

# LES SÛRETÉS SUR CRÉANCES DANS LE CADRE D'UN FINANCEMENT IMMOBILIER : ENTRE PROTECTION DU PRÊTEUR ET FLEXIBILITÉ JURIDIQUE

Dans une opération de financement immobilier, les sûretés réelles et personnelles permettent de sécuriser les engagements souscrits par l'emprunteur et d'assurer au prêteur le remboursement du crédit octroyé.

Naturellement, la première sûreté réelle demandée par le prêteur sera directement sur l'immeuble financé avec la prise d'hypothèque<sup>1</sup>. Cependant, la détention et l'exploitation d'un immeuble confèrent également à son propriétaire le droit de percevoir des sommes d'argent.

Le prêteur cherchera donc également à bénéficier d'une sûreté réelle sur le paiement de toutes sommes d'argent dues à l'emprunteur en lien avec l'immeuble financé. La nature de la source de paiement de sommes d'argent dues au détenteur de l'immeuble financé peut varier.

Le paiement de sommes d'argent à l'emprunteur peut ainsi constituer un substitut à la valeur économique de l'immeuble – il en est ainsi de la sûreté sur créances d'assurance souscrites par le propriétaire sur l'immeuble. Une autre source de paiement de sommes d'argent dues à l'emprunteur proviendra des revenus générés par l'exploitation de l'immeuble. L'illustration de ce type de sûreté est la sûreté de créances de paiement des loyers de l'immeuble.

Dans ce contexte, la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (ci-après, la « Loi de 2005 »)<sup>2</sup>, réputée favorable aux créanciers et leur offrant une protection

certaine, revêt toute son importance. Ce texte législatif constitue la pierre angulaire du droit des sûretés mobilières au Luxembourg et explique en grande partie l'attractivité de la place financière dans les opérations de financement.

## I. PRINCIPES DIRECTEURS DE LA LOI DE 2005

La Loi de 2005 transpose en droit luxembourgeois la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 sur les contrats de garantie financière (la « Directive »)<sup>3</sup>.

Les objectifs principaux de la loi étaient d'assurer l'efficacité des sûretés, d'éviter les effets de contagion des faillites, de regrouper la législation en matière de garantie financière et surtout de créer une rigidité juridique<sup>4</sup>. Cette loi est réputée favorable aux créanciers ; elle confère en effet aux contrats de garantie financière une validité même en cas d'ouverture de procédures de faillite, de mise sous séquestre ou de toute autre procédure analogue à l'encontre du constituant.

La Loi de 2005 a la spécificité d'avoir un très large champ d'application personnel (*ratione personae*) et matériel (*ratione materiae*)<sup>5</sup>.

Les créances constituent un des avoirs entrant dans le champ d'application matériel de la Loi de 2005. Bien que différentes dispositions de la Loi de 2005 soient relatives à

1. Une sûreté sera également prise sur les parts sociales ou actions de l'emprunteur afin que le prêteur ait la détention indirecte (via l'emprunteur) de l'immeuble financé (ainsi que de ses revenus) en cas de réalisation.  
2. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière telle que modifiée consécutivement par (i) la loi du 20 mai 2011, (ii) la loi du 28 juillet 2014, (iii) la loi du 18 décembre 2015, (iv) la loi du 27 février 2018, (v) la loi du 30 mai 2018, (vi) la loi du 20 juillet 2022, (vii) la loi du 15 mars 2023, (viii) la loi du 7 août 2023, et (ix) la loi du 15 juillet 2024.  
3. Directive (UE) 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin

2002 sur les contrats de garantie financière.  
4. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (Mémorial A, 2005, n° 128) ; H. WESTENDORF, *Les principales garanties mobilières conventionnelles*, tome 1, *Les sûretés et garanties du crédit en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 230.  
5. A. DJAZAYERI, « Legislative and regulatory developments of interests for the financial industry (2014-2023) », in ALJB (dir.), *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. 1, Windhof-Limal, Larcier Intersentia-Anthemis, 2024, p. 37.

## LEGITECH

des créances de sommes d'argent<sup>6</sup>, le terme de « créances » ne fait cependant pas l'objet d'une définition autonome à l'article 1 de la Loi de 2005 relative aux dispositions générales. Selon les auteurs du projet de loi de la Loi de 2005, le champ d'application des créances est élargi « à toutes les créances et pas seulement aux créances de somme d'argent »<sup>7</sup>. Les créances peuvent également être actuelles ou futures<sup>8</sup>.

## II. TYPES DE CRÉANCES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE GARANTIES DANS UN FINANCEMENT IMMOBILIER

Il s'agit de créances liées à l'exploitation de l'immeuble, mais aussi de créances de substitution de l'immeuble en cas d'imprévu ou de sinistre et des créances de restitution du solde bancaire.

### A. Les créances liées à l'exploitation de l'immeuble

Ce type de créances provient des revenus tirés de l'usage de l'immeuble financé, tels que les loyers versés par des locataires ou encore les loyers relatifs à des emplacements de parkings, qu'ils soient intégrés à l'immeuble financé ou détenus séparément.

La créance de loyers est considérée comme une créance à exécution successive. Il s'agit d'une dette qui devra être payée en plusieurs fois sur une période donnée mais en vertu d'un seul contrat<sup>9</sup>.

La Loi de 2005 s'applique à des créances actuelles ou futures, sans qu'il soit besoin de les spécifier<sup>10</sup>. Le prêteur peut donc bénéficier d'une garantie financière sur les créances de loyers issus des baux existants au jour de la conclusion du contrat de garantie financière, ainsi que sur des baux futurs sur l'ensemble des loyers actuels et futurs qui pourront être mis en garantie en faveur du prêteur, sans qu'il soit nécessaire de conclure de nouveaux contrats de garantie financière pour chaque nouveau bail et les droits qui y sont attachés.

La mise en place d'un contrat de garantie financière sur créances de loyers nécessite un audit des baux par les conseils du prêteur. Il s'agira d'identifier les locataires, les termes contractuels, les montants des loyers et toute clause susceptible d'impacter la sûreté.

Les clauses de changement de contrôle, de restrictions à la cession ou encore de droits de résiliation anticipée feront ainsi l'objet d'une attention particulière pour déterminer si

de telles stipulations pourraient restreindre l'exercice des droits du prêteur bénéficiaire de la garantie. Une attention accrue doit également être portée aux locataires qui sont des entités publiques luxembourgeoises (telles que l'État ou les communes).

### B. Les créances d'assurances<sup>11</sup>

Dans le cadre du financement immobilier, il est essentiel d'anticiper les risques susceptibles d'affecter la valeur de l'actif immobilier financé, tels que les sinistres ou les risques liés au marché. Tous les risques et aléas susceptibles d'impacter la valeur économique de l'actif financé de manière négative devront être compensés.

Outre la mise en garantie des créances de loyers, la prise de garantie sur les créances d'assurance s'avère fondamentale pour la protection du prêteur. En effet, en cas de survenance d'un dommage, l'indemnité d'assurance constitue un substitut à la valeur économique de l'actif, qui permettra de compenser la dépréciation de l'actif et de sécuriser le remboursement du financement.

La prise de garantie sur les créances d'assurance est donc une composante essentielle du paquet de sûretés protégeant la valeur de l'actif immobilier sous-jacent contre les sinistres.

#### 1) Les principales polices d'assurances

La nature et l'étendue des polices d'assurance varient en fonction du statut de l'immeuble, achevé ou en construction, soumis au régime de la copropriété ou non. Par exemple, un immeuble achevé datant de plus de 10 ans sera principalement couvert par une assurance incendie ou multirisque<sup>12</sup>, tandis qu'un immeuble en construction nécessitera une assurance tous risques chantier<sup>13</sup> et, le cas échéant, une garantie biennale et décennale destinée à s'appliquer une fois l'immeuble achevé.

La possibilité de prendre en garantie une indemnité d'assurance dépendra du bénéficiaire désigné dans la police d'assurance. Lorsque le propriétaire ou le copropriétaire est le bénéficiaire direct, l'indemnité d'assurance constitue une créance personnelle qui peut être donnée en garantie au profit d'un créancier. En revanche, si l'assurance bénéficie à un tiers (comme pour une police de responsabilité civile), l'indemnité n'est pas susceptible d'être mise en garantie.

6. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 2(2), art. 10(1), 10(2) et 10(3), art. 11(3) (Mémorial A, 2005, n° 128).

7. *Doc. parl.*, n° 5251, p. 15.

8. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 4 (gage), art. 13 (transfert de propriété à titre de garantie) (Mémorial A, 2005, n° 128) ; A. CUNY DE LA VERRYERE et V. DE MEESTER, *Sûretés et garanties au Grand-Duché de Luxembourg*, 2<sup>e</sup> éd., Luxembourg, Promoculture Larcier, 2018, p. 59.

