

L'agencement du droit commun et des normes dérogatoires – Le cas du droit privé financier

Patrick GEORTAY

Avocat – Linklaters LLP

Patrick KINSCH

Avocat – Wurth Kinsch Olinger

Professeur honoraire à l'Université du Luxembourg

TABLE DES MATIÈRES

Introduction – De l'utilité d'un compromis raisonné.	858
Chapitre 1 – Droit dérogatoire et droit commun	861
Section 1 – Quelques constats sur le foisonnement du droit dérogatoire	862
Section 2 – Quelques observations sur la nécessaire défense du droit commun.	865
Chapitre 2 – Pour une définition plus précise du champ d'application personnel des normes dérogatoires en droit privé financier	870
Section 1 – Dérogation et proportionnalité : l'encadrement constitutionnel de la législation de droit privé.	870
Section 2 – Quatre exemples en droit privé financier	875
Section 3 – Une définition plus précise du champ d'application personnel des normes dérogatoires est-elle susceptible de violer la Constitution ?	884

Introduction – De l'utilité d'un compromis raisonné

1. Le droit privé financier¹ s'est développé au Luxembourg pour répondre aux besoins de la Place financière. Ce point est incontestable, à la limite de l'évidence, et bien documenté². Un effet secondaire de l'orientation ainsi prise par ce droit a été de le dissocier progressivement du droit commun. Le droit commun semblait mettre trop d'obstacles, créer trop de difficultés et de complications, et enfermer la créativité de la pratique des affaires dans un *numerus clausus* de formes contraignantes³. Ou alors, dans certains cas, il semblait créer par la subtilité de ses règles des hésitations, jugées paralysantes, sur la qualification des opérations, entraînant des questionnements sur leurs conséquences légales⁴. Le droit privé financier s'est donc développé comme un droit spécial, ou plus exactement comme un droit dérogoire par rapport au droit commun. Il ambitionne essentiellement d'assurer que les solutions contractuellement stipulées puissent dans tous les cas être réalisées sans obstacles et sans risques d'inefficacité juridique.

¹ Par « droit privé financier », et pour les besoins de la présente contribution, nous visons les normes de droit privé régissant les opérations financières au sens large (non seulement les opérations bancaires et financières au sens strict, mais également les opérations d'assurance), et l'incluons dans une catégorie plus large de « droit de la Place financière », qui recouvre quant à elle les normes régissant les diverses activités exercées par la Place financière luxembourgeoise.

² Voy. les contributions d'André Elvinger aux trois éditions précédentes du *Livre jubilaire de l'Association Luxembourgeoise des Juristes de Banque* : « Historique du droit bancaire et financier luxembourgeois », in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, vol. I, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 3 et s. ; « L'évolution législative de la décennie 1993-2003 », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. I, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 3 et s. ; « L'évolution législative de la décennie 2003-2013 », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. I, Limal-Bruxelles, Anthemis-Larcier, 2014, pp. 3 et s.

³ Un exemple a été la réglementation du gage par l'article 2078 du Code civil de 1804, avec son interdiction du pacte comissoire (clause qui permet l'appropriation du gage par le créancier gagiste) et des clauses qui permettent au créancier de disposer du bien gagé sous des formes autres que celles prévues par la loi. L'article 2078 continue de constituer la règle du droit commun et reste applicable au gage sur biens mobiliers corporels (Cour d'appel, 9 juillet 2008, *Pasicrisie*, 2008-2010, t. 34, p. 270), mais il est inapplicable aux « avoirs » au sens de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. Laissant peu de liberté au créancier et pouvant affecter l'efficacité pratique du mécanisme, il a cependant pour avantage d'éviter la plupart des discussions sur l'abus de droit dans la réalisation du gage.

⁴ Il suffit de lire les travaux préparatoires de la loi du 10 juillet 2022 relative aux garanties professionnelles de paiement (projet de loi, *Doc. parl.*, n° 7567). Il y est fait état du « risque de requalification et [...] donc d'insécurité juridique » qui résulte de la différence entre le cautionnement et la garantie autonome, les parties n'étant pas libres de qualifier de garantie autonome une sûreté qui répond objectivement à la qualification de cautionnement.

Cette tension entre le droit commun et le droit dérogatoire de la Place financière peut donner lieu, de la part des juristes luxembourgeois, à plusieurs attitudes. Une attitude possible est une défense sans concessions du point de vue de l'un ou de l'autre. Un défenseur inconditionnel de la Place financière ne voudra pas faire de concessions aux solutions du droit commun, puisqu'il estime qu'une concession met à risque les avantages du droit dérogatoire en termes de simplicité et d'efficacité, ou en termes de signalement du Luxembourg sur le marché international des normes. À l'inverse, un défenseur tout aussi résolu du droit commun insistera sur l'importance des institutions classiques du droit civil qu'il juge supérieures à celles, incomplètes ou trop libérales, du droit dérogatoire⁵.

2. Nous nous sommes demandé cependant si une solution de compromis entre ces deux attitudes n'est pas préférable. L'esprit de compromis est, après tout, un esprit authentiquement luxembourgeois en politique⁶ : il pourrait être transposé au droit privé, qui est lui-même parfois très politique.

Le compromis que nous envisageons sera un compromis raisonné, le contraire d'un marchandage ; il s'agira donc, suivant le dictionnaire⁷, d'un compromis qui obéit à l'une des définitions suivantes, ou peut-être à chacune d'elles :

- « 1. Qui obéit aux règles du raisonnement. *Bien, mal raisonné.*
- 2. Appuyé de raisons, de preuves. *Un projet raisonné, réfléchi.*
- 3. Qui explique par des raisonnements. → rationnel. *Méthode raisonnée de grammaire.*
- 4. Mesuré, contrôlé, réfléchi → raisonnable. *Agriculture raisonnée, respectueuse de l'environnement.* »

Ce compromis pourrait, comme on le verra, avoir un double aspect : accepter le principe de certaines solutions dérogatoires spécifiques au droit privé financier, mais en contrepartie limiter la portée de ces solutions en

⁵ Ainsi, parmi les meilleurs spécialistes du droit luxembourgeois des sûretés, Pascal Ancel fait observer qu'au vu de textes comme la loi du 10 juillet 2022 relative aux garanties professionnelles de paiement, « on pourrait dire alors : à quoi bon réformer le droit du cautionnement [...] ? Mais on pourrait tout aussi bien dire qu'il n'est pas très satisfaisant d'avoir un tel décalage entre le droit commun – pratiquement vidé de sa substance – et le droit spécial » (P. ANCEL, « Quelles réformes pour le Code civil luxembourgeois ? », *JTL*, 2022, pp. 133 et s., spéc. p. 137), et Hannes Westendorf se déclare favorable à une réforme en profondeur du droit commun des sûretés plutôt qu'à l'utilisation inconsidérée des sûretés dérogatoires du droit financier : H. WESTENDORF, « Propositions de réforme du droit des sûretés personnelles », *JTL*, 2023, pp. 33 et s., spéc. p. 35 (et *passim*). Cet auteur plaide par ailleurs, avec de forts arguments, en faveur d'une extension expresse à la garantie professionnelle de paiement de certaines garanties caractérisant le cautionnement.

⁶ Le choix du scrutin proportionnel lors des élections législatives, imposant le plus souvent une arithmétique de coalition et donc le compromis entre partis politiques, y concourt.

⁷ Le *Petit Robert* sera suffisant pour les présents besoins : *v°* Raisonné.

ce qui concerne leur champ d'application personnel. Le « droit dérogatoire pour tous » n'est, nous le verrons aussi, pas systématiquement une bonne idée.

3. Un compromis ne vaut que s'il est susceptible d'être accepté par ceux qui, *a priori*, choisiraient pour eux-mêmes une solution plus radicale. C'est à notre avis le cas.

Un juriste de la Place financière peut certes songer à continuer de profiter du dynamisme du droit dérogatoire, face à la stagnation – jusqu'à une époque très récente – du droit commun⁸, et n'accepter aucun compromis. Ses avant-projets de loi sont défendus par le ministère des Finances (ou, naguère, par le ministère du Trésor et du Budget) avec diligence, eu égard à leurs avantages pour la Place et sans trop d'états d'âme en ce qui concerne leurs effets secondaires sur le droit commun. Pourquoi ne pas continuer dans cette voie ?

Pour deux raisons, qui dépendent du type de juriste en cause. Le juriste d'affaires peut parfaitement être aussi un juriste civique, et donc respectueux du droit commun et des intérêts que celui-ci défend. Il comprendra facilement, dans ce cas, qu'un excès législatif dans l'application du droit dérogatoire, simplement parce que cet excès est (ou qu'il a été dans un passé récent) facile, n'est pas souhaitable.

Il y a aussi des juristes d'affaires moins naturellement enclins au civisme, et néanmoins trop intelligents pour ne pas comprendre que l'*enlightened self-interest* de la Place n'est pas (ou n'est plus) compatible avec des excès. C'est ce qu'ils ont montré dans le passé en accompagnant l'abandon du secret bancaire comme base du modèle d'affaires d'une partie importante du secteur bancaire luxembourgeois ; c'est aussi ce qu'ils peuvent montrer en matière de droit privé. Il suffit qu'ils comprennent qu'un excès dans le droit dérogatoire peut conduire à des révoltes, soit politiques, soit jurisprudentielles. La révolte politique est la moins vraisemblable (elle supposerait une réaction soit du ministère de la Justice, soit de la Chambre des députés à l'égard des projets de lois dérogatoires) ; admettons que cette perspective n'est guère dissuasive. En revanche, la possibilité d'une révolte jurisprudentielle est réelle ; il y en a eu des exemples, dans l'interprétation de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, qui a fini par être interprétée par les Tribunaux d'une manière beaucoup plus modérée que celle qui était promue par certains juristes de la Place⁹. Et

⁸ Cf. D. HIEZ *et al.*, « Compte rendu des premières Assises du Code civil du 7 mai 2021 », *Annales du droit luxembourgeois*, 2021, pp. 147 et s., spéc. p. 155.

⁹ Voy. en particulier Cour d'appel, 12 juillet 2017, *JTL*, 2018, p. 178, affaire *Pillar*, confirmé par Cass., 14 février 2019, n° 27/2019, *JTL*, 2020, p. 76, 1^{re} esp. ; Cass., 16 décembre 2021, n° 157/2021, affaire *Galapagos*.

encore n'en est-on pas, ou pas encore, venu à une déclaration d'inconstitutionnalité de dispositions de cette loi ou d'autres lois du droit privé financier – risque qu'il ne faut pas sous-estimer, précisément en raison des dérogations qu'elles apportent au droit commun. Nous y reviendrons¹⁰. La modération est ultimement, à notre avis, dans l'intérêt bien compris du droit privé financier.

