



Journée de l'ALJB 2022

Le banquier luxembourgeois et le crédit

Jeudi 28 avril 2022

8.00 – 16.00 heures

Cercle Cité

C L I F F O R D
C H A N C E



Le périmètre des professionnels des opérations de prêt au Luxembourg

par Udo Prinz

Journée de l'ALJB du 28 avril 2022 - Le banquier luxembourgeois et le crédit

Le périmètre des professionnels des opérations de prêt au Luxembourg

1 – Champ d'application matériel (1/2)



Établissements de crédit / banques

« Une entreprise dont l'activité consiste en une ou plusieurs des activités suivantes : a) recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et octroyer des crédits pour son propre compte ; b) exercer l'une quelconque des activités visées à l'Annexe I, Section A, points 3 et 6 MIFID II lorsque l'une des conditions suivantes est remplie (...) »

(Art. 4(1), point 1.) CRR et Art. 1, point 12 LSF)

Entreprises d'investissement

Octroi d'un crédit ou d'un prêt à un investisseur pour lui permettre d'effectuer une transaction sur un ou plusieurs instruments financiers, dans laquelle intervient l'entreprise qui octroie le crédit ou le prêt – service auxiliaire à un service d'investissement

(Annexe 2, Section C (2) LSF)

Le périmètre des professionnels des opérations de prêt au Luxembourg

1 – Champ d'application matériel (2/2)

Professionnels effectuant des opérations de prêt

« Sont [...], les professionnels dont l'**activité professionnelle** consiste à **octroyer**, pour leur **propre compte**, des **prêts** au **public**. »

(Art. 28-4 LSF)

Activité professionnelle

- Caractère répétitif
- Envergure de l'activité
- Exclusion des prêts singuliers (*one-off*)

Public

- Multitude de personnes non identifiables
- Exclusion des prêts (i) intra-groupe, ou (ii) dont la valeur nominale excède EUR 3 millions et qui sont octroyés à des non-consommateurs, ou (iii) à un cercle restreint de personnes préalablement déterminées

Prêts

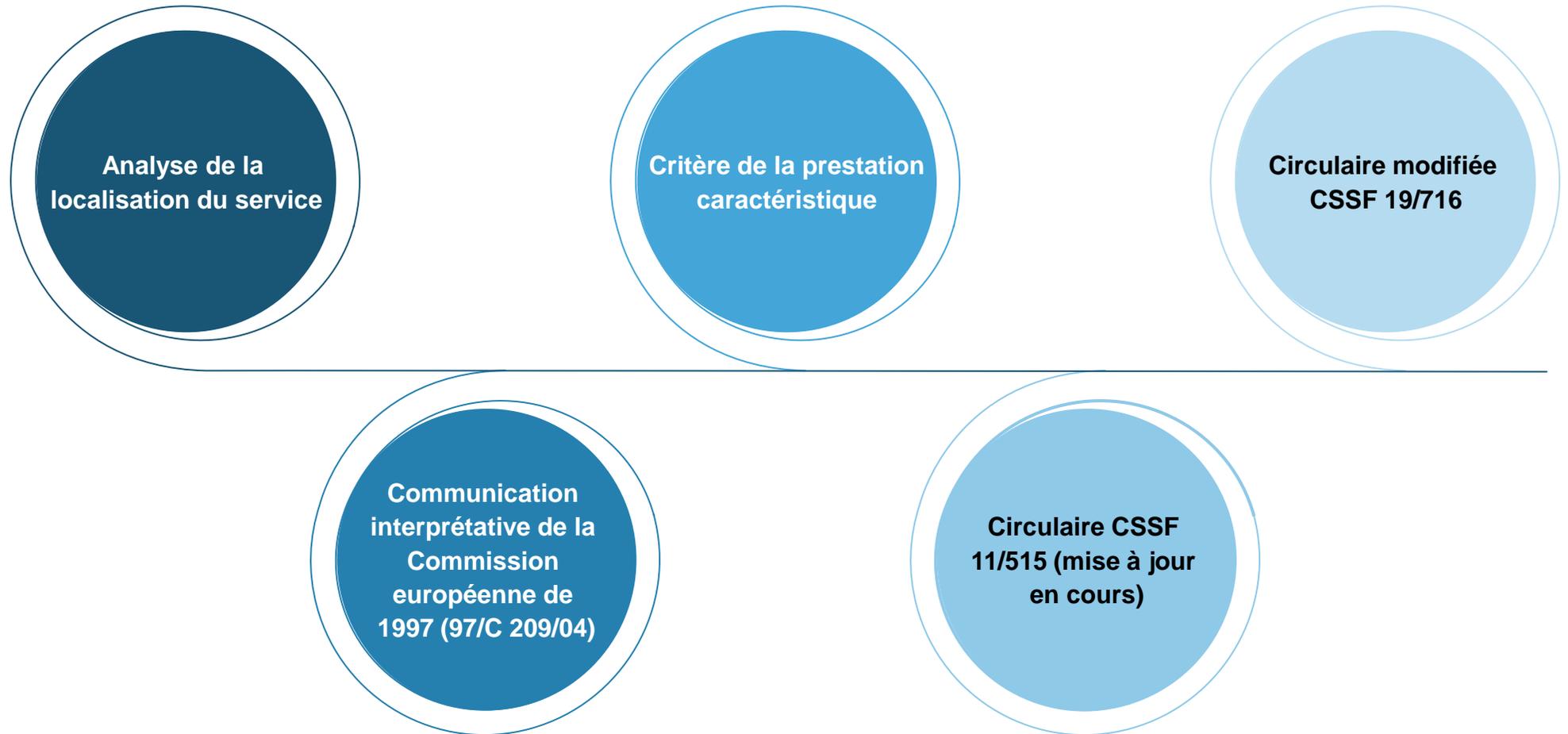
- Concept plus large que la notion de prêt du Code civil
- Liste non limitative englobant notamment l'affacturage et le crédit-bail financier

Pour compte propre

CSSF Questions/Réponses relatives aux statuts de « PSF » - Partie II
(version du 15 juin 2021 - mise à jour en cours), Q/R 52

Le périmètre des professionnels des opérations de prêt au Luxembourg

2 – Champ d'application territorial (1/2)



Le périmètre des professionnels des opérations de prêt au Luxembourg

2 – Champ d'application territorial (2/2)

Établissements de crédit et entreprises d'investissement établis au sein de l'UE ou de l'EEE
(Art. 30 LSF)

Opérateurs de crédit de pays tiers et opérateurs de crédit de l'UE n'étant ni des établissements de crédit CRR ni des entreprises d'investissement
(Art. 32 LSF)

Prêts sous le régime des entreprises d'investissement de pays tiers
(Art. 32-1 LSF)

Le périmètre des professionnels des opérations de prêt au Luxembourg

3 – Exemptions et régimes particuliers

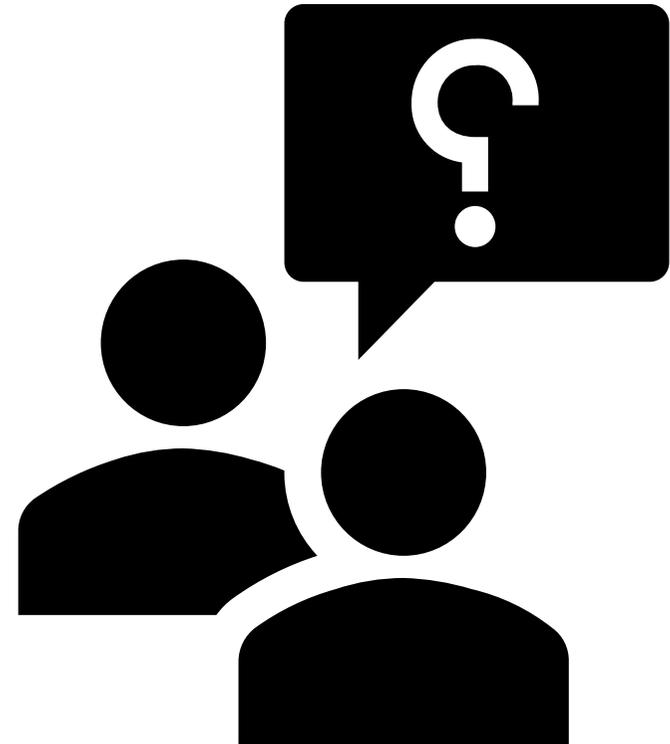
- Octroi de prêts par des entités réglementées hors champ d'application de la LSF :
 - Entreprises d'assurance ou de réassurance
 - Fonds d'investissement alternatif
 - Organismes de titrisation
 - Établissements de paiement et établissements de monnaie électronique

- Exemption intra-groupe

- Crédits aux consommateurs
- Intermédiation de crédit
- Prestataire de service de crédit

