

# BULLETIN DROIT & BANQUE



## ECLAIRAGES

- **Et si MiFID II n'était entrée en vigueur qu'en juin 2018... Ou de l'effet direct des directives européennes**

*Philippe Bourin*

- **Le régime fiscal des plans d'option sur acquisition d'actions – Evolutions récentes et perspectives**

*Jacques Wantz et Emre Akan*

## ARTICLES DE FOND

- **Réflexions sur le régime juridique applicable aux taux d'intérêt négatifs**

*Nicolas Thieltgen et Caroline Mangold*

- **Impacts of the new requirements on personal data protection on Luxembourg anti-money laundering and combatting the terrorism financing environment**

*Yann Payen, Fatiha Mehrnaz et Steve Viard*

- **Les nouvelles obligations du banquier suite à l'adoption des dispositifs législatifs transposant la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment : Morceaux choisis**

*Catherine Bourin et Julien Leroy*

## JURISPRUDENCE

- **Responsabilité du banquier - règles de conduite - loi sur le secteur financier - faute contractuelle**

*Arrêt de la Cour de cassation de Luxembourg du 1<sup>er</sup> mars 2018*

- **Responsabilité du banquier - législation sur la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme - faute délictuelle**

*Arrêt de la Cour de cassation de Luxembourg du 29 mars 2018*

- **Responsabilité du banquier – web banking – investissements en bourse – profil d'investisseur – obligation d'information**

*Arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg (4<sup>e</sup> chambre) du 18 avril 2018*

## CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

- **Chronique de jurisprudence fiscale 2017**

*Jean Schaffner*

- **Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois (septembre 2016 - septembre 2017)**

*Nicolas Thieltgen, Anne-Marie Ka et Brice Hellinckx*

#### **Conseil d'administration de l'ALJB**

Philippe Bourin, CA Indosuez Wealth (Europe) (Président)

Nicolas Thieltgen, Brucher Thieltgen & Partners (Vice-Président)

Cosita Delvaux, Notaire (Trésorière)

Daniel Postal, BGL BNP Paribas (Secrétaire)

Catherine Bourin, Association des Banques et Banquiers, Luxembourg

Sandrine Conin, Association des Banques et Banquiers, Luxembourg

Cyrille de Crozals, Bank Julius Baer Luxembourg S.A.

Philippe Dupont, Arendt & Medernach

André Hoffmann, Elvinger Hoss Prussen

Nicki Kayser, Linklaters LLP, Luxembourg

Claude Kessler, Commission de Surveillance du Secteur Financier

Morton Mey, POST Finance

Elisabeth Omes, Elvinger Hoss Prussen

Andéol du Trémolet de Lacheisserie, Banque Européenne d'Investissement

Peter Vermeulen, Groupe Foyer

Henri Wagner, Allen & Overy SCS

La reproduction d'articles parus dans cette revue n'est permise que moyennant autorisation de l'ALJB et indication de la source ("Bulletin Droit & Banque 62, ALJB, 2018").

BULLETIN

# DROIT & BANQUE

N° 62

Juin 2018

## Editeur:

Association Luxembourgeoise des  
Juristes de Droit Bancaire a.s.b.l.

[www.aljb.lu](http://www.aljb.lu)

## Comité de rédaction:

Sandrine Conin

ABBL

[conin@abbl.lu](mailto:conin@abbl.lu)

Nicki Kayser

Linklaters LLP, Luxembourg

[nicki.kayser@linklaters.com](mailto:nicki.kayser@linklaters.com)

Claude Kessler

CSSF

[claud.kessler@cssf.lu](mailto:claud.kessler@cssf.lu)

Elisabeth Omes

Elvinger Hoss Prussen

[elisabethomes@elvingerhoss.lu](mailto:elisabethomes@elvingerhoss.lu)

Henri Wagner

Allen & Overy SCS

[henri.wagner@allenoverly.com](mailto:henri.wagner@allenoverly.com)

## Secrétariat, Inscriptions:

[secretariat@aljb.lu](mailto:secretariat@aljb.lu)

House of Finance

B.P. 13

L-2010 Luxembourg



# Table des matières

Pages

## Eclairages

- **Et si MiFID II n'était entrée en vigueur qu'en juin 2018...  
Ou de l'effet direct des directives européennes**  
*Philippe Bourin* ..... 7
- **Le régime fiscal des plans d'option sur acquisition d'actions –  
Evolutions récentes et perspectives**  
*Jacques Wantz et Emre Akan* ..... 13

## Articles de fond

- **Réflexions sur le régime juridique applicable aux taux d'intérêt négatifs**  
*Nicolas Thieltgen et Caroline Mangold* ..... 17
- **Impacts of the new requirements on personal data protection on Luxembourg  
anti-money laundering and combatting the terrorism financing environment**  
*Yann Payen, Fatiha Mehrzaz et Steve Viard* ..... 29
- **Les nouvelles obligations du banquier suite à l'adoption des dispositifs législatifs  
transposant la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment :  
Morceaux choisis**  
*Catherine Bourin et Julien Leroy* ..... 47

## Jurisprudence

- **Responsabilité du banquier - règles de conduite - loi sur le secteur financier -  
faute contractuelle**  
*Arrêt de la Cour de cassation de Luxembourg du 1<sup>er</sup> mars 2018* ..... 67
- **Responsabilité du banquier - législation sur la lutte contre le blanchiment et  
le financement du terrorisme - faute délictuelle**  
*Arrêt de la Cour de cassation de Luxembourg du 29 mars 2018* ..... 69
- **Responsabilité du banquier – web banking – investissements en bourse –  
profil d'investisseur – obligation d'information**  
*Arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg (4<sup>e</sup> chambre) du 18 avril 2018* ..... 73

## Chroniques de jurisprudence

- **Chronique de jurisprudence fiscale 2017**  
*Jean Schaffner* ..... 79
- **Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois  
(septembre 2016 - septembre 2017)**  
*Nicolas Thieltgen, Anne-Marie Ka et Brice Hellinckx* ..... 89



## Editorial

Pacta sunt servanda !

Voici sans aucun doute l'un des principes, parmi les plus fondamentaux, qui préside au fonctionnement de nos sociétés. Un principe dont les deux corollaires sont indissociables, l'immutabilité du contrat qui exige qu'on en respecte les termes et ne s'en écarte que d'un commun accord, et la parité des parties placées sur un pied d'égalité et assujetties aux mêmes obligations.

Si les conventions tiennent lieu de loi entre les parties sur le plan interne, la stabilité et la sécurité internationales commandent encore plus que la parole donnée soit respectée.

Après le retrait de l'accord sur le climat, que le dépositaire d'une soi-disante légitimité nationale remette en cause une nouvelle fois une convention internationale acquise au prix d'années d'efforts et de compromis, est un affront non seulement à l'égard d'un pays, l'Iran, qui en avait accepté les contraintes, mais également un camouflet à tous ses supposés partenaires dans leurs tentatives de stabilisation et de pacification d'une région ô combien meurtrie par les conflits qui la gangrènent depuis des décennies.

Si la signature d'un Etat ne vaut plus rien, si l'engagement pris peut être remis en cause au gré des caprices de son chef, ce n'est dès lors plus la loi des parties qui prévaut, mais la loi de la jungle, celle où chacun, mû par un égoïsme aveugle, n'entend protéger que ses propres intérêts au détriment de tous, une loi, pour autant qu'elle en mérite le nom, qui tend à exacerber les tensions et enferme chacun dans une radicalisation dommageable pour tous.

Le respect de la parole donnée, c'est aussi celui de la bonne foi, celle-là même sans qui la confiance dans l'autre n'est plus possible, celle qui sous-tend toutes les relations, qu'elles soient de droit interne ou de droit international.

Lorsque cette violation flagrante du droit international s'accompagne de sanctions prises non seulement à l'encontre de l'Etat que l'on veut intimider, mais également à l'égard de ses propres partenaires qui n'en respecteraient pas les termes, la coupe déborde franchement !

L'Europe saura-t-elle montrer un front uni pour protéger ses entreprises face aux effets nocifs d'une application extraterritoriale de normes qui bafouent le droit international et la liberté des échanges commerciaux ? Si les idées ne manquent pas, elles ne sont pas toutes aisées à mettre en œuvre, et le sort des grandes multinationales ne se compare pas avec celui des PME. La réplique est d'autant plus délicate qu'il faut se garder d'une escalade par trop destructrice des relations multilatérales. En réactivant néanmoins le règlement 2271/96<sup>1</sup>, déjà mis en œuvre une première fois dans un contexte comparable, ce à quoi les 28 semblent résolument prêts, l'Europe démontrerait qu'elle n'accepte plus de se faire dicter son sort par un Etat dont la parole est hélas devenue vaine, lui rappelant par là même que les accords sont faits pour être respectés...

Philippe Bourin  
Président

1 Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, JOCE n° L 309 du 29.11.1996, p. 1





## Et si MiFID II n'était entrée en vigueur qu'en juin 2018... Ou de l'effet direct des directives européennes

*Philippe BOURIN<sup>1</sup>*

*Directeur des Affaires juridiques  
CA Indosuez Wealth (Europe)*

D'aucuns ont pu être surpris de lire dans une communication de la Commission de surveillance du secteur financier relative à MIFIR et MiFID II<sup>2</sup> que les dispositions de la directive MiFID II<sup>3</sup>, laquelle n'a finalement été transposée en droit luxembourgeois que par la loi du 30 mai 2018,<sup>4</sup> avaient néanmoins eu un effet direct depuis le 3 janvier 2018, date ultime prévue pour sa transposition.<sup>5</sup>

La Commission y rappelle à raison que le règlement MIFIR est, en vertu de l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union, obligatoire et directement applicable au Luxembourg dès le 3 janvier 2018 et qu'il s'impose ainsi aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement ainsi qu'aux marchés d'instruments financiers.

Comme chacun le sait en effet, le règlement européen, de portée générale, est obligatoire dans tous ses éléments et d'application directe dans tous les Etats membres quelques jours après sa publication au Journal officiel de l'Union européenne, sous réserve qu'il contienne lui-même une date d'application différée. Tel est précisément le cas du règlement MIFIR qui encadre les marchés d'in-

truments financiers et qui, nonobstant une entrée en vigueur le vingtième jour suivant sa publication, prévoyait pour une partie importante de ses dispositions une application effective à compter du 3 janvier 2018, voire du 3 janvier 2020<sup>6</sup>. Ce règlement ne fera toutefois pas l'objet de ce propos.

Le cas de la directive européenne est plus délicat, car il s'agit d'un instrument adressé aux Etats et qui nécessite une transposition en droit national afin de trouver application. La directive est ainsi considérée comme un instrument d'harmonisation dont la mise en œuvre par les législateurs ou régulateurs nationaux autorise, du moins en théorie, une certaine marge d'appréciation, par opposition au règlement, instrument d'unification du droit de l'Union. La directive est en effet définie par le traité comme l'instrument qui « lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».<sup>7</sup>

Le problème est posé. Une directive qui n'est pas transposée peut-elle avoir un quelconque effet ou reste-t-elle au contraire lettre morte du fait de la carence de l'Etat d'agir dans le temps imparti, et ceci tant qu'elle n'a pas été « traduite » en droit national ? La Commission de surveillance considère que la directive MiFID II, bien qu'elle n'ait pas été transposée à bonne date, c'est-à-dire pour le 3 janvier 2018, s'est néanmoins imposée au secteur financier depuis cette date et a emporté des obligations pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement :

*“Furthermore, the CSSF highlights that, in accordance with the fundamental principles of EU law (notably the principle of direct effect of EU law, the principle of precedence of EU law and the obligation to interpret national law in conformity with EU law), MiFID II provisions which confer new rights or which are more favorable than the applicable national rules and regulations shall ap-*

1 Chargé de cours associé à l'Université du Luxembourg. Les propos qui suivent sont personnels à l'auteur et n'engagent nullement l'institution auprès de laquelle il travaille.

2 Press release 17/47 du 29 décembre 2017 intitulé “Application of MiFID II/MIFIR as of 3 January 2018”.

3 Directive 2014/65/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JOUE L 173 du 12.6.2014, p. 349.

4 Loi du 30 mai 2018 relative aux marchés d'instruments financiers, publiée au Mémorial 446 du 31 mai 2018. La loi transpose notamment la directive MiFID II, mais également l'article 6 de la directive déléguée (UE) 2017/593 qui vient la compléter. Le projet de loi n° 7157 dont est issue la loi avait été déposé le 3.7.2017. La loi du 30 mai 2018 est devenue obligatoire quatre jours après sa publication, soit le 4 juin 2018.

5 La notion d'effet direct a été introduite en droit européen par un arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963. Il s'agissait alors de reconnaître le droit pour un justiciable de se prévaloir de l'effet direct d'une disposition du Traité de Rome instituant la CEE. Sur la notion d'effet direct, et particulièrement l'effet direct des directives, v. R. Mehdi, *Ordre juridique de l'Union européenne – effet direct*, in *Jurisclasseur Lexis 360*, fasc. 195.

6 Après report d'une année par rapport aux dates initialement prévues dans le règlement.

7 Article 288 deuxième alinéa du traité sur le fonctionnement de l'Union.

*ply from 3 January 2018 and existing provisions of the Law on the Financial Sector and of the Markets in Financial Instruments Law shall be interpreted accordingly. This is notably the case for provisions of MiFID II which strengthen investor protection, such as the more stringent rules regarding organisational requirements, inducements and research.*

*In this context, the CSSF wants to highlight that the same principles set out above also apply to secondary EU legislation, i.e. the various Commission delegated acts adopted under the MiFID II/MIFIR framework.”<sup>8</sup>*

S’il est opportun de rappeler la prééminence du droit européen sur le droit national et de souligner que ce dernier doit toujours être interprété au regard du droit de l’Union, il est par contre tout à fait contestable de reconnaître un effet direct tous azimuts à une directive non encore transposée.

La question de l’effet direct d’une directive est quelque peu délicate, d’autant plus lorsque sa mise en œuvre, comme dans le cas de MiFID II, fait l’objet d’actes dits « délégués », qui prennent quant à eux la forme de règlements...

La Cour de justice de l’Union européenne a admis au fil des années un certain effet direct aux directives non transposées. Elle y a toutefois posé des conditions strictes (I). Elle a ensuite distingué entre ce que la doctrine a dénommé l’effet direct vertical, admis, mais seulement à l’encontre de l’Etat défaillant (II), et l’effet direct horizontal, proscrit (III). Reste la question de savoir si le défaut d’effet direct d’une directive est susceptible d’être pallié du fait que le législateur européen en a prévu la mise en œuvre au travers de règlements-délégués censés quant à eux être entrés en vigueur (IV).

## I – Les conditions de l’effet direct

La Cour de justice de l’Union européenne ne reconnaît d’effet direct à une directive qu’à trois conditions cumulatives.

### A. Le défaut de transposition

Il ne saurait y avoir d’effet direct conféré à une directive qui a déjà fait l’objet d’une transposition. La mesure nationale prise pour sa mise en œuvre est désormais la seule applicable. La directive s’efface ainsi derrière celle-ci, qu’elle a inspirée et qui en a repris les termes. A tout le moins peut-on encore s’y référer pour trouver dans ses dispositions, voire ses considérants, la juste interprétation du texte national qui ne s’en serait pas fidèlement fait l’écho.

<sup>8</sup> Press release 17/47 du 29 décembre 2017, précité.

Si toutefois la directive n’a pas été transposée, ou ne l’a pas été correctement ou totalement, la chose est différente. Il s’agit là d’une défaillance de l’Etat, susceptible, pour autant que les autres conditions de l’effet direct soient remplies, de conférer des droits aux justiciables qui s’en trouveraient lésés.

### B. Des obligations précises, claires et inconditionnelles

Toutes les dispositions d’une directive n’ont pas vocation à avoir d’effet direct. Ainsi se verront refuser un tel effet celles, d’ordre général, qui relèvent plus des principes que de normes précises emportant à elles seules des obligations définies. La directive MiFID II fournit de nombreux exemples de telles dispositions de principe. Or, la CJUE se refuse à reconnaître un effet direct à une disposition européenne si elle ne comporte pas d’obligation précise, claire et inconditionnelle<sup>9</sup>.

### C. Aucune mesure complémentaire requise

C’est la même logique qui conduit la CJUE à refuser d’accorder l’effet direct à une directive qui ne se suffit pas à elle-même, et qui, au contraire, appelle pour sa mise en œuvre l’édiction de mesures complémentaires, qu’elles soient européennes ou nationales. La Cour de justice en a posé le principe dans son arrêt du 4 décembre 1974 (Van Duyn), ne reconnaissant d’effet direct qu’à une disposition qui ne soit « assortie d’aucune réserve ou condition et qui, par sa nature, ne nécessite l’intervention d’aucun acte, soit des institutions de la Communauté, soit des États membres ».

Ainsi, des dispositions d’une directive qui nécessitent que soient déclinées plus avant les obligations qu’elles comportent ne peuvent se voir reconnaître un quelconque effet direct, tout simplement parce qu’elles ne se suffisent pas à elles-mêmes.

A ce titre, la pratique désormais fréquente qui consiste pour la Commission européenne à édicter des actes délégués qui viennent, sous forme de directives ou de règlements, décliner les textes qui les sous-tendent, constitue certainement un obstacle à la reconnaissance de leur effet direct.

MiFID II en est ici encore un exemple patent. Les quelque 17 règlements-délégués venant compléter la directive 2014/65 et publiés au JOUE du 31 mars 2017 démontrent pour le moins que cette dernière est loin d’être « auto-suffisante » tant elle

<sup>9</sup> Arrêt Marshall du 26.2.1986 : « dans tous les cas où des dispositions d’une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer à l’encontre de l’État, soit lorsque celui-ci s’abstient de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu’il en fait une transposition incorrecte ».

requiert de textes d'application pour sa mise en œuvre.<sup>10</sup>

Dans le même ordre d'idées, les dispositions d'une directive qui offrent aux Etats membres des options quant à la manière de les mettre en œuvre ne peuvent être reconnues d'effet direct en raison du choix qui leur est laissé, choix dont ils ne se sont pas encore prévalu à défaut de transposition.<sup>11</sup>

## II – L'admission du seul effet direct vertical ascendant

Si un effet direct peut être admis, il ne l'est en tout état de cause pas tous azimuts. La CJUE a ainsi entendu limiter à l'encontre du seul Etat défaillant le droit de se prévaloir d'une directive non transposée. A l'inverse, elle se refuse à reconnaître à cet Etat le droit d'opposer les dispositions d'une directive non transposée pour sanctionner un justiciable qui n'en aurait pas respecté les termes. On ne saurait se prévaloir de sa propre turpitude !

### A. L'effet direct à l'encontre de l'Etat défaillant

La CJUE n'entend conférer d'effet direct à une directive européenne que pour reconnaître aux justiciables les droits que l'Union leur a accordés, dès lors que ces droits ne leur sont pas attribués dans le temps imparti pour la transposition du texte européen. La Cour pallie ainsi le retard ou la carence des autorités nationales dans le processus de transposition en permettant aux justiciables de faire néanmoins valoir leurs droits à l'encontre de l'Etat membre défaillant. Il s'agit en quelque sorte d'un effet direct-sanction.

Cette position a été exprimée de la manière la plus claire dans l'arrêt Ratti du 5 avril 1979. La Cour y rappelle que « dans les cas où les autorités communautaires auraient, par voie de directive, obligé les Etats membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de le prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire ». La Cour de poursuivre : « en conséquence l'Etat membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exé-

cution imposées par la directive, ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte », avant de conclure : « il en résulte qu'une juridiction nationale saisie par un justiciable qui s'est conformé aux dispositions d'une directive, d'une demande tendant à écarter une disposition nationale incompatible avec ladite directive non introduite dans l'ordre juridique interne d'un Etat défaillant, doit faire droit à cette demande si l'obligation en cause est inconditionnelle et suffisamment précise ».

Le justiciable peut ainsi opposer à l'Etat défaillant des dispositions d'une directive non transposée pour faire valoir des droits qui s'y trouvent consacrés, quand bien même ces droits ne sont pas encore reconnus dans l'ordre juridique national.

### B. Le refus d'un quelconque effet direct descendant

Il serait paradoxal, pour ne pas dire que ce serait un comble, que le droit européen reconnaisse à l'Etat défaillant (ou à toute personne dotée d'une parcelle de puissance publique) la possibilité de se prévaloir d'un texte qu'il n'a pas encore pris soin d'introduire dans son ordre juridique interne et dont il souhaiterait néanmoins tirer avantage en dépit de sa propre carence.

Par l'arrêt Berlusconi du 3 mai 2005, la Cour de Justice de l'Union européenne a clairement indiqué, à propos de la première directive « sociétés », que celle-ci ne pouvait pas être invoquée en tant que telle à l'encontre de prévenus par les autorités d'un Etat membre dans le cadre de procédures pénales, « dès lors qu'une directive, par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un Etat membre prise pour son application, ne peut pas avoir comme effet de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale des prévenus ».

La Cour refuse tout effet direct descendant à une directive non encore transposée. L'Etat ne saurait ainsi reprocher à un justiciable de ne pas avoir respecté les dispositions d'une telle directive dès lors qu'il ne l'a pas encore accueillie dans son ordre juridique interne.

## III – Le refus de tout effet direct horizontal

La question d'un éventuel effet direct horizontal d'une directive n'est pas anodine. L'admettre consisterait à reconnaître à un justiciable le droit de se prévaloir d'un texte non encore transposé à l'encontre d'un autre justiciable à qui il reprocherait néanmoins de ne pas s'y être conformé. On permettrait ainsi à un client d'opposer à son banquier une éventuelle faute tirée du non-respect d'une obligation non encore transposée, et que seule la directive MiFID II mettrait a priori à sa charge. Dans sa communication susvisée, la CSSF,

10 JOUE L 87 du 31 mars 2017. Ceci est sans compter la directive-déléguée publiée dans le même Journal officiel et qui vient également apporter son lot de précisions sur divers aspects évoqués par la directive MiFID II.

11 Voir à ce titre l'article 3 de la directive MiFID II qui autorise les Etats membres à se prévaloir d'un certain nombre d'exemptions optionnelles. Tel est encore le cas de certaines dispositions de la directive sur les contrats de crédit immobilier - Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010 – JOUE L 60 du 28.2.2014, p. 34.

prenant assise sur l'obligation d'interpréter le droit national à l'aune du droit de l'Union, entend voir conférer un effet direct à la directive MiFID II au motif qu'elle édicte un certain nombre de droits qui viennent renforcer d'autant la protection des investisseurs, droits dont ceux-ci pourraient dès lors se prévaloir. C'est oublier que ces droits nouvellement inscrits dans le texte européen sont autant d'obligations futures pour les professionnels, qui ne s'imposeront à eux qu'au travers du texte national de transposition.

La CJUE s'est toujours refusé à conférer de telles prérogatives aux particuliers. Ils ne peuvent tirer de droits que du texte national de transposition qui seul s'impose à eux. Tel a été l'objet de l'affaire Faccini Dori du 14 juillet 1994 où la Cour a clairement statué qu'« à défaut de mesures de transposition de la directive dans les délais prescrits, les consommateurs ne peuvent pas fonder sur la directive elle-même un droit (à renonciation) à l'encontre des commerçants avec lesquels ils ont conclu un contrat et le faire valoir devant une juridiction nationale ».<sup>12</sup>

Le particulier lésé du fait de la défaillance de l'Etat peut seulement faire valoir son droit à l'encontre de celui-ci, voire mettre en cause sa responsabilité pour obtenir réparation du préjudice que le défaut de transposition peut lui avoir causé<sup>13</sup>.

La position de la CJUE est donc celle-ci : une directive non transposée n'a d'effet direct éventuel qu'à l'encontre de celui qui aurait dû la transposer, l'Etat, et qui, par sa carence, porte préjudice aux intérêts particuliers de ses justiciables, en d'autres termes les prive de droits auxquels ils auraient pu légitimement aspirer. Il s'agit ainsi d'un effet direct-sanction. Aucun autre effet ne peut être donné à un tel texte tant qu'il n'a pas été accueilli dans l'ordre juridique interne.

#### **IV – Règlements-délégués : une applicabilité directe suspendue...**

Peut-on considérer que la publication de règlements-délégués<sup>14</sup> puisse pallier l'absence de transposition d'une directive ? Ne viennent-ils pas en

assurer la déclinaison au travers des normes qu'ils édicte, lesquelles sont généralement assez précises pour être exécutées ? On se retrouve ainsi en présence de textes dont les termes sont suffisamment précis et inconditionnels et n'appellent aucune mesure complémentaire pour leur propre mise en œuvre, deux des conditions mêmes que la CJUE requiert pour accorder un effet direct à une directive.

D'aucuns pourraient également soutenir que s'agissant de textes émis sous la forme de règlements, leur applicabilité directe est immédiate dès leur publication ou, le cas échéant, dès la date qu'ils prévoient expressément pour leur mise en œuvre.

Les choses ne sont pas si simples.

Un tel acte délégué, même s'il prend la forme juridique du règlement, même s'il contient des prescriptions suffisamment précises pour être mises en œuvre, ne tire son existence et donc sa force juridique que de la directive dont il est issu. Or celle-ci, texte de droit européen, n'a, hormis le cas de son effet direct ascendant, aucune efficacité dans l'ordre juridique national tant qu'elle n'a pas été transposée. Quand bien même la date d'entrée en vigueur d'un tel règlement serait d'ores et déjà survenue, celui-ci ne pourra se rattacher à la norme supérieure dont il reçoit sa force tant que celle-ci n'aura pas été accueillie en droit national. Comment un règlement-délégué pourrait-il venir préciser, décliner des principes qui n'ont encore aucune réalité dans l'ordre juridique interne ? Sa volonté d'existence restera vaine jusqu'à la transposition effective de la directive qui l'a engendré.

Plaider le contraire serait tout simplement faire fi de la directive, ceci au mépris du caractère contraignant que lui octroie l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>15</sup>. De quel droit un Etat pourrait-il décider de faire l'économie de sa transposition ? Qui plus est, les dispositions d'une directive ne font pas toutes l'objet d'actes-délégués. Leur reconnaissance passe inéluctablement par une transposition en droit national.

Passer outre reviendrait également à remettre en cause le principe fondamental de hiérarchie des normes et considérer que des actes soi-disant « délégués » puissent valablement exister par eux-mêmes, de manière autonome, ce qui est pour le moins singulier s'agissant de textes « d'application » d'une directive de rang supérieur.

Il n'est d'ailleurs pas dans l'esprit des autorités européennes qu'il en soit autrement. Le second considérant du règlement-délégué 2017/565, pris

12 La Cour seulement de préciser que « La juridiction nationale est toutefois tenue, lorsqu'elle applique des dispositions de droit national antérieures comme postérieures à la directive, de les interpréter dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive ».

13 Voir par exemple l'arrêt Francovich du 19.11.1991.

14 Pour rappel, l'article 290 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose : « Un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif ». La CJUE a été amenée à se prononcer sur le régime juridique de ces actes-délégués, notamment par un arrêt du 26.7.2017 où elle a en particulier précisé la notion d'« éléments non essentiels ».

15 Voir pour un rappel de ce caractère contraignant l'arrêt Ratti du 5 avril 1979.



en application de la directive MiFID II et qui vise particulièrement les règles organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement, précise à cet égard : « Il importe que toutes les règles détaillées complémentaires concernant l'agrément, les activités, la transparence du marché et l'intégrité, qui sont des aspects inséparables de l'accès aux services et aux activités couverts par la directive 2014/65/UE et de leur exercice, s'appliquent à partir de la même date que la directive 2014/65 afin que les nouvelles exigences puissent être mises en œuvre de manière effective ». Il n'est donc pas envisagé, ni envisageable, que l'application des règlements-délégués puisse anticiper la transposition<sup>16</sup> de la directive qui en constitue la source.

Comment pourrait-on d'ailleurs admettre une éventuelle entrée en vigueur autonome de ces règlements-délégués alors qu'un autre texte délégué, pris cette fois sous forme de directive<sup>17</sup>, requiert quant à lui une transposition qui, tout comme pour la directive faïtière, a connu un retard comparable<sup>18</sup>. On ne saurait admettre une entrée en vigueur à plusieurs vitesses des multiples textes relevant de MiFID II, lesquels sont censés au contraire former un tout cohérent<sup>19</sup>.

Il n'en demeure pas moins que si les acteurs du secteur financier ne peuvent se voir imposer aucune obligation tirée de ces actes-délégués en quelque sorte orphelins, ceux qui pourraient prétendre à des droits issus de ces règlements, et en particulier les investisseurs qu'ils ont vocation à protéger, ne sauraient pâtir de la carence de l'Etat dans la mise en œuvre de l'ensemble législatif que constituent ces textes de différents niveaux et de différentes natures.

Il ne serait dès lors pas déraisonnable que la jurisprudence de la Cour emprunte le sillage qu'elle a dessiné pour reconnaître un effet direct aux directives européennes. Si aucune applicabilité directe descendante ne devrait être reconnue à ces règlements-délégués et si une applicabilité directe horizontale ne serait pas plus admissible, puisque leur mise en œuvre effective reste suspendue à la transposition de la directive faïtière dont ils dépendent, rien ne s'oppose à ce que le Juge leur accorde une applicabilité directe ascendante. Ainsi le justiciable serait en mesure de se prévaloir de droits que ces actes-délégués lui accordent, à l'encontre du seul Etat défaillant, voire de rechercher la responsabilité de ce dernier pour le préjudice que pourrait lui causer une entrée en vigueur tardive de ces textes.

\*\*\*\*\*

Il est donc clair, en dépit de la volonté de la Commission de surveillance de la voir appliquée à partir du 3 janvier 2018, et malgré les efforts déployés par tous les acteurs du secteur pour être prêts à bonne date, que la directive MiFID II n'aura eu, pour autant que les conditions s'en trouvent réunies, qu'un effet direct ascendant entre ce 3 janvier 2018 et sa transposition effective par la loi du 30 mai 2018, devenue obligatoire quatre jours après sa publication au Mémorial, soit le 4 juin 2018.

Elle ne saurait, pas plus que les textes d'application qui en sont issus, constituer une base juridique qui permette à l'autorité de surveillance de sanctionner ceux qui ne s'y seraient pas conformés, ni permettre à un quelconque client de reprocher à un acteur du secteur de ne pas en avoir respecté les termes, et ce avant que ne soit publiée et entrée en vigueur sa loi de transposition.

16 Voir également le considérant 131 qui ajoute que « la date d'entrée en vigueur dudit règlement doit correspondre à la date d'entrée en vigueur de la directive 2014/65/UE ».

17 Directive déléguée (UE) 2017/593 de la Commission du 7 avril 2016 complétant la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la sauvegarde des instruments financiers et des fonds des clients, les obligations applicables en matière de gouvernance des produits et les règles régissant l'octroi ou la perception de droits, de commissions ou de tout autre avantage pécuniaire ou non pécuniaire, JOUE L 87 du 31.3.2017, p. 500.

18 Cette directive déléguée (UE) 2017/593 a également été transposée par la loi du 30 mai 2018 ainsi que par le règlement grand-ducal du même jour relatif à la protection des instruments financiers et des fonds des clients, aux obligations applicables en matière de gouvernance des produits et aux règles régissant l'octroi ou la perception de droits, de commissions ou de tout autre avantage monétaire ou non monétaire, publié au Mémorial 447 du 31 mai 2018.

19 Le considérant 33 de la directive déléguée précitée affirme sans ambages que « le délai de transposition et la date d'entrée en application de la présente directive devraient être respectivement alignés sur le délai de transposition et sur la date d'entrée en application de la directive 2014/65/UE ».



## Le régime fiscal des plans d'option sur acquisition d'actions – Evolutions récentes et perspectives

*Jacques Wantz*  
Counsel  
Allen & Overy SCS

*Emre Akan*  
Associate  
Allen & Overy SCS

La circulaire de l'administration fiscale du 29 novembre 2017<sup>1</sup> sur les plans d'option sur acquisition d'actions constitue la quatrième circulaire sur ce sujet en une quinzaine d'années, ce qui témoigne de l'évolution considérable et de l'intérêt général porté à la matière.

Comme les circulaires précédentes, elle distingue entre options librement négociables (également appelées « warrants ») et options individuelles ou options virtuelles (ou encore « stock-options ») qui, comme nous allons le voir, forment deux instruments bien distincts.

Alors que le régime fiscal applicable aux stock-options n'a que peu évolué au fil des différentes circulaires, celui des warrants a fait l'objet de modifications conséquentes, rythmées notamment par l'évolution du paysage politique luxembourgeois. Ce sont donc essentiellement ces derniers qui vont nous intéresser pour les besoins du présent éclairage même si, dans un souci d'exhaustivité, le régime des stock-options sera également brièvement traité.

Avant d'analyser les changements apportés par cette quatrième circulaire, il nous semble opportun d'illustrer le fonctionnement de ces instruments et de faire une rétrospective sur leur évolution historique, y inclus sur les débats parlementaires y relatifs. Ceci nous amènera au constat que, au vu des modifications fréquentes et des débats politiques récents, il est fort probable que cette nouvelle circulaire ne constituera pas le dernier mot en la matière.

### 1. Stock-options et warrants : Illustration et exemples de calcul

#### 1.1 Les stock-options

Les stock-options sont un instrument destiné en premier lieu à renforcer la motivation et la fidélité du personnel d'une entreprise. Ce sont des options d'achat d'actions accordées par une entreprise à ses

salariés dans le but de les fidéliser et de les inciter à la performance.

Ces stock-options ne sont en principe pas librement négociables et les actions acquises dans le cadre d'un tel plan sont en général soumises à une période d'indisponibilité de plusieurs années liant ainsi le salarié au sort de son entreprise.

En exerçant son option, le salarié se voit accorder des actions de son entreprise (ou d'une entité du même groupe) à un prix préférentiel par rapport à la valeur du jour d'attribution.

D'un point de vue fiscal, le salarié est considéré comme ayant obtenu un avantage en nature à hauteur de la différence entre le montant payé pour l'acquisition de ces actions et leur valeur estimée de réalisation (ou valeur boursière, si applicable).

Or, pour tenir compte de la diminution de la valeur intrinsèque des actions due à la période de blocage, l'administration fiscale accorde une décote de 5 % par an (limitée à 20 %, donc à quatre ans) de la valeur en bourse ou de la valeur estimée de réalisation des actions obtenues dans le cadre du plan en vue de déterminer l'avantage en nature à imposer dans le chef du salarié.

Un salarié, qui se fait octroyer des actions assorties d'une clause d'indisponibilité de 4 années pour un prix équivalent à 80 % de leur valeur estimée de réalisation, ne sera donc pas imposé sur l'avantage en nature reçu.

#### 1.2 Les warrants

Les warrants sont essentiellement un élément de rémunération fiscalement intéressant pour les cadres supérieurs. Ce sont des options d'achat (call option) sur un portefeuille de titres sous-jacent, qui ne sont généralement pas liés à l'entreprise qui les accorde à ses salariés.

Ces warrants sont en principe librement cessibles par le salarié (p.ex. à des tiers ou à l'employeur). Si de tels warrants sont octroyés aux salariés à prix réduit ou gratuitement, ils constituent un avantage en nature pour les salariés au moment de l'octroi.

<sup>1</sup> Circulaire du directeur des contributions L.I.R. n°104/2 du 29 novembre 2017.

La clé du système des warrants réside dans l'évaluation de cet avantage en nature. Alors qu'il n'y a pas de doute par rapport aux warrants cotés en bourse (ce sera la valeur boursière), la question devient plus épineuse pour les warrants non cotés. Ceux qui se sont intéressés à la matière savent qu'elle est complexe à tel point que le modèle le plus célèbre, communément appelé modèle Black-Scholes, a valu un prix Nobel en économie à ses créateurs.

La circulaire se contente de préciser que si le modèle Black-Scholes ou une méthode comparable ne peuvent pas être utilisés, alors il est présumé que la valeur d'une option correspond à un pourcentage fixe de la valeur du sous-jacent qui, comme nous allons le voir par la suite, a augmenté progressivement au fil des circulaires administratives (de 7,5 % à 17,5 % puis à 30 %).

En pratique, l'employeur va acheter des warrants auprès d'une banque émettrice à un prix unitaire déterminé et va les octroyer aux salariés concernés pour cette valeur-là. En faisant les calculs, on comprendra que plus la valeur d'acquisition des warrants est élevée, plus l'évaluation forfaitaire devient avantageuse (arrivant, dans le meilleur des cas, à une imposition effective d'environ 5,72 % sous la première circulaire et de 22,89 % aujourd'hui).

L'exemple de calcul ci-dessous permettra de mieux comprendre le mécanisme. En partant de l'hypothèse d'un bonus de 100,000 euros accordé à un salarié sous la forme d'un cash bonus, ce bonus serait aujourd'hui imposé à l'impôt sur le revenu au taux marginal maximal de 45,78 %. Accordé sous forme de warrant, ce même bonus ne serait plus imposé qu'à hauteur de 22,89 %. En effet, les warrants étant acquis pour un prix unitaire de 60 mais n'étant imposables qu'à hauteur de 30 % de la valeur du sous-jacent, le montant imposable des warrants sera donc de  $(1,666.67 \times 100) \times 30 \% = 50,000$  euros. L'avantage du régime fiscal consiste donc en une réduction de la valeur de l'avantage en nature octroyé, plutôt qu'en une réduction du taux facial d'imposition.

