

Hogan
Lovells

Loi du 5 août 2005

sur les contrats de garantie
financière

Texte coordonné au 14 août 2014
Version applicable à partir du 18 août 2014

Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière

portant:

- transposition de la directive 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière;
- modification du Code de Commerce;
- modification de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles;
- modification de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier;
- modification du règlement grand-ducal du 18 décembre 1981 concernant les dépôts fongibles de métaux précieux et modifiant l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 17 février 1971 concernant la circulation de valeurs mobilières;
- abrogation de la loi du 21 décembre 1994 relative aux opérations de mise en pension;
- abrogation de la loi du 1^{er} août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie,

Texte coordonné au 14 août 2014
Version applicable à partir du 18 août 2014

Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière

(Mém. A n° 128 du 16 août 2005, p. 2212)

Modifiée par :

	Mém	date	pageLoi
du 20 mai 2011 (doc. parl. 6164)	A104	24/05/2011	1638
Loi du 28 juillet 2014 (doc. parl. 6625)	A161	14/08/2014	2483

Les lois reprises dans ce document ont été mises à disposition par Legitech www.legitech.lu. Les informations contenues dans ce document sont uniquement fournies à titre d'information générale et n'ont pas pour objet de remplacer un avis juridique spécifique.

Seuls les textes publiés dans le Journal Officiel du Luxembourg (Mémorial A) font foi.

PARTIE I: Dispositions générales

Art. 1^{er}.

Au sens de la présente loi on entend par:

- 1) "avoirs": les instruments financiers et les créances¹;
- 2) "clause de compensation avec déchéance du terme": un arrangement contractuel ou, en l'absence d'un tel arrangement, toute disposition législative ou réglementaire, en vertu duquel la survenance d'un fait convenu comme motivant soit l'exécution de la garantie fournie en vertu d'un contrat de garantie financière, soit la compensation des avoirs des parties, que ce soit par novation ou compensation ou d'une autre manière, et qui entraîne les effets suivants:
 - i) le délai restant à courir avant l'échéance des obligations des parties est supprimé, de sorte que lesdites obligations sont soit immédiatement exigibles et exprimées comme une obligation simple de payer un montant représentant leur valeur estimée, soit éteintes et remplacées par une obligation de payer le montant susmentionné, ou
 - ii) un relevé est établi des sommes que se doivent les parties en vertu de ces obligations et un montant égal au solde net doit être versé par la partie dont la dette est la plus élevée;
- 3) "compte pertinent": lorsqu'il s'agit d'une garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte dans le cadre d'un contrat de garantie financière, le registre ou le compte - qui peut être tenu par le preneur de la garantie - où sont portées les inscriptions par lesquelles les instruments financiers sont remis à titre de garantie au preneur;²
- 4) "contrat de garantie financière"³: un contrat de gage, de transfert de propriété à titre de garantie, de mise en pension ou de fiducie-sûreté régi par la présente loi;
- 5) "droit d'utilisation": le droit du créancier gagiste de disposer des avoirs nantis comme s'il en était propriétaire, conformément aux conditions du contrat de gage;
- 6) "fait entraînant l'exécution de la garantie": une défaillance ou tout autre événement convenu entre les parties, dont la survenance, en vertu du contrat de garantie financière ou du contrat contenant l'obligation financière couverte ou en application de la loi, habilite le preneur de la garantie à réaliser⁴ ou à s'approprier la garantie financière ou déclenche une compensation avec déchéance du terme;
- 7) "garantie équivalente":
 - i) lorsqu'il s'agit de créances de sommes d'argent, un paiement du même montant et dans la même monnaie;
 - ii) lorsqu'il s'agit d'instruments financiers, des instruments financiers ayant le même émetteur ou débiteur, faisant partie de la même émission ou de la même classe, ayant la même valeur nominale, libellés dans la même monnaie et ayant la même désignation ou, lorsque le contrat de garantie financière prévoit le transfert d'autres actifs, ces autres actifs;
- 8) "instruments financiers": l'acception la plus large du terme, et notamment:
 - a) toutes les valeurs mobilières et autres titres, y compris notamment les actions et les autres titres assimilables à des actions, les parts de sociétés et d'organismes de

¹ La Directive 2009/44/CE suggère le terme "créance privée" alors que

² Terminologie utilisée par la directive 2002/47/CE

³ La Directive 2002/47/CE n'utilise pas le terme sûreté

⁴ Terminologie utilisée par la directive 2002/47/CE

placement collectif, les obligations et les autres titres de créance, les certificats de dépôt, bons de caisse et les effets de commerce;

b) les titres conférant le droit d'acquérir des actions, obligations ou autres titres par voie de souscription, d'achat ou d'échange;

c) les instruments financiers à terme et les titres donnant lieu à un règlement en espèces (à l'exclusion des instruments de paiement), y compris les instruments du marché monétaire;

d) tous autres titres représentatifs de droits de propriété, de créances ou de valeurs mobilières;

e) tous les instruments relatifs à des sous-jacents financiers, à des indices, à des matières premières, à des matières précieuses, à des denrées, métaux ou marchandises, à d'autres biens ou risques;

f) les créances relatives aux différents éléments énumérés sub a) à e) ou les droits sur ou relatifs à ces différents éléments,

que ces instruments financiers soient matérialisés ou dématérialisés, transmissibles par inscription en compte ou tradition, au porteur ou nominatifs, endossables ou non-endossables et quel que soit le droit qui leur est applicable;

- 9) "mesures d'assainissement": des mesures impliquant l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire, qui sont destinées à préserver ou rétablir la situation financière et qui affectent les droits préexistants de tiers, y compris notamment les mesures qui comportent une suspension des paiements, une suspension des mesures d'exécution ou une réduction des créances;
- 10) "obligations financières couvertes": les obligations qui sont garanties par un contrat de garantie financière et qui donnent droit à un règlement en espèces ou à la livraison d'instruments financiers ou à des biens sous-jacents à de tels instruments financiers. Elles peuvent consister totalement ou partiellement:
- i) en obligations présentes, qu'elles soient assorties d'un terme ou d'une condition, ainsi qu'en obligations futures, sans qu'il soit besoin de les spécifier;
 - ii) en obligations envers le preneur de la garantie incombant à une personne autre que le constituant de la garantie, ou
 - iii) en obligations occasionnelles d'une catégorie ou d'un type déterminé;
- 11) "procédure de liquidation": une procédure collective comprenant la réalisation des actifs et la répartition du produit de cette réalisation entre les créanciers, les actionnaires, les associés ou les membres selon les cas, et comportant l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire, y compris lorsque cette procédure est clôturée par un concordat ou une autre mesure analogue, qu'elle soit ou non fondée sur une insolvabilité et indépendamment de son caractère volontaire ou obligatoire;
- 12) "professionnels de la finance":
- a) une autorité publique, y compris:
 - i) les organismes du secteur public chargés de la gestion de la dette publique ou intervenant dans ce domaine;
 - ii) les organismes du secteur public autorisés à détenir des comptes pour leurs clients;
 - b) une banque centrale, la Banque centrale européenne, la Banque des règlements internationaux, une banque multilatérale de développement, le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, la Banque européenne d'investissement ainsi que

les autres organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier;

c) un établissement financier, y compris:

i) un établissement de crédit;

ii) une entreprise d'investissement;

iii) une entreprise d'assurance ou de réassurance;

iv) un organisme de placement collectif;

v) une société de gestion d'un ou plusieurs organismes de placement collectif;

d) une contrepartie centrale, un organe de règlement ou une chambre de compensation, y compris les établissements opérant sur les marchés de contrats à terme et d'options et sur les marchés de produits financiers dérivés et une personne qui agit en qualité de fidéicommissaire ou de représentant pour le compte d'une ou plusieurs personnes, y compris tout porteur d'obligations ou tout porteur d'autres formes de titres de créance ou tout établissement défini aux points a) à h);

e) un établissement commercial ou industriel bénéficiant d'un accès professionnel au marché financier;

f) un fonds de pension;

g) un organisme de titrisation ou une entité ou un organisme participant à une opération de titrisation;

h) un autre professionnel du secteur financier non repris aux points a) à g).

Art. 2.

(1) Les contrats de garantie financière et les contrats de compensation conclus, soit par un commerçant, soit par un non-commerçant, sont réputés actes de commerce.

Ils se prouvent à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes au moyen d'un écrit ou de tout autre moyen juridiquement équivalent en vertu de l'article 109 du Code de commerce.

(2) La constitution de la garantie financière doit pouvoir être attestée par écrit. L'écrit, qui peut être sous forme électronique ou tout autre support durable, attestant la constitution en garantie doit permettre l'identification des actifs faisant l'objet de cette constitution. Pour les instruments financiers transmissibles par inscription en compte et les créances de sommes d'argent constitués en garantie, il suffit, à cette fin, de prouver que ces derniers ont été portés au crédit d'un compte particulier ou constituent un crédit sur ce compte. *(Loi du 20 mai 2011)* "Sans préjudice des articles 4 et 13, l'inscription sur une liste de créances transmise au preneur de garantie par écrit, ou par tout autre moyen juridiquement équivalent, suffit pour identifier les créances et pour prouver la constitution de la garantie financière sur ces créances à l'égard du débiteur et des tiers."

(3) Toute référence à une garantie financière "constituée" ou à la "constitution" d'une garantie financière dans la présente loi désigne sa livraison, son transfert, sa détention, son enregistrement ou tout autre traitement ayant pour effet que le preneur de la garantie ou la personne agissant pour son compte acquiert la possession ou le contrôle de cette garantie financière. *(Loi du 20 mai 2011)* "Le droit de substitution ou de retrait de l'excédent des avoirs remis à titre de garantie en faveur du constituant de la garantie, le droit de percevoir les produits de tels avoirs par le constituant de la garantie jusqu'à nouvel ordre ainsi que le droit réservé au constituant de la garantie de pouvoir donner des instructions par rapport aux avoirs constitués en garantie, ne

portent pas atteinte à la garantie constituée au profit du preneur de la garantie visée dans la présente loi. "

- (4) Une garantie financière peut être constituée en faveur d'une personne agissant pour le compte des bénéficiaires de la garantie financière, 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. Les personnes agissant pour le compte des bénéficiaires de la garantie financière, le fiduciaire ou le trustee, bénéficient des mêmes droits que ceux revenant aux bénéficiaires directs des garanties financières visées par la présente loi, sans préjudice de leurs obligations face aux tiers bénéficiaires de la garantie financière.

(Loi du 20 mai 2011)

- (5) Le débiteur d'une créance faisant l'objet d'une garantie financière pourra renoncer, par écrit ou par tout autre moyen juridiquement équivalent, à ses droits de compensation ainsi qu'à toutes autres exceptions à l'égard du créancier de la créance donnée en garantie et à l'égard des personnes en faveur desquelles ce créancier a consenti une cession, un gage ou toute autre mobilisation de la créance en garantie. Une telle renonciation est valable entre parties et opposable aux tiers.
- (6) Les parties à un contrat de garantie financière peuvent convenir que le constituant de la garantie financière renonce, en cas d'exécution de cette garantie, à tout recours qu'il pourrait avoir contre le débiteur des obligations financières couvertes. Une telle renonciation est valable entre parties et opposable aux tiers. "

PARTIE II: Le gage

Art. 3.