4. Du point de vue du *juriste de droit commun*, la motivation d'accepter un compromis tient à ceci. D'une part, il n'est pas dit qu'une affinité avec le droit commun signifie en même temps une aversion à l'égard de la Place financière, là où elle est elle-même prête à composer avec le droit commun ; le type du juriste modéré se rencontre des deux côtés. Et d'autre part, les penseurs stratégiques et prudents parmi les juristes du droit privé financier ont eux aussi leurs équivalents parmi les partisans du droit commun, qui savent que le droit commun est dans une situation de relative faiblesse, symétrique au dynamisme du droit de la Place financière : même s'ils le voulaient, les juristes de droit commun ne pourraient vraisemblablement pas mener avec succès une campagne décisive contre le droit dérogatoire, l'éliminer complètement et restaurer le droit privé luxembourgeois à l'état dans lequel il se trouvait du temps où la base de l'économie luxembourgeoise consistait dans la production de biens industriels.

Tout cela peut être la base d'un compromis luxembourgeois typique – mais d'un compromis raisonné aussi. Nous le verrons en étudiant d'abord de plus près les deux camps qu'il s'agit de concilier (chapitre 1), puis en esquisant le compromis qui consiste en une acceptation des dérogations que le droit financier privé apporte au droit commun, là où la nécessité de ces dérogations est démontrée, moyennant une définition plus précise du champ d'application personnel du droit dérogatoire (chapitre 2).

Chapitre 1

Droit dérogatoire et droit commun

5. On opposera les constats sur le foisonnement du droit dérogatoire (section 1) à des observations sur la nécessaire défense du droit commun (section 2).

¹⁰ Voy. *infra*, n^{os} 16 et s.

Section 1

Quelques constats sur le foisonnement du droit dérogatoire**6. Contexte : développement de la Place financière luxembourgeoise**

– **Rôle des produits juridiques.** La Place financière luxembourgeoise joue un rôle clé pour nombre de services financiers¹¹ et de services d'investissement, que ce soit en matière de fonds d'investissement au sens large, déclinés en diverses sous-catégories, en matière bancaire (banque privée et gestion de fortune, mais aussi banque d'investissement et de financement d'entreprises et banque dépositaire), et en matière d'assurances (singulièrement, les assurances-vie adossées à une variété de sous-jacents) et de réassurance, sans oublier la présence au Luxembourg d'infrastructures de marché performantes¹², d'activités spécifiques comme la titrisation et les acteurs de type FinTech et d'entités supranationales actives dans le secteur financier¹³.

Mais il y a plus : depuis maintenant plus de deux décennies, de très nombreuses acquisitions et restructurations d'entreprises et autres actifs se font par le biais de structures sociétaires luxembourgeoises dédiées, et il est fréquent que ces structures soient directement impliquées dans les financements mis en place à l'occasion de ces opérations, financement dont la bonne fin est garantie par des sûretés (surtout) réelles¹⁴ et (plus rarement) personnelles régies par le droit luxembourgeois.

Ce foisonnement économique profite incontestablement à l'économie nationale ; il s'inscrit naturellement dans un cadre international ou européen, que ce soit en raison de la localisation des actifs et investissements ou de la résidence des investisseurs, promoteurs ou destinataires des services fournis par la Place. La vocation internationale, voire globale, de la Place financière constitue donc un élément essentiel de son ADN, ceci dans le contexte plus large d'ouverture des marchés auquel on a pu assister depuis quelques décennies¹⁵.

¹¹ À comprendre dans une acception extensive.

¹² Comme la Bourse de Luxembourg et Clearstream Banking.

¹³ Par exemple, la Banque européenne d'investissement et le Mécanisme européen de stabilité.

¹⁴ Ces sûretés consistent habituellement en un gage sur actions ou parts sociales, un gage sur les créances intragroupe et un gage sur les comptes bancaires ouverts auprès d'une banque établie au Luxembourg.

¹⁵ Même si ce mouvement n'est pas à l'abri de soubresauts ou de remises en question, comme on a pu le voir récemment à la suite de tensions géopolitiques croissantes ou de revendications sociales. L'ouvrage d'Anthea Roberts et de Nicolas Lamp (*Six Faces of Globalization*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2021) explique très bien le sens de ces mouvements en faisant référence à des « récits » (*narratives*) divergents des mêmes faits économiques et sociaux, par

Les marchés sur lesquels la Place financière est active développent constamment des produits et services innovants et changeants, et ce, à un rythme accéléré. Ces produits et services s'appuient eux-mêmes sur un cadre juridique (des « produits juridiques ») qui doit lui-même être capable de s'adapter, d'évoluer, voire d'anticiper en fonction de ces développements de marché.

Ce besoin d'évolution de l'arsenal juridique de référence est exacerbé par la concurrence ouverte qui existe effectivement entre les différentes places financières ayant pour ambition d'offrir des solutions aux investisseurs internationaux. En tant que petit État au fonctionnement institutionnel plus souple que certains de ses grands voisins, le Luxembourg a donc la possibilité, et l'ambition, de mettre à profit les niches de souveraineté que lui laisse le droit européen pour répondre à ce besoin. Pour ce faire, l'adoption de normes dérogatoires – plus ciblées et moins complexes qu'une refonte du droit commun – constitue une des solutions normatives auxquelles le législateur a eu égard dans le passé¹⁶ et qu'il pourrait envisager à l'avenir si le besoin s'en fait sentir.

7. Impact du droit international et du droit européen sur le droit privé financier national. Au-delà du phénomène de la Place financière, et de l'importance que celle-ci représente en termes de contribution à la richesse et aux recettes fiscales nationales, le droit international et le droit européen apportent leur lot de concepts juridiques de droit privé qu'il convient, le cas échéant, de traduire en droit national, lorsque la norme internationale ou européenne ne se suffit pas à elle-même. Ce phénomène, qui n'est pas nouveau¹⁷, connaît toutefois une accélération marquée en droit bancaire et

exemple le *geoeconomic narrative* qui privilégie – par rapport à l'*establishment narrative* qui correspond à celui de l'économie financiarisée – des risques d'ordre géostratégique associés à la liberté des échanges (pp. 122 et s.).

¹⁶ Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut penser à la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres, à la loi du 6 avril 2013 relative aux titres dématérialisés, ou aux diverses modifications apportées à la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, notamment en ce qui concerne les sociétés en commandite. Le phénomène vaut également pour divers « produits » de nature plus prudentielle, au succès parfois spectaculaire (ainsi, le fonds d'investissement alternatif réservé créé par la loi du 23 juillet 2016), parfois inégal (comme le représentant-fiduciaire créé par les articles 67 et suivants de la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation, ou le véhicule de titrisation de réassurance créé par l'article 183 de la loi du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances).

¹⁷ À titre d'exemple, on pourra mentionner la réglementation en matière de lettres de change et billets à ordre (loi du 8 janvier 1962 portant approbation des trois Conventions de Genève du 7 juin 1930 pour l'unification du droit en matière de lettres de change et billets à ordre, notamment celle portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre), ainsi que de chèques (loi du 4 juillet 1968 portant introduction dans la législation nationale de la loi uniforme sur les chèques, elle-même trouvant son origine dans la Convention de Genève du 19 mars 1931). Une loi uniforme est, par nature, censée être transposée en droit national.

financier depuis plusieurs décennies, surtout en ce qui concerne le droit de l'Union européenne¹⁸. Il s'agit là d'un terrain fertile pour l'adoption de normes dérogatoires, d'autant plus que les concepts en question ne sont pas connus en droit commun et sont malaisés à y intégrer, l'esprit de système entre ceux-ci et celui-là faisant régulièrement défaut.

8. Accélération du besoin de production normative en raison d'évolutions technologiques toujours plus rapides. La Place financière se doit en outre de répondre aux nouvelles évolutions technologiques et industrielles, qui interviennent de plus en plus rapidement, en adaptant son offre de services. Ce n'est pas un hasard si l'on voit apparaître çà et là des concepts reflétant de nouvelles réalités techniques, comme la « technologie des registres distribués » ou les « comptes-titres tenus au sein ou par le biais de dispositifs d'enregistrement électroniques sécurisés, y compris les registres ou bases de données électroniques distribués », concepts qui ont été introduits dans la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier et dans la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière pour les besoins de la définition légale de la notion d'instruments financiers¹⁹.

9. Solution de facilité ou alternative à une réforme plus ambitieuse du droit commun ? Réformer tout ou partie du droit commun peut s'avérer un exercice à la fois lent et complexe. C'est que toute modification à une règle s'inscrivant dans un ensemble plus large censé briller, si pas nécessairement par un esprit de système, mais à tout le moins par une cohérence de principe, requiert que l'impact de la modification envisagée sur l'ensemble plus large

¹⁸ Le concept de contrat de garantie financière trouve ainsi son origine dans la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière. Citons également les concepts de « produit dérivé », de « contrat dérivé », le cas échéant « de gré à gré » introduits en droit positif par le règlement (UE) 648/2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux (mieux connu sous son acronyme anglais « EMIR ») et auxquels la loi du 15 mars 2016 fait référence. L'on peut également mentionner le règlement (UE) 2015/2365 relatif à la transparence des opérations de financement sur titres et de la réutilisation, qui introduit en droit positif la catégorie d'« opération de financement sur titres » (elle-même déclinée en diverses sous-catégories définies par le règlement en question), ainsi que le concept éminemment technique de « contrat d'échange sur rendement global ». Le règlement en question a été complété par la loi du 6 juin 2018. Citons aussi à titre d'illustration la directive (UE) 2021/2167 du 24 novembre 2021 sur les gestionnaires de crédits et les acheteurs de crédits, dont la transposition en droit national devrait donner lieu à de nouveaux concepts de droit privé financier (notamment, « contrat de crédit non performant » ; « accord de gestion de crédits »). Mentionnons également le régime spécial de responsabilité prévu à l'article 101 (1) de la loi du 10 novembre 2009 sur les services de paiement, ayant donné lieu à un arrêt rendu le 7 mars 2023 par la Cour d'appel (n° CAL-2022-00563), ledit régime spécial dérivant de la transposition en droit national des directives européennes en la matière. Et cette petite énumération ne prétend nullement à l'exhaustivité.

¹⁹ Loi du 15 mars 2023, publiée au *Mémorial A* n° 147 du 17 mars 2023.

soit prudemment analysé. Dans ce cas, pressé par le temps ou par la difficulté de la tâche, ou craignant qu'une discussion plus large révèle certaines difficultés et paralyse l'adoption de cette modification jugée par ailleurs nécessaire, le législateur pourra être tenté de procéder à une solution jugée techniquement plus commode, à savoir l'adoption d'une norme dérogatoire ciblée. On le sait, il est souvent plus aisé de bâtir une annexe à côté d'un bâtiment principal, que de l'intégrer à ce dernier. Encore faut-il que l'annexe en question n'ébranle pas les fondations de celui-ci !

