




# Journée de l'ALJB 2024

Diagonales au travers du droit bancaire et financier  
au Luxembourg

Mardi 11 juin 2024

8.00 – 16.00 heures

Spuerkeess – BCEE



# Les nouvelles obligations environnementales, sociales et de gouvernance (ESG) du banquier au regard du droit de la responsabilité civile



Emmanuelle Mousel

Arendt & Medernach

11 juin 2024

[arendt.com](https://www.arendt.com)

CONFIDENTIALITY REMINDER

This document is confidential and is intended solely for its recipient.  
Do not distribute outside your organisation.





## Contacts



**Emmanuelle Mousel**

Partner

Banking & Financial Services  
Insurance & Reinsurance





# Table des matières

**1. Pourquoi ce sujet?**

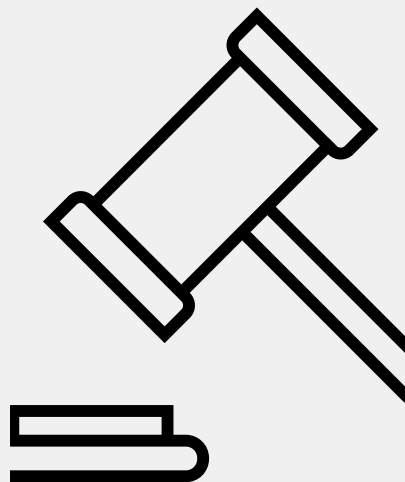
**2. La qualification civile des obligations ESG**

**3. Le régime de responsabilité lié aux obligations ESG**

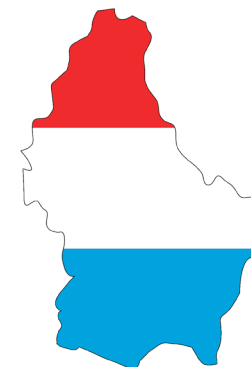
**4. Conclusion**



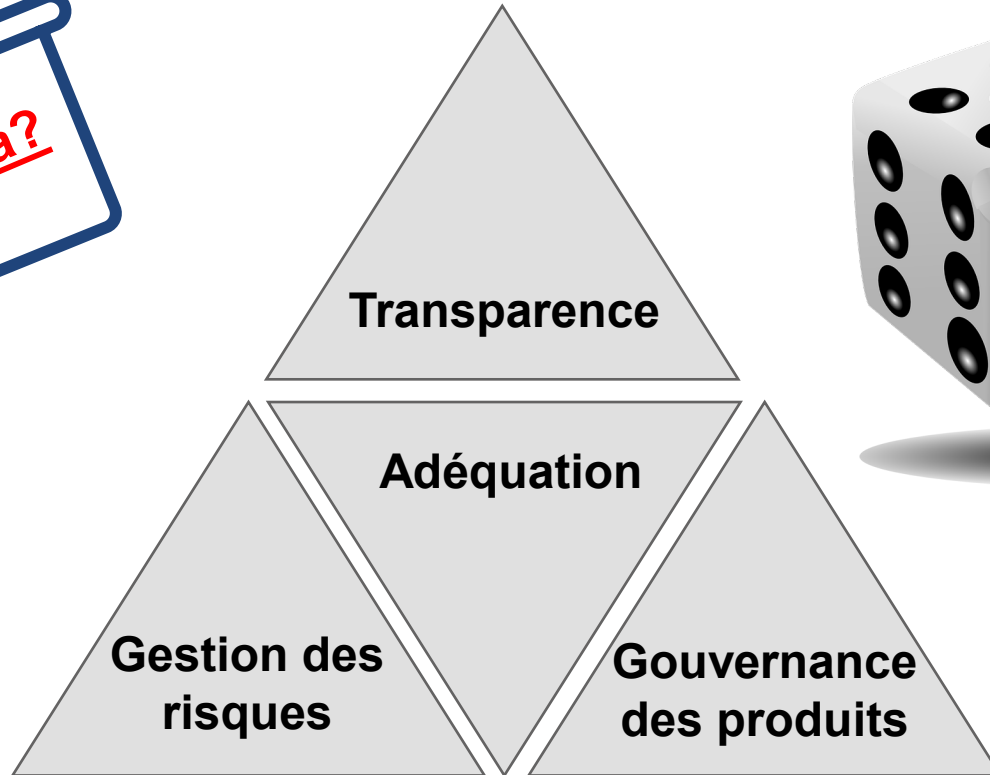
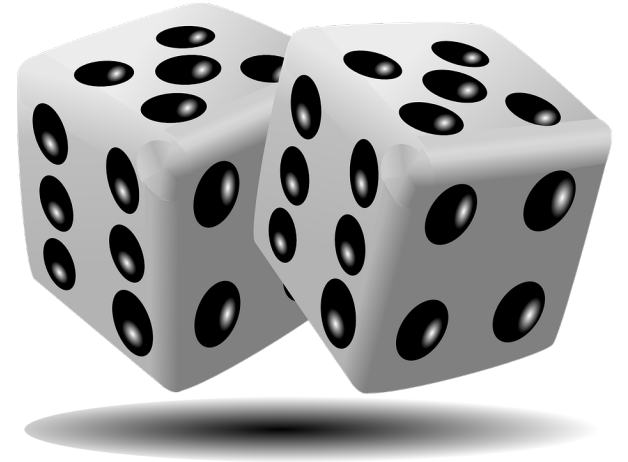
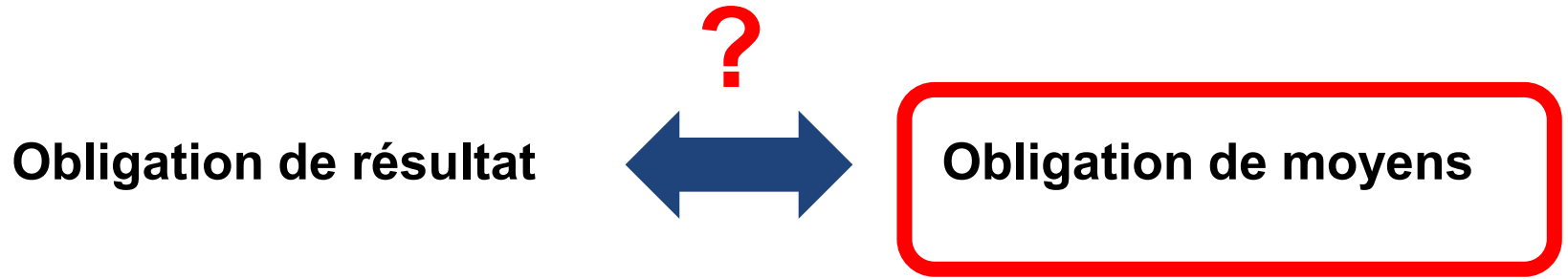
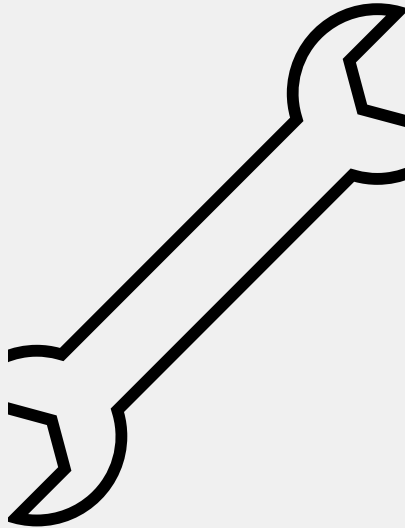
## Pourquoi ce sujet?