9. R. MORENON, « La saisie-attribution des créances à exécution successive », 2024, <https://solent-avocats.com/la-saisie-attribution-des-creances-a-execution-successive/#:~:text=Une%20cr%C3%A9ance%20%C3%A0%20ex%C3%A9cution%20successive%20est%20une%20dette%20>

dont%20le,vertu%20d'un%20contrat%20unique ; Cass. fr. (2<sup>e</sup> ch. civ.), 14 avril 2022, n° 20-21.461.

10. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 4 (gage), art. 13 (transfert de propriété à titre de garantie) (Mémorial A, 2005, n° 128).

11. Le bien immobilier doit obligatoirement être assuré contre certains risques (tels qu'un incendie) ; il s'agit d'une exigence contractuelle des prêteurs dans le cadre d'un financement immobilier.

12. R. BISENIUS et F. TURK (dir.), *Assurances de dommages*, tome 2, *L'assurance du particulier*, 4<sup>e</sup> éd., Windhof, Larcier Luxembourg, 2021, p. 252.

13. P. BRASSEUR, *Accès à la propriété, droit de la construction et responsabilité au Luxembourg*, 1<sup>re</sup> éd., Windhof, Larcier Luxembourg, 2018, p. 352.

## 2) Le cas spécifique des indemnités d'assurances pour un immeuble soumis au régime de la copropriété

Dans cette hypothèse, le syndicat des copropriétaires est le preneur d'assurance. La police d'assurance souscrite couvre l'intégralité du bâtiment (parties communes et privatives) sans distinction<sup>14</sup>.

En cas de sinistre, le syndicat des copropriétaires est le bénéficiaire principal de l'indemnité versée par l'assureur. En cas de destruction totale ou partielle de l'immeuble assuré, les articles 32 et 33 de la loi du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis instaurent des règles spécifiques et supplétives pour l'affectation des indemnités d'assurance y relatives. Dans cette hypothèse, les indemnités d'assurances seront affectées par priorité à la reconstruction de l'immeuble si celle-ci est décidée par l'assemblée générale des copropriétaires. À défaut, elles seront affectées au paiement des créanciers privilégiés, ensuite le solde éventuel sera réparti entre les copropriétaires.

En conséquence, que l'emprunteur soit dans l'un ou l'autre des deux cas susvisés, il n'aura pas de créance directe contre l'assureur. Son droit se résume à une créance éventuelle et future sur le syndicat des copropriétaires, dont le paiement est subordonné à une décision collective (reconstruire ou non) et à un ordre de paiement légal qui privilégie les frais de reconstruction et les créanciers inscrits.

Un contrat de garantie financière prétendant couvrir « toutes les créances d'assurance » de l'emprunteur serait donc dans cette hypothèse juridiquement fragile – l'assureur étant contractuellement tenu de se libérer entre les mains du syndicat des copropriétaires.

Pour sécuriser le prêteur, deux solutions peuvent être envisagées :

- Prévoir une clause dérogatoire dans le règlement de copropriété stipulant qu'en cas de sinistre affectant le lot privatif d'un copropriétaire, la part de l'indemnité afférente sera versée directement au copropriétaire concerné, en cas de notification d'un contrat de garantie financière. Cette clause crée la créance directe qui faisait défaut. Toutefois, cette solution est limitée en pratique aux projets neufs ou lors de la mise en copropriété de l'immeuble financé.
- Renforcer les engagements de l'emprunteur dans la documentation de crédit, tels que l'obligation pour l'emprunteur de voter en assemblée générale en faveur des intérêts du prêteur, l'engagement de reverser immédiatement sur un compte mis en garantie en faveur du prêteur toute indemnité perçue indirectement via le syndicat, l'obligation de maintenir toutes les assurances nécessaires en vigueur ou encore l'obligation

de notifier aux prêteurs tout changement significatif des conditions d'assurance.

En définitive, la garantie du prêteur sur les indemnités d'assurance en copropriété est indirecte et repose principalement sur la solidité des engagements contractuels de l'emprunteur. Une analyse approfondie du statut juridique de l'immeuble financé et de son règlement de copropriété est dès lors indispensable lors de la mise en place d'une garantie financière sur créances.

### C. Créances du solde de restitution du compte bancaire de l'emprunteur : stratégie de la double protection pour le prêteur

Afin que le prêteur bénéficie d'une garantie pleinement efficace sur les créances, il devra avoir à tout moment la possibilité d'un recours direct aux sommes d'argent représentatives de la créance due par l'emprunteur. Ainsi, le prêteur devra avoir un accès direct aux créances de l'emprunteur dès la naissance de celles-ci (le contrat de bail ou d'assurance liant l'emprunteur au tiers débiteur constitue la source contractuelle de la créance qui sera due lorsqu'elle sera exigible par le tiers débiteur à l'emprunteur<sup>15</sup>) jusqu'à son paiement effectif (lequel sera effectué par le tiers débiteur entre les mains de l'emprunteur dès que la créance sera exigible).