Bonus accordé sous forme de Warrants	€ 100,000.00
Prix unitaire d'un warrant	€ 60.00
Nombre de warrants octroyés	1,666.67
Valeur du sous-jacent	€ 100.00
Valeur de l'avantage en nature <sup>1</sup>	30 %
Montant imposable	€ 50,000.00
Impôt	€ 22,890.00 <sup>2</sup>
Taux d'imposition effectif	22,89 %

2 Depuis la circulaire du 29 novembre 2017.

3 En supposant une imposition du bonus au taux marginal le plus élevé, soit 45.78 %.

## 2. Retrospective du regime des stock options et warrants

Les premières discussions par rapport au sujet se trouvent dans un projet de loi de 2001<sup>4</sup> déposé par le Parti populaire chrétien-social (ou CSV), qui annonce une circulaire de l'administration fiscale pour régler le régime fiscal des stock-options, qui à ce moment-là ne faisait « *pas l'objet d'une disposition fiscale particulière* ».

Quelques mois plus tard, la circulaire du 11 janvier 2002<sup>5</sup>, qui tient sur trois pages et demie (contre neuf pages pour la dernière circulaire), a jeté les bases du régime.

### 2.1 La circulaire de 2002 – les bases du régime

La circulaire décrit le traitement fiscal des stock-options, qui est repris ci-dessus au point 1.1. Ce régime restera essentiellement inchangé au fil des circulaires qui suivent.

Quant aux warrants, la première circulaire se limitait également à décrire le traitement fiscal repris ci-dessus au point 1.2. Elle fixait la valeur d'un warrant à 7.5 % du sous-jacent et ne prévoyait aucune condition d'octroi par rapport aux warrants.

Ce régime est resté en place pendant plus d'une décennie, jusqu'à ce que la deuxième circulaire en la matière, celle du 20 décembre 2012<sup>6</sup>, vienne durcir le régime des warrants.

### 2.2 La circulaire de 2012 – l'évaluation à 17,5 % et les conditions raisonnables

Si le régime des stock-options n'a pas été modifié, la circulaire de 2012 précisait pour les warrants que la valeur de l'option était désormais présumée s'établir à 17,5 % de la valeur sous-jacente (au lieu de 7,5 %, faisant passer le taux d'imposition effectif du warrant de 5,72 % à environ 13 %).

Surtout, la circulaire de 2012 précisait que l'évaluation à 17,5 % de la valeur sous-jacente du titre devait être « *conforme à des conditions raisonnables* », sans préciser ce qu'il fallait entendre par raisonnable.

Cette formulation énigmatique n'a pas manqué de susciter des interrogations, mais il a fallu attendre une question parlementaire<sup>7</sup> et la réponse ministérielle y relative en juillet 2013, pour avoir des précisions sur le sujet. La réponse du Ministre Frieden renvoyait à une note de service interne de

4 Projet de loi N°4855/00 portant réforme de certaines dispositions en matière d'impôts directs et indirects, déposé le 12 octobre 2001.

5 Circulaire du directeur des contributions L.I.R. n°104/2 du 11 janvier 2002.

6 Circulaire du directeur des contributions L.I.R. n°104/2 du 20 décembre 2012.

7 Question parlementaire N°2549 du 8 février 2013 de M. François Bausch (Déi Gréng).



l'administration fiscale, selon laquelle l'évaluation du warrant serait conforme à des conditions raisonnables lorsque trois conditions sont cumulativement remplies :

- La quote-part des options ne dépasse pas 50 % de la rémunération brute totale du bénéficiaire ;
- Le plan d'option ne peut s'appliquer qu'aux cadres supérieurs<sup>8</sup> ;
- Le prix de l'option ne doit pas dépasser 60 % de la valeur sous-jacente du titre.

La réponse ministérielle précisait également que, à ce stade, l'Administration des contributions directes ne disposait pas de statistiques concernant le nombre de contribuables concernés par les stock-options et warrants.

Vers la fin de l'année 2015, la discussion politique a été relancée par une question parlementaire du LSAP<sup>9</sup>, demandant au Ministre si «dans un souci d'égalité de traitement en matière fiscale et vu la volonté affichée du gouvernement d'accroître la transparence au niveau des instruments d'optimisation fiscale», ce dernier n'était pas favorable à une réforme de la circulaire sur les warrants.

Cette question entraînait la troisième circulaire en la matière, celle du 28 décembre 2015.

### 2.3 La circulaire de 2015 – l'obligation de notification des plans

La troisième circulaire a instauré une obligation de notification de tous les plans de stock-options et warrants mis en place à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016, sans toutefois prévoir de sanction en cas de non-respect de cette obligation.

L'obligation de communication des plans permet de comprendre l'ampleur de l'utilisation des warrants, puisque suite à une nouvelle question parlementaire, cette fois de la part du parti CSV<sup>10</sup>, sur le nombre de plans mis en place en 2016 et le «*déchet fiscal représenté par la mise en place de l'ensemble des plans*», le Ministre des Finances annonça que 617 plans avaient été notifiés pendant l'année 2016 pour un déchet fiscal estimé entre 150 et 180 millions d'euros.

A nouveau, la réaction politique ne tarda pas, puisque le 14 novembre 2017, la motion des Députés CSV Gilles Roth et Diane Adehm invitait le gouvernement à abroger la circulaire.

Deux semaines plus tard, la circulaire du 29 novembre 2017 modifiait à nouveau le régime d'im-

position des warrants dans le sens d'un alourdissement de la charge fiscale.

## 3. Le régime actuel et les perspectives

### 3.1 La circulaire de 2017 – consolidation et alourdissement de la charge fiscale pour les warrants

Comme les circulaires de 2002 et 2012, la circulaire du 29 novembre 2017 traite séparément des stock-options et des warrants.

Elle a essentiellement le mérite de consolider dans un seul texte les éléments qui auparavant étaient éparpillés dans différentes circulaires, ainsi que dans des notes de service de l'administration fiscale.

Comme indiqué ci-dessus, le régime des stock-options reste inchangé depuis 2002, sauf en ce qui concerne l'obligation de notification des plans alloués à partir de l'année 2016, qui couvre aussi bien les warrants que les stock-options.

Depuis l'année 2016, l'employeur est en effet tenu de communiquer à l'administration les avantages alloués dans le cadre des plans de stock-options et warrants. Cette communication doit se faire avant le 31 janvier 2018 pour les avantages alloués pendant l'année 2016 et avant le 31 mars 2018 pour les avantages alloués en 2017. A partir de l'année 2018, la communication devra se faire au moment de la mise à disposition de l'avantage.

Une autre nouveauté réside dans le fait que la quatrième circulaire précise que le non-respect de l'obligation de notification entraînera l'exclusion du bénéfice du présent régime pour les années futures.

Quant aux warrants, la circulaire précise désormais que la valeur d'un warrant est présumée s'établir à 30 % de la valeur sous-jacente de l'action.

Elle reprend également l'exigence de conditions raisonnables évoquée ci-dessus, c'est-à-dire que la quote-part des options ne dépasse pas 50 % de la rémunération annuelle brute totale du bénéficiaire, faisant nécessairement partie de la catégorie des cadres supérieurs au sens du Code du Travail, et que le plan d'option sur acquisition d'actions soit conçu de telle sorte que le prix de l'option ne dépasse pas 60 % de la valeur sous-jacente du titre.

L'évaluation à 30 % de la valeur sous-jacente n'a pas été choisie au hasard : elle ramène le taux d'imposition à environ 22.89 %, ce qui se rapproche fort du système du demi-taux global figurant déjà dans la loi sur l'impôt sur le revenu pour certains revenus extraordinaires (comme p.ex. les plus-values réalisées dans certains cas sur ventes d'immeubles ou de participations importantes).

<sup>8</sup> Tels que définis au Code du Travail, Art. L. 211-27.

<sup>9</sup> Question parlementaire N°1651 du 18 décembre 2015 de M. Claude Haagen (LSAP: Parti ouvrier socialiste luxembourgeois).

<sup>10</sup> Question parlementaire N°2718 du 31.01.2017 de Mme Diane Adehm et M. Gilles Roth.

Certes moins attractif que sous la première circulaire, le régime des warrants reste un outil de rémunération fiscalement intéressant pour les cadres supérieurs bénéficiant d'une rémunération élevée.

### 3.2 Perspectives

Suite à la motion parlementaire du CSV visant à abroger la circulaire et en vue des élections législatives du 14 octobre 2018, on peut s'interroger sur la pérennité du système des warrants, notamment en cas de changement de gouvernement.

Du point de vue du gouvernement actuel, le régime des warrants se présente comme un outil décisif pour préserver la place du Luxembourg dans la course à l'attractivité de personnel hautement qua-

lifié. Le Ministre des Finances, M. Pierre Gramegna a récemment souligné ce point en rappelant que dans le contexte du Brexit, l'abrogation du régime de la circulaire pourrait véhiculer un mauvais message.

A défaut d'une abrogation pure et simple du régime, un compromis pourrait consister, comme évoqué dans la motion CSV, à limiter le champ d'application du régime. La motion propose ainsi de limiter le champ d'application dans le temps des avantages fiscaux des stock-options, et de plafonner ceux-ci à un montant déterminé. La motion invite également le Gouvernement, sans plus de précisions, à mettre en place un régime de stock-options qui garantit l'attractivité du Luxembourg en mettant l'accent sur les start-ups.

## Réflexions sur le régime juridique applicable aux taux d'intérêt négatifs

*Nicolas Thieltgen*  
Avocat à la Cour

*Me Caroline Mangold*  
Avocat

*Brucher Thieltgen & Partners*

### Table des matières

Introduction historique	17
1. Généralités sur les intérêts négatifs	19
1.1. La notion d'intérêt	19
1.2. Définition de l'intérêt négatif	20
2. Analyse juridique instrument par instrument des impacts de l'intérêt négatif	20
2.1. Contrat de dépôt d'espèces	21
2.2. Contrat de prêt	24
2.3. Instruments financiers	26
2.3.1 Instruments financiers simples	26
2.3.1.1. Instruments financiers simples à taux variable	26
2.3.1.2. Instruments financiers simples stipulant un taux fixe négatif	28
2.3.2 Instruments financiers structurés	28

### Introduction historique

1. Les nombres négatifs, à savoir tous ceux qui sont inférieurs à zéro et précédés du signe -, ont longtemps été considérés comme absurdes et faux par les mathématiciens occidentaux.

Ils ont progressivement acquis droit de cité en Occident au cours du XIII<sup>ème</sup> siècle, pour être définitivement acceptés par les mathématiciens modernes au XX<sup>ème</sup> siècle.

Bien sûr, tous les mathématiciens n'ignoraient pas l'existence des chiffres négatifs. Ainsi, les arabes connaissaient ce concept et le maniaient avec habileté dès le X<sup>ème</sup> siècle avant Jésus-Christ, les mathématiciens indiens leur emboîtant le pas dès le VII<sup>ème</sup> siècle avant Jésus-Christ. Des traités de mathématiques chinois datant du II<sup>ème</sup> siècle avant Jésus-Christ et reproduisant des bâtons de numérotation rouges pour les nombres positifs et

noirs pour les nombres négatifs ont également été retrouvés.<sup>1</sup>

Les occidentaux, Européens principalement, restèrent cependant longtemps rétifs à employer les chiffres précédés du signe "moins". Comment se représenter concrètement ces nombres? Les mathématiques, et le concept de nombre en particulier, se sont en effet construites sur des observations concrètes. Or, comment procéder avec les nombres négatifs, alors qu'ils n'ont pas de représentation concrète sur laquelle une abstraction pourrait être construite? Comment accepter qu'en dessous du zéro, qui doit représenter le néant absolu, il y ait encore "quelque chose"?

C'est principalement grâce aux opérations de la vie marchande que des opérations sur des quantités négatives purent être imaginées en Occident, ces quantités négatives représentant des dettes ou des pertes. Les premiers traités de comptabilité italiens datant du XIII<sup>ème</sup> siècle y font d'ailleurs référence.

2. De la même façon, les économistes ont mis très longtemps à admettre que des taux d'intérêt nominaux en-dessous de zéro puissent être possibles en pratique, même s'ils étaient possibles en théorie.

Il convient, d'ailleurs, sur cette question d'apporter une première précision d'ordre terminologique, en distinguant le taux d'intérêt nominal du taux d'intérêt réel. Le taux d'intérêt nominal est celui qui est annoncé ou convenu au moment de la conclusion du contrat ou de la création de l'instrument auquel il sera appliqué. Le taux d'intérêt réel est, quant à lui, celui qui est égal au taux d'intérêt nominal diminué de l'inflation anticipée. Les périodes de taux d'intérêt réels négatifs sont courantes en pratique. Ce fut le cas, par exemple, après la Seconde Guerre mondiale, lorsque l'inflation était galopante. Ce fut encore le cas récemment en 2011 et 2012, période durant laquelle,

1 L. QUIGNON, "Un regard d'économiste sur les taux d'intérêt négatifs", *Hors-Série Banque et Droit*, novembre-décembre 2016, p. 30.

d'un côté, l'augmentation du prix des matières premières était importante et alimentait l'inflation, alors que, de l'autre côté, les banques centrales poussaient déjà à la baisse les taux d'intérêt pour relancer les économies occidentales après la crise de 2008.

L'application pratique de taux d'intérêt nominaux négatifs, et non réels, restait pourtant impensable pour les économistes.

En effet, "la limite du taux d'intérêt nominal nul a longtemps été supposée infranchissable, d'après l'hypothèse selon laquelle l'investisseur préfère placer en monnaie fiduciaire (pièces et billets, ou cash) plutôt que de prêter à une entreprise en souscrivant des obligations à taux négatif"<sup>2</sup> ou en déposant l'argent auprès d'une banque en payant un intérêt négatif à la banque pour qu'elle garde ses fonds en dépôt.

3. La question de l'application par une banque centrale de taux d'intérêt négatifs se posa pourtant dans les années 1990 au Japon, durant la décennie perdue de l'économie nipponne et trouva son écho dans les travaux d'économistes, comme Paul Krugman qui recommandait ce type de solution non-conventionnelle pour sortir le pays du Soleil-Levant de son marasme économique.

4. Une solution similaire a été appliquée au sein de l'Union européenne, suite à la crise financière de 2008. Dans ce contexte, l'Union européenne a mis en place une politique de Quantitative Easing (QE), visant à injecter des liquidités dans le système monétaire et à abaisser les taux d'intérêt directeurs de la Banque centrale européenne (BCE) afin de relancer l'économie en favorisant les prêts bancaires.

Ainsi, les banques étaient "sanctionnées" lorsqu'elles conservaient trop de liquidités, ce qui devait les inciter à prêter les liquidités dont elles disposent à d'autres banques, des entreprises et des particuliers.

Pour mettre en oeuvre cette politique de Quantitative Easing, depuis le 5 juin 2014, la BCE a fixé sous zéro le taux d'intérêt directeur de la facilité de dépôt. A ce jour, le taux d'intérêt directeur de la facilité de dépôt est fixé à -0.4% par la BCE.<sup>3</sup>

5. A problème exceptionnel, solution exceptionnelle? C'est ce que semblaient dire à l'époque les économistes, qui sont, avant tout, des pragmatiques.

Mais que doivent en penser les juristes?

6. Il faut, tout d'abord, se demander ce qu'implique exactement cette décision de la BCE.

Celle-ci précise dans sa décision du 5 juin 2014 que

«Un taux d'intérêt négatif implique une obligation de paiement du titulaire du dépôt vis-à-vis de la banque centrale de l'Eurosystème concernée, y compris le droit de cette banque centrale de l'Eurosystème de débiter en conséquence le compte de cette contrepartie»<sup>4</sup>.

Les "règles du jeu" sont donc inversées: là où une partie contractuelle devait en principe percevoir des intérêts, elle doit désormais en payer<sup>5</sup>.

7. La décision de la BCE a eu, en pratique, des incidences importantes:

- les taux variables applicables à de nombreux crédits sont calculés à partir des taux de la BCE. En raison de l'évolution négative de ceux-ci, ces taux variables peuvent devenir négatifs, la banque prêteuse devant dès lors payer des intérêts à son client emprunteur. En pratique, ces questions se sont posées en doctrine en Belgique et ont donné lieu à des jurisprudences en France.
- les banques devant payer un intérêt à la BCE pour déposer leurs excédents de liquidités, elles auraient pu être tentées d'appliquer par ricochet un taux d'intérêt négatif aux dépôts de leurs clients. Dans la pratique, ces questions se sont posées au Luxembourg, de nombreuses banques ayant pris l'initiative d'adapter leur conditions générales afin d'y intégrer la possibilité de répercuter à leurs clients les taux négatifs applicable aux dépôts réalisés auprès de la banque centrale. Ces questions se sont également posées devant les tribunaux allemands qui ont eu à trancher des litiges opposant les banques à leurs clients à ce sujet.

8. Les intérêts négatifs sont donc venus bouleverser un monde dans lequel la notion d'intérêt était souvent assimilée à la rémunération du prêteur des fonds (voyez partie 1. du présent article). Cela a entraîné des conséquences variables selon le type d'instrument juridique auquel l'intérêt était appliqué (voyez partie 2. du présent article).

2 L. QUIGNON, "Un regard d'économiste sur les taux d'intérêt négatifs", *Hors-Série Banque et Droit*, novembre-décembre 2016, p. 30.

3 Décision du Conseil des gouverneurs du 26 avril 2018.

4 Décision de la Banque centrale européenne du 5 juin 2014 concernant la rémunération des dépôts, soldes et avoirs d'excédents de réserves, *J.O.U.E.*, L. 168/115, 7 juin 2015, article 1er.

5 A. WILLEMS, "Les intérêts négatifs ou De l'autre côté du miroir", *Financieel Forum/Bank- en Financieel recht*, 2006/V, p. 388 et svtes.

## 1. Généralités sur les intérêts négatifs

### 1.1. La notion d'intérêt

9. L'intérêt est la compensation "servie en contrepartie de la jouissance d'un capital appartenant à autrui. L'intérêt est donc le "loyer de l'argent".<sup>6</sup>

En matière d'instruments financiers, l'intérêt représente l'indemnisation perçue par les porteurs de valeurs mobilières constituant des titres de créance. Pour ceux qui touchent les intérêts, ils constituent la compensation liée à l'indisponibilité du capital prêté sur la durée du prêt. En effet, en n'investissant pas ce capital aujourd'hui dans des choses frugifères, le prêteur se prive des fruits naturels qu'il aurait pu percevoir en acquérant avec les deniers qu'il a thésaurisé des choses frugifères ou productives. Pour ceux qui paient les intérêts, ils constituent partiellement la contrepartie des revenus qu'ils toucheront en vendant les objets produits au moyen du capital qui leur a été avancé.

10. La question des intérêts ne fait l'objet d'aucune théorie d'ensemble sur le plan juridique (ni dans le Code civil, ni dans le Code de commerce, ni dans aucun autre texte législatif luxembourgeois).

L'article 584 du Code civil, dans la section relative à l'usufruit, classe clairement l'intérêt comme un fruit civil, à savoir un bien que fournit et rapporte périodiquement un bien frugifère, sans que la substance de celui-ci ne soit entamée, ce qui le distingue clairement des produits<sup>7</sup>. L'intérêt est donc, en fait, le revenu d'un capital.

11. Les intérêts peuvent être classés en plusieurs catégories, qui ne se recoupent pas nécessairement.

Ils peuvent, ainsi, être distingués en fonction de leur source. Ils sont, dans ce cas, soit des intérêts légaux, c'est à dire déterminés par la loi, ou conventionnels, c'est à dire dus en vertu d'une stipulation expresse à l'occasion d'un prêt ou de tout autre contrat. Les intérêts conventionnels obéissent donc aux stipulations contractuelles, qui peuvent leur attribuer le caractère d'une clause pénale, voire même leur conférer un certain effet dissuasif, sans pour autant les transformer en peine privée. La base légale initiale des intérêts conventionnels est l'alinéa 1er de l'article 1907 du Code civil, qui se trouve dans le chapitre relatif au prêt à intérêt. Toute une série de dispositions

légales éparses viennent ensuite, bien entendu, encadrer ou limiter le choix par le créancier et le débiteur d'un taux d'intérêt spécifique. En effet, même dans le cadre d'intérêts conventionnels, la loi limite la liberté des parties dans la détermination du taux en fixant un taux d'usage. La présente contribution se limitera à analyser les impacts juridiques de la notion d'intérêts débiteurs sous l'angle des seuls intérêts conventionnels.

Les intérêts peuvent également être distingués en fonction de leur objectif. Ils sont alors moratoires ou compensatoires. Cette distinction n'a pas vraiment de pertinence pour le sujet qui nous occupe.

Les intérêts peuvent aussi être distingués en fonction de leur objet. Ils sont ainsi créditeurs ou débiteurs. Cette distinction, qui est au cœur de la présente contribution, ne fait de sens qu'en matière bancaire, le plus souvent en matière de compte bancaire, les intérêts créditeurs étant les intérêts que la banque verse à ses clients sur les dépôts qu'ils lui confient, et les intérêts débiteurs étant ceux que le client paiera à sa banque en contrepartie du crédit ou des facilités que son banquier lui a octroyé. Il faut noter que le terme « intérêt débiteur » est souvent employé de manière plus large pour viser la notion d'« intérêts » en général. Il convient également de souligner, dans le contexte de la présente contribution, qu'en cas de passage à un taux d'intérêt négatif, les intérêts initialement créditeurs deviennent débiteurs et inversement.

Les intérêts peuvent enfin être distingués en fonction de certaines de leurs modalités. A ce sujet, en matière de prêt, il faut principalement retenir la distinction entre les taux fixes et les taux variables. Le taux fixe ne varie pas durant la période de remboursement du crédit, tandis que le taux variable, également appelé taux révisable, variera en fonction de divers éléments et, éventuellement, dans certaines limites prédéfinies, par référence à des éléments extérieurs à la volonté du prêteur, sous peine de nullité, qu'elles soient à la hausse (cap), à la baisse (floor) ou les deux (collar).

12. La notion d'intérêt ne doit pas être confondue avec d'autres notions, comme, par exemple, celle de commission. La commission est, à strictement parler, la rémunération du commissionnaire pour l'exécution du contrat de commission, le contrat de commission étant, en vertu des dispositions de l'article 91 du Code de commerce, le contrat par lequel le commissionnaire agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant en relation avec une ou plusieurs opérations.

Par extension, le terme de commission est également employé pour « toute rémunération versée à un mandataire ou un intermédiaire de commerce

6 N. THIELTGEN, « Le régime juridique des intérêts dans la perspective du banquier luxembourgeois » *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Larcier, 2014, volume II, p.906.

7 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, 9ème édition, v° "Fruits", p. 479.



pour l'accomplissement de sa mission ». Il est admis que, de manière générale, le banquier puisse percevoir, à l'occasion de certaines opérations de comptes, diverses commissions rémunérant des services rendus aux clients. Elles ne constituent en aucun cas des suppléments d'intérêts. Il est également admis que de telles commissions puissent être perçues par le banquier dans le cadre de son activité de crédit. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de 1934 retient que

« La stipulation d'une commission en sus des intérêts à raison des avances faites par un banquier en compte courant est licite, alors qu'elle se justifie par la prestation de services spéciaux. ».

13. En ce qui concerne la formation du taux d'intérêt conventionnel, auquel nous limiterons nos développements tel que nous l'avons mentionné ci-dessus, il faut rappeler que ce taux est celui qui est librement fixé par les parties, dans le respect de certaines limites établies impérativement par la loi. Il est notamment renvoyé à ce sujet au délit d'usure prévu par l'article 494 du Code pénal et au délit civil d'usure prévu par l'article 1907-1 du Code civil.

Le taux d'intérêt est fixé par écrit, en vertu des dispositions des alinéas 2 et 3 de l'article 1907 du Code civil. Il s'agit, en effet, d'une disposition impérative de la loi, reconnue comme telle par la jurisprudence, et qui s'applique non seulement en matière de prêt à intérêts, mais également en matière de compte d'épargne et de dépôt. Il est également renvoyé, sur la question de la stipulation écrite du taux d'intérêt, à la législation applicable en matière de comptes de paiement et au Code de la consommation.

14. Il semble, enfin, important d'aborder la question des facteurs qui doivent, en principe, entrer en jeu dans la formation du taux conventionnel, au regard de la fonction du taux d'intérêt.

Sur ce point, à la lecture de la doctrine autorisée, il est permis d'identifier plusieurs facteurs, qui jouent un rôle important dans la fixation du taux d'intérêt :

- la marge de profit que la banque souhaite obtenir afin d'engendrer des bénéfices permettant d'assurer la pérennité de son activité. Cette marge prend en compte le coût du financement, à savoir le coût moyen pour la banque prêteuse afin de trouver les ressources nécessaires au financement de ses opérations de prêts et en payer le prix, que ces ressources proviennent d'un emprunt auprès de la BCE au taux directeur, ou auprès d'autres acteurs à un taux plus élevé;

- le coût du risque, qui couvre en principe le risque de dévalorisation du capital et le risque de défaut du cocontractant évalué en fonction du profil de l'emprunteur; et
- le coût opératoire, qui couvre les frais de fonctionnement de la banque ne pouvant être facturés sous forme de commissions, ainsi que les frais liés aux contraintes réglementaires internationales imposant, notamment, différents ratios de capital en fonction de l'effet de levier généré par l'émission de crédit par la banque, provoquant dans le chef de la banque un risque de non remboursement par ses débiteurs.

## 1.2. Définition de l'intérêt négatif

15. L'intérêt négatif est un intérêt dont le taux nominal est négatif, à savoir précédé du signe moins (-).

Le passage du taux d'intérêt du côté négatif provoque, en théorie, une inversion du calcul de l'intérêt et, par conséquent, de l'identité de son débiteur. Comme certains auteurs de doctrine ont pu l'écrire, il s'agit de passer "de l'autre côté du miroir". En matière de prêts, le prêteur doit, en cas de taux d'intérêt négatif, payer des intérêts à l'emprunteur et en matière de dépôts le déposant doit, en cas de taux d'intérêt négatif, payer des intérêts au dépositaire<sup>8</sup>.

16. Ce renversement des rôles ouvre aux juristes un abîme de questionnements. Est-il vraiment possible ? Ne dénature-t-on pas le contrat initialement conclu entre les parties auquel un tel intérêt négatif viendrait s'appliquer ? Sommes-nous bien encore en présence d'intérêts ?

17. En l'absence d'une théorie générale du concept d'intérêts, il nous semble pertinent d'entrer dans le détail des opérations bancaires et financières les plus courantes, afin d'apprécier dans quelle mesure l'application d'un taux d'intérêt négatif à chacune de ces opérations est possible. Nous analyserons également la pratique en vigueur, principalement mise en oeuvre par les cours et tribunaux qui ont déjà eu à connaître de ces situations.

## 2. Analyse juridique instrument par instrument des impacts de l'intérêt négatif

Il s'agira d'analyser les contrats bancaires les plus standards tel que le dépôt (2.1.) et le prêt (2.2.) avant de nous attarder sur des contrats plus complexes, tels que les instruments financiers (2.3.).

8 A. WILLEMS, "Les intérêts négatifs ou de l'autre côté du miroir", *Financieel Forum/Bank- en Financieel recht*, 2006/V, p. 389.

## 2.1. Contrat de dépôt d'espèces

18. La qualification juridique du contrat de dépôt d'espèces fait l'objet de discussions en doctrine et en jurisprudence. S'agit-il d'un dépôt régulier, c'est-à-dire portant sur une chose de genre devant être restituée, ou d'un dépôt irrégulier, c'est-à-dire portant sur une chose fongible, interchangeable et susceptible d'être remplacée par une autre équivalente ? Lorsque ce dépôt s'opère dans le cadre d'une convention de compte (ce qui est quasiment toujours le cas), la controverse est vive<sup>9</sup>. Pour certains (surtout en Belgique), le contrat de compte de dépôt d'espèces est alors un contrat sui generis, qui n'entre pas dans le moule des contrats spécialement organisés par le Code civil, et qui tient tant du dépôt que du prêt à la consommation (en cas de solde négatif) et du mandat. Il implique le droit du banquier de disposer librement des fonds déposés, à charge pour lui de restituer à son client une somme équivalente.<sup>10</sup>

La loi du 18 décembre 2015 relative aux mesures de résolution, d'assainissement et de liquidation des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissements ainsi qu'aux systèmes de garantie des dépôts et d'indemnisation des investisseurs est venue définir la notion de dépôt dans le cadre d'une convention de compte, sans nécessairement trancher la controverse évoquée au chapitre précédent, en indiquant que le dépôt est

«un solde créditeur résultant de fonds laissés en compte ou de situations transitoires provenant d'opérations bancaires normales, que l'établissement de crédit doit restituer conformément aux conditions légales et contractuelles applicables, y compris un dépôt à terme et un dépôt d'épargne, mais à l'exclusion d'un solde créditeur lorsque :

- son existence ne peut être prouvée que par un instrument financier au sens de l'article 4, paragraphe 1er, point 17., de la directive 2004/39/CE, sauf s'il s'agit d'un produit d'épargne dont l'existence est prouvée par un certificat de dépôt établi au nom d'une personne nommément désignée et qui existe dans un Etat membre le 2 juillet 2014 ;

- son principal n'est pas remboursable au pair ; ou
- son principal n'est remboursable au pair qu'en vertu d'une garantie particulière ou d'un accord particulier donné par l'établissement de crédit ou par un tiers.»

19. Au final, la controverse présente cependant peu de pertinence pour la question qui nous occupe, puisque tout le monde s'accorde à dire que, quelque soit la qualification du contrat de dépôt d'espèces, deux obligations du banquier "dépositaire" sont toujours présentes:

- celle de payer les intérêts dus par la convention ou l'usage ;
- celle de restituer la somme d'argent, chose fongible, qu'il a reçue (dont il a, par ailleurs, l'usage et dont il est devenu propriétaire)<sup>11</sup> soit dès que le client en fait la demande, soit à l'arrivée du terme convenu ou à l'expiration du délai de préavis éventuellement fixé.

20. Le taux d'intérêt d'un compte de dépôt d'espèces est un taux d'intérêt conventionnel et qui est bien souvent variable, même s'il pourrait, par exemple, être seulement un pourcentage fixe prédéfini. Si le taux d'intérêt est variable, il se réfère à un indice et peut donc tomber en territoire négatif, si cet indice devient négatif. Que se passe-t-il alors?

Aucune décision sur ce point n'a encore été rendue au Luxembourg. En Allemagne toutefois, le Landgericht (Tribunal d'arrondissement) de Tübingen a tranché, en date du 26 janvier 2018,<sup>12</sup> un litige opposant la Volksbank de Reutlingen à l'association des consommateurs du Baden-Württemberg (Verbraucherzentrale Baden-Württemberg) en disposant que

«Le consommateur ne s'attend pas et ne doit pas s'attendre à une transition d'un taux d'intérêt positif/neutre vers un taux d'intérêt négatif dans le cadre d'un contrat de dépôt à vue déjà conclu. En effet, le consommateur a plutôt conclu ledit contrat avec l'intention de percevoir un petit, ou dans le pire des cas aucun, intérêt sur son dépôt. Bien au contraire, le prélèvement par la banque d'un intérêt sur le dépôt à vue du consommateur est atypique, puisqu'il entre en contradiction avec les obligations établies dans la cadre du contrat de dépôt.»

Ainsi, la solution allemande propose de distinguer les contrats nouveaux des anciens contrats, ces

9 Par exemple, G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Luxembourg, Pasiricrisie luxembourgeoise, 2014, 3ème édition, p.581, n°558.

10 O. POELMANS, "La responsabilité du banquier luxembourgeois teneur de comptes – Chronique de la jurisprudence récente applicable" (1997 – 2002), *Bulletin Droit & Banque*, 33, p. 29, n°44. Voir également A. WILLEMS, "Les intérêts négatifs ou De l'autre côté du miroir", *Financieel Forum/Bank- en Financieel recht*, 2006/V, p. 390 et C. ALTER, *Droit bancaire général*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 193, n°213.

11 Cour d'appel (commercial), 10 décembre 1997, *Pasiricrisie luxembourgeoise*, XXX, p. 301.

12 Landgericht Tübingen, Urteil vom 26.01.2018 - 4 O 187/17.

derniers ne pouvant être soumis à un taux d'intérêt négatif.

21. Une question similaire pourrait cependant un jour être posée devant les juridictions luxembourgeoises, puisque de nombreuses banques de la place ont modifié leurs conditions générales afin d'y inclure la possibilité de répercuter un taux d'intérêt négatif aux dépôts de leurs clients, modifiant ainsi unilatéralement les contrats conclus avec lesdits clients.

22. Afin d'examiner les conséquences qu'un tel taux d'intérêt négatif pourrait avoir sur un dépôt d'espèces auprès d'une banque à Luxembourg, nous proposons donc de distinguer deux hypothèses: celle des contrats en cours et celle des contrats futurs.

23. Pour les contrats en cours, nous partons donc de l'hypothèse que l'application automatique de la formule mathématique entraîne un taux d'intérêt négatif et donc, immédiatement, une inversion des rôles: le client qui a déposé ses espèces auprès de la banque devient débiteur des intérêts, et non plus créancier.

Précisons que cette hypothèse ne se pose qu'en l'absence de dispositions contractuelles claires et explicites qui excluraient la possibilité d'un taux d'intérêt négatif sur les dépôts.

Dans le cas que nous envisageons, peut-on, dès lors, se limiter à appliquer une formule mathématique claire en se retranchant derrière les dispositions de l'article 1134 du Code civil affirmant que

«Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.»

Une telle façon de procéder pourrait être tentante, mais serait-elle bien conforme à l'esprit de notre droit civil et au texte même des articles 1134 et 1156 et suivants de notre Code civil?

Rappelons, sur le plan des principes, que la jurisprudence luxembourgeoise, se basant ainsi sur la doctrine française retient que:

«Si, aux termes de l'article 1134 du Code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, une clause claire et précise cesse de l'être et donne matière à interprétation, dès lors qu'il est manifeste **qu'elle est contraire au but poursuivi par les contractants** (...) Aux termes de l'article 1156 du Code civil, on doit dans les conventions **rechercher quelle a été la commune intention des parties** plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. Dès lors qu'il est établi par quelque

moyen que ce soit qu'il y a discordance entre la volonté réelle, par hypothèse exprimée, fût-ce tacitement et la formulation écrite ou même orale de cette volonté, la première doit l'emporter.»<sup>13</sup>

Rappelons également que la théorie de l'imprévision, selon laquelle une convention pourrait être modifiée si des circonstances nouvelles et imprévisibles, viennent bouleverser l'économie contractuelle en cours de contrat, provoquant un déséquilibre économique qui rend l'exécution de la convention exceptionnellement lourde pour une partie, n'est certes pas admise de manière générale en droit luxembourgeois, mais commence à s'installer dans certains domaines (marchés à forfait,...).<sup>14</sup>

24. Dans un tel contexte, plusieurs arguments nous semblent devoir plaider pour le fait que l'application simpliste de la formule mathématique de calcul du taux d'intérêt ne saurait prévaloir et qu'au contraire, un taux plancher de 0 devrait trouver à s'appliquer.

Le premier argument est d'ordre théorique et a trait à la nature même de l'intérêt qui se distingue des produits, ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus, en ce qu'il n'entame pas la substance du principal. En effet, selon les termes mêmes du Code civil, l'intérêt est un "fruit civil", à savoir un bien fourni et rapporté périodiquement par un bien frugifère, sans que la substance de celui-ci ne soit entamée comme elle l'est par les produits au sens strict<sup>15</sup>. Il est, dès lors, aisé de comprendre qu'un intérêt négatif ne peut conceptuellement se concevoir, car il viendrait entamer le bien frugifère et n'aurait donc plus la nature d'un intérêt, mais serait, au contraire, requalifiable en produit. Pourrait-on alors échapper à ce problème en qualifiant cet intérêt négatif autrement? Nous ne le pensons pas au regard des deux arguments suivants.

Le second argument repose sur la recherche de la commune intention des parties. Comment imaginer, de bonne foi, que celles-ci aient pu convenir initialement, lors de la conclusion de la convention de dépôt d'espèces, que ce serait non plus le déposant, mais le dépositaire qui devrait être indemnisé par un intérêt du fait du dépôt (nous ne parlons pas ici de frais, ni de commissions)? Comme nous l'avons déjà mentionné précédemment, le déposant aurait, dans ces conditions, pré-

13 Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (commercial), 22 février 2016, n°169.565, 169.549 et 169.564 du rôle, non publié.

14 O. POELMANS, *Droit des obligations à Luxembourg*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 181.

15 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, 9ème édition, v° "Fruits", p. 479.



féré conserver son capital sous forme de monnaie fiduciaire.