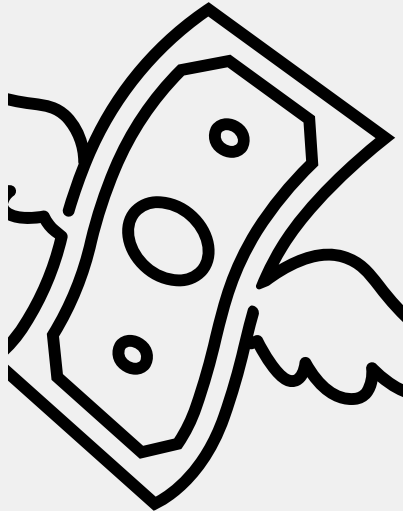
**Risque de contentieux civil**



# La qualification civile des obligations ESG



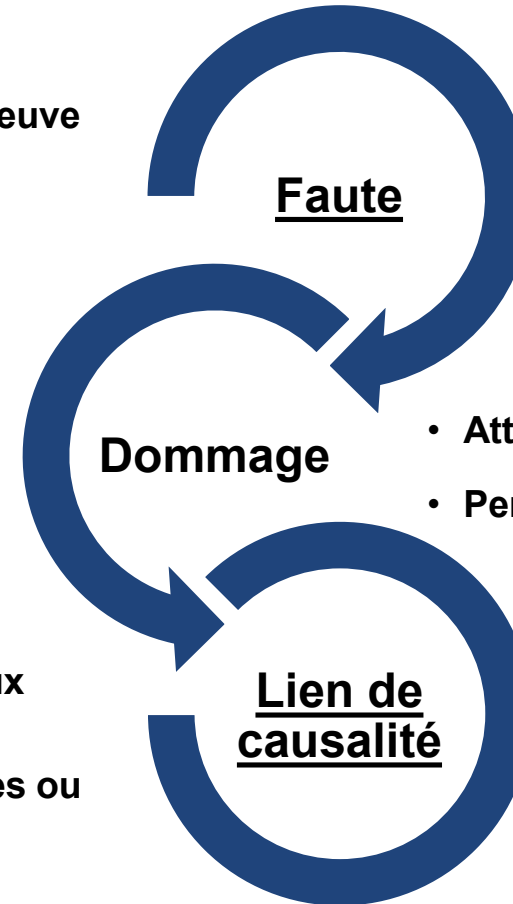
## Le régime de responsabilité lié aux obligations ESG



### Rappel:

Violation d'une norme professionnelle réglementaire = base légale pour action en responsabilité civile

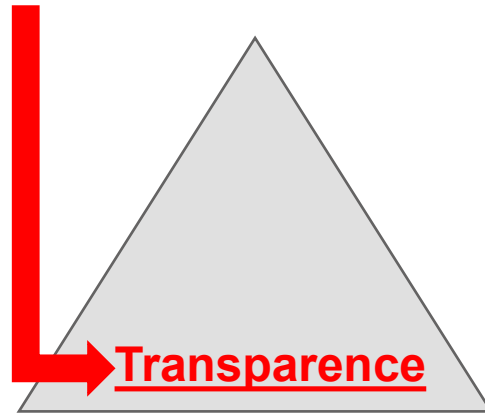
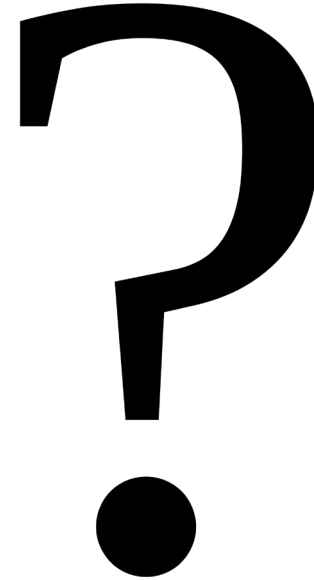
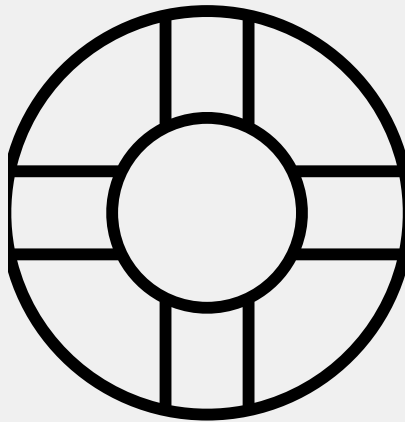
- Lourdeur de charge de la preuve



- Atteinte à l'intérêt général
- Perte d'une chance

- Cause externe étrangère aux agissements de la banque
- Pluralité de causes indivises ou indissociables

## Conclusion





Merci!



## Luxembourg Legal Opinions in Finance: The Delicate “Transplant” of a Common Law Practice into Civil Law

**Denis Van den Bulke**

Avocat à la Cour, Luxembourg  
Avocat Bruxelles

Journée de l’ALJB 2024



## Objet et objectifs de l'article

---

La pratique de l'émission de « *Legal Opinions* », ou opinions juridiques a connu une croissance significative dans les pays de droit civil, résultant d'une hégémonie également croissante des pratiques anglo-saxonnes.

Si la matière a été largement traitée dans la littérature juridique anglo-saxonne, ce n'est guère le cas à Luxembourg.

L'émission de *Legal Opinions* se révèle parfois un exercice fastidieux et sujets à négociations.

