

LE CONTRAT FIDUCIAIRE EN DROIT LUXEMBOURGEOIS

Philippe Hoss

Avocat à la Cour

Elvinger, Hoss & Prussen

Chargé de cours à l'Université du Luxembourg

Patrick Santer

Avocat à la Cour

Elvinger, Hoss & Prussen

Introduction	782
(a) L'unique modification du Règlement	783
(b) Les autres textes faisant référence au contrat fiduciaire ou ayant été introduits à la suite de celui-ci	785
(c) Les emprunts du concept de patrimoine d'affectation	787
(d) La jurisprudence	789
(e) La loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires	790
Titre 1 : Les modifications apportées par la Loi dans la continuité du Règlement .	791
CHAPITRE 1 : Les éléments inchangés	792
1. La définition	792
2. L'actif fiduciaire et le patrimoine fiduciaire	795
3. L'absence de représentation	799
CHAPITRE 2 : Les éléments nouveaux	799
1. Extension ratione personae	799
A. Les différentes catégories de professionnels pouvant agir comme fiduciaire	800
B. Les aspects de droit international privé	807
2. La preuve et les conditions de forme du contrat fiduciaire	810
3. Le régime de l'opposabilité	811
4. Les nouvelles règles dérogatoires aux règles du mandat	814

Titre 2: Les apports nouveaux de la loi	816
CHAPITRE 1: La fiducie conclue à des fins de garantie	816
CHAPITRE 2: Le transfert fiduciaire de créances	825
CHAPITRE 3: L'abolition du privilège du fiduciaire	827
CHAPITRE 4: Le remplacement du fiduciaire ou l'extinction anticipée du contrat fiduciaire pour motifs graves	829
CHAPITRE 5: La publicité de la qualité de fiduciaire pour certains biens	843
CHAPITRE 6: Le droit fiscal	844
1. L'exigence d'enregistrement	845
2. Le taux	845
CHAPITRE 7: Les dispositions transitoires	846
Titre 3: La fiducie luxembourgeoise et la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance	848
Conclusion	852
Annexes	854
Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit	854
Loi du 27 juillet 2003 relative aux trusts et aux contrats fiduciaires	855

Introduction¹

24-1. Le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit² (le « Règlement ») fête ses vingt ans en 2003 qui est également l'année de son abrogation. Texte admirable par son caractère succinct, il n'a pratiquement pas été modifié depuis son origine. Texte novateur, il rompait avec le principe de l'unicité du patrimoine cher aux pays de droit civil³. Plus pragmatique, la législation des impôts directs lui consacrait déjà avant son introduction au Luxembourg un traitement approprié.

¹ L'un des coauteurs de la présente contribution a été rapporteur du projet de loi 4721, portant entre autres nouvelle réglementation de la fiducie, devenu la loi du 27 juillet 2003. Dans la rédaction du rapport de la Commission juridique de la Chambre des députés, il s'est inspiré dans la structure et dans certaines formulations du projet de la présente contribution dont la rédaction lui était antérieure.

² *Mémorial A* n° 54 du 24 juillet 1983 p. 1334; *Doc. parl.* n° 2641.

³ La France n'a pas vraiment avancé sur son avant-projet de loi sur la fiducie présenté pour la première fois lors d'un colloque tenu à Paris les 29 et 30 novembre 1988.

L'institution même du contrat fiduciaire a été très largement mise à profit par la pratique⁴ et il y a été renvoyé expressément par divers textes législatifs, tandis que d'autres lui ont emprunté pour leurs propres besoins son aspect principal, le patrimoine d'affectation.

Le Règlement a été abrogé par la loi du 27 juillet 2003 (la « Loi ») qui a été adoptée à l'occasion de la ratification de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance⁵ et qui forme dorénavant le droit commun en matière de contrats fiduciaires.

(a) *L'unique modification du règlement*

24-2. Le Règlement abrogé par la Loi est en tous points identique au texte initial, à l'exception de son article 4 qui a été abrogé à l'occasion d'une loi du 29 avril 1999 transposant deux directives européennes dans le cadre de la surveillance prudentielle⁶, cette transposition étant d'ailleurs sans lien avec la modification du Règlement.

L'article 4 du Règlement prévoyait une limitation des actifs fiduciaires des établissements de crédit par rapport à leurs moyens propres.

L'exposé des motifs de la loi de 1999 rappelait qu'à l'époque il avait été jugé utile d'introduire cette limite aux fins « d'assurer qu'une proportion raisonnable soit respectée entre la surface financière » des établissements de crédit « et le volume des opérations fiduciaires qu'ils traiteront⁷ ». Le but de cette limitation consistait, toujours selon l'exposé des motifs, d'une part, à éviter que les établissements de crédit se spécialisent dans des opérations pour compte de tiers, alors que leur activité consisterait par définition à se voir remettre des fonds du public en vue de les affecter à des opérations de crédit. Elle visait, d'autre part, à limiter le risque financier encouru par le fiduciaire alors qu'il

⁴ Voy. pour des exemples : Ph. Hoss, « Le contrat fiduciaire des établissements de crédit », in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, ALJB, Larcier, 1994, t. II p. 1107 et s.

⁵ Loi du 27 juillet 2003 (*Mémorial A*, n° 124 du 3 septembre 2003, p. 2619). La loi est entrée en vigueur le 7 septembre 2003.

⁶ Loi du 29 avril 1999 portant

– transposition de la directive 95/26/CE relative au renforcement de la surveillance prudentielle, dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et dans la loi modifiée du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif ;

– transposition partielle de l'article 7 de la directive 93/6/CEE relative à l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit, dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ;

– différentes autres modifications de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ;

– modification du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit (*Mémorial A* 1999, p. 1301).

⁷ *Doc. parl.* n° 4370, p. 10.

engage sa responsabilité civile pour faute ou négligence dans l'exécution de sa mission, l'opération fiduciaire en elle-même étant neutre pour le fiduciaire à ses qualités.

Selon l'exposé des motifs de la loi du 29 avril 1999, les inquiétudes du législateur de 1983 se sont avérées sans fondement.

D'abord, le volume des opérations fiduciaires traitées par les banques de la place aurait été loin d'atteindre la limite définie dans la loi.

Cette appréciation est sans doute correcte au niveau de la place prise en son ensemble. Elle ne reflétait cependant pas la situation de certains établissements de crédit qui avaient développé une activité importante faisant appel au contrat fiduciaire, notamment dans le cadre d'émissions fiduciaires adossées à des prêts ainsi que dans des opérations de titrisation, et qui s'étaient rapprochés du plafond.

Ensuite, les banques se seraient dotées de procédures et de systèmes internes pour maîtriser les risques légaux, opérationnels et autres associés aux opérations fiduciaires auxquels il faudrait ajouter l'affinement des méthodes de surveillance prudentielle permettant de mieux suivre l'évolution du volume des opérations fiduciaires et des risques y relatifs.

L'abrogation a été appuyée par la Chambre de Commerce et le Conseil d'État qui, chacun, estimaient que le maintien dans la législation nationale d'une limitation dénuée de fondements prudentiels allait à l'encontre de l'intérêt de la place financière.

24-3. Les opérations fiduciaires auront cependant, à moyen terme, un impact sur les exigences de fonds propres des établissements de crédit et des entreprises d'investissement agissant comme fiduciaires.

Le troisième document de travail de la Commission européenne du 1^{er} juillet 2003 sur les besoins en fonds propres des établissements de crédit et des entreprises d'investissements⁸ introduit la nécessité pour ces institutions de tenir compte de leur risque opérationnel (*operational risk*).

Les besoins en fonds propres de ce chef peuvent être calculés selon trois méthodes différentes, qui peuvent également être combinés (art. 108 à 111 du projet de directive inclus dans le document de travail).

La première méthode, appelée *Basic indicator approach* tient compte de certains revenus de l'institution, dont notamment les commissions ou honoraires à recevoir (*Commissions/fees receivable*) et les autres revenus d'exploitation (*Other operating income*) (annexe H-2 du projet de directive).

⁸ *Working Document of the European Commission: Review of Capital Requirements for Banks and Investment Firms*. Ce document ne semble être disponible qu'en anglais; d'où les nombreuses citations anglaises. Il peut être téléchargé sur le site de la Commission à l'adresse suivante: www.europa.eu.int/comm/internal_market/regcapital/index_eu.htm

La deuxième méthode, appelée *Standardised approach*, dont l'application est soumise à certaines conditions, exige un calcul par métier de l'institution (*business line*). L'activité de fiduciaire ou de *trustee* n'est pas mentionnée dans les *business lines* citées à l'annexe H-3 du projet. Un rattachement unique de tous les contrats fiduciaires à un seul métier ne devrait pas être possible, mais il faudra vraisemblablement distinguer selon l'implication du fiduciaire dans l'opération sous-jacente. Si le rôle du fiduciaire se limite à celui d'un prestataire de services, le métier adéquat devrait être compris dans la rubrique *Agency Services*. Par contre, s'il participe à l'opération sous-jacente, par exemple dans le cadre d'une fiducie-sûreté à son avantage, l'opération devrait être rattachée au métier adéquat pour l'opération concernée.

La troisième méthode, enfin, appelée *Advanced measurement approach*, n'est disponible que pour les institutions ayant reçu l'autorisation de leur autorité de contrôle d'utiliser leur système interne de calcul de risque. Ces institutions devront attribuer leurs pertes antérieures par métier parmi ceux cités à l'annexe H-3 et par type de cause (tel que définies à l'annexe H-8). Parmi ces causes, celle intitulée *Clients, Products, Business Practices* comprend les *losses arising from an unintentional or negligent failure to meet a professional obligation to specific clients (including fiduciary and suitability requirements), or from the nature or design of a product*.

L'activité de fiduciaire (ou de *trustee*) devra être considérée pour le calcul des fonds propres à attribuer au risque opérationnel. Dans la *Basic indicator approach*, cela est dû au fait que cette activité génère des commissions. Dans la *Standardised approach* et la *Advanced measurement approach*, elle devra être allouée à un des métiers (*business line*) cités à l'annexe H-3 et sera traitée conformément aux règles applicables à ce métier.

***(b) Les autres textes faisant référence au contrat fiduciaire
ou ayant été introduits à la suite de celui-ci***

(1) *Loi du 23 décembre 1998 modifiant la loi du 4 décembre 1992 sur les informations à publier lors de l'acquisition et de la cession d'une participation importante dans une société cotée en bourse*⁹:

24-4. Cette loi a été modifiée suite à l'offre publique de vente d'une partie du capital de la Société européenne des satellite (SES). Cette offre publique n'a pas porté sur les actions de SES, mais les actions mises en vente furent transférées à un fiduciaire, à charge pour celui-ci d'émettre des *fiduciary depositary receipts* (ou FDR) au profit des investisseurs. Les FDR furent cotés à la Bourse

⁹ *Mémorial A n° 112 du 24 décembre 1998, p. 2990; Doc. parl. 4187.*

de Luxembourg et non les actions de SES. La question de l'application de la loi de 1992 se posait. Selon son article 1^{er}, elle ne s'appliquait qu'aux sociétés dont les *actions* étaient cotées en bourse. Or, techniquement, les actions de SES n'étaient pas cotées en bourse, mais uniquement les FDR. La modification de la loi de 1992 étendait le champ d'application de la loi en visant aussi les sociétés dont les titres représentatifs d'actions sont cotés.

(2) *Loi du 1^{er} août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie*¹⁰ :

24-5. L'exposé des motifs de cette loi indique que le transfert de propriété visé était déjà pratiqué au Luxembourg par le recours à la fiducie, qu'elle soit soumise au Règlement ou non. Il ajoute qu'une des raisons pour le projet en question est que le transfert de propriété à titre de garantie fait l'objet de controverses dans les pays voisins, notamment en Belgique, bien que – l'exposé des motifs prend soin de le souligner – la jurisprudence belge ne soit pas nécessairement transposable au Luxembourg.

L'article 1^{er} de cette loi prévoit expressément que le transfert de propriété à titre de garantie peut s'effectuer par voie fiduciaire.

Il s'agit là de la consécration législative de la possibilité d'utiliser le contrat fiduciaire du Règlement comme fiducie sûreté alors que cette possibilité avait déjà été décrite et était utilisée par la pratique¹¹.

Le Conseil d'État, dans son avis¹², prend soin de souligner que la notion de fiducie « devrait ici se comprendre de façon large, incluant les montages fiduciaires au sens du droit luxembourgeois et les différents trusts établis par d'autres législations et reconnus par le droit luxembourgeois »¹³.

(3) *Loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles*¹⁴ :

24-6. Ce texte, qui *a priori* n'a pas de lien avec l'institution du contrat fiduciaire, contient néanmoins des dispositions s'appliquant au fiduciaire et à la fiducie sûreté.

(a) L'article 7 traite des conséquences de la liquidation ou de toute autre situation de concours du dépositaire pour les droits des déposants de titres. Il prévoit que si l'ensemble des titres de même nature détenus par le dépositaire en dehors de son patrimoine est insuffisant pour assurer l'intégralité des restitutions dues aux *déposants* de ces titres et que le dépositaire dispose

¹⁰ *Mémorial A* du 31 août 2001, p. 2183 ; *Doc. parl.* 4696.

¹¹ Ph. Hoss, *op. cit.*, p. 1112.

¹² *Doc. parl.* n° 4696⁵.

¹³ Certaines différences entre la fiducie sûreté soumise à la loi sur les contrats fiduciaires et celle soumise à la loi sur le transfert de propriété à titre de garantie seront analysés *infra*, n°s 24-55 et s.

¹⁴ *Mémorial A* du 31 août 2001, p. 1180 ; *Doc. parl.* n° 4695.

dans son patrimoine propre de titres de même nature, ceux-ci seront également partagés entre ces *déposants*.

L'article 7 précise ensuite qu'il ne demeurera au dépositaire que les titres et instruments qui subsistent après que les autres titres détenus par lui pour compte de tiers, soit en tant que *dépositaire*, soit en tant que *fiduciaire*, auront été restitués.

Ce texte prévoit donc implicitement que si le fiduciaire devait détenir des titres ou autres instruments financiers, mais ne peut plus les rendre au fiduciaire, ce dernier aura un recours sur les titres et instruments de même nature que le fiduciaire détient en propre. En cas de procédure collective du fiduciaire, ce droit du fiduciaire s'exercera sur la masse, l'article 7 créant un droit de revendication. Le fiduciaire viendra cependant en concours avec d'autres fiduciaires et des déposants insatisfaits ayant des droits sur des titres et instruments financiers de même nature.

- (b) Une deuxième référence au contrat fiduciaire apparaît à l'article 17, qui prévoit un privilège sur les valeurs en dépôt en faveur du dépositaire qui opère à titre principal un système de règlement des opérations sur titres. Ce privilège ne s'étend pas sur les biens grevés d'une garantie dûment notifiée ou acceptée par le dépositaire. Le concept de garantie, défini à l'alinéa 3 de l'article 17, inclut tout élément d'actif réalisable fourni, entre autres, dans le cadre d'un transfert fiduciaire dans le but de garantir des droits et obligations susceptibles de se présenter dans le cadre d'un système de règlement des opérations sur titres.

Il y a lieu d'admettre que le concept de transfert fiduciaire est à comprendre dans un sens large, tel qu'il est compris par la loi du même 1^{er} août 2001 sur le transfert de propriété à titre de garantie.

(c) Les emprunts du concept de patrimoine d'affectation

24-7. Depuis le Règlement, on constate que la théorie du patrimoine unique est mise à mal par un certain nombre de textes visant à réglementer des domaines très spécifiques¹⁵. Ces dispositions ne font cependant pas appel à l'institution du contrat fiduciaire.

- (1) *Loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles:*

24-8. L'article 16 de cette loi introduit un véritable patrimoine d'affectation au sein du patrimoine du dépositaire opérant à titre principal un système de règle-

¹⁵ Il est vrai que l'arrêt grand-ducal du 31 décembre 1938 concernant l'assainissement et la réorganisation du notariat prévoyait déjà deux patrimoines dans le chef du notaire concerné: le patrimoine de l'ancienne étude et celui de la nouvelle étude.

ment des opérations sur titres. Ce patrimoine d'affectation porte sur les sommes qui lui auront été payées au titre de dividendes, d'intérêts, de capitaux échus ou d'autres sommes échues des titres et autres instruments financiers en système auprès de ce dépositaire.

L'article 16 prévoit que ces sommes sont insaisissables par les créanciers du dépositaire. Elles ne tombent pas non plus dans la masse en cas de procédure collective. Ceci découle nécessairement de leur caractère insaisissable parce qu'elles échappent au gage général des créanciers. Cette protection est en effet indispensable au vu du caractère libératoire pour l'émetteur du paiement de ces sommes à un tel dépositaire tel qu'il est prévu par la loi¹⁶.

(2) *Loi du 21 novembre 1997 relative aux banques d'émissions de lettres de gage modifiant la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier :*

24-9. L'article 12-8 de la loi du 5 avril 1993, qui traite du privilège des porteurs de lettres de gage sur les valeurs de couverture, prévoit la création d'un patrimoine d'affectation dans la banque d'émission de lettres de gage. Ce patrimoine d'affectation couvre les « valeurs de couverture » définies par l'article 12-5 de la loi de 1993. Ces valeurs de couverture ne peuvent être ni saisies ni faire l'objet d'une quelconque mesure d'exécution par des créanciers personnels de l'émetteur autres que les porteurs de lettres de gage qui sont garanties par ce patrimoine d'affectation.

Pareillement, les valeurs de couverture ne font pas partie de la masse en cas de liquidation collective de la banque d'émission de lettres de gage, sauf si, après désintéressement total des créanciers bénéficiant du « privilège »¹⁷ sur les valeurs de couverture, il reste des avoirs qui sont alors transférés à la masse de la liquidation.

(3) *Loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances :*

24-10. L'article 39 (tel que modifié, mais sur d'autres points, par une loi du 8 août 2000) prévoit que les actifs représentatifs des provisions techniques

¹⁶ Il est vrai que ce caractère libératoire pourrait se justifier également par le fait que le dépositaire agit comme mandataire du déposant (et de la chaîne des dépositaires intermédiaires).

¹⁷ Curieusement, la loi parle de privilège alors que les valeurs de couverture constituent un patrimoine d'affectation. Il est vrai que les deux notions présentent des similitudes, mais elles se distinguent fondamentalement par le fait que les biens grevés d'un privilège font partie du patrimoine général tandis que les valeurs de couverture en sont séparées. Il est vrai que contrairement aux actifs fiduciaires, qui ne pourront pas être transférés à la masse du fiduciaire (sauf si celui-ci à un droit contractuel sur eux), la loi de 1997 prévoit que tout surplus des avoirs de couverture sera ainsi transféré. Le patrimoine d'affectation prévu par la loi de 1997 n'est donc pas tout à fait assimilable à celui créé à l'occasion d'un contrat fiduciaire.

constituent « un patrimoine distinct », qui est affecté par privilège à la garantie du paiement des obligations résultant de l'exécution des contrats d'assurance directe et des contrats conclus avec des fonds de pension ainsi que des dettes nées du fait des valeurs encaissées en vue de l'établissement de contrats d'assurance directe.

(4) *Lois du 30 mars 1988 et du 20 décembre 2002 relatives aux organismes de placement collectif (OPC) :*

24-11. À l'origine, la loi de 1988, appliquant la théorie du patrimoine unique, prévoyait que les OPC à compartiments multiples constituaient une seule et même entité juridique. Ceci signifiait que chaque compartiment répondait des dettes de l'OPC, donc également des dettes d'un autre compartiment non couvertes par les actifs de ce dernier. C'est à la suite d'une loi du 17 juillet 2000 que l'article 111 de la loi de 1988 fut modifié. Maintenant, et sous réserve de dispositions contraires du règlement de gestion ou des statuts de l'OPC, chaque compartiment ne répond plus que des dettes qui le concernent et ceci par dérogation expresse à l'article 2093 du Code civil qui est à la base de la théorie du patrimoine unique.

La loi du 20 décembre 2002, qui a transposé les nouvelles directives dites produits et sociétés de gestion (UCITS III), prévoit en son article 133 (5) le même régime que la loi modifiée de 1988.

À l'intérieur des OPC à compartiments multiples, chaque compartiment représente ainsi un patrimoine d'affectation. Ceci signifie qu'il n'y a pas de patrimoine de l'OPC dans la compréhension traditionnelle du terme ou à côté des patrimoines d'affectation.

(5) *Loi du 8 juin 1999 créant les fonds de pension sous forme de société d'épargne-pension à capital variable (sepcav) et d'association d'épargne-pension (assep) :*

24-12. Les articles 8 (10) (pour les sepcav) et 33 (pour les assep) contiennent une règle identique pour les fonds de pension à compartiments multiples à celle prévue par les lois du 30 mars 1988 et du 20 décembre 2002.

(d) *La jurisprudence*

24-13. Il ne semble pas y avoir eu de litiges concernant un contrat fiduciaire soumis au Règlement. Une recherche effectuée dans la banque de données du Service de documentation juridique auprès du Parquet général n'a pas permis d'identifier de décision ayant eu à interpréter le règlement.

Tout au plus peut-on signaler un arrêt de la Cour d'Appel¹⁸ qui a implicitement admis la validité d'un contrat fiduciaire de droit luxembourgeois non soumis au Règlement et qui a jugé que les règles du mandat, à l'exception de celles qui reposent sur la représentation, s'appliquent aux relations entre fiduciant et fiduciaire sous réserve pour les parties de pouvoir y déroger.

Par contre, la jurisprudence luxembourgeoise a eu à se prononcer sur la reconnaissance de trusts et de contrats fiduciaires étrangers et notamment suisses. En résumé, la jurisprudence luxembourgeoise a admis le droit d'action du *Trustee*¹⁹. La même solution a été admise pour un fiduciaire agissant conformément à un contrat de fiducie de droit suisse²⁰. La jurisprudence a pareillement admis l'application du droit suisse à une fiducie conclue en Suisse et a refusé un droit d'action direct du fiduciant sur les biens donnés en fiducie²¹.

La Cour a pris soin de noter que « l'action n'implique pas la reconnaissance sur un bien situé au Luxembourg d'un droit réel ignoré du droit luxembourgeois et qu'elle n'a pas pour effet d'introduire un droit réel dans un système juridique qui l'ignore ».

(e) La loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires

24-14. Le Luxembourg est une des parties signataires de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

Le premier objet de la Loi, issue du projet de loi n° n° 4721, vise à autoriser la ratification de ladite Convention.

Le deuxième objet de la Loi vise à réformer le régime légal des contrats fiduciaires. Le but de cette révision est, selon l'exposé des motifs²¹, « d'assurer la meilleure harmonie possible entre le trust et la fiducie et [...] d'adapter le régime du contrat fiduciaire aux nouveaux besoins de la pratique bancaire et financière ».