Une garantie financière sur créances se verra donc adjoindre une garantie financière sur compte(s) bancaire(s) de l'emprunteur afin de parer à tout risque de détournement de la perception des créances.

Le prêteur exigera en pratique que les revenus liés à l'exploitation de l'immeuble soient domiciliés sur un compte bancaire ouvert dans ses livres au nom de l'emprunteur, lequel sera mis en garantie à son profit. Cette domiciliation permettra au prêteur d'avoir une vue sur les revenus liés à l'exploitation de ou en lien avec l'immeuble<sup>16</sup>. Plus important, le prêteur aura un accès direct sur les créances payées sur le compte de l'emprunteur en cas de réalisation.

La documentation de crédit contiendra généralement une interdiction de principe pour l'emprunteur d'ouvrir et détenir des comptes bancaires autres que les comptes bancaires mis en garantie auprès d'autres établissements de crédit.

Cependant, cette interdiction pourra faire l'objet d'aménagements. Par exemple, si le compte bancaire ouvert par l'emprunteur auprès d'un autre établissement est garanti au bénéfice du prêteur et/ou si ce compte bancaire est clôturé dans un délai contractuellement convenu entre parties et que les sommes portées au crédit dudit compte sont transférées vers un compte bancaire domicilié chez le prêteur et qui sera gagé.

14. CA Luxembourg, 13 juin 2018, n° 43443.

15. Voy. *infra*.

16. La documentation de crédit comporte généralement des dispositions relatives au fonctionnement et à l'information à fournir par l'emprunteur.

L'existence d'un compte bancaire ouvert auprès d'un autre établissement de crédit (pour autant qu'il soit gagé au bénéfice du prêteur) n'affectera pas l'efficacité du paquet de garanties. Cependant, l'existence d'un établissement tiers impliquera, lors de la mise en place<sup>17</sup> et de la réalisation de la garantie financière, sa coopération ; ceci pourra avoir des effets quant à la rapidité et à la facilité pour le prêteur de disposer d'une garantie financière de premier rang et de percevoir les sommes d'argent au crédit du compte bancaire gagé<sup>18</sup>.

Selon le type de créances dues à l'emprunteur, différents comptes bancaires pourront être mis en place (avec le cas échéant des règles de fonctionnement distinctes selon le type de compte bancaire et leur destination). En principe, tous les comptes bancaires de l'emprunteur sont mis en garantie au bénéfice du prêteur.

### III. ASSURER L'EFFICACITÉ DES SÛRETÉS SUR CRÉANCES PAR UNE STRUCTURATION ADAPTÉE

Cette structuration passe par la mise en place de contrats de garanties financières spécifiques, tels que le transfert de propriété ou la constitution d'une sûreté réelle, ainsi que par la dépossession des avoirs garantis.

#### A. Les mécanismes juridiques offerts par la Loi de 2005

Selon la Directive constituent des contrats de garantie financière : les contrats de garantie avec transfert de propriété et ceux impliquant la constitution d'une sûreté réelle<sup>19</sup>. La compensation avec déchéance du terme, constitutive d'un mécanisme inhérent à l'exécution du rapport juridique créé par le contrat de garantie financière, est également couverte par la Directive comme un contrat de garantie financière.

La Loi de 2005 définit le gage et le transfert de propriété à titre de garantie comme contrats de garantie financière<sup>20</sup>.

Dans la pratique, une garantie financière sur créance d'assurances ou créance de restitution du solde bancaire sera

constituée sous forme de gage. En effet, le gage va opérer au bénéfice du prêteur, une dépossession de créances fictives<sup>21</sup> et lui conférer un droit de rétention<sup>22</sup> sans qu'un transfert de propriété soit nécessaire au bénéfice du prêteur<sup>23</sup>. Les parties sont également libres de convenir contractuellement des modalités d'exercice quant à la perception et l'utilisation des créances de sommes d'argent<sup>24</sup>.

En ce qui concerne les créances de loyers, nous avons pu constater que celles-ci représentent des créances à exécution successive. Le caractère échelonné de l'exécution d'une créance a été analysé par les juges luxembourgeois dans une affaire ayant donné lieu à cassation et nouveau jugement<sup>25</sup>, notamment pour la constitution d'une garantie constitutive d'un droit réel sur ce type de créance.