Notre article poursuit plusieurs buts, parmi lesquels :

- Informatif
- Didactique
- Explicatif et comparatif
- Culturel
- Politique Juridique

Il est rédigé en anglais afin de permettre une meilleure diffusion auprès des avocats étrangers, intéressés par notre juridiction

Il ne constitue toutefois pas une discussion, un commentaire ou un vade-mecum sur la rédaction d'une *Legal Opinion*

A cet égard, les cabinets d'avocats internationaux ont développé des manuels internes à l'attention de leurs avocats rédacteurs de *Legal opinion*

# En quoi consiste la pratique de la Legal Opinion ?

---

Le concept d'opinion juridique ou « *Legal Opinion* » dans le cadre de ***Business Transactions*** :

***“At the closing of many business transactions, counsel for one party to the transaction delivers a letter to the other party expressing its conclusions on various matters of legal concern to that other party”***

La *Legal Opinion* permet dans le cadre d'une transaction d'évaluer le risque juridique potentiel qu'elle comporte et d'établir que la relation contractuelle que les parties entendent conclure est valablement constituée.

Le type de *Legal opinion* revue dans notre article concerne seulement les *Clean Opinions* par opposition aux *Reasoned Opinions*.

*Une Clean Opinion* établit des conclusions en droit, mais n'en développe pas les arguments ou le raisonnement juridique justifiant ces conclusions.



# En quoi consiste la pratique de la Legal Opinion ?

---

Les *Legal Opinions* établissent ces conclusions selon un langage plus ou moins standardisé : le destinataire de ces conclusions attend de la *Legal opinion* qu'elle utilise ce langage précis, éventuellement sujet à qualification pour le cas où le langage est jugé inapproprié.

Objectifs visés:

- Un seul langage
- Une communication et compréhension communes des termes et concepts
- Une compréhension mutuelle et alignée des risques de la transaction
- Un référentiel commun

# Typologie des *Legal Opinions*

On distingue généralement :

- les *Capacity Opinions, Entity status Opinions or Due organization Opinion*;
- les *Enforceability ou Remedy Opinions*
- les *non-consolidation opinions*

Les *Capacity Opinions* et le *Enforceability Opinions* sont routinières dans les financements internationaux à Luxembourg

## Brève Anatomie d'une *Legal Opinion*

1. Description de la transaction, des destinataires (*Addressees*) et identification des personnes qui peuvent s'en prévaloir et sous quelles conditions (*reliance basis*)
2. Identification des documents revus pour les besoins de l'*Opinion*
3. Assomptions (*Assumptions*) sur base desquels l'opinion est donnée
4. L'opinion juridique
5. Les qualifications

# Bref Historique du développement de la pratique des *Legal Opinions*

- La pratique de la *Legal opinion* est essentiellement d'origine américaine : *real estate, finance, capital markets*
- Nécessité de s'assurer des conséquences juridiques de transactions dans un système de *Common Law* doté d'un corpus de règles moins prévisibles que le civil law
- Structure Fédérale avec multiplicité d'états et d'environnements législatifs et réglementaires différents
- La pratique remonte aux années 1970, quoiqu'alors très chaotique
- Des initiatives ont été prises pour unifier la pratique de la *Legal Opinion* entre les praticiens des différents états des Etats-Unis :
  - Par les 3 barreaux New-yorkais – rédaction du Tri-Bar report (première édition en 1979, puis révisions et addendas successifs en 1989, et 1991, etc..)
  - Par l'American Bar Association, au sein du legal Opinion Committee de la section Business law - rédaction du *Third-party legal opinion Report* (1991)
- Création d'une Customary Practice ayant deux buts :
  - Identifier les diligences à accomplir pour émettre certains types d'opinions
  - Donner une guidance quant à la manière d'interpréter et de comprendre la signification de certains mots ou phrases utilisées communément dans les *Legal Opinions*

# Les *Legal Opinions* dans le contexte international

---

- A la conférence de l'IBA à Vienne en 1984, le comité banking de la section Business Law a initié le projet d'émettre un « Opinion Report » analysant un modèle d'opinion, selon le format habituel demandé par les conseils américains aux *local counsels*.
- Le modèle est basé sur un accord de crédit soumis au droit de l'état de New-York.
- Une première version fut publiée en 1987 puis en 1989, et qui inclut des commentaires de juristes de différents pays.
- La version de 1997 inclut des commentaires du Luxembourg non précédemment impliqué dans la rédaction.



## « Lost in Translation ? »

---

A Luxembourg, les *Legal Opinions* ont été émises initialement à la demande des conseils Anglo-saxons (« Idiosyncrasie et acculturation ») :

- Rédigées en anglais
- Basées originellement sur des *templates* de droit Anglo-Saxon
- Énonçant des concepts juridiques de Common Law (*non assessable, estoppel, equity, trust, fraudulent conveyance*) qui sont parfois inappropriés en droit civil
- Néanmoins soumises au droit luxembourgeois sans avoir été jamais testées devant les tribunaux luxembourgeois

Conséquences :

- Discordances significatives dans l'approche des praticiens
- Complexification des négociations entre conseils
- Incertitude quant à la responsabilité des conseils
- Déficit de connaissance quant aux fondements sous-jacents d'une *Legal Opinion*
- Inflation d'«*assumptions*», de limitations et qualifications qui vident de sens et réduisent la valeur des *Legal Opinions*
- Attitude parfois interrogative des conseils de pays-tiers sur le mode de raisonnement des conseils locaux



# L'émission d'une Legal Opinion, une activité à haut risque ?

La Responsabilité des Conseils émettant une *Legal Opinion* est de deux types :

- La responsabilité vis-à-vis du client : responsabilité contractuelle
- La responsabilité vis-à-vis du tiers: responsabilité délictuelle/liability in tort but subject to *privity of contract*

Si en droit civil la situation semble claire, la responsabilité délictuelle s'applique vis-à-vis des tiers, en Common Law la question est plus controversée :

- Une action pour négligence requiert la preuve d'un «*duty of care*» du conseil imposé par la loi ou la jurisprudence.
- En la matière, les juridictions américaines sont divisées : certaines refusent l'existence de ce *duty of care* dans le cadre de l'émission d'une Legal Opinion en se basant sur le *Privity of Contract* tandis que d'autres argumentent de l'existence d'une telle obligation. La responsabilité est généralement plus large en droit américain.
- En droit Luxembourgeois, la question quant au cumul d'une responsabilité contractuelle vis-à-vis du client (l'emprunteur) mais aussi délictuelle vis-à-vis du tiers (le prêteur), pour la même *Legal opinion*, nous semble peu probable, l'une en principe excluant l'autre.