La présente contribution se limitera à décrire les changements apportés à l'institution du contrat fiduciaire par la Loi.

À la fin de cette contribution est reproduite la partie de la Loi traitant du contrat fiduciaire en regard du Règlement afin de faciliter la comparaison entre les deux textes.

¹⁸ Cour, 28 janvier 1997, n° du rôle 18412.

¹⁹ Cour, 22 mai 1996, *Bull. Droit et Banque*, 1997, n° 26, p. 47, note P. KINSCH.

²⁰ Cour, 10 décembre 1989, n° doc. Service de documentation: 98913918.

²¹ Trib. arr. Luxembourg, 4 mai 2000, n° du rôle 63348, Cour, 2 mai 1992, n° du rôle 10595.

²² *Doc. parl.* n° 4721 p. 2.

Le gouvernement déclare à l'exposé des motifs que le texte proposé reste pleinement dans l'esprit du Règlement dont le projet retient pour l'essentiel le régime. L'intention du gouvernement n'est donc « nullement [de] bouleverser l'institution ni ses modalités de mise en œuvre mais que la réforme entend consolider la fiducie par un renforcement de sa sécurité juridique tout en élargissant les applications potentielles »²³.

À la lecture des titres II et III de la Loi (le titre I traitant de la loi applicable au trust et de sa reconnaissance, donc de la ratification de la Convention de La Haye), on constate qu'il y a, d'une part, les modifications qui sont dans la continuité du Règlement (titre 1) et, d'autre part, des apports totalement nouveaux (titre 2). Les apports nouveaux comprennent une disposition qui, selon l'application qui en sera faite par les tribunaux et l'appréciation dont elle fera l'objet de la part des opérateurs économiques et financiers, des autorités de contrôle et des agences de cotation, sera susceptible d'ébranler fondamentalement l'institution et d'en réduire sensiblement l'utilisation et l'attrait, surtout dans les cas du choix libre de la loi applicable dans les situations transfrontalières²⁴.

Il convient également d'analyser si le contrat fiduciaire du Règlement et le contrat fiduciaire soumis à la Loi bénéficieront l'un et l'autre de la reconnaissance aux termes de la Convention de La Haye (titre 3).

TITRE 1

Les modifications apportées par la Loi dans la continuité du Règlement

24-15. Ces modifications peuvent se décliner en deux catégories, dont la ligne de partage n'est d'ailleurs pas très nette : d'une part, les éléments qui au fond restent inchangés et, d'autre part, les évolutions qui s'inscrivent dans une continuité de l'œuvre législative de 1983.

²³ *Doc. parl.* n° 4721 p. 5.

²⁴ Article 7 (6) de la loi permettant au juge pour motifs graves de prononcer l'extinction du contrat fiduciaire, voy. *infra*, n°s 24-69 et s. et 24-74 et s.

CHAPITRE 1

Les éléments inchangés

1. *La définition*

24-16. L'article 2 du Règlement définissait le contrat fiduciaire comme suit :

« 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. »

La nouvelle définition contenue à l'article 5 de la Loi se calque clairement sur la définition du Règlement tout en utilisant certains termes différents. L'article 5 de la Loi prévoit que :

« [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. »

Selon le commentaire des articles, la définition du Règlement a été adaptée à cause de « la situation nouvelle créée par la ratification de la Convention de La Haye »²⁵. Le but est bien évidemment de faire rentrer le contrat fiduciaire dans la définition de l'article 2 de la Convention de La Haye qui définit le terme « trust » et en détermine les caractéristiques²⁶.

Une comparaison des définitions du Règlement et de la Loi démontre effectivement que les distinctions sont mineures et de style plutôt que de substance.

(a) *La fiducie nécessite un contrat*

24-17. Le contrat fiduciaire reste un contrat. Sont donc toujours exclues les constitutions d'une fiducie par un simple acte unilatéral, contrairement au trust qui peut être créé par acte unilatéral. Le fait que la définition met en présence une personne en tant que fiduciaire et une autre personne en tant que fiduciaire n'empêche cependant pas que, dans un même contrat, plusieurs personnes peuvent agir comme fiduciaires ou qu'un ou plusieurs fiduciaires nomment plusieurs fiduciaires.

Les conditions de fond du droit commun applicables aux contrats en général restent d'application²⁷.

²⁵ *Doc. parl.* n° 4721 ; p. 10.

²⁶ Voy. à ce sujet *infra* n°s 24-95 et s.

²⁷ Ph. Hoss, *op. cit.*, p. 1097.

(b) Le fiduciaire

24-18. Le deuxième élément de la définition est la qualité du fiduciaire, qui, dans le Règlement, est limitée aux établissements de crédit et qui, dans la Loi, est étendue à d'autres professionnels²⁸.

(c) La propriété

24-19. Troisième élément, le fiduciaire doit, aux termes du contrat fiduciaire, « devenir propriétaire de biens ». Ceci correspond au Règlement qui disait que le fiduciaire sera rendu titulaire de droits patrimoniaux. Fondamentalement, il n'y a aucune différence de régime entre la terminologie du Règlement et celle de la Loi. En effet, le critère principal du contrat fiduciaire reste le transfert de la propriété de biens au fiduciaire. La Loi comme le Règlement 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 tiers²⁹.

La nouvelle terminologie répond à la volonté de « coller » au plus près à l'article 2 de la Convention de La Haye. L'article 2 de la Loi prévoit d'ailleurs que pour les biens situés au Luxembourg et qui font l'objet d'un trust, la situation du *trustee* est déterminée « par référence » à celle d'un propriétaire. En d'autres termes, le *trustee* est assimilé à un propriétaire pour les droits qu'il peut exercer au regard de ces biens.

Selon les documents parlementaires, il existerait une différence entre les droits du *trustee* et ceux d'un fiduciaire quant aux actifs qu'ils détiennent *ès qualités*. En effet, aux termes de l'article 5 de la Loi, le fiduciaire devient véritablement *propriétaire* des biens formant le patrimoine fiduciaire, tandis que pour le *trustee* cette « référence a pour seul effet de poser des termes de comparaison dans le cas où une incertitude pourrait exister sur l'exacte étendue des droits ou pouvoirs d'un *trustee* » au regard des biens situés au Luxembourg. « Elle ne doit pas être comprise comme une assimilation pure et simple du trust à la propriété du droit luxembourgeois »³⁰.

L'assimilation des droits du *trustee* ne sera faite que dans certaines limites qui, selon le commentaire des articles, seraient celles imposées par la loi du trust et l'acte de constitution du trust.

Ceci souligne, si besoin en était, que le droit de propriété du fiduciaire est la propriété de droit commun.

(d) Le patrimoine fiduciaire

24-20. Le quatrième élément est le patrimoine d'affectation. La définition de la Loi indique que les biens détenus par le fiduciaire *ès qualités* forment « un »

²⁸ Voy. *infra* nos 24-30 et s.

²⁹ Ph. Hoss, *op. cit.*, p. 1095.

³⁰ Commentaire des articles, *Doc. parl.* n° 4721 p. 9.

patrimoine fiduciaire. L'utilisation de l'article indéfini « un » plutôt que de l'article défini « le » indique que, pour chaque contrat fiduciaire, un patrimoine fiduciaire séparé est créé à l'intérieur (ou plutôt à côté) du patrimoine personnel du fiduciaire et que chaque contrat fiduciaire crée un patrimoine d'affectation séparé. Ceci est répété et précisé par l'article 6 (1) de la Loi, qui prévoit que le patrimoine fiduciaire est non seulement distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, mais également de tout autre patrimoine fiduciaire détenu par ce même fiduciaire³¹.

Le règlement ne contenait pas cette précision quant à la séparation des patrimoines fiduciaires entre eux, mais la solution y est absolument identique. Il prévoit que l'actif fiduciaire ne peut être saisi que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire. Ceci exclut tous les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion d'une autre opération fiduciaire. Le Règlement prévoyait donc déjà nécessairement un patrimoine d'affectation séparé par opération fiduciaire³².

(e) Les obligations fiduciaires

24-21. Le dernier critère du contrat fiduciaire est que le fiduciaire est rendu propriétaire sous les obligations déterminées par les parties au contrat. Ceci correspond au concept de passif fiduciaire du Règlement limitant l'exercice des droits patrimoniaux du fiduciaire³³. Ces obligations représentent les droits vis-à-vis du fiduciaire, du fiduciaire et, le cas échéant, du bénéficiaire, qu'il soit partie au contrat ou qu'il bénéficie d'une stipulation pour autrui. Ce sont ces obligations qui « 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 »³⁴.

24-22. On constate que, hormis la qualité exigée du fiduciaire, la définition du contrat fiduciaire de la Loi est au fond identique à celle du Règlement, ce qui a son importance au regard de l'application de la Convention de La Haye aux contrats fiduciaires soumis au Règlement³⁵.

Le commentaire des articles souligne expressément qu'il sera tout à fait possible de conclure des contrats fiduciaires en dehors du champ d'application de la Loi et précise que l'unique conséquence sera que ces contrats fiduciaires non soumis à la Loi échappent à son régime. En clair, ceci signifie que le contrat fiduciaire peut constituer un type de contrat valable en dehors de la Loi, ce qui était déjà admis par la jurisprudence³⁶, mais que tous les aspects dérogatoires

³¹ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 3.

³² Ph. Hoss, *op. cit.* p. 1088.

³³ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 3.

³⁴ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 3.

³⁵ Voy. *infra* nos 24-95 et s.

³⁶ Voy. *supra* n° 24-13.

au droit commun qui sont contenus dans ce texte ne s'appliqueront pas 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 fiduciaire³⁷.

2. *L'actif fiduciaire et le patrimoine fiduciaire*

(a) *Le patrimoine fiduciaire*

24-23. Il a déjà été signalé que la Loi n'utilise plus la terminologie d'actif et de passif fiduciaire. La référence est maintenant à un patrimoine fiduciaire. Ceci ne traduit cependant aucun changement quant au fond. Le Conseil d'État ne s'y est pas trompé alors qu'il remarque que « ces notions se maintiendront cependant sans doute pour désigner respectivement les droits patrimoniaux et les obligations du fiduciaire ».

Aubry et Rau ont défini le patrimoine comme « l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire une masse de biens qui, de nature et d'origine diverses, et matériellement séparés, ne sont réunis par la pensée qu'en considération du fait qu'ils appartiennent à une même personne »³⁸. Le patrimoine comprend ainsi les biens (dans une approche comptable, nous dirions les éléments d'actif) et un passif, qui, dans l'acceptation classique du patrimoine, représente tous les créanciers du débiteur qui peuvent prétendre au patrimoine alors que celui-ci, conformément aux articles 2092 et 2093 du Code civil, constitue le gage commun de tous ses créanciers.

Il faut cependant distinguer entre le passif qui fait partie du patrimoine fiduciaire, du passif fiduciaire proprement dit qui représente les obligations du fiduciaire vis-à-vis du ou des fiduciaires et du ou des bénéficiaires.

(b) *Le passif du patrimoine fiduciaire*

24-24. La qualité de propriétaire comporte non seulement des droits, mais également des obligations. Les documents parlementaires, en relation avec les droits de propriété reconnus au *trustee*, soulignent que celui-ci a pu accéder à toutes les prérogatives d'un propriétaire, mais devra également en subir toutes les charges³⁹.

³⁷ Ceci semble également signifier qu'un transfert de propriété à titre de garantie effectué sous forme d'un contrat fiduciaire avec un fiduciaire ne tombant pas dans une des catégories de l'article 4 de la Loi sera néanmoins un contrat fiduciaire, mais, dans ce cas, uniquement soumis à la loi du 1^{er} août 2001 alors qu'une telle fiducie sûreté conclue avec un établissement pouvant être un fiduciaire au regard de la Loi bénéficiera en plus de ses dispositions à moins que les parties ne décident expressément d'exclure l'application de la loi sur le contrat fiduciaire.

³⁸ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, 6^e éd. par ESMEIN, Librairies techniques, 1953, § 573, t. 9.

³⁹ *Doc. parl.* n° 4721 p. 9.

Il n'en était pas autrement sous l'empire du Règlement, bien que celui-ci parle d'un actif fiduciaire, ce terme décrivant les droits patrimoniaux dont le fiduciaire est titulaire.

Le fiduciaire aura souvent comme instruction de conclure des contrats portant sur les biens dont il détient la propriété à titre fiduciaire et ces contrats comprendront des obligations à sa charge en relation avec ces biens. Ceci peut prendre la forme assez simple d'un contrat de dépôt avec un dépositaire de titres ou d'autres avoirs fongibles dans le cas de placements fiduciaires de titres ou de liquidités. Dans ce cas, le passif du patrimoine fiduciaire se résume en général aux paiements des frais de dépôt et comporte normalement aussi la nécessité de signer les conditions générales d'ouverture de compte du banquier dépositaire⁴⁰. Dans des structures plus complexes, le fiduciaire est amené à conclure des contrats d'échange de taux et/ou de devises, des ventes à terme, des ouvertures de crédit ou des opérations de *credit default swap* avec des passifs complexes et étendus.

Le passif du patrimoine fiduciaire comprendra ainsi toutes les charges qui se rattachent à l'actif fiduciaire et toutes les obligations que le fiduciaire aura souscrites ou assumées vis-à-vis de tiers par rapport à cet actif fiduciaire conformément au contrat fiduciaire.

(c) Le passif fiduciaire

24-25. Le passif fiduciaire proprement dit est représenté par les obligations du fiduciaire résultant du contrat fiduciaire à l'égard du fiduciaire et, le cas échéant, du tiers bénéficiaire. Celles-ci consistent en général à remplir la mission qui lui a été confiée et à rendre compte de celle-ci. Sous réserve de dispositions conventionnelles, la responsabilité du fiduciaire quant à ces obligations se calque sur celle du mandat salarié⁴¹.

(d) La protection du patrimoine fiduciaire

24-26. La distinction entre le passif du patrimoine fiduciaire, d'une part, et le passif fiduciaire, d'autre part, trouve sa suite logique dans le patrimoine d'affectation. « Le patrimoine fiduciaire n'est pas le gage commun de tous les créanciers du fiduciaire mais est réservé à une catégorie tout à fait particulière d'entre eux, à savoir ceux dont les droits seront nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire »⁴² (appelés ci-après les créanciers sur l'actif fiduciaire).

⁴⁰ Le fiduciaire devrait prendre soin d'écarter les clauses d'unicité de comptes et ne pas consentir de gage sur le compte comprenant des actifs fiduciaires ou au moins en limiter les effets à la couverture des créances du dépositaire nés à l'occasion des actifs fiduciaires.

⁴¹ Ph. Hoss, *op. cit.*, p. 1101.

⁴² Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 4.

Le créancier personnel du fiduciaire se voit interdire tout droit de saisie sur l'actif fiduciaire. Cette disposition ne doit cependant pas être comprise dans la limite stricte du droit de la saisie.

Parce que le droit de saisie des créanciers personnels est exclu par rapport à l'actif fiduciaire, il est évident que « cet actif doit être réservé, même en dehors des cas de saisie, aux créanciers sur l'actif fiduciaire. »⁴³

Nonobstant ce texte clair, dans une première phase le créancier personnel sera à même de rendre l'actif fiduciaire indisponible. L'autorisation de saisir des biens appartenant au fiduciaire sera obtenue du président du tribunal d'arrondissement sans débat contradictoire au vu des éléments présentés soit par un créancier personnel de bonne foi, soit par un créancier de mauvaise foi cédant la nature fiduciaire des actifs dont il demande la saisie.

L'ancienne jurisprudence en matière de saisie, aux termes de laquelle le juge des référés se disait incompétent pour connaître des demandes de mainlevée, aurait été particulièrement néfaste pour l'efficacité de la protection offerte aux créanciers fiduciaires et aux fiduciaires. Depuis le revirement de la jurisprudence par un arrêt de la Cour d'Appel du 22 juin 2002 permettant une intervention du juge du référé, une saisie par un créancier personnel sur un actif dont la qualité fiduciaire pourra être rapportée ne devrait être que temporaire.

La protection est également assurée en dehors du cas de saisie.

Tel que le relève justement le rapport de la Commission juridique, le Règlement écartait l'actif fiduciaire du recours de la masse en cas de liquidation collective du fiduciaire. La Loi cite la liquidation et la faillite du fiduciaire et toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels.

Le nouveau texte couvre toutes les situations de concours entre *créanciers personnels* du fiduciaire, sans mentionner les créanciers sur l'actif fiduciaire. Une situation de concours peut cependant exister entre divers prétendants à un patrimoine fiduciaire.

(e) Le concours sur le patrimoine fiduciaire

24-27. On distinguera quatre catégories de personnes pouvant prétendre au patrimoine fiduciaire.

(i) les tiers (au contrat fiduciaire) dont les créances sont nées à l'occasion du patrimoine fiduciaire, (ii) le fiduciaire, (iii) les bénéficiaires et (iv) les fiduciaires. Les tiers peuvent être subdivisés entre ceux dont les droits et les rôles respectifs sont prévus dans la documentation contractuelle liant les parties (que l'on décrira comme des créanciers contractuels) et ceux qui interviennent de façon incidente ou dont les droits naissent indépendamment de la volonté des parties (par exemple sur base d'une responsabilité aquilienne du fait des choses ou d'une gestion d'affaires) (que l'on décrira comme des créanciers incidents).

⁴³ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 4.

Les droits du fiduciaire vont dépendre de son rôle. S'il fournit uniquement un service d'intermédiaire, ses droits se limiteront en général à ses honoraires, le remboursement de ses frais et le droit de se faire tenir quitte et indemne des dommages qu'il subit du fait de son intervention (sous réserve de ceux causés par sa faute). Si le fiduciaire est partie prenante à l'opération sous-jacente, il est en général un bénéficiaire du patrimoine fiduciaire ou du produit qui peut en résulter.

Les droits respectifs du fiduciaire et des bénéficiaires sont en principe prévus au contrat fiduciaire, qu'il convient d'appliquer.

Ainsi, les droits respectifs des créanciers contractuels du fiduciaire, des bénéficiaires et du fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire ou certaines parties de celui-ci seront prévus contractuellement et le patrimoine fiduciaire devra alors être distribué conformément aux stipulations contractuelles.

24-28. Dans l'hypothèse où les droits des divers intervenants ne sont pas précisément définis, des droits concurrents vont s'exercer sur le patrimoine fiduciaire.

Il faudra alors procéder comme s'il s'agissait d'un patrimoine « normal », étant entendu que les droits du fiduciaire et des bénéficiaires seront subordonnés à ceux des créanciers sur l'actif fiduciaire et du fiduciaire, les droits de ce dernier étant eux-mêmes subordonnés à ceux des créanciers⁴⁴. Les droits des créanciers entre eux seront déterminés selon qu'ils bénéficient d'un privilège ou d'un droit de rétention ou qu'ils peuvent faire valoir une compensation ou ne sont que des chirographaires.

Tout comme le Règlement l'exigeait, la Loi maintient l'obligation d'une comptabilisation séparée du patrimoine fiduciaire par rapport au patrimoine personnel. En outre, les patrimoines fiduciaires devront être comptabilisés séparément entre eux.

Par rapport au contrat fiduciaire du Règlement, nous avons écrit que la limitation du droit de propriété du fiduciaire ne résidait pas dans sa nature, mais seulement dans son exercice⁴⁵. La loi confirme cette analyse: le fiduciaire est intégralement assimilé au propriétaire en ce qui concerne les biens qu'il reçoit en propriété. Par contre, il aura pris des engagements concernant l'exercice de ces droits vis-à-vis du fiduciaire, voire de tiers bénéficiaires qui vont affecter l'exercice de son droit de propriété.

La limitation contractuelle imposée au fiduciaire en application du contrat fiduciaire ne vaut en principe qu'entre parties. C'est à cet égard que de la loi innove par le biais d'une disposition expresse concernant l'opposabilité des dispositions du contrat fiduciaire aux tiers⁴⁶.

⁴⁴ Ph. Hoss, *op. cit.*, p. 1088.

⁴⁵ Ph. Hoss, *op. cit.*, p. 1087.

⁴⁶ Voy. *infra* nos 24-46 et s.

3. *L'absence de représentation*

24-29. Comme le constate justement le rapport de la Commission juridique⁴⁷, la Loi confirme la règle prévue par le Règlement et base le contrat fiduciaire sur les règles du mandat 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. Logiquement, la 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.

Le Règlement prévoyait déjà que le contrat fiduciaire ne pouvait pas confier au fiduciaire le pouvoir de représenter le fiduciaire. Cette disposition allait en fait de soi, d'abord parce que le fiduciaire, étant rendu propriétaire de l'actif fiduciaire, ne saurait engager une autre personne que lui-même sur ses biens et, ensuite, parce que les règles du mandat reposant sur la représentation étaient écartées. La Loi n'a pas repris cette disposition qui n'était en fait pas nécessaire. Dans le contexte d'une comparaison avec le mandat, la Loi contient de nouvelles dispositions qui seront analysées ci-après⁴⁸. Celles-ci font partie des éléments nouveaux introduits par la Loi qui s'inscrivent néanmoins dans une continuité de l'institution telle qu'elle a été créée par le Règlement.

CHAPITRE 2

Les éléments nouveaux

1. *Extension ratione personae*

24-30. Le Règlement limite ses effets aux contrats fiduciaires dans lesquels le fiduciaire est un établissement de crédit. À l'époque, le motif de cette limitation était que ces établissements offraient une surface financière importante et présentaient les garanties nécessaires tant aux fiduciaires qu'aux bénéficiaires et encore aux créanciers sur l'actif fiduciaire⁴⁹. Il faut également rappeler qu'à l'origine, les opérations fiduciaires étaient limitées par rapport aux fonds propres des établissements de crédit⁵⁰. Il avait en plus été estimé que l'intervention d'un établissement de crédit garantirait une application correcte et sans abus du Règlement⁵¹. Une protection supplémentaire devait résulter de la surveillance des établissements de crédit, à l'époque par l'Institut Monétaire Luxembourgeois, remplacé aujourd'hui par la Commission de surveillance du

⁴⁷ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 4.

⁴⁸ *Voy. infra* nos 51 et s.

⁴⁹ Ph. Hoss, *op. cit.*, p. 1096.

⁵⁰ *Voy. supra* n° 24-2.

⁵¹ Exposé des motifs, *Doc. parl.* n° 2641, p. 2.

secteur financier. La réputation commerciale des établissements de crédit jouerait enfin le rôle d'un frein efficace contre les abus.

La Loi étend considérablement le champ d'application *ratione personae* alors qu'elle s'applique 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 placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurances ou de réassurance ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier⁵².