Le troisième argument, plus solide encore, trouve son appui dans une des obligations fondamentales du contrat de dépôt d'espèces, à savoir l'obligation de restitution. Quelque soit la qualification retenue pour ce contrat (assimilation au dépôt ou non), l'obligation de restitution est une obligation de résultat essentielle au contrat de dépôt d'espèces. La jurisprudence retient, par ailleurs, au sujet de l'obligation de restitution qu'une clause exonératoire de responsabilité ne serait pas valable<sup>16</sup>. La doctrine, qui a été amenée à se prononcer à ce sujet retient par conséquent que

«L'exécution de l'obligation de restitution étant une obligation de résultat, les fonds confiés par le déposant au dépositaire doivent être restitués intégralement par ce dernier, quelle que soit la variation de l'indice stipulé pour le calcul de la rémunération. **La rémunération peut éventuellement devenir nulle, mais elle ne peut en aucun cas être négative et amputer le capital.**<sup>17</sup>»

Un quatrième argument repose sur le principe de protection du consommateur et le caractère trompeur que revêtirait la modification du prix du service rendu.

En effet, admettre la possibilité pour une banque de répercuter les intérêts négatifs envers ses consommateurs dans le cadre de contrats anciens pourrait être analysée comme une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L.122-2 (1) 2) a), b), d) et f) du Code de la consommation, puisque le consommateur du service bancaire pensait déposer des espèces qui allaient lui permettre de percevoir une compensation au titre de ce dépôt, alors même qu'il devrait, au final, de ce fait, payer des intérêts pour indemniser la banque. Le consommateur aurait donc pris une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise, s'il n'avait pas été induit en erreur sur la nature même du produit qu'est le dépôt bancaire et ses caractéristiques principales, en l'espèce: le prix du dépôt et l'intérêt positif ou neutre devant être versé au consommateur en contrepartie du dépôt.

Enfin, le cinquième argument trouve son application dans le cadre de la loi du 13 juin 2017 relative aux comptes de paiement (ci-après la "Loi de 2017"), c'est à dire aux comptes de dépôt servant à transférer et recevoir de l'argent provenant de

comptes de personnes tierces. En effet, la Loi de 2017 définit en son article 1(28) le

«taux d'intérêts créditeur: le taux de l'intérêt qui est versé au consommateur pour les fonds détenus sur un compte de paiement».

Cette loi dispose également en son article 6 que

«(1) Les prestataires de services de paiement fournissent aux consommateurs qui sont leurs clients, au moins une fois par an et à titre gratuit, un relevé de tous les frais encourus ainsi que, le cas échéant, des informations concernant les taux d'intérêt mentionnés au paragraphe 2, points 3 et 4, pour les services liés à leurs comptes de paiement. (...)

(2) Le relevé de frais comporte au moins les informations suivantes :

1. le **taux d'intérêt débiteur** appliqué au compte de paiement et le montant total des intérêts facturés en lien avec le découvert au cours de la période considérée, le cas échéant ;
2. le **taux d'intérêt créditeur appliqué au compte de paiement** et le montant total des intérêts versés au cours de la période considérée, le cas échéant ; ».

Une étude détaillée des travaux parlementaires relatifs au projet de loi n°7103 permet de comprendre que l'article 6 de la Loi de 2017 a été strictement repris de l'article 5 de la directive 2014/92/UE sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement qu'il transpose.

Une analyse des amendements adoptés le jeudi 12 décembre 2013 par le Parlement européen, permet de comprendre que le texte ne semble exprèssement prévoir que des intérêts créditeurs, c'est-à-dire payés par la banque au bénéfice de ses clients détenteurs d'un compte de paiement, sauf en cas de découvert.

Tout ceci nous semble plaider contre l'application de taux d'intérêt négatifs au contrat de dépôt.

25. En ce qui concerne les contrats dits "futurs", deux hypothèses sont, en fait, visées: d'une part, celle où le banquier propose au client un nouveau contrat présentant un intérêt négatif; d'autre part, celle où le banquier en accord avec les conditions contractuelles et le déposant fixe un taux d'intérêt négatif.

Cette hypothèse permet de répondre au second argument avancé ci-dessus, à savoir celui de la recherche de la commune intention des parties. En effet, dans ce cas, pas de doute, les parties ont

16 Par exemple, G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Luxembourg, Pasicrisie luxembourgeoise, 2014, 3ème édition, n°562, p. 587

17 A. WILLEMS, "Les intérêts négatifs ou de l'autre côté du miroir", *Financieel Forum/Bank- en Financieel recht*, 2016/V, p. 392.

bien consenti à l'application d'un taux d'intérêt négatif.

Force est cependant de constater que certains des obstacles théoriques énoncés ci-dessus, à savoir la qualification par le Code civil de fruit et non de produit de l'intérêt, l'obligation de résultat du dépositaire quant à la restitution, ainsi que le caractère strictement créditeur des intérêts relatifs aux comptes de paiement ne sont pas dépassés dans le cadre de contrats futurs.

Il ne semble donc pas probable, même pour les contrats futurs, de prévoir un taux d'intérêt négatif.

La doctrine belge sur le sujet veut trouver une solution pragmatique au problème en indiquant que

«Il n'est (...) pas interdit d'imaginer en matière de dépôts la stipulation d'un intérêt dit négatif dont le fondement juridique serait la rémunération du banquier dépositaire pour le service de garde des fonds<sup>18</sup>.»

La doctrine belge assimile à ce sujet l'intérêt négatif à une sorte de commission de garde due au banquier en raison du service de garde qu'il propose.

Nous ne sommes toutefois pas satisfaits par cette solution, qui confond intérêt et commission (qui ont pourtant des régimes juridiques distincts) et qui dénature la fonction de l'intérêt.

Rien ne s'oppose néanmoins, en cas d'accord entre parties, à prévoir cette rémunération négative, des dépôts, mais on ne peut alors parler d'un intérêt négatif, et les dispositions applicables en matière d'intérêts ne peuvent dès lors trouver à s'appliquer.

C'est somme toute ce qu'on a pu voir dans la pratique où certaines banques étrangères ont proposé des commissions de garde négatives sur les gros dépôts de leur client.

## 2.2. Contrat de prêt

26. Le prêt d'espèces qu'une banque octroie à son client doit s'interpréter comme un prêt de consommation, que l'article 1892 du Code civil définit comme

«(...) le contrat par lequel une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge pour cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité.»

Conformément à l'article 1902 du Code civil, l'obligation principale de l'emprunteur est de

«rendre les choses prêtées en même quantité et qualité, et au terme convenu.»

La restitution de la chose prêtée, c'est-à-dire le remboursement, s'accompagne, dans le chef de l'emprunteur, de l'obligation de payer des intérêts. Si l'article 1905 du Code civil prévoit, pour des raisons historiques, qu' "Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt" et peut ainsi laisser penser que la stipulation d'intérêts ne serait pas automatique, force est de constater qu'en matière bancaire et, en matière commerciale plus généralement, il est dans les habitudes que les crédits engendrent le paiement d'intérêts sur la somme prêtée.

En matière bancaire, et sauf application (improbable) de l'article 1907 alinéa 2 et 3 du Code civil, le taux d'intérêt est conventionnel.

Il peut être fixe ou variable. S'il est variable, il se réfère à un indice (LIBOR, EURIBOR,...) auquel est ajouté la marge du banquier. Le taux d'intérêt variable peut donc, dans une certaine mesure, tomber en territoire négatif, si cet indice devient négatif. Que se passe-t-il alors?

27. Il nous faut, à nouveau, distinguer deux hypothèses: celle des contrats en cours et celle des contrats futurs.

28. Pour les contrats en cours, la question de l'intérêt négatif ne se pose que pour les taux variables. Dans un tel cas, le taux est révisé à chaque échéance intercalaire et établi sur base de l'indice de référence, qui, devenu négatif, pourrait également entraîner le taux d'intérêt en dessous de zéro. Dans une telle situation, la banque prêteuse ne serait plus créancière, mais débitrice des intérêts. Un tel renversement de situation est-il imaginable?

Sur ce point, la doctrine est très divisée.

29. D'un côté, quatre principaux arguments sont avancés en défaveur de l'admission des taux d'intérêt négatifs dans le cadre du prêt.

En premier lieu, il faut relever que, comme en matière de dépôt, le concept même d'intérêt s'accommode assez mal du signe négatif en matière de prêt. Comment le "loyer de l'argent" qu'on a prêté pourrait-il, de par sa simple évolution, devenir une somme due, non par celui qui emprunte, mais par celui qui prête? Certains auteurs n'ont pas hésité à parler à ce sujet d' "oxymore"<sup>19</sup> et il est difficile de ne pas leur donner raison. En effet, l'intérêt reste un fruit, celui de la somme prêtée, et un fruit ne peut être négatif, sous peine d'être requalifié en produit! Reconnaître un intérêt négatif, c'est donc faire fi de la raison d'être de l'intérêt.

18 A. WILLEMS, "Les intérêts négatifs ou de l'autre côté du miroir", *Financieel Forum/Bank- en Financieel recht*, 2006/V, p. 392.

19 D. R. MARTIN, "De l'intérêt", *Hors-Série Banque et Droit*, novembre-décembre 2016, p. 30.

En second lieu, il est permis de se demander si la recherche de l'intention réelle des parties ne s'oppose pas elle-même à ce que l'application d'une formule mathématique fasse passer le taux d'intérêt en dessous de zéro. En effet, dans un tel cas, le prêt perd son caractère onéreux. Si, comme cela a été rappelé, le prêt est, conformément à l'article 1905 du Code civil, gratuit, il faut rappeler qu'en matière bancaire et commerciale, l'usage est inverse : le prêt est toujours à titre onéreux. Il est en tout cas difficile d'imaginer que les parties aient pu, lors de la conclusion de leur contrat, penser autre chose.

En tout état de cause, force est de constater qu'une telle évolution du taux dans le territoire négatif viendrait bouleverser l'économie contractuelle en cours de contrat, provoquant un déséquilibre économique. Ce déséquilibre économique rend l'exécution de la convention exceptionnellement lourde pour une partie, en l'espèce le banquier, qui, outre qu'il serait privé du paiement d'intérêts par l'emprunteur dans le cadre de l'opération de prêt, se verrait encore pénalisé en devant lui payer un intérêt.<sup>20</sup> Ce serait la double peine ! Cet argument, est toutefois critiqué par certains auteurs comme nous l'analyserons ci-dessous.<sup>21</sup>

En troisième lieu, il est permis de se demander si, en faisant passer un taux d'intérêt dans le territoire négatif, ne se pose pas automatiquement la question du respect d'une des obligations essentielles du contrat de prêt dans le chef de l'emprunteur, prévue par l'article 1902 du Code civil, à savoir celle de la restitution des choses prêtées en même quantité et qualité et au terme convenu. En effet, appliquer un taux d'intérêt négatif revient, en fait, à dispenser l'emprunteur de restituer l'intégralité du principal prêté, par le jeu d'une compensation entre la dette de remboursement du principal dans le chef de l'emprunteur et celle du paiement de l'intérêt dans le chef du banquier. Cet argument se heurte cependant à un écueil théorique, car il confond et assimile le principal et les intérêts. Comme l'ont écrit certains auteurs, « que l'emprunteur rembourse intégralement le principal est une chose; qu'il reçoive des intérêts du banquier en est une autre »<sup>22</sup>.

Enfin, en quatrième lieu, certains auteurs se basent sur des écrits de Saint Thomas d'Aquin, Pothier ou encore Malaurie et Aynès et soulèvent l'argument selon lequel l'intérêt prévu par le Code napoléonien ne constitue pas une rémunération mais une indemnité. Or une indemnité ne saurait devenir une dette à la charge de son créancier.<sup>23</sup>

La combinaison de ces multiples arguments, avancés par un pan de la doctrine, pourrait amener à la conclusion que l'évolution d'un taux d'intérêt variable ne peut aboutir à ce que celui-ci descende en dessous de zéro.

30. Toutefois, un autre versant de la doctrine a développé un certain nombre d'arguments en sens contraire, permettant d'appuyer la position selon laquelle la banque prêteuse doit reverser des intérêts à ses clients emprunteurs.

Le premier argument avancé par ces auteurs repose sur une application du principe fondamental de droit des obligations *pacta sunt servanda* repris à l'article 1134 du Code civil qui dispose que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Ainsi, une banque ayant conclu un contrat stipulant un taux d'intérêt variable ne saurait écarter la clause prévoyant l'intérêt lorsque celui-ci joue en sa défaveur, car cela équivaudrait à une modification unilatérale du contrat, ce qui est impossible.<sup>24</sup>

En deuxième lieu, dans le cadre de contrats de prêt conclus entre une banque et des clients retail, se pose la question de la protection du consommateur. En effet, le fait pour une banque d'insérer, par exemple dans ses conditions générales, un floor à 0% relatif au taux d'intérêt entraînerait une application asymétrique de la clause d'intérêt variable, l'emprunteur ayant souscrit un engagement illimité alors même que le prêteur limiterait son engagement. Cette asymétrie dans l'application de la clause d'intérêt variable viendrait donc déséquilibrer le contrat en faveur de la banque en restreignant son obligation vis-à-vis de l'emprunteur. Or, l'article L.211-3 (24) du Code de la consommation dispose que

« Sont notamment à considérer comme abusives au sens de l'article précédent : (...) 24) les clauses qui ont pour objet de restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ces engagements au respect d'une formalité particulière. »

20 En ce sens, F.CREDOT, « Variation du taux d'intérêt en fonction d'un indice monétaire (LIBOR CHF 3 mois) – Taux devenu négatif – Obligation du prêteur d'appliquer le taux d'intérêt négatif », *Revue de droit bancaire et financier*, 2016, comm.54.

21 Cour d'appel de Colmar, 8 mars 2017, n°16/00310 ; A. BORDENAVE, « Esprit de finesse et de géométrie des taux d'intérêt négatifs », *Lexbase – La lettre juridique du 29 septembre 2016*, n°N4522BWE, p.11 ; A.GHOZI, « Contrat de prêt de somme d'argent: l'intérêt négatif en débat », *Recueil Dalloz*, 2017, p.965.

22 A. BORDENAVE, « Esprit de finesse et de géométrie des taux d'intérêt négatifs », *Lexbase – La lettre juridique du 29 septembre 2016*, n°N4522BWE, p.13.

23 A.GHOZI, « Contrat de prêt de somme d'argent: l'intérêt négatif en débat », *Recueil Dalloz* 2017, p.965.

24 « Contrat de prêt et taux d'intérêt négatifs: première application sur le fond ! », *Gazette du Palais*, juillet 2016, n°25, p.19s.

Ainsi, l'insertion par la banque d'une clause permettant de limiter son engagement vis-à-vis du consommateur via un floor à 0%, dans le cadre de contrats de prêts prévoyant un taux d'intérêt variable, constituerait indéniablement une clause abusive.

En troisième lieu, il faut souligner que le caractère onéreux du contrat s'apprécie sur la durée totale du contrat, et qu'un passage momentané de l'intérêt en négatif ne saurait priver la banque d'intérêt.<sup>25</sup>

Il y a également lieu de relever que le simple fait que l'intérêt soit négatif ne prive pas pour autant la banque de sa marge bénéficiaire. En effet, si la composition de l'intérêt est, par exemple d'un indice +2%, la marge demeure fixe autour de 2%. Même dans le cas où cela aboutirait à un intérêt négatif, la banque resterait donc bénéficiaire puisqu'elle profiterait d'un taux encore plus négatif pour se financer. La banque ne serait donc pas lésée, la charge de payer le coût du prêt ayant simplement été transférée de l'emprunteur vers la banque centrale et le contribuable. Ce renversement de la charge du paiement du coût du prêt correspond alors au coût de la politique de Quantitative Easing décidée par nos instances dirigeantes.

31. A ce jour, il n'existe pas de jurisprudence luxembourgeoise à ce sujet (mais en existera-t-il un jour?). Par contre, les juridictions françaises ont, à plusieurs reprises au cours des dernières années, tranché des litiges relatifs à l'application des taux négatifs. A l'image de la doctrine en la matière, les solutions divergent en fonction des juridictions saisies et l'harmonisation de la Cour de cassation française sur ce point se fait attendre.

En effet, en date du 30 novembre 2016, le Tribunal de grande instance de Thonon-les-Bains a tranché trois litiges en refusant d'admettre un taux d'intérêt négatif, le contrat de prêt devant nécessairement être un contrat à titre onéreux.<sup>26</sup>

En sens contraire, 5 ordonnances de référé du Tribunal de grande instance de Strasbourg du 5 janvier 2016,<sup>27</sup> confirmées en appel par une décision de la Cour d'appel de Colmar du 8 mars 2017<sup>28</sup>, ainsi qu'un jugement du Tribunal d'instance de Montpellier du 9 juin 2016<sup>29</sup>, ont reconnu

que la banque prêteuse pouvait ne plus être créditrice, mais débitrice des intérêts "générés" par les sommes prêtées, du fait de l'application de la formule mathématique contenue dans la convention de prêt. Ces juridictions se sont fondées sur l'article 1134 du Code civil pour refuser de modifier le contrat conclu par les parties en y introduisant un floor implicite à hauteur du taux d'intérêt de 0%.

La Cour d'appel de Colmar a par ailleurs précisé, coupant court à l'argumentaire du TGI de Thonon-les-Bains, que

«l'appréciation du caractère onéreux du contrat ne peut se faire que sur la durée totale du prêt, et le fait que durant un certain temps le taux d'intérêt soit négatif, n'a pas pour effet d'annuler le caractère onéreux du prêt.»

Le Tribunal d'instance de Montpellier a, quant à lui, souligné que conformément à l'article 1902 du Code civil, le capital devait être intégralement remboursé, mais que cela ne devrait toutefois pas empêcher un paiement par compensation entre les dettes réciproques de la banque au titre des intérêts et de son client emprunteur au titre du principal.<sup>30</sup>

Ces décisions ne sont toutefois que des décisions françaises, et il ne reste donc plus qu'à attendre une décision des tribunaux luxembourgeois pour observer ce qui sera décidé au Grand-Duché en la matière.

Notre sentiment est cependant que les décisions françaises précitées, à l'exception de celles de Thonon-les-Bains, ont négligé certaines caractéristiques essentielles du contrat de prêt que nous avons énoncé ci-dessus et que la jurisprudence luxembourgeoise devrait s'attacher au respect de celles-ci.

### 2.3. Instruments financiers

Certains instruments financiers portent des intérêts dont le taux peut varier en fonction d'éléments extérieurs tel que le suivi d'un indice. Le taux de ces intérêts peut-il être porté en dessous de zéro ? L'analyse se décomposera ici entre les instruments financiers simples (2.3.1.) et structurés (2.3.2.).

#### 2.3.1. Instruments financiers simples

Il s'agira ici de distinguer les instruments financiers simples stipulant d'entrée de jeu un taux d'intérêt fixe négatif de ceux à taux variable.

25 Cour d'appel de Colmar, 8 mars 2017, n°16/00310.

26 TGI Thonon-les-Bains, 30 novembre 2016, n°16/01055, 16/010156, et n°16/01057.

27 TGI Strasbourg (référé), 5 janvier 2016, n°16/00003, n°16/00004, n°16/00005, n°16/00006 et n°16/00007 *Revue de droit bancaire et financier*, n°2, 2016, comm., commentaires F.-J. CRÉDOT.

28 Cour d'appel de Colmar, 8 mars 2017, n°16/00310.

29 Tribunal d'instance de Montpellier, 9 juin 2016, n°11-16-000424 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, "Contrat de prêt et taux d'intérêt négatifs: première application sur le fond", *Gazette du palais*, 5 juillet 2016, N°25, p.19.

30 Tribunal d'instance de Montpellier, 9 juin 2016, n°11-16-000424.



### 2.3.1.1. Instruments financiers simples à taux variable

32. Parmi les instruments financiers simples pouvant produire des intérêts à taux variables, figurent notamment les bons de caisse<sup>31</sup> et les obligations émises par des sociétés, dont nous allons analyser le régime plus en détail.

33. Une société désireuse de trouver un financement sans émettre de nouvelles actions, peut avoir recours à des prêts. Ces prêts peuvent se matérialiser sous la forme d'emprunts bancaires, ou d'émissions de titres obligataires auxquels les investisseurs pourront souscrire. Lorsqu'un investisseur souscrit à une émission obligataire, il prête de l'argent à la société, lui permettant de financer certaines activités. En contrepartie, la société lui rembourse à diverses échéances le montant nominal du titre obligataire, et lui paye des intérêts pour compenser sa prise de risque.

34. Les émissions obligataires classiques, dites plain vanilla, constituent en pratique des prêts d'argent.

D'ailleurs, les entreprises et collectivités publiques cherchant à diversifier leurs sources de financement s'adressent tantôt à leurs banquiers, en vue de contracter un prêt bancaire, tantôt aux marchés, pour émettre un emprunt obligataire. La documentation de quelques rares emprunts obligataires contient aujourd'hui un plancher à 0 %. Cependant, dans la très grande majorité des cas, la documentation contractuelle reste muette sur l'existence ou l'absence d'un tel plancher.

On considère donc classiquement que le titre obligataire naît d'un contrat de prêt. Ainsi, les divers arguments débattus ci-dessus dans le cadre de l'applicabilité d'un taux d'intérêt négatif au prêt bancaire peuvent trouver écho en matière d'émission obligataire de société.<sup>32</sup>

35. Par ailleurs, même si on ne peut nier que « le droit obligataire a désormais ses propres règles et ses usages, qui lui donnent une physionomie spécifique », les auteurs reconnaissent qu'une théorie générale du droit de l'émission obligataire trouverait encore et toujours « sa source, ou une partie de ses éléments, dans le prêt d'argent ». C'est la raison pour laquelle il est admis que les articles du Code civil relatifs au prêt ont vocation, à titre supplétif, à compléter les textes spécifiques aux émissions obligataires des sociétés.

31 «Les bons de caisse sont des titres négociables qui représentent la créance de remboursement d'un contrat de prêt de somme d'argent.» (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 12 mars 1947, Pasirisie luxembourgeoise, XIV, p.239).

32 En ce sens, Cour d'appel de Paris, 21 juin 2016, *Bulletin Joly Bourse* 2016, p.369, note G.ENDREO.

Le Code civil pose en principe, principe non applicable en matière bancaire, tel qu'analysé précédemment, que le prêt d'argent est fait à titre gratuit. Les rédacteurs du Code civil avaient, en effet, en tête les prêts dans les relations familiales ou amicales. Cependant, les articles 1905 et suivants autorisent le prêt à intérêt et la seule référence au paiement des intérêts dans ces articles est celle d'un paiement des intérêts par l'emprunteur, l'article 1906 disposant que

« L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital ».

Le Code civil ne reconnaît donc pas la possibilité pour un paiement d'intérêts d'être réalisé par le prêteur envers l'emprunteur, puisque le prêt d'argent est soit à titre gratuit, et alors le prêteur ne reçoit aucune compensation, soit à titre onéreux, et le prêteur est indemnisé par l'emprunteur.<sup>33</sup>

36. En outre, il est important de soulever, dans le cas improbable où un taux d'intérêt variable devenant négatif devait être admis, que les instruments financiers au sens de l'annexe II section B de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier telle qu'amendée sont soumis aux prescriptions des articles 23 à 25 de la directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 (ci-après "MiFID II") en matière d'information des investisseurs visés par ladite directive sur les coûts.

Ainsi, tout investisseur visé par la directive MiFID II doit être en mesure de connaître ou d'appréhender les coûts liés à son investissement avant d'y souscrire. Par conséquent, si un intérêt négatif devait être admis, celui-ci devrait, en vertu des articles 23 à 25 de MiFID II faire l'objet d'une information envers les investisseurs, préalable à tout investissement.

37. En conclusion, pour un instrument financier simple, ayant un régime juridique assimilable à un prêt civil, il est peu probable que l'application d'un taux d'intérêt variable devenant négatif soit admis.

### 2.3.1.2. Instruments financiers simples stipulant un taux fixe négatif

Notre raisonnement se limitera ici au cas particulier des émissions obligataires. En effet, le régime juridique des émissions obligataires simples pourrait être bouleversé par la stipulation d'un taux fixe négatif.

38. A l'heure actuelle, il n'existe pas encore d'émission obligataire ayant un taux d'intérêt fixe

33 G. ENDREO, "Taux négatifs, rendements négatifs et émissions obligataires en droit français", *Bulletin Joly Bourse*, 1er octobre 2015, n°10, p.461.

négalif. Toutefois, si celles-ci devaient voir le jour, cela aurait pour impact de changer fondamentalement la nature de l'opération réalisée. En effet, le prêt ne serait alors plus pour le prêteur un moyen de faire fructifier son argent, mais un moyen d'assurer la conservation de son capital pendant la durée du contrat en le remettant à un tiers plus fiable moyennant une indemnisation via des intérêts.

39. Il ne s'agirait donc plus d'une émission obligataire à proprement parler, dont le régime juridique des intérêts est calqué sur celui du prêt civil prévu aux articles 1905 et suivants du Code civil, mais d'un dépôt.

Or, l'article 1915 du Code civil dispose que «le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à charge de la garder et de la restituer en nature». Lorsque le dépôt porte sur une chose fongible il est dit «irrégulier».

En outre, l'article 1928 (2) du Code civil prévoit la possibilité pour un dépôt d'être à titre onéreux, il s'agit alors d'un dépôt salarié.

Par conséquent, l'application d'un taux d'intérêt fixe négatif aurait alors pour effet d'engendrer une requalification de l'émission obligataire, dont le régime devrait normalement dépendre du prêt civil, en dépôt irrégulier salarié au sens des articles 1915 et suivants du Code civil.

### 2.3.2. Instruments financiers structurés

40. Les instruments financiers structurés, notamment de produits dérivés sous leurs multiples facettes (swap, option, credit linked note, credit default swap, collateralised debt obligation, etc pour ne citer qu'eux), ne sauraient être assimilés à de simples prêts. En effet, ces produits financiers

répondent à des besoins, de couverture et spéculatifs, variés et ne sont en rien assimilable à un simple prêt ayant pour unique but un financement.

Par conséquent, les produits financiers structurés ne sauraient être assimilés à des instruments financiers simples à taux variable, pour lesquels l'admissibilité d'un taux d'intérêt négatif est peu probable, et doivent être catégorisés comme des contrats sui generis.

41. Dès lors, et selon le mécanisme prévu par l'instrument financier, il est possible d'imaginer que celui-ci engendre des intérêts négatifs.

42. Dans ce cas encore, si les instruments financiers structurés sont énumérés à l'annexe II section B de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier telle qu'amendée, la possibilité d'un intérêt négatif devra faire l'objet d'une information claire et conforme aux exigences de MiFID II envers les souscripteurs du titre.

### Conclusion

En conclusion, la question des taux d'intérêt négatifs se pose différemment selon les instruments financiers concernés, puisque les intérêts en jeu divergent selon le type d'instrument, notamment en terme de protection du consommateur / de l'investisseur, etc.

Les tribunaux luxembourgeois seront sans doute amenés à trancher cette question dans le futur, à admettre que les intérêts demeurent aussi bas. Ceux-ci devrait pourtant progressivement remonter, les économistes prédisant la fin de la politique de Quantitative Easing pour fin 2018 / début 2019.

Luxembourg, mai 2018

# Impacts of the new requirements on personal data protection on Luxembourg anti-money laundering and combatting the terrorism financing environment

**Yann PAYEN**  
Avocat à la Cour  
Wildgen S.A.

**Fatiha MEHRAZ**  
Compliance Officer  
Wildgen S.A.

**Steve VIARD**  
Compliance Officer  
East-West United Bank S.A.

All views and opinions expressed in this paper are those of the authors. Their respective employers have not made any editorial reviews of this paper; therefore, such views and opinions do not necessarily reflect their opinions on the subject matter.

The authors wish to express their deepest gratitude to Audrey FOTOUO TCHAPDA for her constructive review and comments, which helped to improve the present paper.

## Table of contents

### Introduction

#### 1. Inclusion of data protection requirements in AML–CFT compliance: Comprehensive overview of the European legislation . . . . 32

1.1. Data protection concerns under the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive: A paradigm shift? . . . . . 32

1.2. AML–CFT under the GDPR: A limited exemption to data protection rights? . . . 34

#### 2. Practical interaction between data protection and AML–CFT: Incompatibility or complementarity? The case of Luxembourg . . . . . 37

2.1. Difficulties raised by the data protection concepts applied to the Luxembourg AML–CFT regime . . . . . 37

2.2. Suggestions for best practices in data protection in the AML–CFT environment . . . . . 42

### Conclusion and Outlook

### Preliminary considerations

The present publication does not claim to tackle all issues raised by the inclusion of data protection consideration in AML–CFT compliance programmes because further questions will inevitably surface following the entry into force of the General Data Protection Regulation. Although several studies would be required to cover this complex and prospective area, we chose to deal only with subject matters that we considered especially important from a practical standpoint. Furthermore,

in this study, we have merely scratched the surface of the issues identified. Our main objective was to determine how data protection and/or privacy concerns could impact and modify the Luxembourg AML–CFT practice and to provide suggestions about how professionals could accommodate these new legal constraints in their day-to-day activities.

### Introduction

*“They who can give up essential liberty to obtain a little temporary safety deserve neither liberty nor safety”.*

**Benjamin FRANKLIN**

1. Although the processing<sup>1</sup> of data is a key element in all “know-your-customer” (KYC) procedures and/or in “anti-money laundering” (AML) and “combatting-of-terrorism financing” (CFT) programmes<sup>2</sup>, it should be borne in mind that these

1 According to Article 4.2 of the GDPR (as this term is defined below), processing includes activities such as “collection, recording, organisation, structuring, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination, [...], restriction, erasure or destruction” of personal data, “whether or not by automated means”.

2 KYC aims to understand who the (potential) customer is for the purpose of doing business with him or her and involves customer due-diligence activities (depending on risk assessment) during which data are gathered to identify and verify the identity of this customer, whereas AML–CFT refers to all sets of regulations and procedures (of which KYC is a part) that are mainly designed to protect the financial system from criminal intrusion, including the monitoring of financial transactions of customers and reporting suspicious transactions to financial intelligence units (i.e., the *Cellule de Renseignement Financier* in Luxembourg).

data are mostly of a personal nature<sup>3</sup> and therefore benefit from specific statutory protection under European legislation. Consequently, personal data processed for AML–CFT purposes are intended to be subject to two different sets of laws, the objectives of which are, *prima facie*, contrasting if not conflicting. Indeed, the AML–CFT legislation is primarily aimed at preventing the financial system from being used for money laundering or terrorism financing, thus legitimising intrusive requests for personal information, whereas the main purpose of data protection laws and regulations is to shield individuals’ privacy from abuses and/or misuses<sup>4</sup>.

2. So far, Luxembourg professionals who are subject to AML–CFT obligations (the **Professionals**)<sup>5</sup> have not troubled themselves with applying data protection principles to ensure their responsibilities. It is true that neither the Law of 12 November 2004 nor the amended Law of 2 August 2002 concerning the protection of individuals with regard to the processing of personal data (the **Law of 2 August 2002**)<sup>6</sup> provided them with real guidance on this matter<sup>7</sup> despite warnings by the Luxembourg *Conseil d’Etat*. The latter had indeed voiced concerns regarding “*disproportionate invasions of privacy, which are constitutionally protected*” but obviously ignored on the pretext of fighting against money laundering and terrorism financ-

ing<sup>8</sup>. The fact is that Professionals collect, analyse, store and transfer a high volume of personal data<sup>9</sup> every day to fulfil their AML–CFT duties and track illicit funds, including through computer-aided, automated, or semi-automated profiling systems<sup>10</sup>. Because of these collection and processing activities, they often act as “*controllers*” or “*processors*”<sup>11</sup> of personal data.

3. However, following two major initiatives of the European Union<sup>12</sup>, this situation will change dramatically:

– Firstly, Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing (the **4<sup>th</sup> AML/CFT Directive**), which has been partially implemented in Luxembourg law<sup>13</sup>, expressly states that the fight against money laundering and terrorism financing must be pursued in accordance with “*Union data protection law and the protection of fundamental rights*”<sup>14</sup>.

3 Personal data may be defined as any information relating to a natural person (i.e., the data subject) who can be identified directly or indirectly, particularly by reference to an identifier, such as a “*name, identification number, location data, an online identifier or...one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person*” (see Article 4.1 of the GDPR). In addition, the GDPR further categorises personal data that are sensitive by nature, that is data that reveal racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade-union membership as well as data concerning health or sex life and sexual orientation and finally genetic data or biometric data, the processing of which is prohibited (see Article 9.1 of the GDPR). On the other hand, “anonymous data” are out of the GDPR’s scope.

4 The right of data protection aims to ensure the protection of individuals’ privacy and therefore is regarded as an extension of the right of privacy. However, some authors view data protection as a “tool” rather than a right used by legislators to ensure that privacy—as a fundamental right—is properly protected.

5 A list of which is provided in article 2 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive (as this term is defined below), respectively, article 2 of the coordinated law of 12 November 2004 on the fight against money laundering and terrorist financing (the **Law of 12 November 2004**).

6 The only reference to data protection in this law is in Article 5, which relates to cooperation with authorities. As far as Directive 2005/60/EC (known as the 3<sup>rd</sup> AML/CFT Directive) is concerned, it merely provides in its Recital 33 that “*disclosure of information as referred to in Article 28 [which article is relating to reporting obligations to financial intelligence units] should be in accordance with the rules on transfer of personal data to third countries as laid down in Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data*”.

7 This transposed the Directive 95/46/EC into Luxembourg law.

8 See the Opinion of the *Conseil d’Etat* on draft bill 5165 on the fight against money laundering and terrorist financing.

9 Each time that compliance officers collect and analyse copies of passports, utility bills or other documents supporting KYC verification in relation to customers, or ask for their dates of birth, (email) addresses, professional occupations etc., they deal with personal data protected by the GDPR.

10 These are software monitoring and screening transactions, filtering customers, scoring risks etc.

11 In the data protection legislation, “data controllers” are persons/entities that determine the purposes for which and the manner in which personal data are to be processed (see Article 24 of the GDPR), whereas “data processors” are persons/entities that process data on behalf and upon the instructions of data controllers under and pursuant to data processing agreements that stipulate the legal duties of both parties (see Articles 28 to 30 of the GDPR). Under the GDPR regime, controllers are supposed to appoint only those data processors that provide “*sufficient guarantees to implement appropriate technical and organisational measures*” to meet the GDPR’s requirements and adequately protect data subjects’ rights. In the same vein, a processor cannot engage another processor without the prior authorisation of the data controller (see Article 28 of the GDPR). The distinction between data controllers and data processors is important because their responsibilities and liabilities differ. In this paper, in referring to Professional(s), we mean Professional(s) acting as data controller(s) unless otherwise indicated.

12 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties and on the free movement of such data, which is supposed to be implemented into Member States national laws by 6 May 2018, should also be mentioned.

13 This is through the law of 13 February 2018, which was passed on 6 February 2018 and entered into force on 18 February 2018 and which was amended for the eleventh time in the Law of 12 November 2004 (the **Law of 13 February 2018**). For an overview of the main innovations introduced by the Law of 13 February 2018, see CSSF Circular 18/864.

14 See Recital 43 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive.



– Secondly, the cross-sectoral Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (the **General Data Protection Regulation** or **GDPR**), which will be applicable as from 25 May 2018 and is intended to strengthen and unify data protection for individuals residing within the European Union<sup>15</sup>, requires Member States to enact adequate safeguards regarding data processing even when these data are processed for public interest<sup>16</sup>, such as AML–CFT.

4. It should be noted that the GDPR has replaced Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (the **Directive 95/46/EC**), which has been outdated by the emergence of new data processing technologies. Hence, although the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive states that data processing performed for AML–CFT purposes shall be conducted in accordance with Directive 95/46/EC, references to this directive should therefore be construed as references to the GDPR<sup>17</sup>.

5. This new legislative package will definitively have an impact on the way Professionals shall perform their customers due diligence (*i.e.* carry out identity verification), store customer data and more generally, meet their AML–CFT responsibilities, since their procedures and policies—including at group level<sup>18</sup>—shall be in line with both the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive and GDPR principles

(as supplemented and completed by local rules protecting privacy<sup>19</sup>). A balance shall therefore be found between (i) the necessity for Professionals to take efficient measures to combat money laundering and terrorism financing *vs.* (ii) data protection concerns, thus adding a layer of complexity to AML–CFT programmes.

6. The challenge is certainly significant because at first, AML–CFT and data protection regimes seem to respond to different logics and objectives. Indeed, combatting money laundering and terrorism financing has been regarded as a legitimate cause that justifies intrusions into individual privacy, which supports the trend of Professionals to collect a large amount of data to identify customers<sup>20</sup> and beneficial owners in depth. However, under the GDPR, Professionals shall henceforth deal with data privacy/protection concepts, such as “*purpose limitation*”, “*data minimisation*”, “*data accuracy*” and “*data security*” and implement appropriate measures accordingly<sup>21</sup>. In the same vein, data subjects shall be entitled to access their data, correct them in case of inaccuracy, have them deleted or transferred to third parties, etc., the aim of the GDPR being to provide data subjects with control over their personal data<sup>22</sup>. The manner in which these measures will be implemented in AML–CFT compliance programmes remains, though, unclear.

7. This question appears even more difficult because both the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive and the GDPR are complicated pieces of regulation that provide very little guidance on Professionals’ data protection duties in carrying out their AML–CFT obligations. However, it is clear that Professionals should be more transparent than they currently are in processing data, including allowing data subjects to understand the purpose for which their personal data are being collected and how they will be treated. Hence, the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive requires Professionals, when entering a business relationship, to inform new customers about their rights in relation to the collection and processing of their personal data<sup>23</sup>.