Le périmètre des professionnels des opérations de prêt au Luxembourg

Questions / Réponses



Le périmètre des professionnels des opérations de prêt au Luxembourg

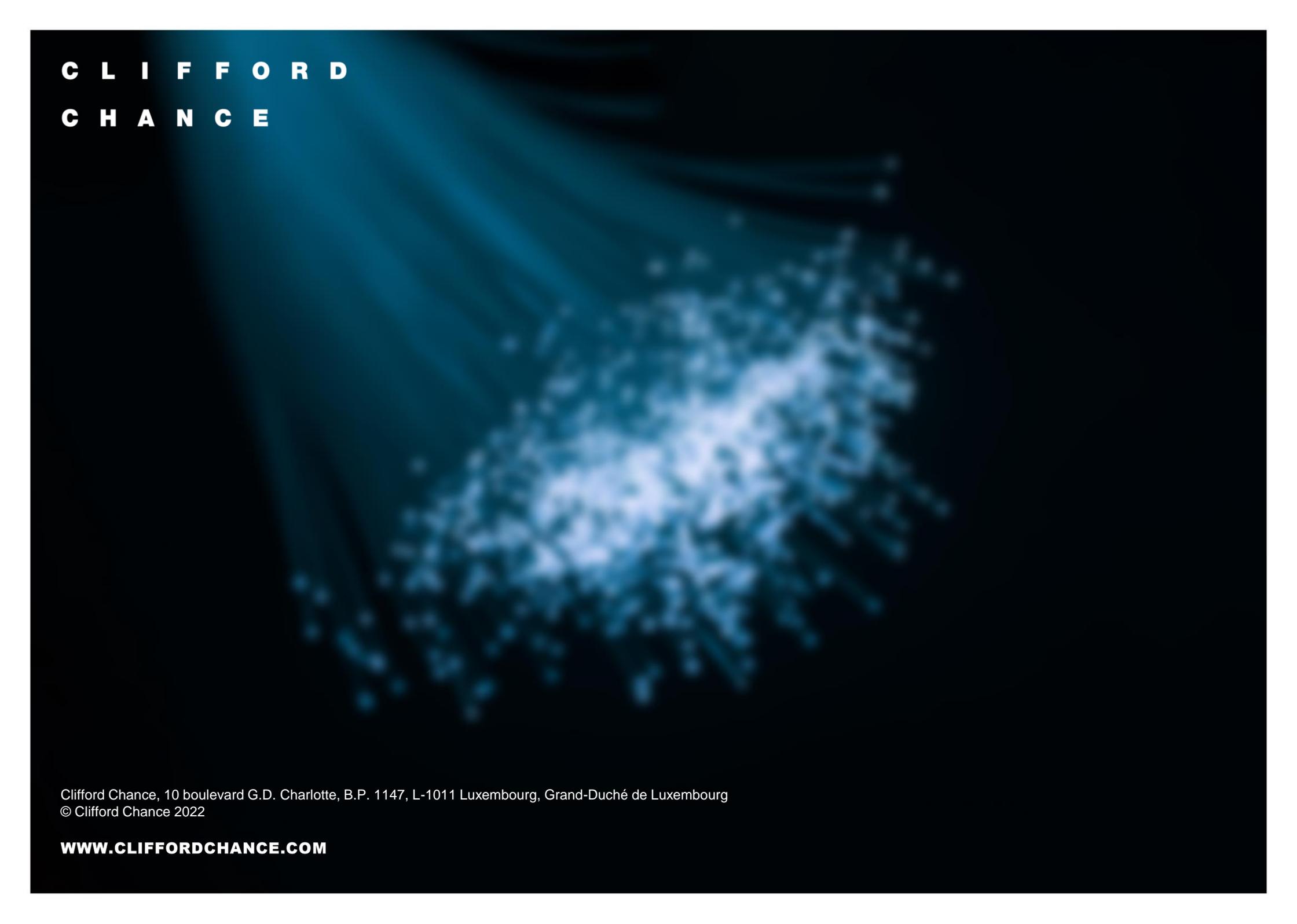


UDO PRINZ

Avocat à la Cour – Counsel

T +352 48 50 50 1

E udo.prinz@cliffordchance.com



C L I F F O R D
C H A N C E

Clifford Chance, 10 boulevard G.D. Charlotte, B.P. 1147, L-1011 Luxembourg, Grand-Duché de Luxembourg
© Clifford Chance 2022

WWW.CLIFFORDCHANCE.COM

La conclusion du contrat de crédit

Journée de l'ALJB du 28 avril 2022 - Le banquier luxembourgeois et le crédit

Agenda

Introduction

Chapitre I: l'entrée en relation

Section 1: entrée en relation à distance

Section 2: les exigences préalables à la conclusion du contrat

Chapitre II: la formation du contrat

Section 1: caractéristiques du contrat de crédit

Section 2: le contenu du contrat

INTRODUCTION

CHAPITRE I: L'entrée en relation

Section 1: Entrée en relation à distance

Exercice de l'activité de crédit à distance

- A. Etablissements de crédit au sein de l'EEE
- B. Autres professionnels au sein de l'EEE
- C. Etablissements de crédit et autres professionnels hors EEE
- D. Succursales au sein de l'EEE d'un établissement de crédit hors EEE

Section 1: Entrée en relation à distance

Règles applicables à la commercialisation à distance des contrats de crédit

A. Règles d'application générale

B. Règles d'application particulière – emprunteurs consommateurs

Section 2: Les exigences préalables à la conclusion du contrat

La publicité

- A. Régime commun à tous les emprunteurs
- B. Les emprunteurs consommateurs

Section 2: Les exigences préalables à la conclusion du contrat

Les obligations précontractuelles

- A. Régime commun à tous les emprunteurs
- B. Les emprunteurs consommateurs

CHAPITRE II: La formation du contrat

Section 1: Caractéristiques du contrat

Régime de droit commun de validité des conventions

- A. Le consentement de la partie qui s'oblige
- B. La capacité de contracter
- C. L'objet du contrat
- D. La cause du contrat

Section 1: Caractéristiques du contrat

Spécificités du contrat de crédit

- A. Contrat réel ou contrat consensual?
- B. L'offre de crédit et l'ouverture de crédit
- C. La preuve du contrat

Section 2: Le contenu du contrat

Le régime de droit commun

A. Les garanties

B. Les intérêts

Section 2: Le contenu du contrat

Le droit de la consommation

- A. Contrat de crédit à la consommation
- B. Contrat de crédit immobilier

CONCLUSION

CMS Law-Now™

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.
cms-lawnow.com

The information held in this publication is for general purposes and guidance only and does not purport to constitute legal or professional advice.

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Abu Dhabi, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Beirut, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Nairobi, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law



Journée de l'ALJB 2022: Le banquier luxembourgeois et le crédit

Evolutions récentes en matière de droit des crédits à la
consommation

Martine Kayser

28/04/2022

Introduction

- Volonté des institutions européennes de créer un marché paneuropéen des crédits
 - transparence et diversité pour les emprunteurs
 - possibilités de croissance économique et ouverture à la concurrence européenne pour les prêteurs
- L'offre transfrontalière de crédits aux consommateurs
 - suscite les réticences en rapport avec les risques inhérents aux crédits aux parties économiquement faibles (attribution de crédit irresponsable, situations de surendettement)
 - impliquerait de surcroît pour le consommateur une imprévisibilité quant au droit applicable et aux possibilités d'accès à la justice

Introduction

- C'est le droit matériel européen du crédit qui
 - contribue au décloisonnement des marchés
 - assure une certaine uniformisation des réglementations nationales et partant une transparence pour le demandeur de crédit

La directive 2008/48/CE concernant les contrats de crédits aux consommateurs entend réaliser ces objectifs

- Ce sont ensuite les dispositions de droit international privé européen qui assurent aux consommateurs preneurs de crédit et aux prêteurs la prévisibilité quant aux juridictions compétentes et à la loi applicable

Plan

I. Contrats de consommation transfrontaliers: aspects de droit international privé

- La compétence juridictionnelle en matière de crédits à la consommation transfrontaliers
 - les règles applicables
 - La clarification apportée par l'arrêt « Pillar Securitisation » de la CJUE
- La loi applicable aux contrats de crédits transfrontaliers

II. Le droit européen des crédits à la consommation: état actuel et perspectives

- L'interprétation de certaines dispositions de la directive par la CJUE: exemples
- La révision de la directive actuellement en cours

I. Contrats de consommation transfrontaliers: aspects de droit international privé

- Le règlement (UE) n° 1215/2012 (dit « **Bruxelles Ibis** ») détermine les règles applicables en matière de compétence juridictionnelle
- Régime protecteur des consommateurs: section 4 du règlement (articles 17 à 19)
 - **Article 17:**

« En matière de contrat conclu par une personne, le *consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle*, la compétence est déterminée par la présente section (...)

 - a) *lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels*
 - b) *lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ou*
 - c) *lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités »*

Compétence juridictionnelle: principes

- Applicabilité ipso facto des dispositions protectrices aux
 - Prêts à tempérament ou autres opérations de crédit liés au financement d'une vente d'objets mobiliers corporels
- Quant aux contrats de crédit à la consommation transfrontaliers qui ne rentrent pas dans ce cadre bien précis ("*dans tous les autres cas*"):
 - Est-ce que le banquier luxembourgeois dirige ses activités vers l'Etat membre de résidence du consommateur?
 - p.ex. site Internet ciblant les consommateurs d'un Etat voisin
 - Il s'agit de vérifier si c'est le banquier qui « démarche » activement les consommateurs d'un pays déterminé ou si ceux-ci se déplacent hors de leur Etat de résidence habituelle pour venir contracter au-delà des frontières, sans qu'un démarchage n'ait eu lieu auparavant

Compétence juridictionnelle: principes

Article 18 du règlement Bruxelles *Ibis*:

- Pour les contrats tombant sous l'application de l'article 17:
 - Le consommateur peut, au choix, porter son action contre le banquier luxembourgeois
 - devant les juridictions luxembourgeoises
 - ou
 - devant les juridictions du lieu de son domicile
 - Le banquier ne peut porter son action que devant les juridictions de l'Etat du domicile du consommateur

Compétence juridictionnelle: principes

- Article 19 du règlement de Bruxelles *Ibis*: énumération limitative de trois cas où une convention entre parties pourrait déroger à ces règles:
 - La convention est postérieure à la naissance du litige
 - Elle permet au consommateur de saisir d'autres juridictions
 - Elle est passée entre la banque luxembourgeoise et le consommateur qui, au moment de la conclusion du contrat, a son domicile au Luxembourg et attribue compétence aux juridictions luxembourgeoises