L'objectif serait de limiter le domaine d'application à des professionnels soumis à un contrôle de nature à assurer la protection des intérêts des fiduciaires et des bénéficiaires⁵³. L'exposé des motifs prend soin de préciser que le champ d'application n'est pas restreint aux professionnels agréés ou contrôlés par les autorités luxembourgeoises ou par celles d'un autre État membre de l'Espace économique européen. Il insiste sur le fait que le champ d'application est « délibérément » étendu à l'ensemble de ces professionnels, quelle que soit leur origine et, partant, le siège de leur autorité de contrôle. Et il précise qu'un contrat fiduciaire pourrait être conclu même avec une banque étrangère ne disposant d'aucun établissement ni au Luxembourg ni dans l'Espace économique européen.

Ce dernier aspect pourra d'ailleurs donner naissance à des problèmes de droit international privé en cas de situation de concours du fiduciaire⁵⁴. Cependant, avant de traiter cette question, il échet de brièvement passer en revue les différentes catégories de professionnels pouvant être fiduciaire.

A. Les différentes catégories de professionnels pouvant agir comme fiduciaire

(1) Les établissements de crédit

24-31. En ce qui concerne le Luxembourg, ce sont les 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.

Pour les établissements étrangers, il s'agit d'abord des établissements communautaires tombant sous le champ d'application de la directive 2000/12/CE. Il s'agit ensuite des établissements de pays tiers qui répondent à la définition de la loi luxembourgeoise.

⁵² Un projet de loi n° 5199 relative à la titrisation publié le 23 septembre 2003 ajoute à cette énumération les représentants fiduciaires agissant dans le cadre d'une opération de titrisation.

⁵³ Exposé des motifs, *Doc. parl.* n° 4721 p. 10; rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 4.

⁵⁴ Voy. *infra* nos 41 et s.

(2) Les entreprises d'investissement

24-32. En ce qui concerne le Luxembourg, ce sont les entreprises d'investissement qui font l'objet de 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'OPC et les preneurs fermes (et, à partir du 1^{er} octobre 2003, les dépositaires professionnels de titres et d'autres instruments financiers et les agents de transfert et de registre⁵⁵).

Pour les entreprises étrangères communautaires et non communautaires, il faudra appliquer une règle d'assimilation similaire à celle décrite pour les établissements de crédit⁵⁶.

24-33. On peut cependant s'interroger sur la question de savoir si la référence aux entreprises d'investissement contenue à l'article 4 de la Loi est à comprendre comme étant limitée aux entreprises d'investissement soumises à la sous-section I de la loi de 1993.

L'article 13 (1), deuxième alinéa, de la loi de 1993 définit les entreprises d'investissement comme étant celles qui « exercent à titre professionnel une activité consistant à fournir à des tiers un service d'investissement », ce dernier étant défini comme tout service figurant à la section A de l'annexe II de la loi de 1993 et portant sur l'un des instruments énumérés à la section B de l'annexe II.

L'article 13 (2) exclut du champ d'application de la loi de 1993 certaines personnes ou entreprises qui fournissent des services d'investissement et qui tombent donc sous la définition d'« entreprises d'investissement ». Ces entreprises expressément exclues sont donc des entreprises d'investissement qui n'ont pas besoin d'un agrément sous le chapitre 2 de la loi de 1993 sur le secteur financier, mais qui, en revanche, ne bénéficient pas du passeport européen.

La conclusion logique serait que les entreprises d'investissement qui, au regard de l'article 13 (2), ne nécessitent pas un agrément pourront néanmoins, en tant que fiduciaires, conclure des contrats fiduciaires soumis à la loi sur le contrat fiduciaire.

Une première objection à cette conclusion se baserait sur le commentaire des articles faisant référence au contrôle auquel seraient soumis les professionnels du secteur financier et des assurances de façon à garantir la protection des inté-

⁵⁵ Loi du 20 août 2003 portant

- modification de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ;
- modification de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une Commission de surveillance du secteur financier ;
- modification de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés.

⁵⁶ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 5.

rêts des fiduciaires, contrôle qui n'existe pas pour les entreprises d'investissement exclues du champ d'application du chapitre 2 de la Loi de 1993.

Cette première objection formule une exigence, à savoir le contrôle prudentiel, qui n'apparaît pas en tant que telle à l'article 4 de la loi. Ce critère du contrôle prudentiel fait en plus défaut pour les fiduciaires qui sont des organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier, à moins d'estimer que ces organismes sont, de par leur nature, soumis à un contrôle apte à garantir la protection des intérêts des fiduciaires et des bénéficiaires.

Avec tout le respect qu'il faut avoir pour ces organismes souvent prestigieux, il doit être permis d'en douter alors que le contrôle présuppose une autorité de surveillance externe et ayant sur le contrôlé des pouvoirs d'intervention et d'injonction, voire de suspension. Or, le contrôle d'organismes nationaux et internationaux relève en règle générale soit d'une autorité de tutelle étatique, soit des États membres ou de l'organisation internationale qui ont créé l'organisme en question.

Une deuxième objection est que l'article 13 (2) exclut du champ d'application les gestionnaires d'OPC luxembourgeois visés par la loi du 30 mars 1988 relative aux OPC et par la loi du 19 juillet 1991 concernant les OPC dont les titres ne sont pas destinés au placement dans le public (également appelés OPC institutionnels)⁵⁷ alors que l'article 4 de la Loi fait rentrer les contrats fiduciaires conclus par des sociétés de gestion de fonds commun de placement dans le champ d'application de la loi sur le contrat fiduciaire. Cette mention des sociétés de gestion ne serait pas nécessaire si le terme « entreprises d'investissement » les incluait.

Cet argument ne nous semble pas convaincant. D'abord, la Loi s'applique aussi aux sociétés de gestion étrangères, alors que les sociétés luxembourgeoises sont les seules à être concernées par l'article 13 (2) de la loi de 1993.

Ensuite, une interprétation ne devrait pas être rejetée simplement parce qu'elle aboutit à inclure le même professionnel à plusieurs titres dans le champ d'application de la loi analysée.

Un argument en faveur d'une lecture large est que les établissements non communautaires devront être analysés au regard de la définition d'une entreprise d'investissement prévue à l'article 13 (1) de la loi de 1993. Or, ceci conduirait à reconnaître l'application de la loi sur le contrat fiduciaire à des entreprises d'investissement non communautaires qui, si elles étaient au Luxembourg, seraient énumérées à l'article 13 (2) de la loi de 1993, mais de refuser cette application à des entreprises luxembourgeoises tombant sous l'article 13 (2)⁵⁸.

⁵⁷ L'adoption de la loi du 20 décembre 2002 sur les OPC n'a pas donné lieu à une modification de l'article 13 (2) afin d'y inscrire les gestionnaires OPC soumis à la loi de 2002. Il est vrai qu'ils devraient être couverts par l'article 13 (2), dernier tiret, qui vise les autres personnes exerçant une activité réglementée par une loi particulière.

⁵⁸ Pour un argument supplémentaire en faveur d'une lecture large, voy. *infra* n° 24-35.

Bien que les considérations en faveur d'une interprétation large soient solides, il n'est pas possible de dégager une position définitive sur cette question et la prudence recommandera sans doute à la pratique de se tenir à une lecture restrictive du concept d'entreprise d'investissement.

(3) Les sociétés d'investissement à capital variable ou fixe

24-34. 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 OPC, soit, à partir du 13 février 2004, par la loi du 20 décembre 2002 concernant les OPC, soit par la loi du 19 juillet 1991 sur les OPC institutionnels⁵⁹.

La pratique s'interrogera sur l'utilité du contrat fiduciaire pour les SICAV ou SICAF, surtout que, depuis la loi du 17 juillet 2000 modifiant l'article 111 de la loi de 1988 et aux termes de l'article 133 de la loi de 2002, chaque compartiment d'un OPC à compartiments multiples représente une partie distincte du patrimoine de l'OPC. Ceci assure déjà une « ségrégation » des avoirs et des obligations de chaque compartiment opérant un *ring-fencing* en faveur de leurs actionnaires et de leurs créanciers⁶⁰.

Une utilisation intéressante pourra être considérée dans le cadre des opérations de prêts de titres effectuées par les OPC et dans lesquels l'emprunteur fournit des garanties à l'OPC sous forme de dépôts de liquidités.

Les exigences prudentielles auxquelles est soumis l'emprunteur des titres prévoient en général un traitement favorable si les avoirs transférés en garantie à l'OPC ne tombent pas dans la masse de ce dernier en cas de faillite. Le recours à un transfert à titre fiduciaire permettrait à l'OPC de détenir les avoirs en garantie du risque sur l'emprunteur et à ce dernier de pouvoir récupérer les valeurs affectées en garantie sans devoir subir la loi du concours de l'OPC.

(4) Les sociétés de titrisation

24-35. La loi luxembourgeoise ne connaît pas pour l'instant le concept de société de titrisation.

Un projet de loi n° 5199 relative à la titrisation a été déposé le 23 septembre 2003. Cette lacune sera donc comblée sous peu.

Dans le contexte du débat concernant les entreprises d'investissement et notamment de la question de savoir si elles doivent être soumises à un contrôle pour entrer dans le champ d'application de la Loi⁶¹, le projet de la loi relative à la

⁵⁹ Un projet de loi n° 5201 relative à la société d'investissement en capital risque (SICAR) dont le régime, bien que plus libéral, se calque sur celui des OPC (avec notamment la nécessité d'un agrément par la CSSF) n'ajoute pas les SICAR parmi les professionnels pouvant agir comme fiduciaire. Il faut espérer que cet oubli sera réparé avant le vote de cette loi.

⁶⁰ Voy. *supra* n° 24-11.

⁶¹ Voy. *supra* n° 24-33.

titrisation prévoit qu'il existera parmi les sociétés de titrisation des sociétés qui seront soumises à un contrôle par la CSSF et des sociétés non surveillées. Le raisonnement faisant du contrôle prudentiel une condition à la qualité de fiduciaire se trouve ainsi encore une fois écarté.

(5) Les sociétés de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation

24-36. Le commentaire des articles explique que l'inclusion des sociétés de gestion ouvre la possibilité de constituer des OPC sous forme de contrat fiduciaire. Cette possibilité était déjà offerte par le Règlement et avait d'ailleurs été signalée⁶². En effet, la constitution d'un OPC sous forme fiduciaire n'exige pas nécessairement l'intervention d'une société de gestion telle que visée par les lois de 1988 et de 2002 sur les OPC ou par la loi de 1991 sur les OPC institutionnels, un établissement de crédit pouvant en tant que fiduciaire recevoir des actifs de la part des investisseurs. Cet établissement de crédit devra cependant confier la garde des avoirs à un autre établissement de crédit agissant comme banque dépositaire car il ne pourrait cumuler les rôles de fiduciaire et de banque dépositaire.

Il est curieux de constater que l'article 4 de la Loi ne vise que les sociétés de gestion de fonds commun de placement alors que, dès la loi de 1988, existaient les sociétés de gestion de sociétés d'investissement. La loi du 20 décembre 2002 contient d'ailleurs des dispositions spécifiques concernant l'agrément de sociétés de gestion et l'exercice de leurs activités en application de la directive 2001/107/CE dite « directive sociétés de gestion. »

On doit s'interroger sur le point de savoir si l'article 4 de la Loi limite le champ d'application aux sociétés de gestion de fonds communs de placement quand elles interviennent en cette qualité ou si l'agrément de société de gestion du fonds commun de placement est suffisant pour permettre à de telles sociétés d'agir comme fiduciaire dans des opérations sans lien avec un fonds commun de placement géré par elles.

La question peut avoir son importance alors que les sociétés de gestion d'OPCVM agréées conformément à la loi du 20 décembre 2002 sur les OPC peuvent agir en cette qualité également pour des sociétés d'investissement et dans le cadre de mandats discrétionnaires sur une base individuelle, y compris pour gérer les portefeuilles de fonds de pension (article 77 de la loi du 20 décembre 2002)⁶³.

⁶² Ph. HOSS, *op. cit.*, p. 1108 ; M. HOSS et P. RECKINGER, *Les organismes de placement collectif au Luxembourg*, Mémoire de DEA de droit des affaires, Paris I, juin 1989, publié par la Banque de Luxembourg.

⁶³ Les activités de société de gestion d'OPC (autre que des OPCVM) sont limitées à la gestion d'OPC (avec au moins un OPC luxembourgeois sous gestion).

Leur sera-t-il permis de conclure des opérations fiduciaires dans le cadre de leurs mandats discrétionnaires ou de leurs activités annexes (*non-core services*)? La réponse à cette question n'est pas évidente bien que le rapport de la Commission juridique⁶⁴ l'affirme. Il eût été souhaitable que la Loi elle-même le précise.

Quant aux sociétés de gestion de fonds de titrisation, elles font l'objet du projet de loi n° 5199 sur la titrisation cité ci-avant.⁶⁵

(6) Les fonds de pension

24-37. Pour le Luxembourg, il s'agit des sociétés d'épargne-pension à capital variable (sepcav) et des associations d'épargne-pension (assep) prévues par la loi du 8 juin 1999 sur les fonds de pension, mais la Loi devrait également s'appliquer aux fonds de pension organisés sous une autre forme.

(7) Les entreprises d'assurances et de réassurances

24-38. Au Luxembourg, ce sont les entreprises d'assurances et de réassurance soumises à la loi du 6 décembre 1991 telle que modifiée. Il faudra que la pratique développe les utilisations possibles dans ce secteur, une application intéressante pouvant être explorée dans les produits de capitalisation investis dans des « fonds » internes des entreprises d'assurance-vie.

(8) Les organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier

24-39. Quelle est la raison de l'inclusion de ces organismes dans la liste des professionnels pouvant prendre le rôle du fiduciaire ?

L'exposé des motifs et le commentaire des articles sont muets sur la question. Peut-être faut-il simplement trouver la source de leur inclusion dans l'article 61-1 de la loi de 1993 sur le secteur financier traitant de la compensation de créances dans le secteur financier dont l'énumération a été reprise dans d'autres textes législatifs⁶⁶.

Dans le cadre du contrat fiduciaire, l'avantage principal réside dans la création du patrimoine d'affectation, qui échappe ainsi à la masse générale en cas de situation de concours. Or, pour les organismes à caractère public, toute situation de concours devrait en principe être exclue.

Deux avantages peuvent cependant être retenus.

Le premier est la protection du patrimoine fiduciaire contre les mesures d'exécution individuelles des créanciers personnels.

En effet, les avoirs des organismes nationaux peuvent en principe faire l'objet de saisies.

⁶⁴ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 5.

⁶⁵ *Voy. supra* n° 24-35.

⁶⁶ Notamment la loi du 1^{er} août 2001 sur le transfert de propriété à titre de garantie.

Sans entrer dans le détail de la discussion concernant les immunités de juridiction et d'exécution dont bénéficient en principe les organismes internationaux, on peut retenir qu'en général, dans la mesure où les organismes internationaux sortent du domaine de leur souveraineté pour poser des actes commerciaux, ils ne jouissent plus de l'immunité. La protection contre des créanciers personnels d'un organisme international reste donc également utile dans le contexte d'une saisie. Un deuxième avantage consiste dans le fait qu'il ne peut y avoir de doute quant à la possibilité pour de tels organismes de recevoir des garanties sous forme de fiduciaire sûreté en intervenant eux-mêmes comme fiduciaire.

24-40. Les organismes nationaux luxembourgeois devraient inclure la Banque Centrale du Luxembourg, la Société Nationale de Crédit et d'Investissement, la Banque et Caisse d'Épargne de l'État et le Crédit foncier de l'État. En ce qui concerne la Banque et Caisse d'Épargne de l'État, elle est couverte également comme établissement de crédit au Luxembourg. L'Office du Ducroire, qui a pour objet de favoriser les relations économiques et financières internationales, devrait également être considéré comme opérant dans le secteur financier⁶⁷.

On peut s'interroger sur le point de savoir si la CSSF est un organisme national à caractère public opérant dans le secteur financier.

Tout dépend du sens qu'on donne au mot « opérer ». Pris au sens large d'« intervenir » ou de « participer », la CSSF intervient assurément dans le secteur financier. Au sens strict, « effectuer des opérations (commerciales) », la CSSF n'opère pas dans le secteur financier.

L'intervention de la CSSF en tant que fiduciaire pourrait être intéressante, voire souhaitable, notamment en remplacement provisoire d'un fiduciaire par décision de justice (article 7 (6) de la Loi)⁶⁸.

Les organismes nationaux étrangers devraient également pouvoir agir comme fiduciaire et parmi eux les banques centrales étrangères.

En ce qui concerne les organismes internationaux et sans vouloir prétendre à une énumération exhaustive, les organismes suivants devraient tomber sous la définition. Cette liste se base sur 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 mobilières⁶⁹:

- la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (Banque Mondiale);
- la International Finance Corporation;
- le Fonds Monétaire International;

⁶⁷ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 6.

⁶⁸ Voy. *infra* n° 72.

⁶⁹ Ce renvoi des auteurs apparaît également au rapport de la Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 6.

- la Banque Africaine de Développement ;
- la Banque Asiatique de Développement ;
- la Banque Interaméricaine de Développement ;
- le Fonds de Développement Social du Conseil de l'Europe ;
- la Banque centrale européenne ;
- la Banque Européenne d'Investissement ;
- la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement.

B. Les aspects de droit international privé

24-41. En matière de droit international privé, la création du patrimoine d'affectation pourra, le cas échéant, donner lieu à des problèmes de reconnaissance de ce patrimoine à l'étranger, ce qui aura des conséquences sur l'exclusion, prévue par la loi luxembourgeoise, des prétentions des créanciers personnels et de la masse du fiduciaire sur ce patrimoine.

Le problème peut être analysé sous deux angles, qui doivent également être combinés : la localisation du fiduciaire et la localisation de l'actif fiduciaire, à l'étranger ou au Luxembourg. Au vu de la complexité du problème, cette contribution se limitera à un bref aperçu.

Les cas de faillite du fiduciaire au Luxembourg et d'une saisie opérée au Luxembourg sur les actifs fiduciaires y situés appartenant à un fiduciaire luxembourgeois ou étranger *in bonis* ne posent pas de problèmes de droit international privé, car la solution est prévue par la Loi et tombe intégralement sous son application.

(1) Le fiduciaire luxembourgeois ayant des actifs fiduciaires à l'étranger

24-42. En principe, la faillite du fiduciaire luxembourgeois sera uniquement soumise à la loi luxembourgeoise. Dans le cas où l'effet universel de la faillite luxembourgeoise est reconnu dans le pays de localisation de l'actif fiduciaire, la loi devrait également trouver application.

La situation pourra être différente si une procédure secondaire de faillite est ouverte dans le pays de la localisation de l'actif fiduciaire soit en application du règlement CE 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (applicable actuellement aux pays membres de l'Union européenne, sauf le Danemark), soit conformément au droit interne d'un autre pays qui connaît une telle possibilité (par exemple le Danemark). Se posera alors la question de la reconnaissance du patrimoine d'affectation créé par le contrat fiduciaire.

La même question se posera en cas de saisie effectuée par un créancier personnel sur l'actif fiduciaire devant les tribunaux de la localisation de cet actif.

Il convient de distinguer entre les États qui ont ratifié la Convention de La Haye sur la reconnaissance du trust et les autres États.

Si la Convention de La Haye a été ratifiée dans l'État de la localisation de l'actif fiduciaire, cet État devrait en principe reconnaître le contrat fiduciaire en tant

que trust⁷⁰. Conformément à l'article 11 de la Convention, ceci aura comme conséquence que le patrimoine fiduciaire devra être traité comme étant distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Il devra donc être séparé de son patrimoine général en cas de faillite de celui-ci et ne devrait pas pâtir des mesures d'exécution individuelles diligentées par un créancier personnel.

Il faut rappeler que la Convention ne s'applique pas aux questions préliminaires relatives à la validité des actes juridiques par lesquels les biens sont transférés au *trustee*/fiduciaire et que, conformément à l'article 15, la Convention ne fera pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par la règle de conflit du for (c'est-à-dire par la loi de l'insolvabilité) en matière de protection des créanciers en cas d'insolvabilité⁷¹.

Si, par contre, le pays de la localisation de l'actif fiduciaire n'a pas ratifié la Convention de La Haye, tout dépendra de la question de savoir si la législation ou la jurisprudence de ce pays reconnaît ce patrimoine d'affectation.

En ce qui concerne les fiduciaires qui sont des établissements de crédit de droit luxembourgeois, la problématique des procédures secondaires de la faillite ne se posera plus sur le plan européen une fois que la directive 2001/24/CE du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit sera transposée en droit interne (au plus tard le 5 mai 2004) dès lors que cette directive consacre le principe de la faillite unique des établissements de crédit. Pour les entreprises d'assurance luxembourgeoises et nonobstant la non-transposition de la Directive 2001/17/CE du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance (qui aurait dû intervenir avant le 20 avril 2003), la situation est identique à celle des établissements de crédit.

(2) Le fiduciaire étranger ayant des actifs fiduciaires au Luxembourg

24-43. En cas de saisie, les tribunaux luxembourgeois devront appliquer la loi du for et refuser toute mesure d'exécution d'un créancier personnel sur l'actif fiduciaire.

En cas de faillite à l'étranger, il faut d'abord déterminer si le pays de la procédure d'insolvabilité connaît l'institution du trust et a ratifié la Convention de La Haye.

Dans l'affirmative, la procédure d'insolvabilité étrangère devrait reconnaître le patrimoine d'affectation réalisé par le contrat fiduciaire sous droit luxembourgeois.

Si, par contre, le pays d'ouverture de la faillite ne connaît pas l'institution du trust bien qu'il ait ratifié la Convention de La Haye, le patrimoine d'affectation devrait en principe être valable (sous réserve du régime de l'inopposabilité de la

⁷⁰ Voy. *infra* nos 24-95 et s.

⁷¹ Le rapport explicatif sur la Convention de La Haye de M. Alfred E. von Overbeck indique à cet égard (n° 139): « Non sans raison il a été dit qu'un juge hostile pourrait toujours trouver dans l'article 15 un moyen de mettre le trust en échec. »

période suspecte). Cependant, l'application des articles 13⁷² ou 16⁷³ de la Convention pourrait, le cas échéant, permettre aux tribunaux de ce pays de ne pas reconnaître le patrimoine d'affectation réalisé par le contrat fiduciaire ou donner la prééminence aux dispositions de la loi du for.

Il faudra ensuite distinguer entre une procédure d'insolvabilité principale et exclusive à l'étranger et une procédure d'insolvabilité secondaire au Luxembourg.

Si le pays d'ouverture de la procédure d'insolvabilité exclusive n'a pas ratifié la Convention de La Haye, il faudra analyser si, en vertu de la loi ou de la jurisprudence interne de ce pays, les effets d'un contrat fiduciaire sont reconnus. Dans la négative et en cas d'action d'un créancier fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire au Luxembourg visant à empêcher que les actifs fiduciaires soient appréhendés par le curateur ou le syndic de l'insolvabilité, le tribunal luxembourgeois devra arbitrer entre les dispositions de la loi luxembourgeoise sur le contrat fiduciaire visant à faire échapper les actifs fiduciaires à l'emprise de la masse et le respect des dispositions de la loi de la faillite étrangère.

