties ne se réfèrent pas à la loi en projet, le juge devra qualifier l'institution (et déterminer le régime applicable) en fonction des éléments caractéristiques de la convention entre parties.

La référence à la loi en projet implique également que la garantie sera régie par le droit luxembourgeois, et ce, que les parties l'y soumettent expressément par une clause de choix de loi, soit qu'elles fassent seulement l'élection de l'application de cette nouvelle loi par une référence expresse.

Les garanties professionnelles de paiement visées par la loi en projet seront la plupart du temps des actes de commerce soumis aux règles de preuve de l'article 109 du Code de commerce.

A des fins de sécurité juridique, et au vu de l'exigence d'une référence expresse à la présente loi en projet, il a été retenu d'adopter un régime similaire à celui figurant à l'article 2, paragraphe 2, de la loi modifiée du 5 août de 2005 sur les contrats de garantie financière. Ainsi, la garantie professionnelle de paiement devra pouvoir être attestée par écrit, cet écrit pouvant être sous forme électronique ou tout autre support durable.

Rien n'empêchera par ailleurs les parties de soumettre à la présente loi en projet, après son entrée en vigueur, des contrats de garantie conclus antérieurement en y ajoutant par amendement ou désignation d'une autre manière la référence à la loi. Des garanties conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du présent projet de loi ne pourront pas être sujettes à la présente loi en projet sans une telle référence.

Le Conseil d'Etat constate que l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, dispose que la loi en projet ne s'applique à une garantie professionnelle de paiement que « s'il est fait une référence expresse à la présente loi » dans ladite garantie. Dans son avis, la Chambre de commerce propose de remplacer cette formulation par « si les parties ont expressément convenu de soumettre la garantie professionnelle de paiement à la présente loi ». Le Conseil d'Etat marque sa préférence pour le texte de la Chambre de commerce, mais, afin d'éviter la répétition des termes « de la présente loi », il propose que le paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, soit rédigé de la manière suivante :

« La présente loi s'applique uniquement si les parties ont expressément convenu d'y soumettre la garantie professionnelle de paiement à la présente loi. »

La Commission des Finances et du Budget décide de procéder aux modifications de l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, proposées par le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat tient à souligner que la référence à la future loi n'assure pas nécessairement que celle-ci s'applique à un contrat de garantie professionnelle de paiement. Si les exigences, certes peu nombreuses, requises par la loi à venir ne sont pas satisfaites, il appartiendra au juge le cas échéant de procéder à une requalification du contrat<sup>1</sup>. Ainsi, à supposer qu'il soit maintenu (cf. infra), le paragraphe 2 de l'article 3 interdit à une personne physique d'être un garant et une garantie professionnelle de paiement, bien que soumise expressément à la future loi, conclue avec une personne physique en tant que garant devra être requalifiée soit en cautionnement, soit en garantie autonome.

Les parties à un contrat existant peuvent tout à fait décider en cours de contrat, même conclu avant l'entrée en vigueur de la loi en projet, de le soumettre à cette dernière.

Aux termes de l'alinéa 2 du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article sous examen, « la garantie professionnelle de paiement doit pouvoir être attestée par écrit. L'écrit peut être sous forme électronique ou tout autre support durable ».

Les auteurs du projet de loi se réfèrent à l'article 2, paragraphe 2, de la loi précitée du 5 août 2005. Aux termes de cette dernière, « la constitution de la garantie financière doit pouvoir être attestée par écrit ». La « constitution » de la garantie financière est précisée au paragraphe 3 de l'article 2 de la loi précitée du 5 août 2005. La situation est différente en l'espèce.

L'alinéa 2 du paragraphe 1<sup>er</sup> n'aurait de sens que si, dans la première phrase de cet alinéa, les termes « garantie professionnelle de paiement » visent la garantie comme *negotium*. La complication vient du fait que les mêmes termes sont compris dans leur acception d'*instrumentum* au paragraphe 1<sup>er</sup>, et dans la seconde phrase de l'alinéa 2. Si la notion de garantie professionnelle de paiement était comprise comme *instrumentum*, la première phrase de l'alinéa 2 serait superflue au regard de l'alinéa 1<sup>er</sup> de ce paragraphe. En effet, si une référence à la future loi doit être incluse, il ne peut s'agir que d'un écrit.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat ne voit pas la raison pour déroger aux règles de conclusion des actes sous seing privé prévues au Code civil. Ceci vaut pour les deux phrases de l'alinéa 2, même si la seconde phrase est reprise de l'article 2, paragraphe 2, de la loi précitée du 5 août 2005. Le contrat contenant une garantie professionnelle de paiement peut, en vertu de l'article 1322-1 du Code civil, prendre la forme d'un acte sous seing privé électronique sans qu'il faille le mentionner.

Pour l'ensemble des raisons précitées, le Conseil d'Etat demande à ce que l'alinéa 2 soit supprimé.

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre l'avis du Conseil d'Etat sur ce point et de maintenir l'alinéa 2. En effet, l'exigence explicite d'un écrit est préférable, la seule référence

<sup>1</sup> Voir article 61 du Nouveau Code de procédure civile.

au terme « expressément » n'apportant pas la même sécurité juridique à cet égard. La notion d'« écrit » employée à l'alinéa 2 doit être comprise comme visant un support écrit au sens le plus large. Le texte ne vise d'ailleurs pas à prescrire des conditions par rapport aux modes d'acceptation ou de signature de l'acte constitutif de la garantie, ces conditions relevant du droit commun du droit civil ou du droit commercial, suivant le cas. A titre d'exemple, l'on peut citer la signature électronique au sens de l'article 1322-1 du Code civil, et la signature électronique qualifiée au sens du règlement (UE) 910/2014 « eIDAS ».

L'article 3, paragraphe 2, a pour objet de préciser que les garanties données par les personnes physiques ne peuvent pas relever de la présente loi. Pourront donc seuls donner des garanties professionnelles de paiement des garants qui sont des sujets de droit autres que des personnes physiques, ce qui inclut notamment les sociétés (y compris celles n'ayant pas de personnalité juridique), les fonds communs de placement (FCP) et autres formes basées sur une notion d'indivision ou de copropriété, ainsi que les États et institutions publiques et les institutions internationales ou européennes. L'exclusion des personnes physiques comme garants vise à limiter le champ d'application de cette loi spéciale à des garants a priori avertis. En ce sens, le champ d'application se délimite de la même manière que le champ des protections spéciales de l'article 2016, alinéas 2 et 3, du Code civil. En revanche, rien n'interdirait à un professionnel personne morale de constituer une garantie professionnelle de paiement pour le compte d'une personne physique qui serait alors son client.

Le Conseil d'État constate que le paragraphe 2 de l'article dispose que « la présente loi ne s'applique pas lorsque le garant est une personne physique ». Selon le commentaire de cette disposition, « l'exclusion des personnes physiques comme garants vise à limiter le champ d'application de cette loi spéciale à des garants a priori avertis ».

Le Conseil d'État ne peut se satisfaire de cette explication au regard de l'article 10*bis* de la Constitution. En effet, selon la Cour constitutionnelle, « le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but »<sup>2</sup>.

La référence à des « garants a priori avertis » est particulièrement vague. Des personnes physiques, qu'elles soient commerçants ou non, peuvent être des garants « avertis ». En outre, si la créance garantie peut être une créance liée à l'activité privée du débiteur, à supposer que cette hypothèse soit celle envisagée par les auteurs du projet de loi, il est difficilement justifiable que le garant ne puisse pas être une personne physique. Même si la créance garantie est une créance professionnelle, le Conseil d'État tient à souligner que les exemples d'utilisation des garanties professionnelles de paiement ne se limitent pas aux opérations de financement énumérées dans l'exposé des motifs, mais peuvent aussi concerner toute sorte d'autres créances concernant des montants peu importants ou impliquant des petites et moyennes entreprises luxembourgeoises et, dans un tel contexte, il apparaît disproportionné de refuser à une personne physique de garantir par le moyen d'une telle sûreté personnelle une créance professionnelle, ou même privée. Finalement, aucune restriction de la sorte n'existe en ce qui concerne les autres sûretés personnelles, même si l'article 2016, alinéa 2, du Code civil prévoit un mécanisme protecteur lorsque le cautionnement est contracté par une personne physique.