15 It should be noted in this respect that the GDPR applies extraterritorially because it protects the data of natural persons residing within the territory of the European Union (referred to as **data subjects**) even if such data are processed outside this territory. Indeed, the GDPR not only applies to EU based data controllers or processors but also catches organisations established outside the European Union that (i) offer goods or services in the European Union related to personal data or (ii) monitor the behaviour of EU resident data subjects (see Article 3 of the GDPR).

16 Under the GDPR, personal data can be processed only if there is a legal ground for doing so. Article 6 of the GDPR provides for six legal grounds: (1) the consent of the data subject, (2) the performance of contractual obligations, (3) the compliance with legal obligation, (4) the protection of vital interests, (5) the performance of a public task and (6) in the case of legitimate interests.

17 Similarly, references to the Law of 2 August 2002 contained in the Law of 13 February 2018 should, in our view, be already construed as references to the GDPR and any supplementary law(s) that may be implemented in Luxembourg on this matter. In its comments on the draft bill 7128 (being now the Law of 13 February 2018), the Luxembourg *Commission pour la Protection des Données (CNPD)* recommended as well that the changes to be made by the GDPR be taken into account as far as possible (see Opinion of the CNPD on draft bill 7128 dated 18 January 2018).

18 Pursuant to Article 45 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive, “*Member States shall require obliged entities that are part of a group to implement group-wide policies and procedures, including data protection policies and policies and procedures for sharing information within the group for AML/CFT purposes*”.

19 Indeed, while the GDPR has direct effect, it gives some flexibility to Member States in the local implementation of supplementary provisions. In Luxembourg, draft bill 7184 has been introduced in this respect (**Bill 7184**).

20 In this paper, the word “customers” designates any natural persons whose personal data are collected and processed by Professionals for KYC and AML–CFT purposes. Customers located in European Union countries are thus data subjects within the meaning of data protection legislation, and both these terms (*i.e. customers or data subjects*) will be used interchangeably in this paper.

21 This is the “data protection by design” principle, under which data controllers have to consider data protection principles when designing data processing activities.

22 For a general presentation of GDPR, see A. GIURGIU and T. LALLEMANG, *The General Data Protection Regulation: a new opportunity and challenge for the banking sector*, ACE 2017/01, p. 3-15.

23 See Article 41 (3) of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive.

8. Although they have different aims and objectives, the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive and the GDPR share a similar “risk-based approach”<sup>24</sup>. This fundamental concept shall guide Professionals in revising their AML–CFT policies to demonstrate data protection compliance. They shall implement measures and procedures that are appropriate to the risk of money laundering involved and proportionate to the “*risk created by the processing to the rights and freedoms of data subjects*”<sup>25</sup>.

9. The purposes of this study are then to (a) explore which specific data protection requirements would be likely to impact Professionals in their AML–CFT activities in order to (b) examine how these requirements would interact with AML–CFT obligations and whether this AML–CFT/data protection dichotomy could *in fine* be overcome.

10. This matter is particularly important because the GDPR imposes substantial and dissuasive administrative fines and penalties<sup>26</sup> for failing to comply with its provisions; moreover, failure to comply may pose risks to reputation<sup>27</sup>. These consequences should motivate Professionals to adapt their AML–CFT function, role and organisation accordingly by integrating privacy management programmes<sup>28</sup> to discharge their “accountability obligations”<sup>29</sup>.

24 In this approach, Professionals must first assess risks to which they are exposed (by establishing a risk matrix based on identified relevant factors and variables) in order to adapt their measures and policies accordingly.

25 See A. GIURGIU and T. LALLEMANG in footnote n°22.

26 This amount can be up to 20 million Euros, or 4% of the worldwide annual revenue of the prior financial year of the non-compliant Professional, whichever is higher (see Article 83 of the GDPR).

27 A reputation could be quickly lost if it appeared that customers’ rights of privacy were not protected, especially in the financial sector where confidentiality and trust are cornerstones.

28 Which are all technical and organisational measures to be implemented to ensure appropriate levels of data protection and/or information security (e.g. encryption of the data collected, IT systems protecting integrity and confidentiality of the stored data, notification procedures in case of data security breach, etc.). Privacy management programs may also involve the appointment of a data protection officer (DPO) where circumstances demand it (see Article 37 of the GDPR). In particular, a DPO is to be appointed where the core activities of the data controller require regular and systemic monitoring of data subjects on a large scale and/or consist of processing special categories of data on a large scale. In view of these criteria, most of the Professionals shall have a DPO in place, who shall be responsible, *inter alia*, for monitoring compliance with data protection laws, cooperate with and act as the contact point for the national supervisory authority, being the CNPD in Luxembourg (see Article 39 of the GDPR). It is interesting to note that the GDPR provides the possibility for a group of companies to designate a single DPO provided that the latter is “*is easily accessible from each establishment*” (see Article 37 (2) of the GDPR).

29 Under the accountability principle, Professionals acting as data controllers shall be able to objectively demonstrate that their data processing policies and practices are in line with GDPR’s provisions (see Article 24 of the GDPR).

## 1. Inclusion of data protection requirements in AML–CFT compliance: comprehensive overview of the european legislation

11. As noted in the introduction, Professionals are required to adapt and update their AML–CFT policies to comply with data protection requirements, which necessitates a fundamental change from the current regime. This inclusion of privacy considerations into the AML–CFT is derived from the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive (1.1.) and the general consolidation of the privacy regime led by the GDPR (1.2.).

### 1.1. Data protection concerns under the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive: A paradigm shift?

12. The drafting of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive was influenced by the European Data Protection Supervisor (EDPS)<sup>30</sup>, who was critical of the treatment of personal information under the previous versions of this directive and issued corresponding warnings and recommendations<sup>31</sup>.

13. This major concern surfaces in Article 7.1 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive, which invites the Member States to consider data protection and privacy rights in designing their AML–CFT policy<sup>32</sup>. Hence, the European legislator acknowledges that the need to combat money laundering and terrorism financing does not justify the recourse to any means as although this combat is in the public interest, it cannot override citizens’ privacy rights<sup>33</sup> regarded as fundamental<sup>34</sup>. This require-

30 The European Data Protection Supervisor is an independent supervisory authority based on Regulation (EC) 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000, whose primary missions are to ensure that European institutions and bodies respect the right to privacy and data protection of natural persons and to advise on policies and legislation that may affect privacy.

31 See Opinion 2013/07 of the EDPS dated 4 July 2013 in which the EDPS underlined the lack of data protection in the directive and highlighted the importance to introduce data protection safeguards.

32 Article 7.1 of the 4<sup>th</sup> AML Directive states, “*each Member State shall take appropriate steps to identify, assess, understand and mitigate the risks of money laundering and terrorist financing affecting it, as well as any data protection concerns in that regard. It shall keep that risk assessment up to date*”.

33 On this topic, see the Opinion 14/2011 on data protection issues related to the prevention of money laundering and terrorist financing delivered on 13 June 2011 by Article 29 Data Protection Working Party. Article 29 Data Protection Working Party is an advisory body established under Directive 95/46/EC to advise the European Commission and issue guidance on data protection and privacy matters. Under the GDPR, this body should be dissolved into the European Data Protection Board, whose missions and duties are defined under Article 70 of the GDPR.

34 The right to the protection of personal data is indeed enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union dated 7 December 2000 (see on this topic the *Guidelines on data protection in EU financial services regulation* issued by the EDPS on 26 November 2014). This is to be compared to the privacy regime existing under the

ment echoes the EU's general principle of proportionality laid down in Article 52 (1) of the Charter of Fundamental Rights of the EU, whereby the means should be suited to the aim pursued.

14. The 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive thus addresses this matter in Chapter V - “*Data protection, record-retention and statistical data*”, which provides, *inter alia*, that “*the processing of personal data [...] for the purposes of the prevention of money laundering and terrorist financing [...] shall be considered to be as a matter of public interest under [the GDPR]*”<sup>35 36</sup> while insisting that personal data shall not be processed in a way that is incompatible with the purposes of the prevention of money laundering and terrorist financing<sup>37</sup>. By recognising that processing data to combat money laundering and terrorism financing is a legitimate public interest, the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive provides a legal basis to Professionals for collecting, analysing, and storing data of a personal nature under the GDPR on the condition that this is done for AML–CFT purposes only and to the exclusion of any other objective<sup>38</sup>. However, this legal ground is not absolute, and processing carried out on this basis may raise objections from data subjects: in such cases, “*it should be for*

*the controller*”<sup>39</sup> to demonstrate that its compelling legitimate interest overrides the interests or the fundamental rights and freedoms of the data subject”<sup>40</sup>.

15. Thus, two guiding principles emerge from the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive regarding data protection: (i) the principle of purpose limitation, which requires that personal data be collected for specified, explicit, and legitimate purposes only and (ii) the principle of data minimisation (which derives from the principle of proportionality) whereby the data collected and processed must be strictly necessary to meet the objectives pursued. It can be inferred that personal data to be requested for AML–CFT purposes must be adequate, pertinent and limited (*i.e.* non-excessive) in the sense that processing these data should be essential for the Professionals to satisfactorily fulfil their AML–CFT duties based on their own risk assessment. The Professionals shall then be in a position to demonstrate the appropriateness of their programmes in the light of data privacy requirements.

16. Nevertheless, guidelines contained in the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive are general and vague in terms of data protection requirements and the directive tends to defer those matters to national law. In particular, it requires—without any indication concerning concrete actions that need to be undertaken to reach these objectives—the Member States to ensure that Professionals who are located in their jurisdiction do the following:

- Implement group-wide policies and procedures integrating data protection measures, “*for sharing information within the group for AML/CFT purposes*”, whose “*policies and procedures shall be implemented effectively at the level of branches and majority-owned subsidiaries in Member States and third countries*”<sup>41</sup>;
- Ensure that their branches or majority-owned subsidiaries<sup>42</sup> that are “*located in third countries where the minimum AML/CFT requirements are less strict than those of the Member State*”<sup>43</sup> im-

United States of America, where “*data [are] typically the property of the holder so ownership depends on the entity that possesses [them]*”. This matter was extensively analysed by M. FRASHER in her publication, *Multinational Banking and Conflicts among US-EU AML/CFT Compliance & Privacy Law: Operational and Political Views in Context*, SWIFT Institute Working Paper n° 2014-008, 1<sup>st</sup> July 2016. This problem is all the more important as we are now witnessing a use (one would say a manipulation) of personal data for political influence and/or mass societal choices (see the Facebook-Cambridge Analytica data scandal).

35 As explained in introduction, the 4<sup>th</sup> AML Directive refers to Directive 95/46/EC when it comes to data protection matters; however, this directive is about to be repealed by the GDPR, so we took the liberty of anticipating this change by replacing any references to Directive 95/46/EC by the GDPR.

36 See Article 43 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive.

37 See Article 41.2 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive. However, in its Opinion 1/2017 dated 2 February 2017, the EDPS raised concerns “*with the fact that the amendments [introduced by the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive] also introduce other policy purpose – other than countering money laundering and terrorist financing – that do not seem clearly identified*”, thus likely to infringe “*the data protection principle of purpose limitation*” and to threaten “*the implementation of the principle of proportionality*”. Criticism of the EDPS was directed towards the approach of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive to elevating the fight against tax evasion to the same level as that against money laundering and terrorism financing, allowing “*invasive personal data processing*” for matters unrelated to the “*original anti-money laundering objective*”.

38 In particular, the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive prohibits in principle the processing of personal data collected to carry out customer due diligence for commercial purposes (see Recital 43 and Article 41.2 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive). However, in practice, “*the collection of data for anti-money laundering purposes takes place at the same time as the collection for commercial purposes*” (see Opinion 2013/07 of the EDPS dated 4 July 2013), which makes this prohibition difficult to apply. It is indeed tempting to use data collected through the customer due diligence process for marketing and customer profiling purposes.

39 Under the GDPR, a controller is defined as a “*natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data*” (see Article 4 (7) of the GDPR).

40 See Recital 69 and Article 21 (1) of the GDPR.

41 See Article 45.1 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive.

42 In the absence of any definition in the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive, the notion of “*majority owned subsidiaries*” in our opinion refers to entities in which a Professional has a majority shareholding in terms of capital and/or voting rights.

43 Without any guidance on what “*third countries where the minimum AML/CFT requirements are less strict than those of the Member State*” are and in the absence of an official list of countries that fulfill AML/CFT standard equivalent to that of the European Union, we should refer to those countries identified by the Financial Action Task Force on money laundering as having weak or strategic deficiencies in their AML/CFT regimes. As of the date of this paper, these countries are the Democratic People's Republic of Korea, Ethiopia, Iran, Iraq, Sri Lanka, Syria, Trinidad and Tobago, Tunisia, Vanuatu and Yemen.



plement procedures and policies compliant with European Union data protection requirements to the extent permissible under the third country's law<sup>44</sup>;

- Take measures to sensitise and train their employees to data protection rules applicable when processing data for AML/CFT purposes<sup>45</sup>.

17. The 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive also provides specific guidance most notably with regard to the storage of personal data: pursuant to Article 40 (1) of the directive, all documents and information collected as part of KYC/due diligence and/or transaction monitoring process shall be retained for five years after the end of the business relationship with a customer or the date of the transaction subject to monitoring. At the end of this period, all personal data collected in relation thereto shall be erased. However, Member States can allow (or require) that the data be kept longer if they deem such further retention to be “*justified as necessary for the prevention, detection or investigation of money laundering or terrorist financing*”<sup>46</sup>. This justification shall be based on “*a thorough assessment of the necessity and proportionality of such further retention*”, which is a prime illustration of the principle of proportionality reflected throughout this directive.

18. Finally, the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive further regulates the conditions under which the data subject's right of access to his or her personal data may be restricted, which is a welcome clarification. Indeed, while the GDPR provides for the right of data subjects to know whether their personal data are being processed “*and where that is the case, access to the[se] personal data*”<sup>47</sup>, the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive specifies that such right does not apply when Professionals report suspicious transactions or in cases in which their customers are under investigation for money laundering and/or terrorism financing<sup>48</sup>. In such cases, they are even required not to disclose such information to customers or any third parties.

19. Hence, although the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive refers to data protection and privacy considerations, it merely provides general guidelines or principles, which certainly raises questions about their practical impact on the AML–CFT work of Professionals.

## 1.2. AML–CFT under the GDPR: A limited exemption to data protection rights?

20. As stated above, Professionals have long discharged their AML–CFT obligations without con-

sidering their duties with respect to data protection. In Luxembourg, this absence of interest could be explained by several reasons:

- First, under the current Luxembourg Data Protection Law, the obligation to provide data subjects with information regarding the processing of their data and to give effect to their rights “*do not apply when the processing is necessary to safeguard (...) the prevention, tracking down, recording and prosecution of criminal offences, including the combatting of money laundering, or the progress of other legal proceedings*”<sup>49</sup>;
- There has been a certain benevolence of the CNPD, which has long preferred taking a pedagogical approach to Professionals upholding the data protection legislation rather than adopting coercive measures (e.g., performing on-site inspections or offsite monitoring and/or imposing fines in the case of infringements of data protection rights)<sup>50</sup>;
- Finally, Professionals may have held the misguided belief that compiling and processing as many data as possible should be regarded as a best practice to ensure a high level of compliance.

These reasons have often led Professionals to request and gather excessive information for the purpose of entering business relationships with their customers.

21. The concurrent enforcement of the national law of 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive and GDPR is undoubtedly the opportunity to reconsider the co-existence of these two sets of regulations and for Professionals to find the right balance between the willingness to combat financial crime and the need to protect the fundamental rights of individuals (of which the right of data protection is a part).

22. Although the fight against money laundering and terrorist financing is considered a matter of public interest, it is clear that the European legislator has not intended to differentiate the information processed by Professionals in carrying out their AML–CFT duties. The processing of these data should therefore be subject to the key principles and obligations established under the GDPR.

23. The first of these principles is to establish a legal basis for processing data. According to the GDPR, the processing of personal data is lawful only if, and to the extent that, it is permitted under the EU data protection law. If the Professional does not have a lawful basis for a given data processing activity (and no exemption or derogation

44 See Article 45.3 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive.

45 See Article 46.1 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive.

46 See Article 40 (1) of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive. This additional period, nevertheless, cannot be extended by more than five years.

47 See Article 15 of the GDPR.

48 See Articles 39 (1) and 41 (4) of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive.

49 See article 27 1) d) and article 29 1) d) of the Law of 2 August 2002.

50 It is to be noted that under current Luxembourg data protection legislation, the processing of personal data is in principle already subject to prior notification to or prior authorisation from the CNPD. See Articles 12 and 14 of the Law of 2 August 2002.

applies) then that activity is *prima facie* unlawful<sup>51</sup>. Thereon, the EDPS suggested that “*necessity for compliance with legal obligation*”<sup>52</sup> should be an appropriate basis<sup>53</sup>, as Professionals are under a strict duty to perform AML–CFT verifications to comply with their legal obligations. However, this general statement appeared not to consider the processing of special categories of data that are regarded as sensitive and that may be collected in the context of AML–CFT monitoring<sup>54</sup>. Under Article 9 of the GDPR, the processing of sensitive data is in principle prohibited except those data “*which are manifestly made public by the data subject*”<sup>55</sup> and, most importantly, when “*processing is necessary for reasons of substantial public interest*”<sup>56</sup>. This reason is certainly why the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive provides that “*processing of personal data [...] for the purposes of the prevention of money laundering and terrorist financing [...] shall be considered to be as a matter of public interest*”<sup>57</sup>.

24. Secondly, data collected for AML–CFT purposes are subject to the general rules of the GDPR<sup>58</sup> and cannot undergo any exception. Therefore,

- Data must be processed in a fair and transparent manner<sup>59</sup>, which means that the Professional must provide information to individuals about the processing of their data from their collection to their erasure. The information must be provided in a concise, transparent, intelligible and easily accessible way, using clear and plain language;
- Professionals must ensure that they collect only the personal data they need for the purposes they have specified to the data subjects in order to achieve this goal (this is the “*data minimisation*” principle<sup>60</sup>). In addition, they must implement technical and organisational measures to ensure that only personal data that are necessary for each specific purpose of the processing are actually processed (“*data protection by default*” principle<sup>61</sup>);
- Data processed shall be accurate<sup>62</sup>, to avoid risks for both data subjects and Professionals to pro-

cess outdated or irrelevant data (being data that are of no use or misleading for the purpose of identifying or verifying the identity of a customer). Outdated data shall be either rectified or erased;

- Personal data should not be retained for longer than necessary in relation to the purposes for which they were collected or for which they are further processed to ensure fair processing<sup>63</sup>. Regarding this matter, the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive requires data to be deleted upon the expiration of a retention period of five years after the termination of the business relationship but with the possibility of extending this retention period if it is justified “*for the prevention, detection or investigation of money laundering or terrorist financing*”<sup>64</sup>.

25. The GDPR obviously aims to return power to data subjects and make them the key players in data processing. Under the new data protection framework, data subjects are thus granted significant rights (e.g. the right to information, right of access, right to rectification, right to restrict the process, right to data portability and right to be forgotten) that allow them to control how collected data are used and processed. The purpose is to prevent controllers from abusing their dominant position to unduly exploit personal data supplied by individuals.

26. Some rights of data subjects already existed under the Law of 2 August 2002, including the following:

- The right to transparent information and right of access<sup>65</sup>, which is the right of data subjects to obtain from the data controller confirmation about whether personal data concerning them are being processed, where and for what purpose. Under the GDPR, the list of information to be disclosed to data subjects in this regard has been extended to increase transparency;
- The right to rectification<sup>66</sup>, which is the right of data subjects to have personal data rectified if the data are inaccurate or incomplete;
- The right to restrict the process<sup>67</sup>, which is defined as the right for data subject to block or suppress processing of personal data. This right applies only under some circumstances where there is a conflict between the controller and the data processor regarding the validity of processing.

51 See article 6 of the GDPR.

52 See Article 6.1 (c) of the GDPR.

53 See Opinion 2013/07 of the EDPS dated 4 July 2013 in which the EDPS stated, “*the relevant legitimate ground for the processing of personal data [for AML–CFT purposes] should more appropriately be the necessity to comply with a legal obligation*”.

54 Sensitive data collected for AML–CFT purposes are in particular information regarding criminal convictions and offenses or political opinions of a data subject.

55 See article 9 e) of the GDPR.

56 See article 9 g) of the GDPR.

57 See Article 43 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive.

58 See Article 5 of the GDPR.

59 See Article 12 of the GDPR.

60 See Article 5 (1) c) of the GDPR.

61 See Article 25 (2) of the GDPR.

62 See Article 5 (1) d) of the GDPR.

63 The 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive requires personal data to be deleted after the expiry of a minimum retention period of five years, which is in line with the existing requirements of the 3<sup>rd</sup> AML/CFT Directive.

64 See developments under section 17 of the present paper.

65 See Articles 12 and 15 of the GDPR.

66 See Article 16 of the GDPR.

67 See Article 18 of the GDPR.

Two further rights have been introduced by the GDPR to strengthen the position and/or the protection of data subjects:

- The right to be forgotten<sup>68</sup>, or data erasure, which entitles data subjects to request a data controller to erase their personal data, cease sharing these data and prevent third parties from processing the data. The conditions for erasure, as outlined in Article 17 of the GDPR, include the following: the data are no longer relevant to the initial purposes for processing and/or the data subjects withdrawing consent to have their data processed. The right to be forgotten may however be superseded by the public interest to keep the data available, which justifies a data controller to deny a data erasure request;
- Data portability<sup>69</sup>, which is the right for a data subject to receive the personal data he or she has previously provided in a “commonly used and machine-readable format”, and the right to transmit those data to another controller. By adopting this measure, the European legislator confirmed the recognition of the data subject as the owner of his or her personal data. It is important to underline that data portability only concerns data provided by the data subject<sup>70</sup>, which can be found in documents supplied and/or forms completed by the data subject. This excludes data that are created by the controller based on data collected from data subjects such as “risk scoring data”. Indeed, information resulting from the assessment realised in the context of risk management cannot be considered in itself as provided by the data subject, and therefore should be regarded as beyond the scope of the right to data portability<sup>71</sup>. It should also be noted that the GDPR does not establish a general right to data portability in cases where the processing of personal data is not based on consent or contract<sup>72</sup>. Consequently, there is no obligation for Professionals to answer a data portability request concerning personal data that were processed as part of their obligations to prevent and detect money laundering and other financial crimes.

27. Indeed, all the rights listed above are not without restrictions and exceptions, particularly where the public interest is at stake, such as in the case of the fight against money laundering and terror-

ism financing. The public interest may indeed justify that in the context of KYC/AML–CFT, data subjects’ rights be somehow minimised. In this regard, reference may be made to Article 23 of the GDPR, which stipulates, the “*Union or Member State law to which the data controller or processor is subject may restrict by way of a legislative measure the scope of the obligations and rights provided (...) when such a restriction respects the essence of the fundamental rights and freedoms and is a necessary and proportionate measure in a democratic society to safeguard: (...) (d) the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security*”. Since there is little question that the fight against money laundering and terrorism financing is a key element in maintaining public security, the ability of the data subject to exercise an influence on the processing of data for AML–CFT purposes should be limited although still not negligible.

28. Finally, it is interesting to note that the GDPR, through its Article 33, introduces a mandatory requirement for data controller to report personal data breaches<sup>73</sup> to its national supervisory authority and, under some circumstances, to the affected data subjects. In its *Guidelines on Personal Data Breach Notification under Regulation 2016/679*, which was revised on 6 February 2018, the Article 29 Data Protection Working Party underlines that breaches can be divided into three main categories:

- Confidentiality breach, when there is an unauthorised or accidental disclosure of, or access to, personal data;
- Integrity breach, when there is an unauthorised or accidental alteration of personal data;
- Availability breach, when there is an unauthorised or accidental loss of access to, or destruction of, personal data<sup>74</sup>.

Pursuant to the GDPR, data controllers must inform the competent authority of a data breach “without undue delay” and in any case, “not later

68 See Article 17 of the GDPR.

69 See Article 20 of the GDPR.

70 See Article 20 (1) of the GDPR.

71 See the Article 29 Data Protection Working Party’s “Guidelines on the right to data portability” adopted on 13 December 2016 and revised on 5 April 2017.

72 See recital 68 and Article 20 (3) of GDPR, which provide that data portability does not apply when the data processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest, in the exercise of official authority vested in the data controller or when a data controller is exercising its public duties or complying with a legal obligation.

73 According to Article 4 (12) of the GDPR, a personal data breach means “a breach of security leading to the accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of, or access to, personal data transmitted, stored or otherwise processed”. Not all data breaches have to be notified, but only those that could “result in a risk to the rights and freedoms of natural persons” (See Article 33 (1) of the GDPR). Such risk exists when the breach may lead to physical, material or non-material damage to data subjects, such as financial loss, identity theft, discrimination or damage to reputation. The Professionals shall then determine whether a data breach is reportable or not by assessing the severity of the risk of the data breach to the rights of the data subject.

74 This includes the accidental deletion of data by an unauthorised person, the loss of a decryption key in the case of encrypted data or unavailability due to a power failure or service attack.



than 72 hours after having become aware of it<sup>75</sup>. The issue for Professionals is then to determine when they will be considered aware of a data breach: in this regard, reference may be made again to the guidelines provided by Article 29 Data Protection Working Party, whereby a data controller must be considered aware as soon as it knows with a reasonable degree of certainty that a security incident has occurred, which has led to the compromising of personal data.

**29.** Article 33 (3) of the GDPR states that it is mandatory to provide the following information when reporting a data breach to the competent authority:

- Nature of the data breach, categories of the data concerned, approximate number of data subjects concerned and approximate number of personal data records concerned;
- Name and contact details of the DPO;
- Description of potential consequences of the breach;
- Measures taken or proposed to address the data breach and mitigate its adverse effects.

**30.** When a data breach is likely to result in the high risk to the rights and freedoms of natural persons, then the controller shall also inform “without undue delay” the affected data subject(s) as well (Article 34 of the GDPR). The information provided is the same as that provided to the authorities, but it shall take into account the specific communication duties of the controller toward the data subject, that is, the use of clear and plain language. However, based on Article 34 (3) of the GDPR, communication to the data subject shall not be required under some circumstances:

- If the breached data are unintelligible to any person who is not authorised;
- If the controller has taken subsequent measures to ensure that the risk is not likely to materialise;
- If communicating the information would involve disproportionate effort.

Needless to say, if a controller put forward one of these exceptions, it must be able to demonstrate to the competent authority how the exception applies.

75 See Article 33 (1) of the GDPR. The reason for this short timeline is to encourage data controllers to act promptly in response to a breach, contain it and, if possible, recover the compromised personal data and seek relevant advice from the supervisory authority.

## 2. Practical interaction between data protection and AML–CFT: incompatibility or complementarity? The case of Luxembourg

**31.** Based on the preceding insights into how the provisions of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive and the GDPR interact in theory, this following section addresses the matter by discussing the practical issues induced by the introduction of data protection and privacy consideration into the AML–CFT Luxembourg environment. Recommendations will then be provided for solutions and technical measures that Professionals could implement in responding to this regulatory challenge.

### 2.1. Difficulties raised by the application of the data protection concept to the Luxembourg AML–CFT regime

**32.** With some delay—and only partially at this stage—Luxembourg implemented the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive through the Law of 13 February 2018, which entered into force on 18 February 2018. This law aims at updating the Law of 12 November 2004<sup>76</sup> to align it with the main innovations introduced by the European text. In short, the Law of 13 February 2018 strengthens the risk-based approach<sup>77</sup> while broadening the scope of primary money laundering offences. Some key notions are also clarified and/or extended, such as the concepts of “beneficial owners”<sup>78</sup> and “politically exposed persons”<sup>79</sup>.

**33.** The Law of 13 February 2018 basically repeats the provisions laid down in the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive. It however remains to be seen whether the application of the Luxembourg text will show that certain answers and/or clarification are provided regarding the interrelation between AML–CFT and data protection.

**34. Notification of data subjects’ rights.** Professionals must provide potential customers with all the information required under Article 26 (1) of the Law of 2 August 2002<sup>80</sup> before establishing a business relationship or carrying out occasional transactions<sup>81</sup>. The information to be supplied to the customers in advance of the processing is, *inter alia*, the following:

76 For the purpose of this study, the Law of 12 November 2004 as amended by the Law of 13 February 2018 shall be referred to as the **Law of 12 November 2004 as Amended**.

77 See Article 2-2 of the Law of 12 November 2004 as Amended.

78 Defined in Article 1 (7) of the Law of 12 November 2004 as Amended.

79 Defined in Article 1 (9) of the Law of 12 November 2004 as Amended.

80 And in accordance with Article 26 (2) of the Law of 2 August 2002 in case the data have not been obtained directly from the customer.

81 See Article 3.6 (bis) of the Law of 12 November 2004 as Amended.

- The identity of the data controller and of his representative (if any), along with contact details;
- The purpose(s) of the processing for which the data are requested and collected as well as the legal basis;
- The recipients or the categories of recipients<sup>82</sup> to whom the data might be disclosed;
- The right of the data subjects to access and rectification of their data.

**35.** Pursuant to this Article 26 (1), these information may be communicated by any means whatsoever to the customers “no later than the point at which the data are collected”. However, it is highly recommended that such communication be in writing, for the purpose of legal proof (e.g. through the inclusion of a privacy disclaimer contained in an email, notice or form to be fulfilled by customers and/or ultimate beneficial owners, general terms and conditions or declaration sent to customers or disclosed on the website of the Professional).

**36.** Furthermore, Professionals shall be aware that, as from 25 May 2018, Article 13 of the GDPR will extend the list of compulsory information to be provided to customers compared to Article 26 (1) of the Law of 2 August 2002. In particular, in addition to the information referred to above, Professionals shall indicate the following:

- In cases where the processing is based on a legitimate interest<sup>83</sup>, which legitimate interest is pursued;
- As the case may be, the fact that personal data can be transferred to a third country or to an international organisation<sup>84</sup>;
- The length of time that the personal data will be stored;

<sup>82</sup> A recipient is a person/entity to whom personal data are disclosed. It is most often an affiliate of the controller that is part of the same group of companies.

<sup>83</sup> A legitimate interest is one of the lawful bases for processing personal data as set forth in Article 6 of the GDPR.

<sup>84</sup> As a matter of principle, personal data may only be transferred to third countries or international organizations that offer adequate levels of data protection as determined by the European Commission through a so-called “adequacy decision” (see Article 45 of the GDPR). So far, the countries offering adequate or similar levels of protection to personal data according to the European Commission are Andorra, Argentina, Canada, Switzerland, Faeroe Islands, Guernsey, Israel, Isle of Man, Jersey, New Zealand and Uruguay (as far as the United States are concerned, they are currently negotiating a new data transfer arrangement, known as “Privacy Shield”, following the annulment by the Court of Justice of the European Union of the European Commission’s decision regarding the adequacy of the previous arrangement known as “Safe Harbour” (see Case C-362/14, Maximilian Schrems vs. Data Protection Commissioner, 6 October 2015)). It is however still possible for a Professional to transfer data to a “non-adequate” third-country in case of alternative safeguards, as set forth in Articles 46 and 47 of the GDPR (*i.e.* “binding corporate rules” or “standard contractual clauses”), are in place.

- The right of the data subject to request erasure of his or her personal data<sup>85</sup> or restrict the processing of such data<sup>86</sup>;
- The right of the customer to object to the processing of his or her data<sup>87</sup>;
- The right of the customer to “receive the personal data concerning him or her, which he or she has provided to a controller, in a structured, commonly used and machine-readable format and [...] to transmit those data to another controller without hindrance from the controller to which the personal data have been provided”<sup>88</sup>;
- The right of the customer to lodge a complaint with a national supervisory authority;
- Whether automated decision-making (including profiling) processes are used and the “logic involved as well as the significance and the envisaged consequences of such [automated] processing for the data subject”<sup>89</sup>.

**37.** To be compliant, the Professional shall ensure that customers are aware of their rights with regard to the processing of their personal data, while specifying the very purpose of such processing to satisfy their AML–CFT obligations (regarded as a public interest purpose). Furthermore, when Professionals decide not to enter into a business relationship with a customer based solely on an automated process, they must inform the customer about his or her ability to contest such a decision<sup>90</sup>. To make the exercise of these rights effective, the Professional should provide to the customer an intelligible explanation in plain language, starting with how to access their data<sup>91</sup>. Such information

<sup>85</sup> Data erasure is also known as the “right to be forgotten”, which commands Professionals to erase data under certain circumstances, particularly when these data are no longer necessary for AML–CFT purposes (see Article 17 of the GDPR). We may suppose that this might happen where the personal data obtained by the Professional do not originate from the customer himself but from an intermediary.

<sup>86</sup> In particular, in cases where the accuracy of the data collected is put into question (see Article 18 of the GDPR).

<sup>87</sup> The implementation of this right should however be limited when data processing is conducted for AML–CFT purposes, *i.e.* a data subject could, in our opinion, hardly prevent a Professional from processing data to the extent that such processing is necessary to discharge its AML–CFT obligations.

<sup>88</sup> This right is commonly referred to as the “right to data portability”, which only applies to data provided directly by the data subject and in circumstances where the data processing is carried out by automated means and is based on the data subject’s consent or on performance of a contract (see Article 20 of the GDPR).

<sup>89</sup> See Article 13 (2) f of the GDPR.

<sup>90</sup> However, Professionals should not inform their customers or allow any information in this regard to be leaked when reporting suspicious transactions to competent authorities (for Luxembourg, the *Cellule de Renseignement Financier*), even if such reporting is derived from automated profiling systems (application of Articles 39 (1) and 41 (4) of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive).

<sup>91</sup> How these rights may nevertheless be limited or restricted on the ground of general public interest as set out in Article 23 of the GDPR is discussed below.



should then be made available in a concise, transparent and easily accessible form that is free of charge.

**38.** When a Professional does not have a direct relationship with the customer and obtains his or her personal data from other sources, he or she shall notify the customer with the same information “*within a reasonable period after obtaining the data, but at the latest within one month, having regard to the specific circumstances in which the data are processed*”<sup>92</sup>. However, if the data are to be used to communicate with the customer directly, this information shall be provided no later than “*the time of the first communication*”<sup>93</sup> to this customer. Similarly, if the data are to be disclosed to another recipient (for instance, a subsidiary or a branch of the Professional), the customer shall be informed of his or her rights “*at the latest when the data are first disclosed*”<sup>94</sup>. A question remains, however, regarding the legal basis of transferring personal data provided by a third party, such as in the case of a business provider introducing a customer to a Professional. In this type of situation, Professionals should be allowed to share information about the customer without requesting his or her prior consent. Such a process is indeed legitimated by the obligation of both the Professional and the recipient to comply with their AML-CTF duties. However, the customer should be informed at some point that his personal data has been or will be provided to a third party, as per GDPR requirements.

**39. The risk-based approach to data processing.** When notification and information obligations are fulfilled, the Professional may start collecting and processing customers’ personal data. However, it must be recognised that the Law of 12 November 2004 as Amended does not provide any more detailed information than the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive regarding the categories of data and/or type of documentation that shall or shall not be processed when conducting customer due diligence. Article 3 (2) of the Law of 12 November 2004 as Amended indeed merely states that the Professional must identify the customer and verify his identity “*on the basis of documents, data or information obtained from a reliable and independent source*”<sup>95</sup>, following a risk-sensitive approach that takes into account “*the type of customer, business relationship, product or transaction*”<sup>96</sup>. Article 3 (6) of the same law is no more explicit, as it only refers to a “*copy of the documents and information which are necessary to comply with the customer due diligence requirements*” and/

or “*supporting evidence and records of transactions which are necessary to identify transactions*”. Nevertheless, the due diligence duty also must now be carried out in line with the Law of 2 August 2002, requiring first that only data relevant and necessary for the purposes pursued are to be processed. In consequence, Professionals must demonstrate not only that the scale of data collected and processed is “*appropriate in view of the risks of money laundering and terrorist financing*”<sup>97</sup>, but also that it is “*adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed*”<sup>98</sup>.

**40.** Although the principle is clear on paper, finding the right balance may be very complicated in practice, especially because the Law of 12 November 2004 as Amended gives no indication regarding data and/or specific category(ies) of personal data that are deemed relevant to collect for AML–CFT purposes or that should not be processed because of their highly sensitive nature, such as data related to political opinions<sup>99</sup> or criminal convictions. On this matter, reference may be made to the following:

- Article 6 of the Law of 2 August 2002 states that “*processing operations that reveal racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade union membership, [...] are forbidden*”<sup>100</sup> except when, *inter alia*, “*the processing is necessary in the public interest*”<sup>101</sup>; and
- Article 8 of the Law of 2 August 2002, whereby “*the processing of data relating to offences, criminal convictions or security measures may be carried out only in performance of a legal provision*”<sup>102</sup>.

Hence, processing sensitive data such as political opinions or criminal convictions should be possible if it is based on a legal provision and/or serves a public interest. In our view, while the Law of 12 November 2004 as Amended does not expressly allow the processing of these categories of data,

<sup>97</sup> See Article 3 (3) of the Law of 12 November 2004 as Amended.

<sup>98</sup> See Article 4 (1) b) of the Law of 2 August 2002, to be replaced by Article 5 (1) c) of the GDPR as from 25 May 2018.