## Limitation de responsabilité

---

- Risque d'appel en garantie dans le cadre de l'émission des *Legal Opinions*.
- Nécessité de limiter le nombre *d'addressees* et inclure un disclaimer de *non-reliance* et d'absence de relation client (*Attorney-privileged relation*).
- Le cas des *Wrapping/Umbrella opinion* – Voir notre article pour deux cas de jurisprudence américaine intéressants.
- Les *assumptions* et limitations ne sont pas nécessairement exonératoires de responsabilité du conseil.
- Limitation contractuelle des garanties et revue des conditions de couverture d'assurance : exemple nantissement.
- La plupart des firmes internationales ont adopté des règles internes à respecter dans le cadre de l'émission de *Legal Opinions* (*Opinion Handbook*) et visant à réduire leur exposition au risque.



Notre Constat depuis 20 ans:

- Recours grandissant aux *Legal Opinions* dans les transactions financières :
  - Evolution positive de leur qualité
  - Croissance de leur fréquence
  - Préalable à tout closing de financement

Mais

- toutefois manque d'uniformisation
- grande variété d'assomptions, limitations ou qualifications
- peu d'inflexion dans la négociation du contenu de la *Legal Opinion*

## Conclusion

---



La *Legal opinion* n'est pas un exercice de mimétisme de la pratique de Common Law.

Elle doit certes répondre aux demandes de confort juridique requis par les conseils étrangers, sans sacrifier nos impératifs de droit civil.

Nécessité d'harmonisation de la pratique des Legal Opinions:

- Crédibilité de la place financière et de son standing juridique
- Adoption d'un modèle général d'opinion juridique, commentée, qui serait une source d'inspiration de référence pour les praticiens

Le Barreau de Luxembourg et l'ALJB pourraient prendre l'initiative de se pencher sur le sujet et créer une task force à cet effet... ?

A suivre .....

Merci de votre attention !





# Contact

---

## VANDENBULKE

 12c Impasse Drosbach  
L-1882 Luxembourg

 T | +352 26 383 350  
F | +352 26 383 349  
E | [contact@vdbl.com](mailto:contact@vdbl.com)

 [www.vdbl.com](http://www.vdbl.com)

Follow us on 

## KEY CONTACT

**Denis Van Den Bulke**  
Managing Partner  
T | +352 26 383 350 10  
[dv@vdbl.com](mailto:dv@vdbl.com)

**Nicolas Mille**  
Banking & Finance Partner  
T | +352 26 383 350 52  
[nmi@vdbl.com](mailto:nmi@vdbl.com)

# La voie parée et la saisie immobilière luxembourgeoise

Jean-Luc Schaus

Avocat à Cour

20, boulevard de la Foire L-1528 Luxembourg

[Jean-luc.schaus@jeitz-goerens.lu](mailto:Jean-luc.schaus@jeitz-goerens.lu)

# Définition de la clause de la voie parée

- Arrangement contractuel dans un contrat hypothécaire
- N'affecte pas la sûreté (rang)
- Aménagement de la réalisation (exécution) de l'hypothèque
- Pour contourner la complexité de la procédure de saisie immobilière « de droit commun »
- « De style » en droit luxembourgeois, interdite en France / Belgique

# La saisie immobilière de droit commun

## Contexte

- Corps de règles datant du code de procédure civile (français) de 1807
- Antérieur à la révolution industrielle
- Antérieur à la suppression (incomplète) des hypothèques occultes
- Antérieur au système bancaire moderne
  - Nécessité de protéger le vendeur, le prêteur de deniers par des hypothèques « automatiques », inscrites d'office
  - Fonction de banque, de justice décentralisée et de recette du notaire.
- Tentatives de modernisation au 19<sup>e</sup> siècle

# La saisie immobilière de droit commun :

## Contexte juridique

- Système devenu incohérent
  - Nullités de procédure : article 264 NCPC
  - Loi du 18 avril 1910 sur le régime hypothécaire
  - Loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers
- Tient compte du régime de privilèges et hypothèques occultes (publicités de la saisie)
- Commandement, saisie, transcription, cahier des charges, sommation créanciers et débiteurs, phase judiciaire, taxation, adjudication, surenchère, transcription, folle enchère

# Clause de voie parée

## Base légale

- Conditions et limites de la voie parée contractuelle prévues à l’art 879 du NCPC (inchangé depuis loi du 2 janvier 1889)
- Recouvrement fiscal : Extension (“vente conformément à l’art 879 du NCPC”)
  - à l’art 12 de la loi du 27 novembre 1933 pour le recouvrement des contributions directes (+ accises + cotisations S.S.)
  - à l’art 87 de la loi du 12 février 1979 concernant la tva

# Voie parée : champ d'application

- S'applique aux immeubles susceptibles de saisie (art 2204 du code civil)
- Pas explicitement prévu pour hypothèques maritimes, ou aériennes (mais ici : procédures de saisie beaucoup plus souple)
- Réalisation de suretés visées par la Convention du Cap (par exemple aéronefs) extrêmement libéral.

# Caractéristiques ; Conditions de validité

- Couchée dans un acte authentique
- Au moment de la constitution de l'hypothèque ou ensuite
- Une sorte de mandat que l'emprunteur donne au prêteur, d'adjuger la vente au nom de l'emprunteur (vente par une notaire)
- Créancier premier en rang au moment de la vente



# Modalités de la vente

- Vente publique, « dans la forme ordinaire et usitée pour les ventes volontaires » (donc pas une vente de gré à gré)
- Au moment de signer l'acte les parties peuvent fixer les conditions de la vente, et ont intérêt à le faire.
  - Par ex faculté de surenchère ;
  - Par ex délais entre affiches et ventes ;
  - Par ex facilités de paiement à l'acheteur proposé (privilège du vendeur) ;
  - On peut y fixer (ou ne pas fixer) le nom du notaire
  - Pacte comissoire (appropriation par créancier) reste interdit.
- Cahier des charges, à dresser par le notaire sur instruction du créancier.

# Protection du débiteur et des créanciers

- Doit être mentionnée dans le bordereau d'inscription
- Sommatation aux créanciers (cahier des charges, adjudication, délégation du prix au profit des créanciers inscrits)
- Commandement de payer trente jours avant la vente
  - contiendra désignation d'un autre notaire
- Article 932 NCPC : Référé sur « difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ».
  - Par exemple pour les clauses et conditions de la vente ; de l'adjudication ; du notaire
- Responsabilité contractuelle (règles du mandat dans le rapport créancier / débiteur)

# Effets d'une vente sur voie parée, après enchères

- Purge des hypothèques inscrites (pas de droit de suite) ; v. Art 854 al 7, 879 NCPC (action sur le prix), et jurisprudence
- Faculté de surenchère 1/6<sup>e</sup> 845 NCPC (mais délai de 8 jours), provoque une nouvelle vente aux enchères
- Transfert de propriété en faveur de l'adjudicataire par la transcription
- Conformément au cahier des charges (typiquement, exclusion des vices cachés...)