- **Les enseignements tirés de la jurisprudence « Pillar Securitisation »**
 - Arrêt de la CJUE (3 octobre 2019) rendu sur renvoi préjudiciel de la Cour de cassation luxembourgeoise
 - Faits: une résidente islandaise ayant conclu un contrat de crédit avec une banque luxembourgeoise d'un montant d'environ 1 million d'euros est assignée par cette dernière, suite au non-remboursement du crédit, devant les juridictions luxembourgeoises en vertu d'une clause de juridiction contenue dans le contrat. Elle conteste la compétence des tribunaux luxembourgeois.
 - La définition de « consommateur » en matière de détermination des juridictions compétentes, telle que contenue dans les instruments européens de droit international privé, doit-elle être limitée par celle, plus restrictive, retenue par la directive 2008/48/CE? (qui s'applique aux contrats d'un montant entre 200 et 75.000 euros)

■ Décision de la CJUE:

- L' exclusion du contrat litigieux du champ d'application de la directive en raison de son montant n'est pas déterminante pour l'applicabilité des instruments de DIP tels que le règlement Bruxelles *Ibis* ou la Convention de Lugano (en cause ici)
- La finalité des deux textes est différente: la directive a pour objectif d'assurer une protection efficace des consommateurs contre l'octroi de crédit irresponsable, tandis que les instruments de DIP européen garantissent un régime protecteur (notamment en termes d'accès à la justice) en matière de contrats de consommation

La loi applicable au contrat de crédit transfrontalier

Souhait du banquier luxembourgeois: soumettre tous ses contrats de crédits à la loi luxembourgeoise

- Le règlement (CE) n°593/2008 dit « **règlement Rome I** » a trait à la loi applicable aux obligations contractuelles
 - Article 3: principe général de la liberté de choix de la loi applicable
 - Article 6 du règlement Rome I:
 - précise les règles en matière de *contrats de consommation*
 - contient une définition du consommateur quasiment identique à celle du règlement Bruxelles *Ibis*

La loi applicable au contrat de crédit transfrontalier

- Selon l'article 6 du règlement Rome I:

Une différenciation est à faire selon que le professionnel qui traite avec un consommateur

- exerce son activité dans l'Etat de la résidence habituelle du consommateur ou, par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs Etats, dont celui du consommateur
- n'exerce pas ni ne dirige ses activités vers l'Etat du consommateur

- Le concept de « **diriger son activité vers** » a fait l'objet de clarifications par la CJUE

- Exemples

Solutions qui se dégagent de l'article 6:

- Si le banquier (exerce ou) dirige ses activités vers le pays du consommateur et le contrat rentre dans le cadre de cette activité:
 - 1) le contrat est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle
 - 2) Toutefois, les parties peuvent choisir librement la loi applicable à leur contrat.

Dans ce cas, le choix ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord dans son pays de résidence (les « dispositions impératives » ou « d'ordre public interne »)

- Si le banquier (n'exerce pas ou) ne dirige pas ses activités vers le pays du consommateur:
 - 1) La loi applicable peut être librement choisie par les parties (article 3)
 - 2) En cas d'absence de choix, la loi est déterminée suivant l'article 4, qui énonce différents cas de figure
- Contrat de crédit : on peut considérer que article 4 al.2 trouve application: le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique (= celle pour laquelle le prix est payé) a sa résidence habituelle

■ Autre point d'attention: les lois de police

- Cas de figure: un juge étranger est saisi d'un litige entre la banque et son client
- Article 9 du règlement Rome I : définition des lois de police (lois d' «application immédiate »)
 - ✓ Ce sont des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement
- **La loi choisie ne peut avoir pour conséquence de porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi**
(qu'il s'agisse d'un consommateur ou non)

La loi applicable au contrat de crédit transfrontalier

- Délimitation des « lois de police » par rapport aux « dispositions d'ordre public interne »
- C'est au juge saisi d'un litige opposant le client à la banque de se prononcer quant au caractère de loi de police d'une disposition de son droit national invoquée par le client comme telle.

S'il identifie une loi de police, il l'applique sans égard aux règles de conflit de lois.

- Exemples de jurisprudence (France) en matière de contrats de crédits transfrontaliers conclus par les consommateurs

■ Conclusions:

- Possibilité pour le banquier de soumettre ses contrats de crédit aux consommateurs à la loi luxembourgeoise
- C'est *l'approche* du banquier en termes de commercialisation qui est déterminante
- En effet, si le *consommateur* peut être considéré comme actif, il ne peut revendiquer que la loi de son pays de résidence habituelle soit appliquée au contrat
- Lois de police: tendance à la diminution de leur importance dans les domaines du droit de la consommation harmonisés par le droit européen

II. Le droit européen des crédits à la consommation: état actuel et perspectives

- Traits marquants de la directive 2008/48/CE concernant les contrats de crédit aux consommateurs
 - Directive dite « d'harmonisation maximale ciblée »
 - Exclusion de plusieurs types de crédit
 - Focus sur la transparence en période précontractuelle: information standardisée et évaluation de la solvabilité du demandeur
 - Le droit de rétractation
 - Le droit de remboursement anticipé

- La CJUE a pu clarifier et préciser les dispositions à l'occasion de renvois préjudiciels

- Arrêt « *Consumer Finance c/ Bakkaus* » (18/12/2014): preuve de l'exécution des obligations précontractuelles

- Arrêt « *Schyns* » (06/06/2019): étendue du devoir d'explication et de l'obligation d'évaluation de la solvabilité du demandeur de crédit

- Arrêt « *Lexitor* »: droit de remboursement anticipé; clarification quant au droit du consommateur à la réduction du coût total du crédit

La directive 2008/48/CE: perspectives

- 1^{er} juillet 2021: publication par la Commission européenne de la proposition de révision de la directive 2008/48/CE

- Points à relever:
 - Aménagements de grande ampleur: le texte passe de 32 à 50 articles
 - Champ d'application étendu:
 - Quant aux montants: les crédits inférieurs à 200 EUR sont inclus/le plafond passe de 75.000 à 100.000 EUR
 - Quant aux crédits visés: inclusion des crédits d'une durée inférieure à 3 mois, des locations avec option d'achat, des plateformes de crowdfunding
 - Alourdissement de l'information précontractuelle
 - A la fiche d'information précontractuelle existante s'ajoute une « information générale (« *overview* ») standardisée
 - Renforcement des obligations en matière d'analyse de la solvabilité (documentation)
 - Obligation pour les Etats de plafonner les taux d'intérêts

Conclusions

MERCI pour votre attention!



Financement de fonds d'investissements garantis par les engagements de souscription des investisseurs :

retour sur une décennie de pratique juridique luxembourgeoise

Lynn Alzin
Partner

Laura Archange
Counsel

Introduction :

état du marché et concepts clefs

Introduction : état du marché et concepts clefs

- Origine du financement de fonds
- Arrivée au Luxembourg
- Quel type de fonds ont recours à ces financements
- 3 types de financements:
 - Crédit de souscription « Subscription facility »
 - Crédit de la valeur des avoirs nets « NAV facility »
 - Crédit hybride

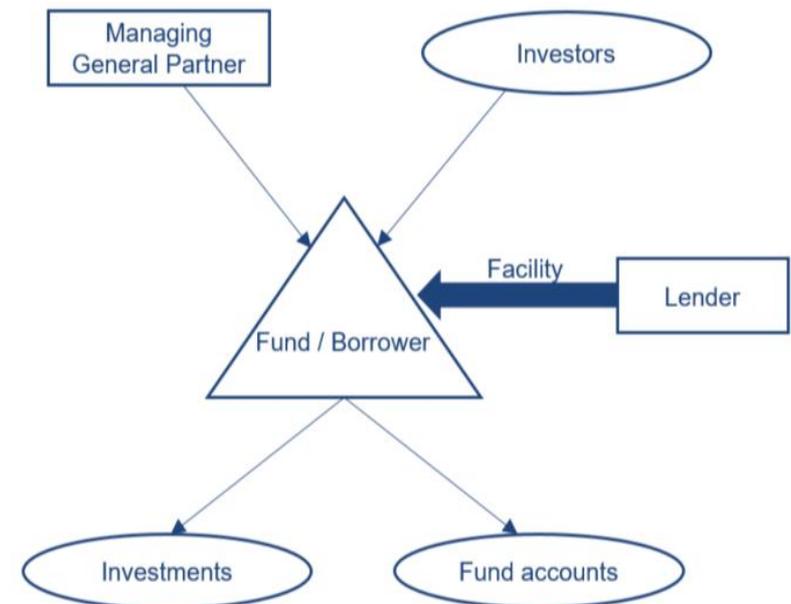
Forme, nature et contenu du contrat de crédit pour les « subscription facilities » :

les spécificités

Forme, nature et contenu du contrat de crédit pour les « subscription facilities » : les spécificités

Structure d'un « subscription facility »

- Crédit-relais
- Crédit renouvelable



Forme, nature et contenu du contrat de crédit pour les « subscription facilities » : les spécificités

Clauses spécifiques dans le contrat de crédit

- Clauses liées à la qualité des investisseurs
- Contrat à court terme et durée de la période d'investissement du fonds d'investissement
- Cas de défaut spécifiques:
 - lié aux investisseurs
 - lié à la structure et la gestion du fonds