Partant le Conseil d'État propose d'omettre le paragraphe 2 et, si ce dernier est maintenu, il réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel en l'absence d'une motivation circonstanciée à l'appui du maintien de ce paragraphe 2 au regard des exigences de l'article 10*bis* de la Constitution.

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre l'avis du Conseil d'État et d'omettre le paragraphe 2.

#### Article 4

L'article 4 établit le principe fondamental du régime de la garantie professionnelle de paiement en érigeant en principe la liberté des parties d'arrêter le régime approprié à leurs besoins. Il énumère, à titre non-exhaustif, certaines possibilités spécifiques, parmi les plus importantes que les parties vou-

<sup>2</sup> Arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 mars 2007 (affaire no 00039 du registre), publié au Journal officiel du Grand-duché de Luxembourg du 13 avril 2007, A n°56, pp. 1174 et suiv.

dront probablement utiliser, en prévoyant pour certaines d'entre elles des règles supplétives qui s'appliquent en l'absence de stipulations contraires des parties.

L'objectif de la loi en projet étant de permettre aux parties de créer en toute sécurité des outils intermédiaires entre le cautionnement et la classique garantie autonome, elle ouvre un large champ d'action aux parties permettant de choisir la solution qui convient le mieux à leur situation.

L'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, prévoit que la garantie professionnelle de paiement peut être donnée sur ordre du bénéficiaire ou d'un tiers. Il s'agit de préciser que le fait que le bénéficiaire lui-même demande l'émission de la garantie n'est pas de nature à remettre en cause la nature de garantie professionnelle de paiement. En effet, dans l'utilisation de garanties sur portefeuilles, comme par exemple dans des garanties institutionnelles visant une atténuation du risque de crédit au sens du règlement CRR, il est habituel que la garantie ne soit pas émise sur ordre du débiteur garanti, mais directement du bénéficiaire.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat quant au fond. Il propose de rédiger l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la manière suivante :

« La garantie professionnelle de paiement peut être accordée sur ordre d'un tiers ou d'un bénéficiaire. »

La Commission des Finances et du Budget décide d'opérer la modification d'ordre légistique proposée par le Conseil d'Etat.

L'article 4, paragraphe 2, permet aux parties de moduler l'étendue, la durée, le terme, les montants, etc., au vu des besoins de chaque transaction. Il leur donne notamment la possibilité :

- de faire référence à l'obligation qui fait l'objet de la garantie, sans que cela ne puisse entraîner une requalification en cautionnement ou une application des effets du caractère accessoire exclus par les parties dans leur instrument ;
- de librement moduler les règles relatives à l'appel à la garantie, ce qui permet notamment aux parties de prévoir des appels avant défaut de l'obligation garantie sur base des cas d'appels convenus entre parties (outil important dans les opérations visant une atténuation du risque de crédit sous les règles du règlement CRR, comme par exemple des opérations de garantie de portefeuille de créances, permettant la constitution de garanties du type « pay-as-you-go », donc remplaçant le flux périodique sous une obligation garantie sans devoir passer par une accélération de la dette) ; et
- de librement fixer les modalités de l'appel à la garantie.

Le Conseil d'Etat constate que l'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 2, dispose que « l'objet et les modalités de la garantie professionnelle de paiement [...] sont librement convenus entre parties ». Par conséquent, des conditions générales ou autres documents pré-rédigés ne peuvent pas stipuler une garantie professionnelle de paiement.