# Autres cas d'allègement de la saisie immobilière :

## (1) Saisie immobilière par le trésor public

- Art 12 L 27 novembre 1933. Art 83 LTVA
- Contributions directes, Sécurité Sociale, TVA
- Probablement contributions étrangères (art 9(1) L 21 Juillet 2012)
- Trésor public est toujours créancier hypothécaire, (mais pas les créances fiscales étrangères)
- Hypothèque occulte, d'une durée de cinq ans non renouvelable
- Hypothèque légale inscrite, sur base d'une contrainte administrative

# Conditions de la voie parée du trésor public

- Commandement de payer
- N'a pas besoin d'être créancier premier en rang. Si un autre créancier premier en rang, mise en demeure de procéder à la vente dans les huit jours francs
- Renvoi à l'art 879 NCPC (cahier de charges, surenchères...)

# Autres cas d'allègement de la saisie immobilière :

## (2) Procédure de conversion

- Article 880 NCPC
- Après saisie de droit commun transcrite
- « Intéressés » : poursuivant et saisi ; ensuite après sommation aussi les créanciers inscrits.
- Demande devant le président du tribunal, qui ordonne la vente et les modalités. Ordonnance non susceptible d'opposition ou d'appel.

# Faillite et voie parée

- Droit de la faillite ne prévoit pas le sort de la clause de la voie parée.
- Mais : Article 444 ccom (dépossession) ; Article 452 ff ccom (arrête saisie et voies d'exécution)
- Pour rappel : explication traditionnelle de la voie parée : « Une vente volontaire, tant dans sa forme que dans son principe, puisqu'elle est poursuivie par le créancier en vertu d'une délégation librement consentie par le débiteur » (t.a. 25/05/1988, 98810796)
- Logiquement, mise en échec par la procédure de faillite (ordre public)

# Code de la consommation

## Clauses abusives

- Article L211-2 Code de consommation : répute nulles les clauses abusives pas négociées individuellement créant un « *déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur* »
  - Article 3 directive 93/13/CEE « déséquilibre significatif ... »
- Article L.211-5 : Ces règles (interdiction clauses abusives) : pas applicables aux clauses contractuelles qui sont fixées directement ou indirectement notamment par des dispositions légales ou réglementaires.
  - Est-ce que l'article 879 NCPC « fixe directement ou indirectement (...) » ?
- Article L211-3 : « contrat d'adhésion » ? A priori non (notaire), selon jurisprudence, (responsabilité du notaire)



# Code de la consommation

## Crédits à la consommation

- Article L226-10 : (crédits) informations générales, inclusivement « *14. un avertissement concernant les éventuelles conséquences d'un non-respect des obligations liées au contrat de crédit immobilier* » à fournir.
- Article L226-22 : « *les prêteurs font preuve d'une tolérance raisonnable avant d'engager une procédure de saisie (...)* »
- Article L226-40 : « *clause en violation [des articles L226-1 et suivants] réputée nulle et non avenue* »

# Conclusion

- Saisie de droit commun : complexité
  - Phase judiciaire
  - Significations ; délais très rigides
  - Nullités absolues, pas de possibilité de renoncer volontairement aux procédures
  - La solution doit être une réforme générale, et non pas un régime d'exceptions
- Voie Parée crée un système de saisie à « trois vitesses »
  - Le fisc, les créanciers hypothécaires avec voie parée, les autres créanciers
  - Voie parée du fisc encourage le cloisonnement patrimonial
  - Pas de synchronisation avec droit de la faillite ; droit de la consommation.
- Coûts
  - Coût du crédit et de l'hypothèque : dilemme
    - Soit une hypothèque (couteuse car frais, risque de mauvaises enchères)
    - Soit un crédit non hypothéqué (couteux car risque élevé pour créancier)
  - Législation rigide, adjudication en dessous de la valeur vénale.

# L'agencement du droit commun et des normes dérogatoires

## Le cas du droit privé financier

Patrick Kinsch, Avocat à la Cour, Wurth Kinsch Olinger

Patrick Geortay, Avocat à la Cour, Linklaters LLP

# Pourquoi un tel foisonnement du droit dérogatoire ?

- Rôle moteur de la Place financière et de ses besoins
- Rappel du contexte :
  - Variété des segments de marché couverts par la Place;
  - Présence à Luxembourg d'infrastructures de marché (Bourse de Luxembourg; Clearstream);
  - Présence à Luxembourg d'institutions financières européennes (Banque Européenne d'Investissement; Mécanisme Européen de Stabilité)

# Pourquoi un tel foisonnement du droit dérogatoire ?

- Choix d'entités de droit luxembourgeois pour la structuration de nombreuses acquisitions et investissements internationaux
- Implication de ces entités dans les financements permettant ces acquisitions et *security package* de droit luxembourgeois grevant des actifs localisés à Luxembourg
- Produit phare de la Place : les fonds d'investissement, avec une croissance marquée des fonds d'investissement poursuivant des stratégies alternatives

# Pourquoi un tel foisonnement du droit dérogatoire ?

- Contexte de concurrence internationale, portant notamment sur les “produits juridiques” sur lesquels les produits financiers s’appuient
- Une sécurité juridique élevée des “produits juridiques” luxembourgeois est un impératif technique et concurrentiel

# Pourquoi un tel foisonnement du droit dérogatoire ?

- Au-delà du phénomène de Place financière, importance du droit européen et du droit international conventionnel dans un contexte de globalisation de l'économie ces trente dernières années
- Besoin de répondre aux évolutions technologiques
- Dimensions sociologique/politique/psychologique : le droit luxembourgeois est aussi un droit de praticiens

Cependant ...



# Tension entre le droit commun et le droit dérogatoire de la Place financière

- Le **droit commun** est un ensemble de règles ordinaires (Code civil), censées être équilibrées, éviter le spectaculaire, l'exorbitant, les privilèges.
- Le **droit dérogatoire** est formulé par des lois particulières, centrées sur l'efficacité économique et sur la promotion de ces produits législatifs sur le marché international des normes

# Tension entre le droit commun et le droit dérogatoire de la Place financière

- Les règles du **droit commun** ont, même dans un système libéral, typiquement aussi une fonction protectrice.
- Elles peuvent de ce fait paraître démodées aux uns.
- Les **règles dérogatoires** reposent typiquement sur la promotion d'un maximum d'autonomie des parties contractantes, sans interférence législative.
- Elles peuvent de ce fait paraître inquiétantes aux autres.