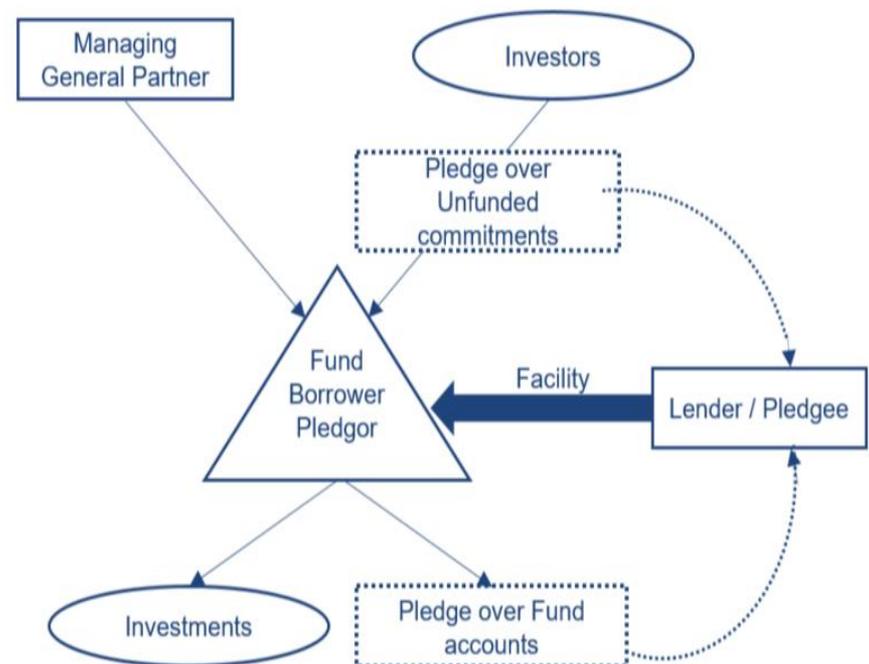
Sûretés portant sur les engagements de souscription :

considérations autour de la loi applicable

Sûretés portant sur les engagements de souscription : considérations autour de la loi applicable

Qualification juridique des engagements de souscription des investisseurs

- Article 1(1) de la Loi sur les Garanties Financières : « *avoirs : les instruments financiers et les créances* »
- Une créance plutôt qu'une promesse de payer
- Une créance future



Sûretés portant sur les engagements de souscription : considérations autour de la loi applicable

Application des règles de choix de conflits de loi au gage sur les engagements de souscription des investisseurs

- Multitude des éléments d'extranéité, notamment juridictions des prêteurs et des investisseurs situées en dehors de Luxembourg
- Distinction entre les aspects de droit contractuel et les aspects de droit réel de la sûreté
- Les solutions proposées par le droit européen : le règlement Rome I et la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances

Sûretés portant sur les engagements de souscription : considérations autour de la loi applicable

Dualité des sûretés sur les engagements de souscription des investisseurs

- Cumul d'une sûreté de droit luxembourgeois et d'une sûreté de droit étranger
- Question du rang entre ces deux sûretés : l'indication du rang dans la documentation
- Dénouement pratique en cas de défaut : potentiel choix d'une sûreté par rapport à l'autre
- Une protection égale de la sûreté de droit luxembourgeois et de la sûreté de droit étranger fondée sur les articles 20(4) et 24 de la Loi sur les Garanties Financières :
« *Les dispositions nationales visées à l'article 20 (4) sont inapplicables, au cas où le constituant d'une garantie financière ou de toute autre garantie similaire à laquelle une loi étrangère s'applique, [...] est établi à Luxembourg ou y réside.* »

Recours en cas de défaut :

droits accessoires, mandats et clauses de renonciation

Recours en cas de défaut : droits accessoires, mandats et clauses de renonciation

Droits accessoires

- Un mécanisme fondé sur l'article 5(4) de la Loi sur les Garanties Financières :
« *La mise en gage d'une créance emporte le droit pour le créancier gagiste d'exercer les droits du constituant du gage liés à la créance gagée.* »
- En pratique, volonté pour le bénéficiaire de la sûreté d'envoyer les notices aux investisseurs plutôt que de réaliser le gage au sens de l'article 11 de la Loi sur les Garanties Financières.

Recours en cas de défaut : droits accessoires, mandats et clauses de renonciation

Mandats

- Un mécanisme redondant par rapport à l'article 5(4) de la Loi sur les Garanties Financières mais fortement ancré dans la pratique
- Un concept relevant des dispositions du code civil sur le mandat
- Un mandat irrévocable en vertu de l'article 2003 : « *Le mandat finit par la révocation ou la renonciation du mandataire, par la tutelle des majeurs, la faillite et toute procédure analogue ainsi que par le décès du mandant ou du mandataire, à moins qu'il n'ait été convenu du contraire ou que le contraire ne résulte de l'affaire* »

Recours en cas de défaut : droits accessoires, mandats et clauses de renonciation

Les clauses de renonciation

- Une renonciation qui repose sur le mécanisme de la stipulation pour autrui
- Une renonciation en partie permise par l'article 2(5) de la Loi sur les Garanties Financières : « *Le débiteur d'une créance faisant l'objet d'une garantie financière pourra renoncer, par écrit ou par tout autre moyen juridiquement équivalent, à ses droits de compensation ainsi qu'à toutes autres exceptions à l'égard du créancier de la créance donnée en garantie et à l'égard des personnes en faveur desquelles ce créancier a consenti une cession, un gage ou toute autre mobilisation de la créance en garantie. Une telle renonciation est valable entre parties et opposable aux tiers.* »

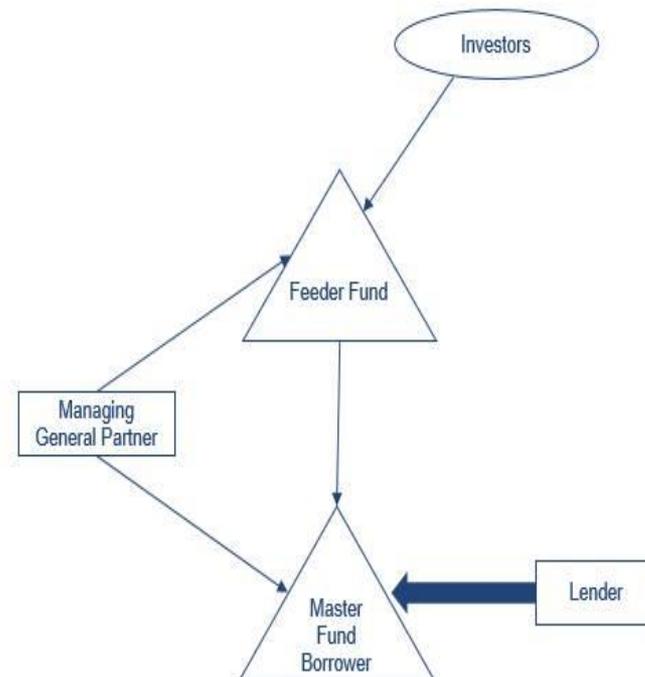
Structures de sûretés en cascade :

considérations autour de la qualification et de la réalisation

Structures de sûretés en cascade : considérations autour de la qualification et de la réalisation

Structure cascade

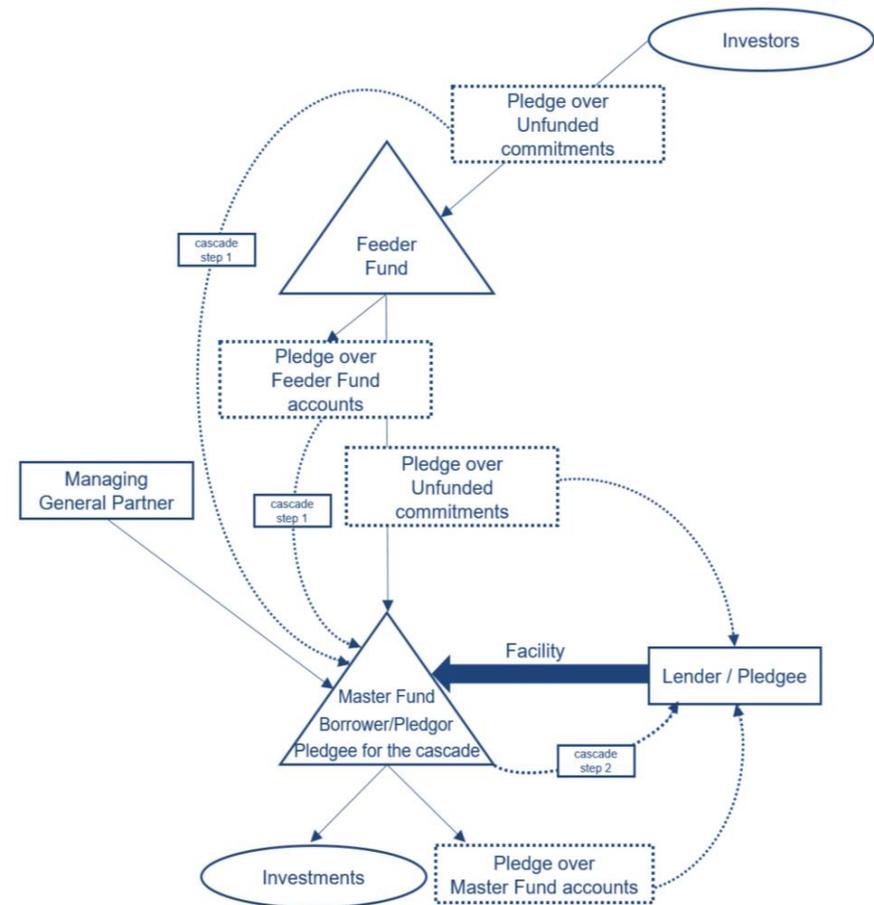
- Fonds master (« Master Fund »)
- Fonds nourricier (« Feeder Fund »)
- Raisons diverses pour avoir recours à un fonds nourricier



Structures de sûretés en cascade : considérations autour de la qualification et de la réalisation

Problématiques spécifiques à des sûretés en cascade

- Deux gages sur les engagements à payer des contributions au capital
- Interdiction de gage sur gage
- Caractère accessoire du gage à une créance
- Existence des obligations garanties
- Transférabilité du gage
- Réalisation d'un gage en cascade en deux temps



Conclusion :