<sup>99</sup> These are a type of data of which the Professional may have knowledge when the customer is a politically exposed person (PEP).

<sup>100</sup> See Article 6 (1) of the Law of 2 August 2002 to be replaced by Article 9.1 of the GDPR.

<sup>101</sup> See Article 6 (2) g) of the Law of 2 August 2002. Following the entry into force of the GDPR, reference shall be made to Article 9.2 g) of the GDPR allowing the processing of special categories of personal data where such a processing “*is necessary for reasons of substantial public interest, on the basis of Union or Member State law which shall be proportionate to the aim pursued, respect the essence of the right to data protection and provide for suitable and specific measures to safeguard the fundamental rights and the interests of the data subject*”.

<sup>102</sup> See Article 8 (2) of the Law of 2 August 2002 to be replaced by Article 10 of the GDPR.

<sup>92</sup> See Article 14.3 (a) of the GDPR.

<sup>93</sup> See Article 14.3 (b) of the GDPR.

<sup>94</sup> See Article 14.3 (c) of the GDPR.

<sup>95</sup> See Article 3 (2) of the Law of 12 November 2004 as Amended.

<sup>96</sup> See Article 3 (3) of the Law of 12 November 2004 as Amended.

the very purpose of combatting money laundering and/or terrorism financing—being of public interest—is a sufficient ground to legitimate the use of such data. Professionals are indeed under the obligation to identify politically exposed persons (PEP) and place them under enhanced scrutiny. When a PEP is the executive of a political party, Professionals are inevitably aware of his or her political opinions and will process such data to investigate whether his or her party has been involved in financial or corruption scandals, for instance, as well as to make sure that he or she has not been involved in any corruption case or other financial offences. Similarly, there is little doubt about the fact that the past criminal convictions of a potential customer are key information that Professionals should be aware of especially when those crimes constitute primary offences of money laundering. Professionals should then be permitted to process sensitive data (without obtaining the consent of the customers) if they deem it necessary for fulfilling their duties because the reputation of Professionals and the integrity of the financial system are at stake.

**41.** In its comments on the Law of 13 February 2018, the CNPD adopted a measured approach and suggested indicating in a single regulation (which could be amended from time to time to take into account Professionals' specific needs) the categories of data including, where appropriate, sensitive ones, which could be processed in conducting customer due diligence<sup>103</sup>. This solution is attractive because it would give assurance to Professionals in processing these data.

**42. Group-wide policies and the transfer of personal data.** Because of its complexity, the sensitive topic of group policy and the transfer of personal data originating inside the European Union to third country entities will be mentioned only briefly in this paper<sup>104</sup>. The implementation of group-wide policies and procedures for AML–CFT purposes is certainly one of the main innovations introduced by the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive. Under this new provision, which is repeated in Article 4-1 of the Law of 12 November 2004 as Amended, Professionals that are part of a group of

entities<sup>105</sup> are required to implement group-wide policies for sharing AML/CFT information within the group, most notably when those Professionals have branches and majority-owned subsidiaries located in third countries where AML–CFT requirements are not applied or insufficiently applied<sup>106</sup>. Interestingly, the law provides that these group-wide policies must include data protection procedures and protocols<sup>107</sup> that are aimed at guaranteeing the legitimate interests of data subjects; however, it does not give further guidance on what these procedures and protocols should be. Although it is not clear in the law, it can be deduced from the above that Professionals who control foreign (non-European Union) branches and/or subsidiaries must ensure that these entities comply with not only the Luxembourg AML–CFT regime but also the data protection requirements as they exist in Luxembourg. Therefore, these foreign entities should apply data protection standards that are at least equivalent to those provided by the Law of 2 August 2002 and, as of 25 May 2018, by the GDPR<sup>108</sup>. Regarding this matter, the GDPR places strict limitations on the transfer of personal data outside the European Union. Indeed, under the GDPR, cross-border data transfers are prohibited in principle unless, among other things<sup>109</sup>, the transfer is made to an “adequate jurisdiction”<sup>110</sup> or the data controller that exports the personal data has implemented a lawful data transfer mechanism in accordance with the GDPR: this could be through the implementation of so-called “*binding corporate rules*” in cases where the cross-border data transfer takes place within a group of companies<sup>111</sup> or through data protection clauses approved by the European Commission or data protection supervisory authorities for inclusion in agreements entered into between the exporting data control-

105 Defined as “a group of undertakings which consists of a parent undertaking, its subsidiaries, and the entities in which the parent undertaking or its subsidiaries hold a participation, as well as undertakings linked to each other by a relationship within the meaning of Article 22 of directive 2013/34/EU [of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings] (See Article 3 (15) of the 4<sup>th</sup> AML–CFT Directive and Article 1 (3ter) of the Law of 12 November 2004 as Amended).

106 See Article 4-1 (3) of the Law of 12 November 2004 as Amended.

107 See Article 4-1 (1) of the Law of 12 November 2004 as Amended.

108 Unless, of course, local rules provide for stricter requirements in terms of data protection.

109 An exhaustive list of cases under which data controllers are allowed to transfer personal data outside the European Union is provided in Article 46 (2) of the GDPR.

110 See footnote n°84.

111 See Articles 46 (2) b) and 47 of the GDPR. These binding corporate rules shall be legally binding on group companies (In particular, the data controller located in a Member State and exporting personal data to third-country affiliates must bear liability on behalf of the whole group) and are subject to approval by data protection supervisory authority (in Luxembourg, the CNPD), to be effective.

103 See Opinion of the CNPD on draft bill 7128 dated 18 January 2018.

104 For a more extensive analysis on this topic, readers may refer to the FAFT guidance dated November 2017 headed “Private Sector Information Sharing” available at: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Private-Sector-Information-Sharing.pdf>.

ler and the data recipient<sup>112</sup>. Luxembourg Professionals that intend to share and/or transfer personal data for AML–CFT purposes to a branch or a subsidiary located in a non-adequate jurisdiction shall first have binding corporate rules in place with the possibility of integrating these rules in the global AML–CFT policy of the group. Similarly, when transferring personal data to a foreign data processor that is not an affiliate, the Professional shall verify that standard data protection clauses are added in the data processing agreement. In any case, it is advisable to have these data transfer mechanisms reviewed and approved by the CNPD in advance.

**43. The data retention period.** The Law of 13 February 2018 simply repeats and rephrases provisions of Article 40 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive relating to the five-year-retention period of the personal data collected for AML–CFT purposes. However, Article 3 (6) of the Law of 12 November 2004 as Amended takes some liberties with the directive, as it allows Professionals to decide by themselves to extend this retention period for an additional period of five years if they deem it “*necessary for the effective implementation of internal measures to prevent or detect money laundering or terrorist financing*”<sup>113</sup>. In principle, the 4<sup>th</sup> AML–CFT Directive requires any extension of the retention period to be based on “*a thorough assessment of the necessity and proportionality of such further retention*”<sup>114</sup>. In reading commentaries on draft bill 7128, it may be reasonably queried whether such analysis or assessment has been conducted by the Luxembourg legislator. Regarding this issue, the CNPD pointed out that the general wording used in Article 3 (6) mentioned above does not sufficiently limit the cases in which Professionals could extend the retention period by five years, which could therefore lead to the derogation becoming the rule and the retention of data by the Professionals beyond the five-year period established by the 4<sup>th</sup> AML–CFT Directive<sup>115</sup>.

**44. The restriction on the right to access personal data.** Under the current Luxembourg data protection regime, a controller that limits a data subject’s right of access must indicate the reason for this limitation<sup>116</sup>, except where such a limitation is foreseen by law. According to Article 29 (1) (d) of the Law of 2 August 2002, “*the prevention, tracking down, recording and prosecution of crim-*

*inal offences, including the combatting of money laundering*”<sup>117</sup> is one of the justifications that enable a data controller to “*restrict or defer exercise of a data subject’s right of access*”. Article 3 (6) paragraph 4 of the Law of 12 November 2004 as Amended<sup>118</sup> goes further and specifies that such a restriction or deferment is mandatory when this measure is necessary for a “*Professional, the Cellule de Renseignement Financier*”<sup>119</sup>, a supervisory authority or a self-regulatory body to fulfil its tasks properly in accordance with and for the purpose of this law” or “*to avoid obstructing official or legal inquiries, analyses, investigations or procedures for the purposes of this law or the [4<sup>th</sup> AML/CFT Directive] and to ensure the prevention, investigation and detection of money laundering and terrorist financing is not jeopardised*”. However, due consideration is also to be given to Recital 46 of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive which provides data subjects with an indirect right to access. Indeed, according to this recital, “*the data subject has the right to request that a supervisory authority referred to in Article 28 of Directive 95/46/EC or, where applicable, the European Data Protection Supervisor, checks the lawfulness of the processing and has the right to seek a judicial remedy referred to in Article 22 of that Directive. (...) Without prejudice to the restrictions to the right to access, the supervisory authority should be able to inform the data subject that all necessary verifications by the supervisory authority have taken place, and of the result as regards the lawfulness of the processing in question*”. Although the Law of 12 November 2004 as Amended does not expressly refer to this right of indirect access, a data subject should be able to request the CNPD to conduct investigations with a Professional to prevent potential abuses with respect to the processing of his or her personal data. The procedure of this right of indirect access, as well as the scope of CNPD’s investigations, remain nevertheless to be determined, and they will largely depend on the approach that the CNPD will take on this matter.

**45. Staff awareness of data protection issues.** The Law of 12 November 2004 as Amended requires the Professional to increase staff awareness about the data protection requirements applicable to their activities, in particular by organising specific ongoing training programmes<sup>120</sup>. This is cer-

112 Referred to as the “*Model Clauses*” - see Article 46 (2) c) and d) of the GDPR.

113 This has been justified by the fact that keeping information on the historical behaviour of a client and the persons with whom it regularly enters into transactions constitutes essential elements in assessing the risks of money laundering or terrorist financing arising from a particular transaction or business relationship.

114 See Article 40 (1) of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive.

115 See Opinion of the CNPD on draft bill 7128 dated 18 January 2018.

116 See Article 29 (4) of the Law of 2 August 2002.

117 We may reasonably believe that the fight against terrorism financing, while not expressly referred to in Article 29 (1) (d) of the Law of 2 August 2002, may also justify restriction or deferment of the right of access of data subjects.

118 Transposing into Luxembourg law the provisions of Article 41 (4) of the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive, which recognise the possibility for a democratic society to (partially) restrict the right to access of a data subject to his or her personal data, if necessary and proportionate, compared to the legitimate interest of this data subject.

119 Which is the Luxembourg Financial Intelligence Unit.

120 See Article 4 (2) of the Law of 12 November 2004 as Amended.



tainly the most concrete obligation provided by law regarding data protection duties. Of course, the law remains silent regarding the content, frequency and attendees<sup>121</sup> of these programmes, which shall be adapted to the size of the concerned Professional and the nature of its business. Under the previous version of the Law of 12 November 2004, this training obligation was designed only to help employees to “*recognise operations which may be related to money laundering or terrorist financing and to instruct them as to how to proceed in such cases*”<sup>122</sup> without any consideration for data protection obligations or concerns.

46. Similar to the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive, the Law of 12 November 2004 as Amended unfortunately remains vague regarding the practical measures, procedures and policies to be implemented by and with Professionals for the latter to be “data protection compliant”. This is a critical issue which should be treated seriously because of the severe sanctions and penalties involved in the case of non-compliance. The following sub-section therefore lists—in the form of a *Prévert*-style inventory—some “best practices” in terms of data protection and privacy management that could be adopted by AML–CFT department and/or compliance officer(s) of Professionals.

## 2.2. Suggestions for data protection best practices in AML–CFT environment

47. The adoption of new data protection regulations, accompanied by dissuasive sanctions, represents an opportunity for Professionals subject to the Law of 12 November 2004 as Amended to implement good practices for the management of data collected as part of their due diligence and continuous vigilance obligations. The main challenge for Professionals remains the establishment of a viable operational system that efficiently links the requirements imposed to fight money laundering and terrorist financing with the requirements regarding the protection of personal data. But how can this be achieved in practice? The following is an attempt to provide some answers, drawn from observations based on our experience.

48. Firstly, the integration of new data protection obligations into existing anti-money laundering and anti-terrorist financing procedures and policies requires the active participation of all persons concerned, including the DPO. For this reason, it is certainly in the interest of Professionals to apprise the teams in charge of supervising clients and transactions of the relevant provisions of the Law of 2 August 2002 and the GDPR. They can be made informed collaborators through dedicated training on data protection adapted to the target

Professionals’ audience and activities as well as through the provision of regular reminders, updates and communications on the subject. This work of training and education is essential for creating a full understanding of the stakes in this matter and the DPO shall play a key role in this regard<sup>123</sup>.

49. This work to comply with the data protection requirements presents an opportunity for Professionals to question the type and quality of data to be collected and processed as well as the relevance and lawfulness of the processing operation. Such an exercise will enable Professionals to assess the risks to which they are exposed (e.g. processing in the absence of a legal basis, documents not necessary for the particular purpose, security breach, risk of leakage, alteration or destruction of data) and to take the necessary measures to ensure that the risks identified are properly controlled. Owing to this preliminary work of data protection impact assessment<sup>124</sup> combined with AML–CFT risk mapping, Professionals will know how to adapt their policies and protocols to best preserve the rights and legitimate interests of the data subjects.

50. Therefore, procedures should be adopted to ensure the proper management of data processed in the interest of fulfilling the AML–CFT obligations, from their collection to their deletion. This would include the procedures to be followed regarding the information to be given to data subjects when entering into a business relationship; the identification of sensitive data; the maintenance of a register of data processed at the disposal of the regulator; the reporting of any incident/fault to the competent authority as well as to the data subjects, as the case may be in case of data breach; and the detailed reporting of the archiving and deletion of data collected. Naturally, these procedures will have to comply with the requirements set out in Article 5 of the GDPR for transparency, updating and data minimisation. In this respect, it is desirable that the person or persons in charge of the fight against money laundering and terrorist financing collaborate closely with the person or persons in charge of data protection

123 Pursuant to Article 39 (1) c) of the GDPR, one of the tasks of the DPO is indeed to “*to inform and advise the controller or the processor and the employees who carry out processing of their obligations pursuant to this Regulation and to other Union or Member State data protection provisions*”.

124 Data protection impact assessment “*is a process designed to describe the processing, assess the necessity and proportionality of a processing and to help manage the risks to the rights and freedoms of natural persons resulting from the processing of personal data (by assessing them and determining the measures to address them)*” – see *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679* adopted by Article 29 Data Protection Working Party on 4 April 2017.

121 In our opinion, all employees should be offered the opportunity to participate in these programmes because they are all likely to face the data protection component in their work.

122 See Article 4 (2) of the Law of 12 November 2004.

(where applicable, the DPO)<sup>125</sup> to identify any privacy vulnerabilities. They can also determine together the type and level of information and/or documents that is strictly necessary for each type of due diligence to be carried out according to the risks encountered (i.e., simplified, standard, reinforced), to be in line with the data minimisation and data protection by default principles. Internal controls will need to be put in place to ensure that the data protection procedures and policies are appropriate for the given situation and are respected.

**51.** Despite the processing of personal data for the purposes of combatting money laundering and terrorism financing as indisputably of public interest—as we have seen before—some practitioners recommend obtaining the ‘consent’ of the data subjects concerned in order to avoid any subsequent disputes and/or litigation as to the legitimacy of the data processing. Such consent would also be sought for the transfer of data abroad, thus avoiding the search for alternative motives (such as the establishment of *binding corporate rules* or the inclusion of *model clauses*)<sup>126</sup>. Although attractive at first glance, this approach is, in our opinion, not the preferred one since it raises a certain number of practical difficulties:

- First, in order to be valid, consent to the processing of personal data must meet a certain number of criteria; in particular, it must be free, specific, informed, explicit and unambiguous<sup>127</sup>. The question then arises: How can such consent be obtained in due time from clients with whom the Professional has, at least initially, no direct contact?
- Secondly, consent may be withdrawn at any time; in such a case, we hold the belief that it would be difficult for the Professional to rely on another lawful basis (in a subsidiary way) to continue processing and/or transferring the data collected.

It seems to us preferable that Professionals expressly indicate to customers that the processing of their personal data for the purposes of AML-CFT verifications will be carried out on the basis of public interest, in conformity with the applicable laws and regulations on data protection. Similarly, those Professionals who transfer personal data abroad should mention that such transfers will comply with the conditions set out in the GDPR.

**52.** In addition to reviewing and updating existing procedures, particular attention must be paid to the security of access to information. Access to personal data collected as part of the initial due dili-

gence or ongoing supervision of clients and transactions should be limited strictly to authorised persons, either as part of their duties, in that the performance of their duties involves the management of such data, or by their leadership position (e.g. members of management bodies, directors). In particular, this may require a redesign of the access policy (physical, computer or other) concerning files and folders containing personal data collected and process within the framework of Professionals’ vigilance obligations. This may include, for instance, the creation of a list of persons authorised to consult this information; recording of any connection/access to the files in question including the identity of the person connected; the date and time when the file was consulted; a categorisation of the information, which may be modified or consulted in read-only mode; and classification of more or less sensitive information to which access may be further restricted. Further, this raises the issue of ‘super users’ (generally, members of IT support teams), who have access to all kinds of data and whose interventions should be subject to particular vigilance. Consideration must also be given to controlling access for resigning employees, who may represent an increased risk regarding the protection of controlled data<sup>128</sup>, and to granting access to employees with changing functions. A good practice in this regard is to set up monitoring of access to the various databases, to ensure that the consultation of data related to a particular person meets the employee’s operational need. The same employee should be responsible for his or her actions in the event of a consultation of files not necessary to the accomplishment of his or her mission.

**53.** Another pertinent issue is the risk associated with remote access to information deemed sensitive, for example, via a mobile phone or laptop computer, which can easily be hacked remotely (especially when using public, unsecured networks), thus increasing the risk of data leakage. IT systems should then be protected against intrusion or unauthorized access by the implementation of firewalls, anti-virus or other intrusion-detection devices.

**54.** The use of a disaster recovery site as part of the establishment of a Business Continuity Plan/ Disaster Recovery Plan (BCP/DRP)<sup>129</sup> as well as the backup of data on external servers must be the subject of an effective risk analysis, to anticipate and control the occurrence of a data related

<sup>125</sup> This is to the extent that these functions are separate which might not always be the case, especially in smaller structures, where the Compliance Officer will often be in charge of data protection.

<sup>126</sup> See footnotes n°111 and 112.

<sup>127</sup> See Article 4 (11) of the GDPR.

<sup>128</sup> See the case of Hervé Falciani, who had stored and then resold confidential data relating to HSBC Private Banking’s clients. More recently, and closer to home, we should mention the LuxLeaks case, which highlighted the importance of securing access to information.

<sup>129</sup> This is a plan ensuring, in case of a major crisis in a data centre, the reconstruction of its infrastructure and the relaunching of applications supporting the organisation’s activities.



incident. Indeed, the preventive backup of data on servers external to the Professional (and managed by external service providers), to ensure the continuity of the latter's activities in the event of a major computer failure, must be accompanied by measures to ensure a level of data security equivalent to that of data stored internally. This is crucial for protecting against any intrusion into the computer system, which could lead to data theft or alteration.

**55.** It should further be noted that in a risk-based approach, data should be protected in proportion to their sensitivity, regardless of their medium (paper or electronic). Such a measure is manifested by the adoption of technical means of data security, such as the following:

- Storage of physical documents in locked safes and/or strong cabinets; and
- Encryption of computer data, in particular when it is likely to be transmitted to a recipient located outside the European Economic Area, in a country considered not to offer equivalent data protection guarantees.

In parallel, emphasis must be placed on the management of physical access to information through a policy of access to the Professionals' compliance service/department, as well as to the archives. Simple initiatives, such as the implementation of a clean desk policy, will also provide effective protection against data leakage and theft through the development of a culture of secure access to information.

**56.** Finally, particular attention should be paid to the relationships that Professionals are likely to establish with third-party service providers, which involve the transmission of personal data (e.g. consultants, lawyers, computer specialists) for the purposes of proper performance of the service, or potential access to certain information (e.g. external service providers, cleaning company). Practices should be developed to ensure the probity of counterparties (through due diligence) as well as the seriousness of their data protection procedures. Among these practices, we envision, in addition to the insertion of specific clauses relating to data protection in service contracts and/or the conclusion of *ad hoc* data privacy agreements, the implementation of data management quality control and on-site audits to ensure that counterparties' procedures and infrastructure comply with the standards established by the GDPR. It is, in the end, the responsibility of the Professionals acting as data controllers, to ensure the reliability of the counterparties in terms of data protection safeguards, and we may anticipate that Professionals will be much more comfortable to use the services of providers that are 'data protection certified'.

**57.** While the implementation of the above 'best practices' should allow Professionals to comply

with both their AML-CFT and data protection obligations, Professionals would still be advised to verify whether they are insured against damages resulting from the violation of data protection requirements and, if not, to extend their insurance policy to have this risk adequately covered.

## Conclusion

**58. Incompatibility or complementarity?** Although taking the legitimate interests of data subjects into consideration when processing their personal data for the purposes of combatting money laundering and terrorist financing is undoubtedly to be welcomed, the fact remains that the implementation of the new requirements for data protection initiated by the 4<sup>th</sup> AML/CFT Directive, as partially transposed by the Law of 18 February 2018, proves to be very difficult in practice. This problem has been intensified by the entry into force of the GDPR, which further strengthens the rights of the data subjects. This is all the more true because the texts in question provide only a few concrete elements to guide Professionals in the necessary adaptation of their internal procedures (which we can only regret). The task of Professionals is thus rendered even more complex, and faced with this source of legal uncertainty (i.e. whether their measures and other AML/CFT protocols are "data protection compliant"), it is to be hoped that their respective supervisory authorities (or self-regulatory authorities, as the case may be)—particularly the Luxembourg *Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF)*—will be understanding, at least initially<sup>130</sup>. Any initiatives that they might take in coordination with the CNPD in order to clarify the obligations of Professionals in this area would also be very welcome. The CNPD's position<sup>131</sup> on all these issues will then be expected. We have tried to suggest some lines of thought in the last part of this paper, but it will remain to be seen whether Professionals will succeed in integrating and overcoming (and at what level of difficulties) these new data protection constraints in their daily activities. Based on this hindsight, we will be able to determine whether bridges can be established between data protection and the fight against money laundering and the financing of terrorism or whether these two public interest objectives are mutually exclusive.

**59.** Surprisingly, this move toward a better understanding of the rights of data subjects, particularly the protection of their personal data,

<sup>130</sup> The question of who will be responsible for verifying the proper application by Professionals of their data protection obligations also remains to be raised. Will it be only the CNPD by means of *in situ* inspection, for example, or will the CSSF and/or the other supervisory and/or self-regulatory bodies on which Professionals depend/report take on this mission (at least as an accessory)? In the absence of clear provisions in the legislation, we will have to wait for the positions of these different authorities on this point.

<sup>131</sup> Or the position of the EDPS at the European level.

marks a disconcerting setback with regard to the creation of registers of beneficial owners<sup>132</sup>. The implementation of the latter, required by Articles 30 and 31 of the 4th AML/CFT Directive, is currently the subject of two separate draft bills in Luxembourg: draft bill 7216 creating a register of trusts; and draft bill 7217 establishing a register of beneficial owners. The latter register, which is introduced by the acronym REBECO, will centralise and store a certain number of data relating to the beneficial owners of all legal entities registered with the Luxembourg Trade and Companies Register<sup>133</sup>, with the exception of companies whose securities are admitted to trading in a regulated market and are subject to a transparency regime. The data transmitted to REBECO will include the full name, nationality, date and place of birth, country of residence, private or professional address (detailed) and Luxembourg or foreign identification number of each beneficial owner. These data are obviously personal because they allow the identification of the beneficial owners of Luxembourg-registered entities. In addition to the fact that the very purpose of this register is questionable<sup>134</sup>, the conditions of access to it do not fail to raise serious concerns about the protection of the data contained therein<sup>135</sup>. Indeed, access to REBECO will not be restricted to national authorities, self-regulatory bodies, and Luxembourg Professionals involved in the fight against money laundering and terrorist financing only. The access will also

include (albeit to a lesser extent) persons and organisations resident in Luxembourg who demonstrate a “legitimate interest” in knowing the details of a beneficial owner. Requests from persons in the latter category will be filtered by a coordination commission under the authority of the Minister of Justice, which will be responsible for assessing the underlying motivations of the applicant. If this “filter” is to prevent the most obvious abuses, it should be noted that neither the 4th AML/CFT Directive nor the aforementioned draft bill 7217 gives the slightest indication as to what this notion of “legitimate interest” covers, which is an issue that the President of the Administrative Tribunal stressed in his opinion of 11 January 2018. Even more alarming is that the draft of the 5th anti-money laundering directive (revising the 4th AML/CFT Directive) intends to remove completely the criterion of legitimate interest in order to make this register accessible to every citizen without any other condition. This poses a real danger regarding the use that may be made of the data contained in the registers in question<sup>136</sup>. It is difficult to understand the will of the European legislator in this regard, unless there is a hidden intention to make citizens become deputy tax authorities in the fight against tax evasion. Once again we are far from the primary objectives of the fight against money laundering and terrorist financing and any notion of data protection will be useless under such new transparency diktats.

132 For a critical presentation of the subject, see T. POULIQUEN, *Les registres de bénéficiaires effectifs: d’une chimère à la réalité*, ACE 2018/2.

133 E.g. civil and commercial companies, (European) economic interest groups, non-profit associations, foundations, etc.

134 Some practitioners see it more as a means of detecting and prosecuting tax evaders, rather than a real tool in the fight against money laundering and terrorist financing.

135 In this sense, see the opinion of the administrative courts of 11 January 2018. Also, Opinion of the Chamber of Notaries of 1 March 2018 which, having recalled the basic principle of data minimisation inherent to data protection, underlines the danger of compiling all this information in REBECO “in case of hacking or abuse of access rights”.

136 The EDPS and the Article 29 Data Protection Working Party have noted this, regretting the lack of proportionality of such measures and sharing their concerns regarding an increase in the risk of infringing data protection rights.



# Les nouvelles obligations du banquier suite à l'adoption des dispositifs législatifs transposant la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment : Morceaux choisis

**Catherine BOURIN**

*Membre du Comité de Direction  
ABBL*

**Julien LEROY**

*Conseiller juridique  
ABBL*

Elaborées en 1990 avec pour but initial de lutter contre l'utilisation abusive des systèmes financiers à des fins de blanchiment de l'argent de la drogue, les recommandations du GAFI ont progressivement étendu leur objet afin de tenir compte de l'évolution des techniques de blanchiment mais surtout pour englober de plus en plus d'infractions primaires : crime organisé, traite des êtres humains, trafic illicite d'armes, corruption, fraude, faux monnayage, contrefaçon, piraterie, délit d'initié, financement du terrorisme, etc. Les 40 recommandations du GAFI adoptées en février 2012, se donnent de nouvelles méthodes et de nouveaux objectifs, en particulier :

1 une nouvelle orientation quant aux infractions primaires de blanchiment qui ne visent plus seulement à atteindre la grande criminalité, mais désormais également la fraude fiscale ;

2 une approche basée sur les risques permettant aux professionnels de prendre des mesures adaptées aux risques, l'idée étant d'allouer les ressources de la manière la plus efficace possible, en appliquant des mesures renforcées là où le risque est élevé et inversement de leur permettre d'appliquer des mesures de vigilance simplifiées lorsque les risques sont plus faibles ; une telle approche plus flexible laisse aux professionnels la possibilité de développer des méthodes et procédures plus optimales et adaptées aux risques réels auxquels ils font face ;

3 une approche plus rigoureuse concernant la recherche des bénéficiaires effectifs « pour empêcher l'utilisation des constructions juridiques à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme »<sup>1</sup>.

Se basant sur ces 40 recommandations, la directive (UE) 2015/849 du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (dite 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment) transcrit en droit européen les principes établis par le GAFI, elle-même étant transposée en droit

luxembourgeois par un ensemble de dispositifs législatifs, réglementaires et de *soft law* :

- 1 la loi du 23 décembre 2016 portant mise en œuvre de la réforme fiscale 2017, introduisant de nouvelles infractions primaires de blanchiment,
- 2 la loi du 13 février 2018 modifiant la loi du 12 novembre 2014, établissant de nouvelles obligations professionnelles,
- 3 les projets de loi 7216 et 7217 visant la création de registres de bénéficiaires effectifs de sociétés d'une part et de fiducies d'autre part.

A ces textes législatifs adoptés ou en cours d'adoption, il faut également ajouter :

- 1 le règlement 12-02 de la CSSF qui avait déjà anticipé partiellement la transposition des recommandations du GAFI,
- 2 les circulaires de la CSSF<sup>2</sup>,
- 3 les lignes directrices de la CRF<sup>3</sup>,

<sup>2</sup> Circulaire CSSF 18/680 du 23.01.2018 : Orientations communes des trois autorités européennes de surveillance relatives aux mesures que les prestataires de services de paiement doivent prendre en rapport avec des transferts de fonds pour lesquels des informations sur le donneur d'ordre ou le bénéficiaire sont manquantes ou incomplètes, Circulaire CSSF 17/661 du 24.07.2017 : Adoption des orientations conjointes émises par les trois autorités européennes de surveillance (EBA/ESMA/EIOPA) sur les facteurs de risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

Circulaire CSSF 17/660 du 5.07.2017 : Règlement (UE) 2015/847 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds et abrogeant le règlement (CE) n° 1781/2006,

Circulaire CSSF 17/650 du 17.02.2017 : Application de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (ci-après « Loi LBC/FT ») et du règlement grand-ducal du 1er février 2010 portant précision de certaines dispositions de la Loi LBC/FT (ci-après « RGD LBC/FT ») aux infractions primaires fiscales.

<sup>3</sup> Infractions primaires fiscales - Ligne directrice applicable à partir du 01/04/2017.

Déclarations d'opérations suspectes - Ligne directrice applicable à partir du 01/01/2017.

Blockage de transactions suspectes - Ligne directrice applicable à partir du 01/01/2017.

<sup>1</sup> Recommandation n°25 du GAFI.

- 4 le règlement européen sur les transferts de fonds<sup>4</sup>,
- 5 les lignes directrices des trois autorités européennes de surveillance (EBA/ESMA/EIOPA)<sup>5</sup>.

L'ensemble de ce cadre réglementaire sera abordé dans trois parties présentant successivement les nouvelles infractions primaires de blanchiment (I), puis l'évaluation des risques de blanchiment (II) et enfin les nouvelles obligations de vigilance (III).

## I. Les nouvelles infractions primaires de blanchiment

Le chemin vers la transparence fiscale et une place financière propre ne date pas de la loi du 23 décembre 2016 qui a introduit les nouvelles infractions primaires fiscales. Il est bien antérieur et a constitué un opéra en 4 actes successifs :

Premier acte : le GAFI introduit dans ses 40 recommandations adoptées en février 2012 l'obligation pour les Etats d'incriminer en tant qu'infraction primaire de blanchiment les infractions fiscales pénales.

Second acte : l'ABBL signe en octobre 2012 la Charte ICMA dite *Private Wealth Management Charter of Quality* et engage ses membres à suivre la même voie. Selon cette Charte, tout prestataire de services financiers offrant des services de banque privée doit éviter de contribuer activement, systématiquement et en connaissance de cause à la fraude fiscale<sup>6</sup>.

Troisième acte : la CSSF émet le 3 décembre 2012 une lettre-circulaire à l'attention de toutes les banques et entreprises d'investissement (et non plus seulement les banquiers privés auxquels la Charte ICMA était initialement destinée) afin de leur demander expressément d'adhérer à la Charte, d'en informer la CSSF, et de prendre les mesures de manière à respecter les règles fixées par la Charte. La CSSF précise qu'il s'agit de clarifier avec leurs clients qu'en aucun cas la banque ne se rendra complice ou n'offrira une quelconque assistance en vue de réaliser une fraude fiscale à leur bénéfice.

Quatrième acte : l'Union européenne adopte la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment le 20 mai 2015 intégrant pour la première fois dans la liste des infractions primaires les infractions fiscales graves, ce qui fut intégré en droit luxembourgeois par la loi du 23 décembre 2016.

### 1. De nouvelles infractions...

#### a. La notion d'infractions pénales fiscales

Les 40 recommandations du GAFI de 2012 ajoutent donc aux infractions primaires de blanchiment les « infractions pénales fiscales », notion qui n'est pas plus précisément définie, le GAFI laissant volontairement à chaque Etat le soin de définir ces infractions et « la nature de tout élément particulier de ces infractions qui en fait des infractions graves »<sup>7</sup>. Afin de savoir en quoi une infraction est « grave », il faut se référer à la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment qui précise que les infractions graves sont celles qui « sont punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an ou, dans les États membres dont le système juridique prévoit un seuil minimal pour les infractions, toutes les infractions qui sont punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois »<sup>8</sup>. La directive précise qu'il convient d'y inclure les « infractions fiscales pénales liées aux impôts directs et indirects et telles que définies par le droit national des États membres ». Cependant, la directive ne vise aucunement à harmoniser les droits des Etats membres, laissant chacun d'eux libre de déterminer quelles infractions seront visées.

A cet égard, le droit luxembourgeois - avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2016 portant mise en œuvre de la réforme fiscale 2017 - connaissait, d'une part l'escroquerie fiscale, et d'autre part la fraude fiscale sanctionnée de simples amendes. Cependant, l'escroquerie fiscale ne pouvait être considérée comme une infraction « grave » au sens du droit européen puisque punissable d'une peine d'emprisonnement d'un minimum d'un mois, ce qui la laissait en dehors du champ des infractions primaires. Le droit luxembourgeois pouvait-il être considéré comme conforme au droit européen et aux recommandations du GAFI en maintenant l'escroquerie fiscale en dehors des infractions primaires de blanchiment ? D'un point de vue purement juridique, oui, puisque tant la directive que les recommandations du GAFI s'en remettent aux règles de droit interne sans imposer aucune harmonisation, la directive précisant que « les définitions des infractions fiscales pénales peuvent différer d'un droit national à l'autre ». D'un point de vue

4 Règlement (UE) 2015/847 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds et abrogeant le règlement (CE) n° 1781/2006.

5 Orientations communes des trois autorités européennes de surveillance (EBA/ESMA/EIOPA) relatives aux mesures que les prestataires de services de paiement doivent prendre en rapport avec des transferts de fonds pour lesquels des informations sur le donneur d'ordre ou le bénéficiaire sont manquantes ou incomplètes.

Orientations conjointes émises par les trois autorités européennes de surveillance (EBA/ESMA/EIOPA) sur les facteurs de risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

6 <https://www.abbl.lu/topic/icma-private-wealth-management-charter-of-quality/>

7 Voir Glossaire des 40 recommandations du GAFI sous la définition de « catégories désignées d'infractions ».

8 Article 3.4) de la Directive 2015/849.



politique cependant, il aurait été délicat pour le Luxembourg de maintenir en l'état son dispositif législatif, laissant présumer que, même une escroquerie fiscale ne serait pas suffisamment grave pour être incluse dans les infractions primaires de blanchiment. De plus, la directive précise dans ses considérants que « même si l'objectif visé n'est pas une harmonisation des définitions des infractions fiscales pénales dans les droits des États membres, ces derniers devraient, dans la plus grande mesure possible en vertu de leur droit national, autoriser l'échange d'informations ou la fourniture d'une assistance entre les cellules de renseignement financier («CRF») de l'Union », ce qui concrètement ne serait pas possible si aucune infraction fiscale pénale n'était introduite dans le champ des infractions primaires de blanchiment.

Ce fut chose faite avec la loi du 23 décembre 2016 qui introduisit de nouvelles infractions dans la liste des infractions primaires de blanchiment figurant à l'article 506-1 du Code pénal à savoir :

- la fraude fiscale aggravée, qui est définie suivant des seuils d'impôt éludé ou de niveau de remboursement indûment obtenu ; en cas de dépassement des seuils, le montant de la fraude fiscale est considéré comme significatif donnant dès lors son caractère de gravité à la fraude fiscale qualifiée d'*aggravée* : « Si la fraude porte sur un montant d'impôt supérieur au quart de l'impôt annuel effectivement dû sans être inférieur à 10.000 euros ou sur un remboursement indu supérieur au quart du remboursement annuel effectivement dû sans être inférieur à 10.000 euros ou si le montant d'impôt annuel éludé ou le remboursement annuel à opérer est supérieur à la somme de 200.000 euros, elle sera punie comme fraude fiscale aggravée d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 25.000 euros à un montant représentant le sextuple des impôts éludés ou du remboursement indûment obtenu » ;
- l'escroquerie fiscale, qui doit son caractère de gravité supplémentaire, non seulement aux montants en jeu, mais aussi au fait que des moyens ont été employés en vue de tromper l'administration fiscale : « Si la fraude porte sur un montant significatif soit en montant absolu soit en rapport avec l'impôt annuel dû ou avec le remboursement annuel dû et a été commise par l'emploi systématique de manœuvres frauduleuses tendant à dissimuler des faits pertinents à l'autorité ou à la persuader de faits inexacts, elle sera punie comme escroquerie fiscale d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 25.000 euros à un montant représentant le décuple des impôts éludés ou du remboursement indûment obtenu ». Il s'agit du concept introduit par la loi du 22 décembre 1993 sur l'escroquerie en ma-

tière d'impôts qui n'a pas été modifié par la loi du 23 décembre 2016. Il est à noter que les peines n'ont pas été revues à la hausse et que cette infraction est intégrée aux infractions primaires de blanchiment non pas en raison du seuil de peine applicable mais du fait qu'elle est expressément désignée en tant que telle à l'article 506-1 du Code pénal.