# Tension entre le droit commun et le droit dérogatoire de la Place financière

- Le **droit commun** a pendant longtemps (1990-2020) fait l'objet de négligence de la part du législateur luxembourgeois.
- Il est de ce fait devenu statique.
- Les **règles dérogatoires** sont dynamiques  
  
Exemple: les innombrables modifications de la loi de 2005 sur les contrats de garantie financière

# Proposition d'un compromis raisonné entre les exigences du droit commun et celles du droit dérogatoire

- proposition d'une définition plus ciblée du champ d'application *ratione personae* des règles dérogatoires –
  - respect de l'idée du *raisonnable*
  - respect du principe de proportionnalité

# Quatre bonnes raisons d'adopter un compromis raisonné:

- Civisme du juriste
- Risque d'une révolte jurisprudentielle contre le droit dérogatoire
- Risque d'une invalidation par la Cour constitutionnelle
- Risque d'une révolte même de la part du Conseil d'Etat

# Risque d'une révolte jurisprudentielle contre le droit dérogatoire

Exemple de la loi de 2005 sur les contrats de garantie financière

Cour d'appel, 4<sup>e</sup> chambre, 12 juillet 2017, *JTL*, 2018, p. 178, affaire Pillar, confirmé par Cass., 14 février 2019, n° 27/2019, *JTL*, 2020, p. 76, 1<sup>re</sup> esp. ;

Cass., 16 décembre 2021, n° 157/2021, affaire Galapagos

Cour d'appel, 9<sup>e</sup> chambre, 11 janvier 2024, n° 1/24-IX-COM, *JTL*, 2024, p. 44

# Risque d'une invalidation par la Cour constitutionnelle

Cour constit. (Belgique), 27 octobre 2008, n° 167/2008

« 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. »

# Risque d'une révolte même de la part du Conseil d'Etat

7 mai 2024, Opposition formelle contre un amendement tendant à la modification rétroactive de la loi de 2005 sur les contrats de garantie financière, *Doc. parl.* 8185-5:

« Au vu des observations formulées à l'égard de l'amendement 5, le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur le fait que le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'opposent à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit dont elles sont saisies, voire d'anéantir les effets d'un jugement ou arrêt définitif et exécutoire ».



Que faire?

# Première illustration : le contrat fiduciaire

- Contrat fiduciaire réglementé, créant notamment un patrimoine d'affectation dans le chef du fiduciaire
- Champ d'application personnel du RGD du 19 juillet 1983, pour le rôle de fiduciaire, strictement limité
- Extension de ce champ d'application personnel, à l'occasion de l'adoption de la loi du 27 juillet 2003, à certaines catégories d'acteurs des marchés financiers
- Conclusion : exemple plutôt vertueux et maîtrisé d'un champ d'application personnel cohérent de la norme dérogatoire, en phase avec ses objectifs

# Seconde illustration : la garantie professionnelle de paiement

- Nouvel instrument complétant utilement la boîte à outils du droit privé financier luxembourgeois
- Genèse de la loi : limitation du champ d'application personnel pour les garants
- Changement de cap en cours de procédure législative : extension du champ d'application personnel pour tous les garants, pour répondre aux observations du Conseil d'Etat
- Conclusion : exemple plutôt malheureux d'une extension du champ d'application de la règle dérogatoire

**ELVINGER  
HOSS**

LUXEMBOURG LAW

## **L'assistance financière en droit luxembourgeois : état des lieux**

Katia Panichi & Caroline Bocklandt

11 juin 2024



## POURQUOI?

---

### Pourquoi un article sur l'assistance financière ?

- Concept spécifique en droit des sociétés souvent méconnu du grand public
- Moyen très concret ayant trait aux acquisitions de sociétés, l'acquisition d'une société s'accompagnant en général d'une opération de financement ;
- Evolution historique :
  - Interdiction : Directive 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976 ;
  - Libéralisation : Directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 et transposition en Luxembourg par loi du 10 juin 2009.

## Qu'est-ce que c'est l'assistance financière ?

- Art. 430-19 LSC : « *Une société ne peut, directement ou indirectement, avancer des fonds, accorder des prêts ou donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions par un tiers qu'aux conditions suivantes [...] »*
- Assistance financière vs. rachat d'actions propres
- **Ratio legis** : protéger l'intégrité du capital social

## CHAMP D'APPLICATION

---

### Quel est le champ d'application du concept d'assistance financière ?

- Champ d'application *ratione personae*
- Champ d'application *ratione materiae* :
  - Titre représentatif du capital social
  - Financement direct vs. financement indirect
  - L'élément intentionnel / la finalité de l'opération
  - Le bénéficiaire tiers
  - Régime des filiales

## EXCEPTIONS

---

### Quelles exceptions au concept l'assistance financière ?

- Opérations courantes réalisées par les banques / autres établissements financiers ;
- Acquisition d'actions par ou pour le personnel de la société (ou d'une société liée à celle-ci par un lien de contrôle – loi 10 août 2016)
- Opérations de rachat d'actions entièrement libérées émises par une SICAF à la demande des investisseurs (i) par la SICAF ou (ii) par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de la SICAF.



## Quelles sont les conditions afin de pouvoir accorder une assistance financière ?

- **Agrément** de l'assemblée générale des actionnaires
- **Rapport du conseil d'administration** sur (i) les motifs de l'opération, (ii) l'intérêt pour la société, (iii) les conditions de l'opération, (iv) les risques pour la liquidité et solvabilité de la société cible et (v) le prix d'acquisition des actions
- **Justes conditions de marché**
- **Réserves distribuables suffisantes et réserve indisponible**
- **Juste prix**

## **Certains montages financiers tombent-ils sous le champs d'application de l'assistance financière?**

- Fusion avec la Société cible
- Centralisation de trésorerie
- Descente de dette

- Concept d'une importance capitale
- Assouplissement du régime
- Processus d'approbation :
  - perçu comme **couteux** (argent et temps)
  - de nature à exposer la société à des **recours d'actionnaires minoritaires**
  - de nature à faire courir aux administrateurs un risque accru de mise en cause de leur **responsabilité**
- **Souhaitable** :
  - clarifier les règles relatives à l'assistance financière davantage
  - continuer à libéraliser le régime



LOMBARD  
INTERNATIONAL  
ASSURANCE

*30+ years  
of making  
legacy count*



# La création de produits d'assurance-vie dans un contexte européen

*L'harmonisation est-elle soluble dans la diversité ?*

*Journée de l'ALJB 2024 – Diagonales au travers du droit bancaire et financier au Luxembourg*