évolution du marché et nouvelles questions juridiques

Merci pour votre attention



Lynn Alzin

Partner

Tel: (+352) 40 78 78 475

Email: lynn.alzin@arendt.com



Laura Archange

Counsel

Tel: (+352) 40 78 78 7871

Email: laura.archange@arendt.com

ALLEN & OVERY

Les opérations de refinancements
hors procédures collectives sous
l'angle du droit luxembourgeois

Pierre-Henry Maroteaux & Ruslana Hrischeva

Journée ALJB – Le banquier
luxembourgeois et le crédit
28 avril 2022

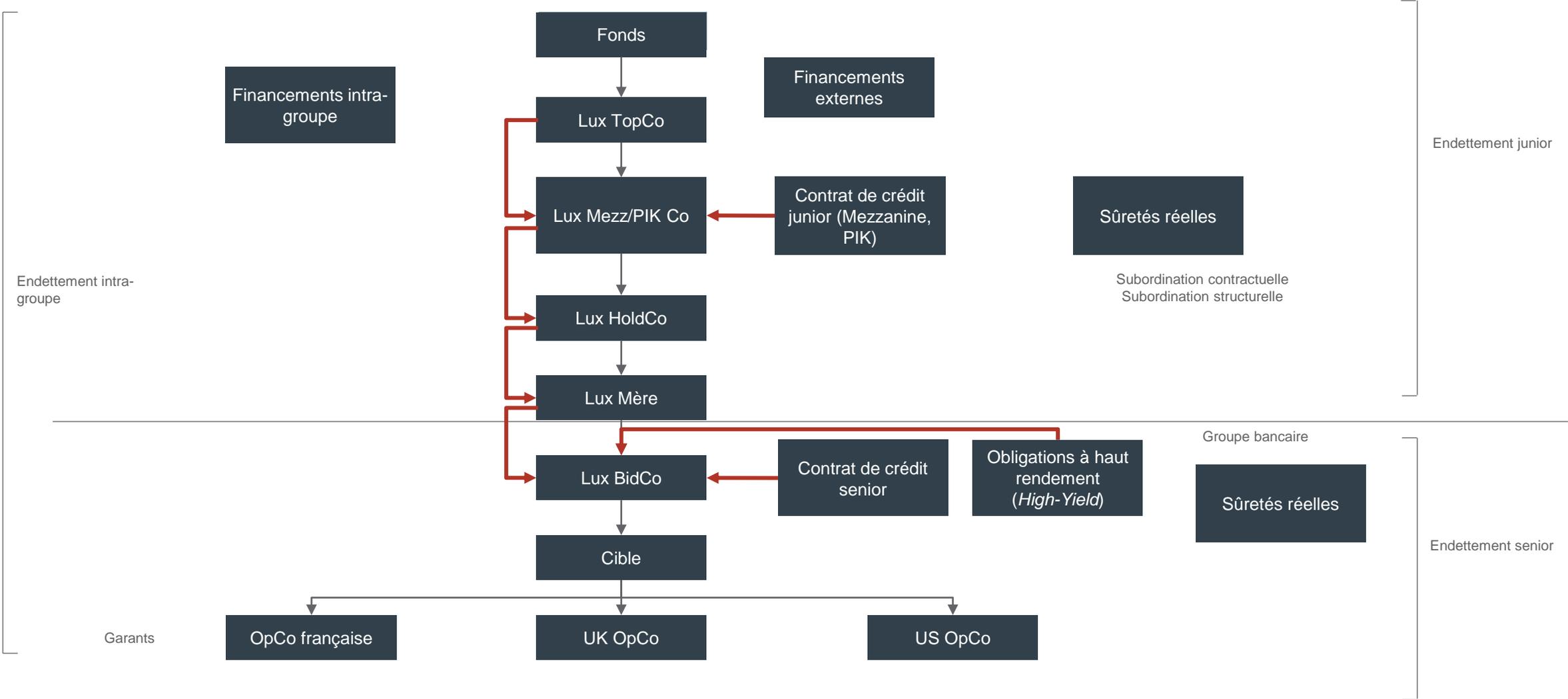


Introduction

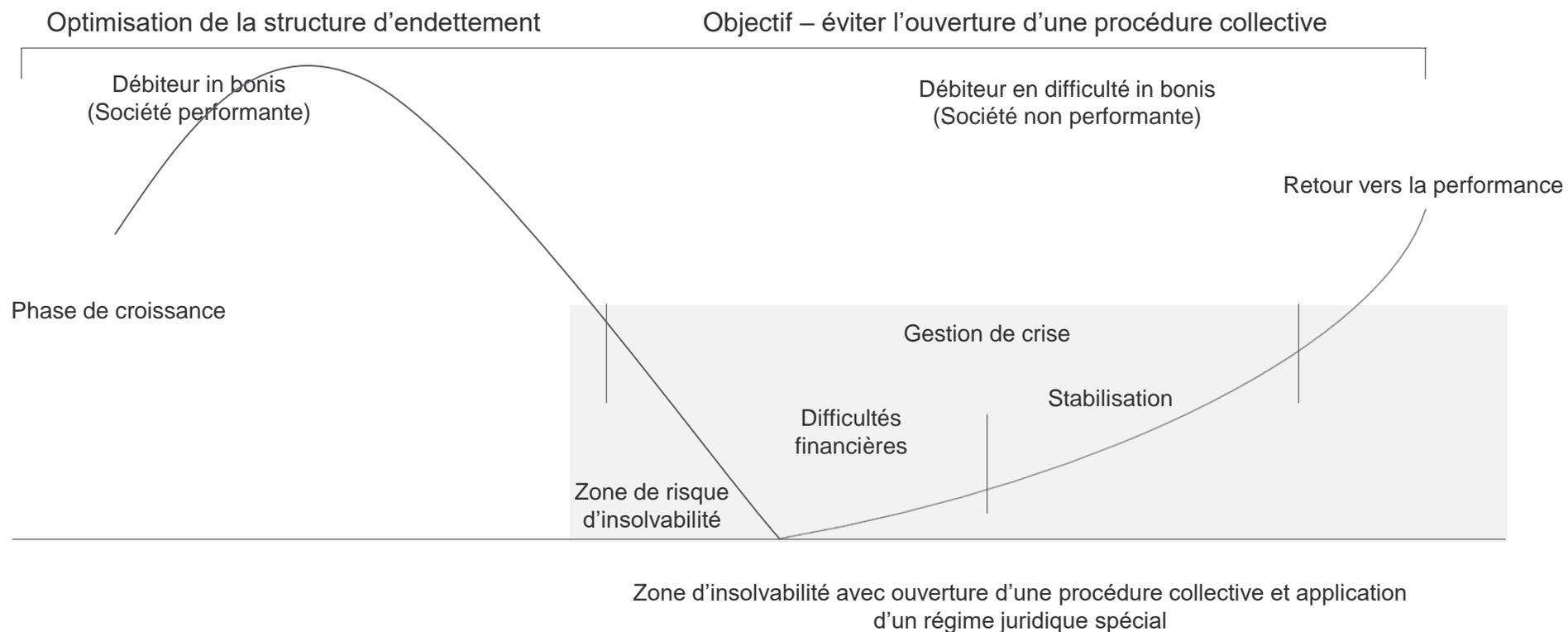


En matière de refinancement, l'exception est la règle.

Présentation schématique d'une structure d'endettement en cascade

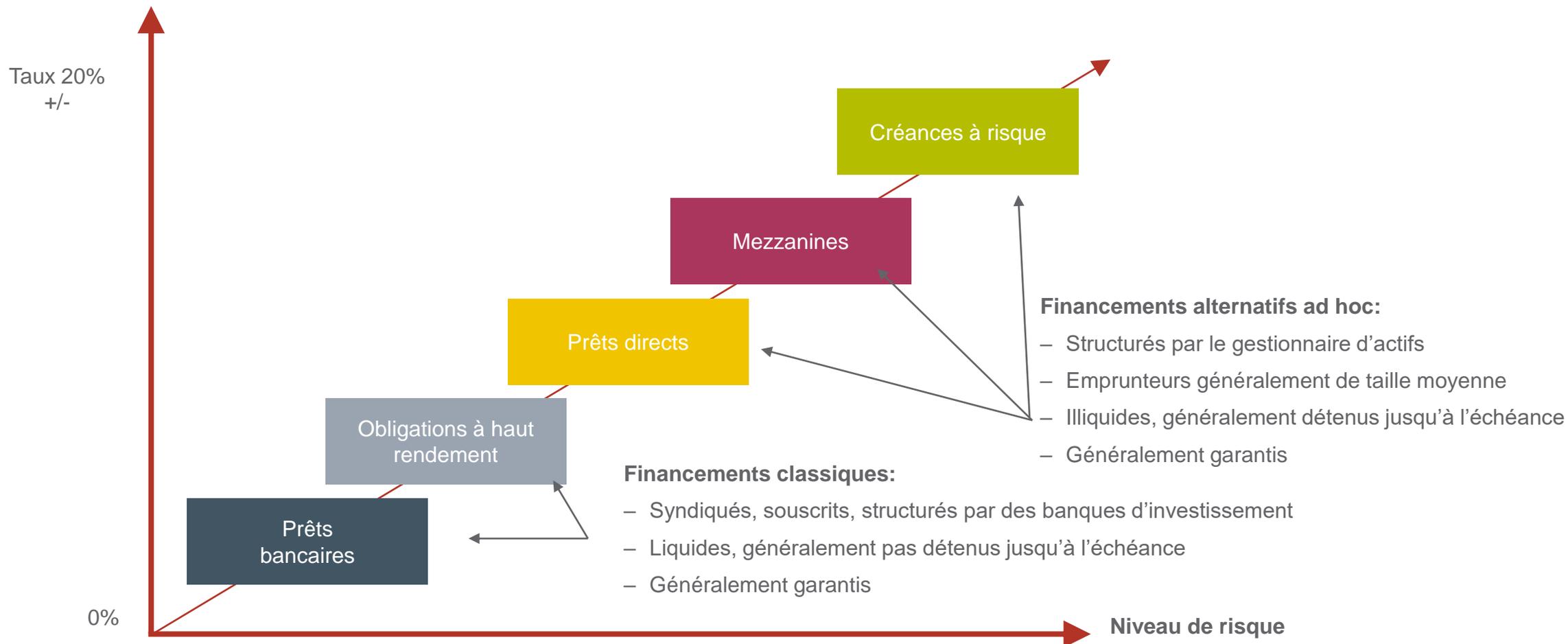


Impact de la santé financière du débiteur sur l'opération envisagée de refinancement ou de restructuration



Typologie des acteurs du refinancement en fonction des critères de liquidité et de risque

Perspective de rendement





Conclusion

Quelles perspectives pour les refinancements sous l'angle du droit luxembourgeois?