10. Pragmatisme du droit luxembourgeois et des juristes luxembourgeois. Comparé au droit des pays voisins, le droit luxembourgeois peut être décrit comme un droit fortement influencé par les praticiens du droit, eux-mêmes en phase avec les besoins de leurs pratiques respectives, singulièrement des pratiques de droit financier qui, comme indiqué ci-avant, requièrent une constante adaptation aux besoins d'un marché international sur lequel le Luxembourg s'est positionné de manière décidée. L'on ajoutera que la dimension académique a longtemps été réduite à la portion congrue ; l'Université de Luxembourg est une jeune institution qui, de surcroît, a dans une large mesure embrassé un positionnement international. C'est dire que le droit luxembourgeois n'a pas vraiment été, dans le passé, le lieu de grandes constructions théoriques ; le juriste luxembourgeois aura plus en vue « la » solution que « le » principe. Là aussi, ce pragmatisme assumé, nourri qu'il est par les besoins – perçus ou réels – de la pratique, et que l'on ne peut réduire à un opportunisme de bas étage, favorise l'adoption de normes dérogatoires, certes moins ambitieuses dans leur principe, mais aussi à même d'introduire en droit positif de nouveaux produits normatifs sans trop de frais.

Section 2

Quelques observations sur la nécessaire défense du droit commun

11. En quoi le droit commun est-il menacé par le développement ainsi décrit du droit dérogatoire en matière de droit privé financier ?

L'intersection entre le droit civil et le droit privé financier est composée du droit des obligations et du droit des biens essentiellement immatériels. Le danger potentiel pour le droit commun (ou, plus précisément, pour les intérêts défendus par lui) ne réside pas, à notre avis, dans un danger pour la structure même du droit civil. Il tient à la fonction de protection des intérêts des personnes qui est l'une des principales fonctions des règles (impératives) du droit commun. Ces intérêts peuvent être de deux types, en fonction des personnes visées.

En premier lieu, le droit commun protège les intérêts de *tiers par rapport aux parties aux opérations* (les créanciers chirographaires d'un débiteur, ou alors les héritiers d'une partie). L'atteinte aux intérêts de ces tiers par le droit dérogatoire est possible, mais elle n'est pas ce qui caractérise le droit privé financier luxembourgeois tel qu'il s'est développé jusqu'à présent²⁰.

En second lieu, le droit dérogatoire fait naître des risques pour les *parties aux opérations*, risques qui ont motivé l'existence en droit commun de règles impératives auxquelles il ne peut être dérogé par contrat.

On constate, empiriquement, que la menace pour le développement harmonieux du droit commun ne prend pas la forme de l'introduction de règles obligatoires, impératives, incompatibles avec les idées de base du droit civil. Chaque dérogation prend au contraire la forme, *a priori* séduisante, d'une plus grande liberté, d'une augmentation du champ de l'autonomie de la volonté. Un exemple : en matière de sûretés, le législateur qui créa la garantie professionnelle de paiement n'en a pas prescrit impérativement le contenu et a par ailleurs laissé subsister le cautionnement, forme classique de garantie personnelle du Code civil. Ainsi, on ouvre, à côté des formes du Code civil qui sont contraignantes – non par perversité, mais par souci de protection de la caution –, la possibilité d'avoir recours à d'autres formes, entièrement libres. Pour illustrer le propos : l'article 2016 du Code civil crée, en matière de cautionnement, un droit à l'information de la caution (s'il s'agit d'une personne physique) sur l'évolution de la créance et dispose, par ailleurs, qu'« un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». La loi du 10 juillet 2020 relative aux garanties professionnelles de paiement en revanche, qui peut également être souscrite par une personne physique, il est vrai dans un cadre professionnel, ne contient aucune de ces protections ou aucun de ces garde-fous²¹.

²⁰ Le projet de loi n° 6595 relatif à la fondation patrimoniale avait été critiqué par le Conseil d'État précisément parce qu'il aurait pu être un instrument permettant de contourner les règles d'ordre public en matière de réserve héréditaire, des droits du conjoint en cas de divorce et des enfants mineurs, ainsi que des droits des créanciers (avis du 29 avril 2014, *Doc. parl.*, n° 6595¹, p. 2), mais cette critique a été entendue par la Chambre des députés qui a amendé le projet de loi sur ces points (voy. le *satisfecit* délivré par le Conseil d'État, *Doc. parl.*, n° 6595³). Le projet de loi semble par la suite avoir été abandonné comme incompatible avec les obligations du Luxembourg en matière de lutte contre le blanchiment.

²¹ Nous y reviendrons *infra*, spécialement au n° 23 et à la note de bas de page 67, notamment en ce qui concerne le critère du cadre professionnel, qui ne résulte que du titre de la loi, et les difficultés que suscite cet état de fait.

12. Le risque est évidemment que les nouvelles formes, plus libres, remplacent (en les faisant apparaître comme *démodées* aux yeux des créanciers et de leurs conseils) celles du droit commun. Ultimement, le risque est que le droit dérogatoire phagocyte le droit commun : le droit dérogatoire *devient* le nouveau droit commun. Mais il n'en partage pas les caractéristiques essentielles : les règles du droit commun sont censées être équilibrées, éviter le spectaculaire, l'exorbitant, les privilèges²², alors que les règles dérogatoires poursuivent d'autres buts.

Au détriment de qui se crée ce risque ? De personne, chacune des parties ayant intérêt à un droit dérogatoire plus moderne, plus libre et plus performant que le vieux Code civil. C'est la théorie de ceux qui promeuvent de manière indifférenciée le droit dérogatoire.

En partie, ils *ont raison* : il arrive – pour rester dans cet exemple – que le recours à une garantie professionnelle de paiement au lieu d'un cautionnement 1° facilite les choses pour les deux parties, 2° que chacune des parties comprenne parfaitement la distinction entre ces deux figures juridiques, 3° et surtout qu'aucune des deux ne soit dans une position de domination à l'égard de l'autre, qui lui permet de lui imposer des conditions défavorables. Dans ce cas, il n'y a pas d'objection à admettre le recours à un instrument de droit dérogatoire. Mais si ces conditions, ou du moins les conditions 2 ou 3, ne sont pas réunies, ou qu'elles risquent de ne pas être réunies, le législateur devrait tenir compte de la réalité de l'inégalité des parties en termes de pouvoir et ne pas laisser la relation contractuelle régie par la seule autonomie de la volonté – surtout que cette autonomie sera, en cas d'inégalité entre les contractants, une autonomie unilatéralement exercée par le cocontractant le plus fort.

On aura reconnu le problème de la protection des parties faibles au contrat. Celle-ci est souvent comprise de manière réductrice comme ne visant que la protection des consommateurs (à côté de la protection des salariés et des locataires dans un bail d'habitation, situations particulières de dépendance). Cette protection est certes nécessaire, mais elle va entre-temps de soi, plus personne ne mettant en doute l'utilité d'une forme ou d'une autre de protection des consommateurs²³. Leur protection est organisée par des directives

²² Cf. P. KINSCH, « Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois », in *Actes de la Section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal*, vol. XXI, 2018, pp. 119 et s. ; *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 27-28, 2017-2018, pp. 9 et s.

²³ Voy. par exemple J. BRUCHER et N. THIELTGEN, « Le consommateur et sa banque – L'évolution depuis 1993 de la protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire et financier », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 555 et s., spéc. n° 18-7, ainsi que – malgré sa critique d'un droit de la consommation parfois

européennes et fait l'objet d'une jurisprudence fournie de la Cour de justice de l'Union européenne qui insiste, dans l'interprétation des directives, sur la nécessité de compenser une inégalité structurelle qui est typique des contrats de consommation caractérisés par la « situation d'infériorité » d'une catégorie de contractants, « en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information »²⁴. De même que la protection des salariés, la protection des consommateurs est devenue une partie intégrante du droit commun, à côté des règles qui s'appliquent de manière formellement égalitaire entre les parties au contrat, et qui seront seules à s'appliquer aux contrats entre véritables égaux²⁵.

13. Or, il y a d'autres parties faibles que les consommateurs et les salariés. Chaque personne, ou du moins chaque personne physique (outre de nombreuses personnes morales), peut relever de cette catégorie : l'inégalité en termes de pouvoir en matière contractuelle prend des formes variées qui, lorsqu'elles se trouvent caractérisées, interdisent de considérer le contrat comme un contrat entre égaux qui n'ont pas besoin de règles de droit objectif impératives et donc protectrices. Relèvent de ces phénomènes de pouvoir²⁶ : la situation de dépendance économique ; le pouvoir-savoir²⁷ ; le pouvoir organi-

trop formaliste – C. BOURIN, « Les mille et un commandements du banquier ou Les effets pervers de la (sur)protection du consommateur », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 505 et s., spéc. n° 17-87 (« Le consommateur du XXI^e siècle est-il pour autant mieux armé que celui du XX^e siècle face au professionnel qui, quoi que l'on fasse, sera toujours la partie économiquement la plus forte au contrat ? »).

²⁴ Jurisprudence constante, à partir des arrêts du 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA*, C-240/98 à C-244/98, point 25, et du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, point 25. Les arrêts ajoutent que cette situation d'infériorité du consommateur « le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci ».

²⁵ Voy., à propos de la protection des salariés, l'opinion d'A. SUPLOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 47 et s., spéc. pp. 47-48 : « le droit social (entendu au sens français du droit du travail et de la sécurité sociale) ne peut plus être conçu comme un droit spécial, dérogeant au droit commun des contrats. Il est devenu le droit commun des rapports de dépendance et influence à ce titre le droit civil dont il est issu ».

²⁶ Voy. les analyses de P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Étude de droit privé*, Paris, LGDJ, 2021, pp. 23 et s.

²⁷ Le « pouvoir-savoir » est le pouvoir qui provient d'une asymétrie en termes de savoir, d'une inégale aptitude à comprendre les enjeux économiques ou des règles de l'art, ou encore d'une connaissance mieux organisée des enjeux juridiques d'une opération. Même si cela peut être un réflexe presque naturel chez les juristes, l'éloge de la *smartness* (pour quelques exemples, voy. les citations dans A. WOOLDRIDGE, *The Aristocracy of Talent*, Londres, Allan Lane, 2021, et Penguin, 2023, pp. 2-3) ne doit pas dégénérer en un aveuglement face aux asymétries qu'elle est susceptible d'engendrer.

sationnel (ou bureaucratique) ; la puissance relationnelle. Les mêmes asymétries en termes d'information et de pouvoir que celles qui caractérisent les contrats de consommation peuvent exister aussi dans les relations entre professionnels, spécialement s'ils ne sont pas de la même spécialité (exemple : un établissement bancaire et un cabinet d'architectes qui ouvre un compte auprès de lui) ; ou s'il existe une importante différence en termes d'organisation et de savoir entre professionnels de la même branche (exemple classique : une brasserie et un cabaretier, en termes de connaissance des lois et d'organisation bureaucratique) ; ou dans les relations entre particuliers, où c'est la différence de savoir et la puissance relationnelle qui peuvent jouer un rôle. Or, si des professionnels peuvent à l'occasion se trouver en substance dans la même situation de dépendance, d'ignorance, d'inorganisation que des consommateurs, ils sont en droit, eux aussi, de se voir appliquer certaines règles protectrices²⁸. Les auteurs du Code civil ont eu raison de s'en préoccuper, et de prévoir des règles de droit commun compensatrices, auxquelles les parties ne peuvent (ou ne pouvaient, avant le développement du droit dérogatoire) pas déroger. Ces règles compensatrices sont peu nombreuses et ne portent pas atteinte au principe même de l'autonomie de la volonté, principe fondamental qui continue de régir largement le droit des contrats luxembourgeois, mais elles sont de nature à remédier aux situations asymétriques²⁹. On aurait tort de voir le problème de la protection des parties aux relations contractuelles uniquement sous l'angle, réducteur, de la protection des consommateurs.

14. On voit ainsi apparaître, en filigrane, l'exceptionnelle importance d'une définition raisonnable du champ d'application personnel des règles de droit dérogatoire, en tant qu'elles ouvrent à l'autonomie contractuelle la plus absolue des questions qui, en droit commun, sont réglementées en vue de la protection des intérêts d'une partie. Ces règles dérogatoires au droit commun ne conviennent pas à toutes les personnes.

²⁸ Cf. M. HESSELINK, *Justifying Contract in Europe. Political Philosophies of European Contract Law*, Oxford, OUP, 2021, spéc. pp. 278-279 et 334-335.

²⁹ Outre l'exemple de l'article 2016 du Code civil mentionné ci-avant, l'on peut ainsi penser à la lésion qualifiée à la luxembourgeoise, introduite par la loi de réforme du 15 mai 1987 à l'article 1118 du même Code. Au-delà, des mécanismes ont été développés par les Tribunaux sur le fondement d'articles plus généraux s'appliquant non plus au stade de la formation, mais à celui de l'exécution des contrats, notamment d'articles anciens qui font référence à des standards comme la bonne foi contractuelle (art. 1134, al. 3) ou d'autres plus récents comme l'abus de droit (art. 6-1, introduit par la loi du 2 juillet 1987, et reflétant en partie des solutions déjà dégagées à l'époque par la jurisprudence). L'un ou l'autre aspect du droit commun des contrats pourrait de surcroît – si tel est le choix du législateur démocratiquement légitimé à cette fin – faire l'objet de réformes futures.

Chapitre 2

Pour une définition plus précise du champ d'application personnel des normes dérogatoires en droit privé financier

15. Nous ne proposons ni de sacrifier le droit commun au droit dérogatoire ni de mettre fin à toutes les normes dérogatoires au nom de la défense du droit commun. La solution que nous proposons est plus subtile. Elle passe à travers un concept juridique qui est en train d'assumer un rôle de premier plan en droit positif, la notion de proportionnalité.

Section 1

Dérogation et proportionnalité : l'encadrement constitutionnel de la législation de droit privé

16. Le droit commun s'applique normalement à tous les sujets de droit. La création de règles de droit dérogatoire n'est néanmoins pas inconcevable. Elle peut se justifier, mais la démonstration de sa justification incombe à ceux qui la proposent. Lorsque la justification d'une dérogation au droit commun ne vaut que pour certaines catégories de personnes, elle n'est pas généralisable³⁰. Les dérogations au droit commun doivent dès lors se faire avec mesure et dans le respect de l'idée du *raisonnable*, qui est commune au droit privé et au droit public (et à la vie de tous les jours³¹).

Une référence au *raisonnable* risque toutefois d'apparaître comme insuffisamment contraignante à l'égard de l'une des catégories de juristes d'affaires, celle qui privilégie l'efficacité par rapport au *civisme*³². Une référence à la notion de *proportionnalité* est dès lors plus pertinente ; elle est, de fait, plus contraignante pour le législateur.

La proportionnalité est l'expression juridique de l'exigence de justification et de rationalité de l'activité du législateur. Sa méconnaissance aboutit à l'invalidité, totale ou partielle, de la loi adoptée.

³⁰ Comme l'écrit P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960 (réédit. Bruylant, 2009), n° 155, sous la rubrique « Le droit commun comme notion systématique » : « Le droit commun, c'est le fonds traditionnel et général de notre ordre juridique. [...] L'application du droit commun reste toujours le principe. Le droit commun s'étend, alors que le droit d'exception, le droit exorbitant, se trouve limité ».

³¹ La référence littéraire classique est HORACE, *Satires*, I, 1, 106-107 : « *Est modus in rebus, sunt certi denique fines, quos ultra citraque nequit consistere rectum* » (trad. F. Villeneuve, Paris, Les Belles Lettres, 2002, p. 13 : « Il est en toutes choses un milieu, des limites déterminées, au-delà et en deçà desquelles ne peut se trouver le bien »).

³² Sur ces différents tempéraments de juristes, voy. *supra*, n° 3.

Il est vrai que la notion de proportionnalité, comme exigence applicable à l'activité normative du législateur, était autrefois considérée comme étrangère au droit luxembourgeois (ou français, ou belge), comme exclusivement allemande, plus tard comme ne s'appliquant qu'au droit administratif. Mais cette époque est révolue.

Au Luxembourg, la reconnaissance du principe de proportionnalité comme principe général du droit ayant valeur constitutionnelle a été effectuée par un important arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 mars 2021 selon lequel le choix du législateur dans l'équilibre qu'il lui incombe de rechercher entre différents objectifs légitimes « doit résulter d'une juste mise en balance, le principe de proportionnalité étant un principe à valeur constitutionnelle »³³. Le principe de proportionnalité est également une partie intégrante du principe d'égalité, qui est un allié objectif du droit commun³⁴ et dont on sait qu'il joue un rôle de premier plan dans le contrôle de la constitutionnalité des lois au Luxembourg. Ce lien entre égalité et proportionnalité a été établi dès les premiers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière d'égalité devant la loi³⁵ ; la jurisprudence utilise à présent une formule ainsi conçue :

« La mise en œuvre de la règle constitutionnelle [de l'égalité] suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable. Si tel est le cas, le législateur peut néanmoins, sans violer le principe d'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives *et qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.* »³⁶

³³ C. const., 19 mars 2021, n° 146, en matière de procédure d'entraide entre autorités fiscales ; il s'agissait en l'occurrence de la « recherche d'un équilibre entre, d'un côté, les objectifs majeurs de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales... et, d'un autre côté, le respect des droits des contribuables visés, en tant que citoyens, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit d'accès à un juge, l'existence d'un recours effectif et la protection de leur vie privée ».

³⁴ Voy. P. KINSCH, « Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois », cité *supra*, note 22, partie II.A, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois dérogatoires au droit commun, par rapport au principe d'égalité ».

³⁵ La référence à la proportionnalité apparaît dès le premier arrêt consacré à l'égalité devant la loi, l'arrêt n° 2 du 13 novembre 1998. L'arrêt sur les corollaires du principe de l'État de droit (arrêt du 22 janvier 2021, n° 152, *JTL*, 2021, p. 105, et la note) rappelle que le principe général de la proportionnalité se trouve consacré dans la jurisprudence en matière d'égalité devant la loi.

³⁶ Citation extraite de l'arrêt du 3 février 2022, n° 169, mais dont les principaux éléments apparaissent dès l'arrêt n° 7 du 26 mars 1999. La mise en évidence a été ajoutée par nos soins.

Depuis la révision constitutionnelle entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2023, une formule proche se trouve insérée dans le texte même de la Constitution, à propos du principe d'égalité³⁷.

17. Le principe d'égalité, dont l'exigence de proportionnalité est une partie intégrante, a été appliqué à des dispositions législatives de droit privé. Ainsi, l'article 1595 du Code civil (interdiction de la vente entre époux) a été invalidé par un arrêt de la Cour constitutionnelle³⁸. Il ne s'agissait pas, dans cet arrêt, d'une disposition de droit dérogatoire (au sens où nous l'envisageons ici) par rapport au droit commun, mais d'une disposition dérogatoire insérée dans le Code civil lui-même. Néanmoins, cet arrêt démontre que la logique de la recherche de la rationalité des dérogations s'impose aussi en droit privé luxembourgeois.

Pour l'application du principe d'égalité au droit dérogatoire en matière de droit privé financier, les principes retenus par la jurisprudence luxembourgeoise peuvent être utilement rapprochés d'un arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique qui, en 2008, a invalidé pour violation du principe d'égalité une disposition de la loi nationale qui avait étendu le champ d'application de la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière aux procédures de surendettement applicables aux simples particuliers³⁹ :

« B.8.2. Eu égard à l'objectif de croissance économique et de stabilité financière que le législateur entendait poursuivre dans le secteur bancaire et financier, la mesure qui consiste à permettre aux établissements de crédit de faire valoir une convention de *netting* pour échapper à la règle du concours n'est pas pertinente en ce qu'elle est applicable à des débiteurs qui sont des personnes physiques et qui, compte tenu de leur situation de surendettement, se voient contraints d'introduire une requête en règlement collectif de dettes.

Selon les travaux préparatoires, ces deux objectifs visent plus particulièrement les personnes "fortunées" (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1407/001, p. 11) ou, à tout le moins, porteuses de titres (*Doc. parl.*, 2004-2005, DOC 51-1407/002, p. 14).

³⁷ L'article 15, paragraphe 1^{er}, de la Constitution prévoit désormais :

« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.

La loi peut prévoir une différence de traitement qui procède d'une disparité objective et qui est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. »

³⁸ Arrêt du 8 janvier 2010, n° 51.

³⁹ La directive 2002/47/CE a été transposée en droit luxembourgeois (et même surtransposée, ce que le législateur luxembourgeois s'interdit normalement) par la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. Le législateur luxembourgeois a toutefois fait preuve de mesure en exemptant – contrairement au législateur belge – les procédures de surendettement du champ d'application de la loi (art. 20, § 4).

Quant à la protection que les conventions de *netting* sont déjà susceptibles de recevoir en vertu du règlement européen n° 1346/2000, pareille considération, pas plus que la circonstance que les créanciers visés par les dispositions en cause sont également dépositaires du patrimoine incorporel de leur débiteur, ne saurait être de nature à justifier raisonnablement qu'il soit de la sorte porté atteinte aux droits des autres créanciers qui se voient ainsi privés d'une part d'actif à laquelle ils auraient pu prétendre s'il n'avait pas été fait application des dispositions en cause. »⁴⁰

Le principe d'égalité comporte par ailleurs un autre aspect, récemment dégagé dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise. Des distinctions entre différentes catégories de sujets de droit ne sont pas seulement *permises* au législateur (qui, si tel était le cas, pourrait le cas échéant préférer soumettre tous les sujets de droit au même régime juridique, même profondément dérogatoire à ce qui était jusque-là le régime de droit commun) ; elles peuvent également *s'imposer* au législateur :

« Le principe de l'égalité devant la loi est violé lorsqu'un traitement identique est appliqué à des situations différentes, à moins que le régime appliqué par le législateur procède de considérations objectives et qu'il soit rationnellement justifié, adéquat et proportionné à son but. »⁴¹

Depuis cet arrêt, il est devenu (encore) plus clair que le principe d'égalité n'est pas compatible avec la logique « le droit dérogatoire pour tous » appliqué à des situations objectivement différentes.

18. En somme, le législateur est à présent soumis à une obligation de rationalité qui limite son pouvoir de déroger aux dispositions de droit commun qui sont toujours la référence par rapport à laquelle s'apprécient les dérogations, et qui seront par ailleurs les dispositions survivantes si la dérogation est jugée injustifiée :

« Considérant qu'en cas d'institution d'une mesure dérogatoire au droit commun qui viole l'égalité devant la loi, c'est le droit commun qui doit prévaloir. »⁴²

La limitation des pouvoirs du législateur est double :

- toute dérogation introduite doit se justifier par rapport à un but déterminé, légitime, poursuivi par le législateur, et ne pas tendre à avoir une envergure allant au-delà des exigences raisonnables de la poursuite de ce but ; et également

⁴⁰ C. const. belge, 27 octobre 2008, n° 167/2008.

⁴¹ C. const., 9 décembre 2022, n° 174, *JTL*, 2023, p. 115, note M. THEWES.

⁴² C. const., 12 décembre 2014, n° 116.

- si une règle dérogatoire, *a priori* justifiée, est introduite, elle ne peut pas pour autant être introduite sans discernement et sans distinction : elle violerait dans ce cas le principe d'égalité sous l'angle de l'obligation d'un traitement différent des situations objectivement différentes par rapport au but poursuivi.

C'est dire qu'une dérogation doit toujours rester ciblée et raisonnée ; si elle ne l'est pas, elle risque l'invalidation par la Cour constitutionnelle. Cette invalidation est en particulier un risque qui existe, contrairement à l'apparence, pour des lois dérogatoires qui ne répondent pas aux caractéristiques d'une règle de droit commun et qui voudraient pouvoir fonctionner selon la logique du « droit dérogatoire pour tous ».

19. Telles sont les données du droit positif luxembourgeois. Nous nous appuyerons sur elles, sans aller au-delà⁴³. La jurisprudence en matière d'égalité devant la loi est une raison puissante de ne pas admettre des dérogations au droit commun qui, en particulier par leur champ d'application trop général,

⁴³ Il n'est pas inutile, cependant, de faire allusion ici à la jurisprudence constitutionnelle *allemande*. La jurisprudence constitutionnelle luxembourgeoise s'est parfois inspirée de concepts issus de la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* dans le passé (arrêt du 28 mai 2019, n° 146, *JTL*, 2019, p. 111, sur le concept d'État de droit ; arrêt du 22 janvier 2021, n° 152, *JTL*, 2021, p. 105, sur la sécurité juridique et ses effets sur la rétroactivité des normes) : il n'est donc pas exclu (sans en être certain non plus) qu'elle puisse s'inspirer dans le futur de cette même jurisprudence, cette fois-ci à propos de la protection constitutionnelle des parties faibles aux rapports contractuels. Deux décisions allemandes sont particulièrement importantes dans ce contexte (M. RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 328 et s.) :

1° la décision dite *Handelvertreterbeschluss* (décision sur les agents commerciaux) du 7 février 1990, 1 BvR 26/84, *BVerfGE* 81, p. 242, assure une protection des parties faibles « innommées » (en l'occurrence les agents commerciaux qui se trouvent dans un lien de dépendance par rapport à l'entreprise qui les commet – c'était avant la transposition de la directive 86/653/CEE relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants), en concluant à l'invalidité de certaines clauses de non-concurrence portant une atteinte excessive à leur droit d'exercer leur profession. Elle récuse l'idée que seuls des agents commerciaux salariés peuvent revendiquer cette protection ; et surtout

2° l'important *Bürgschaftsbeschluss* (décision sur le cautionnement) du 19 octobre 1993, 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, *BVerfGE* 89, p. 214, qui affirme l'existence d'une obligation constitutionnelle d'imposer, dans les rapports de droit privé entre les banques et les cautions-personnes physiques, une proportionnalité du montant cautionné par rapport aux biens et revenus de la caution (à rapprocher de l'article 2016, alinéa 3, du Code civil luxembourgeois introduit par la loi du 8 janvier 2013, mais absente de la réglementation luxembourgeoise de la garantie professionnelle de paiement). Le *Bürgschaftsbeschluss* est motivé par le principe selon lequel l'État n'est pas seulement un État de droit, mais aussi un État social (idée qui n'est pas étrangère à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise : cf. l'arrêt du 3 février 2022, n° 169). À partir de là, l'autonomie de la volonté doit être une autonomie de volonté authentique, valant pour la caution autant que pour la banque ; la banque ne doit pas en venir à jouer un rôle dominateur à l'égard

ne sont pas conformes au principe de rationalité et de proportionnalité par rapport au but poursuivi par le législateur, et qui vont par conséquent trop loin.

Ces réflexions formulées en termes généraux méritent des illustrations plus concrètes. Nous nous proposons ainsi de procéder à un examen de quatre exemples de normes dérogatoires en matière de droit privé financier.

Section 2

Quatre exemples en droit privé financier

20. Trois des exemples que nous allons analyser correspondent à des législations spéciales adoptées dans un passé plus ou moins récent dans le souci de répondre aux besoins de la Place financière. Un quatrième exemple, qui n'est à ce stade que de nature prospective, sera également examiné.

21. Premier exemple : le contrat fiduciaire de la loi du 27 juillet 2003.

L'institution du contrat fiduciaire, on le sait, a fait l'objet dès 1983 d'une initiative législative ciblée pour les besoins de la Place en général, et des banques en particulier, à savoir le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit. Ce règlement grand-ducal a été abrogé et remplacé par la loi du 27 juillet 2003 relative aux *trusts* et aux contrats fiduciaires.

Le champ d'application personnel de ces normes successives marque le souci du législateur, à la fois de définir de manière très ciblée les opérations auxquelles elles sont destinées, et de faire évoluer celles-ci en fonction des objectifs poursuivis et des besoins de la pratique.

À l'origine, c'est-à-dire lors de l'adoption du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983, seuls les établissements de crédit constitués ou établis au Luxembourg⁴⁴ pouvaient jouer le rôle de fiduciaire. Cette limitation se justifiait par la volonté des auteurs du règlement d'avoir affaire à des fiduciaires à la surface financière importante, soumis à une surveillance prudentielle stricte et dont on pouvait

des cautions-personnes physiques qui signent un cautionnement pour leurs proches : « *Für die Zivilgerichte folgt daraus die Pflicht, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln [des BGB] darauf zu achten, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen* ».

⁴⁴ Voy. l'article 1 (1) de la loi du 23 avril 1981 ayant transposé en droit national la première directive bancaire, auquel l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 renvoie. Le texte initial permettait également à des établissements financiers non bancaires d'intervenir en tant que fiduciaires, mais les modifications ultérieures apportées à la législation bancaire luxembourgeoise ont réduit par effet réflexe le champ d'application personnel initial du règlement grand-ducal.

escompter une utilisation correcte et sans abus du contrat fiduciaire⁴⁵. L'on voit donc le lien très net fait entre les objectifs poursuivis et le cadre dans lequel ces objectifs se mouvaient.

Le succès⁴⁶ rencontré par le contrat fiduciaire réglementé⁴⁷, et les différents types d'opérations pour lesquelles il était susceptible d'être mis en œuvre avec profit, ont, à l'occasion de l'adoption de la Convention de La Haye sur le *trust* et de sa mise en œuvre en droit national, amené le législateur à étendre significativement le champ d'application personnel du contrat fiduciaire initialement fixé par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983, de sorte que sous l'empire de la loi du 27 juillet 2003, d'autres professionnels de la finance⁴⁸ peuvent agir en tant que fiduciaires et bénéficier ainsi des dispositions de la norme spéciale. Cela étant, le législateur, tout en ouvrant le jeu de manière à permettre une utilisation plus étendue de la figure du contrat fiduciaire réglementé, a pris soin de cantonner la qualité de fiduciaire aux professionnels actifs dans le secteur financier, ce dernier ayant également été en quelque sorte demandeur de ce type de structuration juridique.

Ce premier cas de figure nous semble constituer une illustration heureuse d'une correspondance voulue, quoique évolutive en fonction du succès de l'instrument, entre le champ d'application personnel de celui-ci et les objectifs qu'il poursuivait. Il s'agit en l'occurrence d'un exemple plutôt vertueux et maîtrisé d'une norme dérogatoire de droit privé financier.

⁴⁵ Ph. HOSS, « Le contrat fiduciaire des établissements de crédit », in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 1077 et s., spéc. pp. 1096-1097 et les références citées.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 1107-1116 ; Ph. HOSS et P. SANTER, « Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 781, spéc. p. 816 pour la fiducie-sûreté.

⁴⁷ Il existe certes un contrat fiduciaire de droit commun fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté (art. 1134 du Code civil) et sur le droit de propriété du fiduciaire sur l'actif fiduciaire, mais cette figure ne bénéficie pas des innovations du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983, puis de la loi du 27 juillet 2003, notamment pour ce qui a trait aux concepts de patrimoine fiduciaire et de patrimoine d'affectation (pour plus de détails sur la fiducie de droit commun, voy. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981).

⁴⁸ À savoir, outre les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les sociétés d'investissement à capital variable ou fixe, les sociétés de titrisation, les représentants-fiduciaires agissant dans le cadre d'une opération de titrisation, les sociétés de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation, les fonds de pension, les entreprises d'assurance ou de réassurance ou les organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier. Ces professionnels ne doivent pas être nécessairement établis au Luxembourg.

22. Deuxième exemple : le gage régi par la loi sur les contrats de garantie financière. Lors de la transposition en droit luxembourgeois de la directive 2002/47 concernant les contrats de garantie financière⁴⁹, le législateur national a fait le choix politique d'aller au-delà d'une traduction *a minima* de la directive en droit national, et, pour les gages⁵⁰, a ainsi prévu dans la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière que tout gage portant sur les « avoirs » au sens de la loi (à savoir, les instruments financiers et les créances) et constitués en garantie d'« obligations financières couvertes » est soumis aux dispositions de la loi, quelle que soit la qualité du constituant ou du bénéficiaire du gage⁵¹. Cette loi a connu un grand succès dans la pratique et a très vite été identifiée comme un élément concourant à la compétitivité de la Place, dans la mesure où nombre d'opérations d'acquisition, de financement et d'investissement s'appuient sur la sécurité juridique offerte par ladite loi.

Si la directive 2002/47 poursuivait surtout un objectif de stabilité financière, et le souci de faire jouer aux contrats de garantie financière un rôle de pare-feu par rapport au risque systémique⁵², le législateur luxembourgeois a élargi la perspective et ses objectifs à l'occasion de sa transposition en droit national, en mettant l'accent sur l'accès au crédit et le rôle important de mécanismes de sûretés réelles suffisamment robustes et efficaces⁵³. Cette perspective s'inscrivait du reste dans un mouvement amorcé par le législateur depuis plus d'une décennie, reflété qu'il était dans les modifications apportées le 21 décembre 1994 au gage commercial, dans l'adoption d'une loi datée du même jour en ce qui concerne les opérations de mise en pension, et, plus tard, dans le vote de la

⁴⁹ Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, *JOUE*, n° L 168, 27 juin 2002, p. 43.

⁵⁰ Une des figures juridiques susceptibles de constituer un contrat de garantie financière, à côté des transferts de propriété à titre de garantie (y compris les transferts par voie fiduciaire) et des opérations de mise en pension. Les contrats de compensation tombent également dans le champ d'application de la loi.

⁵¹ La directive 2002/47/CE ne visait quant à elle *a minima* que les contrats conclus par au moins une partie apparentée au secteur financier. Sur la question du champ d'application *ratione personae* de la loi du 5 août 2005, voy. A. DJAZAYERI, « Le champ d'application de la loi du 5 août 2005 », in *Le gage de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 19 à 21.

⁵² À savoir le risque que la défaillance d'un acteur du secteur financier n'entraîne par effet domino la défaillance d'autres institutions exposées au risque de la contrepartie en difficultés.

⁵³ Voy. ainsi le constat du Conseil d'État, pour lequel « [l]e droit des garanties est un volet essentiel du droit du crédit, voire du droit économique tout cours » (*Doc. parl.*, n° 5251³, p. 2). Voy. également le commentaire figurant dans le rapport de la Commission des finances et du budget de la Chambre des députés mettant l'accent sur l'objectif de croissance économique « dans la mesure où les contrats de garantie financière constituent une condition indispensable à la conclusion de contrats de crédit et de contrats sur instruments dérivés » (*Doc. parl.*, n° 5251⁷, p. 3).

loi du 1^{er} août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie, voire plus loin encore, puisque le règlement grand-ducal du 17 février 1971 concernant la circulation de valeurs mobilières, modifié en 1994⁵⁴ et en 1996⁵⁵, incluait déjà dans ses articles 8 et 8-1 des dispositions dérogoires en matière de gages sur certaines valeurs mobilières.

La question se pose de savoir si ces objectifs justifient le champ d'application personnel arrêté par le législateur pour les gages soumis à la loi du 5 août 2005.

La réponse dépend de la sensibilité (juridique) de chacun. À l'appui d'une réponse positive, on peut faire valoir, outre le fait que le nantissement d'instruments financiers et de créances existait déjà précédemment, et était accessible à toute personne physique ou morale généralement quelconque, que les objectifs essentiellement techniques visant à assurer l'effectivité et la sécurité juridique de ce type de gage, que ce soit en termes de constitution, de réalisation ou de la répartition des droits respectifs du créancier-gagiste et du constituant⁵⁶, n'exigeaient pas qu'un champ d'application personnel plus étroit soit choisi. Cela est d'autant plus vrai que, pour un des marqueurs les plus remarquables de la loi, à savoir l'immunité dont jouissent les contrats de garanties financière par rapport aux procédures collectives et assimilées, le législateur a pris soin de ne pas faire jouer ce marqueur pour les procédures de surendettement des particuliers⁵⁷. L'on rappellera en outre que le gage de la loi du 5 août 2005, tant pour sa formation que pour son exécution ou son extinction, continue à être régi par les dispositions du droit commun du gage qui ne seraient pas spécifiquement écartées ou modifiées par celle-ci, ainsi que d'autres branches du droit, comme le droit des obligations⁵⁸, la procé-

⁵⁴ Règlement grand-ducal du 8 juin 1994.

⁵⁵ Règlement grand-ducal du 7 juin 1996 et loi du 3 septembre 1996.

⁵⁶ La loi du 5 août 2005 ayant en réalité plus synthétisé des solutions qui existaient déjà, et évacué des controverses juridiques, que véritablement innové en la matière.

⁵⁷ Art. 20 (4) de la loi du 5 août 2005.

⁵⁸ Doit-on rappeler la saga *Pillar*, qui a débouché sur l'arrêt de la Cour de cassation du 14 février 2019 (n° 27/2019, *JTL*, 2020, p. 76, 1^{re} esp., *D.A.O.R.*, 2019/3, n° 131, p. 100 avec la note O. POELMANS citée ci-dessous), dans lequel la Cour accepte qu'une fraude ou un abus de droit retenu par le juge du fond puisse mettre en échec une réalisation de gage ? Cette décision a donné lieu à une abondante doctrine (A. WAISSE, « Gage, fraude et abus : les liaisons dangereuses ? », in *Le gage de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière*, Limal, Anthemis, 2021, p. 199, spéc. pp. 243 et s. ; J. BOYER, « Abus de droit et cessation de l'abus », *JurisNews Droit des obligations et contrats spéciaux*, 2019, n° 4, p. 81 ; O. POELMANS, « L'abus de droit en droit luxembourgeois », *D.A.O.R.*, 2019/3, p. 116 ; H. WESTENDORF, « L'abus, la fraude et le gage, contrat de garantie financière, devant la Cour de cassation », *JurisNews Droit des obligations et contrats spéciaux*, 2019, n° 3, p. 78).

ture civile⁵⁹ et les règles en matière de protection des consommateurs⁶⁰. Si l'on ajoute que le gage reste une sûreté réelle accessoire, l'existence en l'espèce d'une rupture d'équilibre entre le choix d'un champ d'application personnel large pour les gages régis par la loi du 5 août 2005 et les objectifs – de place et d'accès au crédit – poursuivis par celle-ci, apparaît d'autant moins évidente que, dans la pratique, les opérations concernées impliquent des investisseurs professionnels (comme des promoteurs, des fonds ou des maisons de *private equity/venture capital*), c'est-à-dire des personnes très proches de la Place financière, ou à tout le moins disposant de connaissances suffisamment sophistiquées pour permettre à l'autonomie de la volonté de se déployer⁶¹, sauf à ce qu'un contrôle *ex post* soit exercé par les Tribunaux.

Cela étant, l'hésitation est permise lorsque l'on a affaire à des personnes très éloignées de la Place financière et moins équipées pour comprendre ce à quoi elles s'engagent, notamment en ce qui concerne la possibilité pour le créancier de s'approprier les avoirs gagés au prix déterminé « suivant le mode d'évaluation convenu entre les parties », à supposer bien entendu que les actifs gagés soient d'une nature telle que la question d'une appropriation « purement » conventionnelle, sans référence à une valeur de marché objectivable⁶², se pose.

23. Troisième exemple : la garantie professionnelle de paiement.

Instrument récemment introduit en droit positif luxembourgeois, par le biais de la loi du 10 juillet 2020, la garantie professionnelle de paiement a vocation à compléter la « boîte à outils » des figures juridiques communément rangées sous le vocable de sûretés personnelles.

⁵⁹ Voy. ainsi l'arrêt rendu le 16 décembre 2021 par la Cour de cassation, n° 157/2021, dans l'affaire *Galapagos*, dans lequel la Cour décide que l'article 20 (4) de la loi du 5 août 2005 ne s'oppose pas à l'intervention du juge des référés en cas d'allégation de fraude ou d'abus de droit dans l'élément déclencheur de la réalisation de la sûreté, et casse la décision rendue le 22 juillet 2020 en référé par la Cour d'appel (sous le numéro CAL-2020-00511).

⁶⁰ Sur cette question, P. GEORTAY, « Capacité des parties, représentation, consentement et présomption de propriété », in *Le gage de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière*, Limal, Anthemis, 2021, p. 47.

⁶¹ Cf. Trib. arr. Luxembourg, 24 mai 2017, n° 175.900 et 20 décembre 2017, n° 2017/TAL/CH15/1452 (reproduits par extraits, sous le titre « Constituants "sophistiqués" », in *Annales du droit luxembourgeois*, 2021, vol. 31, pp. 228-229, chron. WESTENDORF sur le droit des sûretés) : « En effet, dans le cadre d'une opération d'une transaction financière de plus de deux milliards d'euros [ou, dans l'affaire tranchée par le jugement n° 2017/TAL/CH15/1452, de 270 000 000 euros] mettant en présence des professionnels qualifiés ayant pu librement négocier leurs clauses contractuelles, celles-ci obligent nécessairement toutes les parties contractantes en application des principes tant de la force obligatoire des contrats que de la sécurité juridique des transactions ».

⁶² À l'instar de ce que l'article 11 (1), f), de la loi du 5 août 2005 prévoit.

L'objectif poursuivi par le législateur était parfaitement explicité et assumé⁶³ ; dans un contexte où des garanties sont fréquemment utilisées, notamment comme vecteurs d'opérations de financement initiées par des prêteurs supranationaux⁶⁴ sous la forme de crédits de signature ou d'opérations de titrisation synthétique, il s'agissait d'offrir une sécurité juridique accrue dans un cadre luxembourgeois à ces garanties « sur mesure ».

Le souhait de certains acteurs de marché de ne plus utiliser systématiquement des instruments régis par un droit étranger (singulièrement, le droit anglais, dont la faveur dont il jouissait jusqu'alors a été ébranlée et remise en cause par le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne), et de choisir le droit luxembourgeois en lieu et place de ces droits étrangers, a accéléré la volonté et le besoin de renforcer le cadre conceptuel offert par le droit luxembourgeois et de sortir de la *summa divisio* entre cautionnement, d'une part, et garantie autonome, d'autre part. En effet, cette dichotomie pouvait exposer à un risque d'annulation des clauses sur mesure comme étant incompatibles avec l'essence du cautionnement, si telle était la qualification de la convention des parties par le juge (plutôt qu'une garantie autonome)⁶⁵.

Cette dernière difficulté était en outre susceptible de se poser pour d'autres garanties utilisées dans un contexte professionnel, où le besoin de flexibilité, et le souci d'assurer la validité des stipulations convenues entre parties (réflétant elles-mêmes des rapports de force variés), n'étaient pas toujours assurés par le cadre juridique qui prévalait à l'époque et fragilisait les catégories intermédiaires, se situant quelque part entre le cautionnement classique régi par le Code civil et la garantie autonome façonnée en tant que contrat spécial par la doctrine et la jurisprudence. Comme indiqué ci-avant, la seule base de l'article 1134 du Code civil n'écarterait pas le risque d'une requalification dans une catégorie ne permettant pas à toutes les stipulations des parties de coexister.

⁶³ Sur la genèse de ce nouvel instrument, voy. A. CANTO, Ph. DORIN et S. JACOBY, « La nouvelle loi sur les garanties professionnelles de paiement : une garantie personnelle sous le signe de la liberté contractuelle », *Bulletin Droit & Banque*, 2020, n° 66, p. 7, spéc. pp. 13-15.

⁶⁴ Ainsi, la Banque européenne d'investissement et les institutions qui y sont liées, comme le Fonds européen d'investissement, le siège de ces institutions étant situé à Luxembourg. Sur l'utilisation de garanties comme moyen de déploiement de campagnes de soutien du financement de l'économie, on consultera avec profit le site du Fonds européen d'investissement, qui énumère les divers mécanismes mis en place, nombre d'entre eux prenant la forme de garanties : www.eif.org/who_we_are/index.htm.

⁶⁵ Pareilles difficultés n'existent du reste pas qu'en droit luxembourgeois (voy. par exemple Cass. belge, 16 décembre 1994, *J.T.*, 1996, p. 853, avec obs. P. GEORTAY).

La loi du 10 juillet 2020, qui brille par son caractère succinct, consacre expressément la liberté contractuelle en la matière, et écarte une éventuelle requalification de la convention des parties en cautionnement, notamment lorsque, dans la garantie professionnelle de paiement, il est fait référence, d'une manière ou d'une autre, aux obligations garanties.

Les auteurs du projet initialement déposé auprès de la Chambre des députés avaient pris soin de délimiter son champ d'application, (1) d'une part, en ayant égard au contexte professionnel dans lequel le garant offre sa signature, et (2) d'autre part, en ne permettant pas à des personnes physiques, quand bien même elles agiraient dans un cadre professionnel, d'intervenir en tant que garantes⁶⁶. En outre, le projet imposait aux parties de manifester expressément leur volonté de se soumettre aux dispositions de la loi.

Si le contexte professionnel dans lequel doit se mouvoir l'engagement du garant n'a pas été remis en cause lors du processus législatif⁶⁷ et se retrouve dès lors inclus dans la loi du 10 juillet 2020, tel n'a cependant pas été le cas pour l'impossibilité pour les personnes physiques d'intervenir en tant que garantes, principe qui a donné lieu à des observations critiques de la part du Conseil d'État. Le Conseil y a en effet aperçu un risque d'atteinte au principe constitutionnel d'égalité en ce qu'il serait à son estime disproportionné de refuser à une personne physique de bénéficier du droit de se constituer garante au titre d'une garantie professionnelle de paiement⁶⁸. À la suite de ces observations, et vraisemblablement dans la crainte que la dispense de second vote constitutionnel ne puisse être obtenue, le projet de loi a été amendé sans

⁶⁶ Le souci étant que les garants devaient être suffisamment avertis, eu égard au caractère littéral et supplétif de la garantie professionnelle de paiement, et à l'évincement expressément assumé des règles en matière de cautionnement.

⁶⁷ Principe rappelé expressément dans le rapport de la Commission du budget et des finances, qui indique ainsi que le qualificatif « professionnelle » de la garantie a pour vocation de viser un garant agissant dans son cadre professionnel (*Doc. parl.*, n° 7567³, p. 4). S'il est vrai que ce principe ne s'appuie que sur l'intitulé même de l'instrument, l'intention du législateur nous semble d'autant plus nette que les travaux parlementaires précisent bien que les créances garanties ne doivent quant à elles pas nécessairement revêtir un caractère professionnel. Voy. sur cette question H. WESTENDORF, « Propositions de réforme du droit des sûretés personnelles », *JTL*, 2023, pp. 33 et s., spéc. p. 45, n° 82, et C. MARTINS COSTA et A. BRAMAO, « The place of the PPG (*Garantie Professionnelle de Paiement*) in the Luxembourg legal system », in *Le banquier luxembourgeois et le crédit*, Limal, Anthemis, 2022, p. 423, n° 26. Ainsi que le déplore Hannes Westendorf dans l'article précité, l'absence de disposition précise reprenant ce principe dans le corps de la loi rend toutefois malaisée la définition de la portée exacte de cette restriction.

⁶⁸ *Doc. parl.*, n° 7567², p. 3. En filigrane, le Conseil d'État semble craindre que les possibilités d'accès au crédit seraient alors plus réduites. Cela reste à démontrer, d'autant plus que la garantie professionnelle de paiement coexiste avec les figures existantes du cautionnement, voire de la garantie autonome. Nous ne pensons pas que le risque d'ordre constitutionnel était un réel obstacle : voy. *infra*, section 3.

autre forme de procès dans le sens préconisé par le Conseil d'État⁶⁹ et a été voté tel quel. Toute personne physique peut donc maintenant devenir garante sous une garantie professionnelle de paiement, en ce compris lorsque celle-ci est mâtinée d'accessoire, et aurait pu ou dû être qualifiée de cautionnement dans le monde juridique d'avant la loi du 10 juillet 2020.

Cette extension du champ d'application personnel de la loi du 10 juillet 2020 n'apparaissait pourtant pas strictement nécessaire pour répondre aux objectifs de place qui la sous-tendaient. La loi du 10 juillet 2020 va donc au-delà de son paramétrage, ce qui a pour conséquence de priver des personnes physiques de la protection des dispositions en matière de cautionnement. L'on objectera certes que le garant est censé apporter son concours dans un cadre professionnel, et que l'hypothèse d'une garantie professionnelle de paiement octroyée en tant que service d'ami ou familial ne se présentera pas. Il n'en est pas moins regrettable que, sous couvert d'égalité, certaines catégories de garants risquent de voir leur situation aggravée sans avantage réel pour la Place, puisque la norme spéciale visait à répondre à des situations n'impliquant pas l'intervention de garants-personnes physiques, et ne concernait pas à proprement parler la question plus large de l'accès au crédit pour les « petits » commerçants et professionnels exerçant leur activité en tant que personnes physiques.

Bien que le constat ainsi opéré ne remette pas en cause le bien-fondé même de l'introduction de cette nouvelle catégorie de sûretés personnelles en droit positif – la garantie professionnelle de paiement représente en effet une avancée juridique indéniable pour répondre aux défis pour lesquels elle a été adoptée –, l'on peut regretter que son champ d'application n'ait pas été aussi maîtrisé que dans le texte du projet de loi initialement soumis à la Chambre des députés. Il s'agit là d'un exemple où la norme dérogatoire est susceptible de grignoter le droit commun au-delà de ce qui apparaissait nécessaire lorsque l'on a égard aux objectifs de départ.

24. Quatrième exemple : l'anatocisme. Le quatrième cas de figure que nous nous proposons d'examiner, à savoir la réglementation de l'anatocisme, est à ce stade purement hypothétique, dans la mesure où il ne correspond à aucun projet de loi, du moins à l'heure actuelle.

Cela étant, il est généralement reconnu au sein du secteur financier luxembourgeois que le régime actuel de l'article 1154 du Code civil⁷⁰, qui ne permet une capitalisation que pour des intérêts échus pour au moins une année

⁶⁹ *Doc. parl.*, n° 7567³, p. 6.

⁷⁰ « Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. »

et moyennant une convention spéciale qui, peut-être, est à conclure après l'échéance des intérêts à capitaliser⁷¹, ne répond guère aux besoins de la pratique financière et constitue un frein à l'utilisation du droit luxembourgeois pour des opérations de crédit requérant un mécanisme sur mesure de capitalisation des intérêts. La question d'une éventuelle modification n'est donc pas totalement saugrenue, et, en réalité, serait dans l'intérêt de la Place.

Reste maintenant à déterminer quelle approche conviendrait le mieux. Faut-il abandonner purement et simplement la prohibition de principe de l'anatocisme ? Ou serait-il plus raisonnable de cibler une éventuelle réforme en fonction des objectifs poursuivis ?

En réalité, les deux méthodes pourraient être en quelque sorte combinées.

D'une part, en alignant le droit commun sur, par exemple, le texte actuel de l'article 1343-2 du Code civil français (issu d'une révision de l'ancien article 1154)⁷², lequel a incorporé dans le texte de loi la jurisprudence française⁷³ s'étant prononcée, sous l'empire de l'article 1154 historique, et ce, dès le XIX^e siècle, sur l'exigence de convention spéciale, qui ne devrait pas nécessairement être conclue *après* l'échéance des intérêts à capitaliser. Ainsi, au titre du droit commun (et pour toutes les catégories de créanciers et de débiteurs), il pourrait être précisé qu'un anatocisme annuel est licite, à la seule condition d'être stipulé dans le contrat, ou d'être prévu par une décision de justice.

D'autre part, en permettant de manière ciblée de déroger aux dispositions de l'article 1154 du Code civil luxembourgeois par un accord exprès, ceci dans le but de renforcer la compétitivité du secteur financier luxembourgeois en s'appuyant sur un environnement législatif qui soit de nature à accueillir des opérations présentant un certain niveau de sophistication ou concernant des opérateurs suffisamment avertis. En revanche, compte tenu des dangers

⁷¹ Ceci sur la base d'une vénérable jurisprudence (Cour d'appel, 17 mars 1881, *Pasicrisie*, t. 2, p. 40 ; Cour d'appel, 3 décembre 1886, *Pasicrisie*, t. 2, p. 426 ; Cass., 10 avril 1908, *Pasicrisie*, t. 8, p. 148 ; Trib. arr. Luxembourg, 20 novembre 1929, *Pasicrisie*, t. 12, p. 338), dont on peut se demander, il est vrai, si elle serait suivie aveuglément par la jurisprudence actuelle. Il est plus vraisemblable que si la question était présentée de nouveau aux Tribunaux luxembourgeois, ceux-ci accepteraient de suivre l'évolution de la jurisprudence française (voy. la note 73, ci-dessous).

⁷² Ce texte est désormais ainsi rédigé : « Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise ».