Dans cette hypothèse, il faudra encore distinguer entre les insolvabilités étrangères auxquelles le règlement CE relatif aux procédures d'insolvabilité ou la directive 2001/24/CE du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit ou la directive 2001/17/CE du 14 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance seront applicables, et les autres. Dans les trois premiers cas, il faudra notamment analyser si l'article 4.2 du Règlement, l'article 10.2 de la directive 2001/24/CE ou l'article 9.2 de la directive 2001/17/CE permettront à la loi luxembourgeoise sur le contrat fiduciaire de prévaloir sur la loi de l'ouverture de la procédure du fiduciaire.

Dans le cas de l'ouverture au Luxembourg d'une procédure d'insolvabilité secondaire, le juge luxembourgeois devrait donner la prééminence à la Loi qui est une loi spéciale dérogoratoire au droit commun (y compris le droit de la faillite).

L'hypothèse d'une insolvabilité principale du fiduciaire étranger à l'étranger et d'une procédure d'insolvabilité secondaire au Luxembourg est nouvelle car le droit interne luxembourgeois ne connaît pas (encore) de telles procédures secondaires. Pareille procédure devient néanmoins possible conformément au règlement CE relatif aux procédures d'insolvabilité à la condition qu'il y ait au Luxembourg un établissement du fiduciaire étranger soumis à une procédure d'insolvabilité principale dans son pays d'origine⁷⁴.

⁷² Possibilité de ne pas reconnaître un trust dont les éléments significatifs sont rattachés à un État ne connaissant pas le trust.

⁷³ La Convention ne peut déroger aux lois de police.

⁷⁴ La possibilité d'ouvrir une procédure secondaire, mais uniquement dans le contexte du règlement CE, fait l'objet d'une disposition du projet de loi n° 5157 déposé le 20 mai 2003.

Une procédure secondaire s'exercera par rapport aux actifs situés au Luxembourg. Le juge luxembourgeois saisi de la procédure d'insolvabilité secondaire devra appliquer les règles de la Loi sur les actifs fiduciaires au Luxembourg alors qu'il a compétence pour en connaître en application du règlement CE et qu'il peut appliquer sa loi interne.

(3) Le fiduciaire étranger ayant des actifs fiduciaires à l'étranger

24-44. La loi luxembourgeoise sur le contrat fiduciaire n'aura vocation à s'appliquer que si les règles de conflit du droit international privé du pays de l'insolvabilité du fiduciaire et/ou du pays de la saisie renvoient à la loi luxembourgeoise pour déterminer s'il existe un patrimoine d'affectation ou si la législation ou la jurisprudence du pays saisi reconnaît le patrimoine d'affectation organisé par la loi luxembourgeoise. À nouveau, il faudra distinguer entre les États ayant ou n'ayant pas ratifié la Convention de La Haye, les premiers devant normalement reconnaître le patrimoine d'affectation. Cependant, même dans les pays ayant ratifié la Convention, la reconnaissance pourrait être refusée ou limitée par les effets des articles 13, 15 et/ou 16 de la Convention de La Haye.⁷⁵

2. La preuve et les conditions de forme du contrat fiduciaire

24-45. La seule condition de forme prévue par le Règlement était que seuls les contrats fiduciaires qui lui étaient « expressément soumis » bénéficiaient du régime prévu par ce dernier. Le gouvernement préférait en effet exiger une référence formelle par les parties afin d'éviter une insécurité juridique due à une « recherche toujours difficile et aléatoire de la volonté⁷⁶ des parties⁷⁷ ». Cette exigence n'est pas reprise par la Loi.

Par contre, le Règlement n'exigeait pas que le contrat fiduciaire soit sous forme écrite bien que le gouvernement l'eût recommandé⁷⁸.

La Loi prévoit que la preuve du contrat fiduciaire doit être rapportée par écrit. Ceci signifie que, *ad validitatem*, « le contrat fiduciaire pourra être conclu sous forme orale mais que sa preuve ne pourra être rapportée que sur base d'un écrit⁷⁹ ». Le commentaire des articles précise que cette obligation s'impose y compris entre commerçants ou à l'encontre d'un commerçant dans les actes mixtes⁸⁰.

⁷⁵ Voy. *supra* aux nos 24-42 et 24-43.

⁷⁶ Commentaire des articles, *Doc. parl.* n° 2641, p. 3.

⁷⁷ Ph. Hoss, *op. cit.*, p. 1095.

⁷⁸ Commentaire des articles, *Doc. parl.* n° 2641, p. 3.

⁷⁹ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 6.

⁸⁰ On peut concevoir un contrat fiduciaire représentant un acte civil s'il est conclu entre un organisme national ou international qui n'est pas commerçant (bien qu'intervenant dans le secteur financier) et une personne privée.

3. *Le régime de l'opposabilité*

24-46. La loi traite en trois endroits différents de l'opposabilité dont l'un concerne uniquement le transfert fiduciaire de créances⁸¹.

Quant au contrat fiduciaire lui-même, l'article 9 (2) de la Loi prévoit qu'il est opposable aux tiers dès sa conclusion sans que ce tiers ne doive en avoir connaissance. Ce principe contient deux réserves.

La première concerne les règles de forme et d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens transmis. Pour tous les biens dont le transfert de la propriété devra faire l'objet d'une mesure de publicité ou d'une inscription, le transfert ne sera opposable aux tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de publication ou d'inscription que quand celles-ci auront été faites. Il s'agit notamment des transferts d'immeubles, d'aéronefs, de navires ou de biens dont le transfert doit faire l'objet d'une transcription sur un registre, comme les actions nominatives et les droits intellectuels, ou d'une publicité, comme les transferts de parts de S.à.r.l.

La seconde réserve est prévue par l'article 7 (3) de la Loi. Les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont uniquement opposables aux tiers⁸² qui en ont connaissance.

(a) Le principe de l'opposabilité du contrat fiduciaire :

24-47. Le commentaire des articles sur l'article 9 (2) est très lapidaire en indiquant tout simplement que « le caractère non solennel du contrat fiduciaire implique, en principe, son efficacité et son opposabilité immédiates »⁸³. Le Conseil d'État précise que l'opposabilité telle que prévue par le projet de loi implique qu'il est fait abstraction de la bonne ou de la mauvaise foi de ces tiers⁸⁴. Il précise encore qu'il s'agit là d'un régime exceptionnel, dérogeant par rapport aux règles de droit commun en matière de date certaine.

L'opposabilité, complément de l'effet relatif des conventions (article 1165 Code civil), peut être décrite comme le devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte⁸⁵. En général, on distingue l'opposabilité des droits réels, valables *erga omnes*⁸⁶, et l'opposabilité des dispositions conventionnelles, qui présuppose la connaissance par le tiers de la convention comme préalable à la mise en œuvre de l'opposabilité.

La règle générale de l'article 9 (2) n'exige pas la connaissance du contrat fiduciaire par le tiers comme condition à son opposabilité. En d'autres termes, le

⁸¹ Voy. *infra* n° 24-66.

⁸² Voy. *infra* n° 24-50.

⁸³ *Doc. parl.* n° 4721, p. 13.

⁸⁴ *Doc. parl.* n° 4721², p. 5.

⁸⁵ J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, LGDJ, 1984, n° 2.3.

⁸⁶ Sous réserve, pour certains biens, de l'inscription ou de la publicité.

tiers, partie externe au contrat fiduciaire, devra subir l'existence de celui-ci et ses effets entre les parties. L'appartenance d'un bien au patrimoine fiduciaire et non pas au patrimoine personnel du fiduciaire s'imposera pareillement. L'appartenance de l'actif fiduciaire au patrimoine fiduciaire était déjà reconnue par le Règlement.

En effet, le patrimoine fiduciaire est réalisé par les transferts de biens effectués conformément au contrat fiduciaire et l'appartenance de ces biens au patrimoine fiduciaire est opposable aux créanciers personnels du fiduciaire et à la masse des créanciers du fiduciaire. Il faut ajouter que le contrat fiduciaire, constituant un mode de transmission de droits réels *sui generis*, investit le fiduciaire comme propriétaire de biens, qu'ils soient corporels ou incorporels. Or le droit de propriété du fiduciaire comme le droit de propriété de toute autre personne est valable *erga omnes* conformément au droit commun. La situation n'est pas différente sous la Loi.

L'article 9 (2) de la Loi ne devrait donc viser que le contrat fiduciaire lui-même et non pas la qualité de propriétaire du fiduciaire sur un bien affecté au patrimoine fiduciaire. Le Conseil d'État a ainsi raison de souligner le caractère dérogatoire de cette disposition par rapport à la date certaine de l'article 1328 du Code civil.

Or le renvoi fait par l'article 9 (2) aux règles d'opposabilité applicables en raison de la nature des biens transférés, donc l'opposabilité de la propriété, semble indiquer que ce qui est visé est l'opposabilité du droit de propriété du fiduciaire lui-même, qui devrait être valable *erga omnes* du seul fait du transfert de propriété.

Il est donc permis d'être perplexe quant à l'effet exact de l'article 9 (2) de la Loi.

24-48. Quelle est l'étendue de cette opposabilité? Le contrat fiduciaire peut contenir un grand nombre de stipulations qui précisent les relations entre le fiduciaire, le fiduciaire et, le cas échéant, les bénéficiaires, ces derniers pouvant être des tiers au contrat ou y participer en tant que cocontractants. Est-ce que l'opposabilité aux tiers se réduit aux parties du contrat fiduciaire qui font nécessairement partie de celui-ci selon la définition de l'article 5 de la Loi ou englobe-t-elle tout ce qui y est prévu entre parties? Ceci peut, le cas échéant, avoir son importance, surtout dans le cas de la fiducie sûreté où le contrat fiduciaire peut comprendre, outre les modalités de la garantie, des dispositions concernant les engagements garantis, comme des aménagements de ceux-ci et les méthodes d'évaluation des actifs fiduciaires ou des créances garanties et des règles prévoyant une évolution des actifs affectés en garantie en fonction des écarts de valorisation entre les créances garanties et les actifs déjà affectés. La Loi ne faisant aucune distinction, il faut conclure que les clauses qui se rattachent à l'opération fiduciaire ou aux actifs fiduciaires et à leur évolution bénéficient toutes du régime d'opposabilité prévu par la Loi.

24-49. La connaissance du tiers n'est pas nécessaire à l'opposabilité du contrat fiduciaire. Or l'opposabilité se décline en deux effets : en l'obligation, d'une part, de tenir compte de l'existence du contrat fiduciaire et, d'autre part, de s'abstenir d'y porter atteinte. Il semble difficilement envisageable qu'un tiers puisse engager sa responsabilité s'il pose des actes avec l'une ou l'autre partie au contrat fiduciaire en contravention avec celui-ci alors qu'il était ignorant de l'existence du contrat fiduciaire.

Ainsi, la jurisprudence a admis que si un contrat n'a pas effet obligatoire envers le tiers, il lui est par contre opposable en ce sens qu'il constitue pour lui une situation de fait dont il ne peut, sans commettre de faute, entraver l'accomplissement. Le tiers qui s'est associé en connaissance de cause à la méconnaissance par les parties des obligations créées par le contrat commet une faute.

Par conséquent et ainsi que le relève justement le rapport de la Commission juridique, l'article 9 (2) de la Loi ne peut donc être compris comme permettant la mise en œuvre de la responsabilité du tiers de bonne foi participant à son insu à une violation du contrat fiduciaire.

Quid cependant du tiers qui s'est vu consentir un droit sur l'actif financier par le fiduciaire en violation même non intentionnelle du contrat fiduciaire ? Prenons ainsi l'hypothèse d'un placement auprès d'une banque effectué par le fiduciaire conformément aux instructions du fiduciaire, le fiduciaire ayant signé les conditions générales du banquier dépositaire qui prévoient une clause de compensation et un gage en faveur de ce dernier en garantie de ses créances sur le fiduciaire, non pas *ès qualités* mais en général.

Si le fiduciaire n'a pas signalé le caractère fiduciaire du placement, est-ce que le dépositaire est en droit de compenser ou d'exercer son gage en paiement de sa créance personnelle sur le fiduciaire ?

Si l'on se base sur le terrain de la bonne foi du dépositaire, la réponse devrait être affirmative. Par contre, la protection contre les créanciers personnels du fiduciaire dont bénéficie le patrimoine fiduciaire et l'opposabilité du contrat conformément à l'article 9 (2) de la Loi doivent conduire à une réponse négative⁸⁷.

Il est clair qu'en ne signalant pas la nature fiduciaire des actifs au dépositaire, le fiduciaire aura commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité. Il est en tout cas hautement recommandé de prévoir dans les contrats avec des dépositaires (ou d'autres cocontractants) que leur recours aux actifs fiduciaires soit limité aux créances qui naissent de ces actifs.

Les dépositaires, quant à eux, devraient exiger une déclaration de leurs déposants sur le point de savoir si les actifs font partie de leur patrimoine personnel.

⁸⁷ Un arrêt de la Cour du Canton de Genève publié au *Bulletin de l'Association des juristes de banque* (n° 20, p. 51, note M.-P. GILLEN) a eu à connaître d'un tel cas, encore que, dans cette espèce, il est relevé que le dépositaire avait ou aurait dû avoir connaissance du fait que les dépôts étaient faits auprès de lui par le déposant en sa qualité de fiduciaire.

(b) *Le retour au droit commun pour l'opposabilité des limitations de pouvoir des fiduciaires :*

24-50. L'article 7 (3) de la Loi contient une exception au régime général d'opposabilité aux tiers du contrat fiduciaire de l'article 9 (2). Cette exception vise uniquement les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire, sans préjudice, à nouveau, des règles particulières en raison de la nature des biens faisant partie du patrimoine fiduciaire (immeubles, aéronefs, navires ou autres biens dont la propriété doit se transcrire sur registre). Cette disposition n'est qu'une application des règles ordinaires⁸⁸. Le Conseil d'État fait valoir dans son avis que l'opposabilité aux tiers du contrat fiduciaire en tant que tel s'entendrait *ratione materiae*⁸⁹ alors que l'opposabilité des limitations des pouvoirs du fiduciaire serait *ratione temporis*. On peut se demander si le commentaire du Conseil d'État ne procède pas d'une confusion alors que tant la Loi que le projet de loi indiquent à l'article 9 (2) que le contrat fiduciaire est opposable aux tiers *dès sa conclusion*, ce qui constitue une référence à sa date (*rationae temporis*) alors que l'opposabilité des limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire prévue par l'article 7 (3) se circonscrit, *ratione materiae*, à la limitation des pouvoirs du fiduciaire.

4. *Les nouvelles règles dérogatoires aux règles du mandat*

24-51. Deux dispositions nouvelles apparaissent dans la Loi qui ne se trouvaient pas de manière expresse dans le Règlement. Il s'agit, d'une part, de l'article 7 (4) de la Loi, qui dispose que le fiduciaire peut renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire et, d'autre part, de l'article 7 (5), qui prévoit que, sauf convention contraire, ni le fiduciaire ni le fiduciaire ne peuvent mettre fin unilatéralement au contrat fiduciaire conclu pour une durée déterminée.

(a) *Les instructions au fiduciaire :*

24-52. La Loi part du principe que, par référence aux règles du mandat, le fiduciaire devrait toujours être à mesure de donner des instructions au fiduciaire. Le commentaire des articles indique que les intérêts des parties ou d'un tiers bénéficiaire peuvent exiger que le fiduciaire renonce à cette faculté⁹⁰.

Or, pareille possibilité existe déjà pour le mandat dit irrévocable, surtout lorsqu'il est qualifié de mandat d'intérêt commun. Il est vrai qu'en l'état actuel de la jurisprudence en matière de mandat irrévocable, la sanction d'une violation d'une telle clause par le mandant se résume uniquement en des dommages et

⁸⁸ *Doc. parl.* n° 4721 p. 11.

⁸⁹ *Doc. parl.* n° 4721², p. 5.

⁹⁰ *Doc. parl.* n° 4721 p. 11.

intérêts, le mandataire restant cependant en droit de ne pas exécuter le mandat modifié. En ce qui concerne les contrats fiduciaires soumis au Règlement, les règles du mandat s'appliquent sauf dérogation des parties, la même disposition étant prévue à la Loi. Dans les opérations qui commandent la renonciation du fiduciaire au pouvoir de donner des instructions au fiduciaire, de telles dérogations sont prévues. Il faut approuver la Loi qui confirme cette possibilité tout en soulignant qu'elle ne change rien au fond.

Si, conformément au contrat fiduciaire, le fiduciaire a conclu des contrats portant sur les actifs fiduciaires, le fiduciaire ne pourra donner au fiduciaire que des instructions que celui-ci peut exécuter au regard de ces contrats.

(b) La résiliation unilatérale du contrat fiduciaire conclu pour une durée déterminée :

24-53. La disposition vise à écarter la règle générale en matière de mandat qui permet à tout instant au mandant de mettre fin au mandat, même à ceux qualifiés d'irrévocables⁹¹. Bien qu'il faille accueillir cette précision, assurément utile, elle ne modifie pas la situation existant sous le Règlement.

Celui-ci prévoit en effet que les règles du mandat s'appliquent sauf dérogation. Or l'opération fiduciaire se distingue fondamentalement de celle du mandat par l'absence de représentation et le fiduciaire sera amené à prendre des engagements par rapport aux actifs fiduciaires selon ce qui est prévu au contrat fiduciaire.

Ces engagements vont souvent prévoir l'incessibilité des obligations et des droits du fiduciaire au regard de ces contrats, du moins sans l'accord du cocontractant.

Admettre la possibilité d'une résiliation anticipée du contrat fiduciaire aboutirait alors à une situation dans laquelle l'ancien fiduciaire continuera à détenir des droits et restera débiteur d'obligations vis-à-vis de tiers pour compte de l'ancien fiduciaire. Une telle situation pourrait avoir des conséquences au niveau des exigences prudentielles de capitaux propres pour l'établissement de crédit agissant comme fiduciaire et priverait l'ancien fiduciaire de la protection du patrimoine d'affectation. Une disposition contractuelle, même implicite résultant par ricochet des contrats conclus par le fiduciaire sur instruction du fiduciaire, ne permettant pas au fiduciaire de mettre unilatéralement fin au contrat fiduciaire, était tout à fait valable sous le Règlement⁹².

Ceci sera également vrai pour le contrat fiduciaire à durée indéterminée, mais pour lequel le fiduciaire aurait eu comme instruction de conclure des contrats portant sur l'actif fiduciaire avec des tiers pour une durée déterminée avec l'impossibilité pour le fiduciaire de transférer les droits ou obligations résultant d'un tel contrat au fiduciaire. Il n'est alors pas possible au fiduciaire de mettre fin unilatéralement au contrat fiduciaire avant que ces contrats ne soient inté-

⁹¹ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721^s p. 8.

⁹² Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721^s p. 8.

généralement exécutés. Il en est de même pour les contrats fiduciaires matérialisés sous forme de valeurs mobilières (les *fiduciary notes*) alors qu'un fractionnement du ou des actifs fiduciaires et des obligations vis-à-vis de tiers est dans la majorité des cas impossible.

Dans la pratique, on constate que les contrats fiduciaires, qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée, contiennent des dispositions assez détaillées concernant la résiliation du contrat ou le remplacement du fiduciaire. Il s'agit là d'un point qui intéresse les fiduciaires au plus haut point alors qu'ils voudront toujours se ménager la possibilité de se faire remplacer ou de sortir de l'opération dans laquelle leur commission est en règle générale leur seul intérêt économique sans qu'ils participent d'aucune façon dans l'opération sous-jacente.

TITRE 2

Les apports nouveaux de la Loi

24-54. Les apports nouveaux de la Loi répondent pour certains au souci de créer un environnement plus sécurisé et de faciliter certaines opérations. Il s'agit de la consécration de la fiducie sûreté (chapitre 1) et de l'introduction d'un régime dérogatoire au droit commun en cas de transfert fiduciaire de créances (chapitre 2). En prévoyant un taux d'imposition symbolique, la Loi crée aussi un environnement favorable pour les transferts fiduciaires d'immeubles ou d'autres biens dont le transfert est normalement soumis à des mécanismes de publication et d'enregistrement (chapitres 5 et 6).

Par contre, la loi enlève au fiduciaire son privilège prévu par le Règlement (chapitre 3) et permet pour la première fois à un juge de s'immiscer dans un contrat de droit privé parfaitement valable (chapitre 4). Elle contient enfin des dispositions transitoires particulières (chapitre 7).

CHAPITRE 1

La fiducie conclue à des fins de garantie

24-55. La Loi innove sur le règlement en ce qu'elle contient maintenant une disposition expresse sur la fiducie conclue à des fins de garantie.

Bien que la jurisprudence luxembourgeoise ne se fût jamais prononcée sur la question, il était généralement admis que le contrat fiduciaire pouvait être valablement utilisé dans le contexte d'une sûreté⁹³.

Cette possibilité a trouvé une première confirmation législative dans la loi du 1^{er} août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie. L'exposé des

⁹³ Ph. Hoss, *op. cit.* p. 1112s.

motifs de cette loi indique que le transfert de propriété visé était pratiqué au Luxembourg par le recours à la fiducie, qu'elle soit soumise au règlement ou non⁹⁴. L'exposé des motifs de la loi de 2001 affirme que la validité d'un tel transfert de propriété à titre de garantie faisait l'objet de controverses dans les pays voisins et notamment en Belgique, mais que « ces objections ne devraient cependant [...] pas être retenues au Luxembourg ». La référence au contrat fiduciaire dans la loi du 1^{er} août 2001 avait donc comme objectif de donner plus de sécurité juridique à l'institution. La Chambre de commerce, dans son commentaire⁹⁵, précise que le but des auteurs du projet de loi sur le contrat fiduciaire ne remettait pas en cause les fiducie-sûretés constituées sous le Règlement.

Au vu de la référence expresse contenue à la loi du 1^{er} août 2001 sur le transfert de propriété à titre de garantie, était-il nécessaire de légiférer sur la fiducie sûreté dans le cadre du projet de loi sur le contrat fiduciaire ?

La Banque centrale du Luxembourg, dans son avis sur le projet de loi relatif au transfert de propriété à titre de garantie, notait qu'une application cumulative de la législation applicable en matière de fiducie (à l'époque, le Règlement) était ainsi permise avec le projet de loi en discussion.⁹⁶ Le Conseil d'État, rejoint dans cette analyse par la Commission des Finances et du Budget⁹⁷, signalait que la notion de fiducie dans le projet de loi sur le transfert de propriété à titre de garantie devait être entendue de façon large, incluant tant les montages fiduciaires du droit luxembourgeois que les différentes variantes de trust prévues par d'autres législations et reconnues par le droit luxembourgeois.