Questions?

Allen & Overy is an international legal practice with approximately 5,700 people, including some 590 partners, working in more than 40 offices worldwide. A current list of Allen & Overy offices is available at allenoverylaw.com/global/global_coverage.

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy (Holdings) Limited is a limited company registered in England and Wales with registered number 07462870. Allen & Overy LLP (SRA number 401323) and Allen & Overy (Holdings) Limited (SRA number 557139) are authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales.

The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or a director of Allen & Overy (Holdings) Limited or, in either case, an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of the members of Allen & Overy LLP and of the non-members who are designated as partners, and a list of the directors of Allen & Overy (Holdings) Limited, is open to inspection at our registered office at One Bishops Square, London E1 6AD.

© Allen & Overy LLP 2022. These are presentation slides only. This document is for general information purposes only and is not intended to provide legal or other professional advice.

© Allen & Overy LLP | Les opérations de refinancements hors procédures collectives sous l'angle du droit luxembourgeois



**L'EXÉCUTION D'UNE
HYPOTHÈQUE POUR RECOUVRER
LES MONTANTS DUS EN VERTU
D'UN CRÉDIT IMMOBILIER**

Maître Catherine Wagener

28 avril 2022



Plan de la présentation



01

Les éléments essentiels du régime hypothécaire et son intérêt pour le banquier

02

L'action hypothécaire

03

Le droit international privé lié aux hypothèques

Les éléments essentiels
du régime hypothécaire
et son intérêt pour le
banquier

Les éléments essentiels du régime hypothécaire et son intérêt pour le banquier



Article 2114 et suivant

“

« L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, dans sa nature, indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'ils se passent. »

”

Deux éléments essentiels :

- L'absence de dépossession du débiteur
- Le droit de suite

Deux garanties indispensables :

- La spécialité
- La publicité



Ce qui est important pour le banquier : il sait précisément sur quoi porte la garantie et il sait « précisément » l'étendue des créances qui grèvent le bien.

Les caractéristiques de l'hypothèque



01

L'hypothèque est un droit réel



- Confère au banquier un **droit sur la chose** MAIS sans dépossession du débiteur.
- Confère au banquier un **droit d'être payé** sur le prix de vente de l'immeuble par préférence.
- Confère au banquier un **droit de suite**.

02

L'hypothèque est l'accessoire de la créance garantie – le crédit



- L'hypothèque est l'accessoire de la créance garantie – le crédit.

Les caractéristiques de l'hypothèque

**03**

L'hypothèque est un droit immobilier



- Seuls les immeubles sont susceptibles d'hypothèque.

04

L'hypothèque est indivisible



- « Toute la chose en garantie de toute la dette ».

Le concours de l'hypothèque consentie au banquier avec d'autres hypothèques



Il est important pour le banquier de savoir quelles hypothèques risquent d'être **en concurrence** avec la sienne et donc de connaître leur nature.

Il existe :



L'hypothèque légale



L'hypothèque judiciaire



L'hypothèque
conventionnelle



L'hypothèque légale



Classique

Elle découle de la loi et elle existe dès la naissance de la créance.
Elle est « en principe » soumise à la publicité pour être opposable au tiers.



Occulte

Car elle **opposable aux tiers sans publicité** et elle sort ses effets dès que la créance sous-jacent naît.

Cette hypothèque légale occulte crée une **insécurité juridique** – le banquier ne pourra jamais avoir **la certitude** qu'il est bien le créancier premier inscrit en rang et donc le premier à être désintéressé en cas de vente du bien.



La publicité de l'hypothèque et le rang

**01**

La publicité est un élément essentiel



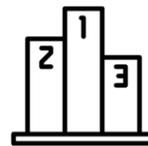
- Elle garantit la sécurité des transactions et du crédit immobilier.
- Elle est primordiale pour les tiers.



Problématique des
hypothèques légales occultes.

02

Le rang est également essentiel



- Il permettra de déterminer qui sera désintéressé en premier en cas de vente de l'immeuble.

L'action hypothécaire



L'action hypothécaire



“

« Le créancier hypothécaire saisira l'immeuble en quelques mains qu'il se trouve (droit de suite), provoquera son adjudication publique (procédure d'exécution forcée) et se fera payer par préférence sur le prix de vente (droit de préférence) »

”

01

Le droit de suite



02

L'exécution forcée



- Le commandement à toutes fins
- La saisie immobilière
- La procédure de voie parée

03

Le droit de préférence



Les aspects de droit
international privé liés
aux hypothèques

Le droit international privé prévu par le droit luxembourgeois



01

La compétence territoriale



« la juridiction compétente est celle de lieu de situation de l'immeuble »

02

La loi applicable



« les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, son régis par la loi luxembourgeoise ».

03

la loi du lieu de situation de l'immeuble est limitée aux aspects réels du droit créé alors que la loi du contrat de crédit régira les autres aspects

Le droit international privé prévu par le droit européen



01

Les règles de conflit de juridiction



Compétence exclusive des juridictions de l'Etat membre où **l'immeuble est situé**.



02

Les règles de conflit de lois

« l'obligation garantie par l'hypothèque se distingue de l'obligation hypothécaire elle-même »

L'**hypothèque** est régie par la loi du lieu de situation de l'immeuble.

MAIS

Le **contrat de crédit** (l'obligation garantie par l'hypothèque) lui pourrait être régi par une autre loi (loi choisie par les parties ou loi applicable en vertu des règles de droit international privé).

Cas pratiques



Scénario 1 : Une banque **luxembourgeoise** octroie un crédit hypothécaire à une personne **résidant au Luxembourg** pour un **bien situé en Belgique**.

Pas de choix de loi dans le contrat de crédit, ni dans l'acte constitutif de l'hypothèque - débiteur défaillant – mise en œuvre de l'action hypothécaire pour faire vendre le bien situé en Belgique



Compétence exclusive
des tribunaux belges



Droit belge applicable



Cas pratiques



Scénario 2 : Une banque **française** octroie un crédit hypothécaire à une personne **résidant au Luxembourg** pour un bien **situé au Luxembourg**.

Contrat de crédit soumis au droit français et acte de constitution de l'hypothèque soumis au droit français - débiteur défaillant – mise en œuvre de l'action hypothécaire pour faire vendre le bien situé au Luxembourg.



Cas pratiques



Scénario 3 : Une banque **française** octroie un crédit hypothécaire à une personne **résidant au Luxembourg** pour un bien **situé au Luxembourg**.

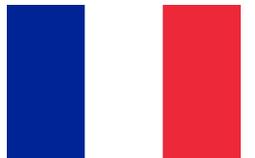
Contrat de crédit soumis au droit français et acte de constitution de l'hypothèque soumis au droit français – *clause de juridiction pour le droit français - les conditions de validité des contrats sont remises en cause – ex : vice du consentement – invoqué par le débiteur agit en nullité des actes contre la banque.*



Compétence des tribunaux français



Droit français applicable





Questions



**MERCI POUR VOTRE
ATTENTION !**

Maître Catherine Wagener

28 avril 2022



Sûretés et droits de propriété intellectuelle

Vincent Wellens – Sara Gerling



I. Sûretés sur des droits de Propriété Intellectuelle

II. Structures alternatives

I. Sûretés sur des droits de PI

1

Différents droits de PI: Droits enregistrés versus Droits non-enregistrés



2

Propriété des droits de PI



3

Différents types de sûretés sur les droits de PI



4

Droit applicable et juridiction





- **Brevets**

- Inventions qui sont **nouvelles**, résultent d'une **activité inventive**, sont **susceptibles d'application industrielle** et font l'objet d'un enregistrement
- Durée de la protection: **20 ans**



- **Marques**

- Signes, propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise et déterminer de façon claire et précise l'étendue de la protection accordée au titulaire
- Durée de la protection: **10 ans + renouvelable**



- **Dessins et modèles**

- L'apparence de l'ensemble ou d'une partie d'un produit à condition qu'il soit **nouveau** et qu'il ait un **caractère individuel**
- Durée de la protection: **5 ans + renouvelable 4 fois maximum (25 ans)**



- **Obtentions végétales**

- Les obtentions végétales peuvent être protégées si elles sont **distinctes**, **homogènes**, **stables** et **nouvelles**
- Durée de la protection: **25 ans**

- **Est-ce qu'un nom de domaine est une « propriété intellectuelle » pouvant être l'objet d'un gage ?**

- **Non ?** Un nom de domaine est un droit personnel ou une licence temporaire accordée par le registre des noms de domaine concerné pour utiliser une adresse alphanumérique particulière sur adresse internet
- **Oui ?** Un nom de domaine peut être transféré à un tiers

→ Il y a une tendance à considérer **que les noms de domaine ne constituent pas une PI**, mais ils peuvent **être mis en gage comme des créances personnelle**

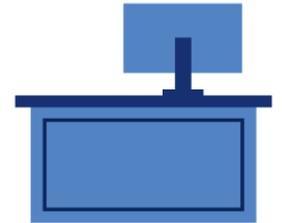


- Pour bénéficier des ces droits de PI: il faut **qu'une demande d'enregistrement soit validée** par un office de propriété intellectuelle
- Les droits de PI enregistrés sont qualifiés de « **propriété** »

Les demandes d'enregistrements en tant que telles peuvent-elles recevoir cette qualification de « propriété » ?