La Commission des Finances et du Budget tient à souligner que l'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 2 se contente de rappeler le principe de la liberté contractuelle à l'égard de la détermination de l'objet et des modalités des garanties professionnelles de paiement par les parties. En règle générale, en matière d'acceptation d'un contrat, la liberté contractuelle s'oriente autour de la liberté de conclure ou non un contrat, de sorte qu'un document, même pré-rédigé, peut tout de même être librement convenu dans la mesure où chaque cocontractant a le choix de déterminer librement s'il entend ou non conclure ce contrat. En ce qui concerne la validité des conditions générales préétablies d'un contrat, il est renvoyé à l'article 1135-1 du Code civil.

L'alinéa 2 du paragraphe 2 n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

L'article 4, paragraphe 3, prévoit, tout comme l'article 2, paragraphe 4, de la loi modifiée du 5 août de 2005 sur les contrats de garantie financière, qu'une garantie professionnelle de paiement peut être accordée à un tiers agissant pour les bénéficiaires, tel qu'un agent des sûretés, un trustee ou un fiduciaire. Les parties ayant la possibilité de créer, selon les modalités choisies, une sûreté personnelle pouvant se rapprocher plus ou moins du cautionnement ou de la garantie autonome et ainsi plus ou moins accessoire, cette disposition tend à confirmer que la garantie professionnelle de paiement peut notamment être prise, gérée et exécutée par un intermédiaire.

Le Conseil d'Etat constate que le paragraphe 3 permet de constituer une garantie professionnelle de paiement au profit d'un tiers agissant pour les bénéficiaires, tel qu'un agent des sûretés, un trustee ou un fiduciaire. Il reprend le contenu de l'article 2, paragraphe 4, de la loi précitée du 5 août 2005 qui

avait d'ailleurs été proposé par le Conseil d'État dans son avis du 13 avril 2005 relatif au projet de loi n°5251. Le paragraphe 3 n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

L'article 4, paragraphe 4, prévoit comme solution supplétive l'inopposabilité des exceptions résultant des créances garanties, tout en permettant aux parties d'exclure ou de moduler cette inopposabilité. A noter que le garant ne devrait pas pouvoir être tenu en cas d'abus ou de fraude manifeste du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le Conseil d'État fait le même commentaire qu'au paragraphe 3 au sujet du paragraphe 4, selon lequel « sauf convention contraire, le garant ne pourra opposer aucune exception tenant aux créances ou risques concernés ».

L'article 4, paragraphe 5, règle les droits de recours entre le garant, le donneur d'ordre et le débiteur. Il confirme expressément que, sauf convention contraire, le garant dispose d'un recours personnel contre le donneur d'ordre ainsi que d'un recours subrogatoire contre le débiteur. Les parties ont néanmoins la possibilité d'aménager ou d'exclure ces recours à leur gré.

Selon le Conseil d'État, au paragraphe 5 relatif au recours subrogatoire, il convient de préciser que c'est le garant et non le donneur d'ordre qui dispose, sauf convention contraire, d'un recours personnel contre le débiteur.

La Commission des Finances et du Budget constate que le paragraphe 5 prévoit que, sauf convention contraire, et après paiement, le garant dispose d'un recours personnel contre le donneur d'ordre.

L'article 4, paragraphe 6, prévoit que, sauf convention contraire des parties, l'obligation du garant n'est pas impactée dans des cas où l'obligation principale est affectée par une situation de concours, par exemple par une réduction de dette ou une conversion obligatoire.

La reconnaissance expresse de cette protection est un élément déterminant dans la gestion du risque de crédit et permet d'assurer la prévisibilité du fonctionnement de la garantie professionnelle de paiement.

Cette disposition confirme la position qui devrait présider à la majorité des cas de mesures d'assainissement ou de liquidation, qui généralement constituent des exceptions purement personnelles au débiteur principal et donc non-opposables par la caution ou le garant. Le présent projet de loi propose, dans le même souci de sécurité juridique et de prévisibilité, de consacrer cette approche expressément, y compris l'impossibilité pour le garant d'opposer une réduction ou une conversion de l'obligation principale, à moins que les parties n'aient prévu le contraire. Des dispositions similaires se trouvent aux articles 18 et 20 de la loi modifiée du 5 août de 2005 sur les contrats de garantie financière. Ceci est sans préjudice de la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement des particuliers dans la mesure où elle s'applique au débiteur garanti, étant donné qu'elle prévoit un régime particulier en matière d'opposabilité du plan.

Le paragraphe 6 n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

L'article 4, paragraphe 7, contient une disposition clé qui assure que même si la garantie professionnelle de paiement mise en place par les parties sous l'égide de la loi et en application de leur liberté contractuelle s'apparente dans certains aspects au cautionnement, une application des règles des articles 2011 et suivants du Code civil ne sera pas possible à partir du moment où les parties ont opté pour l'application du régime de la garantie professionnelle de paiement. Ceci permet de prévenir tout risque de requalification de garanties professionnelles de paiement se trouvant à mi-chemin entre la garantie autonome et le cautionnement et présentant certaines caractéristiques du caractère accessoire du cautionnement.

La sécurité juridique apportée par l'absence de risque de requalification et le respect de la liberté contractuelle, clairement exprimée par les parties par la référence à la présente loi en projet, sont assurés par la présente disposition. Ceci permet au droit luxembourgeois d'avoir un outil aussi flexible que les garanties de droit anglais ou encore la « *Bürgschaft auf erstes Anfordern* » de droit allemand, ajoutant ainsi un outil supplémentaire à l'arsenal législatif du droit luxembourgeois.

Cette disposition n'empêche bien entendu pas une application par le juge des principes généraux du droit des garanties personnelles, dont certaines dispositions du cautionnement ne sont qu'un reflet, en cas de silence des parties sur un point par ailleurs non réglé par la loi en projet à titre supplétif. Cependant, en vertu de la liberté contractuelle, les parties auront la possibilité d'exclure spécifiquement ou intégralement, par leurs stipulations contractuelles, l'application des dispositions en question à leur garantie professionnelle de paiement.

En ce qui concerne le paragraphe 7, le Conseil d'État estime que la loi en projet étant une loi spéciale, il n'y a pas lieu de préciser que « Lorsque la garantie professionnelle de paiement est régie par la présente loi, les dispositions des articles 2011 et suivants du Code civil sur le cautionnement ne peuvent pas faire obstacle à l'application des termes convenus entre parties ».

Si cette disposition est maintenue, le Conseil d'État propose de l'insérer à l'article 3, en tant que nouveau paragraphe final et, tant pour le clarifier que pour éviter la tautologie, consistant à dire que la garantie professionnelle de paiement est régie par la future loi, de le rédiger de la manière suivante :

« Sauf convention contraire, les articles 2011 à 2039 du Code civil ne s'appliquent pas à une garantie professionnelle de paiement. »

Ce texte n'empêchera pas les parties à une garantie professionnelle de paiement de reprendre, si elles le souhaitent, le contenu d'un ou plusieurs de ces articles du Code civil.

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la proposition du Conseil d'État étant donné que cela reviendrait à changer le sens de la disposition. En effet, le texte proposé par le Conseil d'État prend une approche opposée à celle du texte initial du projet de loi, qui prévoit simplement que les articles 2011 et suivants du Code civil sur le cautionnement ne peuvent pas faire obstacle à l'application des termes convenus entre parties.

\*

## 5. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION PARLEMENTAIRE

Compte tenu de ce qui précède, la Commission des Finances et du Budget recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi n°7567 dans la teneur qui suit :

\*

### PROJET DE LOI relative aux garanties professionnelles de paiement

**Art. 1<sup>er</sup>.** Aux fins de la présente loi, on entend par :

1. « mesures d'assainissement » : des mesures impliquant l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire, qui sont destinées à préserver ou rétablir la situation financière et qui affectent les droits préexistants de tiers, y compris notamment les mesures qui comportent une suspension des paiements, une suspension des mesures d'exécution ou une réduction des créances ;
2. « procédure de liquidation » : une procédure collective comprenant la réalisation des actifs et la répartition du produit de cette réalisation entre les créanciers, les actionnaires, les associés ou les membres selon les cas, et comportant l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire, y compris lorsque cette procédure est clôturée par un concordat ou une autre mesure analogue, qu'elle soit ou non fondée sur une insolvabilité et indépendamment de son caractère volontaire ou obligatoire.

**Art. 2.** Une garantie professionnelle de paiement au sens de la présente loi est l'engagement par lequel une personne, le garant, s'oblige envers un bénéficiaire à payer, sur demande du bénéficiaire ou d'un tiers convenu, une somme déterminée selon les modalités convenues, en relation avec une ou des créances ou les risques associés à celles-ci.

**Art. 3.** La présente loi s'applique uniquement si les parties ont expressément convenu d'y soumettre la garantie professionnelle de paiement.

La garantie professionnelle de paiement doit pouvoir être attestée par écrit. L'écrit peut être sous forme électronique ou tout autre support durable.

**Art. 4.** (1) La garantie professionnelle de paiement peut être accordée sur ordre d'un tiers ou d'un bénéficiaire.

(2) L'objet et les modalités de la garantie professionnelle de paiement et notamment les modalités de l'obligation de paiement du garant au titre de la garantie professionnelle de paiement sont librement convenus entre parties.

Les parties peuvent se référer expressément aux créances ou aux risques garantis pour la détermination du montant, des termes et de la durée de la garantie professionnelle de paiement.

La garantie professionnelle de paiement peut être appelée dans tous les cas contractuellement déterminés, y compris en l'absence d'un défaut d'exécution des créances concernées ou de réalisation des risques concernés.

(3) Une garantie professionnelle de paiement peut être constituée en faveur d'une personne agissant pour le compte des bénéficiaires de la garantie professionnelle de paiement, d'un fiduciaire ou d'un trustee, pour garantir les créances de tiers bénéficiaires, présents ou futurs, à condition que ces tiers bénéficiaires soient déterminés ou déterminables. Les personnes agissant pour le compte des bénéficiaires de la garantie professionnelle de paiement, le fiduciaire ou le trustee, bénéficient des mêmes droits que ceux revenant aux bénéficiaires directs des garanties professionnelles de paiement visées par la présente loi, sans préjudice de leurs obligations face aux tiers bénéficiaires de la garantie professionnelle de paiement.

(4) Sauf convention contraire, le garant ne pourra opposer aucune exception tenant aux créances ou risques concernés.

(5) Sauf convention contraire, après paiement, le garant dispose d'un recours personnel contre le donneur d'ordre et est subrogé dans les droits du bénéficiaire au titre des créances concernées à hauteur de son paiement.

(6) Sauf convention contraire, le garant reste tenu envers le bénéficiaire de l'intégralité de ses obligations au titre de la garantie professionnelle de paiement même si le débiteur des créances concernées fait l'objet d'une mesure d'assainissement, d'une procédure de liquidation ou de toute autre situation de concours, nationale ou étrangère, y compris des mesures de résolution, d'assainissement et de liquidation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, ou de toute autre mesure nationale ou étrangère affectant les droits des créanciers, y compris lorsque les créances concernées font ou ont fait l'objet d'une mesure de rééchelonnement, de réduction ou de conversion en capital ou en tout autre instrument, le tout sans préjudice de l'application des dispositions de la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement.

(7) Lorsque la garantie professionnelle de paiement est régie par la présente loi, les dispositions des articles 2011 et suivants du Code civil sur le cautionnement ne peuvent pas faire obstacle à l'application des termes convenus entre parties.

Luxembourg, le 26 juin 2020

*Le Président,*  
André BAULER

*Le Rapporteur,*  
Guy ARENDT