La présente loi s'applique aux contrats de gage portant sur des avoirs.

Art. 4.

Les parties à un contrat de gage peuvent convenir que pour garantir les obligations financières couvertes d'un débiteur, tous les avoirs appartenant ou venant à appartenir au constituant du gage sont ou seront soumis au nantissement, sans qu'il soit besoin de les spécifier.

Art. 5.

(1) Le privilège ne subsiste sur les avoirs nantis qu'autant que ces avoirs ont été mis et sont restés ou sont réputés être restés en la possession du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre parties.

(2) Si le gage est constitué sur des instruments financiers, la dépossession du constituant du gage et l'opposabilité du gage aux tiers peuvent se réaliser comme suit:

(Loi du 20 mai 2011)

a) La dépossession des instruments financiers transmissibles par inscription en compte se réalise valablement:

i) par la conclusion du contrat de gage si le dépositaire de ces instruments financiers est le créancier gagiste;

ii) par un accord entre le constituant du gage, le créancier gagiste et le dépositaire ou par un accord entre le constituant du gage et le créancier gagiste notifié au dépositaire selon lequel le dépositaire agira conformément aux instructions du créancier gagiste concernant ces instruments financiers et sans autre accord du constituant du gage;

iii) par l'inscription de ces instruments financiers sur un compte du créancier gagiste;

iv) par l'inscription de ces instruments financiers, sans spécification de numéro, à un compte ouvert auprès d'un dépositaire au nom du constituant du gage ou d'une personne à convenir agissant comme tiers détenteur, les instruments financiers étant désignés, dans les livres du dépositaire, individuellement ou collectivement par référence au compte pertinent dans lequel ils sont inscrits comme gagés.

La dépossession telle que prévue aux points ii), iii) et iv) vaut renonciation du dépositaire au rang de son gage sur les mêmes instruments financiers, sauf convention contraire ou simple notification au dépositaire conformément au point ii).

b) La dépossession d'instruments financiers au porteur dont la cession s'opère par la seule tradition peut être établie par une remise à titre de gage entre les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre les parties. *(Loi du 28 juillet 2014)* La dépossession d'instruments financiers au porteur déposés auprès d'un dépositaire en application de l'article 42 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales peut être établie par une inscription du gage en marge de l'inscription des instruments financiers sur le registre du dépositaire.

c) La dépossession d'instruments financiers nominatifs dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de l'émetteur peut être établie par une inscription du gage en marge de l'inscription des instruments financiers sur ces registres.

d) La dépossession d'instruments financiers à ordre peut être établie par un endossement régulier indiquant que les instruments financiers ont été constitués en gage.

(3) *(Loi du 20 mai 2011)* "Si le gage est constitué sur des instruments financiers autres que ceux énumérés au paragraphe (2), la dépossession se réalise à l'égard de tous les tiers lorsque la constitution du gage a été notifiée à ou acceptée par l'émetteur des instruments financiers nantis ou, si les instruments financiers sont tenus par un tiers-détenteur de gage, par la notification à ou l'acceptation de celui-ci. "

La notification et l'acceptation du gage s'effectuent soit par acte authentique, soit par un acte sous seing privé. Dans ce dernier cas, si un tiers conteste la date de la notification ou de l'acceptation du gage, la preuve de cette date peut être rapportée par tous les moyens.

Même avant la notification ou l'acceptation, le débiteur peut se voir opposer le gage, s'il est prouvé qu'il en a eu connaissance.

(Loi du 20 mai 2011)

(4) Si le gage est constitué sur des créances, la dépossession se réalise à l'égard du débiteur et des tiers par la conclusion du contrat de gage. Néanmoins, le débiteur d'une créance donnée en gage se libère valablement entre les mains du constituant du gage tant qu'il n'a pas connaissance de la constitution du gage. La mise en gage d'une créance emporte le droit pour le créancier gagiste d'exercer les droits du constituant du gage liés à la créance gagée."

(5)⁵ Le créancier gagiste dispose dans tous les cas d'un droit de rétention sur les avoirs nantis en sa faveur.

(6)⁶ Le rang des gages est déterminé par rapport à la date où ils ont été rendus opposables aux tiers.

Art. 6.

(1) Si un avoir constitué en gage en faveur d'un premier créancier gagiste est constitué en gage par le constituant du gage en faveur d'un autre créancier gagiste, la mise en possession de ce dernier créancier gagiste se réalise comme suit:

a) pour les instruments financiers transmissibles par inscription en compte, nantis conformément à l'article 5 (2)a) en faveur d'un premier créancier gagiste:

(Loi du 20 mai 2011)

(i) si le compte pertinent est ouvert au nom du constituant du gage, par l'acceptation des créanciers gagistes de rang supérieur;

(ii) si le compte pertinent est ouvert au nom d'un créancier gagiste de rang supérieur, par l'acceptation de ce dernier et de tout autre créancier gagiste de rang supérieur;

(iii) si le compte pertinent est ouvert au nom d'une tierce personne, par l'acceptation de cette tierce personne d'agir comme tiers convenu et des créanciers gagistes de rang supérieur;

b) pour les instruments financiers au porteur, nantis conformément à l'article 5 (2)b) en faveur d'un premier créancier gagiste:

(i) si les instruments financiers ont été remis à un créancier gagiste, par l'acceptation de ce dernier d'agir comme tiers convenu et de tout autre créancier gagiste de rang supérieur;

(ii) si les instruments financiers ont été remis à un tiers convenu, par l'acceptation des créanciers gagistes de rang supérieur;