Probablement, puisqu'elles:

- déterminent la date de priorité du droit de PI
- peuvent être transférées sans perte de priorité





- **Droit d'auteur**

- L'œuvre doit être **originale** et donc constituer la **création intellectuelle de l'auteur**, être **différente de créations préalables** et être **concrète** (à la différence des idées)



- **Les programmes d'ordinateur**

- Est protégé ce qui est **original** et donc représente **l'expression du programme d'ordinateur**
- Sont protégés le **matériel de conception préparatoire** et les **codes source et objet**
- Ne sont pas protégés: les idées donc pas non plus les algorithmes et fonctionnalités



- **Droits voisins**

- Droits conférés aux personnes ou organisations qui ont contribué à la **création**, **la publication** ou **l'exécution** d'une œuvre protégée par le droit d'auteur **sans en être l'auteur**
- Ces droits protègent les **interprètes** (chanteurs, danseurs, musiciens, etc.)



- **Droit sui-generis des bases de données**

- Ce droit est accordé si l'**obtention**, la **vérification** ou la **présentation** du contenu de la base de données a nécessité un **investissement substantiel** (financier, matériel et/ou humain)



- **Secrets d'affaires**

- Informations protégées contre leur **obtention**, **utilisation et divulgation illicite** si elles ont un caractère **secret**, une **valeur commerciale** et ont fait l'objet de **mesures de protection**



- **Nom commercial**

- Le nom commercial protège **le nom d'une entreprise** si celui-ci fût **préalablement** et **réellement utilisé** à des **fins commerciales**



- **Créations et/ou éléments distinctifs**

- **Protection des investissements** au titre de la législation sur les **pratiques anticoncurrentielles** et les **pratiques commerciales déloyales**



- Déterminer le propriétaire légal en fonction de chaque droit de PI
- **Droits enregistrés**
 - Vérifier les informations dans les registres des offices de PI
 - Vérifier que l'entreprise qui fournit la sûreté est effectivement le propriétaire légal
- **Droits non-enregistrés**
 - Vérification complexe: absence de registre et diversité des règles applicables
- **IMPORTANT:** Demander au propriétaire de fournir des garanties concernant:
 - son titre sur les droits de PI
 - les potentiels litiges en cours

Gage → si le débiteur fait défaut à son obligation, le créancier reçoit un droit d'être payé, de manière privilégiée et préférentielle, sur les actifs gagés

- Le gage doit porter sur des **actifs existants et identifiés** mais le droit commercial luxembourgeois permet de gager des **futurs droits de PI** ou spécifiquement une **demande d'enregistrement de brevet**
- La validité d'un gage est également conditionné à la **dépossession du bien gagé au créancier**
 - Pour les gages commerciaux, **la dépossession est réputée avoir eu lieu si le gage fût notifié ou accepté par le débiteur** (des actifs gagés) par un acte sous seing privé ou un acte authentique ou **s'il est prouvé qu'il en avait connaissance** -> **en PI: débiteur des actifs gagés : tout le monde doit respecter les droits PI et s'abstenir de les violer**
 - Dans certains pays, **la dépossession est réputée avoir eu lieu lorsque le gage est inscrit dans le registre d'un office de PI**

Jusqu'à la date d'échéance de l'obligation garantie par le gage, le débiteur (constituant du gage) est toujours le propriétaire des droits de PI et peut les transférer à un tiers



- **RISQUE:** si pas de réelle dépossession, le créancier gagiste ne peut exercer son droit de rétention et le bénéfice du droit de suite est incertain
- **MAIS:** le débiteur perd le bénéfice de la date de paiement contractuellement différée
- **CONSEIL:** il est recommandé d'inclure des restrictions de transfert dans le contrat de gage
- **Du côté du débiteur,** il est recommandé de prendre les mesures nécessaires pour préserver la valeur et la validité des droits de PI
- **Du côté du créancier gagiste,** il est recommandé de réévaluer périodiquement la valeur des droits de PI mis en gage et de demander des modifications des accords de financement si nécessaire.

Lorsqu'elle est explicitement prévue par les lois de PI pertinentes, **l'inscription d'un gage garantit également l'opposabilité du gage aux tiers** et ne constitue pas simplement une alternative à l'exigence de dépossession



Pour les droits de PI enregistrés: même si la loi luxembourgeoise ne nécessite pas en soi une inscription du gage dans les registres de PI pour satisfaire à l'exigence de dépossession, **une inscription sera quand même nécessaire pour qu'il ait plein effet et soit opposable aux tiers**



Pour les droits de PI non enregistrés: la création d'une sorte de registre permettrait non seulement de **résoudre les problèmes potentiels liés à l'exigence de dépossession**, mais aussi, plus généralement, de **garantir l'efficacité du gage à l'égard des tiers**

Si, à la date d'échéance de l'obligation, le débiteur fait défaut au paiement, le créancier gagiste peut prendre des mesures pour faire valoir son privilège sur les droits de PI gagés

- **Comment ?**

- **Traditionnellement**, une **vente publique** prend place **8 jours après la mise en demeure** du débiteur d'honorer son obligation de paiement : **peu adaptée aux besoins du créancier**

- **Plus souvent**, le créancier gagiste peut également demander à la juridiction compétente d'**ordonner que les biens gagés continuent d'appartenir au créancier gagiste** jusqu'au paiement intégral de l'obligation principale, après qu'un expert ait évalué la valeur des biens

- **Les recettes des droits de PI**

- **Le créancier gagiste y a le droit lorsqu'ils sont dus** et ce, **même avant la date d'échéance** s'il n'est pas prévu contractuellement que le versement des recettes soit gouverné par la Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière



Il est également possible de transférer au créancier le titre de propriété des droits de PI en garantie jusqu'au paiement de la dette

- **Inconvénients**

- Pour les droits de PI enregistrés: **le coût est excessif** puisqu'un **enregistrement successif de deux transferts de titres est nécessaire**
- Les parties doivent **signer un accord de licence** au profit du débiteur afin que ce dernier puisse continuer à utiliser les droits de PI ainsi **qu'un accord exprès indiquant laquelle des parties est responsable des mesure visant à maintenir la validité des droits de PI**
- Le créancier doit **s'occuper de nombreuses formalités**

- **Solution**

- **Transférer les titres à une société fiduciaire** qui sera en **charge de la gestion des droits de PI** en son nom propre et pour le compte du créancier
- **Le transfert est secret** mais **pour être opposable aux tiers, il peut être nécessaire de l'enregistrer (droits enregistrés)**

- Pour les aspects purement contractuels: **droit librement choisi par les parties**
- Pour les aspects *in rem*
 - Etablissement du gage/transfert des droits
 - Opposabilité aux tiers
 - Mise à exécution



- Pour les droits enregistrés: **lieu de l'enregistrement**
- Pour les droits enregistrés régionaux (par ex., marques UE ou Benelux): droit du lieu d'établissement du propriétaire



- Pour les droits de PI non enregistrés: incertain. Soit:
 - **droit du lieu de protection du droit de PI** (conception traditionnelle)
 - **lieu du titulaire des droits gagés** (d'après le règlement (UE) 2015/484 sur les procédures d'insolvabilité)

- En principe: **libre choix de juridiction**
- Sauf pour les procédures relatives à l'enregistrement ou la validité de droits enregistrés: **compétence exclusive des juges du lieu d'enregistrement**
- En pratique, les litiges *in rem* doivent presque toujours être amenés devant les juges du lieu d'enregistrement (validité presque toujours soulevée)
- La mise en œuvre des sûretés portant sur un portefeuille international de droits de PI peut s'avérer complexe



II. Structures de sûretés alternatives

1 Gages sur fonds de commerce



2 Contrats de garantie financière



3 Titrisation d'actifs de PI



- Gage portant sur **l'ensemble des biens d'un fonds de commerce** (clientèle, droit au bail, matériel, stocks ...); **y compris les marques et brevets**
- **Champ de bénéficiaires limité**: établissement de crédit, notaires et brasseries avec autorisation parlementaire spéciale
- La mise en œuvre du gage sur fonds de commerce nécessite une **intervention judiciaire**
- Changement continu de l'assiette du gage
- Garantie estimée de **faible valeur en pratique**, faiblement utilisée



Contrats de garantie financière

Gage sur créances

Assiette du gage: créances **au paiement de licences ou de royalties**, y compris créances futures

- Loi de 2005
- **Facilité et efficacité:**
 - Conclusion et opposabilité par simple conclusion du contrat de gage
 - **Mise en œuvre:** libre choix de l'événement déclenchant la réalisation de la garantie. Il suffit alors au créancier nanti d'informer les débiteurs de l'emprunteur et demander paiement des créances gagées
- **Limite:** loi applicable au gage
 - **Lex rei sitae – pour créances: lieu du débiteur de la créance**
 - Problématique pour des droits PI placés au Lux. et distribués à l'international avec de nombreuses licences, débiteurs situés à l'étranger



- Particulièrement utile pour

- Des groupes dont la PI est placée dans une société lux. *ad hoc*
- Startups/scaleups dont la PI est l'actif principal



- La loi de 2005 sur les garanties financières permet le gage des participations dans tout type de sociétés

- **Facilité de mise en œuvre:** suite à l'événement de réalisation convenu, les actions nanties sont appropriées par le bénéficiaire du nantissement (ou un tiers).

- Le prix d'appropriation est déterminé par une méthode convenue entre les parties (en général: détermination par un tiers indépendant)

- La détermination peut avoir lieu après l'acquisition



- **Avantages**

- Pour le titulaire/emprunteur: réduit les coûts de financement
- Pour l'investisseur/prêteur: donne un accès exclusif aux actifs sous-jacents
- Efficacité fiscale de la structure
- Flexibilité du cadre juridique de la titrisation à Luxembourg
- Permet la titrisation de tous types d'actifs, y compris les actifs de propriété intellectuelle
- Adapté pour actifs générant un cash flow régulier



- **Limites/contraintes**

- ✗ • La structure de titrisation **ne peut exercer d'activité commerciale** (comme la valorisation de la PI)
- ✓ • En pratique, les droits sont alors remis à une filiale à 100% qui se charge d'exploiter les droits

Des Questions? A votre disposition !



Vincent Wellens

Partner, IP, Technology Law &
Data Protection
T. + 352 26 12 29 34
E. Vincent.Wellens@nautadutilh.com



Sara Gerling

Partner, Banking Law
T. +352 26 12 29 74 52
E. Sara.Gerling@nautadutilh.com

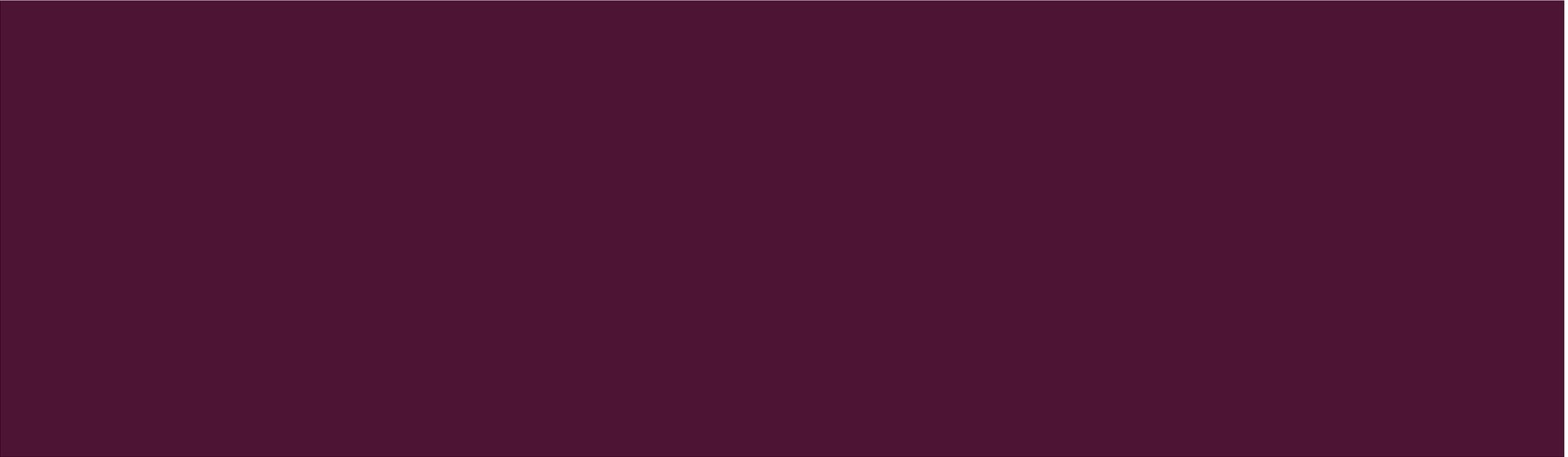


LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

NOTIONS GÉNÉRALES ET APPLICATIONS PRATIQUES

CINTIA MARTINS COSTA & ANA BRAMAO

28 AVRIL 2022



LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Qu'est ce qu'une garantie professionnelle de paiement?**
 - Consacrée par une loi du 10 juillet 2020
 - Entrée en vigueur le 17 juillet 2020 (mais possibilité de soumettre des garanties existant antérieurement à cette nouvelle loi)
 - Art. 2 “[...] l’engagement par lequel une personne, le garant, s’oblige envers un bénéficiaire à payer, sur demande du bénéficiaire ou d’un tiers convenu, une somme déterminée selon les modalités convenues, en relation avec une ou des créances ou les risques associés à celles-ci.”

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Pourquoi une garantie professionnelle de paiement en sus du cautionnement et de la garantie à première demande en droit luxembourgeois?**
 - Besoin de la pratique de créer des garanties intermédiaires entre le cautionnement et la GPD
 - Assurer une meilleure sécurité juridique
 - Donner davantage de liberté contractuelle
 - Devenir concurrentiels face aux garanties de droit anglo-saxon et garanties de droit allemand plus flexibles

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

■ Qui peut être garant?

- Toute personne physique ayant la capacité de contracter
- Dans le PL, exclusion des personnes physiques mais le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à une telle exclusion. Cependant, les personnes physiques doivent agir dans un contexte professionnel
- Toute personne morale ainsi que les sociétés n'ayant pas la personnalité juridique (fonds communs de placement, entités basées sur la notion d'indivision et de copropriété), les Etats, institutions publiques (y compris internationales ou européennes)
- Possibilité d'avoir des co-garants mais la loi ne précise pas le régime applicable à une pluralité de garants -> liberté contractuelle

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

■ Qui peut bénéficier de la garantie?

- Toute personne physique ou morale peut être bénéficiaire direct
- Art. 4(3) de la loi -> la garantie peut être constituée en faveur d'une personne agissant pour le compte des bénéficiaires de la garantie professionnelle de paiement, d'un fiduciaire ou d'un trustee pour garantir les créances de tiers bénéficiaires présents ou futurs, à condition que ces tiers bénéficiaires soient déterminés ou déterminables
- Le bénéficiaire de la garantie professionnelle de paiement n'est donc pas nécessairement le créancier
- Parallélisme avec l'article 2(4) de la loi modifiée sur les garanties financières du 5 août 2005 (i.e. agent des sûretés)
- Les personnes agissant pour le compte des bénéficiaires de la garantie, le fiduciaire ou le trustee ont les mêmes droits que les bénéficiaires directs de la garantie -> gestion de la garantie, appel en garantie et exercice des actions en justice liées à la garantie

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Qu'est ce qui peut-être garanti?**

- Tout type de créance et de risques associés aux créances à partir du moment où l'objet est déterminé ou déterminable et qu'il est conforme à l'ordre public
- Obligations de payer ou de livrer des instruments financiers ou autres actifs
- Créances existantes ou futures, voire même éventuelles ou hypothétiques, déterminées ou déterminables
- Créances contractuelles ou délictuelles
- Visées individuellement ou par référence à un portefeuille (et que la composition du portefeuille soit stable ou sujette à modification)

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Quel est le formalisme pour constituer une garantie professionnelle de paiement?**
 - Art. 3 -> formalisme très simple: il suffit de soumettre expressément la garantie au régime de la loi du 10 juillet 2020. Aucune formule sacramentelle n'est prescrite
 - Il faut un écrit, que l'écrit soit sous forme électronique ou support durable
 - La loi (Art. 4 (2)) prévoit que la convention peut faire référence à la dette principale et peut s'y référer pour régler les modalités de la garantie, l'appel en paiement et le terme de la garantie
 - Grand avantage: dès lors qu'une garantie est soumise au régime de la loi du 10 juillet 2020, elle ne peut pas être requalifiée en une autre garantie -> **sécurité juridique**

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Quelles sont les modalités spécifiques de la garantie professionnelle de paiement?**
 - Grande liberté contractuelle -> Art. 4(2) prévoit que l'objet et les modalités de la garantie (notamment les modalités de paiement) sont librement convenues entre parties
 - Cependant il existe quelques règles supplétives:
 - Art. (4) -> inopposabilité des exceptions
 - Art. (5) -> recours après paiement
 - Art.(6) -> bankruptcy remote
 - Quid si les parties n'ont rien prévu et que la loi ne règle pas la question de manière supplétive? Quelles règles s'appliquent?

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Quel est l'élément déclencheur de l'appel en garantie?**
 - Liberté contractuelle
 - Soit lors de la survenance du défaut d'exécution
 - Soit avant même la survenance du défaut d'exécution ou de la réalisation du risque concerné

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Qui peut enclencher l'appel en garantie?**
 - Liberté contractuelle
 - Par le bénéficiaire directement
 - Par le tiers désigné comme bénéficiaire de la garantie
 - Par un tiers convenu

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Existe-t-il un recours après paiement du garant?**
 - Art. 4(5) de la loi prévoit que, sauf convention contraire, le garant dispose d'un **recours personnel** contre le donneur d'ordre
 - Art. 4(5) de la loi dispose que le garant **sera subrogé** dans les droits du bénéficiaire, sauf convention contraire
 - Avantageux que la loi le prévoit expressément pour éviter les discussions sur le recours comme cela peut-être le cas en matière de garantie autonome

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Comment s'éteint une garantie professionnelle de paiement?**
 - Liberté contractuelle
 - En principe s'éteint par voie principale car cette garantie n'est pas par nature accessoire à la dette principale
 - Possibilité cependant de prévoir un régime calqué sur la dette principale (extinction en même temps que la dette principale ou que la dette garantie diminue au fur et à mesure que la dette principale diminue)

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Quels pourraient être les domaines d'application pratiques?**
 - Relations commerciales en tout genre
 - Domaine des financements (y compris le soutien au financement par les garanties étatiques, européennes ou internationales)
 - Industrie des fonds d'investissement
 - Secteur de la construction/immobilier
 - Outil de transfert de risques dans les opérations de bilan (e.g. titrisations)

LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT

- **Conclusion: peut-elle devenir la nouvelle garantie de droit commun?**
- Avantages certains:
 - Liberté contractuelle
 - Sécurité juridique
 - Grande flexibilité
- Attention à sa robustesse pour garants non-sophistiqués