En l'espèce, deux cessions sur salaire avaient été consenties par un cédant à la Banque et Caisse d'Épargne de l'État (« BCEE ») en garantie de deux conventions d'ouverture de crédit passées entre la BCEE et deux sociétés. Les cessions de créances avaient été notifiées par le cédant à son employeur, une société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois.

Le cédant a fait l'objet d'une procédure de redressement puis de liquidation judiciaire ; le liquidateur a demandé la mainlevée des cessions de salaire au motif qu'en vertu du règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité<sup>26</sup> la BCEE n'aurait pas dû procéder aux retenues sur salaires payées après la procédure de redressement judiciaire.

Le tribunal de paix de Luxembourg a rejeté la demande du liquidateur, considérant que la cession de créances était antérieure à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Selon les juges de première instance, la créance objet de la cession de salaire avait quitté le patrimoine du cédant avant la procédure de redressement judiciaire. En appel, le jugement a été réformé<sup>27</sup> et la décision qui l'a réformé a fait l'objet d'un pourvoi en cassation de la part de la BCEE. La Cour de cassation a jugé qu'il « [...] n'est pas [...] correct de procéder à une distinction entre une cession de créance de droit commun et une cession opérant "sur

17. La banque teneuse de compte est généralement titulaire d'une garantie en sa faveur sur tous les comptes bancaires ouverts par l'emprunteur en vertu de ses conditions générales d'ouverture de compte. Une telle garantie est antérieure en rang à la garantie qui sera mise en place au profit du prêteur (cf. art. 5(6) de la Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière [Mémorial A, 2005, n° 128]). Le prêteur va donc demander à la banque teneuse de compte de renoncer à son droit de gage général ou, selon les cas, le subordonner à la garantie du prêteur afin d'avoir une garantie de premier rang.

18. Une banque teneuse de compte pourra exiger l'accomplissement de certaines formalités en cas de réalisation par le prêteur de la garantie sur compte bancaire. Il est usuel pour la banque teneuse de compte de demander que le prêteur envoie une notification de blocage des opérations et des pouvoirs de signature relatifs au compte bancaire. La mise en œuvre effective d'un tel blocage par la banque teneuse de compte pourra demander un certain délai. La banque teneuse de compte pourra également soumettre le blocage effectif du compte bancaire mis en garantie à la délivrance par le prêteur de certains documents d'identification.

19. Directive (UE) 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 sur les contrats de garantie financière, art. 1, a) à c), et art. 2.

20. La Loi du 5 août 2005 a repris les dispositions existantes de la loi du 1<sup>er</sup> août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie (Mémorial A, 2001, n° 106). La Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie

financière intègre aussi les dispositions de la loi du 21 décembre 1994 relative aux opérations de mise en pension et qualifie ainsi la mise en pension de contrat de garantie financière.

21. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 5(1) (Mémorial A, 2005, n° 128).

22. *Ibid.*

23. En pratique, ni l'emprunteur ni le prêteur ne souhaiteront mettre en place un transfert de propriété *ab initio* sur les créances liées à l'immeuble.

24. Voy. art. 8 et 10 de la Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (Mémorial A, 2005, n° 128).

25. Cass. Luxembourg, 20 juin 2013, n° 48/2013.

26. Aujourd'hui, le règlement 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

27. Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a considéré d'une part que la notification de la cession de créance n'avait pas pour effet un transfert *in globo* d'une créance du patrimoine du tiers cédé vers celui du cessionnaire ; d'autre part une créance salariale ne prend naissance successivement qu'au fil du temps. De fait, la créance n'existait pas au moment de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire et ne pouvait donc faire l'objet d'un droit réel en vertu de l'article 5.1 du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (aujourd'hui règlement 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité).

une suite de paiements échelonnés dans le temps par lesquels le tiers cédé s'acquitte d'une obligation périodique future à l'égard du cédant" [cf. jugement entrepris], alors que ce ne sont pas les échéances qui font naître le droit aux obligations de paiement, mais c'est le contrat de base donc le contrat de travail qui constitue le fait générateur de l'obligation de paiement pour le tiers cédé et rend ainsi l'échéance de la créance certaine »<sup>28</sup>.

Par conséquent le fait qu'une créance soit à exécution successive, comme dans le cas d'une créance de loyers, n'empêche pas la créance d'exister ; la créance trouve sa source dans le contrat de bail et est simplement future.

Une garantie financière sous forme de gage portant sur des créances de loyers est donc constitutive d'un droit réel, à l'instar d'un gage de créance d'assurance ou de créance de solde de restitution sur compte bancaire. Il n'y aura pas lieu de prévoir une garantie financière différente selon le type de créances couvertes.

### B. Dépossession et opposabilité du gage sur créances

Pour qu'un gage soit valable, il faut une dépossession des avoirs gagés en faveur du créancier gagiste. La formalité de la dépossession va rendre le gage opposable entre parties et vis-à-vis des tiers, y compris les tiers débiteurs (locataires, assureurs).

La Loi de 2005 prévoit que, pour les gages sur créances, « la dépossession se réalise à l'égard du débiteur et des tiers par la conclusion du contrat de gage »<sup>29</sup>.

Depuis la loi du 20 mai 2011 qui a modifié la Loi de 2005<sup>30</sup>, la notification ou l'acceptation du tiers débiteur n'est plus une condition de dépossession et donc d'opposabilité<sup>31</sup>. En pratique, à la suite de la signature du contrat de gage sur créances de loyers ou d'assurances, le prêteur va demander que l'emprunteur notifie la mise en gage au tiers débiteur de la créance.

La notification aura pour principal effet d'empêcher une décharge avec effet libératoire<sup>32</sup> du tiers débiteur.

Le prêteur exigera par ailleurs dans la majorité des cas que la notice contienne des confirmations et engagements de la part du tiers débiteur au bénéfice du prêteur. Afin que ces engagements et confirmations soient opposables au tiers débiteur, le prêteur exigera la contre-signature de la notice de mise en gage par le débiteur.

En contresignant la notice, le tiers débiteur reconnaît notamment l'existence du gage en faveur du créancier gagiste et s'engage à se conformer à toute instruction émanant de ce dernier. La notification contiendra également une renonciation par le tiers débiteur à tout droit de compensation ainsi qu'à toutes autres exceptions à l'encontre du créancier de la créance donnée en garantie ainsi qu'à l'égard des personnes en faveur desquelles ce créancier a consenti un gage<sup>33</sup>.

Il est essentiel que le tiers débiteur renonce à ces droits car le créancier gagiste, en cas de réalisation, pourra lui demander le paiement direct sans que le tiers débiteur ne puisse opposer de contestation qui pourrait affecter le paiement et/ou le montant de la créance due par ce dernier. Le tiers débiteur ne pourra donc pas se prévaloir de ses droits.

Depuis la loi du 20 mai 2011 modifiant la Loi de 2005, « une telle renonciation est opposable et valable entre parties »<sup>34</sup>. La contre-signature de la notice contenant une telle renonciation par le tiers débiteur est donc très importante et renforce la garantie en faveur du créancier gagiste.

Dans certains cas, la contre-signature de la notice par le tiers débiteur ne sera pas possible en pratique, notamment lorsque ce tiers débiteur est une entité publique (telle qu'une commune). Dans d'autres cas, l'obtention de la contre-signature de la notice par le tiers débiteur demandera un délai plus long.

La rédaction des notices exige une grande précision, en particulier s'agissant des indemnités d'assurances pour un immeuble soumis au régime de la copropriété. Dans ce cadre-là, il sera essentiel de faire valider la définition de l'indemnité gagée par l'assureur afin d'accroître les chances d'acceptation de la notice par ce dernier.

28. Voy. également en ce sens Cass. fr. (ch. mix.), 22 novembre 2002, n° 99-13.935.

29. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 5(4) (Mémorial A, 2005, n° 128).

30. Loi du 20 mai 2011 portant, entre autres, modification de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 2 : un nouveau paragraphe (4) a été inséré à l'article 5 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière en conséquence ; A. SCHMITT, « La réalisation du gage », in A. PRÜM et Ph. DUPONT (dir.), *Le gage de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière*, Limal, Anthemis, 2021, p. 178.

31. *Doc. parl.*, n° 6164, p. 37. Ces travaux parlementaires ont apporté une précision à l'article 5 de la Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : « En transposant l'article 2, point 6), a), de la directive 2009/44/CE par l'introduction d'un nouveau paragraphe (4) à l'article 5 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, le droit luxembourgeois est fondamentalement modifié et modernisé conformément aux exigences communautaires. Tant en vertu du texte ancien de l'article 2074 du Code civil que du texte initial de la loi sur les contrats de garantie financière, la dépossession en matière de gage sur créances n'était valablement réalisée que par la notification du gage au débiteur de cette créance. Désormais, la dépossession se réalise par la seule conclusion du contrat de gage. Afin cependant de protéger le débiteur qui risque de ne pas être au courant de la conclusion de ce contrat de gage, il est prévu que

celui-ci puisse se libérer valablement entre les mains du constituant du gage tant qu'il n'a pas connaissance de la constitution du gage. »

32. F.-G. DE LIEDEKERKE, « Les garanties financières en droit luxembourgeois : un gage de solidité en des temps incertains », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. 3, Windhof-Limal, Larcier Intersentia-Anthemis, 2014, pp. 1255-1256.

33. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 2(5) (Mémorial A, 2005, n° 128).

34. *Ibid.* ; *Doc. parl.*, n° 6164, p. 15). Ces travaux parlementaires n° 6164 ont apporté une précision à l'article 2 de la Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière concernant la renonciation par le tiers débiteur de ses droits : « Le nouveau paragraphe (5) de l'article 2 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière a pour objet de transposer l'article 2, point 6), b), i), de la directive 2009/44/CE en droit luxembourgeois. Ce nouveau paragraphe est particulièrement important en matière de constitution en garantie de créances. En effet, pour que le bénéficiaire de la garantie financière puisse utilement se fier à la valeur de la créance qui lui est constituée en garantie, il est essentiel que ce bénéficiaire soit certain que le débiteur ne puisse invoquer à son encontre un droit de compensation qu'il pourrait faire valoir contre le créancier originaire. La possibilité d'invoquer une telle compensation pourrait avoir pour effet de vider la garantie financière de sa substance. C'est donc la finalité de la garantie financière qui impose la solution ».

En pratique, le projet de notice ainsi que le projet de gage sur créances concerné sont envoyés à l'assureur qui peut revenir avec d'éventuels commentaires sur la notice. Pour éviter un contretemps le jour de la signature du contrat, il est nécessaire de communiquer cette notice avant.

#### IV. DÉFAILLANCE DE L'EMPRUNTEUR : RÉALISATION DES SÛRETÉS SUR CRÉANCES

Si la Loi de 2005 prévoit des modes de réalisation spécifiques du gage, il convient de souligner qu'en pratique c'est la volonté des parties qui déterminera le déclenchement effectif de la garantie financière, selon les événements déclencheurs qu'elles auront prévus dans le contrat de garantie financière.

##### A. Les modes d'appropriation possible selon la Loi de 2005

L'article 11 de la Loi de 2005 prévoit différentes méthodes de réalisation d'un gage<sup>35</sup>. Le créancier gagiste pourra par exemple, « sauf convention contraire, sans mise en demeure préalable »<sup>36</sup>, procéder à une appropriation des créances gagées suivant un mode d'évaluation contractuellement convenu entre parties, à une vente de gré à gré à des conditions commerciales normales, à l'attribution des avoirs nantis en justice et à la compensation<sup>37</sup>.

S'agissant de créances de sommes d'argent dues au titre de baux, du solde de restitution du compte bancaire de l'emprunteur ou de contrats d'assurances, le créancier gagiste procédera à une réalisation du gage par une demande de paiement direct du débiteur de tous les montants que ce dernier doit au créancier gagiste au titre des avoirs gagés<sup>38</sup>. La réalisation du gage par demande de paiement direct par le tiers débiteur entre les mains du créancier gagiste est une méthode de réalisation extra-judiciaire. Le recours à une telle méthode évitera au créancier gagiste d'engager des frais judiciaires<sup>39</sup> et lui assurera un paiement rapide entre ses mains<sup>40</sup>.

En matière de créances de polices d'assurances, la loi du 20 juillet 2022, qui a modifié la Loi de 2005, a ajouté expressément un paragraphe (f) à l'article 11(1) de la Loi de 2005. Aux termes de cette disposition, le créancier gagiste a le droit de demander « [...] à l'entreprise d'assurance le paiement de toutes sommes dues en vertu du contrat d'assurance »<sup>41</sup> en cas de réalisation.

##### B. La réalisation des sûretés sur créance en pratique

Le gage constitue une sûreté réelle qui, aux termes de l'article 2073 du Code civil, « [...] confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers ». Le gage a donc un caractère accessoire.

Les auteurs du projet de la Loi de 2005 ont affiché la volonté de laisser aux parties à un contrat de garantie financière la liberté de définir les événements déclencheurs de la réalisation d'une garantie financière<sup>42</sup>.

Cette volonté transparaît dans le fait que le législateur luxembourgeois n'a volontairement pas repris la formulation « défaillance ou tout autre événement similaire » mentionnée dans la Directive<sup>43</sup>.

Au contraire, le législateur luxembourgeois a préféré ajouter à la défaillance « tout autre événement convenu entre parties »<sup>44</sup>.

