

UNE NOUVELLE SURETE PERSONNELLE CREEE DANS LE CADRE DES TRANSACTIONS PROFESSIONNELLES : LA « GARANTIE PROFESSIONNELLE DE PAIEMENT »

Un nouveau type de sûreté personnelle a été introduit dans l'arsenal juridique luxembourgeois au cours de l'été 2020. Il s'agit de la « garantie professionnelle de paiement » qui procède d'une loi du 10 juillet 2020.

La garantie professionnelle de paiement est conçue comme un nouvel « outil » permettant de répondre aux besoins de la pratique. Elle constitue une véritable alternative au cautionnement et à la garantie autonome dont les régimes n'offrent pas toujours la flexibilité ni la sécurité juridique attendues des praticiens. La loi relative aux garanties professionnelle de paiement étant supplétive de volonté, les praticiens conservent toutefois la possibilité de recourir à un cautionnement, à une garantie autonome ou à tout autre mécanisme de garantie *sui generis*.

Il ne pourra être recouru à une garantie professionnelle de paiement que dans le cadre de transactions professionnelles, et notamment d'opérations financières et commerciales et à des fins de gestion du risque de crédit.

[En quoi consiste la garantie professionnelle de paiement ?](#)

[Qui peut octroyer ou bénéficier d'une garantie professionnelle de paiement ?](#)

[Des exigences formelles sont-elles requises pour la conclusion d'une garantie professionnelle de paiement ?](#)

[Quelles sont les particularités du régime de la garantie professionnelle de paiement ?](#)

[Quel est l'intérêt de la garantie professionnelle de paiement pour la place financière luxembourgeoise?](#)

En quoi consiste la garantie professionnelle de paiement ?

La garantie professionnelle de paiement est un acte unilatéral (ou une convention bipartite) par lequel (ou laquelle) un garant s'oblige à payer à la demande d'un donneur d'ordre, une somme déterminée selon des modalités convenues.

La convention de garantie professionnelle de paiement détermine librement les modalités de l'appel en garantie. L'appel en garantie peut ainsi avoir lieu, même s'il n'y a pas eu de défaut de paiement ou de non-réalisation du ou des risque(s) couvert(s), si telle est la volonté expresse des parties.

L'objet de la garantie est constitué par une ou plusieurs créances ou un ou plusieurs risques associés à des créances. Toutes créances, présentes, futures voire éventuelles ou hypothétiques pourront être couvertes par une garantie professionnelle de paiement. La garantie professionnelle de paiement peut également garantir des

risques associés à toutes ces sortes de créances, « qu'elles soient déterminées ou déterminables, qu'elles soient visées individuellement ou par référence à un portefeuille, que la composition du portefeuille soit stable à travers le temps ou soumis à modification. »¹

Qui peut octroyer ou bénéficier d'une garantie professionnelle de paiement ?

Peuvent être garants dans le cadre d'une garantie professionnelle de paiement, les sociétés (qu'elles aient ou non la personnalité morale), les formes juridiques basées sur l'indivision ou la copropriété (ex. fonds commun de placement), les Etats et institutions publiques, les institutions européennes ou internationales et les personnes physiques agissant dans un cadre professionnel.

Il n'existe donc pas de restrictions quant aux personnes pouvant être garantes.

S'agissant du donneur d'ordre, il s'agira soit du bénéficiaire lui-même soit d'un tiers. Il n'existe pas non plus de restrictions quant aux personnes ou formes juridiques pouvant revêtir la qualité de donneur d'ordre.

La loi du 10 juillet 2020 prévoit également la possibilité que la garantie professionnelle de paiement soit constituée en faveur d'un tiers, qu'il s'agisse (non limitativement) d'un mandataire, d'un agent des sûretés, d'un fiduciaire ou d'un *trustee*, pour garantir les créances de tiers bénéficiaires, présents ou futurs, à condition que ces tiers bénéficiaires soient déterminés ou déterminables. Le tiers jouit alors des mêmes droits que ceux revenant aux bénéficiaires directs des garanties professionnelles de paiement, sans préjudice de ses obligations face aux tiers bénéficiaires de la garantie professionnelle de paiement.

Des exigences formelles sont-elles requises pour la conclusion d'une garantie professionnelle de paiement ?

La conclusion de l'acte unilatéral ou de la convention bipartite requière un écrit, sous format électronique ou tout autre support durable. Cet écrit doit inclure une référence expresse à la loi du 10 juillet 2020 relative aux garanties professionnelles de paiement afin de refléter la volonté expresse du ou des contractants d'y recourir. Cela est requis afin de renforcer la sécurité juridique entourant le recours à cette sûreté personnelle nouvelle.

¹ Projet de loi relative aux garanties professionnelles de paiement, dossier parlementaire n°7567, Commentaire des articles p.5-9

L'exigence d'un écrit ne paraît pas requise *ad validitatem* mais à des fins probatoires. Les travaux préparatoires précisent d'ailleurs, que les garanties professionnelles de paiement seront la plupart du temps des actes de commerce soumis aux règles de preuve de l'article 109 du Code de commerce.

Il faut encore noter la possibilité de soumettre des conventions de garantie conclues antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2020 à ladite loi, en les modifiant par voie d'avenant.

Quelles sont les particularités du régime de la garantie professionnelle de paiement ?

La loi du 10 juillet 2020 permet au garant et au donneur d'ordre de créer une sûreté personnelle « sur mesure », dont le régime sera déterminé en fonction de leurs besoins respectifs. Ainsi, la garantie professionnelle de paiement se caractérise par une grande liberté contractuelle offerte aux parties, sous réserve du respect des dispositions d'ordre public. Celles-ci peuvent définir un régime empruntant au cautionnement ou à la garantie autonome, en modulant les règles applicables à l'un ou à l'autre.

Les parties sont libres de déterminer dans l'*instrumentum* :

- l'objet de la garantie professionnelle de paiement (i.e. créances ou risques garantis) ;
- les modalités de l'obligation de paiement ;
- le montant, les termes et la durée de la garantie professionnelle de paiement par référence aux créances ou aux risques garantis, sans encourir le risque d'une requalification en cautionnement (et partant, l'application des règles découlant du caractère accessoire de ce dernier) ;
- les cas dans lesquels interviendra l'appel en garantie, celui-ci pouvant être ou ne pas être subordonné à une défaillance dans l'exécution d'une obligation garantie ou dans la réalisation du risque couvert.

Trois dispositions supplétives de volonté sont encore prévues afin de renforcer l'efficacité et la prévisibilité du fonctionnement de la garantie professionnelle de paiement.

Ainsi, dans le silence des parties :

- l'inopposabilité des exceptions inhérentes aux créances ou risques garantis s'impose au garant lors de l'appel en garantie ; il peut toutefois être convenu que les exceptions inhérentes aux créances ou risques couverts seront opposables au garant suivant les modalités convenues ;

- le garant dispose après paiement d'un recours personnel contre le donneur d'ordre et est subrogé dans les droits du bénéficiaire au titre des créances concernées ; les parties peuvent toutefois convenir d'exclure ou d'aménager les conditions d'exercice des recours personnel et subrogatoire du garant ;
- le garant reste tenu envers le bénéficiaire de l'intégralité de ses obligations au titre de la garantie professionnelle de paiement même si le débiteur des créances concernées fait l'objet d'une mesure d'assainissement, d'une procédure de liquidation ou de toute autre situation de concours, nationale ou étrangère ou de toute autre mesure nationale ou étrangère affectant les droits des créanciers ; seule la loi du 8 janvier 2013 relative au surendettement prévaut sur le principe d'inopposabilité au donneur d'ordre des procédures collectives en raison du régime particulier en matière d'opposabilité du plan qu'elle prévoit.

Quel est l'intérêt de la garantie professionnelle de paiement pour la place financière luxembourgeoise?

La raison fondamentale pour laquelle la garantie professionnelle de paiement a été instituée, est, dans le cadre du Brexit, de ne plus toujours devoir émettre ce type de garanties sous l'égide du droit anglais et d'offrir à la place financière luxembourgeoise un cadre juridique pour pouvoir le faire.

Il s'agissait de créer, pour les sûretés personnelles, un pendant à la loi sur les contrats de garanties financières du 5 août 2015 qui définit un cadre protecteur à l'octroi de sûretés réelles mobilières, tout en offrant aux parties une certaine flexibilité dans l'aménagement de leurs rapports contractuels.

La garantie professionnelle de paiement constitue un outil flexible et adapté aux opérations financières et commerciales domestiques et internationales, mais elle constitue également un outil d'atténuation des risques de crédit au sens du Règlement CRR, grâce aux transferts ou partage de risques qu'elle permet. Cela est de nature à renforcer son attractivité face à des outils concurrents du droit anglais ou allemand.

* *
*