Fraude fiscale aggravée et escroquerie fiscale peuvent porter tant sur des impôts directs (impôts sur le revenu, droit d'enregistrement, droits de succession), qu'indirects (TVA).

Quant à la fraude fiscale simple, elle est décriminalisée et désormais passible d'une amende administrative. La loi rétablit la possibilité conférée à l'Administration des contributions directes (ACD) de sanctionner par voie administrative les cas de fraude simple, c'est-à-dire tant les cas ayant conduit à ce que l'impôt soit éludé (jusqu'au seuil transformant celle-ci en fraude fiscale aggravée), que ceux dans lesquels des remboursements indus ont été opérés. La décision portant fixation du montant de l'amende administrative étant prise par le bureau d'imposition, c'est-à-dire par un simple fonctionnaire n'est pas de nature à rassurer le contribuable, même si cette décision peut être attaquée par voie de réclamation introduite devant le directeur de l'ACD.

#### **b. Quelques observations sur la non-rétroactivité : Champ d'application rationae temporis**

La loi du 26 décembre 2016 prévoit en son article 25 que l'article 506-1 du Code pénal ne s'applique qu'aux infractions fiscales pénales qui sont commises après le 1<sup>er</sup> janvier 2017. Seule l'infraction de blanchiment basée sur une infraction primaire fiscale commise après le 1<sup>er</sup> janvier 2017 est donc punissable au Luxembourg. Elle reste néanmoins punissable à l'étranger avant cette date, en fonction de la définition des infractions primaires dans les autres États.

Il en résulte que, bien que l'infraction de blanchiment soit une infraction continue, le fait que les infractions fiscales graves (fraude fiscale aggravée et escroquerie fiscale) n'étaient pas des infractions primaires avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017 ne permet pas au banquier de les déclarer à la Cellule de renseignement financier (CRF). Ainsi, le maintien en compte de sommes résultant d'une fraude fiscale aggravée ou d'une escroquerie fiscale réalisée antérieurement ne constitue pas un blanchiment par détention. Dans le chef du contribuable, du fait que ces infractions n'étaient pas des infractions primaires avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017, il manque l'élément moral de l'infraction : le contribuable pouvait avoir conscience qu'il était en train de réaliser une fraude fiscale, mais pas que cette fraude soit

pénalement répréhensible et constitutive d'acte de blanchiment. La loi pénale n'étant pas rétroactive, la fraude fiscale aggravée n'existant pas antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2017, un contribuable ne peut être condamné de ce chef ni de celui d'infraction de blanchiment.

En revanche, la non déclaration d'avantages illicites après le 1<sup>er</sup> janvier 2017 pour des revenus touchés en 2016 peut être constitutive d'infraction fiscale pénale : par exemple les revenus non déclarés en 2017 relatifs à l'année 2016 (fraude à l'impôt sur le revenu) ; le chiffre d'affaires non déclaré en 2017 relatif à l'année 2016 (fraude à la TVA) ; les droits d'enregistrement dus suivant la date de la mutation ; les droits de succession dus suivant la date de décès du défunt. Une déclaration fiscale est due si les sommes génèrent un revenu. Le défaut de déclaration des revenus de 2016 fait naître en 2017 une fraude à partir du moment où le bulletin d'imposition est délivré par l'administration sur base de fausse déclaration ou d'éléments de déclaration falsifiés.

## 2. ...élargissant les obligations des professionnels

### a. L'évaluation du risque lié au client

Dans leurs obligations de vigilance à l'égard de la clientèle, les professionnels doivent désormais évaluer le risque d'être utilisés par des clients à des fins d'infraction fiscale. La circulaire CRF/CSSF 17/650 du 17 février 2017 précise que « l'obligation de vigilance du professionnel s'étend aux obligations fiscales des clients, contribuables résidents et non-résidents ». Toutefois, concernant les non-résidents, la circulaire précise qu'il n'est pas exigé du professionnel qu'il ait une connaissance exhaustive et approfondie de la législation fiscale étrangère ; le contraire aurait été exagérément contraignant pour les professionnels. Il en résulte que l'obligation du professionnel demeure celle de déceler un soupçon. Pour ce faire, il doit au préalable adapter ses procédures internes afin d'y inclure le blanchiment d'infractions fiscales au niveau de l'évaluation des risques liés à un client donné et adapter en conséquence les informations à collecter en vue d'évaluer ce risque, après avoir formé de manière adéquate le personnel en contact avec la clientèle.

De ce contact avec la clientèle, que ce soit lors de sa première visite ou ultérieurement, l'attention du professionnel pourra être éveillée du fait de divers éléments ou circonstances particulières. L'origine géographique du client (hors d'un pays soumis à des obligations déclaratives – FATCA, CRS, échange automatique d'informations –) combinée avec l'origine incertaine des avoirs, les activités spécifiques du client, la réalisation de transactions ou d'opérations financières inhabituelles ou incohérentes par rapport aux informations dont dispose

le professionnel, etc., sont autant d'indices pouvant éveiller le soupçon du professionnel. La circulaire CRF/CSSF 17/650 dans son annexe 1, donne une série d'indices à titre indicatif qui peuvent servir de base à l'évaluation du client et de ses activités. Le professionnel peut également *a contrario* considérer à risque faible un client résidant dans une juridiction qui est sujette au reporting dans le cadre de l'échange automatique d'information au niveau européen (AEOI), du common reporting standard de l'OCDE (CRS) ou du FATCA américain, à la condition qu'aucun autre élément ne justifie un soupçon.

Si tout doute doit amener à « un examen plus approfondi »<sup>9</sup>, l'analyse effectuée par le professionnel doit toutefois rester raisonnable. Il n'a pas à demander à son client ses déclarations fiscales afin d'en vérifier le contenu (ce qui outrepasserait son rôle) ; il n'a pas non plus à « reconstituer les déclarations fiscales pour calculer le montant des impôts éludés »<sup>10</sup>. Chaque analyse est à réaliser au cas par cas et, lorsqu'une situation lui paraît suspecte, en raison d'un faisceau d'indices, il devra demander des justifications à son client. De manière pragmatique, la liste des indices ne peut être considérée comme une « check-list » écartant le doute si le client ne se retrouve pas dans une des situations visées. Inversement, la situation d'un client se trouvant dans l'un des cas visés ne conduit pas automatiquement à une déclaration d'opérations suspectes. Le doute non élucidé par les corroborations du client doit pour finir amener le professionnel à déclarer un soupçon à la Cellule de renseignement financier.

Toutefois, rappelons-le, cette recherche du soupçon ne doit pas devenir un exercice disproportionné. Il s'agit pour le professionnel d'une obligation de moyen. Le Conseil d'État, dans son avis sur le projet de loi n°5165<sup>11</sup>, précisait que « le devoir de

9 Point 3.1 de la circulaire 17/650.

10 Idem.

11 Projet de loi relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme portant transposition de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et modifiant : 1. le code pénal ; 2. le code d'instruction criminelle ; 3. la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ; 4. la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ; 5. la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ; 6. la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances ; 7. la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat ; 8. la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat ; 9. la loi modifiée du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseurs d'entreprises ; 10. la loi du 10 juin 1999 portant organisation de la profession d'expert comptable ; 11. la loi modifiée du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives ; 12. la loi générale des impôts (« Abgabenordnung »).

coopération des professionnels en matière de surveillance des opérations [doit être] apprécié par les autorités judiciaires compétentes avec le réalisme nécessaire pour tenir compte des contingences effectives de la vie économique ». Dans un arrêt de la Cour d'appel du 11 janvier 2017, les juges ont considéré qu'il serait à la fois « injuste et irréaliste » de reprocher au professionnel d'avoir attendu trop longtemps avant de dénoncer, cette dénonciation ne pouvant effectivement se faire qu'après une analyse circonstanciée des éléments en cause. Le bon sens et la proportionnalité doivent animer le professionnel, puisqu'il n'est en aucun cas attendu de lui des déclarations tous azimuts, ce qui serait contre-productif.

### **b. Seuils de déclaration**

Pour ce qui concerne les clients ayant leur résidence au Luxembourg, la circulaire CRF/CSSF 17/650 précise néanmoins que « le professionnel n'est pas obligé de faire une déclaration à la CRF s'il apparaît plausible que le montant annuel de l'impôt, de la taxe ou du droit édué est manifestement inférieur à 10.000 euros ». Cette allégation apparaît quelque peu contradictoire avec le fait que le professionnel ne doive pas qualifier l'infraction<sup>12</sup>. S'il se trouve dans la situation dans laquelle il cherche à évaluer le montant annuel de l'impôt afin de déterminer s'il effectuera ou non une déclaration, le professionnel a déjà compris que l'infraction sous-jacente présente les caractéristiques d'une fraude fiscale, peut-être aggravée, ou même d'une escroquerie fiscale. Ainsi, la recherche du dépassement plausible suppose une première qualification préalable, au moins d'infraction fiscale, sans pouvoir néanmoins déterminer si l'on se situe réellement dans le cas d'une infraction primaire de blanchiment (fraude fiscale aggravée ou escroquerie fiscale) ou dans le cas d'une fraude simple non déclarable.

Pourtant, les rédacteurs de la circulaire, à peine après avoir rappelé que « l'obligation de déclaration de soupçon s'applique sans que le déclarant ait à qualifier l'infraction sous-jacente »<sup>13</sup>, s'empressent de préciser bien clairement que « la possibilité de ne pas faire de déclaration en dessous du seuil de 10.000 euros ne s'applique pas aux cas d'escroquerie fiscale pour lesquels le professionnel soumis doit apprécier si le seuil du « montant significatif soit en montant absolu soit en rapport avec l'impôt annuel dû « est dépassé »<sup>14</sup>.

De deux chose l'une, soit le professionnel ne doit pas qualifier l'infraction sous-jacente et se contente d'un faisceau d'indices de l'existence plausible d'une infraction primaire de blanchiment, auquel cas aucune obligation d'appréciation d'un quel-

conque seuil ne peut lui être imposée ; soit il doit apprécier le dépassement du seuil et donc se demander s'il se trouve en présence d'une escroquerie fiscale, ce qui suppose la qualification d'une infraction pénale, chose qui relève du juge et en aucun cas du professionnel du secteur financier. Les contradictions inhérentes à ce texte ne manqueront pas de laisser le professionnel perplexe quant à l'étendue de ses obligations, mais il semble pour le moins improbable qu'un tribunal reproche à un professionnel de s'être fourvoyé dans l'appréciation du dépassement ou non de ces seuils. D'ailleurs, aucun banquier ne dispose d'une vue complète du patrimoine de son client, celui-ci ayant généralement plusieurs comptes dans des établissements différents. Comment le banquier pourrait-il apprécier l'existence d'une infraction fiscale avec une vue parcellaire des finances de son client ?

A l'opposé, il se peut aussi que le professionnel soit conduit, suivant les éléments du dossier, à déclarer un soupçon alors qu'il ne l'aurait pas dû, s'il s'agit en particulier d'une simple fraude fiscale. La déclaration de bonne foi ne conduisant à aucune responsabilité du professionnel, ce dernier ne devrait pas craindre d'avoir effectué une déclaration alors que l'infraction pénale n'était pas constituée.

En revanche, les seuils de déclaration luxembourgeois ne sont pas applicables aux non-résidents, pour lesquels il conviendra de déclarer un soupçon dès le premier euro. Le blanchiment n'est toutefois punissable à Luxembourg que si l'infraction est également une infraction primaire dans le pays de résidence du client, suivant le principe de double incrimination.

### **c. Le rôle du professionnel dans la fraude réalisée par son client**

Il est à rappeler que l'article 506-1 du Code pénal punit des mêmes peines la participation à un acte de blanchiment, l'association pour le commettre, la tentative et le fait « [d'apporter] sciemment son concours à une opération de placement, de dissimulation, de déguisement, de transfert ou de conversion des biens ».

Ainsi le fait pour un banquier d'aider, d'inciter ou de conseiller un client en vue de commettre une fraude fiscale peut le conduire à être condamné pour blanchiment en tant que co-auteur ou complice du fait de l'assistance qu'il a pu offrir à son client par exemple en vue de la réalisation de montages ayant pour objet d'échapper au fisc, dès lors que ce montage serait constitutif de fraude fiscale aggravée ou d'escroquerie fiscale en raison de l'importance des montants finalement édués.

La commission d'une telle infraction, pour qu'elle soit punissable, suppose toutefois la conscience de la réalisation de cette infraction, c'est-à-dire par exemple, la connaissance de l'origine illicite des

12 Article 5(1) a) de la loi du 12 novembre 2004.

13 Point 3.2.1 de la Circulaire 17/650.

14 Idem.

fonds ou du caractère frauduleux de l'opération. L'acte de complicité ou de coréité du banquier doit consister en une aide ou une assistance à la préparation de la réalisation d'une infraction. L'ouverture d'un compte en banque pour y placer les revenus d'une activité illicite n'est punissable à ce titre que si le banquier a connaissance de cette origine illicite. De même, le fait d'ouvrir pour un même client des comptes bancaires au nom de multiples sociétés n'est punissable dans le chef du banquier que si celui-ci connaît la finalité illicite du montage, par exemple, frauder le fisc. Bien entendu, plus le montage réalisé est complexe et comporte des manœuvres occultes et plus il sera délicat pour le banquier de prétendre qu'il n'avait pas connaissance du but réel de l'opération.

Pour citer un exemple, un banquier a pu être condamné pour faux dans le cadre d'une opération dont le but était d'occulter le nom du bénéficiaire économique réel des comptes, ce qui a permis à la banque, dans le cadre du respect des obligations contractées vis-à-vis des autorités américaines (dans le cadre du « Qualified Intermediary Agreement »), d'appliquer au bénéficiaire économique le statut de « non résident alien » (étranger non résident), plus favorable que celui applicable au résident ou citoyen américain. Le banquier n'a pas été sanctionné au Luxembourg pour violation de la loi américaine mais pour faux effectué dans l'intention de procurer un avantage à autrui<sup>15</sup>.

De même, un banquier fut condamné pour délit de faux en écritures de banque et recel pour avoir accepté de participer à une opération de retrait-versement rendue possible par l'ouverture d'un compte d'une société spécialement constituée pour l'occasion, cette opération étant destinée à empêcher la traçabilité des fonds. La Cour avait considéré que les circonstances de fait avaient nécessairement dû éveiller la méfiance du professionnel, qui aurait dû se rendre compte de l'origine frauduleuse des fonds<sup>16</sup>.

Comme indiqué ci-dessus, étant donné que l'infraction de blanchiment est punissable pour les deux nouvelles infractions d'escroquerie fiscale et de fraude fiscale aggravée lorsqu'elles sont commises à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2017, seuls des montages ou opérations de dissimulation de revenus au fisc réalisés depuis cette date sont susceptibles d'être qualifiés de complicité ou coréité d'acte de blanchiment, sauf si une autre qualification pourrait être donnée à ces actes, par exemple si des faux ou une fraude au sens du Code pénal ont été commis.

Par ailleurs, l'adoption de la directive dite « DAC6 »<sup>17</sup>, conduira également les banquiers à une grande prudence en matière de montages à des fins fiscales. En effet, il est prévu que tout « intermédiaire » devra déclarer à ses autorités fiscales tout « arrangement transfrontalier » qui contient certaines caractéristiques particulières, faisant de celui-ci un arrangement qui présente potentiellement un risque d'évasion fiscale (suivant des critères définis en annexe au texte de la directive<sup>18</sup>).

Ce texte repose sur le même objectif que l'introduction des infractions fiscales dans la liste des infractions primaires, celui d'éviter que le professionnel ne se livre à des montages fiscaux permettant au client d'échapper à ses obligations fiscales.

L'extension des infractions primaires de blanchiment a désormais également pour effet d'accroître les obligations professionnelles des banquiers qui doivent dès lors apprécier leurs propres risques liés à l'acceptation ou au maintien de relations d'affaires avec un client qui se livrerait à de la fraude fiscale.

## II. Evaluation des risques de blanchiment

Il est symptomatique de remarquer que le GAFI, dès sa première recommandation sur les 40 que le document comporte, porte son attention sur l'évaluation des risques et l'application d'une approche fondée sur les risques : « Les pays devraient identifier, évaluer et comprendre les risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme auxquels ils sont exposés et devraient prendre des mesures parmi lesquelles la désignation d'une autorité ou d'un mécanisme pour coordonner les actions d'évaluation des risques, et mobiliser des ressources, afin de s'assurer que les risques sont efficacement atténués. Sur la base de cette évaluation, les pays devraient appliquer une approche fondée sur les risques pour s'assurer que les mesures de prévention et d'atténuation du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme sont à la mesure des risques identifiés ».

Sur cette base, la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment requiert trois niveaux d'évaluation des risques :

- 17 Proposition de directive modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.
- 18 Voir le document institutionnel n°2017/0138 – 6804/18 du 9 mars 2018.  
A titre d'exemple :  
“arrangements that undermine or exploit weaknesses in the due diligence procedures used by financial institutions to comply with their obligations to report financial account information, including the use of jurisdictions with inadequate or weak regimes of enforcement of anti-money laundering legislation or with weak transparency requirements for legal persons or legal arrangements”.

15 Cour d'appel, corr., 19 novembre 2008, n°482/08 X.

16 Cour d'appel, corr., 2 juin 2010, n°250/10 V, *Pasicrisie*, Tome 35, n°4/2012, p.829.



- 1 une évaluation supranationale des risques opérée au niveau européen, dont les résultats ont été publiés par la Commission européenne le 26 juin 2017<sup>19</sup> ;
- 2 une évaluation nationale des risques que chaque Etat membre doit réaliser de sorte à évaluer le niveau de risque propre aux activités opérées sur son territoire<sup>20</sup> ;
- 3 une évaluation de leurs risques par chaque professionnel soumis à la législation anti-blanchiment.

C'est à ce dernier niveau que l'évolution des obligations des professionnels est la plus notable, car elle a impliqué depuis 2012 un changement de paradigme.

### 1. Un changement de paradigme

L'article 8 de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment précise que « les États membres veillent à ce que les entités assujetties prennent des mesures appropriées pour identifier et évaluer les risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme auxquels elles sont exposées, en tenant compte de facteurs de risques y compris ceux liés à leurs clients, pays ou zones géographiques, produits, services, transactions ou canaux de distribution ».

De plus, les professionnels doivent disposer « de politiques, de contrôles et de procédures pour atténuer et gérer efficacement les risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme identifiés au niveau de l'Union, de l'État membre et de l'entité assujettie. Ces politiques, contrôles et procédures sont proportionnés à la nature et à la taille des entités assujetties ».

Dès le 14 décembre 2012, la CSSF mettait en œuvre l'approche du GAFI dans son règlement n°12-02

relatif à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme : « les professionnels procèdent à l'identification et à une évaluation des risques de blanchiment et de financement du terrorisme auxquels ils sont exposés. La nature et l'étendue de cette évaluation des risques doivent être adaptées à la nature et au volume de leur activité commerciale ».

Depuis lors, le niveau de vigilance des professionnels doit être modulé suivant le degré du risque identifié : à niveau de risque élevé, vigilance élevée ; à niveau de risque faible, les mesures de vigilance peuvent être allégées. Pour guider les professionnels dans cet exercice, différents outils sont offerts aux professionnels :

- les évaluations supranationales et nationales, lesquelles peuvent leur donner certains indicateurs concernant les risques propres au pays d'établissement du professionnel ;
- les actes délégués de la Commission européenne, cette dernière étant chargée par la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment d'adopter des actes destinés à recenser les pays tiers à haut risque<sup>21</sup> ;
- les annexes à la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment qui définissent d'une part des variables de risque et d'autre part des facteurs de risque, reprises en annexes à la loi modifiée du 12 novembre 2004 ;
- les orientations conjointes émises par les trois autorités européennes de surveillance (EBA/ESMA/EIOPA) sur les facteurs de risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

La CSSF, dans son règlement 12-02, impose aux professionnels de classer « l'ensemble de leurs clients selon différents niveaux de risque par rapport au blanchiment et au financement du terrorisme. En dehors des cas où le niveau de risque est à considérer comme élevé en vertu de la Loi ou du

19 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0340>

20 L'article 7 de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment précise : *“En ce qui concerne l'évaluation des risques visée au paragraphe 1, chaque État membre :*  
*a) utilise cette évaluation pour améliorer son dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, en particulier en identifiant les éventuels domaines dans lesquels les entités assujetties doivent appliquer des mesures renforcées et, s'il y a lieu, en précisant les mesures à prendre ;*  
*b) identifie, le cas échéant, les secteurs ou domaines comportant un risque plus faible ou plus élevé de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ;*  
*c) utilise cette évaluation pour l'aider à répartir et à hiérarchiser les ressources consacrées à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ;*  
*d) utilise cette évaluation pour veiller à l'élaboration, pour chaque secteur ou domaine, de règles appropriées en fonction des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ;*  
*e) met rapidement à la disposition des entités assujetties des informations appropriées leur permettant de réaliser plus facilement leurs propres évaluations des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme”.*

21 La Commission est habilitée à adopter des actes délégués en conformité avec l'article 64 pour recenser les pays tiers à haut risque, en prenant en compte leurs carences stratégiques, notamment en ce qui concerne :  
 a) le cadre juridique et institutionnel du pays tiers en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, en particulier :  
 i) l'incrimination du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ;  
 ii) les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle ;  
 iii) les obligations en matière de conservation des documents et pièces ; et  
 iv) les obligations en matière de déclaration des transactions suspectes ;  
 b) les pouvoirs des autorités compétentes du pays tiers et les procédures qu'elles appliquent aux fins de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ;  
 c) l'efficacité du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme pour faire face aux risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme dans le pays tiers.



Règlement grand-ducal [du 1<sup>er</sup> février 2010], ce niveau est évalué suivant une combinaison cohérente de facteurs de risque définis par chaque professionnel en fonction de l'activité qu'il exerce et qui sont inhérents aux catégories de risques suivants :

- clients;
- pays ou zones géographiques ;
- produits, services, transactions ou canaux de distribution et modalités de commercialisation ».

Des termes similaires ont été repris dans la loi du 13 février 2018 modifiant la loi du 12 novembre 2004<sup>22</sup>. De plus, l'annexe II de la loi (reprenant l'annexe I de la Directive) précise les variables de risques qui devront être prises en considération par les professionnels :

- i) l'objet d'un compte ou d'une relation ;
- ii) le niveau d'actifs déposés par un client ou le volume des transactions effectuées ;
- iii) la régularité ou la durée de la relation d'affaires.

A ces variables, qui sont à apprécier tant au moment de l'entrée en relations d'affaires qu'au cours de celle-ci, s'ajoutent des facteurs de risques. Les annexes II et III apportent des éléments d'appréciation utiles. L'approche de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment est en effet en opposition notable avec celle de la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment. En application de cette dernière, les professionnels pouvaient appliquer des appréciations « automatiques » sur le niveau de risque de leurs clients (par exemple, clients résidents dans un pays de l'Union européenne, client étant une société cotée soumise à des obligations de transparence, etc.). Désormais, plus aucun automatisme n'est acceptable, car une présomption simple du caractère réduit du risque n'est applicable que jusqu'à preuve que le client présente néanmoins des éléments conduisant à la classer dans une échelle de risque plus élevée. Il n'y a donc jamais d'exonération de vigilance, et la nécessaire revue périodique de la clientèle permettra également d'adapter le niveau de risque dans lequel le client a été préalablement classé, que ce soit à la hausse ou à la baisse.

Les annexes II et III de la loi du 12 novembre 2004, reprenant celles de la Directive établissent une liste respectivement des éléments d'un risque « potentiellement moins élevé » et des éléments d'un risque « potentiellement plus élevé ». Ces éléments ne sont livrés aux professionnels qu'à titre indicatif, car seule une appréciation *in concreto* de la situation permettra la classification du client, cette appréciation devant de plus être documentée, afin de toujours pouvoir justifier l'approche adoptée.

22 Article 2-2 de la loi modifiée du 12 novembre 2004.

#### a. Les facteurs de risques « potentiellement moins élevés »

Lorsque le risque associé à une relation d'affaires est faible, les professionnels peuvent, en fonction de leur appréciation propre à la situation d'un client, appliquer des mesures de vigilance simplifiées. Certains de ces facteurs ne sont pas nouveaux et reprennent en fait les situations dans lesquelles une exonération de vigilance était admise sous l'empire de la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment.

Parmi les facteurs de risque faible, on retrouve, concernant l'origine géographique des clients, le fait pour un client d'être originaire d'un des Etats membres de l'Union européenne, auxquels sont désormais ajoutés les pays tiers considérés à risque faible en raison, soit du fait de l'existence de systèmes efficaces de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, soit du fait d'un faible niveau de corruption ou autres activités criminelles. Les professionnels pourront à cet égard se baser sur les rapports d'évaluation réalisés par des organismes internationaux tels que *Transparency International* ou la ratification de certaines conventions internationales et l'adhésion au GRECO (Groupe d'Etats contre la Corruption). Il convient également d'y ajouter les pays tiers dotés de systèmes efficaces de lutte contre le blanchiment et les pays tiers qui « d'après des sources crédibles telles que des évaluations mutuelles, des rapports d'évaluation détaillée ou des rapports de suivi publiés, ont des exigences de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme correspondant aux recommandations révisées du GAFI et qui assurent la mise en œuvre effective de ces exigences ». En réalité, l'EBA admet que d'autres types de sources, à condition qu'elles soient crédibles et fiables puissent être utilisées, telles que l'évaluation nationale des risques réalisée par l'Etat concerné, les propres connaissances et l'expertise professionnelle de l'établissement, ou même les informations provenant d'autres sources, telles que les rapports publiés dans des journaux réputés; les informations émanant d'organisations commerciales crédibles et fiables, telles que les rapports sur les risques et les rapports de renseignement; ou encore les informations émanant d'organisations statistiques et du monde universitaire<sup>23</sup>. Il semble ainsi que toute étude fiable puisse être admissible afin de classer un client provenant d'un pays tiers dans un niveau de risque « potentiellement moins élevé ».

23 Voir EBA - Orientations communes, au titre des articles 17 et 18, paragraphe 4, de la directive (UE) 2015/849, sur les mesures de vigilance simplifiées et renforcées à l'égard de la clientèle et sur les facteurs que les établissements de crédit et les établissements financiers devraient prendre en considération lorsqu'ils évaluent les risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme associés aux relations d'affaires individuelles et aux transactions conclues à titre occasionnel. Orientations sur les facteurs de risque, point 16.

Concernant les risques liés à la qualité du client, il est fait référence aux mêmes catégories qui bénéficieraient préalablement d'une vigilance simplifiée, telles que les sociétés cotées sur un marché boursier et soumises à des obligations d'information à la condition désormais que ces obligations comportent celle d'assurer une transparence suffisante des bénéficiaires effectifs. La liste comporte également les administrations et entreprises publiques. En revanche, les bénéficiaires effectifs de comptes groupés de professions juridiques (avocats, notaires) ne sont plus repris dans cette liste, contrairement à ce qui était prévu dans la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment.

Pour ce qui concerne les types de produits à risque faible, les mêmes produits que ceux visés par la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment sont repris à l'annexe II : les polices d'assurance vie dont la prime est faible, les contrats d'assurance retraite sans clause de rachat anticipé, les régimes de retraite en faveur des salariés, certains types de monnaie électronique ayant des limites de chargement. La 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment y ajoute encore les services financiers à des fins d'inclusion financière et qui, de ce fait, restent d'une étendue limitée.

#### **b. Les facteurs de risques « potentiellement plus élevés »**

Lorsque le risque associé à une relation d'affaires est accru, les professionnels doivent appliquer des mesures de vigilance renforcées. L'annexe III de la loi du 12 novembre 2004 reprend l'annexe IV de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment et définit les cas dans lesquels les professionnels se trouvent face à des éléments présentant un risque plus élevé et impliquant de ce fait une vigilance renforcée. Ici, l'approche par rapport à la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment a été sensiblement revue.

La 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment, tout comme la précédente, définit des situations dans lesquelles les clients présentent toujours des risques plus élevés :

- lorsque le client, ou le bénéficiaire effectif du client, est une personne politiquement exposée ;
- lorsque l'établissement noue une relation de correspondance avec un établissement client d'un pays n'appartenant pas à l'EEE ;
- lorsque l'établissement traite avec des personnes physiques ou des entités juridiques établies dans des pays tiers à haut risque ;
- toute transaction complexe et d'un montant inhabituellement élevé et tous les types inhabituels de transactions, n'ayant pas d'objet économique ou licite apparent<sup>24</sup>.

A côté de cette approche systématique, l'annexe IV établit une liste de facteurs et d'éléments indicatifs

d'un risque potentiellement plus élevé. Ces facteurs peuvent contribuer à une élévation du niveau de risque suivant l'appréciation que le professionnel fait de la situation spécifique en cause.

Concernant les risques géographiques, il s'agit sans surprise des pays identifiés comme n'étant pas dotés de systèmes efficaces de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, tel que déterminés suivant les évaluations mutuelles ou rapports d'évaluation (ceux du GAFI par exemple) ; des pays présentant des niveaux significatifs de corruption ; des pays faisant l'objet de sanctions ou embargos ; et enfin des pays qui financent des activités terroristes. Lorsque le client, le bénéficiaire ou les fonds proviennent d'un de ces pays ou présentent des liens étroits (personnels ou commerciaux) avec ces pays, la situation devrait être considérée comme à risques plus élevés.

Certains facteurs de risque sont liés au client lui-même, du fait de son comportement et des circonstances inhabituelles suivant lesquelles se déroule la relation d'affaires. Les orientations de l'EBA sur les facteurs de risques donnent des indications supplémentaires devant retenir l'attention du professionnel<sup>25</sup>.

Une suspicion est portée sur les activités nécessitant beaucoup d'espèces. L'EBA considère que lorsque la profession ou les activités du client sont connues pour nécessiter beaucoup d'espèces, elles sont susceptibles d'être liées au blanchiment de capitaux. A cet égard, les espèces tout comme les produits favorisant l'anonymat, sont visés parmi les facteurs aggravants.

Enfin, le risque est considéré comme élevé dès lors qu'il existe des constructions juridiques qui sont des structures de détention d'actifs personnels. Il en est de même d'une société dont la structure de propriété paraît inhabituelle ou exagérément complexe au regard de la nature des activités. Une vigilance devra être opérée par les professionnels quant à tout montage qui ne paraît pas avoir de justification économique objective.

La banque privée, ou plus exactement la gestion de patrimoine « consistant à fournir des services bancaires et autres services financiers à des individus fortunés », est citée comme présentant un risque élevé. La présence de cette activité parmi les facteurs de risque tient au risque de fraude fiscale selon l'EBA. Celle-ci précise que « les établissements proposant des services de gestion de patrimoine peuvent être particulièrement vulnérables aux abus de clients qui souhaitent dissimuler l'origine de

24 Articles 18 à 24 de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment.

25 Voir les Orientations de l'EBA sur les facteurs de risque : voir les points 18 à 21 sur les facteurs de risques généraux liés au client et, par exemple, les points 98 et suivants pour les clients retail.

leurs fonds ou, par exemple, échapper à l'imposition dans leur pays ou territoire d'origine »<sup>26</sup>.

Il est quelque peu surprenant de voir encore figurer parmi les facteurs de risque élevé les relations d'affaires à distance, à une époque où les clients fréquentent de moins en moins les agences bancaires et utilisent quotidiennement les services bancaires en ligne. Ainsi, l'annexe IV de la loi du 12 novembre 2004 précise que l'entrée en relation sans présence physique qui n'est pas assortie de garantie telle qu'une signature électronique est considérée comme présentant un risque élevé. Les autorités de supervision (Luxembourg, Allemagne) ont émis des recommandations afin d'entourer l'ouverture de relations à distance de garanties. Une légère et subtile évolution voit le jour à ce titre dans la 5<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment qui ne classe les relations d'affaires à distance comme à risque plus élevé que si elles ne sont pas assorties d'une identification électronique suivant certaines conditions de sécurité répondant à des conditions d'homologation spécifiques établies par les autorités nationales<sup>27</sup>.

## 2. L'évaluation du niveau de risque des clients et l'ajustement des mesures de vigilance

Les professionnels doivent ajuster l'étendue de leurs mesures de vigilance à chaque cas en fonction de l'évaluation du niveau de risque du client sur la base des facteurs de risque listés dans la loi. Ils doivent être en mesure de justifier leur approche aux autorités de contrôle en documentant le niveau de risque et le caractère approprié des mesures prises en phase avec le niveau de risque.

Toutefois, l'EBA met en garde contre toute appréciation à caractère automatique des risques auxquelles les professionnels font face : « Les établissements devraient garder à l'esprit que les facteurs de risque ne sont pas exhaustifs, et qu'ils ne sont pas tenus de prendre en considération tous les facteurs de risque dans tous les cas. Les établissements devraient avoir une vue globale du risque lié à la situation et garder à l'esprit que la présence de facteurs de risque isolés ne signifie pas nécessairement qu'une relation doit être classée dans une catégorie de risque plus élevée ou plus faible »<sup>28</sup>. Tout est donc question d'appréciation au cas par cas. D'ailleurs, l'EBA précise que les facteurs de risque listés ne le sont qu'à titre indicatif, ne sont pas exhaustifs

et qu'ils ne sont pas tenus de tous les prendre en considération dans tous les cas.

L'évaluation du niveau de risque propre à chaque client doit être réalisée préalablement à l'ouverture de la relation d'affaires. De plus, cette appréciation doit être répétée à divers moments de la relation d'affaires et peut ainsi varier dans le temps en fonction des éléments et circonstances liés à la situation évolutive du client. La CSSF précise en effet que le professionnel « veille à l'évaluation des risques et adapte son évaluation en fonction de toute modification significative les affectant ou de tout nouveau risque »<sup>29</sup>. Les professionnels sont tenus de réexaminer régulièrement leur évaluation des risques, contrôler les transactions pour s'assurer qu'elles soient cohérentes par rapport au profil de risque, aux activités commerciales du client, ainsi qu'à toute déclaration du client concernant l'utilisation du compte bancaire. Les éléments fournis par le client au moment de l'entrée en relation d'affaires doivent permettre de vérifier au cours de la relation la cohérence du fonctionnement du compte avec les objectifs affirmés. L'absence de cohérence devrait amener le professionnel à réévaluer la situation et documenter le cas échéant les changements constatés. La tenue à jour des documents relatifs à la relation d'affaires doit lui permettre de déterminer au cours du temps si le risque associé à la relation d'affaires a changé.

Dans tous les cas, le professionnel porte un jugement *intuitu personae* sur le client. La relation d'affaires et les transactions effectuées doivent être étudiées sur la base des déclarations du client. Cette appréciation permet au professionnel de catégoriser ses clients suivant le niveau de risque (élevé, moyen ou faible). Cette catégorisation conduit à adapter les mesures de vigilance en fonction de la clientèle, c'est-à-dire soit augmenter soit diminuer ces mesures, de sorte que celles-ci soient proportionnées au risque. Il peut s'agir en particulier de moduler la quantité d'informations et les mesures de vérification. De même, le professionnel pourra sur cette base ajuster la fréquence des mises à jour, ainsi que la fréquence et l'intensité du contrôle des transactions<sup>30</sup>. La fréquence des réexamens permet à un professionnel de s'assurer qu'il est toujours en mesure de gérer le risque associé à une relation d'affaire spécifique, surtout si le profil du client ne correspond plus à celui qui avait été établi au début de la relation d'affaires<sup>31</sup>. La mise en place de systèmes et de contrôles adaptés doit leur permettre de remplir au mieux leurs obligations professionnelles en conformité avec le nouveau cadre législatif et réglementaire.

26 Voir point 144 des Orientations de l'EBA – Facteurs de risques.

27 Voir la directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0178+0+DOC+XML+V0//FR>

28 Voir point 17 des Orientations de l'EBA – Facteurs de risques.

29 Article 5(4) du règlement CSSF 12-02.

30 Voir points 41 et suivants des Orientations de l'EBA – Facteurs de risques.

31 Voir points 58 et suivants des Orientations de l'EBA – Facteurs de risques.

### 3. La mise en place de politiques, contrôles et procédures

Les professionnels doivent se doter de politiques, contrôles et procédures en vue de faire face et atténuer leurs risques. La loi du 12 novembre 2004 précise que ces politiques, contrôles et procédures doivent être « proportionnés à la nature, aux particularités et à la taille des professionnels »<sup>32</sup>.

Ces procédures doivent porter sur la vigilance à l'égard de la clientèle, la conservation des documents et pièces, la gestion du respect des obligations. Elles portent également sur les modèles en matière de gestion des risques, le contrôle interne, la coopération y compris la nomination au niveau hiérarchique approprié d'un responsable du contrôle du respect des obligations et la sélection du personnel, lorsque la taille et la nature de l'activité le justifient. Une fonction d'audit indépendante chargée de tester les politiques, contrôles et procédures peut également être créée. Dans tous les cas, ces procédures doivent obtenir l'approbation d'un niveau élevé de la hiérarchie de l'établissement. Le cas échéant, un membre du conseil d'administration peut être désigné comme responsable des obligations professionnelles en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Des programmes de formation doivent être suivis par les employés afin que ceux-ci puissent être aptes à reconnaître les opérations susceptibles d'être liées au blanchiment ou au financement du terrorisme.

Enfin, un mécanisme de signalement en interne (« whistleblowing ») doit être mis en place permettant au personnel de signaler les violations des obligations professionnelles. Ce mécanisme doit être « spécifique, indépendant et anonyme »<sup>33</sup>. Dans la mesure où CRD IV avait déjà introduit une telle obligation, il ne s'agit ici que d'une extension du mécanisme au domaine de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

### III. Nouvelles obligations de vigilance

Dans la lignée des recommandations 24 et 25 du Groupe d'action financière internationale sur la transparence des bénéficiaires effectifs des personnes morales et des constructions juridiques, la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment dicte une définition détaillée du « bénéficiaire effectif » visant les sociétés/entités juridiques et les fiducies. Les professionnels assujettis devront ainsi, conformément à la loi du 13 février 2018, appliquer toutes les mesures de vigilance nécessaires afin d'identifier ces derniers. Cet exercice de transparence effective loué par le législateur européen et

les instances internationales semble néanmoins se heurter dans certains cas de figure aux modalités pratiques d'identification par les entités assujetties des bénéficiaires effectifs et des bénéficiaires de contrats d'assurance-vie, résultant en des défis gargantuesques pour les établissements de crédit et pour les établissements financiers tant dans l'identification de ces derniers, que pour leur immatriculation le cas échéant dans les futurs registres des fiducies et des sociétés / entités juridiques (1)<sup>34</sup>.

Bien que la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment énonce clairement qu'elle s'aligne dans le plein respect du droit de l'Union et tout particulièrement eu égard à la protection des données à caractère personnel, les règles édictées dans le Règlement général sur la protection des données<sup>35</sup> peuvent poser certaines limites dans l'application des principes de la directive (2).

#### 1. L'identification des bénéficiaires effectifs

L'article 2 (4) de la loi du 13 février 2018 aménage la définition du bénéficiaire effectif telle qu'elle existait jusqu'alors dans la loi du 12 novembre 2004, reprenant à l'identique celle de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment<sup>36</sup>. Les professionnels assujettis devront ainsi déterminer une liste de personnes constituant le(s) bénéficiaire(s) effectif(s) des fiducies et des trusts au sens de la loi du 27 juillet 2003 portant notamment nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, tout comme pour les entités juridiques telles que les fondations et les constructions juridiques similaires à des fiducies ou à des trusts. La détermination des bénéficiaires effectifs des sociétés se voit utilement complétée par les notions de « participation au capital », « contrôle par d'autres moyens », « propriété directe/indirecte » ou encore par la solution alternative visant à assimiler le(s) bénéficiaire(s) effectif(s) avec « la personne physique occupant la position de dirigeant principal » (a).

Si l'identification de ces bénéficiaires effectifs peut paraître dantesque dans certains cas de figure, les établissements de crédit et les établissements financiers devront en outre identifier les bénéficiaires de contrats d'assurance-vie et d'autres types d'assurance liée à des placements (b).

32 Article 4 de la loi modifiée du 12 novembre 2004.

33 Idem.

34 Voir projet de loi n°7216 instituant un Registre des fiducies (...) et projet de loi n°7217 instituant un registre des bénéficiaires effectifs (...) des sociétés et autres entités juridiques.

35 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, JO, L 119, 4 Mai 2016, p.1.

36 Voir art.3 (6) détaillant la définition du bénéficiaire effectif dans le cas de sociétés, dans le cas des fiducies/trusts et pour les autres entités juridiques.



Enfin, les fiduciaires « de toute fiducie établie au Luxembourg et qui génère des conséquences fiscales » devront porter certaines informations au registre des fiducies à créer, tout comme les entités immatriculées au sens de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ou leur mandataire auront à charge d'inscrire certaines informations sur les bénéficiaires effectifs desdites entités. Néanmoins, une insécurité juridique plane pour l'heure sur les obligations déclaratives imposées aux acteurs financiers, eu égard par exemple aux contrats fiduciaires à appréhender dans le chef du fiduciaire ou encore concernant les entités dont les titres sont tenus sur un compte-titres<sup>37</sup> par un organisme de liquidation, un teneur de compte central ou un teneur de compte (c).

#### a. *Précisions sur la notion de bénéficiaire effectif*

La circulaire CSSF 18/684 du 13 mars 2018<sup>38</sup> attire tout particulièrement l'attention des professionnels sur l'adaptation des définitions de « bénéficiaire effectif » dans la loi modifiée du 12 novembre 2004. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> (7) de la loi du 13 février 2018 ne modifie pas en substance la notion de bénéficiaire effectif, c.-à-d. « toute personne physique qui, en dernier ressort, possède ou contrôle le client ou toute personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée », mais, conformément à la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment et à ses considérants<sup>39</sup>, distingue clairement trois catégories de bénéficiaires effectifs avec leurs prescriptions d'identification uniques, à savoir les bénéficiaires effectifs (i) des sociétés (ii) des fiducies et des trusts et (iii) des entités juridiques telles que les fondations et les constructions juridiques similaires à des fiducies ou à des trusts.

##### *(i) Les bénéficiaires effectifs des sociétés*

La loi du 13 février 2018 introduit pour les professionnels une obligation d'identification systématique des bénéficiaires effectifs des différentes catégories susmentionnées et rajoute ainsi à l'article 3 (2) b de la loi du 12 novembre 2004 quant aux mesures de vigilance à exercer auprès de la clientèle, l'identification des bénéficiaires effectifs des trusts, sociétés et fondations ainsi que la prise de mesures raisonnables pour comprendre leurs structures de propriété. Le Règlement grand-ducal du 1<sup>er</sup> février 2010 portant précision de certaines dispositions de la loi modifiée du 12 novembre

2004 imposait déjà de comprendre la propriété et la structure de contrôle des clients-personnes morales ou constructions juridiques et plus particulièrement pour les fiducies, « l'identification de la personne ayant constitué la fiducie, de l'administrateur ou de la personne exerçant le contrôle effectif de la fiducie, ainsi que des bénéficiaires »<sup>40</sup>.

Le Règlement CSSF n°12-02 du 14 décembre 2012 relatif à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, dans ses articles 21 et suivants sur les mesures d'identification et de vérification de l'identité à l'égard des bénéficiaires effectifs se réfère notamment aux dispositions de la loi du 12 novembre 2004 et du règlement grand-ducal, apportant des précisions utiles qui vont au-delà des exigences de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment. Ce règlement indique effectivement que les personnes physiques qui en dernier lieu, possèdent ou contrôlent en fait ou en droit une personne morale ou une construction juridique seront considérées comme bénéficiaires effectifs, quand bien même les seuils de participation ou de contrôle tels qu'indiqués dans la loi du 12 novembre 2004 ne seraient pas atteints, ce qui correspond d'ailleurs souvent à la pratique actuelle des établissements de crédit.

Ainsi, les nouveaux critères de définition introduits par la loi du 13 février 2018 ne sont pas réellement novateurs, étant entendu que les professionnels de la place s'appliquaient déjà à déterminer les bénéficiaires effectifs des sociétés, personnes morales telles que fondations et constructions juridiques, en ce inclus les fiducies. Néanmoins, la loi vient apporter des précisions utiles sur la constitution de certaines catégories de bénéficiaires effectifs ou dans la fixation de certains critères confondant ceux-ci.

Toute personne physique qui, en dernier ressort, contrôle une entité juridique par des moyens autres qu'une détention d'actions ou une participation à son capital peut être considérée comme bénéficiaire effectif du client-personne morale (société) du professionnel concerné. Les règlements de 2010 et de 2012, tout comme la loi du 13 février 2018, ne viennent pas expliciter le critère du contrôle par d'autres moyens. Il convient ainsi de se référer au considérant (13) de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment qui énonce que « le contrôle par d'autres moyens peut, notamment, comprendre les critères de contrôle retenus aux fins de l'établissement des états financiers consolidés, tels que le pacte d'actionnaires, l'exercice d'une influence dominante ou le pouvoir de nommer les membres d'un niveau élevé de la hiérarchie ». Par ailleurs, la directive renvoie à l'article 22 de la directive 2013/34 UE du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels et transposée en droit luxembourgeois par la loi du 18 décembre 2015, reprenant entre autres ces critères.

37 Voir définition de l'article 2 (2) de la loi du 1<sup>er</sup> août 2001 concernant la circulation de titres.

38 concernant l'entrée en vigueur de la loi du 13 février 2018 portant notamment modification de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

39 Voir notamment considérants 12 à 14 et article 3 (6) de la directive.

40 Voir article 1<sup>er</sup> (2) du règlement grand-ducal.



Il est intéressant de noter que le bénéficiaire effectif de société n'implique pas les détenteurs de titres de créances, étant entendu que la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment et la loi du 13 février 2018 ne retiennent que la référence de la participation dans l'actionnariat. Du reste, la note interprétative de la recommandation 24 du GAFI sur la transparence et les bénéficiaires effectifs des personnes morales s'intéresse ainsi tout particulièrement aux actionnaires des sociétés et aux droits de vote qui leur sont conférés. Il en est de même pour le groupe Wolfsberg dans ses questions-réponses à propos des bénéficiaires effectifs dans le cadre de la banque privée. Les professionnels assujettis n'intégreront ainsi pas les détenteurs de titres de créance dans l'évaluation des bénéficiaires effectifs des sociétés.

Les seuils de participation dans l'actionnariat des sociétés qualifiant le bénéficiaire effectif sont portés à 25 pour cent des actions plus une ou une participation au capital de la société de plus de 25 pour cent, détenu directement par la personne physique ou indirectement via l'interposition d'une ou de plusieurs structures sociétaires. Les critères qui existaient préalablement à l'introduction de la loi du 13 février 2018 ne se trouvent donc que très légèrement modifiés et ne viendront pas modifier drastiquement les procédures de place. Les amendements du Parlement européen introduits dans le cadre des négociations sur la 5<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment souhaitaient introduire une modification des seuils de détention dans l'actionnariat à hauteur de 10%, mais cette modification n'a finalement pas été retenue.

L'une des nouveautés apportées par la loi du 13 février 2018, en vue d'établir l'identité du bénéficiaire effectif d'une société, consistera à désigner la « personne physique occupant la position de dirigeant principal » au sein de la société, seulement si tous les moyens possibles ont été épuisés et pour autant qu'il n'y a pas de motifs de suspicion quant à l'identification des bénéficiaires effectifs ayant atteint les seuils de participation, ou s'il n'est pas certain que la ou les personnes identifiées soient les bénéficiaires effectifs. D'aucuns peuvent s'interroger sur la signification précise de la fonction visée, en ce que celle-ci ne fait l'objet d'aucune définition dans la nouvelle loi, conduisant ce faisant à une incertitude juridique. La fonction peut-elle être celle exercée par le(s) membre(s) du conseil d'administration de la société concernée ou est-elle celle pratiquée par le(s) membre(s) du comité de direction de cette dernière ? Les règlements de 2010 et de 2012 n'apportent pas leurs lumières à cette réflexion. On peut à titre d'exemple renvoyer aux lignes directrices sur les bénéficiaires effectifs de l'autorité de contrôle prudentiel française (ACPR)<sup>41</sup> qui évoquent, dans les cas où il n'existe

aucun bénéficiaire effectif, « (...) la personne physique qui exerce, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration ou de direction ou sur l'assemblée générale de la société cliente ». Le document publié par le Comité de Bâle de la Banque des règlements internationaux en juillet 2015 sur les ouvertures de compte propose d'identifier le « senior managing official » s'il n'est pas possible de trouver d'autres formes de bénéficiaires effectifs de sociétés. Ce faisant, en l'absence d'orientations pratiques de place qui permettrait aux professionnels d'identifier avec certitude la fonction de dirigeant principal, la prudence est recommandée : une analyse au cas par cas devrait être entreprise par les professionnels dans cette quête d'identification du dirigeant principal.

#### *(ii) Les bénéficiaires effectifs des fiducies*

Tous les fiduciaires au sens de l'article 4 de la loi du 27 juillet 2003 devront obtenir et conserver « au lieu de leur siège, des informations sur les bénéficiaires effectifs de toute fiducie pour laquelle ils occupent la fonction de fiduciaire ». Ces informations incluront l'identité du constituant, du fiduciaire, du protecteur (le cas échéant), des bénéficiaires et enfin de toute autre personne physique exerçant un contrôle effectif sur la fiducie. Par opposition à l'identification du bénéficiaire effectif des sociétés-qui doivent dans tous les cas être des personnes physiques-, le fiduciaire devra donc identifier plusieurs catégories de bénéficiaires, personnes morales et physiques confondues. Si certains termes retenus dans la définition de bénéficiaire effectif par les auteurs du projet de loi méritent d'être revus au regard de la loi de 2003, par exemple l'utilisation du mot « protecteur » inspiré du fonctionnement des trusts anglo-saxons et inexistant dans le droit luxembourgeois, il n'empêcheront pas les fiduciaires de se plier à leurs obligations d'identification. La musique est cependant toute autre dans le cadre de l'émission fiduciaire d'instruments financiers où le fiduciaire aura les plus grandes difficultés à identifier le « bénéficiaire » des dites émissions.

Ainsi, le professionnel agréé/fiduciaire va émettre des obligations, appelées obligations fiduciaires, qui seront souscrites *in fine* par une catégorie d'investisseurs, autrement dit « des bénéficiaires » qui détiendront ces obligations fiduciaires. On peut d'ores et déjà relever que le fiduciaire émetteur, à qui incombe l'obligation d'obtention d'information, n'aura aucune interaction avec les bénéficiaires des obligations fiduciaires. En effet, une chambre de compensation (Clearstream ou Euroclear) s'interpose obligatoirement dans le mécanisme de l'émission fiduciaire afin de garantir le bon déroulement des transactions. La chambre de compensation va tout d'abord recueillir les obligations fiduciaires en son sein, ainsi que le paiement du souscripteur de l'investissement (appartenant à

41 Voir notamment annexe 8 des lignes directrices.

une catégorie d'investisseur) effectué via l'interposition d'une institution financière dont l'investisseur est client et nécessairement membre de la chambre de compensation. Ensuite, la chambre de compensation remet le paiement au fiduciaire qui n'est autre que l'établissement de crédit dûment agréé, auteur de l'émission, et va remettre le titre fiduciaire à l'institution financière partenaire en qualité de sous-dépositaire. Les établissements de crédit sous dépositaires des obligations fiduciaires inscriront alors les détails des investisseurs titulaires desdites obligations.

Des particularités du fonctionnement des émissions d'obligations fiduciaires ressortent donc une impossibilité pour le fiduciaire-émetteur d'identifier les bénéficiaires/ investisseurs *in fine* de l'émission fiduciaire, en raison de l'interposition de la chambre de compensation lors de l'émission initiale des titres ainsi que celle du sous-dépositaire qu'elle implique.

Quid des opérations réalisées suite à l'émission initiale des obligations, c.-à-d. celles opérées ex post sur le marché secondaire ? Dans ce cas de figure, après l'émission initiale des obligations fiduciaires, le fiduciaire émetteur n'intervient pas dans le marché secondaire des obligations. Il ne prend aucune part, n'a aucun contrôle, ni aucune information relative aux opérations effectuées sur les obligations fiduciaires. Les investisseurs souhaitant acquérir ces obligations fiduciaires passent eux aussi par des institutions financières (établissements de crédit), membres de la chambre de compensation. La chambre de compensation inscrit alors dans ses livres les membres qui détiennent les obligations fiduciaires. Lorsqu'un investisseur se porte acquéreur, ces institutions financières deviennent à leur tour sous-dépositaires des obligations fiduciaires émises par le fiduciaire. En raison de cette intermédiation/interposition, l'information relative à l'investisseur est détenue par l'institution financière sous dépositaire, le fiduciaire-émetteur restant étranger à toutes les opérations effectuées sur le marché secondaire. Il s'avèrera ainsi impossible pour ces fiduciaires émetteurs, en l'état actuel de la formulation du projet de loi n°7216, d'identifier l'investisseur bénéficiaire de l'obligation fiduciaire.

#### **b. Bénéficiaires de contrats d'assurance-vie**

L'article 3 (2ter) de la loi du 12 novembre 2004 impose notamment l'identification du bénéficiaire du contrat d'assurance-vie (nominativement ou via l'obtention de suffisamment d'informations) dans le chef des établissements de crédit et des établissements financiers.

Avant tout, il convient de ne pas faire un amalgame entre le bénéficiaire effectif tel qu'il est défini dans la loi du 12 novembre 2004 et le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie. Selon les articles 106 et

suivants de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, le preneur du contrat d'assurance-vie aura le droit de désigner un ou plusieurs bénéficiaires dont l'identité sera déterminable lorsque les prestations assurées deviendront exigibles.

Les nouvelles obligations d'identification envers les bénéficiaires de contrat d'assurance-vie telles qu'introduites par l'article susmentionné sont source d'insécurité juridique en ce que l'obligation d'identification ne devrait pas résider dans le chef des établissements de crédit, sauf s'ils jouent le rôle de courtier ou d'agent d'assurance<sup>42</sup>, mais bien dans le chef des établissements financiers et tout particulièrement des entreprises d'assurance au sens de l'article 13 (1) de la directive 2009/138/CE.

L'article 3 (2ter) de la loi de 2004 transposant littéralement l'article 13 (5) de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment prête à confusion en ce que son 4<sup>ème</sup> paragraphe énonce notamment, par référence aux établissements de crédit et aux établissements financiers, que « (...) la vérification de l'identité des bénéficiaires intervient au moment du versement des prestations ». Or, la loi ne précise pas en quelle qualité « l'établissement de crédit » serait concerné par cette disposition. Le seul rôle qui puisse exister pour l'établissement de crédit dans le cadre de l'assurance-vie avec une compagnie d'assurance, outre celui qu'il pourrait exercer en tant qu'intermédiaire institutionnel en assurances, est celui de banquier dépositaire. Ce dernier, conformément à l'article 117 de la loi du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances et à la lettre circulaire 16/9 du Commissariat aux Assurances, n'a aucun rôle ni aucun lien avec le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie ou le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie. En effet, il ne fait que conserver les actifs représentatifs des provisions techniques des entreprises d'assurance-vie qui appartiennent à l'assureur. Le client du banquier dépositaire est donc la compagnie d'assurance (« le déposant ») à laquelle appartiennent les actifs; cette relation est matérialisée dans une convention de dépôt tripartite entre le Commissariat aux assurances, la compagnie d'assurance et l'établissement de crédit dépositaire.

C'est uniquement l'assureur qui est en lien avec le client souscripteur du contrat d'assurance-vie et titulaire des droits du contrat d'assurance-vie. Par ailleurs, c'est à l'entreprise d'assurance, établissement financier au regard de la loi du 12 novembre 2004, à qui incombe l'obligation d'exécuter la prestation bénéficiaire du contrat d'assurance-vie, en cas de dénouement de ce dernier (c.-à-d. décès de la personne assurée ou arrivée à terme du contrat) et de procéder au versement des prestations<sup>43</sup>. L'entreprise d'assurance aura déjà procédé à l'identifica-

<sup>42</sup> Voir infra.

<sup>43</sup> Voir article 98 et suivants de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance : « des assurances de personnes »).

tion du bénéficiaire du contrat d'assurance-vie au moment du versement des prestations du contrat. Il n'appartient donc pas à la banque dépositaire, exclue des obligations relatives à l'exécution des prestations du contrat d'assurance-vie réservées à la compagnie d'assurance, d'identifier le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie.

Cette approche est d'ailleurs confirmée par les législateurs belge, britannique et français dans l'appareil législatif transposant les obligations professionnelles de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment, notamment son article 13(5). A titre illustratif, l'article 29 de la loi britannique « The money laundering, terrorist financing and transfer of funds regulations 2017 » dispose clairement que l'identification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie ne s'impose à l'établissement de crédit que s'il fournit au client le contrat d'assurance-vie (« (...) if the relevant person is providing a customer with a contract of long term insurance »).

Si l'on s'en réfère à cette formulation, il est évident que l'établissement de crédit dépositaire ne fournira jamais un contrat d'assurance-vie à un client, son rôle se cantonnant à la garde des actifs/provisions techniques de l'assureur, sauf si le banquier agit comme courtier ou agent d'assurance.

L'exposé des motifs de la loi belge du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces<sup>44</sup> rapporte que « l'article 24, alinéa 1<sup>er</sup> (transposant l'article 13, paragraphe 5, alinéa 1<sup>er</sup>, de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment) vise le cas très spécifique des contrats d'assurance-vie au sens de l'article 4, 25<sup>o</sup>, du projet de loi. C'est la raison pour laquelle un article spécifique lui est consacré. Il prévoit qu'en sus de leurs obligations d'identifier et de vérifier l'identité des clients, de leurs mandataires et de leurs bénéficiaires effectifs, les institutions financières qui concluent des contrats d'assurance-vie visés doivent identifier et vérifier l'identité des bénéficiaires de ces contrats (...) ». Ici encore, l'identification du bénéficiaire doit s'effectuer dans le chef de l'institut financier concluant les contrats d'assurance-vie, excluant de fait le banquier dépositaire.

Enfin, les articles L. 561-2-1 et L561-5 du Code monétaire et financier français introduits par l'ordonnance n°2016-1635 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 disposent qu'avant d'entrer en relation d'affaires avec leur client, les professionnels assujettis (« *personnes concernées* ») identifient le bénéficiaire du contrat d'assurance-vie « lorsque le client souscrit ou adhère à un contrat d'assurance-vie (...) ». Dans la logique française, il appartiendra alors à la compagnie d'assurance-vie, en sus de l'identification de son souscripteur/client, d'identifier le bénéficiaire

du contrat au moment de la conclusion du contrat. Il s'agit donc d'une obligation d'identification du bénéficiaire ex ante, excluant le banquier dépositaire qui reste étranger aux termes du contrat d'assurance-vie liant la compagnie d'assurance et son souscripteur.

L'article 3 (2ter) de la loi modifiée du 12 novembre 2004 explique également « qu'en cas de cession partielle ou totale à un tiers d'une assurance-vie ou d'un autre type d'assurance liée à des placements, les établissements de crédit et les établissements financiers ayant connaissance de cette cession identifient le bénéficiaire effectif au moment de la cession à la personne physique ou morale ou à la construction juridique qui reçoit pour son propre profit la valeur du contrat cédé ». La cession d'un contrat d'assurance-vie en unités de compte peut être, si autorisée par le droit qui régit le contrat, effectuée à deux fins : soit pour l'ingénierie patrimoniale, soit afin d'obtenir une garantie financière. Dans le premier cas de figure et particulièrement pour les assureurs vie opérant en libre prestation de services, une cession partielle des droits de rachat du contrat peut être mise en place au profit d'un tiers, souvent parent du souscripteur, qui aurait préalablement effectué une donation à ce dernier, étant entendu que cette donation avait été remployée dans le contrat d'assurance-vie. De plus, il est courant que les assureurs autorisent la cession des droits d'un contrat au profit d'un établissement de crédit qui vient accorder un crédit au souscripteur du contrat ; ledit établissement de crédit possédant ainsi un contrôle certain sur le contrat d'assurance dont il activera le droit de rachat en cas de défaut de paiement sur le crédit accordé au souscripteur-débiteur.

L'établissement de crédit dépositaire n'est pas informé par l'assureur des opérations de cession des droits intervenant sur le contrat dans le cadre d'un schéma patrimonial ; il ne l'est pas non plus dans le cadre d'une mise en garantie, sauf à être celui qui fournira le crédit au souscripteur, ainsi partie à un avenant tripartite au contrat d'assurance avec l'assureur et le souscripteur. Les établissements de crédit dépositaire ne seront donc pas concernés par cette disposition, sinon marginalement.

### *c. Mise en place des registres de bénéficiaires effectifs*

Les articles 30 et 31 de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment sont actuellement en cours de transposition par le législateur luxembourgeois respectivement dans le projet de loi n°7217 instituant un registre des bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités juridiques (le «REBECO») ainsi que dans le projet de loi n°7216 établissant un registre des fiducies. Il va sans dire que les deux projets de loi imposeront de nouvelles obligations aux acteurs financiers dans l'identification des bénéficiaires effectifs de

44 Voir article 24 de la loi.



leurs clients qu'ils domicilient s'ils offrent des services de domiciliation des sociétés, mais aussi, et surtout, en leur qualité de fiduciaire selon l'article 4 de la loi du 27 juillet 2003 sur les contrats fiduciaires. En effet, tout établissement de crédit, entreprise d'investissement, entreprise d'assurance (...) devra porter certaines informations<sup>45</sup> dans un registre des fiducies établi auprès de l'Administration de l'enregistrement et des domaines, tâche qui, en l'état du projet de loi, risque de s'avérer ardue, voire créatrice d'incertitude juridique compte tenu des termes retenus définissant la fiducie. En choisissant de transposer fidèlement les termes de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment, les auteurs du projet de loi retiennent que les informations de « toute fiducie dont le fiduciaire est établi au Luxembourg et qui génère des conséquences fiscales » devront figurer dans le registre. On peut donc légitimement s'interroger sur la question de savoir quel type de fiducie les fiduciaires devront retenir, étant entendu que le non-respect des obligations d'inscription serait frappé par d'éventuelles sanctions administratives imposées par l'Administration dans le chef de tout fiduciaire établi au Luxembourg.

En effet, il existe en pratique plusieurs types de fiducies présentant des caractéristiques et des finalités distinctes et pour lesquelles certains acteurs du secteur financier désignés par la loi agissent en tant que fiduciaires. L'article 8 de la loi se réfère par exemple à la fiducie conclue à des fins de garantie bancaire (fiducie-sûreté) où le fiduciaire affecte au fiduciaire un patrimoine venant garantir des créances nées ou à naître. Mais il existe aussi d'autres fiducies telles que la fiducie utilisée à des fins de gestion (fiducie-gestion) où le fiduciaire instruit le fiduciaire quant à l'emploi du patrimoine fiduciaire, gardant ce faisant un contrôle certain sur ce dernier, tout comme la fiducie-crédit ou la fiducie aux fins de placements financiers (dépôts fiduciaires) ou de portage de titres (fiducie-portage). Enfin, la fiducie peut également être utilisée en tant qu'instrument de gestion patrimoniale ou de planification successorale (fiducie-libéralité)<sup>46</sup>.

D'aucuns s'interrogent dès lors sur la notion de fiducie « qui génère des conséquences fiscales » telle qu'elle figure à l'article 13 du projet de loi, compte tenu des différentes formes de fiducies en présence. Bien que la directive ne précise pas ce qu'il faut entendre par conséquences fiscales, il serait opportun pour des raisons de sécurité juridique, soit de préciser dans le futur texte de la loi les situations qui doivent être visées, soit de simplement supprimer cette référence, étant entendu que le texte de la 5<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment tel qu'approuvé en assemblée plénière le 19 avril 2018 par le Parlement européen ne reprend plus ces termes.

Étant entendu que l'Administration de l'enregistrement et des domaines aura, le cas échéant, le pouvoir d'infliger des sanctions administratives à l'égard des fiduciaires / « personnes soumises à leur pouvoir de surveillance », il importe pour tous les professionnels concernés de connaître de manière précise le caractère et la portée de leurs obligations. Ainsi, le Conseil d'Etat exige que l'infraction en matière administrative soit soumise aux mêmes critères de précision que le délit pénal. Le Conseil d'Etat demande « une définition suffisamment précise et claire de l'incrimination, pour exclure tout arbitraire » ou pour « assurer la prévisibilité des sanctions attachées à un comportement précis »<sup>47</sup>. En l'état, les fiduciaires sont donc dans l'impossibilité de déterminer avec certitude l'étendue de leurs obligations, à la merci de décisions administratives potentiellement arbitraires. Il convient donc au législateur de déterminer avec précision le type de fiducie dont les informations devront figurer au registre afin de rétablir une sécurité juridique.

Quant au projet de loi n°7217 (dit « REBECO ») instaurant un registre des bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités juridiques géré par le groupement d'intérêt économique RCSL, les professionnels financiers, dans le cadre de leurs mesures de vigilance à l'égard de leur clientèle<sup>48</sup>, se verront réserver l'accès à un nombre limité d'informations du futur registre. Les auteurs du projet entendent par exemple exclure l'accès pour les professionnels à l'adresse privée/professionnelle précise des bénéficiaires effectifs résidants tant à Luxembourg qu'à l'étranger ou encore au numéro d'identification pour les personnes non résidentes, alors même que l'article 21 du règlement CSSF n°12-02 du 14 décembre 2002 impose à ces professionnels une identification des bénéficiaires effectifs incluant leur adresse. En sus, le projet de loi<sup>49</sup> exige que toute personne disposant d'un accès aux informations du registre informe sans délai le gestionnaire en cas de données erronées ou d'absence de tout ou partie des données. En d'autres termes, les professionnels assujettis devraient systématiquement recouper les informations dont ils disposent dans leurs bases de données avec celles existant dans le registre, alors même que cette disposition va au-delà de ce qui est exigé par la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment. Avec l'inflation réglementaire poussée que connaissent les acteurs du secteur et les coûts administratifs et financiers générés par celle-ci pour s'y conformer, on ne peut qu'espérer que le projet de loi ne maintienne pas cette position, étant cependant entendu que seules les entités immatriculées ou leurs mandataires pourront faire l'objet de sanctions pénales.

45 Voir article 14 (2) du projet de loi n°7216.

46 J-L. DASCOTTE, *la gestion patrimoniale luxembourgeoise dans le cadre de structure sociétaires et de la fiducie*, p.345-354, in *le droit patrimonial luxembourgeois, aspects civils et fiscaux*, Kluwer, 2012, 383 p.

47 G. WIVENES, les sanctions administratives au Luxembourg-contribution du Conseil d'Etat du Luxembourg, p.19-32, in *les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas – analyse comparée*, 64 p.

48 Voir article 12 (2) du projet de loi.

49 Voir article 8 du projet de loi.

## 2. La protection des données à caractère personnel

Dans sa circulaire 18/684, la CSSF « attire l'attention des professionnels sur le nouveau paragraphe 6 bis de l'article 3 de la loi de 2004 qui concerne le traitement des données à caractère personnel ». Cet article dispose en particulier que « le traitement des données à caractère personnel (...) est soumis à la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (...) ». En effet, les acteurs financiers, dans le cadre de leurs obligations de vigilance, effectuent des traitements de données à caractère personnel, c.-à-d. « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés, et appliquées à des données, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction » selon l'article 2 (r) de la loi de 2002. Cette loi définit aussi la donnée à caractère personnel comme toute information de quelque nature qu'elle soit et indépendamment de son support, y compris le son et l'image, concernant une personne identifiée ou identifiable (...). Les professionnels traitent ainsi quotidiennement les données personnelles de leurs prospects/clients et, le cas échéant, celles de leurs proches dans le cadre des mesures de vigilance à entreprendre à l'égard de la clientèle<sup>50</sup>.

Le Règlement général sur la protection des données va entrer en vigueur le 25 mai 2018 et la loi de 2002 sera abrogée. Ses dispositions sont nettement plus étendues que celles contenues dans la loi de 2002 et bien plus protectrices pour les personnes concernées qui verront surtout leurs droits accrus à l'égard de leurs données personnelles et par conséquent vis-à-vis de leurs banquiers. Il convient ainsi d'analyser les incidences de ce règlement au regard des exigences de la loi du 12 novembre 2004 telle qu'amendée. On peut se référer utilement aux définitions clés du Règlement qui vont remplacer celles de la loi de 2002<sup>51</sup>. Bien que la loi du 12 novembre 2004 se soumette expressément aux dispositions de la loi sur la protection des données, donc à celles du futur Règlement, certaines dissonances et contradictions entre les deux textes apparaissent, alors même qu'ils devraient être en harmonie, comme deux instruments jouant en sonate.

Le 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article 3, paragraphe 6 bis rappelle que « les professionnels communiquent aux nouveaux clients les informations requises en vertu de l'article 26, paragraphe (1), de la loi modifiée du

2 août 2002 avant de nouer une relation d'affaires ou d'exécuter une transaction à titre occasionnel ». Il s'agit ici pour les professionnels de respecter les obligations de transparence envers leurs clients, c.-à-d. le droit à l'information des personnes concernées quant au traitement de données entrepris par les établissements financiers, responsables du traitement au sens du Règlement. Les articles 13 et 14 du Règlement contiennent une liste exhaustive d'informations, à laquelle il n'est pas possible de déroger, que le banquier doit fournir à son client/prospect (personne concernée) préalablement au traitement de ses données personnelles. Pour ce faire, la loi du 12 novembre 2004 précise que « ces informations contiennent en particulier un avertissement général concernant les obligations légales des professionnels au titre de la présente loi en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel aux fins de la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme ». Certes, les responsables du traitement s'affaireront à esquisser des clauses de protection des données dans leurs conditions générales/particulières ou autres éléments contractuels dans des termes généraux à l'intention de leurs clients, mais n'est-ce pas là limiter les obligations de vigilance imposées aux professionnels aux seuls clients, sans tenir compte du fait que les acteurs financiers devront aussi obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs de la clientèle, le cas échéant traiter les données des personnes politiquement exposées incluant celles de leur famille ou des personnes connues pour leur être étroitement associées. Comment les banques pourront-elles ainsi délivrer en amont les informations de transparence aux personnes physiques qui ne souscrivent pas directement à leurs produits et/ou services financiers, quand bien même la loi du 12 novembre 2004 dispose que « le traitement de données à caractère personnel sur base de la loi est considéré comme une question d'intérêt public au titre de la loi modifiée du 2 août 2002 » et qu'il n'existe qu'une limitation au droit d'accès au profit des personnes concernées ?

Dans leurs relations d'affaires, les établissements de crédit pourront être amenés à traiter des catégories particulières de données au sens de l'article 9 du Règlement, c.-à-d. révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques, aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle. Il est en principe interdit pour les responsables du traitement d'exploiter ces données, sauf exception spécifique visée par le Règlement. L'une de ces exceptions consiste par exemple dans l'obtention du consentement explicite de la per-

50 Voir article 3 (2) de la loi du 12 novembre 2004.

51 Voir article 4 du Règlement.



sonne concernée. Cette exception est fort louable lorsqu'il s'agit du client-personne physique auquel est confronté le professionnel concerné et pour lequel ledit consentement explicite peut être sécurisé, mais bien plus délicate en présence de catégories particulières de données liées à des bénéficiaires effectifs ou des bénéficiaires de contrats d'assurance-vie. Deux problématiques semblent ainsi se présenter d'emblée aux professionnels concernés, à savoir (i) comment recueillir le consentement explicite des bénéficiaires d'un produit/service financier alors même qu'ils ne sont pas partie au contrat conclu avec l'établissement financier/l'établissement de crédit et (ii) la question de savoir si l'obtention du consentement explicite dudit bénéficiaire ne contreviendrait pas à l'esprit d'un investissement réalisé au profit d'un tiers (c.-à-d. à un bénéficiaire dont les données personnelles sont sensibles) et dont il ignore être bénéficiaire. Dans le cadre de l'assurance-vie en unités de compte offrant des véhicules d'investissements dédiés par exemple, le souscripteur du contrat, en vertu de la stipulation pour autrui, pourrait être amené à désigner un ou plusieurs bénéficiaires dont les données personnelles constituent une catégorie particulière au sens du Règlement. Aussi, en sus d'identifier les bénéficiaires du contrat d'assurance-vie conformément à la loi du 12 novembre 2004<sup>52</sup>, les établissements financiers devraient recueillir le consentement explicite de ces derniers et par conséquent les informer directement qu'ils sont bénéficiaires d'un contrat d'assurance-vie, alors même que dans la plupart des cas, les bénéficiaires ne sont informés par la compagnie d'assurance qu'au moment du dénouement du contrat, à savoir à son terme ou en cas de réalisation de l'événement assuré. De surcroît, l'obtention du consentement explicite dans le chef du bénéficiaire aux données personnelles particulières pourrait être qualifié par un juge comme l'acceptation du bénéfice du contrat par le bénéficiaire, lui octroyant ainsi des prérogatives substantielles sur le contrat.