Dans son avis sur le projet de loi sur le contrat fiduciaire, le Conseil d'État indique que la fiducie conclue à des fins de garantie prévue par l'article 8 du projet peut être assimilée au transfert de propriété à titre de garantie tel qu'instauré par la loi du 1^{er} août 2001 pour conclure (selon nous, de façon erronée) qu'on « peut dès lors considérer qu'en matière de fiducie-sûreté, la loi du 1^{er} août 2001 constitue la loi générale, alors que le projet sous avis donnera lieu à la loi spéciale ». Le Conseil d'État⁹⁸ s'interrogeait également (à tort, selon nous) sur l'utilité de maintenir la fiducie-sûreté en tant que régime alternatif au transfert de propriété à titre de garantie prévu par la loi du 1^{er} août 2001.

En effet, on constate un certain nombre de différences entre les deux mécanismes dont il résulte qu'ils ne se recourent pas⁹⁹.

⁹⁴ *Doc. parl.* n° 4696, p. 5.

⁹⁵ *Doc. parl.* n° 4721².

⁹⁶ *Doc. parl.* n° 4695² et 4696².

⁹⁷ *Doc. parl.* n° 4696⁶.

⁹⁸ *Doc. parl.* n° 4721², p. 5.

⁹⁹ Dans le cadre de la transposition de la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, le projet de loi n° 5251 déposé le 25 novembre 2003 prévoit une refonte complète du régime du transfert de propriété à titre de garantie et l'abrogation de la loi afférente du 1^{er} août 2001. Les développements sub 24-56 à 24-65 devront donc être vérifiés à la lumière de la version finale de ce projet de loi.

(a) *Distinction quant aux intervenants*

24-56. Alors que dans la fiducie-sûreté de la loi, le fiduciaire doit nécessairement être un des établissements mentionnés à l'article 4 la loi¹⁰⁰, dans une opération de transfert de propriété à titre de garantie, le fiduciaire, encore appelé cessionnaire, peut, selon la qualité du cédant, être n'importe quel intervenant sans exigence particulière.

En effet, la loi du 1^{er} août 2001 prévoit comme une de ses conditions d'application que le cédant ou le cessionnaire ou les deux doivent appartenir à une des catégories citées par l'article 1 (1) de cette loi. 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)¹⁰¹.

La loi du 1^{er} août 2001 s'applique également, conformément à son article 1 (2), aux opérations de transfert de propriété dans lesquelles le cessionnaire est un organisme de titrisation ou un tiers agissant au bénéfice des personnes acquérant des titres émis par un tel organisme (tel un *Security Trustee*).

Si on compare les exigences des deux textes sur la qualité du fiduciaire (loi sur le contrat fiduciaire) ou du cédant ou du cessionnaire (loi sur le transfert de propriété à titre de garantie), on constate qu'elles ne sont pas identiques.

Fiducie sûreté de la loi ¹⁰²	Transfert de propriété à titre de garantie de la loi du 1 ^{er} août 2001 ¹⁰³
– établissements de crédit	– établissements de crédit – autres professionnels du secteur financier ¹⁰⁴ comprenant
– entreprises d'investissement	* entreprises d'investissement * conseillers en opérations financières * courtiers * teneurs de marché * dépositaires professionnels de titres * opérateurs de systèmes de paiement ou de systèmes de règlement des opérations sur titres * les personnes effectuant des opérations de change-espèces

¹⁰⁰ Voy. *supra* nos 24-30 et s.

¹⁰¹ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 8.

¹⁰² La liste ne comprend pas les représentants fiduciaires agissant dans le cadre d'une opération de titrisation : projet de loi n° 5199, art. 88.

¹⁰³ La liste est dressée en prenant en compte la loi du 2 août 2003 portant entre autres modification de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2003.

¹⁰⁴ À l'exclusion des professionnels du secteur financier repris à l'article 13 (2) de la loi de 1993 relative au secteur financier. Pour la discussion quant à la possibilité pour une entreprise d'investissement reprise à l'article 13 (2) d'agir comme fiduciaire aux termes de la Loi, voy. *supra* n° 24-33.

- * les professionnels effectuant des opérations de prêts
- * les professionnels effectuant du prêt de titres
- * les professionnels effectuant des services de transfert de fonds
- * les administrateurs de fonds commun d'épargne
- * les gestionnaires d'OPC non coordonnés
- * les PSF exerçant une activité connexe ou complémentaire à une activité du secteur financier
- organismes de placement collectif à savoir :
 - * FCP¹⁰⁵
 - * SICAV
 - * SICAF
 - * autres formes par exemple *unit trusts*
- SICAV
- SICAF
- sociétés de gestion de fonds communs de placement¹⁰⁵ ou de fonds de titrisation
- sociétés de titrisation
- fonds de pension
- sociétés de gestion de fonds de titrisation
- entreprises d'assurances ou de réassurance
- organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier
- fonds de pension
- sociétés de gestion de fonds de titrisation
- organisme de titrisation agissant en qualité de cessionnaire
- tout tiers agissant en qualité de cessionnaire au bénéfice des porteurs de titres émis par un organisme de titrisation¹⁰⁶
- entreprises d'assurances ou de réassurance
- établissements commerciaux ou industriels bénéficiant d'un accès professionnel au marché financier
- organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier

¹⁰⁵ La terminologie est différente entre les deux lois, mais une société de gestion d'un FCP devrait pouvoir effectuer les deux types de fiducie sûreté, bien que, en ce qui concerne le transfert de propriété à titre de garantie, l'opération ne devrait pouvoir se faire que pour compte du FCP.

¹⁰⁶ Ce qui signifie qu'un tel organisme peut également être cédant si le cessionnaire est un tel tiers.

On peut donc constater que, globalement, le régime de la loi du 1^{er} août 2001 est disponible à plus de professionnels que le régime de la fiducie-sûreté de la Loi. On peut d'ailleurs s'étonner que certains professionnels, tels que les PSF exerçant une activité annexe ou complémentaire à une activité du secteur financier (par exemple les agents de communication à la clientèle et les opérateurs de systèmes informatiques) ou des PSF tels que les personnes effectuant des opérations de change-espèces, fassent partie des professionnels pouvant conclure des contrats de transfert de propriété à titre de garantie.

(b) Distinction quant aux biens pouvant faire l'objet de l'opération

24-57. La Loi ne contient aucune limitation quant aux biens qui pourront faire l'objet d'une fiducie-sûreté. La situation est fondamentalement différente pour la loi du 1^{er} août 2001 qui ne s'applique, outre la condition quant à la qualité d'au moins un des intervenants, 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, toutes valeurs pouvant être inscrites ou transférées de compte en compte. Le domaine d'application de la loi du 1^{er} août 2001 est ainsi plus circonscrit.

Pour les opérations de fiducie sûreté sur des biens autres que les actions, les obligations, les instruments du marché monétaire, les liquidités ou d'autres « valeurs », et notamment des sûretés sur des biens corporels, il faudra utiliser la fiducie-sûreté de la Loi.

(c) Distinction quant à la localisation

24-58. Il existe une exigence pour l'application de la loi du 1^{er} août 2001 qui n'existe pas pour la fiducie-sûreté, à savoir un lien géographique avec le Luxembourg. Ainsi, les valeurs qui font l'objet du transfert doivent soit être inscrites dans un compte au Luxembourg soit y être situées. Si cette condition n'est pas remplie, il suffit que le cédant ou le cessionnaire ou les deux soient constitués ou établis au Luxembourg.

Cette exigence n'existe pas pour la fiducie-sûreté et ceci d'autant moins que le fiduciaire ne doit pas nécessairement être constitué ou établi au Luxembourg.¹⁰⁷

(d) Distinction quant aux créanciers garantis

24-59. La structure de la fiducie-sûreté peut être réalisée pour garantir les obligations du fiduciaire ou d'un autre débiteur vis-à-vis du fiduciaire ou vis-à-vis d'une autre personne, 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 (encore appelé cessionnaire) est effectivement le créancier. »¹⁰⁸

¹⁰⁷ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 8.

¹⁰⁸ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 8.

Ceci résulte de l'article 2 (1) de la loi du 1^{er} août 2001, qui définit l'opération de transfert de propriété en indiquant que celui-ci est fait en vue de garantir les obligations présentes ou futures du cédant ou d'un tiers *envers le cessionnaire* (donc le fiduciaire). Ceci résulte également de l'article 3 (4) de la loi du 1^{er} août 2001, qui prévoit qu'en cas d'inexécution totale ou partielle des obligations garanties, le cessionnaire est libéré de son obligation de retransfert à *concurrence de sa créance sur le cédant ou le tiers garanti*. En d'autres termes, le contrat fiduciaire, dans le contexte de la loi du 1^{er} août 2001, ne s'envisage que si les engagements garantis sont pris vis-à-vis du fiduciaire-cessionnaire. En l'absence de cette caractéristique, les parties devront recourir à la fiducie-sûreté.

(e) *Le patrimoine d'affectation*

24-60. Le transfert de propriété à titre de garantie peut se faire par voie fiduciaire, ce qui comprend tous les montages fiduciaires permis par la loi luxembourgeoise. Nous avons vu que le champ d'application *rationae personae* de la loi de 2001 était beaucoup plus vaste que celui de la Loi. Des opérations de fiducie-sûreté peuvent ainsi être conclues avec le bénéfice de la loi de 2001, mais sans tomber dans le champ d'application de la Loi.

Il ne fait en effet plus aucun doute qu'il est possible de conclure un contrat fiduciaire en dehors de la Loi¹⁰⁹. Cependant, les actifs détenus fiduciairement conformément à de tels contrats ne bénéficieront pas de la protection du patrimoine d'affectation. Il est vrai que la protection du fiduciaire (cédant) dans le cadre de la loi de 2001 réside dans la reconnaissance de la compensation, le risque étant représenté par le solde après compensation entre les obligations réciproques du cédant et du cessionnaire.

24-61. En conclusion, la fiducie-sûreté a potentiellement un domaine d'application beaucoup plus large que le transfert de propriété à titre de garantie alors qu'il n'y a pas d'exigence quant à la localisation des intervenants ou de l'actif fiduciaire ou de la consistance de celui-ci ou de la nécessaire qualité de créancier garanti dans le chef du fiduciaire, mais qu'au regard de la qualité exigée des intervenants, le transfert de propriété à titre de garantie est globalement moins strict.

Il existe également certaines similitudes entre les deux régimes.

(a) *Le transfert de propriété :*

24-62. Dans les deux régimes, le fiduciaire devient propriétaire des biens transférés.

¹⁰⁹ Voy. *supra* n^{os} 24-13 et 24-22.

(b) Les créances qui peuvent être garanties :

24-63. L'article 8 (1) de la Loi prévoit que tant des créances nées que des créances à naître peuvent être garanties par la fiducie sûreté. Le même principe vaut pour le transfert de propriété à titre de garantie, qui peut garantir les obligations présentes ou futures du cédant ou d'un tiers.

(c) Évolution de la surface de la garantie et les inopposabilités de la période suspecte :

24-64. L'article 445, alinéa 4, du Code de commerce prévoit que les sûretés constituées pour dettes antérieurement contractées sont inopposables à la masse. Se pose donc la question de la validité du transfert supplémentaire d'avoirs dans le cadre du mécanisme de la fiducie-sûreté et du transfert de propriété à titre de garantie.

Il est généralement considéré que l'énumération de l'alinéa 4 de l'article 445 n'est pas limitative, mais vise tous les cas où le failli a favorisé un créancier au détriment de ses autres créanciers en lui fournissant des garanties réelles supplémentaires, quel que soit le type de sûreté utilisé. Il faut donc admettre que la fiducie-sûreté fait partie des opérations qui tombent sous le coup de l'inopposabilité de l'article 445¹¹⁰. Elle pourrait aussi être sanctionnée par l'inopposabilité facultative de l'article 446 du Code de commerce si le cocontractant du fiduciaire a eu connaissance de la cessation de paiement. L'article 448 du Code de commerce visant la fraude est également applicable.

La première rédaction du projet de loi sur le contrat fiduciaire prévoyait un article 10 modifiant l'alinéa 4 de l'article 445 du Code de commerce pour y mentionner, à côté notamment du gage, « tout transfert de propriété à des fins de garantie ». Le Conseil d'État s'est formellement opposé à cette insertion du fait qu'il était contraire à la disposition de l'article 3 (4), troisième alinéa, de la loi du 1^{er} août 2001.

Ce dernier prévoit entre autres que les dispositions du Code de commerce concernant la période suspecte ne font pas obstacle à l'application de la loi de 2001 ni à l'exécution par les parties de leurs obligations. Ceci signifie que l'inopposabilité de l'alinéa 4 de l'article 445, tout comme les articles 446 et 448 du Code de commerce ne sont pas applicables aux transferts de propriété à titre de garantie, y compris ceux conclus sous forme fiduciaire.

La Commission juridique de la Chambre a fait droit à l'opposition formelle du Conseil d'État et cette disposition a donc été écartée du projet de loi.

Cependant, pour les fiducie-sûretés ne tombant pas sous le régime de la loi du 1^{er} août 2001, l'alinéa 4 de l'article 445 et les articles 446 et 448 du Code de commerce restent en principe d'application.

¹¹⁰ Ph. Hoss *op. cit.*, p. 1099.

Un transfert supplémentaire durant la période suspecte *non prévu* par le contrat de fiducie-sûreté devrait donc, en principe, être inopposable à la masse. Or la Loi innove de ce côté.

L'article 8 (1) de la Loi prévoit la possibilité pour les parties de convenir que le patrimoine fiduciaire évoluera en fonction des engagements garantis. Les parties pourront donc valablement prévoir que des fonds supplémentaires devront être transférés au fiduciaire par le fiduciaire si le montant de la créance venait à augmenter. Si ce transfert supplémentaire est antérieur ou concomitant à l'augmentation de la créance garantie et que les actifs supplémentaires ont une valeur équivalente à cette augmentation, il ne s'agit pas d'une sûreté nouvelle pour une dette antérieure.

L'article 8 (1) de la Loi permet également aux parties de prévoir le transfert d'actifs supplémentaires dans le cas où la valeur de l'actif fiduciaire aura diminué par rapport à la valeur des engagements (notamment parce que le cours des actifs fiduciaires aura baissé). Dans ce cas, des biens supplémentaires seront affectés en sûreté sans qu'il y ait une augmentation de l'engagement.

Cette disposition de l'article 8 (1) n'est susceptible de sortir véritablement ses effets qu'en cas de situation de concours du fiduciaire. Ceci implique nécessairement que l'augmentation du patrimoine fiduciaire intervenue durant la période suspecte mais conformément au contrat initial sera opposable à la masse.

Cette disposition s'inscrit dans un mouvement législatif qui vise à reconnaître les sûretés dites flottantes, qui sont susceptibles d'évoluer durant la vie de l'opération sous-jacente¹¹¹.

Le deuxième alinéa de l'article 2 (1) de la loi du 1^{er} août 2001 reconnaît le transfert de valeurs « destinées à assurer, en cours de contrat, l'équilibre convenu entre les prestations des parties, soit pour une opération déterminée, soit globalement pour toutes ou partie des opérations entre les cocontractants ». La stipulation contractuelle sera donc mesurée par rapport à ce but, à savoir l'équilibre convenu entre les prestations des parties.

En outre, il faut rappeler que les inopposabilités de la période suspecte ne s'appliquent pas au transfert de propriété à titre de garantie.

(d) Règles d'évaluation

24-65. L'alinéa 2 de l'article 8 (2) de la Loi prévoit la nullité de toute stipulation qui aurait pour objet ou pour effet de dispenser le fiduciaire de verser au fiduciaire 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.

¹¹¹ Il en est ainsi notamment du gage commercial sur valeurs mobilières ou sur créances de sommes d'argent prévue par l'article 113 du Code de commerce ainsi que du transfert de propriété à titre de garantie (article 2 (1), al. 2, de la loi du 1^{er} août 2001).

D'après l'exposé des motifs, il s'agit d'éviter le risque de la spoliation du fiduciaire et de transposer au régime du contrat fiduciaire la prohibition du pacte commissoire en matière de gage. En d'autres termes, il ne sera pas possible de prévoir qu'en cas de défaillance du débiteur, le patrimoine fiduciaire resterait définitivement acquis au fiduciaire, quel que soit l'encours du débiteur et la valeur de l'actif fiduciaire. Celui-ci ne pourra lui rester acquis que dans la mesure des créances garanties qui resteraient impayées.

Ceci implique donc que dans la rédaction du contrat de fiducie-sûreté, un soin particulier doit être apporté à la définition des créances garanties de façon à ce que le tiers bénéficiaire ou le fiduciaire, s'il bénéficie lui-même de la garantie, puisse être intégralement couvert.

Cette disposition n'aura pas vocation à s'appliquer au cas où l'actif fiduciaire est affecté en garantie de la livraison de l'actif fiduciaire lui-même car il n'y aura alors aucun solde.

Le même concept existe dans le cadre du transfert de propriété à titre de garantie pour lequel l'article 3 (4) de la loi du 1^{er} août 2001 prévoit la libération du cessionnaire (fiduciaire) de son obligation de retransfert « à concurrence de sa créance sur le cédant ou le tiers garanti ».

Que faut-il comprendre par « valeur au jour de la réalisation » ? Tout d'abord, ceci ne signifie pas que le fiduciaire devra réaliser ou vendre l'actif fiduciaire. Si le contrat le permet, il pourra le transférer au bénéficiaire de la sûreté et, s'il a cette qualité, se l'attribuer, c'est-à-dire le faire passer du patrimoine fiduciaire à son patrimoine personnel.

Ensuite, comment faut-il déterminer cette valeur ? S'il y a vente sur un marché, la valeur correspondra au prix réalisé, net des frais de la vente (courtage par exemple).

S'il s'agit d'une vente de gré à gré, la question est plus délicate, surtout si le fiduciaire, le bénéficiaire de la sûreté et l'acheteur sont affiliés. Dans ce cas et dans le cas où l'actif est attribué au bénéficiaire de la sûreté, la solution semble évidente pour les actifs fiduciaires faisant l'objet d'une cotation sur un marché (valeurs mobilières, devises). Or, ce type d'actifs peut être soumis à des fluctuations importantes durant le « jour de réalisation ». Faut-il prendre le cours d'ouverture, le cours de clôture, un cours moyen ? S'il y a plusieurs places de cotation, quel cours faut-il prendre ? Les parties peuvent-elles en convenir contractuellement et déterminer notamment la place de référence et fixer une heure déterminée pour la détermination de la valeur ?

La question de la méthode d'évaluation est par ailleurs fondamentale pour la détermination de la valeur d'actifs non cotés.

Il faudra, dans ces cas, que le contrat prévoie une méthode d'évaluation des actifs fiduciaires et des créances garanties. En ce qui concerne ces dernières, l'évaluation d'obligations de faire ou de ne pas faire s'avérera particulièrement

délicate, mais indispensable si on veut éviter le recours aux tribunaux pour en déterminer le montant, retardant d'autant la réalisation de la sûreté.

Sur la problématique de l'évaluation des avoirs, la loi du 1^{er} août 2001 dispose que les modes d'évaluation convenus par les parties sont valables et opposables aux tiers, commissaires, curateurs, liquidateurs et autres organes similaires (appelés « syndic » par le règlement CE sur les procédures d'insolvabilité) et ceci nonobstant la faillite ou autre situation de concours de l'une des parties.

Faut-il déduire de l'absence d'une disposition équivalente à la Loi que les méthodes d'évaluation prévues par les parties dans une fiducie-sûreté ne sont pas opposables aux syndics ?

Il faut répondre par la négative. En effet, du fait de l'article 9 (2), le contrat fiduciaire est opposable aux tiers, donc aux syndics.

CHAPITRE 2

Le transfert fiduciaire de créances

24-66. Annonciateur du projet de loi sur la titrisation¹¹², l'article 9 (3) de la Loi prévoit que le transfert fiduciaire de créances est opposable aux tiers dès sa conclusion. En cela, la Loi déroge à l'article 1690 du Code civil. L'exposé des motifs indique que ceci permettra, notamment pour des opérations portant sur des masses de créances, de faciliter la réalisation de faiscances ou de titrisations sans passer par les procédures allégées de la cession de créance.

La disposition ne sortira ses effets que pour les transferts de créances dont l'opposabilité aux tiers sera régie par la loi luxembourgeoise en application des principes de droit international privé du tribunal saisi.

Les règles de droit international privé luxembourgeois (mais également belge et français) prévoient que la loi du débiteur cédé détermine les conditions de l'opposabilité d'une cession de créance aux tiers.

L'article 12 de la Convention de Rome du 19 juillet 1988 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (qui constitue le droit international privé luxembourgeois dans ce domaine, même en dehors du champ d'application géographique de la Convention) ne détermine pas la loi applicable à l'opposabilité d'une cession de créances aux tiers. Une telle disposition était prévue au projet de la Convention, mais avait été retirée à cause de l'opposition de certains États membres.

La disposition de l'article 9 (3) de la Loi n'aura donc vocation à s'appliquer que si le débiteur cédé est au Luxembourg pour les litiges devant une juridiction luxembourgeoise et pour les litiges devant les juridictions de pays ayant une règle de droit international privé similaire. Elle serait inopérante pour les pays

¹¹² Projet de loi n° 5199 relative à la titrisation.

qui ne font pas application sur ce point de loi du débiteur cédé, tels que, par exemple, l'Allemagne, qui soumet la question à la loi de la créance cédée.

La Convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international (encore connue sous la dénomination de Convention CNUCI), signée par le Luxembourg le 12 juin 2002 mais non encore ratifiée, prévoit en son article 22 que l'opposabilité aux tiers est régie par la loi du cédant. Les opérations de titrisation avec un cédant de droit luxembourgeois seraient ainsi facilitées par l'article 9 (3) de la loi dans les opérations avec les pays qui auront ratifié la Convention CNUCI.

La soumission à la loi du cédant est une approche qui serait également sur le point d'être adoptée par voie législative en France et qui a été retenue dans le projet de loi n° 5199 relative à la titrisation (article 58).

Il faut s'interroger sur le point de savoir s'il ne faudrait-il pas adopter un régime uniforme pour toutes les formes de cessions de créances, de façon à ne pas avoir des régimes différents selon qu'il s'agisse d'une cession de créances non fiduciaire (soumise à l'article 1690 du Code civil), un transfert de créance en fiducie (bénéficiant de l'opposabilité prévue par l'article 9 (3) de la Loi) ou en application de la loi du 1^{er} août 2001 (dont l'article 3(3) prévoit un régime identique à l'article 9 (3) de la Loi, bien qu'utilisant une terminologie quelque peu différente) ou encore une cession de créances soumise à la loi à venir sur la titrisation.

