

Projet de loi

relative aux garanties professionnelles de paiement

Avis du Conseil d'État

(16 juin 2020)

Par dépêche du 22 avril 2020, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet, élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet de loi proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact et une fiche financière.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 30 avril 2020.

Considérations générales

L'objet de la loi en projet est de créer un régime spécial pour « les sûretés personnelles octroyées dans un contexte professionnel ». Il s'agit de mettre en place, à côté du cautionnement et de la garantie autonome, une troisième sûreté personnelle qui laisserait une large place à la liberté contractuelle, tout en préservant la sécurité juridique. Sur certains aspects, la loi en projet reprend les dispositions de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

Selon les auteurs du projet de loi, « à côté des sûretés réelles, les sûretés personnelles constituent un outil très important dans les opérations financières » et ils citent en soutien les opérations de titrisation, les refinancements, les soutiens au financement, comme ceux effectués par la Banque européenne d'investissement ou le Fonds européen d'investissement, les opérations bénéficiant de garanties étatiques ou encore « les opérations de financement de filiales de grands groupes financiers, industriels ou commerciaux soutenus par des garanties des maisons-mères ». Le commentaire de l'article 3 est assez parlant sur l'intention des auteurs du projet de loi : « 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 s'agit donc de créer « une troisième voie » à côté de mécanismes contractuels existants, qu'ils soient prévus par le Code civil, comme le cautionnement, ou reconnus par la jurisprudence, comme la garantie autonome.

Les auteurs du projet de loi ont surtout insisté sur les opérations de financement internationales dans le cadre desquelles la garantie professionnelle de paiement pourrait être mise en œuvre. Il n'en demeure pas moins que celle-ci pourra avoir des applications dans des opérations qui, sans avoir un aspect international, n'en sont pas moins importantes pour le tissu économique luxembourgeois.

Si le Conseil d'État approuve le principe de la mise en place d'une troisième catégorie de sûreté personnelle, il ne peut se départir de l'idée que la loi en projet, notamment au regard de la définition très large de la garantie professionnelle de paiement prévue à l'article 2 du projet de loi, constitue une sorte de codification de la garantie à première demande et que la sécurité juridique recherchée par les auteurs du projet de loi, aura pour conséquence que la garantie professionnelle de paiement phagocyte à terme la garantie à première demande.

Par ailleurs, les auteurs de la loi en projet soulignent l'importance de la garantie professionnelle de paiement pour les prêteurs, les sûretés personnelles constituant un outil essentiel de gestion du risque au regard du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012.

Finalement, le Conseil d'État s'interroge sur la notion de « garantie professionnelle de paiement » et surtout sur l'adjectif « professionnelle ». La garantie n'a pas nécessairement un caractère « professionnel », dans la mesure où des créances d'activités privées peuvent y être soumises.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} comprend les définitions de « mesures d'assainissement » et de « procédure de liquidation » reprises de la loi précitée du 5 août 2005 et utilisées au seul article 4, paragraphe 6. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 2

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 ».

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.

Article 3

L'article 3, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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'État 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^{er}, alinéa 1^{er}, 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.~~ »

Le Conseil d'État 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 contrat¹. 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^{er} 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^{er} 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 acceptation d'*instrumentum* au paragraphe 1^{er}, et dans la seconde phrase de l'alinéa 2. Si la notion de garantie

¹ Voir article 61 du Nouveau Code de procédure civile.

professionnelle de paiement était comprise comme *instrumentum*, la première phrase de l'alinéa 2 serait superflue au regard de l'alinéa 1^{er} 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'État 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'État demande à ce que l'alinéa 2 soit supprimé.

Le paragraphe 2 de l'article sous examen 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 »².

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.

² 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.

Article 4

Le paragraphe 1^{er} n'appelle pas d'observation.

L'alinéa 1^{er} 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.

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

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.

Il en va de même pour le paragraphe 4, selon lequel « sauf convention contraire, le garant ne pourra opposer aucune exception tenant aux créances ou risques concernés ».

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.

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

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.

Observations d'ordre légistique

Articles 1^{er} et 2 (1^{er} selon le Conseil d'État)

Les définitions sont à regrouper en un seul article, placé au début du dispositif. Partant, il y a lieu de reprendre la définition figurant sous l'article 2 sous l'article 1^{er}, en écrivant :

« **Art. 1^{er}.** 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.

À l'article 4, paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État propose de rédiger l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la manière suivante :

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

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 22 votants, le 16 juin 2020.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu