

Luxembourg, le 28 avril 2020

Objet : Projet de loi n°7567¹ relative aux garanties professionnelles de paiement. (5471SMI)

*Saisine : Ministre des Finances
(22 avril 2020)*

Avis de la Chambre de Commerce

Le projet de loi sous avis (ci-après le « Projet ») a pour objectif d'introduire au sein de la législation nationale un régime spécial pour des sûretés personnelles octroyées dans un contexte professionnel.

En bref

La Chambre de Commerce :

- accueille très favorablement l'instauration des garanties professionnelles de paiement dans notre législation, alors que ce nouveau mécanisme, en plus de faciliter la mise en œuvre des mesures d'aides en faveur des entreprises en difficulté temporaires suite à la pandémie de Covid-19, devrait constituer à terme un atout supplémentaire pour la place financière luxembourgeoise,
- souligne qu'afin d'éviter tout risque de requalification de la garantie par le juge, et ainsi offrir une sécurité juridique optimale aux parties, il serait préférable d'exiger l'insertion d'une clause spécifique dans l'acte de garantie soumettant celui-ci aux dispositions de la future loi.

Considérations générales

Si la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière 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 par le fait qu'elle laisse une grande liberté aux parties pour organiser leurs relations et le fonctionnement de leurs sûretés tout en traçant un cadre protecteur pour le constituant, son champ d'application demeure toutefois limité aux seules sûretés réelles.

A l'opposé, en matière de sûreté personnelle, le choix traditionnellement proposé aux parties entre le cautionnement, régi par les articles 2011 et suivants du Code civil, et la garantie autonome, construction de la pratique reconnue par la jurisprudence depuis les années 1980, limite les possibilités de structuration pour les parties en recourant à ce type de de sûretés.

¹ [Lien](#) vers le dossier parlementaire du projet de loi

Or, les sûretés personnelles présentent un grand intérêt en matière de garantie et sont un outil essentiel de gestion du risque de crédit en permettant des transferts ou des partages de risques. Elles sont ainsi fréquemment utilisées dans le contexte d'opérations de bilan, de refinancement ou de soutien au financement. Elles représentent encore un outil important dans les opérations bénéficiant de garanties étatiques dans différents domaines, ou dans des opérations de financement de filiales de groupes financiers, industriels ou commerciaux soutenus par des garanties des maisons-mères.

Dans le contexte actuel, les sûretés personnelles présentent également un intérêt tout particulier dans le cadre des mesures d'aides aux entreprises mises en œuvre en rapport avec la crise liée à l'épidémie de Covid-19, et plus particulièrement encore avec les dispositions du projet de loi n°7545² visant à mettre en place un régime de garantie en faveur de l'économie luxembourgeoise dans le cadre de la pandémie Covid-19.

Le projet de loi n°7545 entend en effet mettre en place un régime de garantie d'envergure inédite par l'Etat luxembourgeois, à hauteur de 85% du montant des prêts accordés par les établissements de crédit en faveur des entreprises se trouvant en difficulté financière temporaire suite à la pandémie du Covid-19, ceci afin de faciliter l'octroi de prêts par les banques pour soutenir lesdites entreprises.

Si dans son avis relatif audit projet de loi³ la Chambre de Commerce saluait expressément la mise en place de garanties par l'Etat, elle s'interrogeait cependant quant à la nature de celles-ci⁴. Ainsi, si sur base du texte du projet de loi ainsi que du commentaire des articles, on pouvait comprendre qu'il s'agissait d'une sûreté personnelle donnée par l'État, il était permis d'hésiter dans sa caractérisation plus spécifique entre le cautionnement et la garantie autonome.

Le Projet, qui vient instituer un nouveau type de sûreté personnelle offrant une grande liberté contractuelle aux parties et auquel l'Etat pourra recourir, vient par conséquent utilement compléter le projet de loi n°7545 et devrait par conséquent permettre d'en faciliter la mise en œuvre dès son adoption, ce que la Chambre de Commerce salue.

Qu'est-ce qu'une garantie professionnelle de paiement ?

Le Projet définit la garantie professionnelle de paiement comme étant « *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*⁵. »

Cette définition de la garantie professionnelle de paiement fait donc référence aux 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.

Cette définition précise encore quelques caractéristiques importantes de la garantie professionnelle de paiement comme (i) le fait que le paiement peut se faire sur demande du bénéficiaire ou d'un tiers convenu et qu'(ii) une large place est laissée à la liberté contractuelle des parties.

² [Lien](#) vers le dossier parlementaire

³ [Avis](#) 5444PEM/NJE de la Chambre du Commerce du 30 mars 2020

⁴ Page 5 de l'avis 5444PEM/NJE de la Chambre du Commerce

⁵ Article 2 du Projet

Une garantie réservée aux garants personnes morales

Il est important de relever que le Projet exclut expressément l'application des dispositions de la future loi lorsque le garant sera une personne physique⁶.

La Chambre de Commerce salue cette approche visant à protéger les garants personnes physiques. En effet, en matière de garanties demandées lors de l'octroi des crédits aux entreprises, il convient de relever qu'il est fréquemment demandé une garantie personnelle des dirigeants. En excluant les personnes physiques du champ d'application de la nouvelle loi, les auteurs maintiennent ainsi celles-ci dans le régime plus encadré du cautionnement ou de la garantie autonome.

En outre, la Chambre de Commerce s'interroge quant à 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.

Obligation de faire référence expresse à la loi dans l'acte constitutif de la garantie

Les dispositions de la nouvelle loi seront optionnelles et ne s'appliqueront à une garantie que s'il est « *fait une référence expresse à la loi dans la garantie professionnelle de paiement* »⁷.

La garantie professionnelle de paiement devra pouvoir être attestée par écrit, celui-ci pouvant être sous forme électronique ou tout autre support durable.

La Chambre de Commerce constate qu'il n'a pas été décidé de délimiter le champ d'application des nouvelles dispositions sur base de certaines caractéristiques obligatoires pour l'application de la loi et d'un formalisme contraignant. Ce qui conditionnera l'application de la future loi sera donc exclusivement la volonté des parties de s'y soumettre, matérialisée par la référence expresse qu'elles y auront fait dans l'acte constitutif de la garantie. Selon l'exposé des motifs du projet, il sera de cette manière possible d'éviter des incertitudes sur l'application de la loi qui seraient contraires aux objectifs de sécurité juridique et de prévisibilité recherchés.

La Chambre de Commerce approuve cette approche essentiellement consensuelle et soutient cet objectif de sécurité juridique, qui s'avérera essentiel dans le succès de ce nouvel instrument alors que les garanties professionnelles de paiement pourront présenter des caractéristiques du cautionnement et/ou de la garantie autonome.

Toutefois, la Chambre de Commerce souhaite souligner ici que selon sa compréhension, l'exigence « *d'une référence expresse à la présente loi dans la garantie professionnelle de paiement* » pourrait ne pas apparaître comme étant suffisamment claire pour les parties et engendrer certaines difficultés d'application.

En effet, en tenant compte du principe selon lequel le juge n'est traditionnellement pas lié par la qualification donnée à leurs actes par les parties⁸, il conviendrait d'attirer l'attention des parties sur le fait que la notion de « *référence expresse* » implique plus qu'une simple référence au sens commun du terme, par exemple dans la dénomination de « *garantie professionnelle de paiement conformément à la loi du.....* », qui pourrait ne pas être suffisante pour éviter tout risque de requalification. Aux yeux de la Chambre de Commerce, pour éviter tout risque de requalification, il serait préférable d'exiger l'insertion d'une clause spécifique dans l'acte de garantie soumettant celui-ci aux dispositions de la future loi.

⁶ Article 3 paragraphe 2 du Projet

⁷ Article 3 paragraphe 1 du Projet

⁸ Article 61 du Nouveau code de procédure civile

Sur base de ces considérations, et afin d'éviter tout risque d'ambiguïté, la Chambre de Commerce propose par conséquent de modifier l'article 3 paragraphe 1 du Projet 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** s'il est fait une référence expresse à la présente loi dans 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 ».*

La Chambre de Commerce est en effet d'avis que seule cette exigence d'une formalisation claire et expresse de la volonté des parties de soumettre la garantie constituée au régime de la garantie professionnelle de paiement permettra d'atteindre l'objectif de sécurité juridique recherché et d'éviter tout risque de requalification de la garantie.

La Chambre de Commerce relève encore qu'aux termes des commentaires des articles, les auteurs soulignent qu'il sera possible en ajoutant, par amendement ou désignation par toute autre manière, la référence à la loi dans des garanties préexistantes, de faire entrer celles-ci dans le champ d'application de la nouvelle loi. Ainsi, des garanties conclues antérieurement à l'entrée en vigueur de la future loi pourront être soumise aux dispositions de celle-ci, ce que la Chambre de Commerce approuve.

Une sûreté laissant place à la liberté contractuelle des parties

Le principe fondamental du régime de la garantie professionnelle de paiement est le principe selon lequel les parties sont libres d'arrêter le régime approprié à leurs besoins, leur permettant donc de se constituer une garantie « sur-mesure ».

L'article 4 du Projet précise ainsi que 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, seront librement convenues entre parties.

L'objectif du Projet étant de permettre aux parties de créer des outils intermédiaires entre le cautionnement et la classique garantie autonome, celui-ci laisse un large champ d'action aux parties afin de leur permettre de choisir la solution qui conviendra le mieux à leur situation et à leurs besoins.

L'article 4 du Projet se limite par conséquent à énumérer certaines possibilités spécifiques offertes aux parties, en prévoyant pour certaines d'entre elles des règles supplétives⁹ qui s'appliqueront en l'absence de stipulations contraires des parties dans l'acte de garantie.

La Chambre de Commerce, particulièrement attachée au principe de la liberté contractuelle et au respect de la volonté des parties, salue l'approche adoptée par les auteurs consistant à laisser les parties organiser en toute liberté leur relation contractuelle.

Par conséquent, la Chambre de Commerce salue l'instauration des garanties professionnelles de paiement qui en plus de faciliter la mise en œuvre des mesures d'aides en faveur des entreprises en difficultés temporaires suite à la pandémie de Covid-19, devraient constituer à terme un atout supplémentaire pour la place financière luxembourgeoise.

⁹ Ainsi, sauf convention contraire des parties : (i) le garant ne pourra opposer aucune exception tenant aux créances ou risques concernés, (ii) après paiement, le garant disposera d'un recours personnel contre le donneur d'ordre et sera subrogé dans les droits du bénéficiaire au titre des créances concernées à hauteur de son paiement, (iii) le garant restera 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.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le projet de loi sous avis.

SMI/DJI