L'article 9 (3) de la Loi ne règle pas tous les problèmes alors qu'il est prévu que le débiteur puisse se libérer valablement entre les mains du fiduciaire tant qu'il n'a pas connaissance du transfert¹¹³. Si on veut donc s'assurer que le paiement sera, en toutes circonstances, effectué au fiduciaire, il faudra néanmoins passer par une information du débiteur qui ne devra cependant pas nécessairement prendre la forme d'une lettre recommandée.

Alternativement, il faudra mettre en place des arrangements pratiques, comme prévoir que le paiement par tous les débiteurs du fiduciaire des créances transférées en fiducie se fasse sur un compte gagé en faveur du fiduciaire. Ceci éviterait que les sommes payées au fiduciaire par les débiteurs ignorant le transfert fiduciaire et non encore reversées au fiduciaire ne tombent dans la masse du fiduciaire en cas de faillite.

¹¹³ Le rapport de la Commission juridique indique par erreur le contraire; *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 9.

CHAPITRE 3

L'abolition du privilège du fiduciaire

24-67. Le Règlement prévoyait deux garanties en faveur du fiduciaire pour les montants qui lui étaient dus de la part du fiduciant : un privilège et un droit de rétention. En matière mobilière, le privilège prévu par le règlement s'assimilait à celui du commissionnaire¹¹⁴ prévu par l'article 92 du Code de commerce.

La Loi n'a pu repris ces deux garanties au motif, selon le gouvernement, que l'existence de ce privilège « pouvait laisser penser que le fiduciaire perdait, à l'échéance, la propriété des biens érigés en fiducie »¹¹⁵. Le gouvernement conclut que l'on aboutirait ainsi à la situation « difficilement concevable » de l'existence d'un privilège du fiduciaire sur des biens dont il est propriétaire.

Le gouvernement paraît en l'occurrence s'être trompé sur le moment de la création du privilège, celui-ci ne venant à exister qu'à partir du moment où le fiduciaire ne détient plus l'actif comme fiduciaire. En outre, la perte de la propriété de l'actif fiduciaire à l'échéance dépendra de la rédaction du contrat fiduciaire et de sa mise en œuvre par le fiduciaire. Il n'est pas du tout exclu qu'un contrat fiduciaire puisse prévoir un transfert automatique d'un actif fiduciaire au fiduciant ou à un bénéficiaire, la détention de l'actif par le fiduciaire se transformant alors en dépôt.

Il s'y ajoute que le fiduciaire, surtout si c'est une banque, peut avoir crédité le compte du fiduciant par inadvertance ou de façon automatique par la mise en œuvre de son programme informatique de gestion des comptes.

Dans tous ces cas, le privilège aurait gardé son utilité.

La Chambre de Commerce ne s'est pas opposée à l'abandon de ce privilège, ce qui semble confirmer que le secteur bancaire n'y attachait pas vraiment d'importance. Curieusement, c'est le Conseil d'État qui a essayé de résister alors que, lors de l'élaboration du règlement, il était d'avis que le privilège n'avait que peu d'utilité¹¹⁶.

Une mention du droit de rétention est également écartée au motif qu'il existe déjà en droit commun, à la condition toutefois que le fiduciaire soit en possession de l'actif. Si la possession fait défaut, « la consécration d'un droit de rétention fictif paraît excessive »¹¹⁷.

Contrairement aux affirmations du gouvernement, le privilège était également utile en complément du droit de rétention, car, en l'absence de ce privilège, le droit de rétention ne permettra pas de réaliser l'actif anciennement fiduciaire. Si le créancier (en l'occurrence l'ancien fiduciaire) se dessaisit du bien retenu, il perd son droit de rétention.

¹¹⁴ Ph. Hoss, *op. cit.*, p. 1106.

¹¹⁵ *Doc. parl.* n° 4721, p. 13.

¹¹⁶ *Doc. parl.* n° 2641, p. 8.

¹¹⁷ *Doc. parl.* n° 4721, p. 13.

Les fiduciaires soucieux de se ménager une garantie devront donc pallier à cette disposition en prévoyant dans leurs contrats fiduciaires que les actifs fiduciaires seront affectés en garantie en leur faveur et/ou que ces actifs, une fois qu'ils ne seront plus détenus à titre fiduciaire, seront gagés en faveur du fiduciaire et/ou que la créance du fiduciaire sur le fiduciaire est gagée en faveur de ce dernier. Même si on peut regretter l'abandon du privilège, les fiduciaires attentifs devraient pouvoir y remédier.

24-68. L'abandon du privilège peut cependant devenir une véritable source de problèmes pour les contrats fiduciaires conclus avant l'entrée en vigueur de la Loi. Du fait des dispositions transitoires et à moins de choix contraire par les parties dans les six mois de la publication de la Loi, les effets futurs de ces contrats seront régis par la Loi.

Ceci signifie-t-il que le privilège prévu par le Règlement est « abrogé » pour ces contrats fiduciaires antérieurs ainsi soumis à la Loi ou faut-il limiter cette « abrogation » aux créances nées postérieurement à l'application de la Loi aux contrats fiduciaires existants ?

Selon le doyen Paul Roubier¹¹⁸, la suppression de privilèges fait partie du régime légal des créances au profit desquelles la loi a créé ce droit de préférence : « Les lois nouvelles, en pareil cas, sont relatives aux effets de la créance dans la procédure de distribution de l'actif du débiteur. Ces lois reçoivent effet immédiat, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent à tous les règlements de créanciers postérieurs. »

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation française citée et approuvée par le doyen Roubier, le jour de la naissance de la créance ne peut jouer un rôle dans l'attribution du privilège, celui-ci n'étant pas fondé sur la date de la créance, mais sur sa qualité.

Il y a donc tout lieu de craindre, pour les contrats fiduciaires conclus avant la date de mise en vigueur de la Loi, mais pour lesquels l'option de l'assujettissement au Règlement n'est pas exercée, que tout privilège non encore exercé sera aboli. Si la jurisprudence adoptait cette position, on peut estimer que les attentes légitimes des fiduciaires et leur confiance dans la sécurité juridique seraient déjouées.

¹¹⁸ *Le droit transitoire, Conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., p. 319.

CHAPITRE 4

Le remplacement du fiduciaire ou l'extinction anticipée du contrat fiduciaire pour motifs graves

24-69. L'article 7 (6) de la Loi prévoit que le fiduciaire, le fiduciaire et les bénéficiaires peuvent, pour motif grave, demander au juge de remplacer le fiduciaire, provisoirement ou définitivement, ou de prononcer l'extinction du contrat fiduciaire.

Cette disposition est non seulement tout à fait nouvelle par rapport au Règlement, mais rompt de façon dramatique avec le droit commun en ce qui concerne le rôle que peut avoir un juge dans le contrat.

1) L'intervention du juge dans les contrats en général

24-70. En droit commun, le juge peut intervenir dans le contrat pour sanctionner son absence de validité, sa non-exécution ou sa mauvaise exécution. Il peut prononcer la nullité du contrat en cas de vice du consentement, d'absence de cause, d'objet illicite ou immoral ou de violation de l'ordre public. Il peut également prononcer la résolution et la résiliation du contrat en cas de non-exécution par l'une des parties de ses obligations ou en cas d'impossibilité d'exécution.

Il peut encore prononcer des dommages et intérêts en cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de violation du contrat ou en cas de fraude ou de négligence d'une des parties.

Il peut en outre, tout en laissant le contrat intact, en interpréter les dispositions ainsi que sanctionner l'absence de bonne foi dans son exécution.

Par contre, une intervention du juge par laquelle il modifierait un contrat est très rarement admise en droit et, le cas échéant, elle est fortement encadrée. En droit luxembourgeois, on peut citer les dispositions suivantes du Code civil: l'article 1244 par lequel un délai de paiement peut être consenti au débiteur malheureux, les articles 1152 et 1231 par lesquels le juge peut ajuster une clause pénale soit en augmentant, soit, ce qui est plus normalement le cas, en diminuant le montant prévu, les articles 1769 et 1773 qui permettent un ajustement d'un bail à ferme en cas de perte de récolte, l'article 953 qui permet à une donation entre vifs d'être révoquée pour ingratitude dans les cas énumérés à l'article 965 ainsi que l'article 277 4° pour les modifications de pension alimentaire.

En droit commun, on constate que le législateur a toujours pris soin d'entourer le juge de règles bien définies ou bien ne lui permet que de modifier le *quantum* de l'obligation ou d'en suspendre l'exécution ou encore d'en reculer l'échéance. Aucun texte ne lui permet cependant de modifier ou de réviser un contrat ou de mettre fin à un contrat valable. La disposition de l'article 7 (6) de la Loi représente donc une véritable révolution.

On objectera que l'article 1871 du Code civil et les articles 99, 116 et 180-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, qui permettent à un juge de prononcer pour juste motif la dissolution d'une société avant son terme, est un parallèle à la disposition de l'article 7 (6) de la Loi.

Or la dissolution d'une société et l'extinction d'un contrat ne sont pas la même chose. Le juste motif tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence dans le cadre des textes cités doit consister en une mésentente grave qui empêche la société de fonctionner normalement. Ceci se concrétise par un blocage au niveau des organes, ne permettant plus à la société de prendre les décisions nécessaires à la conduite de ses affaires. Or, ces solutions ne sont pas transposables dans le cadre d'un contrat fiduciaire alors qu'il n'y a pas d'être moral qui soit empêché de fonctionner. Dans le contexte d'un contrat fiduciaire, la mésentente entre les parties doit être soumise à l'arbitrage des tribunaux qui jugeront de la pertinence des reproches formulés et qui en tireront la conséquence au niveau de la résolution ou de la résiliation du contrat et/ou des dommages et intérêts.

2) L'intervention du juge dans le contrat fiduciaire

24-71. Il y a deux degrés d'intervention possibles du juge¹¹⁹ aux termes de l'article 7 (6) de la Loi: 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, notion qui ne recouvre aucune des catégories existantes du droit civil concernant les manières dans lesquelles les obligations prennent fin.

24-72. Il faut, en principe, approuver la création de la possibilité de l'intervention du juge dans un contrat fiduciaire. Elle permettra de pallier à des situations dans lesquelles un remplacement du fiduciaire devient nécessaire, mais ne peut être effectué dans de bonnes conditions, soit parce que le consentement de l'une des parties fait défaut ou est abusivement refusée, soit parce que la documentation contractuelle n'a pas prévu de mécanisme de remplacement. Ainsi, l'intervention du juge pourrait se révéler très utile dans le cas où le fiduciaire désire procéder à sa liquidation volontaire ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou d'un retrait d'agrément ne lui permettant plus d'exercer la fonction de fiduciaire. Dans ces derniers cas, on peut regretter que l'autorité de surveillance du fiduciaire (la CSSF ou le Commissariat aux assurances pour les fiduciaires luxembourgeois sous leur surveillance) ne se soient pas vu reconnaître le droit d'intenter une telle procédure judiciaire.

L'efficacité de cette disposition risque cependant de se heurter aux délais actuels des procédures. Il reste à espérer que les tribunaux accepteront de fixer de telles affaires à des dates rapprochées et de prononcer des décisions exécutoires par provision.

¹¹⁹ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 9.

Il aurait sans doute été judicieux de prévoir expressément une procédure « comme en référé », du moins pour un remplacement provisoire. Dans le silence de la Loi, des plaideurs tenteront sans doute de faire reconnaître que le juge des référés est compétent pour ordonner un remplacement provisoire du fiduciaire sur base des articles 932 ou 933 du Nouveau Code de procédure civile.

24-73. La disposition discutée appelle cependant deux réserves.

La première a trait au cas où le fiduciaire lui-même a un intérêt dans l'opération sous-jacente, par exemple dans le cas d'une fiducie-sûreté dans laquelle le fiduciaire est le ou un des créanciers garantis.

Dans ce cas, le remplacement ne devrait pas être permis et les remarques critiques concernant l'extinction du contrat fiduciaire par voie judiciaire reproduites ci-dessous valent également.

La seconde est plus générale alors que la décision qui remplace un fiduciaire n'est pas capable de modifier les contrats conclus par celui-ci ès qualités (le juge n'ayant d'ailleurs souvent pas compétence juridictionnelle sur ces contrats) et les tiers cocontractants ne peuvent se voir imposer une autre partie.

Souvent d'ailleurs, les contrats avec les tiers prévoient que le fiduciaire ne peut être remplacé sans l'accord du tiers cocontractant.

Un remplacement du fiduciaire pourrait ainsi créer des situations inextricables et ne devrait être prononcé que si, au vu de l'opération et des contrats et surtout des tiers contractants en présence, la mesure est susceptible de sortir ses effets sans bouleverser l'économie de l'opération.

24-74. Le second type d'intervention, à savoir le prononcé de l'extinction du contrat par le juge, est beaucoup plus dramatique alors qu'elle met à néant un contrat qui, par ailleurs, est parfaitement valable.

Les effets d'une extinction ne sont pas clairs. Serait-ce une forme particulière de résiliation? En effet, comme celle-ci, l'extinction ne vaudra que pour l'avenir¹²⁰.

Le commentaire des articles¹²¹ justifie le recours au juge par les larges pouvoirs inhérents à la fonction du fiduciaire et que, de ce fait, il pourrait mettre gravement en péril les intérêts du fiduciant ou du bénéficiaire, surtout dans les hypothèses où le contrat de fiducie serait à durée déterminée sans être rendu révocable. Au vu de l'absence totale de jurisprudence, ceci ne semble pas avoir été une source de problèmes durant les vingt dernières années.

Une autre hypothèse évoquée par le commentaire des articles est l'impossibilité par le fiduciaire de poursuivre sa mission alors qu'il avait renoncé à la possibilité d'y mettre fin unilatéralement.

¹²⁰ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 9.

¹²¹ *Doc. parl.* n° 4721, p. 12.

Le Conseil d'État indique que l'innovation établit un remède dans des circonstances contractuelles périlicantes où l'intérêt économique exige cependant de trouver une issue¹²².

Le problème vient du fait qu'il est difficile de cerner le motif grave et les caractéristiques de celui-ci.

24-75. Le commentaire des articles indique qu'il s'agit là d'une condition très étroite. À lire les exemples de motifs graves cités par le commentaire des articles, on peut ne pas être convaincu que le droit commun n'aurait pas été à même de répondre à ces situations :

a) La confusion entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine personnel

Un tel comportement représenterait une violation non seulement du contrat fiduciaire, mais de la loi, pouvant être sanctionné par la résiliation du contrat ainsi que par des dommages et intérêts. Il est vrai que, dans ce cas, un remplacement du fiduciaire visant à assurer la pérennité de la structure peut être utile. Par contre, une extinction anticipée pourrait gravement affecter les intérêts d'autres intervenants et notamment des créanciers sur le patrimoine fiduciaire.

b) La dissipation des biens confiés

Il s'agira encore une fois d'une violation du contrat fiduciaire, voire de la loi. Une dissipation relèverait même du droit pénal.

c) Le comportement gravement répréhensible du fiduciaire au regard de la législation financière

Ou bien de tels comportements constituent une violation du contrat et de la loi et peuvent dès lors être sanctionnés par le droit commun ou bien ils sont entièrement étrangers au contrat qui est exécuté normalement.

Dans cette deuxième hypothèse, ce serait la violation par le fiduciaire de ses obligations (réglementaires) en tant qu'entité surveillée ou en tant qu'intervenant sur les marchés financiers qui pourrait entraîner soit son remplacement, soit l'extinction du contrat fiduciaire. Alors qu'un remplacement peut être une mesure utile si le contrat fiduciaire ne prévoit aucun mécanisme de remplacement, il appartiendra alors au juge d'apprécier le comportement du fiduciaire au regard de la législation financière, et ceci aux lieux et places de l'autorité chargée du contrôle de la législation financière concernée. Le commentaire des articles ne le dit pas, mais comme le fiduciaire peut être une personne morale de droit étranger voire de droit public international, il semble que le législateur vise également les législations financières étrangères, voire le droit international public. La sanction normale d'un tel comportement devrait être un retrait d'agrément ou des interdictions d'opérer sur le marché financier en question.

¹²² *Doc. parl.* n° 4721, p. 4.

Pourquoi limiter alors l'intervention du juge au contrat fiduciaire alors que d'autres opérations effectuées par le fiduciaire en d'autres qualités pourront être affectées de manière beaucoup plus dramatique par son comportement ? En outre, il est théoriquement possible qu'un tribunal considère qu'il est en présence d'un comportement gravement répréhensible et ceci contrairement à l'avis de l'autorité de contrôle compétente ou, à l'inverse, estimer qu'un comportement n'est pas gravement répréhensible alors que l'autorité de contrôle est d'un avis contraire.

Il est curieux de noter qu'aucune autorité de contrôle, nationale ou étrangère, ne peut intervenir devant le juge pour demander le remplacement du fiduciaire, ce qui aurait été logique en présence d'un comportement gravement répréhensible du fiduciaire au regard de la législation financière.

Si le pouvoir de remplacer le fiduciaire peut avoir une utilité, il est difficile de comprendre pourquoi un comportement étranger au contrat fiduciaire justifie une extinction du contrat fiduciaire, déjouant par là les attentes légitimes des parties.

- d) La mésentente grave entre le fiduciaire et le fiduciaire due à l'immixtion intempestive du fiduciaire dans la gestion du patrimoine.

Il s'agit d'une violation du contrat par le fiduciaire pouvant être sanctionnée par le mécanisme normal de l'astreinte ou de la résiliation. On voit mal l'avantage que pourrait apporter un remplacement du fiduciaire.

- e) L'impossibilité de poursuite de la mission

En cas d'impossibilité d'exécution, la sanction de droit commun est la résolution ou la résiliation du contrat. Il n'est donc point besoin de prévoir un mode d'extinction propre au contrat fiduciaire que le Code civil ignore.

Les exemples qui sont cités par le commentaire ne convainquent guère de l'utilité de la disposition, sauf pour procéder à un remplacement du fiduciaire, mais certainement pas pour procéder à une extinction anticipée.

3) Les critères à utiliser

24-76. L'article 7(6) de la Loi qui permet au juge de mettre fin anticipativement au contrat fiduciaire consacre l'intrusion de l'imprévision dans le droit luxembourgeois.

La théorie de l'imprévision est, dans son principe, rejetée dans les pays de droit civil au motif principal de la sécurité juridique¹²³. Selon Planiol et Ripert¹²⁴, « la raison profonde d'hostilité à l'égard de la doctrine de l'imprévision est cependant la crainte de l'arbitraire du juge ». Flour et Aubert¹²⁵ ont souligné que la

¹²³ Denis-M. PHILIPPE, *Changements de circonstances et bouleversements de l'économie contractuelle*, Bruylant, 1986 : en France (sauf pour les contrats administratifs), p. 53, depuis l'affaire dite du canal de Capronne [Cass. Civ., 6 mai 1876, D., 1876, I, p. 193] et en Belgique, p. 155).

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 553, cité par Denis-M. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁵ FLOUR et J.L. AUBERT, *Droit civil, Les obligations*, vol. I, *L'acte juridique*, n° 402.

reconnaissance de l'imprévision entraînerait une déstabilisation en chaîne des contrats. D'autres soulignent le danger de laisser entrevoir au débiteur de mauvaise foi une nouvelle porte de sortie¹²⁶.

Il est vrai que la théorie de l'imprévision a également ses défenseurs doctrinaires, mais pour l'instant la jurisprudence dans les pays de droit civil et la majorité de la doctrine la rejettent.

Dans le contexte d'un montage fiduciaire, une intervention d'un juge sera particulièrement délicate. En effet, dans un grand nombre de structures faisant appel au contrat fiduciaire, le fiduciaire aura conclu de son côté des contrats avec des tiers portant sur les actifs fiduciaires. Comme le souligne justement le rapport de la Commission juridique, l'extinction du contrat fiduciaire n'affectera pas ces autres contrats à moins que ceux-ci ne contiennent une clause de résiliation automatique¹²⁷ ou à l'option du cocontractant du fiduciaire en cas d'extinction du contrat fiduciaire. Une telle clause sera souvent incompatible avec l'opération, surtout en matière de titrisation ou dans le cas d'une fiducie-sûreté.

En outre, une extinction anticipée, mettant à mal les projections et les attentes des parties, ne devrait être utilisée qu'en tout dernier recours à condition que l'exécution telle que prévue initialement s'avérerait irrémédiablement compromise et que les parties n'auraient pas fixé conventionnellement un mécanisme leur permettant elles-mêmes de sortir de l'impasse.

24-77. Le nécessaire sauvegarde de la sécurité juridique devrait permettre de dégager les critères stricts qui devraient être remplis de façon à permettre au juge de prendre une décision aussi fondamentale au regard d'un contrat par ailleurs parfaitement valable¹²⁸. Il faut, à cet égard, souligner que la règle édictée par l'article 7 (6) n'est pas une règle de procédure mais une règle de fond, ce qui signifie que si les parties décident de donner compétence à un tribunal étranger, il appartiendra à celui-ci d'appliquer la règle luxembourgeoise et ceci, aussi longtemps qu'il n'y aura pas de jurisprudence luxembourgeoise, en l'absence totale de repères.

- (1) Tout d'abord, le motif doit être véritablement grave, c'est-à-dire qu'il ne pourrait pas s'agir d'une simple gêne, voire d'une difficulté réelle de donner suite au contrat. Il faut que le motif atteigne l'intention économique même des parties au contrat fiduciaire. L'exécution de la convention doit être irrémédiablement compromise.
- (2) Il faudrait ensuite que le contrat ne contienne pas lui-même des stipulations permettant aux parties de rectifier la situation. Ainsi, le juge devrait refuser

¹²⁶ Denis-M. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 62.

¹²⁷ *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 9.

¹²⁸ Les critères décrits ci-dessous sont plus ou moins repris dans le Rapport de la Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p.10.

d'intervenir dans le contrat en présence de clauses de résiliation anticipée ou de mécanismes permettant une modification du contrat ou permettant au fiduciaire de donner des instructions dans certaines circonstances au fiduciaire alors que le principe de nouvelles instructions aurait, de façon générale, été écarté hormis ces circonstances particulières. Le juge devrait parallèlement refuser d'intervenir si le contrat prévoit des clauses de remplacement du fiduciaire ou même du fiduciaire par un nouveau fiduciaire (ou bénéficiaire) même dans le cas de la disparition du fiduciaire.

- (3) Aucune sanction de droit commun, en ce compris l'astreinte, ne devrait être susceptible d'apporter de solution.
- (4) Le motif grave devrait bien évidemment être étranger aux agissements du demandeur. En d'autres termes, comme condition préalable à sa demande, le demandeur devra avoir rempli toutes ses obligations, en ce compris la négociation de bonne foi d'aménagements possibles. Si le demandeur lui-même n'agit pas de bonne foi et n'a pas exploré toutes les voies alternatives de solution, sa demande devrait être rejetée.
- (5) Enfin, le juge devra tenir compte non seulement des intérêts des parties au contrat fiduciaire, mais, le cas échéant, également de ceux du bénéficiaire, voire des tiers, notamment des créanciers sur l'actif fiduciaire qui auront le cas échéant contracté avec le fiduciaire. Ce n'est que si les intérêts de toutes les parties en présence sont garantis que le juge devrait pouvoir prononcer l'extinction anticipée. Ceci, ainsi que le principe général de respect des droits de la défense, implique que *tous* les intervenants à l'opération fiduciaire soient assignés par le demandeur. Il s'agira de tous les fiduciaires et bénéficiaires et, dans le cas d'émission fiduciaire titrisée, de tous les porteurs d'obligations fiduciaires, mais également des tiers ayant traité avec le fiduciaire ou ayant des droits sur l'actif fiduciaire. La sauvegarde nécessaire des droits des divers intervenants et notamment de tous ceux qui ont des droits sur l'actif fiduciaire devrait en fait conduire à refuser l'extinction si un des droits sur l'actif fiduciaire était affecté sans que cette personne n'ait consenti à l'extinction.

Les contrats fiduciaires sont souvent à la charnière d'opérations ou de structures complexes dans un contexte international et l'utilisation de la possibilité d'extinction offerte par l'article 7 (6) devait être utilisée avec la plus grande retenue. « L'interventionnisme du juge, dans un contrat international [...], risque de déplaire aux cocontractants » et « une intervention maladroite dans un contrat complexe peut être pire encore que le maintien de la convention »¹²⁹.

24-78. Il est regrettable que l'introduction dans notre droit d'un tel bouleversement d'un contrat valable n'ait pas fait l'objet d'une analyse et d'une

¹²⁹ Denis-M. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 614.

réflexion plus détaillées. En effet, si la jurisprudence applique un concept de manière extensive ou erronée, le droit concerné ne présente plus la sécurité juridique voulue¹³⁰. La seule existence de cette disposition ne risque-t-elle pas d'ébranler la confiance des intervenants, surtout s'ils sont des étrangers qui cherchent à structurer leur gestion patrimoniale ou une opération donnée ? En cas d'incertitude, les intervenants ayant le choix de la loi applicable à leur structure risquent de se tourner vers d'autres alternatives.

Il n'y a qu'à espérer, en l'absence d'un aménagement législatif, que la prudence incitera les tribunaux à user avec la plus grande modération de ce nouveau pouvoir qui leur est ainsi confié sans que le législateur leur ait donné des règles de conduite à l'instar de celles fixées par la jurisprudence des pays qui, traditionnellement, connaissent et manient ce pouvoir exorbitant. Si l'institution du contrat fiduciaire doit se maintenir, ce ne sera que si les tribunaux posent des critères précis, stricts et stables susceptibles de rassurer les opérateurs.

4) Quelques illustrations des difficultés causées par l'article 7 (6)

24-79. Il est possible d'illustrer les conséquences néfastes de l'existence de cet article 7 (6) ou d'une extinction prononcée sans tenir compte des conséquences par des exemples qui en tirent les conséquences au niveau des exigences de fonds propres des établissements de crédit et des entreprises d'investissement assumant le rôle de fiduciaire.

(a) *La fiducie sûreté :*

24-80. Le contrat fiduciaire a été et est utilisé depuis le Règlement et la loi du 1^{er} août 2001 comme sûreté et la loi elle-même prévoit expressément la fiducie à des fins de garantie.

Cependant, et contrairement à *tous* les autres contrats de sûreté réelle ou de garantie (gage, nantissement, hypothèque, transfert – non fiduciaire – de propriété à titre de garantie), la sûreté créée à l'aide d'un contrat fiduciaire est, du fait de l'article 7 (6) de la Loi, exposée à une cause d'extinction propre.

Cette cause d'extinction ne repose pas sur des causes juridiques vérifiables et maîtrisables, telles que les cas de nullité, ou qui prévoient une sanction du fait de l'inexécution, telle que la résolution et la résiliation, mais elle est laissée en fin de compte à l'appréciation du juge.

Dans le secteur financier et surtout à l'occasion d'opérations importantes ou de contrats cadres (*master agreements*), la validité et la conformité d'une sûreté à la législation applicable seront couvertes par des avis juridiques qui confirmeront aux parties, et surtout au bénéficiaire de la sûreté, la sécurité juridique qu'elles sont en droit d'attendre.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 615.

Or le changement de circonstances ou toute autre situation future pouvant être considérée comme motif grave ne pourront, par définition, pas être couverts par un avis au début de l'opération (avant l'avance des fonds par le bénéficiaire de la sûreté).

Dans la mesure où les établissements de crédit et les entreprises d'investissement utiliseront le contrat fiduciaire, ils voudront que la sûreté fiduciaire leur permette, pour le calcul de leurs besoins en fonds propres, de ne pas tenir compte des engagements couverts par une sûreté fiduciaire, ceci bien évidemment à due concurrence et selon les pondérations applicables aux actifs fiduciaires affectées en garantie.

24-81. Les circulaires CSSF 2000/10 et 2000/12 ne contiennent pas d'exigence quant aux conditions juridiques à remplir par les contrats de nantissement, tout en reconnaissant un traitement favorable aux actifs garantis par un nantissement (partie VIII, point 10).

24-82. Le troisième document de travail (*Working Document*) de la Commission européenne du 1^{er} juillet 2003 sur les besoins en fonds propres des établissements de crédit et des entreprises d'investissement¹³¹ prévoit à sa section III, et en particulier à l'article 68 (2) (a), un certain nombre d'exigences juridiques minimales pour appliquer la *credit risk mitigation*.

Ces exigences juridiques sont que

the mechanism used to provide the credit protection [...] must be such as to result in credit protection arrangements which are legally robust and effective and enforceable in all jurisdictions.

Il est également exigé que le prêteur

has clear rights over the assets from which the protection derives and may in a timely manner liquidate or retain them in the event of the default, insolvency or bankruptcy [...] of the obligor [...].

Il faudra analyser si l'exigence que la sûreté soit *legally robust and effective and enforceable* se trouve remplie par une sûreté qui est susceptible d'être éteinte par un tribunal *alors qu'elle est parfaitement valable*.

Par ailleurs, l'article 68 (2) (a) renvoie à l'annexe E-2 du document de travail de la Commission européenne qui, au deuxième alinéa de la section 2.1.3.1. (b) (*Legal certainty*) exige que :

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.

Or un avis juridique fouillé sur une fiducie sûreté devra faire état de la possibilité d'« extinction » anticipée.

¹³¹ Voy. note n° 8.

24-83. Au Luxembourg, la CSSF devra décider (i) si elle considérera qu'une sûreté constituée par un contrat fiduciaire permettra aux établissements soumis à sa surveillance de la considérer comme une garantie valable au regard de la partie IV, point 10, des circulaires CSSF 2000/10 et 2000/12 et (ii) si les garanties constituées à l'aide d'un contrat fiduciaire répondront aux exigences juridiques de ce qui est actuellement l'article 68 (2) (a) du document de travail de la Commission européenne et qu'ainsi le recours à ce type de sûreté permettra aux établissements de bénéficier de la *credit risk mitigation*.

En outre, la CSSF devra apprécier si une réserve aux avis juridiques quant à la possibilité pour le fiduciaire d'obtenir pour motif grave l'extinction de la fiducie sûreté (ce qui aura pour conséquence la perte de la garantie pour le bénéficiaire), n'aura pas pour effet que la *legal opinion* sera considérée comme inadéquate par la CSSF 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.

Il faudra également voir quelle sera l'attitude de la CSSF tant qu'une demande d'extinction n'aura pas fait l'objet d'une décision coulée en force de chose jugée (incertitude qui s'étendra normalement sur trois à cinq exercices) ou en présence d'un jugement de première instance frappé d'appel ayant fait droit à la demande d'extinction. On ne peut guère, en pareille hypothèse, exclure l'intervention d'un juge des référés suspendant toute mesure tendant à la réalisation de la sûreté.

Enfin, la CSSF acceptera-t-elle que les garanties fournies à un OPC sous forme fiduciaire satisferont aux exigences de ses circulaires et notamment du point 3 du chapitre H de la circulaire IML 91/75 ?

Si la réponse à l'une ou l'autre de ces questions était négative, on pourra raisonnablement penser qu'aucun établissement de crédit ou entreprise d'investissement ou OPC luxembourgeois ne voudra utiliser la fiducie sûreté. En outre, on peut raisonnablement douter qu'un établissement étranger, bénéficiaire d'une fiducie sûreté, puisse convaincre sa propre autorité de surveillance d'appliquer un traitement différent de celui réservé à l'institution par la CSSF.

Dans ce cas, ne faut-il pas craindre que les dispositions de l'article 8 de la Loi et l'utilisation de la fiducie comme transfert de propriété à titre de garantie aux termes de la loi du 1^{er} août 2001 resteront lettre morte, du moins dans le domaine bancaire ?

Il s'agira alors d'une régression par rapport à la situation actuelle, contrairement au souhait exprimé à l'exposé des motifs du projet de loi.

Ces interrogations ont été portées à la connaissance de la CSSF qui a indiqué, début octobre 2003, qu'elle considère que l'article 7 (6) ne fragilise pas les contrats fiduciaires conclus à titre de garantie. Par conséquent, la CSSF estime que ces contrats remplissent toujours un degré de sécurité équivalent à un nantissement comme exigé par les circulaires CSSF 2000/10 et 2000/12.

La CSSF estime par ailleurs qu'il est prématuré de prendre position vis-à-vis des projets actuels de la Commission européenne.

La CSSF indique également que les garanties fournies sous forme fiduciaire satisferont aux exigences du point 3 du chapitre H de la circulaire IML 91/75.

24-84. Lors de la transposition de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie fiduciaire¹³², la Loi devra en tout état de cause être modifiée sur ce point¹³³.

En effet, les États membres sont obligés par l'article 6 de cette directive de veiller « à ce qu'un contrat de garantie financière avec transfert de propriété puisse produire ses effets selon les modalités qu'il prévoit », l'article 4 (5) contenant une exigence similaire.

La reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel d'extinction d'une fiducie sûreté n'est pas compatible avec les dispositions précitées de la directive.

Une modification de l'article 7 (6) de la loi équivaldra à la reconnaissance par le législateur lui-même qu'il estime, à juste titre selon nous, que cet article 7 (6) ébranle la sécurité juridique de l'institution¹³³. Cette fragilisation dépasse bien évidemment la fiducie sûreté pour affecter *tous* les contrats fiduciaires. Cette position devrait donc logiquement conduire à l'abrogation pure et simple de cet article ou à son aménagement de façon à ce que son application soit soumise par la loi à des critères stricts et, parmi ceux-ci, que l'intervention du juge ne puisse léser les intérêts des intervenants et ne doive pas empêcher le dénouement du contrat selon les modalités convenues.

L'article 7 (6) procédait sous aucun doute du souci légitime de permettre de dénouer des situations inextricables. Or le texte, tel que rédigé, et au vu des commentaires du gouvernement, est susceptible de recevoir une application beaucoup plus large, dépassant le but recherché par ses auteurs. Il faudrait donc lancer une réflexion plus approfondie sur la question afin d'aboutir à un texte plus ciblé qui ne donnerait pas lieu à de telles inquiétudes.

(b) L'exigence de fonds propres dans le chef du fiduciaire en cas d'extinction du contrat

24-85. Dans un certain nombre d'opérations fiduciaires, le fiduciaire est amené à conclure des contrats avec des tiers sur les actifs fiduciaires. Les exigences de l'opération feront, le plus souvent, que ces contrats avec des tiers ne permettront pas le transfert des avoirs et obligations du fiduciaire à une autre per-

¹³² Qui aurait dû intervenir pour le 27 décembre 2003 au plus tard (article 11 de la directive 2002/47/CE). Un projet de loi n° 5251 a été déposé le 25 novembre 2003.

¹³³ L'article 14(4) du projet de loi n° 5251 (déposé après la rédaction de la présente contribution) permet aux partis à un transfert de propriété à titre de garantie conclu par voie fiduciaire de conventionnellement exclure d'application de l'article 7(6) de la Loi.

sonne (fût-elle le fiduciaire) ou ne permettront ce transfert que vers un autre fiduciaire.

Ces contrats sont en général indépendants du contrat fiduciaire en ce sens que l'extinction du contrat fiduciaire n'est pas une cause de résiliation anticipée du contrat conclu avec les tiers.

Avec le nouveau texte, il sera théoriquement possible qu'un tribunal « éteigne » le contrat fiduciaire. Si on est alors en présence d'un contrat avec un tiers conclu par le fiduciaire à des qualités qui prévoient que le fiduciaire n'a pas le droit de transférer l'actif fiduciaire ou n'a le droit de le transférer qu'à un autre fiduciaire, la banque anciennement fiduciaire sera maintenue dans les liens contractuels avec le tiers.

Un tel risque était jusqu'à présent exclu ou du moins maîtrisable alors que les opérations de ce type sont entourées des garanties adéquates (au niveau de la rédaction des clauses, mais également de l'obtention d'avis juridiques sur la validité de l'opération et des contrats, notamment).

Or, avec l'introduction de l'article 7 (6), ce risque, tout théorique qu'il soit, peut se réaliser.

Dans ce cas, la banque anciennement fiduciaire se trouvera donc propriétaire non fiduciaire avec cependant des obligations *sui generis* vis-à-vis de l'ancien fiduciaire¹³⁴. La loi n'envisage pas pareille situation et, par conséquent, ne régleme pas cet aspect, l'intervention du juge se limitant au contrat fiduciaire. Le juge ne pourra donc pas intervenir sur le(s) contrat(s) que le fiduciaire aura, sur instruction du fiduciaire, conclu(s) par rapport aux actifs fiduciaires dans l'hypothèse même où il aurait compétence juridictionnelle (qui fera souvent défaut) et il ne pourra pas non plus remplacer le contrat fiduciaire « éteint » par un autre contrat¹³⁵.

24-86. Il faudra donc redouter les conséquences en termes d'impact sur les fonds propres de la banque anciennement fiduciaire du fait que des actifs antérieurement détenus en hors bilan seront maintenant 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 ? Ou pourra-t-elle intégralement compenser ces actifs avec son engagement vis-à-vis de l'ex-fiduciaire et, dans l'affirmative, sur quelle base ?¹³⁶

¹³⁴ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 11.

¹³⁵ Il faudra d'ailleurs déterminer quel est le type de relation qui sera créé du fait de « l'extinction » du contrat fiduciaire entre l'ancien fiduciaire et l'ancien fiduciaire (un mandat, une sous-participation, un contrat fiduciaire ne bénéficiant pas du régime prévu par la loi sur le contrat fiduciaire), voire vis-à-vis de l'ancien bénéficiaire : s'il lui reste un droit, le contrat fiduciaire qui le lui aura donné étant par hypothèse « éteint ».

¹³⁶ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 12.

Si la CSSF était d'avis que, dans une telle hypothèse, les actifs anciennement fiduciaires et les obligations vis-à-vis des anciens fiduciaires devraient être considérés pleinement pour le calcul des besoins en fonds propres et pour l'analyse grands risques, les conséquences pour les banques qui acceptent d'agir comme fiduciaire pourront être importantes, voire désastreuses.

Ceci reste vrai même pour les contrats avec des tiers qui prévoient que le transfert peut se faire à d'autres fiduciaires (ce qui est normalement prévu) alors que, dans l'hypothèse envisagée, le contrat ayant été « éteint », les clauses de remplacement du fiduciaire ne pourront plus jouer.

Tout comme pour le problème de la fiducie sûreté, quelle sera l'attitude de la CSSF pendant un procès visant à faire déclarer « l'extinction » du contrat fiduciaire, surtout si un premier jugement, frappé d'appel, aura fait droit à la demande ?

On pourrait objecter qu'il suffit de prévoir dans le contrat avec des tiers que le fiduciaire pourra, dans ce cas, transférer les avoirs et les contrats au fiduciaire. Or ce type de clause ne sera pas acceptable pour certaines opérations, notamment celles dans lesquelles les actifs fiduciaires, adossés ou non d'un contrat d'échange d'intérêts ou de devises (par exemple un prêt, ou un portefeuille de titres à des échéances, des taux d'intérêts, voire des devises différentes) sont titrisées en faveur d'une multitude de porteurs d'obligations fiduciaires éventuellement cotées en bourse. Pour les opérations ne permettant pas le transfert au(x) fiduciaire(s), l'exigence d'une clause autorisant un tel transfert fera en sorte que le contrat fiduciaire luxembourgeois ne sera pas un instrument adéquat et les opérateurs devront recourir à des institutions étrangères, tel le trust. Dans sa prise de position mentionnée ci-dessus (voy. n° 24-83 *in fine*), la CSSF a également indiqué qu'elle estime que l'extinction d'un contrat fiduciaire n'aura aucune conséquence sur l'exigence en fonds propres due par l'ancien fiduciaire au titre du risque crédit, ou pour la couverture des grands risques.

(c) L'impact sur les fonds propres en cas de titrisation :

24-87. Un des buts de la titrisation est de permettre au cédant (*originator*) de « sortir » certains actifs de son bilan. Au niveau des exigences de fonds propres des établissements de crédit, une cession définitive d'actifs équivaut également à une cession du risque de la banque sur ces actifs.

Dans le cadre du régime prévu par le document de travail de la Commission européenne sur les fonds propres des établissements de crédit et des entreprises d'investissement¹³⁷, les risques titrisés peuvent, sous certaines conditions, être écartés du calcul du besoin en fonds propres du cédant (article 82 du projet de directive). Une de ces conditions est que le risque transféré ne puisse pas « revenir » chez le cédant, ce qui doit être confirmé par un avis juridique (annexe F-2, point c, du projet de directive).

¹³⁷ Voy. note n° 8.

Si le transfert des actifs (par exemple de créances) a été effectué par un contrat fiduciaire à une société de titrisation ou une société de gestion de fonds de titrisation, ce contrat sera, du fait de l'article 7 (6) de la Loi, théoriquement susceptible d'extinction par un tribunal. Dans une telle hypothèse, peut-on exclure l'éventualité que le pool de créances ne « revienne » chez le cédant? Une réponse affirmative exigerait d'écarter le contrat fiduciaire comme mode de transfert de risques dans des opérations de titrisation dans lesquelles le cédant cherche à réduire ses besoins en fonds propres. Ce serait à nouveau regrettable, alors que la Loi a eu précisément pour objet de faciliter ce type d'opération par la possibilité pour les organismes de titrisation d'agir comme fiduciaire.

(d) *La situation d'un trust en droit anglais*

24-88. Si on compare maintenant cette fragilité au moins relative du contrat fiduciaire au trust anglais fréquemment utilisé dans le domaine bancaire et financier et avec lequel le contrat fiduciaire se trouve souvent en concurrence, on constatera que le trust ne court pas pareil risque. Il semble, en effet, que le juge anglais soit incapable de mettre fin à un trust parfaitement valable. Le législateur anglais a en fait promulgué une loi spécifique traitant de la modification d'un trust, à savoir le *Variation of Trusts Act 1958*.

Il faut souligner que le tribunal ne modifie pas le trust. Il se borne à 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 tribunaux devront d'abord s'assurer que la modification proposée est dans l'intérêt de ceux pour lesquels la demande est faite¹³⁸.

L'unique exception où le tribunal ne doit pas considérer l'intérêt de la personne pour laquelle la demande est faite, existe pour les personnes qui ont un *discretionary interest under a protective trust*. Il s'agit d'un cas où il y a un premier bénéficiaire du trust et où la modification sollicitée affecterait un bénéficiaire en deuxième rang. Le *Variation of Trusts Act* n'exigerait pas cette protection du bénéficiaire de deuxième rang car il serait protégé par une autre loi, le *Trustee Act 1925*.

La situation en droit anglais serait, en résumé, la suivante¹³⁹:

- 1) En présence d'un trust valablement constitué, le juge anglais n'a pas le pouvoir de le mettre à néant, mais uniquement de le modifier.
- 2) Le juge ne peut consentir à la modification d'un trust que pour compte de personnes qui sont incapables de donner leur consentement.
- 3) Le tribunal ne peut pas approuver une modification si un bénéficiaire refuse son consentement à la modification.

¹³⁸ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 11.

¹³⁹ J.G. RIDDALL, *The Law of Trusts*, 2002 p. 386 et s.

- 4) Le tribunal ne peut consentir que si la modification est à l'avantage du bénéficiaire pour lequel et en lieu et place duquel le tribunal donne son accord. L'unique exception s'applique à l'accord donné pour compte d'un bénéficiaire subordonné, l'accord du bénéficiaire principal devant néanmoins être obtenu.
- 5) 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 présence¹⁴⁰

Une mise à néant d'un trust valable en matière bancaire et financière serait donc inconcevable en droit anglais¹⁴¹.

Ceci ne signifie-t-il pas que, comparativement, le trust offre un instrument plus sécurisé que le contrat fiduciaire, la Loi permettant au juge, non pas de le modifier afin d'assurer que le contrat remplisse le rôle que lui ont assigné les parties, mais de le mettre à néant une fois que le juge aura estimé avoir constaté un motif grave ?

CHAPITRE 5

La publicité de la qualité de fiduciaire pour certains biens

24-89. Contrairement au Règlement qui ne distingue pas entre les différents biens qui peuvent être transférés en fiducie, la 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 public¹⁴². Tel que le remarque justement le Conseil d'État¹⁴³, ceci constitue un choix de principe qui opte pour une divergence de traitement entre biens meubles et biens immeubles.

En général, aucune mesure de publicité particulière n'est nécessaire pour renseigner la qualité de détention fiduciaire d'un bien. Les articles 10 et 11 prévoient maintenant que la qualité de fiduciaire (ou de *trustee*) 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).

¹⁴⁰ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 11.

¹⁴¹ Rapport Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 11.

¹⁴² Par contre, la qualité de fiduciaire n'a pas besoin d'être indiquée sur les registres qui ne sont pas publics, tels que les registres des actions et des obligations nominatives.

¹⁴³ *Doc. parl.* n° 4721², p. 6.

Le Conseil d'État souligne que ces deux articles permettront toujours de repérer « le propriétaire fiduciaire » par rapport au « propriétaire normal » et le Conseil d'État de conclure justement que cette option ne « tire pas toutes les conséquences de l'assimilation du fiduciaire au propriétaire alors qu'il reste toujours un « propriétaire marqué » signe d'une certaine précarité ».

Le commentaire des articles affirme qu'il « est indispensable que [la transcription des actes transférant au fiduciaire ou au *trustee* des immeubles ou des droits immobiliers] fasse apparaître expressément, selon les cas, la qualité de fiduciaire ou de trustee ». Ceci est effectivement nécessaire afin que l'opération bénéficie de l'imposition au droit fixe, notamment en cas de transcription de droits immobiliers¹⁴⁴.

Il faut cependant approuver la Loi en ce qu'elle n'exige pas que l'identité du bénéficiaire de la fiducie ou du trust soit indiquée.

À cet égard, le commentaire qui indique que les informations fournies par le « registre de publicité foncière » pourront aider, le cas échéant, dans la recherche d'identité du bénéficiaire de la fiducie ou du trust est incompréhensible.

Un tel registre existe bien en France, mais pas au Luxembourg. Ce qui semble être visé est la conservation des hypothèques auprès de laquelle sont effectuées les transcriptions et inscriptions. Ensuite, aucune loi n'exige la mention du bénéficiaire d'une fiducie. Ce qui doit être transcrit, c'est l'acte transférant au fiduciaire la propriété d'un immeuble. Rien n'empêche les parties de séparer en deux l'acte opérant transfert de propriété et les stipulations d'affectation du bien.

Le transfert de propriété dûment publié sera opposable à tous comme tout autre transfert. Quelle sera alors la conséquence de l'omission de la qualité de fiduciaire de l'acquéreur ? La conséquence sera fiscale car le transfert ne bénéficiera pas du régime de faveur prévu pour les transferts fiduciaires, mais sera imposé au taux de droit commun.

CHAPITRE 6

Le droit fiscal

24-90. Le régime des impôts directs du contrat fiduciaire était déjà réglementé dans la législation luxembourgeoise par le § 11 du *Steueranpassungsgesetz*¹⁴⁵ introduit par l'occupant allemand durant la Deuxième Guerre mondiale et maintenu « provisoirement » en vigueur à la libération. Pour rappel, le droit des impôts directs opère la distinction entre la propriété juridique et la propriété économique et impose seulement cette dernière, ce qui a pour conséquence que

¹⁴⁴ Voy. *infra* n° 24-92.

¹⁴⁵ Loi d'adaptation fiscale.

l'imposition des revenus et de la fortune des biens fiduciaires intervient uniquement au niveau du fiduciaire¹⁴⁶. L'article 12 de la Loi comble la lacune existante au niveau des impôts indirects.

1. *L'exigence d'enregistrement*

24-91. En principe, un contrat fiduciaire ainsi que ses modifications 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. Cette dérogation ne s'applique pas au cas où le contrat fiduciaire affecte un immeuble situé au Luxembourg ainsi que des aéronefs, des navires ou des bateaux de navigation intérieure immatriculés au Luxembourg ou des droits devant être transcrits, immatriculés ou enregistrés et portant sur un tel bien.

Un enregistrement volontaire est néanmoins toujours possible.

2. *Le taux*

24-92. Le droit d'enregistrement, quel que soit le bien ou le droit transféré au fiduciaire conformément au contrat fiduciaire, est liquidé au droit fixe¹⁴⁷, et ce y compris en matière immobilière. Ce régime dérogatoire n'est cependant valable que pour des biens que le fiduciaire ne doit pas conserver au-delà de 30 ans. Les mêmes principes sont applicables aux actes assurant le retour des biens au fiduciaire.

Cette disposition a comme but de maintenir la neutralité fiscale d'une opération alors que le bien reste la propriété économique du fiduciaire. La solution est tout à fait parallèle à celle prévue par la loi d'adaptation fiscale.

Si les biens doivent être conservés pour une longue durée, c'est-à-dire pour plus de 30 ans, le droit d'enregistrement déterminé selon le droit commun sera dû. Ce texte ne ferait pas obstacle à des contrats fiduciaires successifs portant sur le même bien et dont la durée totale serait de plus de 30 ans. Cette possibilité est expressément soulignée par le Conseil d'État¹⁴⁸.

Toujours dans la même logique, en cas d'attribution définitive au fiduciaire pendant ou à l'issue du contrat fiduciaire, les biens ou les droits qui lui ont été transférés doivent être enregistrés dans les conditions de droit commun.

Ceci signifie que si la propriété économique passe finalement au fiduciaire et que le contrat fiduciaire initial a été soumis à la formalité de l'enregistrement, soit volontairement pour les biens autres que les immeubles, aéronefs et autres navires, soit parce que leur enregistrement était obligatoire (droits immobiliers,

¹⁴⁶ Ph. Hoss, *op. cit.*, p. 1116.

¹⁴⁷ Actuellement 12 euros.

¹⁴⁸ *Doc. parl.* n° 4721², p. 7.

aéronefs et autres navires), l'attribution définitive doit également être enregistrée et ce deuxième enregistrement donnera lieu au paiement des droits d'enregistrement au taux de droit commun. Ce « transfert » devra également être transcrit, car il faudra retirer la mention de détention fiduciaire.

Si, conformément au contrat fiduciaire, un droit réel immobilier est transféré à titre gratuit à un tiers bénéficiaire, ce transfert sera soumis aux droits de donation suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciaire ou suivant la qualité du bénéficiaire. Il en sera de même pour le calcul des droits de succession et des droits de mutation par décès.

Pour les libéralités entre vifs ou à cause de mort effectuées par l'intermédiaire d'un contrat fiduciaire, le droit commun en matière d'imposition s'appliquera au moment du transfert par le fiduciaire au bénéficiaire ou aux héritiers.

La Loi régleme uniquement l'attribution définitive au fiduciaire ou le transfert à titre gratuit d'un actif fiduciaire à un tiers bénéficiaire. Elle ne parle donc pas d'une vente ou d'un échange de l'actif fiduciaire entre le fiduciaire et un tiers conformément aux dispositions du contrat fiduciaire ou aux instructions du fiduciaire. Si un tel acte est soumis aux formalités de l'enregistrement soit parce que la loi l'exige (par exemple pour les immeubles), soit parce que cette présentation est volontaire, les droits d'enregistrement prévus par le droit commun s'appliqueront selon le type d'opération, voire la nature des biens visés.

CHAPITRE 7

Les dispositions transitoires

24-93. La Loi régleme également le sort des contrats fiduciaires soumis au Règlement et conclus antérieurement à la mise en vigueur de la Loi¹⁴⁹.

L'article 15 prévoit qu'en principe la Loi s'appliquera aux effets futurs des contrats fiduciaires conclus avant son entrée en vigueur. Les parties pourront cependant convenir par écrit dans les six mois de la publication de la Loi au *Mémorial*¹⁵⁰ que leur contrat fiduciaire restera soumis au Règlement. Le Règlement survivra donc à son abrogation, mais uniquement à l'égard des parties qui en ont ainsi convenu.

Il faut bien comprendre le domaine d'application de cette disposition transitoire. Celle-ci concerne le titre II de la Loi, mais non pas le titre III contenant les dispositions complémentaires, fiscales et abrogatoires et notamment les règles concernant la transcription et l'inscription ainsi que les droits d'enregistrement et de succession, qui seront d'application immédiate.

¹⁴⁹ La loi est entrée en vigueur le 7 septembre 2003.

¹⁵⁰ Soit au plus tard le 2 mars 2004.

Le défaut d'exercice de l'option par les parties fera en sorte que les contrats fiduciaires en cours seront soumis à la Loi.

Le Conseil d'État était opposé à l'approche prise par le projet de loi, estimant que l'intérêt de la protection des tiers « qui n'ont aucune influence » sur le choix des parties commandait de ne pas laisser d'option aux parties d'un contrat en cours¹⁵¹.

24-94. Trois points méritent analyse¹⁵².

(1) L'article 9 (1) de la Loi prévoit que la preuve du contrat fiduciaire doit être rapportée par écrit. Le Règlement n'exigeait pas la conclusion d'un contrat fiduciaire par écrit. Faut-il en conclure que les parties à un contrat fiduciaire oral conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi devront le rédiger par écrit¹⁵³? La réponse est négative alors que les dispositions transitoires ne visent que les *effets futurs* des contrats fiduciaires conclus avant l'entrée en vigueur de la Loi. La preuve du contrat n'est pas un effet futur.

(2) Est-ce que les règles d'opposabilité du contrat fiduciaire ou du transfert de créances constituent un effet futur?

L'opposabilité étant un effet du contrat, la réponse devrait être affirmative.

(3) Une autre question concerne l'application de l'article 7 (6) de la Loi (remplacement du fiduciaire ou extinction anticipée du contrat fiduciaire pour motif grave) à un contrat fiduciaire en cours au moment de la publication de la Loi. Cette disposition, qui est susceptible d'affecter de manière extrêmement grave les contrats fiduciaires en cours, ne devrait pas pouvoir bénéficier d'un effet rétroactif. Alors que les autres dispositions de la Loi sont en gros favorables à l'institution du contrat fiduciaire, celle-ci la fragilise et n'était pas entrée dans les considérations des parties au moment où elles ont conclu. Il eût été souhaitable que la Loi le précise.

Décider que l'article 7 (6) de la Loi puisse s'appliquer aux contrats en cours serait une attaque frontale à la sécurité juridique des parties, ce qui porterait un coup sérieux à la confiance des opérateurs internationaux dans le système juridique luxembourgeois. La sécurité juridique exige en tout cas que l'article 7 (6) ne soit pas considéré comme faisant partie des effets futurs du contrat fiduciaire.

Pour une grande partie des contrats en cours, il sera difficile ou prohibitif en termes de coûts de procéder à une modification écrite du contrat fiduciaire, et ceci surtout dans les contrats fiduciaires ayant pris la forme de valeurs mobilières (*fiduciary notes*) détenues par un nombre important d'investisseurs et cotées en bourse et souvent représentés par des titres aux porteurs.

¹⁵¹ *Doc. parl.* n° 4721², p.7.

¹⁵² La problématique de l'abandon du privilège prévu par le règlement ayant été mentionnée *supra* au n° 24-68.

¹⁵³ Il est vrai que la question devrait être théorique alors qu'en règle générale les contrats fiduciaires auront été rédigés par écrit.

Le doyen Roubier le dit en termes non équivoques (il est vrai dans un contexte d'absence de dispositions transitoires): « Le contrat est le moyen qui est accordé par l'ordre juridique aux particuliers pour diversifier et différencier leurs situations juridiques; il sert donc aux particuliers à orienter leurs prévisions d'une certaine manière, et il est dès lors inadmissible qu'une loi nouvelle puisse revenir sur le contrat passé, bouleversant ainsi des combinaisons contractuelles parfaitement licites »¹⁵⁴.

Appliquant ce principe aux causes futures de résolution ou de résiliation des contrats (assimilables à l'extinction), le doyen Roubier écrit que ces causes doivent être déterminées par la loi en vigueur au jour du contrat parce que c'est sur la foi de cette loi que le contrat a été passé¹⁵⁵.

Mazeaud est aussi clair (dans le même contexte): « Il est nécessaire d'assurer la protection de la parole donnée, la réciprocité des obligations, l'équilibre des contrats, en un mot, la sécurité des contractants »¹⁵⁶.

Il faut espérer que les tribunaux sauront interpréter la disposition transitoire en ce sens.

TITRE 3

La fiducie luxembourgeoise et la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

24-95. La fiducie semble n'avoir aucun lien avec la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 puisqu'elle ne concerne, d'après son intitulé, que la détermination de la loi applicable au trust et à la reconnaissance d'un tel trust dans les États signataires dont les systèmes juridiques ignorent cette institution.

Cette première impression, qui pourrait être confortée par les travaux préparatoires de la Convention, lors desquels seuls les trusts institués par les pays de *common law* ont été envisagés¹⁵⁷, est trompeuse.

La Convention s'applique à toute institution, qu'elle soit issue d'un système de *common law* ou de *civil law*, dès lors qu'elle répond aux critères de la Convention figurant à l'article 2 de celle-ci.

¹⁵⁴ ROUBIER, *op. cit.*, p. 364.

¹⁵⁵ ROUBIER, *op. cit.*, p. 367.

¹⁵⁶ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 11^e éd. par F. CHABAS, t. 1, n° 147.

¹⁵⁷ C. JAUFFRET-SPINOSI, « La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985) », *J.D.I.*, 1987, p. 38.

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 est à considérer non pas comme une définition du trust¹⁵⁸, qui fait d'ailleurs défaut même dans les pays de *common law*¹⁵⁹, mais plutôt comme une description de cette institution. « L'accord des délégués des États 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*) »¹⁶⁰. Le concept de trust tel qu'il est utilisé par la Convention doit se limiter à la Convention.

24-96. Pour que la fiducie telle que réglementée en droit luxembourgeois, que ce soit sous l'empire du Règlement ou sous celui de la Loi, relève du champ d'application de la Convention, elle doit satisfaire aux conditions suivantes :

- 1) Le trust visé à l'article 2 la Convention concerne « les relations juridiques créées par une personne, le constituant [...] lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ».

Un tel transfert de biens au *trustee* existe également dans la fiducie, dans la mesure où l'article 5 de la Loi précise que le fiduciaire « devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire ». Déjà, le Règlement prévoyait un transfert de droits patrimoniaux sur la tête du fiduciaire.

¹⁵⁸ « 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 » (A. VAN OVERBECK, *op. cit.*, n° 36, cité in *Doc. parl.* 4721, p.34 ; *contra* : C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, p. 26 : « C'est bien d'une définition qu'il s'agit »).

¹⁵⁹ J.-P. BERAUDO, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, L.G.D.J., 1992, p. 16, n° 29.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 218, n° 377.

L'article 2 de la Convention n'exige pas, pour qu'elle tombe dans son champ d'application, que l'institution en question prévoie une différenciation des droits de propriété à l'instar du trust anglo-saxon¹⁶¹. Seul le transfert des biens importe.

« Si la Convention avait fait de cette dualité des droits de propriété un trait caractéristique d'un trust, la fiducie luxembourgeoise aurait été écartée de son champ d'application, puisque le droit luxembourgeois ignore pareille dualité »¹⁶². D'ailleurs, afin de contourner le problème qui pourrait surgir à cet égard à la suite de la reconnaissance d'un trust au Luxembourg, l'article 2 (1) de la Loi précise que pour l'application de la Convention au Luxembourg, le *trustee* est assimilé à un propriétaire. Cette disposition ne vise pas à occulter la situation particulière du *trustee* ni à assimiler celui-ci à un propriétaire, mais à préciser ses droits et obligations au cas où une incertitude surgirait à ce sujet. Le rapport explicatif de la Convention 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 »¹⁶³. Donc, le transfert de propriété peut être concomitant et résulter du contrat de fiducie. Le transfert de propriété de l'actif fiduciaire du fiduciaire au fiduciaire ne doit pas intervenir avant la conclusion du contrat fiduciaire.

La limitation par la Loi de la qualité de fiduciaire à certaines professions ne porte aucune conséquence quant à l'applicabilité de la Convention.

2) « Les biens du trust [doivent constituer] une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee* » (Convention, article 2, 2^e alinéa, a). Cette caractéristique est à rapprocher de l'article 11, alinéa 2, de la Convention, qui dispose que « la reconnaissance [du trust] implique au moins que les biens du trust soient distinct du patrimoine personnel du *trustee* [...] ».

L'autonomie du patrimoine fiduciaire est également présente en droit luxembourgeois (article 6 de la Loi et article 3 du Règlement). Le patrimoine fiduciaire ne se confond pas avec le patrimoine personnel du fiduciaire et échappe aux créanciers personnels de celui-ci, notamment en cas de faillite ou de liquidation ou d'autres situations de concours du fiduciaire. En outre « le fiduciaire doit comptabiliser le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine personnel et des autres patrimoines fiduciaires »¹⁶⁴.

3) « Le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee* »¹⁶⁵. Cette troisième caractéristique

¹⁶¹ Le *legal ownership* dans le chef du *trustee* et le *equitable ownership* dont le bénéficiaire du trust est titulaire.

¹⁶² Rapport de la Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 15.

¹⁶³ Rapport, n° 43, *Doc. parl.* 4721, p. 35.

¹⁶⁴ Article 6 (2) de la loi et, avec une formulation quelque peu différente, règlement, article 3 (1), alinéa 2.

¹⁶⁵ Convention, article 2, alinéa 2, b.

est une conséquence du principe de l'autonomie patrimoniale et du transfert du patrimoine fiduciaire. La Convention exige que le *trustee*/fiduciaire ait un titre sur les biens composant le patrimoine fiduciaire.

Cette caractéristique se rencontre aussi en droit luxembourgeois. L'article 5 de la Loi prescrit que le fiduciaire devient propriétaire des biens formant le patrimoine fiduciaire et qui lui sont transférés.

4) Le *trustee* doit « 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 »¹⁶⁶. Les droits et obligations du fiduciaire découlant du contrat fiduciaire et de la Loi (comme du Règlement) répondent à cet impératif. Le fiduciaire, qui est propriétaire du patrimoine fiduciaire, peut administrer, gérer ou disposer des biens composant la patrimoine fiduciaire. Puisqu'il est clairement indiqué à l'article 7 (1) de la Loi que, dans les relations entre le fiduciaire et le fiduciaire, les règles du mandat (à l'exception des prescriptions régissant la représentation) s'appliquent, sauf dérogations contractuelles ou légales, l'obligation de rendre compte prévue à l'article 2 de la Convention est également satisfaite par la fiducie de droit luxembourgeois.

5) La cinquième et dernière caractéristique du trust au sens de la Convention est visée à l'article 3 de la Convention. Celle-ci « ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est rapportée par écrit ».

Un trust au sens de la Convention peut résulter non seulement d'une déclaration unilatérale du constituant, comme pour les trusts anglo-saxons, mais aussi d'une convention entre le constituant et le *trustee*, voire avec le bénéficiaire. Quelle que soit la nature de l'acte créant un tel trust, il faut que celui-ci soit créé volontairement et sa preuve doit être rapportée par écrit. Un trust créé involontairement ne tombe pas dans le champ d'application de la Convention. Le Luxembourg a cependant déclaré que, conformément à l'article 20 de la Convention, il étend les dispositions de celle-ci à un trust créé par décision de justice¹⁶⁷.

La fiducie est par essence un contrat entre le fiduciaire et le fiduciaire et l'article 9 (1) de la Loi exige un écrit *ad probationem*. Les exigences de l'article 3 de la Convention se trouvent ainsi réunies.

Certes, l'exigence de la forme écrite n'existait pas pour le Règlement. Ceci ne signifie cependant pas qu'un contrat fiduciaire soumis au règlement ne peut pas bénéficier des effets de la Convention. En effet, il faut que la preuve du contrat fiduciaire soit apportée par écrit pour satisfaire à cette dernière condition

¹⁶⁶ Rapport de la Commission juridique, *Doc. parl.* n° 4721⁵, p. 15.

¹⁶⁷ Article 3, alinéa 3, de la Loi.

exigée par la Convention. Or comme, dans la quasi-totalité des cas, les contrats fiduciaires conclus sous l'empire du Règlement auront été conclus par écrit, la preuve pourra être apportée en cette forme.

24-97. Il résulte de ce qui précède que la fiducie luxembourgeoise, qu'elle soit organisée sous l'empire du Règlement ou de la Loi, répond à tous les critères de la Convention et tombe donc dans le champ d'application de celle-ci. L'emploi par la Convention du terme de *trustee* n'énervé pas cette conclusion, puisque l'emploi du terme de *trustee* comme de celui de *trust* doit être pris en relation avec la définition figurant à l'article 2 de la Convention.

Comme la fiducie luxembourgeoise est à considérer comme un *trust* au sens de la Convention, elle devra être reconnue comme tel dans tous les États ayant ratifié la Convention.

Conclusion

24-98. Le contrat fiduciaire « nouveau » de la Loi ne se distingue pas fondamentalement du contrat fiduciaire du Règlement.

Les caractéristiques essentielles du contrat sont restées les mêmes et, parmi elles, le patrimoine d'affectation et la sécurité qu'il apporte aux divers intervenants.

La Loi élargit le nombre des opérateurs privés ou publics qui peuvent agir comme fiduciaire et affine certaines règles adoptées du mandat.

Ses apports positifs sont surtout la consécration de la fiducie-sûreté, l'introduction d'un régime d'opposabilité favorable et la création d'un environnement fiscal neutre au regard de l'imposition indirecte complétant la neutralité fiscale existante au regard des impôts directs.

Par contre, on peut regretter l'abandon du privilège (voire son abrogation pour ceux des contrats en cours qui passeront dans le champ d'application de la Loi).

24-99. La seule critique fondamentale qu'on peut adresser à la Loi est l'article 7 (6).

Il représente une réponse mal ajustée à un problème qui ne semble jamais s'être posé et, par là, il est susceptible de créer plus de problèmes qu'il n'en résout.

Il faut espérer que les opérateurs, et parmi eux ceux qui auront le choix de la loi applicable ou de la structure qu'ils désirent utiliser, ne se détournent pas du contrat fiduciaire qui, durant les vingt dernières années, a été un instrument extrêmement utile de la place financière.

Si le législateur lui-même, à l'occasion notamment de la transposition de la directive européenne sur les garanties financières, ne reconnaissait pas, fût-ce implicitement, l'insécurité juridique introduite par cet article, il devra être permis d'avoir les plus grandes craintes pour l'avenir du contrat fiduciaire en tant qu'instrument couramment utilisé sur la place et de voir son remplacement dans la pratique par le trust anglo-saxon.

Annexe

Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit

Champ d'application

Article 1^{er}. Le présent règlement ne s'applique qu'aux contrats fiduciaires expressément soumis à son application par les parties au contrat et dans lesquels le fiduciaire est un établissement de crédit au sens de l'article 1^{er} (1) de la loi du 23 avril 1981 portant application de la première directive du Conseil des Communautés européennes du 12 décembre 1977 visant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

Définition

Article 2. 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, déterminées par le contrat fiduciaire.

Régime juridique

Article 3. (1) L'actif fiduciaire ne fait pas partie de la masse en cas de liquidation collective du fiduciaire. Il ne peut être saisi que par les créanciers dont les droits seraient nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire, à l'exclusion des créanciers personnels du fiduciaire.

Le fiduciaire doit comptabiliser l'actif et le passif fiduciaires séparément des autres éléments de son patrimoine.

(2) 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.

(3) Le contrat fiduciaire ne peut pas conférer au fiduciaire le pouvoir de représenter le fiduciaire. Ni le fiduciaire, ni les tiers, même s'ils ont connaissance du contrat fiduciaire, ne peuvent s'en prévaloir pour créer un lien direct entre eux.

(4) Les règles du mandat sont applicables aux relations entre le fiduciaire et le fiduciaire, dans la mesure où elles ne reposent pas sur la représentation et où il n'y est pas dérogé par le présent règlement ou par la volonté des parties.

*Loi du 27 juillet 2003
relative aux trusts
et aux contrats fiduciaires*

[Extrait]

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 fiduciant, 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 fiduciaire peut renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire.

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

(6) Le fiduciaire, 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 fiduciaire 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 fiduciaire tant qu'il n'a pas connaissance du transfert.