*Catherine Bernardin*

*European Legal Director*

*Lombard International Assurance*

11 juin 2024

## Les mots-clés

**Contrôle financier et prudentiel**

**Protection des consommateurs**

**Régulation des marchés**



**I. Concevoir un produit conforme aux lois et réglementations**

**II. Concevoir un produit adéquat aux besoins des clients**

# I. Concevoir un produit conforme aux lois et réglementations



Le régime technique du produit d'assurance-vie

découle du contrôle financier et prudentiel de l'entreprise d'assurance luxembourgeoise

## Article 30 de la Directive Solvabilité 2

**Autorités de contrôle et champ d'application du contrôle**

**1. Le contrôle financier** des entreprises d'assurance et de réassurance, y compris celui des activités qu'elles exercent par le moyen de succursales ou en libre prestation de services, **relève de la compétence exclusive de l'État membre d'origine.**

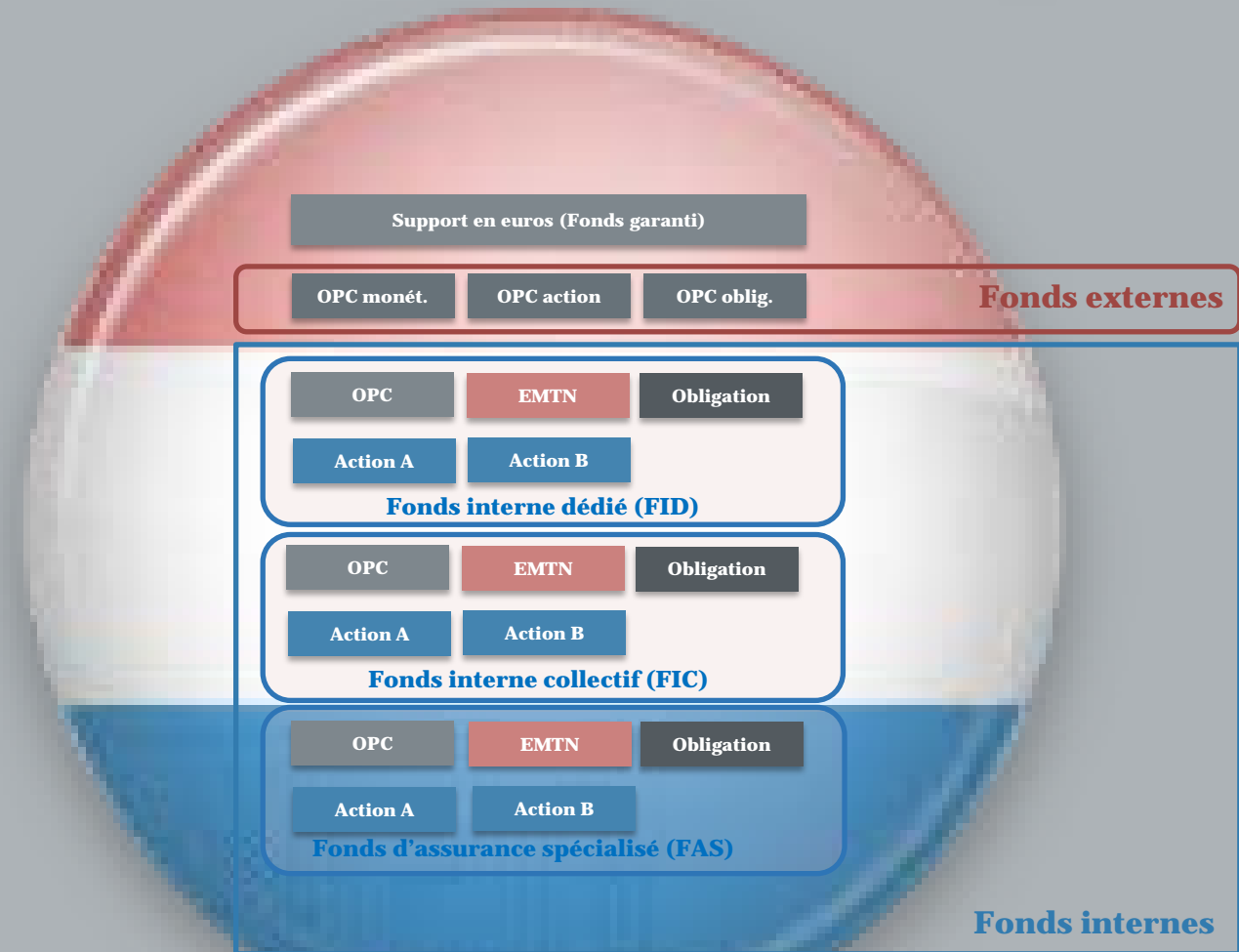
[...]

Les autorités de contrôle de l'État membre d'origine vérifient que l'entreprise respecte les principes prudentiels définis dans la présente directive.



Structuration des investissements au travers de « fonds »

- Fonds Externes
- Fonds Internes Dédiés
- Fonds Internes Collectifs
- Fonds d'Assurance Spécialisés



# I. Concevoir un produit conforme aux lois et réglementations



Le régime juridique du contrat d'assurance-vie

découle de la législation sur le contrat d'assurance du pays de résidence du client

## *Art 7 du Règlement Rome I*

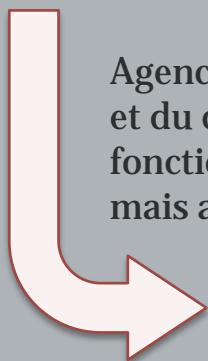
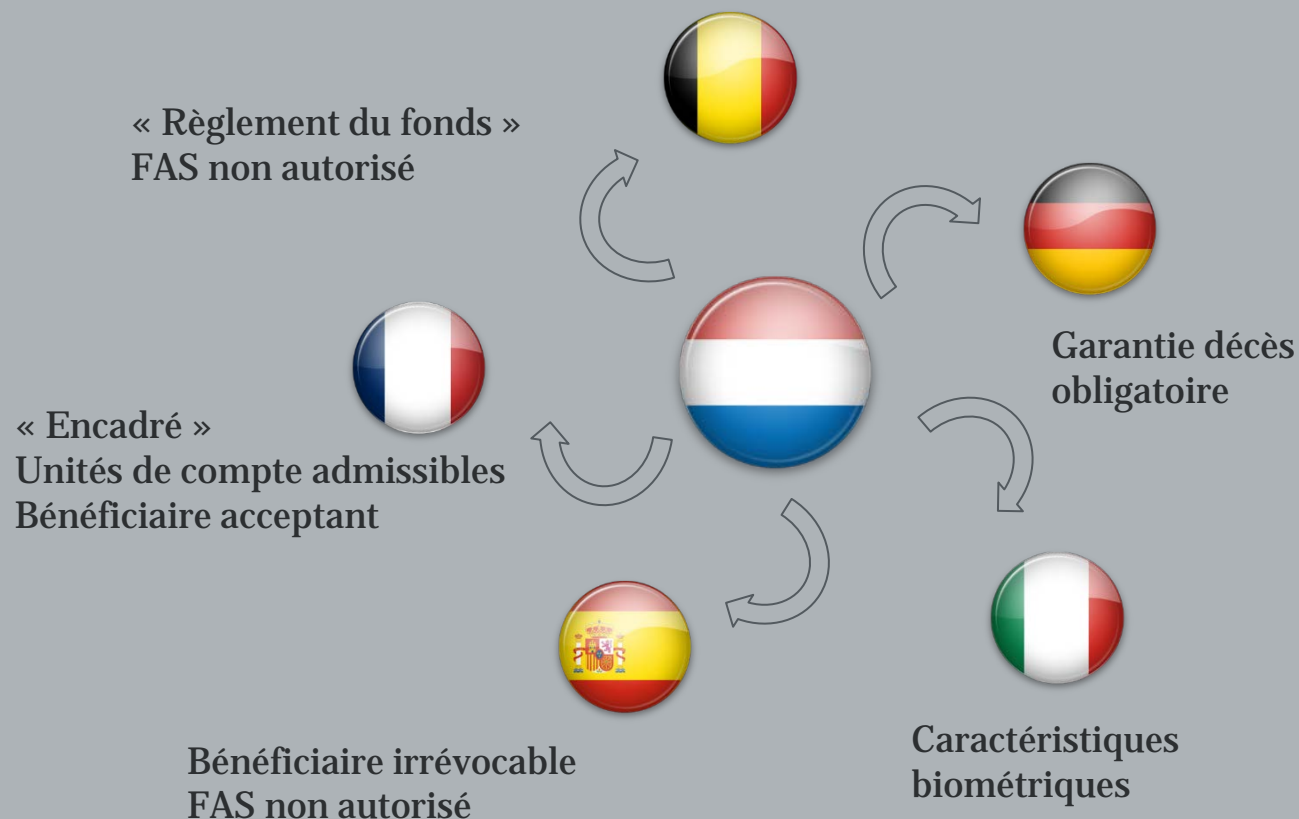
→ Principes applicables à tous les contrats d'assurance directe que le risque soit ou non situé dans un Etat membre.

3. Pour tous les contrats d'assurance ne relevant pas de la catégorie des grands risques, le choix est limité à :

a) la loi de tout État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat

b) **la loi du pays dans lequel le preneur d'assurance a sa résidence habituelle**

e) dans le cas d'un contrat d'assurance vie, **la loi de l'État membre dont le preneur d'assurance est ressortissant**






Agencement des caractéristiques et du contenu des documents contractuels en fonction des exigences locales de droit civil mais aussi des critères de droit fiscal

# I. Concevoir un produit conforme aux lois et réglementations

Lorsque le régime technique se heurte au régime juridique en raison d'un conflit de lois





## Les actifs admissibles au titre des unités de compte dans un contrat d'assurance-vie


-  Art. L.131-1 et s. du Code des assurances prévoit la liste des unités de compte admissibles au titre d'un contrat d'assurance-vie ou de capitalisation à capital variable
-  Loi du 4 avril 2014 pose une liste fermée d'actifs éligible et des règles de diversification applicables à tout contrat d'assurance-vie « lorsque le preneur d'assurance est un client de détail et que l'engagement est situé en Belgique » indépendamment de l'Etat membre dans lequel est établi l'assureur concerné  
→ Législation critiquée par le Conseil d'Etat Belge jusqu'à son abrogation par une loi du 17 mars 2017 

Deux conceptions qui s'opposent ici, les deux tendent vers un objectif de protection des clients

- Caractère contractuel des investissements opérés au travers d'un contrat d'assurance vie
- Caractère réglementaire des règles liées aux actifs représentatifs des provisions mathématiques de l'assureur

## Les modalités de paiement de la prime

-  C. Cass civ. 2, 19 mai 2016 n°15-13606  
Une personne physique résidant en France demande l'annulation de son contrat souscrit auprès d'un assureur établi au Luxembourg et dont elle avait payé la prime sous forme d'apport de titres détenus auprès d'une banque luxembourgeoise  
→ *Si le droit français n'envisage le versement des primes d'assurance qu'en numéraire, **aucune disposition légale d'intérêt général ne prohibe la distribution en France par un assureur luxembourgeois** de contrats d'assurance sur la vie qui sont régis par la loi française mais dont les caractéristiques techniques et financières relèvent du droit luxembourgeois conformément à [la directive assurance-vie] et permettent l'apport de titres sur des fonds dédiés fermés* 

 Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises (Loi PACTE) dont l'article 21 prévoit la modification du Code des assurances :  
Au premier alinéa de l'article L. 113-3, après les mots : « La prime est payable » sont insérés les mots : « **en numéraire** ».



## II. Concevoir un produit adéquat aux besoins des clients

### Les règles de gouvernance et surveillance des produits (POG)



#### **Directive sur la Distribution d'Assurances** **Chapitre V**

#### **Informations à fournir et règles de conduite**

Art 25

#### **Surveillance des produits et exigences en matière de gouvernance**

Les entreprises d'assurance maintiennent, appliquent et révisent un processus de validation de chaque produit d'assurance ou des adaptations significatives apportées à un produit d'assurance existant, avant sa commercialisation ou sa distribution aux clients.



Les règles de conduite relèvent de « principes prudentiels » (art.30 DS2)

Les règles en matière de POG relèvent de la surveillance de l'Etat Membre d'origine et sont issues d'un instrument d'harmonisation maximale



les autorités compétentes doivent « surveiller leur marché » (point 3.22. de la déclaration en matière de value for money).



**FSMA\_2023\_17** du 4/07/2023, Vade-mecum sur le Product Oversight and Governance (POG) en assurances



**ACPR:** Recommandation 2023-R-01 du 17 juillet 2023 sur la mise en œuvre de certaines dispositions issues de la directive sur la distribution d'assurances



**IVASS:** Pubblica consultazione dello Schema di lettera al mercato in materia di governo e controllo dei prodotti assicurativi (c.d. POG) - aspettative dell'Istituto - data: 6 ottobre 2023

*Merci pour votre attention*



LOMBARD  
INTERNATIONAL  
ASSURANCE

*30+ years  
of making  
legacy count*



*L'harmonisation est-elle soluble dans la diversité ?*