⁷³ « Intérêts et commissions – Cours, capitalisation et paiement des intérêts », *JurisClasseur Droit bancaire et financier*, Fasc. 511, n^{os} 34-48, spéc. n^o 41 et les décisions citées. Voy. également D. BOONE, « L'anatocisme face à l'ordre public interne et international », *Bulletin Droit & Banque*, 2002, n^o 32, p. 5, spéc. p. 6 et la note infrapaginale 7, exposant la différence entre la position française et la jurisprudence luxembourgeoise ancienne à laquelle nous faisons allusion.

réels inhérents à la stipulation d'une clause d'anatocisme dans les contrats, une protection des débiteurs qui peuvent être des consommateurs ou alors des professionnels, sans pour autant être des professionnels qualifiés dans le domaine du crédit ou dans le secteur financier⁷⁴, reste utile. L'abandon général, à destination de *tous* les débiteurs, de l'interdiction d'un anatocisme autre qu'annuel n'est pas réellement exigé par les intérêts de la Place financière. En l'occurrence, la solution technique pourrait prendre la forme d'une limitation du champ d'application personnel de pareille dérogation aux opérations conclues entre « cocontractants professionnels », catégorie nouvelle à définir en fonction des qualités spéciales de ces débiteurs les plaçant dans une autre catégorie que celle des consommateurs et des « petits » débiteurs professionnels.

De la sorte, cette approche, moins radicale que l'écartement pur et simple du régime de droit commun, permettrait de justifier plus aisément la proportionnalité nécessaire entre l'objectif poursuivi et les moyens mis en œuvre pour y parvenir, en évitant de sacrifier indûment les catégories de débiteurs pouvant légitimement mériter la protection de la loi sous le couvert d'une égalité formelle en réalité potentiellement dommageable à ces derniers.

Section 3

Une définition plus précise du champ d'application personnel des normes dérogatoires est-elle susceptible de violer la Constitution ?

25. Les développements qui précèdent auront indiqué que la réponse à cette question est négative. C'est la solution contraire – celle du « droit dérogatoire pour tous » – qui constitue une réaction excessive à des problèmes circonscrits et qui est dès lors potentiellement problématique au regard de l'exigence constitutionnelle de proportionnalité et d'égalité devant la loi dans ses deux volets d'interdiction des dérogations disproportionnées et d'obligation du législateur de ne pas traiter de manière identique des situations qui sont objectivement différentes au regard de l'objectif légitime poursuivi.

Il s'ensuit, pour reprendre les exemples précédemment discutés, qu'il n'y a aucune violation du principe constitutionnel d'égalité à n'admettre la possibilité illimitée de l'anatocisme qu'à l'égard de « cocontractants professionnels », ni à exclure les personnes physiques du champ d'application de la garantie professionnelle de paiement qui ouvre une possibilité de déroger à l'ensemble

⁷⁴ Sur les cas dans lesquels certains professionnels doivent être considérés comme les « parties faibles » à des contrats, et donc faire l'objet d'une protection, voy. *supra*, n° 13.

des règles protectrices de la caution. Bien au contraire, cette manière de procéder est parfaitement raisonnée et donc conforme à la définition jurisprudentielle du principe d'égalité. Elle ne s'expose pas au reproche d'inconstitutionnalité.

26. Il sera permis en conséquence de regretter la teneur de l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi n° 7567 relatif aux garanties professionnelles de paiement. Nous y avons déjà fait allusion⁷⁵, mais la question mérite d'être ici quelque peu développée. Après avoir fait référence à l'article 10*bis* de la Constitution (siège du principe d'égalité avant l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle) et à l'existence d'une jurisprudence en matière d'égalité devant la loi, l'avis raisonne comme suit :

« La référence [donnée dans le commentaire gouvernemental des articles à titre de justification de la proposition d'exclure les personnes physiques] à des "garants *a priori* avertis" est particulièrement vague. Des personnes physiques, qu'elles soient commerçants ou non, peuvent être des garants "avertis". En outre, si la créance garantie peut être une créance liée à l'activité privée du débiteur, à supposer que cette hypothèse soit celle envisagée par les auteurs du projet de loi, il est difficilement justifiable que le garant ne puisse pas être une personne physique. Même si la créance garantie est une créance professionnelle, le Conseil d'État tient à souligner que les exemples d'utilisation des garanties professionnelles de paiement ne se limitent pas aux opérations de financement énumérées dans l'exposé des motifs, mais peuvent aussi concerner toute sorte d'autres créances concernant des montants peu importants ou impliquant des petites et moyennes entreprises luxembourgeoises et, dans un tel contexte, il apparaît disproportionné de refuser à une personne physique de garantir par le moyen d'une telle sûreté personnelle une créance professionnelle, ou même privée. Finalement, aucune restriction de la sorte n'existe en ce qui concerne les autres sûretés personnelles, même si l'article 2016, alinéa 2, du Code civil prévoit un mécanisme protecteur lorsque le cautionnement est contracté par une personne physique. »⁷⁶

Le Conseil d'État oublie, en raisonnant ainsi, que la garantie professionnelle n'est pas un mécanisme neutre, mais un mécanisme qui a été spécialement créé en vue d'écarter la possibilité d'une requalification en cautionnement, sachant que le droit du cautionnement contient des dispositions impératives dont le but est de protéger la caution-personne physique. La manière dont l'avis traite l'article 2016 du Code civil est symptomatique à cet égard ; il en fait un aspect accessoire, pouvant être négligé dans le raisonnement. Comparé

⁷⁵ *Supra*, n° 24.

⁷⁶ Avis du 16 juin 2020, *Doc. parl.*, n° 7567², p. 3.

au projet de loi du ministère des Finances, l'avis du Conseil d'État est étonnamment radical en négligeant entièrement l'objectif de protéger les garants – ou plus précisément ceux des garants qui peuvent être considérés comme parties faibles par rapport aux créanciers.

Or, à cet égard, le choix d'exclure le recours à la garantie professionnelle pour les garants-personnes physiques est en fait un choix logique – les personnes physiques sont typiquement des garants ayant un besoin particulier de protection⁷⁷ –, et qui a des précédents : l'article 2016 du Code civil a été modifié en 2013 pour protéger spécifiquement les cautions-personnes physiques, et ce (à l'époque), avec l'approbation expresse du Conseil d'État⁷⁸ ; la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière (que personne n'a critiquée de ce fait pour une prétendue violation du principe d'égalité qui lie aussi le législateur européen) contenait elle aussi une disposition définissant son champ d'application en excluant les personnes physiques :

« e) une personne *autre qu'une personne physique*, y compris une entreprise non constituée en société et un groupement (partnership), pour autant que l'autre partie soit un établissement défini aux points a) à d). »⁷⁹

Une autre règle réservant un statut à part aux personnes physiques garantes est l'article 536-4, paragraphe 2, du Code de commerce, tel qu'il a été introduit par la loi du 7 août 2023 relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite, aux termes duquel :

« Après l'ouverture de la procédure de faillite, la personne physique qui s'est constituée sûreté personnelle du failli à titre gratuit peut introduire une requête devant le Tribunal en vue d'être déchargée en tout ou partie de son obligation si

⁷⁷ Voy. le *Bürgschaftsbeschluss* du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (BVerfG, 19 octobre 1993, cité *supra*, note 43).

⁷⁸ Le Conseil d'État avait « approuv[é] cet ajout » (*Doc. parl.*, n° 6021⁷, p. 29), en faisant valoir – à juste titre – qu'il s'agit d'« éviter des abus » ; que « par le passé, les engagements des cautions – en général des membres de la famille ou des proches, peu conscients des risques – étaient régulièrement sollicités. De telles situations furent à l'origine de regrettables drames familiaux » (*Doc. parl.*, n° 6021¹³, p. 13).

⁷⁹ Art. 1^{er} (Objet et champ d'application), § 2, sous e), de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (nous soulignons). Peu importe pour les besoins du raisonnement que le Luxembourg ait choisi, pour des raisons d'opportunité, de surtransposer la directive, d'aller au-delà de ce champ d'application et de ne pas interdire aux personnes physiques de conclure des contrats de garantie financière ; c'est que ces contrats sont, en dehors du champ d'application de la directive, une création autonome du législateur luxembourgeois. Ce qui est important est que nul n'ait fait valoir qu'en décidant de limiter le champ d'application de la directive à des personnes autres que des personnes physiques, le législateur de l'Union aurait quant à lui violé le principe d'égalité tel qu'il existe dans l'ordre juridique européen.

à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, ladite obligation est manifestement disproportionnée à ses facultés de remboursement, cette faculté devant s'apprécier, au moment de l'octroi de l'effacement, tant par rapport à ses biens meubles et immeubles que par rapport à ses revenus. »

On voit ainsi que la distinction entre les garants-personnes physiques et les garants-personnes morales correspond, lorsqu'il s'agit de leur protection, à une espèce de constante, qui ne peut que difficilement être jugée discriminatoire.

27. Si tant est que le Conseil d'État ait estimé qu'il y avait lieu d'affiner (mais non d'éliminer complètement) la limitation du champ d'application de la garantie professionnelle de paiement, il n'aurait pas dû émettre un avis purement négatif. L'avis conclut par ailleurs par les termes :

« Partant le Conseil d'État propose d'omettre le paragraphe 2 et, si ce dernier est maintenu, il réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel en l'absence d'une motivation circonstanciée à l'appui du maintien de ce paragraphe 2 au regard des exigences de l'article 10*bis* de la Constitution. »⁸⁰

À partir de là, les torts deviennent partagés. La réaction de la Commission des finances et du budget à l'avis du Conseil d'État a consisté à choisir la voie de la moindre résistance. Elle aurait pu défendre le texte du gouvernement et élaborer une « motivation circonstanciée à l'appui du maintien de ce paragraphe 2 au regard des exigences de l'article 10*bis* de la Constitution » – ce qui aurait sans doute été possible puisqu'il existait de bonnes raisons d'interdire le recours aux garanties professionnelles par des garants-personnes physiques. Mais comme ceci aurait rendu impossible l'adoption immédiate du projet de loi, la Commission donne, sans autre commentaire, raison au Conseil d'État : « La Commission des finances et du budget décide de suivre l'avis du Conseil d'État et d'omettre le paragraphe 2 »⁸¹. *Exit* donc la restriction protégeant les personnes physiques.

28. Il reste à espérer que cet épisode, en définitive assez malheureux, de la vie institutionnelle luxembourgeoise ne servira pas de précédent lors de l'analyse de futurs projets de lois définissant de manière raisonnable le champ d'application personnel de lois dérogatoires au droit commun. Nous pensons en tout cas avoir montré qu'un compromis raisonné sur le champ d'application du droit dérogatoire dans le domaine financier est possible et souhaitable.

⁸⁰ *Doc. parl.*, n° 7567², p. 3.

⁸¹ Rapport du 26 juin 2020, *Doc. parl.*, n° 7567³, p. 6. Ce rapport a été élaboré dix jours seulement après l'avis du Conseil d'État.