⁵ Renuméroté par la loi du 20 mai 2011

⁶ Renuméroté par la loi du 20 mai 2011

c) pour les instruments financiers nominatifs, nantis conformément à l'article 5 (2)c) en faveur d'un premier créancier gagiste, suivant les modalités indiquées à cet article;

d) pour les instruments financiers à ordre par un endossement régulier indiquant que les instruments financiers ont été constitués en gage en faveur du créancier gagiste inférieur en rang;

(Loi du 20 mai 2011)

e) pour les instruments financiers, autres que ceux visés à l'article 6 (1) a) à d), nantis conformément à l'article 5 (3) en faveur de créanciers gagistes de rang supérieur, par l'acceptation ou la notification de la personne destinataire de la notification requise à l'article 5 (3) et par l'acceptation de créanciers gagistes de rang supérieur.

f) pour les créances nanties conformément à l'article 5 (4) en faveur de créanciers gagistes de rang supérieur, par l'acceptation de ces créanciers gagistes. Néanmoins, le débiteur d'une créance donnée en gage pourra se libérer valablement entre les mains du constituant du gage ou de tout autre créancier gagiste tant qu'il n'a pas connaissance de la constitution du gage.

(2) Le tiers convenu doit être informé de chaque mise en gage.

(3) Le constituant du gage ne peut constituer des avoirs nantis en faveur d'un premier créancier gagiste en gage en faveur d'un autre créancier gagiste, si le premier créancier gagiste dispose d'un droit d'utilisation sur ces avoirs.

(4) En cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie en faveur du créancier gagiste de premier rang, ce dernier pourra exécuter son gage conformément à l'article 11. Si le produit de réalisation excède sa créance garantie, le solde restera nanti en faveur des autres créanciers gagistes et sera remis au tiers convenu ou si ce tiers convenu est le créancier gagiste de premier rang, le solde sera remis aux autres créanciers gagistes suivant les termes de leur accord, à moins que le créancier gagiste de premier rang n'accepte de continuer à agir comme tiers convenu. A défaut d'accord entre ces créanciers gagistes endéans le délai imparti par le créancier gagiste de premier rang, ce dernier remettra le solde entre les mains d'un établissement de crédit établi au Luxembourg qui le conservera comme séquestre pour les créanciers de rang inférieur.

(5) En cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie en faveur d'un créancier gagiste, autre que le créancier gagiste de premier rang, ce créancier gagiste devra tenter de trouver avec les créanciers gagistes de rang supérieur un accord sur le mode de réalisation des avoirs nantis, sur l'ordre de règlement et sur la répartition du produit de réalisation.

A défaut d'accord entre ces créanciers gagistes, le créancier gagiste le plus diligent pourra saisir le président du tribunal d'arrondissement, statuant en référé, les autres créanciers gagistes appelés en cause, en vue de la fixation du mode de réalisation des avoirs nantis, de l'ordre de règlement et de la répartition du produit de réalisation entre ces créanciers gagistes.

La part du produit de réalisation revenant aux créanciers gagistes n'ayant pas provoqué la réalisation restera nantie en leur faveur.

L'appel et l'opposition contre l'ordonnance de référé sont régis par l'article 939 du Nouveau Code de procédure civile. L'arrêt d'appel n'est pas susceptible de cassation.

(6) Le créancier gagiste qui perçoit le produit de réalisation d'un gage dans l'ignorance légitime de l'existence d'un créancier gagiste de rang supérieur, peut conserver ce produit de réalisation à hauteur de sa créance garantie.

Le créancier gagiste qui, après la réalisation de son gage, a restitué la partie du produit de réalisation ou des avoirs nantis qui excèdent sa créance garantie au constituant du gage, sans avoir reçu notification de l'existence d'autres créanciers gagistes, n'engage pas sa responsabilité.

Art. 7.

Le constituant du gage est présumé être propriétaire des instruments financiers constitués en gage. La validité du gage n'est pas affectée par l'absence de droit de propriété du constituant du gage sur les instruments financiers nantis, sauf si le créancier gagiste a été averti, au préalable et par écrit, de l'absence de droit de propriété du constituant du gage, le tout sans préjudice de la responsabilité de ce dernier. Si le constituant du gage a averti le bénéficiaire du gage qu'il n'est pas le propriétaire des instruments financiers constitués en gage, la validité du gage est subordonnée à la confirmation du constituant du gage qu'il a obtenu l'accord du propriétaire des instruments financiers à la mise en gage.

Les dispositions de l'alinéa qui précède sont également applicables aux autres contrats de garantie financière et aux conventions de compensation visées par la présente loi.

Art. 8.

Sauf convention contraire, le créancier gagiste de premier rang perçoit aux échéances les capitaux et, s'il y a lieu, les fruits et les produits des avoirs donnés en gage, et soit les impute sur sa créance soit les conserve comme avoirs nantis en sa faveur.

Art. 9.

(Loi du 20 mai 2011)

L'attribution de l'exercice des droits attachés aux instruments financiers nantis est régie par la convention des parties.

A défaut de convention contraire, ces droits demeurent acquis au constituant du gage, sauf si un droit d'utilisation a été conféré au créancier gagiste auquel cas ces droits sont acquis à ce dernier.

Art. 10.

- (1) Les parties peuvent convenir que le créancier gagiste a un droit d'utilisation sur les instruments financiers et sur les créances de sommes d'argent nantis en sa faveur. Aucun droit d'utilisation ne peut être accordé à un créancier gagiste autre que le créancier gagiste premier en rang sans l'accord de tous les créanciers gagistes de rang supérieur.
- (2) Si un droit d'utilisation est conféré au créancier gagiste, ce dernier a (i) l'obligation de transférer, au plus tard à la date prévue pour l'exécution des obligations financières couvertes, une garantie équivalente pour remplacer les instruments financiers et les créances de sommes d'argent constitués en gage à l'origine ou (ii), si les parties sont ainsi convenues, le droit de réaliser les instruments financiers et les créances de sommes d'argent nantis par voie de compensation ou les affecter en décharge des obligations financières couvertes. Si un fait entraînant l'exécution de la garantie se produit alors que l'obligation sub (i) est encore inexécutée, ladite obligation peut faire l'objet d'une compensation avec déchéance du terme.
- (3) Les instruments financiers et les créances de sommes d'argent nantis sont réputés rester en possession du créancier gagiste nonobstant l'exercice par ce dernier de son droit d'utilisation. La garantie équivalente transférée conformément au paragraphe (2) est soumise au même contrat de gage que celui auquel étaient soumis les instruments financiers et les créances de sommes d'argent remis originellement nantis et est considérée comme ayant été remise au moment de la constitution de la garantie initiale en vertu du contrat de gage.

- (4) Si le gage est constitué sur des instruments financiers transmissibles par inscription en compte et si le créancier gagiste exerce son droit d'utilisation sur ces instruments financiers nantis en sa faveur par voie de mise en gage, de transfert de propriété à titre de garantie ou de mise en pension, la dépossession en faveur du nouveau créancier gagiste ou le transfert de propriété en faveur du cessionnaire peuvent être réalisés par la désignation dans le compte du constituant du gage originaire dans les livres du dépositaire.

Art. 11.

- (1) En cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie, le créancier gagiste peut, sauf convention contraire, sans mise en demeure préalable, soit:

(Loi du 20 mai 2011)

- a) s'approprier ou faire approprier par un tiers ces avoirs au prix déterminé, avant ou après leur appropriation, suivant le mode d'évaluation convenu entre les parties; soit"
 - b) céder ou faire céder les avoirs nantis par vente de gré à gré à des conditions commerciales normales, par une vente en bourse ou par vente publique; soit
 - c) faire ordonner en justice que les avoirs nantis lui demeureront en paiement jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par expert; soit
 - d) procéder à une compensation conformément à la partie V ci-après; soit
 - e) s'agissant d'instruments financiers, s'approprier ces instruments financiers au prix en cours, s'ils sont admis à la cote officielle d'une bourse située à Luxembourg ou à l'étranger ou négociés sur un marché réglementé en fonctionnement régulier, reconnu et ouvert au public ou au prix de la dernière valeur nette d'inventaire publiée, s'il s'agit de parts ou d'actions d'un organisme de placement collectif calculant et publiant régulièrement une valeur nette d'inventaire.
- (2) Si les parties sont convenues d'une vente publique, celle-ci sera, sauf convention contraire, effectuée à et par la Bourse de Luxembourg à la date et à l'heure publiées par cette dernière.
- (3) Si le gage est constitué par des instruments financiers tenus auprès d'un tiers convenu, ce tiers remettra ces instruments financiers au créancier gagiste sur simple déclaration de la survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie et sans avoir à solliciter l'accord du constituant du gage ou à l'informer préalablement. Si le gage est constitué par une créance de somme d'argent due par un tiers, le créancier gagiste peut, dans les mêmes conditions, exiger de ce tiers le paiement entre ses mains à due concurrence de sa créance, le tout sans préjudice de l'article 1295 du Code civil.
- (4) Le droit accordé par le créancier gagiste au constituant du gage de disposer des avoirs nantis n'affecte pas la dépossession des avoirs nantis dont le constituant du gage ne dispose pas.

Art. 12.

Nonobstant les dispositions de l'article 189 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, l'agrément de l'assemblée générale des associés n'est pas requis en cas de réalisation totale ou partielle d'un gage portant sur toutes les parts d'une société à responsabilité limitée et accordé, lors de la constitution, à une personne ou à plusieurs personnes dans le cadre d'une même opération.

Dans les autres cas, l'agrément peut être donné dans les conditions de l'article 189 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales à tout moment avant la réalisation en faveur soit d'une ou plusieurs personnes ou groupes de personnes identifiées, soit de personnes non-identifiées. Un tel agrément est irrévocable.

Au cas où dans le cadre de la réalisation, les parts sont cédées à une personne agréée non-identifiée et que la réalisation du gage n'est pas faite par vente publique annoncée préalablement par écrit à la société, les associés, à l'exclusion du cédant et du cessionnaire des parts sociales nanties, pourront, dans le mois suivant la notification de la cession à la société, soit racheter eux-mêmes les parts sociales nanties au prix de réalisation, soit faire racheter ces parts par la société au prix de réalisation.

PARTIE III: Le transfert de propriété à titre de garantie

Art. 13.

La présente loi s'applique aux opérations de transfert de propriété à titre de garantie d'avoirs, y compris par voie fiduciaire. Si le transfert de propriété est effectué par voie fiduciaire, le fiduciaire doit être un professionnel de la finance.

Les opérations visées à l'alinéa précédent sont celles qui consistent dans le transfert de la propriété d'avoirs appartenant ou venant à appartenir au cédant, sans qu'il soit besoin de les spécifier, au cessionnaire en vue de garantir les obligations financières couvertes du cédant ou d'un tiers envers le cessionnaire et qui comprennent un engagement du cessionnaire de retransférer les avoirs transférés ou d'autres avoirs équivalents selon la convention des parties, sauf en cas d'inexécution totale ou partielle des obligations financières couvertes.

Elles consistent également dans le transfert de la propriété d'avoirs destinés à assurer, en cours de contrat, l'équilibre convenu entre les prestations des parties, soit pour une opération déterminée, soit globalement pour tout ou partie des opérations entre les cocontractants.

Art. 14.

- (1) Les restrictions à l'exercice du droit de propriété convenues entre le cédant et le cessionnaire n'affectent pas la nature du droit de propriété conféré au cessionnaire.
- (2) Le transfert de propriété à titre de garantie d'instruments financiers inscrits en compte prend effet au plus tard entre parties et devient opposable aux tiers lors de l'inscription dans un compte ouvert au nom du cessionnaire ou d'un tiers convenu agissant au profit du cessionnaire ou de leur désignation, dans un compte ouvert au nom du cédant, comme étant la propriété du cessionnaire.

Le transfert de propriété à titre de garantie d'instruments financiers non inscrits en compte ou de créances prend effet entre parties et devient opposable aux tiers dès l'accord des parties. Néanmoins, le débiteur d'une créance cédée se libère valablement entre les mains du cédant tant qu'il n'a pas connaissance du transfert de sa dette au cessionnaire. (*Loi du 20 mai 2011*) "Le transfert de propriété à titre de garantie d'une créance emporte le droit pour le cessionnaire d'exercer les droits du cédant liés à la créance cédée. "

- (3) En cas d'inexécution totale ou partielle des obligations financières couvertes, le cessionnaire est libéré de son obligation de retransfert à concurrence de sa créance sur le cédant ou le tiers garanti selon les modalités d'extinction ou de compensation convenues entre les parties, et, sauf convention contraire, sans mise en demeure préalable.
- (4) Lorsqu'un transfert de propriété à titre de garantie est conclu par voie fiduciaire avec un cessionnaire professionnel de la finance, les dispositions des articles 5 à 9 de la loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires sont applicables, outre les dispositions de la présente loi. Les parties peuvent conventionnellement exclure l'application de l'article 7(6) de la loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires.

PARTIE IV: La mise en pension

Art. 15.

La présente loi s'applique aux opérations de mise en pension de biens ainsi qu'aux transferts de biens effectués afin d'assurer, en cours de contrat, l'équilibre entre les obligations des parties, soit pour une opération de mise en pension déterminée, soit globalement pour tout ou partie des opérations entre les cocontractants.

Art. 16.

- (1) Il y a opération de mise en pension au sens de la présente loi lorsqu'un cédant cède à un cessionnaire contre paiement d'un prix un bien et lorsque l'obligation ou l'option de rétrocession ultérieure de ce bien ou d'un bien équivalent au cédant est prévue à un prix convenu d'avance.
- (2) L'opération de mise en pension peut porter sur toutes sortes de biens corporels ou incorporels.
- (3) La mise en pension d'instruments financiers inscrits en compte prend effet au plus tard entre parties et devient opposable aux tiers lors de l'inscription dans un compte ouvert au nom du cessionnaire ou d'un tiers convenu agissant au profit du cessionnaire, ou de leur désignation, dans un compte ouvert au nom du cédant, comme étant la propriété du cessionnaire.
- (4) Au terme de la mise en pension, le cédant a l'obligation de reprendre le bien mis en pension ou un bien équivalent. Le cessionnaire a, suivant les conditions arrêtées entre parties, soit l'obligation soit le droit de rétrocéder le bien mis en pension ou un bien équivalent.
- (5) Si le cessionnaire a l'obligation de rétrocéder le bien, il s'agit d'une opération de mise en pension sur la base d'une convention d'achat et de revente fermes.
- (6) Si le cessionnaire a le droit de rétrocéder le bien, il s'agit d'une opération de mise en pension sur la base d'une convention d'achat ferme et d'option de revente.

Art. 17.

La cession et la rétrocession d'un bien dans le cadre d'une opération de mise en pension constituent des transferts effectifs de propriété. Si les parties en conviennent ainsi, la même règle vaut pour les biens substitués aux biens initiaux ou transférés à titre de marge de couverture en cours de contrat. La rétrocession n'affecte pas rétroactivement le droit de propriété du cessionnaire sur le bien cédé durant la période de mise en pension.

PARTIE V: La compensation et les procédures collectives

Art. 18.

Les compensations entre avoirs, opérées en cas de mesures d'assainissement, de procédure de liquidation ou de toute autre situation de concours, sont valables et opposables aux tiers, aux commissaires, aux curateurs et aux liquidateurs ou autres organes similaires, quels que soient les dates d'exigibilité, leurs objets ou les monnaies dans lesquelles elles sont libellées, à condition qu'elles résultent d'opérations qui font l'objet de conventions ou de clauses de compensation bilatérales ou multilatérales entre deux ou plusieurs parties. Ces compensations sont également valables et opposables lorsqu'elles sont effectuées par l'intervention d'organismes à caractère public ou de professionnels du secteur financier chargés de la compensation et du règlement de paiements ou d'opérations sur instruments financiers. La compensation est faite, sauf convention contraire, sans mise en demeure préalable.

Art. 19.

Les clauses de connexité entre avoirs ainsi que les clauses de résolution, de résiliation, d'indivisibilité, d'exigence de marges de couverture, de substitution, les clauses de compensation avec déchéance du terme, les modalités d'évaluation et de compensation et toutes autres clauses stipulées pour permettre les compensations visées à l'article précédent sont également valables et opposables aux tiers, aux commissaires, aux curateurs et aux liquidateurs ou autres organes similaires, et produisent effet:

(Loi du 20 mai 2011)

- a) nonobstant l'engagement ou la poursuite d'une mesure d'assainissement ou d'une procédure de liquidation et indépendamment du moment où ces clauses, y compris de compensation, ont été convenues ou exécutées,
- b) nonobstant toute saisie civile, pénale ou judiciaire ou confiscation pénale ainsi que toute cession ou autre aliénation alléguée des droits concernés ou concernant lesdits droits.

Art. 20.

- (1) Les contrats de garantie financière d'avoirs ainsi que les faits entraînant l'exécution de la garantie, les contrats de compensation et les modalités d'évaluation et d'exécution convenues entre les parties conformément à la présente loi sont valables et opposables aux tiers, commissaires, curateurs, liquidateurs et autres organes similaires nonobstant l'existence d'une mesure d'assainissement, d'une procédure de liquidation ou la survenance de toute autre situation de concours, nationale ou étrangère.
- (2) La résiliation, l'évaluation, l'exécution et la compensation effectuées en raison d'une voie d'exécution ou d'une mesure conservatoire, y compris une mesure prévue à l'article 19 b), sont réputées intervenues avant une telle procédure.
- (3) Sauf convention contraire, l'ouverture d'une procédure de liquidation, mesure d'assainissement ou toute autre situation de concours, nationale ou étrangère, relativement à l'une ou l'autre des parties à une opération de mise en pension, intervenue après cession du bien du cédant au cessionnaire, ne dispense pas les parties d'effectuer la rétrocession aux conditions convenues. Toutefois, la mesure d'assainissement, la procédure de liquidation ou toute autre situation de concours libèrent, en tout état de cause, les deux parties de leurs obligations respectives, si et dans la proportion où la rétrocession ne peut plus s'effectuer aux conditions convenues ou autrement suivant les règles de compensation prévues entre parties.

(4) A l'exception des dispositions de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement, les dispositions du Livre III, Titre XVII du Code Civil, du Livre 1^{er} Titre VIII et du Livre III du Code de commerce ainsi que les dispositions nationales ou étrangères régissant les mesures d'assainissement, les procédures de liquidation, les autres situations de concours et les saisies ou autres mesures visées au point b) de l'article 19 ne sont pas applicables (*Loi du 20 mai 2011*) "aux contrats de garantie financière, aux contrats de compensation et aux renonciations visées par les articles 2 (5) et 2 (6)," et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats et à l'exécution par les parties de leurs obligations notamment de retransfert ou de rétrocession.

Les mêmes règles valent en cas de décès ou d'incapacité du constituant de la garantie financière, du débiteur des obligations financières couvertes ou d'une partie à un contrat de compensation.

Art. 21.

(1) Les contrats de compensation et les contrats de garantie financière conclus ainsi que la constitution d'avoirs en garantie en vertu d'un contrat de garantie financière faite le jour de l'ouverture d'une procédure de liquidation ou de la prise d'effet d'une mesure d'assainissement, mais avant le prononcé de la décision d'ouverture d'une telle procédure ou de prise d'effet d'une telle mesure, sont valables et opposables aux tiers, commissaires, liquidateurs, curateurs ou autres organes similaires.

(2) Lorsqu'un contrat de compensation ou un contrat de garantie financière a été conclu ou qu'une obligation financière couverte a pris effet ou lorsque des avoirs ont été constitués en garantie à la date d'ouverture d'une procédure de liquidation ou de la prise d'effet de mesures d'assainissement, mais après l'ouverture de cette procédure de liquidation ou de la prise d'effet de ces mesures d'assainissement, ce contrat produit ses effets juridiques et est opposable aux tiers, commissaires, curateurs, liquidateurs et aux organes similaires si le preneur de la garantie prouve qu'il ignorait que cette procédure avait été ouverte ou que ces mesures avaient été prises ou qu'il ne pouvait raisonnablement le savoir.

(3) Les dispositions des paragraphes (1) et (2) s'appliquent également aux paiements faits par une personne le jour de l'ouverture d'une procédure de liquidation ou de prise d'effet d'une mesure d'assainissement la concernant.

(4) Les requêtes en vue de la prise de mesures d'assainissement et les décisions judiciaires ouvrant une procédure de liquidation devront porter le jour et l'heure de leur prise d'effet.

Art. 22.

Est nulle et ne fait pas obstacle à la réalisation d'une garantie financière une opposition pratiquée en vertu de la législation concernant la perte des titres entre la date de l'envoi de la mise en demeure convenue entre parties et la date de réalisation de la garantie financière, sans que cependant l'intervalle compris entre ces deux dates puisse dépasser un mois.

PARTIE VI: Dispositions de droit international privé

Art. 23.

- (1) Toute question concernant l'un des éléments énumérés au paragraphe (2) ci-après qui se pose au sujet d'une "garantie financière"⁷ sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte est réglée selon la loi du pays où le compte pertinent est situé. La référence à la loi du pays désigne le droit interne de ce pays, nonobstant toute règle stipulant que la question considérée doit être tranchée selon la loi d'un autre pays.
- (2) Les éléments visés au paragraphe (1) sont les suivants:
- a) la nature juridique et les effets réels de la "garantie financière"⁸ sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte;
 - b) les exigences relatives à la constitution d'une "garantie financière"⁹ sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte "en vertu d'un contrat de garantie financière"¹⁰ et, plus généralement, l'accomplissement des formalités nécessaires pour rendre un tel contrat et une telle constitution opposables aux tiers;
 - c) le fait de savoir si le droit de propriété ou un autre droit d'une personne à une telle "garantie financière"¹¹ sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte est éteint ou primé par un droit de propriété ou un autre droit concurrent ou lui est subordonné ou si une acquisition de bonne foi a eu lieu;
 - d) les obligations du teneur du compte pertinent envers une personne autre que le titulaire du compte pertinent qui revendique des droits concurrents sur des instruments financiers inscrits en compte auprès de ce teneur à l'encontre du titulaire du compte pertinent ou d'une autre personne;
 - e) les conditions de réalisation¹² de la garantie financière sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte à la suite de la survenance d'un événement entraînant l'exécution;
 - f) l'étendue du contrat de garantie financière portant sur des instruments financiers inscrits en compte aux droits aux dividendes, revenus, ou autres distributions, ou aux remboursements, produits de cession ou tous autres produits.

Art. 24.

(Loi du 20 mai 2011)

Les dispositions nationales visées à l'article 20 (4) sont inapplicables, au cas où le constituant d'une garantie financière ou de toute autre garantie similaire à laquelle une loi étrangère s'applique, ou la partie défaillante dans une opération de mise en pension ou à un arrangement de compensation auxquels une loi étrangère s'applique est établi à Luxembourg ou y réside.

⁷ Modifié par la loi du 20 mai 2011

⁸ Modifié par la loi du 20 mai 2011

⁹ Modifié par la loi du 20 mai 2011

¹⁰ Modifié par la loi du 20 mai 2011

¹¹ Modifié par la loi du 20 mai 2011

¹² Terminologie utilisée par la directive 2002/47/CE

PARTIE VII: Dispositions modificatives et abrogatoires

Art. 25.

- (1)a) Les articles 112, 114(3), 118 et 119(1) du Code de commerce sont abrogés.
- b) L'article 113 du Code de commerce est modifié comme suit: "Les parties contractantes peuvent convenir que pour garantir les engagements présents et futurs du débiteur, tous les biens appartenant ou venant à appartenir au bailleur de gage et dont le créancier ou un tiers à convenir sont ou seront détenteurs ou débiteurs, sont ou seront soumis au nantissement, sans qu'il soit nécessaire de les spécifier."
- c) Le paragraphe (4) de l'article 114 est renuméroté et devient le paragraphe (3) du même article. Le premier alinéa de ce paragraphe est modifié comme suit: "La dépossession se réalise également à l'égard de tous tiers lorsque la constitution du gage a été notifiée au débiteur ou au tiers-détenteur du gage, s'il y en a un, ou par l'acceptation du débiteur ou du tiers-détenteur."
- (2) La loi du 21 décembre 1994 relative aux opérations de mise en pension est abrogée.
- (3) La loi du 1^{er} août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie est abrogée. Toutes les références à la loi du 1^{er} août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie se liront désormais comme des références à la présente loi sur les contrats de garantie financière.
- (4)a) L'article 9 de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles est abrogé.
- b) L'article 17 de la même loi est modifié comme suit:
- Les dépositaires qui opèrent à titre principal un système de règlement des opérations sur titres bénéficient d'un privilège sur tous les titres, créances, monnaies et autres droits qu'ils détiennent en compte comme avoirs propres d'un participant en rapport avec le système qu'ils opèrent, non grevés de garanties dûment notifiées au ou acceptées par le dépositaire. Ce privilège garantit les créances de ces dépositaires sur un participant au système de règlement des opérations sur titres, nées à l'occasion du règlement ou de la liquidation des opérations sur titres et autres instruments financiers ou de la compensation y relative réalisées par le participant tant pour son propre compte que pour le compte de ses clients, y compris les créances nées de prêts ou d'avances.
- Les mêmes dépositaires bénéficient également d'un privilège sur tous les titres, créances, monnaies et autres droits qu'ils détiennent en compte comme avoirs des clients d'un participant en rapport avec le système qu'ils opèrent. Ce privilège garantit exclusivement les créances du dépositaire sur le participant nées à l'occasion du règlement ou de la liquidation des opérations sur titres et autres instruments financiers ou de la compensation y relative réalisées par le participant pour compte de clients, y compris les créances nées de prêts ou d'avances.
- Ces privilèges ne sont primés par aucun privilège général ou spécial, excepté ceux repris à l'article 2101 du Code Civil. Leur réalisation se fait conformément aux dispositions applicables aux gages sur instruments financiers et sur créances.
- Les privilèges qui précèdent ne s'appliquent pas aux avoirs détenus en compte auprès d'un dépositaire qui opère à titre principal un système de règlement des opérations sur titres par la Banque centrale européenne ou par une banque centrale nationale faisant partie intégrante du Système européen de banques centrales.
- Aux fins du présent article, " garantie " signifie tout élément d'actif réalisable, y compris de l'argent, fourni dans le cadre d'un nantissement, d'un accord de pension, d'un transfert fiduciaire ou d'un accord analogue, ou d'une autre manière, dans le but de

garantir les droits et obligations susceptibles de se présenter dans le cadre d'un système de règlement des opérations sur titres ou fourni aux banques centrales membres du Système européen de banques centrales ou à la Banque centrale européenne sur un tel élément d'actif réalisable.

- (5) L'article 61-23 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier est abrogé.
- (6) L'article 6 du règlement grand-ducal du 18 décembre 1981 concernant les dépôts fongibles de métaux précieux et modifiant l'article 1er du règlement grand-ducal du 17 février 1971 concernant la circulation de valeurs mobilières est complété par un second alinéa qui se lit comme suit: "L'exécution d'un tel gage s'effectue conformément aux dispositions de l'article 11 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière."

PARTIE VIII: Dispositions finales

Art. 26.

Les actes constatant un contrat de garantie financière ne sont pas soumis aux formalités de l'enregistrement. Ils sont enregistrés au droit fixe s'ils sont présentés à la formalité de l'enregistrement.

Art. 27.

La présente loi s'applique aux contrats de garantie financière conclus avant son entrée en vigueur.

Art. 28.

La référence à la présente loi peut se faire sous une forme abrégée en recourant à l'intitulé suivant: "Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière".