

## 2.1 LA MISE EN GARANTIE DE PRÊTS BANCAIRES AUPRÈS DE LA BANQUE CENTRALE DU LUXEMBOURG AU REGARD DU SECRET BANCAIRE LUXEMBOURGEOIS

### INTRODUCTION

Aux termes de l'article 18 §1 des Statuts du Système européen de banques centrales («SEBC») et de la Banque centrale européenne («BCE»)¹, les opérations de crédit de l'Eurosystème doivent donner lieu à la constitution de garanties appropriées. A l'heure actuelle, les actifs éligibles susceptibles d'être reçus en garantie sont répartis en deux niveaux. Il s'agit, d'une part, du niveau 1 qui est composé de titres de créance à caractère négociable satisfaisant aux critères d'éligibilité définis pour l'ensemble de la zone euro, et, d'autre part, du niveau 2 qui est, quant à lui, constitué d'une plus grande variété de catégories d'actifs allant des titres de créance négociables aux actions et aux prêts bancaires. Les actifs de niveau 2 répondent aux critères nationaux d'éligibilité établis par les banques centrales nationales («BCN»)².

Le caractère hétérogène des actifs figurant dans les listes des actifs de niveau 2 des différents pays de la zone euro est susceptible d'entraver le traitement équitable des contreparties et de réduire la transparence du dispositif de garanties. Devant un tel constat, l'Eurosystème a décidé de réduire cette hétérogénéité et d'opérer la fusion des deux niveaux d'actifs pour obtenir une liste unique. Le conseil des gouverneurs a décidé que les actifs déjà acceptés en garantie par l'Eurosystème dans le cadre du niveau 1 feraient d'office partie de la liste unique.

Parmi les principales catégories d'actifs actuellement de niveau 2 et susceptibles d'intégrer la liste unique figurent les actifs non négociables, catégorie qui inclut les prêts bancaires³.

Ce sont précisément les prêts bancaires qui peuvent permettre la plus forte augmentation du montant des actifs éligibles.

Dans son avis du 13 juin 2001⁴, sollicité par le Conseil de l'Union européenne sur une proposition de directive concernant les contrats de garantie financière, la BCE avait, en outre, suggéré que soit considérée la question de savoir si le champ d'application de la proposition de directive pouvait être étendu à tous les types d'actifs qui sont éligibles aux opérations de crédit de l'Eurosystème, y compris notamment les crédits octroyés sous la forme de prêts bancaires. Une telle suggestion était motivée par le fait que cela favoriserait davantage la mise en œuvre de la politique monétaire unique de l'Eurosystème. La proposition faite par la BCE n'a pourtant pas été prise en compte dans le texte final de la directive précitée, de sorte que les garanties financières constituées par des prêts bancaires n'entrent pas dans le champ d'application de la directive précitée⁵.

Le 11 juin 2003, l'Eurosystème a lancé une consultation publique relative aux mesures d'amélioration de son dispositif de garanties. Les participants ont globalement exprimé leur soutien à la proposition de mise en œuvre progressive d'une liste unique de garanties éligibles pour l'ensemble de la zone euro. Dans leurs réponses, les intervenants du marché ont majoritairement considéré que les actifs non négociables et notamment les prêts bancaires, constituaient des catégories d'actifs importantes devant figurer dans la liste unique.

Dans un récent communiqué de presse datant du 5 août 2004, il a été rendu public que le conseil des gouverneurs a approuvé le principe de l'intégration dans la liste unique des prêts bancaires de l'ensemble des pays de la zone euro⁶.

La généralisation au sein de l'Eurosystème de l'éligibilité des actifs non négociables nécessite, lorsqu'il n'existe pas de notation officielle, d'examiner des solutions spé-

1 Article 18.1.: «Afin d'atteindre les objectifs du SEBC et d'accomplir ses missions, la BCE et les banques centrales nationales peuvent [...] effectuer des opérations de crédit avec des établissements de crédit et d'autres intervenants du marché sur la base d'une sûreté appropriée pour les prêts.». Cet article est à mettre en relation avec l'article 22 de la loi organique de la BCL (loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg) qui dispose: «Afin d'atteindre son objectif et d'accomplir ses missions, la Banque centrale peut [...] effectuer des opérations de crédit avec des établissements de crédit et d'autres intervenants du marché sur la base d'une sûreté appropriée pour les prêts.».

2 Cf. «La mise en œuvre de la politique monétaire dans la zone euro: documentation générale sur les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème», février 2004, chapitre 6 «Les actifs éligibles», pages 41-57.

3 Actuellement, ces actifs sont éligibles dans six pays. Ils comprennent les prêts bancaires au sens strict en Espagne, France, Allemagne et Autriche, ainsi que les créances privées aux Pays-Bas et les billets à ordre adossés à des créances hypothécaires en Irlande.

4 JOCE C 196 du 12.7.2001, p. 10.

5 Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (JOCE L 168 du 27.6.2002, p. 43).

6 Communiqué de presse du 5 août 2004, «Révision du dispositif de garanties de l'Eurosystème: deuxième étape vers l'adoption d'une liste unique», disponible sur le site Internet: [www.ecb.int](http://www.ecb.int).

cifiques concernant l'évaluation du risque de crédit des emprunteurs bénéficiaires de prêts bancaires.

Dans la perspective d'une extension de l'éligibilité des prêts bancaires à l'ensemble de la zone euro, il est envisagé d'adopter certaines mesures d'harmonisation concernant, notamment, le montant minimum des actifs éligibles, la fourchette de leurs échéances et les catégories éligibles d'emprunteurs.

L'éligibilité des prêts bancaires supposera, en outre, des vérifications quant à l'existence des prêts. La contrepartie de la Banque centrale du Luxembourg («BCL») qui souhaitera mobiliser un prêt bancaire, devra communiquer un certain nombre d'informations parmi lesquelles figurent l'identité et la localisation du débiteur, le type et le montant (valeur nominale) du prêt, sa date de maturité, ainsi que le droit applicable au contrat de prêt.

Le contrôle de l'existence du prêt bancaire devra établir que la contrepartie et le débiteur indiqués ont effectivement conclu un contrat de prêt, que le montant et la maturité annoncés correspondent à ceux qui ont été convenus et, enfin, que le prêt est encore dû par le débiteur à la contrepartie<sup>7</sup>. Il est également envisagé d'obtenir des contreparties les notations internes qu'elles ont attribuées à leurs débiteurs. Un tel système pourrait être complété par la mise en place d'une base de données répertoriant les débiteurs éligibles. A cet égard, il y a lieu de relever qu'à l'heure actuelle, le type d'informations à recueillir par les BCN ainsi que les modalités de la collecte des informations n'ont pas encore été définis de manière claire et précise.

L'Eurosystème a prévu de mobiliser ce type d'actifs par le biais soit du gage, soit de la cession à titre de garantie. Au Luxembourg, cela obligera la BCL à recourir au gage sur créances de sommes d'argent<sup>8</sup> ou au transfert de propriété à titre de garantie portant sur des créances<sup>9</sup>.

Au vu de ce qui précède, se pose la question de la transmission des informations précitées au regard des règles relatives au secret bancaire luxembourgeois. En effet, les informations visées sont susceptibles d'être couvertes par le secret bancaire que les établissements de crédit sont tenus de respecter.

La présente note a pour objet de déterminer les implications possibles du secret bancaire luxembourgeois sur l'éligibilité des prêts bancaires et, le cas échéant, d'identifier les solutions auxquelles la BCL et ses contreparties peuvent recourir.

## I. LE PRINCIPE

Le secret bancaire est régi par l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier<sup>10</sup> et sanctionné par l'article 458 du Code pénal<sup>11</sup>.

Les travaux parlementaires relatifs à la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier affirment le caractère d'ordre public du secret bancaire<sup>12</sup>. Force est de constater que la doctrine n'est pas unanime sur le sujet dans la mesure où certains auteurs, dont la position est plus nuancée, nient le caractère absolu du secret bancaire<sup>13</sup>. «La question relative au caractère d'ordre public du secret bancaire est [...] des plus délicates»<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Cela signifie, en d'autres termes, que le prêt n'a pas encore été remboursé intégralement ou partiellement.

<sup>8</sup> Articles 110 à 119 du Code de commerce.

<sup>9</sup> Articles 1, 2 et 3 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie.

<sup>10</sup> Art. 41. L'obligation au secret professionnel:

(1) «Les administrateurs, les membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service des établissements de crédit, des autres professionnels du secteur financier, des organes de règlement, des contreparties centrales, des chambres de compensation et des opérateurs étrangers de systèmes agréés au Luxembourg visés à la partie I de la présente loi, sont obligés de garder secrets les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle. La révélation de tels renseignements est punie des peines prévues à l'article 458 du Code pénal».

<sup>11</sup> «Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 500 euros à 5.000 euros.»

<sup>12</sup> Document parlementaire 3600, commentaires des articles, page 8. Le caractère d'ordre public du secret bancaire a également été affirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg du 2 avril 2003 (J.T., 2003, 315) et, plus récemment, confirmé par un arrêt du 30 mars 2004 rendu par la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle. Cette position est partagée par la majorité des auteurs.

<sup>13</sup> Cf. «Le secret bancaire en droit luxembourgeois – aspects actuels et perspectives» par Jacques Kauffman, 1994 Larcier; «Banking secrecy and money laundering», by Marco Zwick, éditions promoculture 2003, page 19.

<sup>14</sup> Dean Spielmann, «Le secret bancaire et l'entraide judiciaire internationale pénale au Grand-Duché de Luxembourg», p. 19. Cet auteur ne semble pas favorable au caractère d'ordre public du secret bancaire et favorise plutôt l'existence d'un secret bancaire qui «participe» de l'ordre public et qui pourtant admet que le client reste maître de son secret.

La conséquence du caractère d'ordre public du secret bancaire réside dans le fait que les clients ne peuvent pas eux-mêmes délier les banques de leur secret<sup>15</sup> et que donc seule la loi peut y apporter des exceptions<sup>16</sup>.

D'après la définition donnée récemment par un auteur, l'ordre public est «l'antithèse de la liberté contractuelle instituée dans le but de protéger aussi bien les intérêts privés que les intérêts publics»<sup>17</sup>.

Ce même auteur retient qu'«une loi d'ordre public est une loi à laquelle les particuliers, sous peine de nullité, ne peuvent apporter la moindre dérogation»<sup>18</sup>.

Partant du constat qu'en jurisprudence luxembourgeoise, certains jugements ont affirmé le caractère d'ordre public du secret bancaire<sup>19</sup>, alors que d'autres lui dénie tout caractère d'ordre public et font du client le maître absolu du secret<sup>20</sup>, l'auteur conclut qu'il n'existe aucune décision qui soit véritablement de principe sur la question du caractère d'ordre public du secret bancaire<sup>21</sup>.

Sur base de la jurisprudence étudiée, l'auteur aboutit aussi à la conclusion que le secret bancaire est à considérer comme un principe fondamental auquel des exceptions peuvent toutefois être apportées dans certains cas limités. L'auteur va même plus loin et conclut ainsi que le secret bancaire n'est pas d'ordre public. Cette position va manifestement à l'encontre de la volonté du législateur luxembourgeois qui a voulu faire du secret bancaire luxembourgeois une règle d'ordre public assortie de sanctions pénales<sup>22</sup>.

En application du principe consacré à l'article 41 précité, il est admis que les tiers ne peuvent prétendre à la communication de renseignements par une banque concernant un quelconque client de celle-ci<sup>23</sup>. Par contre, il semble admissible que le client puisse demander les renseignements à sa banque et les transmettre à qui bon lui semble<sup>24</sup>.

Des précisions ont été apportées par la jurisprudence concernant les informations qui sont couvertes par le secret bancaire. Ainsi, il est interdit pour les établissements de crédit de «faire des révélations au sujet des renseignements obtenus dans le cadre de leurs activités»<sup>25</sup>. Le juge a également affirmé que le secret bancaire couvre «les informations sur le client de la banque et celles portant sur son patrimoine ou sa situation financière»<sup>26</sup>. La doctrine a aussi apporté quelques clarifications. D'après celle-ci, sont ainsi couverts par le secret bancaire, l'existence même d'une relation d'affaires entre la banque et son client, le montant des avoirs du client de la banque (tant actif que passif, ce qui inclut tout prêt accordé et inscrit dans les livres de la banque), les types d'opérations bancaires effectuées par le client et les revenus ou charges y afférents<sup>27</sup>.

Etant donné que les informations que la BCL sera amenée à recevoir portent sur le client (identité, localisation, éventuellement sa notation par la banque, etc.) et son patrimoine, en particulier sa dette vis-à-vis de la banque qui est constituée par le prêt bancaire, les règles en matière de secret bancaire auront vocation à s'appliquer<sup>28</sup>.

15 Voir à ce sujet: «Etude comparative du secret bancaire au Luxembourg, à Monaco et en Suisse» par Me Guy Ludovissy, *Codex* 4/1999, page 5.

16 «Le secret bancaire en droit luxembourgeois – aspects actuels et perspectives» par Jacques Kauffman, 1994, *Larcier*, p. 534.

17 André Serebriakoff, «Le caractère d'ordre public du secret bancaire: conviction ou réalité?», *Droit bancaire et financier au Luxembourg, Recueil de doctrine, ALJB*, 2004, p. 287.

18 André Serebriakoff, «Le caractère d'ordre public du secret bancaire: conviction ou réalité?», *Droit bancaire et financier au Luxembourg, Recueil de doctrine, ALJB*, 2004, p. 290.

19 Jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 18 mai 2000 (*Bull. Droit et Banque*, n° 31, p. 16), décision confirmée en appel (*Cour d'appel*, 13 mars 2002, n° 25356 du rôle, non publié); deux arrêts du 2 avril 2003 (*Cour d'appel*, 2 avril 2003, n° 26050 et 26256 du rôle, non publiés).

20 Décision du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 8 juin 2000 (*Trib. Arr. Luxembourg (corr)*, *Bull. Droit et Banque* n° 31, p. 20).

21 A notre avis, il est regrettable que l'auteur se fonde à cette fin sur une décision de justice isolée rendue, qui plus est, par le juge de première instance. D'ailleurs, en appel du jugement précité, le juge a confirmé le caractère d'ordre public du secret bancaire (cf.: *Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, du 30 mars 2004 suite à l'appel interjeté contre le jugement rendu par le tribunal d'arrondissement du Luxembourg, chambre correctionnelle, le 8 juin 2000*). Le juge d'appel a, en effet, considéré que «le secret bancaire, protégé par les sanctions de l'article 458 du code pénal et ne pouvant être levé d'après l'article 41, paragraphe 2 de la loi du 5 avril 1993 que par la loi, est d'ordre public.».

22 Document préparatoire n° 3600, commentaire des articles, page 8.

23 Me Jean-Louis Schiltz et Me Franz Schiltz: «Le secret bancaire face aux tiers devant le juge civil», *Droit bancaire et financier au Luxembourg, Recueil de doctrine, ALJB*, 2004, p. 324.

24 Me Jean-Louis Schiltz et Me Franz Schiltz: «Le secret bancaire face aux tiers devant le juge civil», *Droit bancaire et financier au Luxembourg, Recueil de doctrine, ALJB*, 2004, p. 324.

25 *Cour d'appel*, 28 novembre 2000, 19224.

26 *Cour d'appel*, 11 mars 2003, 29964.

27 Voir à ce sujet: «Etude comparative du secret bancaire au Luxembourg, à Monaco et en Suisse» par Me Guy Ludovissy, *Codex* 4/1999, page 4.

28 Il convient de relever que la BCL peut être amenée à recevoir des informations relatives à des prêts bancaires qui peuvent être déclarés inéligibles et qui partant ne seront jamais reçus en garantie.

## II. LES EXCEPTIONS

La loi assortit l'obligation au secret bancaire d'exceptions qui permettent ainsi la levée du secret bancaire. Parmi ces exceptions figurent, d'une part, la divulgation autorisée d'une information (hypothèse du témoignage en justice) ou imposée par une disposition législative (hypothèse d'une commission rogatoire émanant d'un juge d'instruction/ordre de la loi)<sup>29</sup> et, d'autre part, la communication d'informations aux autorités de surveillance nationales et étrangères<sup>30</sup>, étant précisé que ces dernières ne peuvent utiliser les informations ainsi recueillies qu'à des fins de surveillance prudentielle du secteur financier.

L'article 16, troisième alinéa, de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier<sup>31</sup> permet la divulgation d'informations confidentielles dans le cadre d'un échange d'informations entre la CSSF et la BCL<sup>32</sup>. L'article 16 précité traite ainsi de la collaboration qui peut exister entre la CSSF et la BCL et, partant, entraîne la communication, par l'une à l'autre, d'informations qui normalement ne devraient pas être divulguées, chacune de ces deux autorités étant soumise, sur base de sa loi organique, au secret professionnel<sup>33</sup>.

S'agissant des prêts bancaires, il serait envisageable aux fins d'écarter les problèmes de secret bancaire, d'obtenir les informations requises, non pas directement de la contrepartie, mais par l'intermédiaire de la CSSF et ce en application de l'article 16 précité. Néanmoins,

la CSSF ne pouvant obtenir des informations que lorsqu'elles sont nécessaires à l'exercice de la surveillance prudentielle, il est peu probable qu'elle aura à disposition toutes les informations requises en cas de mobilisation de prêts bancaires. En tout état de cause, une partie des informations devrait provenir de l'établissement de crédit.

Outre le fait que l'objectif de l'article 16 précité, qui vise expressément un échange d'informations entre les deux établissements, ne nous semble pas englober la communication d'informations sollicitée par la BCL en matière de prêts bancaires, se pose également le problème qu'une partie au moins des informations recueillies par la BCL pourrait circuler au sein de l'Eurosystème. Les risques inhérents à une telle circulation ne doivent toutefois pas être surestimés, eu égard aux missions de service public incombant aux BCN, qui en principe n'ont pas pour effet de léser les intérêts des clients de leurs contreparties. Dans ce contexte, il y a lieu de souligner que les activités des BCN sont strictement délimitées, disposent des bases légales nécessaires et sont exercées avec des finalités précises. En tout état de cause, les informations ainsi transmises bénéficieraient de l'application de l'article 38 des Statuts du SEBC et de la BCE relatif à l'obligation au secret professionnel qui pèse sur les membres des organes de décision et du personnel de la BCE et des BCN<sup>34</sup>.

Par ailleurs, l'obligation au secret ne s'applique pas aux actionnaires ou associés dont la qualité est une con-

---

29 Art. 41. *L'obligation au secret professionnel:*

«2) L'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la présente loi.».

30 Art. 41. *L'obligation au secret professionnel:*

«(3) L'obligation au secret n'existe pas à l'égard des autorités nationales et étrangères chargées de la surveillance prudentielle du secteur financier si elles agissent dans le cadre de leurs compétences légales aux fins de cette surveillance et si les renseignements communiqués sont couverts par le secret professionnel de l'autorité de surveillance qui les reçoit. La transmission des renseignements nécessaires à une autorité étrangère en vue de la surveillance prudentielle doit se faire par l'intermédiaire de la maison-mère ou de l'actionnaire ou associé compris dans cette même surveillance.».

31 Loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier (*Mémorial A* – 112 du 24 décembre 1998, p. 2985).

32 Article 16:

«Hormis les exceptions prévues par ou en vertu d'une loi, les membres des organes, le réviseur, ainsi que toutes les personnes exerçant ou ayant exercé une fonction pour la Commission, sont tenus de garder secret des informations confidentielles reçues dans ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, sous peine des sanctions prévues à l'article 458 du Code pénal.

Ce secret implique que, sans préjudice des dispositions des lois et règlements régissant la surveillance, les informations confidentielles qu'ils reçoivent à titre professionnel ne peuvent être divulguées à quelque personne ou autorité que ce soit, excepté sous forme sommaire ou agrégée de façon que les entreprises individuelles surveillées ne puissent être identifiées, sans préjudice des cas relevant du droit pénal.

L'alinéa précédat ne s'applique pas aux échanges d'informations entre la Commission de surveillance du secteur financier et la Banque centrale ainsi qu'aux cas où les personnes y visées sont appelées à rendre témoignage en justice ou à l'occasion d'un recours contre une décision prise dans l'accomplissement de la mission de la Commission, et aux cas où la loi les autorise ou les oblige à révéler certains faits, notamment sur base des lois et règlements régissant la surveillance.».

33 Voir à ce sujet: Guy Ludovissy; «La surveillance du secteur financier», éditions promoculture, pp. 76-79.

34 Article 38.1.: «Les membres des organes de décision et du personnel de la BCE et des banques centrales nationales sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel.».



dition de l'agrément de l'établissement<sup>35</sup>, pour autant que les informations ainsi transmises soient nécessaires à la gestion de l'établissement et ne divulguent pas directement les engagements de l'établissement à l'égard d'un client autre qu'un professionnel du secteur financier<sup>36</sup>.

De même, l'obligation au secret n'existe pas à l'égard de certains des nouveaux professionnels du secteur financier introduits par la loi du 2 août 2003<sup>37</sup>. Parmi ces nouveaux professionnels du secteur financier figurent les agents de communication à la clientèle, les agents administratifs du secteur financier et les opérateurs de systèmes informatiques et de réseaux de communication du secteur financier. La levée du secret bancaire ne peut toutefois intervenir que lorsque les renseignements sont à transmettre à ces professionnels dans le cadre d'un contrat de services et qu'ils sont indispensables à l'exécution du contrat de services en cause<sup>38</sup>.

Dans ce contexte, il convient aussi de mentionner en matière de lutte contre le blanchiment d'argent l'existence du devoir de coopération avec les autorités qui demandent des informations, ainsi que l'obligation d'informer le Procureur d'Etat de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment d'argent<sup>39</sup>. L'obligation générale de coopérer avec les autorités est, quant à elle, consacrée à l'article 40 (1) de la loi du 5 avril 1993<sup>40</sup> précitée. Elle oblige son destinataire à répondre à toute demande que les autorités chargées de l'application des lois leur adressent dans l'exercice de leurs compétences.

Force est de constater que la BCL ne peut bénéficier d'aucune des exceptions décrites ci-avant en cas de

mise en garantie de prêts bancaires. A cet égard, il y a lieu d'observer que la loi organique de la BCL<sup>41</sup> ne contient aucune disposition qui pourrait servir de base légale à la divulgation d'informations requise en la matière.

Les décisions prises jusqu'à présent par la BCE dans le domaine des opérations de politique monétaire sont dépourvues d'effet direct à l'égard des tiers. La BCE adopte en effet des orientations qui s'adressent exclusivement aux BCN et qui doivent être mises en œuvre ou «transposées» par ces dernières conformément à leur droit national.

### III. LES TEMPERAMENTS

Il existe un certain nombre de tempéraments au principe du secret bancaire. Il y a lieu de déterminer si la BCL peut en bénéficier afin de recevoir des établissements de crédit les informations nécessaires en cas d'éligibilité des prêts bancaires.

Les tempéraments décrits ci-après ne s'analysent pas comme une réelle levée du secret bancaire mais plutôt comme une inopposabilité. Ces tempéraments, à l'instar des exceptions, doivent être interprétés de manière restrictive.

De manière générale, les auteurs s'accordent pour dire qu'il est impossible qu'un client renonce, de manière générale et pour des opérations futures, au secret bancaire, et ce au bénéfice d'un tiers déterminé. Une telle renonciation viderait en effet le secret bancaire d'une partie de sa substance.

35 A l'origine, cette disposition avait pour objet de lever l'obligation au secret dans une hypothèse jusqu'alors non prévue, afin de permettre la communication à l'actionnaire majoritaire de certaines informations ayant trait aux crédits importants accordés et aux engagements interbancaires. Voir à ce sujet: Jean Guill, «Le secret bancaire confirmé!», d'*Lëtzebuurger Land*, Juin 1992, p. 41.

36 Article 41 (4): «L'obligation au secret n'existe pas à l'égard des actionnaires ou associés, dont la qualité est une condition de l'agrément de l'établissement en cause, dans la mesure où les renseignements communiqués à ces actionnaires ou associés sont nécessaires à la gestion saine et prudente de l'établissement et ne révèlent pas directement les engagements de l'établissement à l'égard d'un client autre qu'un professionnel du secteur financier.»

37 Loi du 2 août 2003 portant – modification de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier; – modification de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier; – modification de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés.

38 Article 41 (5): «L'obligation au secret n'existe pas à l'égard des professionnels visés aux articles 29-1, 29-2 et 29-3, dans la mesure où les renseignements communiqués à ces professionnels sont fournis dans le cadre d'un contrat de services relevant de l'une des activités réglementées par les dispositions légales susmentionnées et à condition que ces renseignements soient indispensables à l'exécution du contrat de services en cause.»

39 Article 40 (2): «Les établissements de crédit et les autres professionnels du secteur financier, leurs dirigeants et employés sont tenus plus particulièrement de coopérer pleinement avec les autorités luxembourgeoises responsables de la lutte contre le blanchiment: – en fournissant à ces autorités, à leur demande, toutes les informations nécessaires conformément aux procédures prévues par la législation applicable; – en informant, de leur propre initiative, le Procureur d'Etat auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment.»

40 Article 40 (1): «Les établissements de crédit et les autres professionnels du secteur financier sont obligés de fournir une réponse et une coopération aussi complètes que possible à toute demande légale que les autorités chargées de l'application des lois leur adressent dans l'exercice de leurs compétences.»

41 Loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg.

Il est également admis que le secret bancaire est opposable à toutes les entités ou personnes qui ne sont pas considérées comme faisant partie de la *sphère de discrétion du client* de la banque<sup>42</sup>. Font partie de cette *sphère de discrétion du client* de la banque le représentant des personnes physiques<sup>43</sup> ou morales<sup>44</sup>, l'héritier réservataire du client<sup>45</sup> et dans une moindre mesure, le légataire à titre universel ou particulier – ces derniers n'ayant le droit d'accéder qu'aux informations qui sont nécessaires à l'exercice de leurs droits –, le mandataire du client dans les limites de l'objet du mandat conféré, et enfin le débiteur et la caution du client, pour ce qui concerne les engagements qu'elle garantit<sup>46</sup>. Dans ces différents cas de figure, il est considéré que la banque n'est pas déliée de son obligation et que le secret bancaire n'est pas levé.

Selon un auteur<sup>47</sup>, le cessionnaire d'une créance est habilité à obtenir toutes les informations concernant spécifiquement les droits qui lui ont été transférés. Cette position n'ayant pas été reprise ou confirmée ni par la jurisprudence ni par la doctrine, il serait téméraire et aléatoire d'appliquer par analogie le même raisonnement au transfert de propriété à titre de garantie d'une créance constituée par un prêt bancaire<sup>48</sup>, voire au gage portant sur un prêt bancaire.

Le client peut décider de fournir lui-même certains renseignements qui relèvent du secret bancaire, tout en utilisant le banquier comme moyen de communication. Ainsi, le banquier peut être amené en vertu d'un contrat de mandat à fournir certains renseignements à des personnes tierces: il agit au nom et pour compte du client qui juridiquement révèle lui-même les renseignements.<sup>49</sup>

Dans cette hypothèse, le client donne un mandat spécifique à son banquier de communiquer à un tiers des informations précises avec une finalité déterminée<sup>50</sup>. Le banquier, quant à lui, agit pour le compte du client et dans l'intérêt du client afin que ce dernier soit en mesure de remplir les obligations qui pèsent sur lui.

S'agissant du cas particulier des prêts bancaires, il ne suffit pas que la banque, contrepartie de la BCL, reçoive mandat de son client bénéficiaire d'un prêt bancaire aux fins de communiquer à la BCL les informations nécessaires. En effet, la banque n'agit pas à vrai dire pour le compte de son client, puisque les obligations qui sont ainsi exécutées, à savoir l'obligation de constituer des sûretés appropriées en contrepartie des liquidités octroyées par la BCL et de fournir des informations sur l'objet de la sûreté, ne pèsent pas sur le client, mais sur la banque elle-même. Ce n'est pas le client qui est l'obligé, mais la banque qui agit dans son propre intérêt. La théorie de mandat n'est dès lors pas transposable de manière satisfaisante.

Des clarifications très utiles ont été apportées en matière de secret bancaire par un article récemment publié par la CSSF<sup>51</sup> qui met en lumière un certain nombre de principes de base:

- le secret bancaire, étant une disposition de droit pénal, est d'ordre public;
- le secret bancaire protège non seulement un intérêt privé, mais également un intérêt social général;
- l'application du secret bancaire ne peut être exclue par les parties à un contrat<sup>52</sup>;

42 Cf. «Secret bancaire et fraude fiscale» par Me Roger Nothar, *Codex* 4/1999.

43 *Le représentant légal du mineur, le tuteur et le curateur.*

44 *Le conseil d'administration, le gérant, le curateur et le liquidateur.*

45 *Avis partagé par: Me Jean-Louis Schiltz et Me Franz Schiltz: «Le secret bancaire face au tiers devant le juge civil», in: Droit bancaire et financier au Luxembourg, Recueil de doctrine, ALJB, 2004, p. 310-316.*

46 Cf. «Secret bancaire et fraude fiscale» par Me Roger Nothar, *Codex* 4/1999. *Avis partagé par Me Guy Ludovissy: «Etude comparative du secret bancaire au Luxembourg, à Monaco et en Suisse», Codex 4/1999, page 5 s'agissant des héritiers et du curateur représentant une société faillie. Avis également partagé par Me Jacques Kauffman s'agissant des ayants droit et ayants cause du client, les tiers saisissant, les cessionnaires de la créance, les codébiteurs et les cautions dans la stricte limite de leurs droits. S'agissant notamment de l'héritier, du mandataire, du curateur, Me Jacques Kauffman a précisé qu'«on est en présence, dans ces cas, non de levée du secret bancaire, mais de révélations à des personnes qui se trouvent dans la sphère de discrétion et tirent leurs droits de la personne protégée par le secret bancaire (cf. «De quelques principes régissant le secret bancaire, rapprochés d'une récente décision judiciaire», Jacques Kauffman, ALJB – Bulletin Droit et Banque N° 32).*

47 «Le secret professionnel du banquier en droit luxembourgeois», par Jacques Kauffman, *Docteur en droit, Avocat, Les cahiers de la BIL*, p. 44.

48 *Loi du 1<sup>er</sup> août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie [...] (Mémorial A N° 106 du 31 août 2001, p. 2180). Les valeurs pouvant être transférées sur base de cette loi comprennent les créances (article 2).*

49 *Voir à ce sujet: «Note: La portée du secret bancaire», M. André Hoffmann, ALJB – Bulletin Droit et Banque N° 31.*

50 *C'est également la technique utilisée dans le cadre du Qualified Intermediary Agreement.*

51 *L'article a été rédigé par le Comité des juristes à la demande du CODEPLAFI; cf. «La nature et la portée du secret bancaire», Rapport d'activités 2003 de la CSSF, p. 196.*

52 *Conformément à l'article 6 du code civil qui dispose que l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.*

- seule la loi peut déroger aux obligations relatives au secret bancaire.

L'article précité apporte aussi un certain nombre d'éclaircissements concernant la possibilité de transmettre des informations soumises au secret professionnel avec l'accord du client, et ce nonobstant le caractère d'ordre public du secret bancaire.

Afin que les éléments constitutifs de l'infraction ne soient plus réunis lorsqu'un professionnel communique des informations à des tiers, un certain nombre de critères relatifs à l'attitude du client ont été dégagés:

- L'intérêt de la personne concernée<sup>53</sup>: la transmission d'informations couvertes par le secret bancaire doit se faire dans l'intérêt de la personne, ce qui exclut que le professionnel procède à la communication d'informations dans son intérêt exclusif. Dans ce dernier cas de figure, le professionnel court en effet le risque que l'infraction soit constituée en fonction des humeurs ou intérêts changeant de son client qui pourrait alors engager sa responsabilité.
- L'exigence d'un consentement spécifique du client, la spécificité ayant trait au contenu de l'information, au destinataire de l'information, à la finalité recherchée et au temps<sup>54</sup>.

Lorsque les prêts bancaires seront rendus éligibles, la BCL va devoir recueillir des informations relatives aux emprunts concernés et qui sont protégées par le secret bancaire. La divulgation des informations se fera indubitablement dans l'intérêt de l'établissement de crédit qui souhaite donner en garantie des prêts bancaires<sup>55</sup>. Dans une certaine mesure, elle s'opérera également dans l'intérêt du client qui s'est vu consentir un emprunt bancaire. En effet, l'intérêt du client pourra, selon les cas, résider dans les conditions plus favorables accordées par la banque ou dans l'acceptation même du prêt par la banque qui voudra en faire un prêt mobi-

lisable dans le cadre des opérations de politique monétaire ou de crédit intrajournalier.

La condition de l'intérêt du client se trouvant ainsi remplie, il conviendra aux fins d'écarter tout problème de violation du secret bancaire, d'exiger de la part des contreparties l'insertion systématique dans leurs contrats de prêt d'une clause par laquelle le bénéficiaire du prêt consent à (i) une mobilisation éventuelle par la banque de son prêt à l'occasion des opérations de politique monétaire ou de crédit intrajournalier dans le cadre des systèmes de paiement, (ii) la divulgation subséquente à la BCL d'informations déterminées concernant sa situation personnelle et son prêt bancaire et (iii) toute transmission éventuelle des informations ainsi reçues au sein de l'Eurosystème.

Lorsque le client accepte une telle clause, il ne renonce pas *in abstracto* au bénéfice du secret bancaire, puisqu'il écarte son application uniquement à un type d'opérations bien déterminé et pour une finalité bien précise. L'intérêt particulier du client devra être établi pour chaque contrat de prêt et il se traduira, en principe, par l'acceptation expresse du client de la clause contractuelle précitée qui équivaudra à un consentement circonstancié concernant les opérations et démarches envisagées dans ladite clause<sup>56</sup>.

Le banquier aura la responsabilité d'insérer ce type de clause dans les contrats de prêts qu'il souhaite rendre éligibles dans le cadre des opérations de politique monétaire ou de crédit intrajournalier. Il devra également s'assurer de l'existence du consentement exprès et éclairé de son client, qui en tout état de cause garde la liberté d'accepter ou de refuser une telle possibilité.

Au vu de ce qui précède, on peut conclure, compte tenu de la législation applicable en matière de secret bancaire, que la BCL pourra, sous réserve des exigences d'ordre contractuel précédemment explicitées, accepter en garantie des prêts bancaires de la part de ses contreparties.

53 «... le secret professionnel du banquier luxembourgeois, tant personne physique que morale, ne peut céder que sous l'obligation de la loi ou la volonté de la personne intéressée.»: Me Rémi Berg, «Le secret bancaire à la lumière de la récente jurisprudence de la Cour d'appel de Luxembourg», in: AGEFI, octobre 2003.

54 Déjà en 1994, Me Jacques Kauffinan avait considéré que «La question paraît devoir être résolue de façon nuancée en considération aussi bien des intérêts du client lui-même que de la sauvegarde de la notion de secret bancaire en tant que telle. Dans cet ordre d'idées, le client peut en principe autoriser sa banque à faire à des tiers des révélations sur sa situation de fortune et de revenus ou sur certaines opérations, mais la circonspection est de mise lorsqu'une telle autorisation est donnée sans restrictions et de façon générale.». Cf. «Le secret bancaire en droit luxembourgeois – aspects actuels et perspectives» par Jacques Kauffinan, 1994, Larcier.

55 A cet égard, il échet de rappeler que le CODEPLAFI avait insisté dans sa note sur le fait que c'est le client qui est maître de son secret et que la banque ne peut imposer la divulgation dans son intérêt propre; cf. CODEPLAFI, «La nature et la portée du secret bancaire», in: Rapport d'activités 2003 de la CSSF, p. 196.

56 Dans une étude très récente, Me Kinsch a exprimé l'avis «qu'il serait totalement déraisonnable de nier au client d'une banque, lorsqu'il n'existe aucun doute sur son libre consentement, le droit de délier son banquier de l'obligation au secret en ce qui concerne des renseignements déterminés à fournir à des tiers déterminés.», in: Bulletin Droit & Banque ALJB, juin 2004, N° 35, note «L'affaire des fichiers volés de la Kredietbank Luxembourgeoise devant la Cour d'appel et la Cour de cassation», par Me P. Kinsch, p. 52.

## CONCLUSION

La BCL n'est pas bénéficiaire des exceptions apportées à l'obligation au secret bancaire, telle qu'établie à l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier. L'échange d'informations opéré entre la CSSF et la BCL ne permet vraisemblablement pas d'obtenir de manière satisfaisante les informations nécessaires en cas d'éligibilité des prêts bancaires. Par ailleurs, la loi organique de la BCL ne contient pas de disposition permettant une divulgation d'informations confidentielles individualisées de la part des établissements de crédit.

Nous avons vu que la BCL ne peut pas recourir à la technique du mandat de manière satisfaisante et qu'elle ne se trouve manifestement pas dans la *sphère de discrétion* du client débiteur du prêt bancaire.

En revanche, la BCL a la possibilité de demander à ses contreparties qui souhaitent mobiliser des prêts bancaires,

d'introduire dans les contrats de prêts qu'elles veulent rendre éligibles, une clause par laquelle l'emprunteur accepte de manière expresse (i) toute mobilisation éventuelle par la banque de son prêt à l'occasion des opérations de politique monétaire ou de crédit intrajournalier dans le cadre des systèmes de paiement, (ii) la divulgation subséquente à la BCL d'informations déterminées concernant sa situation personnelle et son prêt bancaire et (iii) toute transmission éventuelle des informations ainsi reçues au sein de l'Eurosystème. L'intérêt du client à écarter l'application du secret bancaire s'agissant de son prêt résidera dans l'obtention même du prêt ou dans les conditions plus favorables accordées par le banquier.

Il incombera à l'établissement de crédit, contrepartie de la BCL, d'établir l'intérêt du client, de s'assurer de l'existence du consentement circonstancié et éclairé de ce dernier, ainsi que d'insérer dans le contrat de prêt la clause indiquée précédemment.<sup>57</sup>

---

57 La présente étude a été rédigée par Mlle Elisabeth Simoes Lopes, juriste auprès de la BCL, et a bénéficié de l'apport du Comité des juristes de la BCL lors de sa réunion du 10 juin 2004 à laquelle ont participé: M. Etienne de Lhoneux, Président du Comité, Mlle Isabelle Schmit, secrétaire du Comité, Mme Catherine Bourin (ABBL), M. Daniel Dax (Bourse de Luxembourg), Me André Elvinger (Etude Elvinger, Hoss et Prussen), Mme Marie-Paule Gillen (KBL), Me Patrick Kinsch (Etude Welter, Cravatte, Würth, Kinsch), M. André Prüm (Professeur à l'Université de Nancy II), Me Alain Steichen (Etude Bonn, Schmitt et Steichen) et Me André Lutgen (Etude Assa, Lutgen et Schaack).