Par conséquent, le cas de réalisation d'une garantie financière peut être dissocié de l'exigibilité de l'obligation financière garantie.

Ce principe de dissociation a été confirmé par l'arrêt dit « Courtepaille » datant du 22 janvier 2020 et rendu par la Cour d'appel du Luxembourg. La Cour a expliqué que le fait que la Loi de 2005 prévoit comme fait entraînant l'exécution de la garantie, « tout autre événement convenu entre les parties » « ne remettrait pas en cause la nature même du gage comme sûreté réelle accessoire à une créance »<sup>45</sup>. Un gage pourra donc être exécuté même si la dette garantie n'est pas exigible.

La loi du 22 juillet 2022, qui a modifié la Loi de 2005, consacre expressément cette possibilité.

En effet, la définition de « fait entraînant l'exécution de la garantie » fait désormais expressément référence à un cas de défaillance ou à tout autre événement convenu entre les parties. L'ajout du mot « quelconque » aux termes « défaillance ou tout autre événement » souligne que les parties sont entièrement libres de déterminer par accord les événements dont la survenance peut déclencher l'exécution de la garantie sans que les obligations financières ne soient nécessairement exigibles et payables.

35. Pour une liste exhaustive des méthodes de réalisation selon le type d'avoirs, cf. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 11 (Mémorial A, 2005, n° 128).

36. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 11(1) (Mémorial A, 2005, n° 128).

37. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 11 (Mémorial A, 2005, n° 128) ; A. SCHMITT, *op. cit.*, p. 178.

38. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 11(3) (Mémorial A, 2005, n° 128).

39. En pratique, la documentation de crédit prévoira que tous les frais supportés par le créancier gagiste et liés à la réalisation du gage devront

être payés par l'emprunteur.

40. H. WAGNER et A. DJAZAYERI, « La réalisation du gage en temps de crise : aspects juridiques », *Bulletin Droit et Banque*, ALJB, 2010, p. 44.

41. Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 11(1).

42. *Doc. parl.*, n° 5251, p. 14 ; L. JACQUES et F. FAYOT, « L'exercice des droits attachés aux instruments financiers », in A. Prüm et Ph. Dupont (dir.), *op. cit.*, p. 138.

43. H. WAGNER et A. DJAZAYERI, *op. cit.*, p. 41.

44. *Doc. parl.*, n° 5251.

45. CA Luxembourg, 22 janvier 2020, n° 6/20 IV-COM (arrêt *Courtepaille*) (Référence LexNow / ID 20201005815).

Les travaux parlementaires relatifs à la loi du 20 juillet 2022 citent des exemples tels que le non-respect de certains ratios financiers (qui avait été confirmé par l'arrêt *Courtepaille*) ou d'autres facteurs liés à des aspects particuliers d'une transaction.

La loi du 20 juillet 2022 a introduit un nouveau paragraphe 5 à l'article 11 de la loi de 2005 : « Lorsque les obligations financières concernées ne sont pas exigibles au moment de la réalisation du gage à la suite d'un événement convenu entre les parties comme constituant un événement de réalisation, le produit de la réalisation est, sauf convention contraire, affecté au paiement des obligations financières concernées. »

Ce nouveau paragraphe est directement lié à la définition de « cas de défaillance », qui permet au créancier gagiste de réaliser sa garantie à la suite d'un défaut ou de tout autre événement convenu entre les parties, alors que les obligations financières ne sont pas nécessairement échues et exigibles.

## V. CONCLUSION

L'analyse des sûretés sur créances dans un financement immobilier au Luxembourg met en évidence la flexibilité de la Loi de 2005 qui attire de nombreux investisseurs. Ce cadre offre aux prêteurs des sûretés robustes, rapides à mettre en œuvre et efficaces à réaliser. Cependant, ce régime ne doit pas occulter les complexités pratiques, en particulier le défi posé par les immeubles en copropriété qui exige une diligence accrue et des solutions contractuelles sur mesure, allant au-delà du simple contrat de gage.

Seule une lecture croisée des baux, des contrats d'assurance, du règlement de copropriété et du contrat de crédit permet de garantir l'efficacité réelle des sûretés sur créances. Le rôle du praticien est donc d'assurer la cohérence entre les instruments juridiques et la réalité opérationnelle du projet immobilier financé.

*Luxembourg, le 27 novembre 2025*

**Azadeh DJAZAYERI**

*Avocat à la Cour  
Elvinger Hoss Prussen*

**Élodie LÉOPOLD**

*Avocat à la Cour  
Elvinger Hoss Prussen*