L'un des piliers du Règlement a trait au principe de la minimisation des données collectées<sup>53</sup>, c.-à-d. que celles-ci devront être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées. Les professionnels réunissent ainsi les informations à l'égard de la clientèle afin de s'acquitter de leurs obligations de vigilance en vertu de la loi. Cependant, l'article 3 (2) a, de la loi du 12 novembre 2004 indique que « les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle comprennent l'identification du client et la vérification de son identité, sur la base de documents, de données ou d'informations de source fiable et indépendante ». Elle omet cependant d'indiquer avec précision quels documents devront

être utilisés par les professionnels en quête d'informations et de données sur leurs prospects/clients, laissant peser le risque d'une collecte de données personnelles trop importantes eu égard à la finalité poursuivie. Certes, le Règlement CSSF n°12-02 viendra apporter quelques précisions nécessaires sur les mesures d'identification et de vérification de l'identité à l'égard des clients, tout comme le Règlement grand-ducal du 1<sup>er</sup> février 2010, mais discrétion sera toujours laissée à l'établissement financier sur l'étendue des informations à réunir. Il existe de la sorte une antinomie entre le Règlement louant la minimisation des informations collectées et les procédures « onboarding/KYC » des praticiens visant à rassembler des informations substantielles sur leurs clients, même si strictement réunies aux fins de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

Aussi, le Règlement dit que les données personnelles doivent être « conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (...) ». Mais l'article 3 (6) de la loi du 12 novembre 2004 précise que les professionnels sont tenus de conserver les pièces justificatives et enregistrements de transactions qui sont nécessaires pour identifier ou reconstituer des transactions, pendant 5 ans après la fin de la relation d'affaires avec le client (...) ». Ce faisant, il appartiendra aux banquiers d'adapter leurs procédures internes afin de conserver ces données pour une telle durée. L'obligation qui existait avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 février 2018 était, elle, raisonnable, en ce qu'elle imposait une conservation des données cinq ans après la transaction, ne contrevenant donc pas à l'esprit du Règlement imposant une conservation liée à une finalité déterminée.

Sur le même registre et concernant l'exercice des nouveaux droits attribués par le Règlement aux personnes concernées<sup>54</sup>, l'article 3 (6bis) de la loi de 2004 prévoit que le responsable de traitement puisse limiter ou différer l'exercice du droit d'accès des personnes concernées dans certains cas de figure comme pour permettre aux professionnels ou à la cellule de renseignement financier d'accomplir leurs tâches conformément à la loi du 12 novembre 2004. Bien qu'aucune exception n'existe au regard du droit à la transparence, les professionnels géreront tant bien que mal les autres droits accordés à leurs clients, mais sans entraves substantielles. A toute demande de droit à l'oubli se verrait ainsi opposée par l'établissement financier l'obligation légale de conservation des données et des transactions conformément à la loi du 12 novembre 2004 telle que modifiée. Le droit à la portabilité, c.-à-d. la mise à disposition des données

52 Voir article 3 (2ter) de la loi.

53 Voir article 5 (1) c de la loi.

54 Voir articles 15 à 22 du Règlement.

que le client/prospect a lui-même communiquées à l'établissement de crédit (et non celles modifiées par le professionnel contenant une réelle plus-value) viendra certainement à être exercé par ce dernier, notamment dans le cadre d'une concurrence renforcée entre les acteurs de la finance. En ce qui concerne les droits d'opposition et de rectification, ceux-ci existaient déjà dans la loi du 2 août 2002<sup>55</sup>.

Enfin, les projets de loi n°7216 et n°7217 viendront instaurer des registres de bénéficiaires effectifs, tant pour les fiducies que pour les sociétés/entités juridiques. Dans cette optique, il est prévu que les autorités nationales aient accès aux informations des registres, ainsi que les professionnels concernant le registre des sociétés dans le strict cadre de l'exécution de leurs mesures de vigilance. Ces derniers veilleront ainsi à se conformer au principe de la finalité déterminée de la collecte desdites informations, conformément à la législation en vigueur en matière de protection des données à caractère personnel<sup>56</sup>.

## Conclusion

L'ensemble de ces règles fait indéniablement peser sur les professionnels des obligations extrêmement lourdes, conduisant à voir dans tout citoyen un blanchisseur potentiel. Ces textes portent une atteinte considérable aux libertés individuelles. Les citoyens de la population toute entière, dès lors qu'ils ont un premier contact avec un professionnel soumis à la législation anti-blanchiment, se voient questionnés, qualifiés, catégorisés, espionnés, et leurs données personnelles introduites dans des registres centralisés lorsqu'ils sont en outre définis comme bénéficiaires effectifs.

L'équilibre entre l'intrusion dans la vie privée et la recherche des criminels éventuels, entre l'utilisation de moyens d'exception en vue de la lutte contre la criminalité et l'application à tout citoyen de mesures de vigilance est extrêmement difficile à atteindre. Pourtant, la 4<sup>ème</sup> directive est pleine de bonnes intentions : « *un équilibre devrait être recherché entre, d'une part, les objectifs visant à protéger la société contre la criminalité et à sauvegarder la stabilité et l'intégrité du système financier de l'Union et, d'autre part, la nécessité de créer un environnement réglementaire qui permette aux entreprises de développer leurs activités sans avoir à encourir des coûts disproportionnés pour se conformer aux normes* ».

Si un tel équilibre n'était pas raisonnablement atteint, le poids engendré par une telle réglementation ne manquerait pas de devenir disproportionné et de conduire à de réelles intrusions dans la vie privée, sans que ceci conduise forcément à une meilleure efficacité de la prévention du blanchiment. Il est d'ores et déjà difficile de comprendre pour le citoyen moyen pourquoi son banquier a besoin de tant de renseignements pour la simple ouverture d'un compte bancaire. De quel droit le banquier doit-il s'immiscer dans la vie privée des individus ? L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de même que l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux visent à préserver le droit au respect de la vie privée. Seules certaines ingérences au nom de l'intérêt général peuvent permettre aux autorités publiques de limiter dans certaines circonstances le droit à la vie privée. Il n'en est absolument rien pour le banquier qui, même investi *de facto* du rôle d'auxiliaire de justice dans la recherche de potentiels infractions pénales, ne peut se permettre de s'immiscer dans la vie privée des individus dans le cadre de sa relation contractuelle avec son client. C'est pourquoi le devoir de vigilance doit rester cantonné dans des limites raisonnables sans verser dans l'excès. Un délicat exercice de proportionnalité et de justice doit s'opérer sans que le professionnel ne soit pris en défaut d'avoir respecté ses obligations professionnelles.

Néanmoins il semble que le législateur soit très peu sensible à ces inconvénients, qui peuvent être perçus comme de simples dommages collatéraux sans l'émouvoir quant aux moyens techniques et humains requis pour leur mise en œuvre, et que seule la finalité légitime de rechercher des criminels justifie l'ampleur des moyens à mettre en œuvre par les professionnels, ces derniers œuvrant finalement plus pour l'intérêt public que pour les intérêts privés de leurs clients.

Enfin, la quête de l'équilibre annoncée par la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment entre, d'une part, la sauvegarde de la stabilité et l'intégrité du système financier de l'Union et d'autre part, la nécessité de créer un environnement réglementaire qui permet aux entreprises de développer leurs activités sans avoir à subir des coûts disproportionnés pour se conformer aux normes est utopique. Le STATEC (c.-à-d. l'institut national de la statistique et des études économiques du Grand-Duché de Luxembourg) rappelle ainsi dans un communiqué du 25 avril 2018 que le recul de la valeur ajoutée de 3,3% du secteur financier au Luxembourg en 2017 s'explique principalement par la faible performance des banques en 2017, ces dernières ayant dû augmenter leurs dépenses pour s'adapter notamment à la digitalisation, mais aussi à la régulation croissante du secteur.

55 Voir articles 26 et 30 de la loi.

56 Voir article 4 (1) a, de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, ainsi qu'à l'article 5 (1) b, du règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.



## Responsabilité du banquier – règles de conduite – loi sur le secteur financier – faute contractuelle

Arrêt de la Cour de cassation de Luxembourg du 1<sup>er</sup> mars 2018 (n° 18/2018)

*La circonstance qu'une norme est édictée dans le but de protéger l'intérêt général n'exclut nullement que celle-ci puisse, au même titre, protéger les intérêts privés et donner lieu à indemnisation des particuliers lésés par la violation de cette règle.*

*La responsabilité du débiteur s'étend au dommage causé par l'inexécution de toute obligation imposée par la loi dans le cadre de la convention.*

### Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que X avait saisi le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, d'une action en responsabilité civile dirigée contre la Banque, aux fins de réparation du préjudice subi par suite du fait que dans le cadre d'un crédit lombard lui accordé par la Banque, celle-ci avait procédé de façon tardive à un appel de marges ; que le tribunal d'arrondissement avait déclaré la demande de X non fondée ; que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris en disant que les règles de conduite imposées aux banques par la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, invoquées par X, ne peuvent pas être opposées par les clients des banques dans leurs relations contractuelles avec celles-ci, que les règles générales de la responsabilité contractuelle doivent trouver application et qu'il n'y a pas eu faute dans le chef de la banque ;

### Sur le premier moyen de cassation :

*« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir - pour confirmer le jugement de première instance, rejeter les offres de preuve de M. X et condamner M. X aux dépens*

*- rejeté l'invocation par le demandeur en cassation des règles de conduite de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, et plus précisément des articles 37-3*

*(1) et 37-5 (1) de cette loi, dont M. X entendait se "prévaloir en justice ensemble avec les règles de droit commun de la responsabilité civile" (conclusions de M. X du 13 mai 2015, p. 8, alinéa 8) ;*

*aux motifs que les juges de première instance auraient retenu à juste titre que les règles de conduite édictées par la loi en question ne s'appliquaient pas en l'espèce; que la jurisprudence luxembourgeoise serait en effet "bien fixée" pour en exclure la prise en considération, puisque ces règles de conduite "sont conçues dans un intérêt général, traduisant sur un plan strictement disciplinaire les normes déontologiques à observer par les professionnels du secteur financier, et ne constituent*

*pas une règle légale permettant aux particuliers d'agir directement en justice en invoquant une violation de ces dispositions"; que cette exclusion de l'invocabilité des règles de conduite ne méconnaîtrait pas la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, qui renverrait purement et simplement au droit interne de chaque Etat membre en ce qui concerne les conséquences d'un point de vue contractuel des violations des règles de conduite ; et qu'"en droit interne luxembourgeois, les clients ne sont pas admis à invoquer les règles de conduite dans leurs relations contractuelles avec une banque, le respect de ces règles étant surveillé par la CSSF qui peut infliger des sanctions administratives en cas de violation",*

*alors que ce rejet de l'invocabilité des règles de conduite à l'appui d'une demande fondée sur les règles de droit commun de la responsabilité contractuelle, n'est compatible ni avec le texte de la loi du 5 avril 1993 du secteur financier, ni avec la directive 2004/39/CE transposée notamment par les articles 37-3 (1) et 37-5 (1) de cette loi, directive qui n'admet le renvoi à l'ordre juridique interne des Etats membres que sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité; que la directive est privée de toute effectivité par l'interprétation retenue par les juges du fond ;*

*que la circonstance qu'une norme soit également sanctionnée sur le plan administratif au moyen de sanctions administratives infligées par la CSSF n'exclut nullement qu'elle puisse, au même titre, protéger les intérêts privés et donner lieu à indemnisation des particuliers lésés par la violation de cette règle; que par conséquent, il convient d'interpréter les articles 37-3 (1) et 37-5 (1) de la loi du 5 avril 1993 précitée dans le sens qu'ils peuvent être invoqués par le demandeur en responsabilité civile aux fins de déterminer l'existence d'une faute commise par la banque au sens des règles de la responsabilité contractuelle; qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé les articles 37-3 (1) et 37-5 (1) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier en combinaison avec les règles*

*de la responsabilité contractuelle, à savoir les articles 1135 du Code civil - aux termes duquel les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que, entre autres, la loi donne à l'obligation d'après sa nature - et 1147 du même Code. » ;*

### **Sur la recevabilité du moyen qui est contestée :**

Attendu que la défenderesse en cassation soutient que le demandeur en cassation est sans intérêt à soulever le moyen, dès lors que les juges du fond ont retenu l'absence de toute faute dans son chef ;

Attendu que si la Cour d'appel avait déclaré les règles de conduite invoquées applicables au litige, elle aurait analysé l'existence d'une faute non seulement par application des règles générales de la responsabilité contractuelle, mais également en tenant compte du respect ou non, par la défenderesse en cassation, de ces règles de conduite ;

Que le demandeur en cassation a donc intérêt à soulever le moyen ;

Attendu que la défenderesse en cassation soutient encore que le moyen est sans pertinence, sinon inopérant, dès lors que les règles de conduite édictées par l'article 37-3, paragraphe 1, de la loi précitée, ayant trait aux services d'investissement et services auxiliaires, et par l'article 37-5, paragraphe 1, de la même loi, ayant trait à l'exécution d'ordres passés par le client, ne visent en rien le domaine du crédit lombard et les marges de couverture afférentes ;

Attendu que les juges d'appel n'ont pas examiné la question de savoir si les crédits lombards et les marges de couverture relèvent ou non des services d'investissement et services auxiliaires et de l'exécution d'ordres passés par le client ;

Que le moyen de défense soulevé par la défenderesse en cassation, impliquant l'examen de cette question, est partant mélangé de fait et de droit ;

Qu'il en suit qu'il est irrecevable ;

### **Sur le bien-fondé du moyen :**

Vu les articles 1135 et 1147 du Code civil et les articles 37-3, paragraphe 1, et 37-5, paragraphe 1, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ;

Attendu que la circonstance qu'une norme est édictée dans le but de protéger l'intérêt général n'exclut nullement que celle-ci puisse, au même titre, protéger les intérêts privés et donner lieu à indemnisation des particuliers lésés par la violation de cette règle ;

Attendu que la responsabilité du débiteur s'étend au dommage causé par l'inexécution de toute obligation imposée par la loi dans le cadre de la convention ;

Attendu qu'en refusant au demandeur en cassation, aux fins de déterminer l'existence d'une faute et d'y fonder une responsabilité contractuelle de la défenderesse en cassation, d'invoquer une norme légale au motif que celle-ci est édictée dans un but de protection de l'intérêt général, les juges d'appel ont violé les articles précités ;

Qu'il en suit que l'arrêt encourt la cassation ;

### **Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :**

Attendu que la défenderesse en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter ;

(Dispositif conforme aux motifs).



## Responsabilité du banquier – législation sur la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme – faute délictuelle

*Arrêt de la Cour de cassation de Luxembourg du 29 mars 2018 (n° 29/2018)*

*La preuve du respect de l'obligation de coopérer avec les autorités luxembourgeoises prévue par l'article 5 de la loi du 12 novembre 2004, précitée, impliquant l'obligation d'informer le procureur d'Etat de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment ou d'un financement de terrorisme, découle à suffisance du constat que la Banque avait effectué une déclaration d'opération suspecte au procureur d'Etat, dont le contenu, soulignant notamment la non-concordance entre le libellé des ordres de virement et l'objet social de la cliente de la banque et relevant que la société auprès de laquelle cette dernière avait déclaré avoir acheté une voiture, à la demande de X, semblait être liquidée, est cité dans l'arrêt, ainsi que du constat que la Banque s'était abstenue d'exécuter l'ordre de retrait de sa cliente dans l'attente de la décision du procureur d'Etat.*

*L'article 5 de la loi du 12 novembre 2004, précitée, prévoyant l'obligation de coopérer avec les autorités luxembourgeoises, impliquant celle d'informer le procureur d'Etat, n'oblige pas les professionnels y soumis à avertir leurs homologues étrangers de leur soupçon, fût-ce sur recommandation du procureur d'Etat.*

### Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que X avait actionné la Banque en responsabilité civile délictuelle devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour avoir exécuté deux ordres de virement qu'il avait faits, après y avoir été amené par des manœuvres frauduleuses d'escroquerie ayant trait à de faux objets en jade, au profit d'une cliente de la banque, la société A, ayant pour objet social le commerce de voitures, et pour avoir accepté que celle-ci prélève les fonds virés ; que le tribunal d'arrondissement avait déclaré la demande non fondée ; que la Cour d'appel avait confirmé le jugement entrepris ; que la Cour de cassation avait cassé cet arrêt ; que, sur renvoi, la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris au motif que la Banque avait satisfait aux obligations professionnelles lui incombant en vertu de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme ;

### Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation de la loi, plus précisément de l'article 1315 du Code civil, pour refus d'application de la loi, sinon fausse application de la loi, sinon fausse interprétation de la loi, en ce que la Cour d'appel a imposé la preuve d'un fait négatif à l'appelant,

En ce que l'arrêt attaqué a décidé que :

“La Banque a satisfait aux obligations lui ayant incombé sur base de l'article 5 de la loi du 12 novembre 2004 en ayant informé le Parquet de son soupçon et contacté les banques françaises pour rendre attentif à la discordance entre la destina-

tion des fonds telle que précisée par le libellé des virements et l'activité du commerce automobile de la société bénéficiaire des fonds”.

Aux motifs que :

“L'appelant n'établit pas que la Banque n'ait pas fourni au Parquet toutes les informations qui lui auraient permis de procéder au blocage de l'opération”.

Et que,

“L'appelant ne prouve pas que la Banque n'ait pas contacté la société B”.

Et que,

“L'appelant n'établit pas non plus que la Banque ait été au courant de condamnations au pénal ayant été prononcées à charge de son client A)”.

Alors qu'en imposant à plusieurs reprises à l'appelant de rapporter la preuve de faits négatifs, la Cour d'appel a violé l'article 1315 du Code civil de sorte que son arrêt encourt la cassation. » ;

Attendu que la preuve du respect de l'obligation de coopérer avec les autorités luxembourgeoises prévue par l'article 5 de la loi du 12 novembre 2004, précitée, impliquant l'obligation d'informer le procureur d'Etat de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment ou d'un financement de terrorisme, découle à suffisance du constat que la Banque avait effectué une déclaration d'opération suspecte au procureur d'Etat, dont le contenu, soulignant notamment la non-concordance entre le libellé des ordres de virement et l'objet social de la cliente de la banque et relevant que la société auprès de laquelle cette dernière avait déclaré avoir acheté une voiture, à la demande de X, semblait

être liquidée, est cité dans l'arrêt, ainsi que du constat que la Banque s'était abstenue d'exécuter l'ordre de retrait de sa cliente dans l'attente de la décision du procureur d'Etat ;

Attendu que les motifs critiqués, qui sont étrangers à ces constats, sont partant surabondants ;

Qu'il en suit que le moyen est inopérant ;

### Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de l'insuffisance de motifs constitutive d'un défaut de base légale au regard des articles 1382 et 1383 du Code civil en combinaison avec l'article 3, respectivement 5 de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (ci-après "la Loi du 12 novembre 2004") ».

En ce que l'arrêt attaqué a déclaré l'appel non fondé, et a débouté X de ses demandes.

Que l'arrêt a estimé que la banque n'avait pas commis de faute, respectivement de manquement, d'imprudence ou de violation d'une obligation légale, réglementaire ou prudentielle, aux motifs que :

"Un manquement aux obligations lui imposées dans le cadre de son obligation de vigilance à l'égard de la clientèle par l'article 3 de la loi du 12 novembre 2004, l'obligation d'identification du client et du bénéficiaire, l'obtention d'informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires, l'exercice d'une vigilance constante sur l'origine des fonds, une attention particulière à toute activité paraissant particulièrement susceptible, par sa nature, d'être liée au blanchiment ou au financement du terrorisme, n'est, eu égard à l'attention prêtée par la Banque à l'opération en cause et aux contrôles et recherches par elle opérés, pas établi",

"La Banque a satisfait aux obligations lui ayant incombé sur base de l'article 5 de la loi du 12 novembre 2004 en ayant informé le Parquet de son soupçon et contacté les banques françaises pour rendre attentif à la discordance entre la destination des fonds telle que précisée par le libellé des virements et l'activité du commerce automobile de la société bénéficiaire des fonds".

Alors que l'article 1382 du Code civil dispose que :

"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer"

Et que l'article 1383 du Code civil prévoit que :

"Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

Que toute violation d'une obligation légale (au sens large) est constitutive d'une faute civile.

Et alors que, dans le cas d'espèce :

**première branche**, la Cour d'appel a négligé une partie des constatations de fait qu'elle aurait dû faire pour juger correctement l'affaire dès lors qu'il y avait violation de l'article 3 de la Loi du 12 novembre 2004, et donc une faute civile au sens de l'article 1382 du Code civil sinon une imprudence au sens de l'article 1383 du Code civil ;

**seconde branche**, la Cour d'appel a négligé une partie des constatations de faits qu'elle aurait dû faire pour juger correctement l'affaire dès lors qu'il y avait violation de l'article 5 de la Loi du 12 novembre 2004, et donc faute civile au sens de l'article 1382 du Code civil sinon une imprudence au sens de l'article 1383 du Code civil. » ;

Attendu qu'en vertu de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, ce en quoi la décision encourt le reproche allégué ;

Attendu que les deux branches du moyen ne précisent pas les constatations de fait que la Cour d'appel aurait négligé de faire ;

Qu'il en suit que le moyen est irrecevable ;

### Sur le troisième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 89 de la Constitution luxembourgeoise et de l'article 249 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile pour contradiction de motifs,

En ce que l'arrêt attaqué a décidé que :

"X ne justifie pas ainsi d'un manquement de la Banque à une obligation prudentielle précise ni surtout sur base de quelle obligation prudentielle la Banque aurait dû s'abstenir d'exécuter la transaction."

Aux motifs que :

"La Banque a satisfait aux obligations lui ayant incombé sur base de l'article 5 de la loi du 12 novembre 2004 en ayant informé le Parquet de son soupçon et contacté les banques françaises pour rendre attentif à la discordance entre la destination des fonds telle que précisée par le libellé des virements et l'activité du commerce automobile de la société bénéficiaire des fonds".

Alors que l'article 89 de la Constitution et l'article 249 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC obligent la Cour d'appel à motiver sa décision.

Que la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs.

Qu'en l'espèce, la Cour d'appel a jugé que :

“la Banque a informé le Parquet de son soupçon au sujet de la transaction en cause et qu'elle a pris contact avec la banque aussi bien qu'avec la société B, selon la déclaration d'un témoin, laquelle n'est pas contredite par la déclaration de l'employé de la société B, qui a déclaré ne pas avoir eu de contact avec la Banque, puisqu'il a ajouté à cette déclaration l'explication qu'il n'a rien inscrit à ce sujet, ce qui ne prouve pas le défaut de communication de la part de la Banque”.

Que l'arrêt qui constate dans un même temps qu'un employé a bien déclaré ne pas avoir eu de contact avec la Banque dès lors qu'il n'avait rien inscrit à ce sujet, pour en conclure ensuite que cela ne prouvait pas le défaut de communication de la part de la Banque, est entaché de contradiction et partant, viole les dispositions de l'article 89 de la Constitution et 249 alinéa 1 du NCPC. » ;

Attendu que l'article 5 de la loi du 12 novembre 2004, précitée, prévoyant l'obligation de coopérer avec les autorités luxembourgeoises, impliquant celle d'informer le procureur d'Etat, n'oblige pas les professionnels y soumis à avertir leurs homologues étrangers de leur soupçon, fût-ce sur recommandation du procureur d'Etat ;

Attendu que les motifs critiqués de l'arrêt attaqué sont dès lors surabondants ;

Qu'il en suit que le moyen tiré d'une contradiction de motifs est inopérant ;

### **Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :**

Attendu qu'il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens ; qu'il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.000 euros.

(Dispositif conforme aux motifs).





## Responsabilité du banquier – web banking – investissements en bourse – profil d'investisseur – obligation d'information

*Arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg (4e chambre) du 18 avril 2018 (rôle n° 43767)*

*L'information du client est un élément essentiel dans le cadre de la philosophie de protection de l'investisseur prônée par la directive MiFID : cette information doit permettre au client non seulement de prendre des décisions en connaissance de cause mais également d'apprécier la qualité du service qui lui est fourni. Dans un souci de protection des clients, les établissements de crédit et les entreprises d'investissements qui fournissent des services d'investissements à leurs clients sont obligés de s'informer au mieux sur les besoins de leurs clients et sur leur degré d'expérience et d'expertise avant la prestation de services et en retour d'informer au mieux ces derniers sur leurs opérations exécutées pour leur propre compte. Ceci leur permet de classer leurs clients en clients de détail et en clients professionnels. Cette distinction est l'élément de départ pour identifier les besoins du client, sa connaissance et son expérience en matière d'instruments financiers adéquats et d'évaluer le niveau de transparence et d'information requis pour ce type de client. Les clients de détail étant pour la plupart des novices, ils bénéficient d'un niveau de protection plus élevé que les clients professionnels.*

*Dès lors que les obligations imposées par la loi et le règlement aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement édictées dans un but de protection du client doivent être exécutées dans le cadre d'une relation précontractuelle voire contractuelle entre la Banque et son client ou client potentiel, ce dernier, en tant que créancier de l'obligation est en droit de voir reconnaître ses droits de nature civile par les juridictions compétentes, pour autant que ceux-ci n'ont pas été respectés.*

*Il convient d'en conclure que le client peut invoquer les dispositions légales et réglementaires pertinentes, édictées dans son intérêt, et engager une action judiciaire en invoquant la violation par les établissements de crédit et les entreprises d'investissement des obligations en découlant.*

*Le manquement du prestataire de service d'investissements à ses obligations professionnelles peut en conséquence constituer une faute civile de nature à engager sa responsabilité envers son client.*

*L'obligation de prévenir, d'aviser ou d'informer le client est une obligation accessoire au contrat de dépôt de titres. Si cette obligation englobe celle de mettre en garde le client de façon générale, elle n'englobe cependant pas l'obligation d'information sur l'opportunité d'acquérir tel ou tel titre. Ainsi, dans le cadre d'une gestion simple comme en l'espèce, le client gère personnellement son portefeuille en passant lui-même les ordres afférents ou en donnant des instructions à cet effet au professionnel. Tous les conseils prodigués par la Banque n'ont d'autre but que d'éclairer le client sur l'opération à effectuer, le choix de la décision finale incombant toujours au client.*

*Le fait qu'un investissement boursier a tourné au préjudice du client ne saurait être reproché à la Banque.*

*En raison des aléas boursiers, il n'est pas permis, en l'absence d'une faute caractérisée dans le chef d'une banque d'engager la responsabilité de celle-ci pour ne pas avoir réussi à vendre les titres dont la valeur a fortement baissé.*

### La Cour d'appel

Le litige procède d'un contrat d'utilisation du service « web banking » souscrit le 9 mars 2005 par A auprès de la société anonyme Banque.

Par acte d'huissier de justice du 10 août 2015, A a fait assigner la Banque à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de l'entendre condamner à lui payer 19.279,96 € à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel subi en raison des fautes commises par la Banque, avec les intérêts tels que de droit à partir de la demande en justice jusqu'à solde et une indemnité de procédure de 10.000 €.

En cours de procédure, il a encore demandé la condamnation de la Banque au paiement de

10.000 € à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral subi.

A l'appui de sa demande, A a exposé qu'il avait acheté vers la fin de l'année 2009 des titres via le service « web banking » de Banque et que les actions achetées auraient affiché pour la plupart une valeur comprise entre 0,01 € et 0,02 € à l'achat. Le 7 novembre 2012, il aurait approché la Banque pour lui expliquer qu'il serait dans l'impossibilité de vendre les titres et ce depuis quelques semaines. La Banque lui aurait annoncé que les ordres n'auraient pas été exécutés car il n'y aurait pas eu d'acheteur tandis qu'elle aurait expliqué à la Commission de Surveillance du Secteur Financier (ci-après CSSF) que sa plate-forme électronique ne permettrait pas de traiter une opération de vente de titres qui seraient sans valeur ou qui auraient une valeur infé-

rieure à 0,01 €. Le défendeur a encore soutenu que l'ensemble des titres acquis en 2009 aurait été retiré de la vente par la Banque.

A a reproché à la Banque d'avoir gravement manqué à son devoir d'information et de conseil, étant donné qu'elle ne l'aurait pas informé en 2009 que les titres proposés avaient une très forte volatilité et qu'ils n'auraient pas été appropriés à son profil d'investisseur qui avait été qualifié de « défensif » par la Banque. Celle-ci aurait également eu une attitude dolosive à son égard pour ne pas l'avoir mis en garde au moment de l'achat des titres qu'ils n'étaient pas susceptibles de revendre.

Au vu des fautes commises par la Banque, A a soutenu avoir subi un préjudice matériel de 19.279,96 € et un préjudice moral de 10.000 €.

La responsabilité de la Banque a été recherchée, principalement, sur la base contractuelle et notamment sur le fondement des articles 1134 et 1135 du Code civil, et, subsidiairement, sur la base délictuelle, et plus précisément sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Par jugement du 13 mai 2016, le tribunal a reçu la demande sur base de la responsabilité contractuelle, l'a dit non fondée, a déclaré la demande irrecevable sur la base délictuelle, a dit non fondées les demandes en allocation d'indemnités de procédure et a condamné A aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, il a constaté qu'en ayant signé le 9 mars 2005 un contrat d'utilisation du service « web banking », A avait reconnu avoir reçu et accepté les conditions générales de ce contrat. Il a retenu que le client avait dès lors été informé que les informations financières ne sont transmises qu'à titre indicatif et ne sauraient en aucun cas engager la Banque.

Il a encore relevé qu'en se connectant le 9 novembre 2009 sur le site internet de la Banque, A s'était vu notifier le message que la Banque ne délivre pas de conseil en investissement pour les ordres de bourse transmis via « web banking », mais que le client avait la possibilité de s'adresser directement à une agence pour bénéficier d'un conseil et que par ailleurs il avait été invité à créer son profil d'investisseur.

Le tribunal a encore retenu que la Banque avait satisfait à son obligation d'information, étant donné qu'elle avait mis son client en garde que les opérations en bourse présentaient un aléa et qu'il lui était loisible de se faire conseiller en contactant une agence de son choix.

La juridiction de première instance a ensuite relevé qu'il appartenait à A de rapporter la preuve d'une faute lourde ou dolosive dans le chef de la Banque.

L'argumentation du demandeur que la faute lourde de la Banque aurait consisté dans le fait de ne pas l'avoir informé que les actions acquises n'étaient

pas en adéquation avec son profil d'investisseur a été rejetée. Le tribunal a tout d'abord constaté qu'en ayant créé son profil d'investisseur, A avait répondu connaître les fonds d'investissement et les actions. Il a ensuite noté que le défendeur s'est limité à affirmer qu'il avait acheté fin 2009 un ensemble de titres et que « les actions achetées comportaient pour la plupart une valeur comprise entre 0,01 et 0,02 centimes d'euros à l'achat » tout en étant resté en défaut de fournir le moindre élément permettant de vérifier les dates, quantités et prix des produits prétendument achetés en 2009.

En l'absence de ces éléments, le tribunal a retenu qu'il lui était impossible de porter une appréciation quant au reproche formulé.

Les juges de première instance ont ensuite relevé que A avait acheté les titres en 2009 de sa propre initiative et que si en principe le banquier a un devoir de conseil en cas d'une évidence de comportement irrationnel ou gravement téméraire du client, tel n'était pas le cas en espèce, face à un client qui avait déclaré se connaître en « Actions » et qui avait investi de sa propre initiative dans des titres sans avoir sollicité le moindre conseil de la part de son banquier. Le tribunal en a déduit que le défendeur était manifestement animé par un esprit de pure spéculation et devait être conscient de ses actes.

Le reproche fait par A à la Banque d'avoir eu un comportement dolosif en ce qu'elle aurait permis l'acquisition de titres non susceptibles d'être revendus a également été rejeté. Le tribunal a relevé que le fait que les titres acquis en 2009 avaient perdu de valeur et qu'ils n'étaient plus susceptibles d'une revente via la plateforme électronique de la Banque en 2012 ne caractérisait pas un comportement dolosif de la Banque, mais constituait un aléa lié au marché boursier.

La demande de A a en conséquence été rejetée. Les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure ont été rejetées et A a été condamné aux frais et dépens de l'instance.

Par acte d'huissier de justice du 30 juin 2016, A a régulièrement relevé appel de ce jugement qui lui a été signifié le 25 mai 2016.

L'appelant conclut par réformation à voir dire que la Banque a commis des fautes lourdes et à la voir condamner, suivant le dernier état de ses conclusions, à lui payer la somme de 20.492,41 € au titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel subi et de 10.000 € en réparation du préjudice moral subi.

La Banque sollicite la confirmation du jugement entrepris.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure.

## Discussion

A fait grief au tribunal de ne pas avoir retenu que la Banque a manqué à son obligation légale d'information, étant donné qu'elle ne lui aurait fourni ni des informations relatives aux instruments financiers qu'elle a proposés ni des renseignements relatifs aux risques liés à l'acquisition de ces produits caractérisés par une forte volatilité. S'agissant d'une obligation d'information générale mise à charge de tout prestataire de service d'investissement, l'appelant argumente que la Banque aurait dû lui fournir ces informations de manière spontanée, de sorte qu'il ne saurait être exigé de l'investisseur potentiel qu'il se rende en agence pour obtenir les informations relatives aux investissements qu'il souhaite effectuer.

L'appelant critique encore le tribunal de ne pas avoir retenu que la Banque aurait manqué à son obligation légale de mise en garde, étant donné qu'elle ne l'aurait pas averti que les titres acquis en 2009 n'auraient, en raison de leur forte volatilité, pas été appropriés à son profil d'investisseur qui avait été qualifié de « défensif ». La Banque aurait encore commis une faute pour ne pas avoir automatiquement bloqué la passation des ordres de bourse effectués en 2009 qui ne correspondaient pas à son profil d'investisseur.

L'appelant ajoute encore que les simples messages affichés par la Banque sur son site « web banking » qu'elle ne donne pas des informations relatives à l'achat des titres sur internet ne saurait être qualifié d'avertissement imposé par la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

A se prévaut encore de l'article 17 (5) de la directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 (MiFID II) et du règlement 600/2014 du 15 mai 2014 (MiFIR) visant à combler les lacunes dans la réglementation des marchés financiers révélées par la crise financière de 2008, imposant aux entreprises d'investissements fournissant un accès électronique direct à une plateforme de négociation, de disposer de systèmes et contrôles efficaces. L'intimée n'aurait pas disposé d'un tel système de contrôle, de sorte que les clients auraient pu accéder à l'ensemble des instruments financiers et services proposés par la Banque, y compris à ceux qui ne leur sont pas appropriés. En l'absence d'un tel système de contrôle, l'appelant estime que le service « web banking » de la Banque qui ne remplit pas les conditions prescrites par la directive MiFID II « devrait être interdit ».

### I. Quant au comportement de la Banque à l'époque de la passation des d'ordres d'achats de titres en 2009

Le 9 mars 2005, A avait souscrit auprès de la Banque « un contrat d'utilisation du service web banking ». Le contrat en question indique que « l'utilisateur a été spécialement rendu attentif à l'article 10 relatif

à la preuve ainsi qu'aux articles 4 al.3 ; 7 al.1 et 5 et article 11 relatifs notamment aux clauses exclusives et limitatives de responsabilité et à l'article 14 relatif à la compétence judiciaire et déclare les accepter expressément » (pièce n° 1 de l'intimée). L'appelant ne conteste pas avoir accepté les conditions générales « contrat d'utilisation du service web banking » annexées au contrat du 9 mars 2005.

Il convient tout d'abord de constater que l'appelant n'a pas conclu avec la Banque un contrat de gestion discrétionnaire, voire de gestion assistée, de sorte que le rôle de l'intimée se limitait à l'exécution des ordres lui donnés par le client.

Lors d'une connexion en date du 9 novembre 2009, à 13:51:28, A s'était vu notifier le message suivant :

« Chère cliente,

*Cher client,*

*Nous vous informons que la Banque ne délivre pas de conseil en investissement pour les ordres de bourse transmis via Web Banking. Pour bénéficier d'un conseil, nous vous suggérons de vous adresser directement à votre agence ».*

Le même jour à 13:51:31, il s'est vu notifier le message suivant :

« Chère cliente,

*Cher client,*

*Vous n'avez pas encore défini votre Profil Investisseur. Parce qu'un bon investissement est celui qui vous convient, nous vous encourageons à déterminer votre profil investisseur pour investir au plus juste de votre situation, de vos projets, de votre prise de risque. Grâce à votre profil, nous vous aiderons à juger si un investissement vous convient ou non. Si vous souhaitez le définir maintenant, sélectionnez « Créer mon profil » ci-dessous ou cliquez sur l'onglet « Mes Comptes » puis sur « Mes Avoirs » ».*

Le 9 novembre 2009 à 13:59, A avait déterminé son profil en ayant répondu sur internet à un questionnaire intitulé « Votre connaissance et votre expérience en matière d'investissements ». Il en est résulté un profil d'investisseur défensif, défini comme suit :

« Vous donnez la préférence aux investissements dont le rendement est stable et connu d'avance. Vous visez des investissements qui vous permettent de viser un rendement supérieur tout en profitant de la protection de votre capital. Vous souhaitez investir principalement en EUR. Le portefeuille « Défensif » est composé en majeure partie de placements obligataires diversifiés et une petite partie est investie en actions ».

Un document automatique intitulé « *mifidinvestor-ProfileCreated* » enregistré le 9 novembre 2009 à 13:59 avait résumé que « le client a créé son pro-



*fil MiFID avant de passer un ordre de bourse, que le résultat du profil est défensif et que le client a accepté ce résultat (pas d'opting down) et que le client a indiqué, dans son profil, qu'il connaissait les actions et les fonds » (pièces n° 3 - 6 de l'intimée).*

Le contrat conclu avec la Banque datant du 9 mars 2005 et les opérations d'achat de titres par A ayant été effectués en novembre 2009, le comportement de la Banque au moment de la passation des ordres de bourse ne saurait être examiné au regard de dispositions qui n'étaient pas encore en vigueur au moment des faits qui lui sont reprochés mais au regard de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers qui a modifié la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier (ci-après la loi modifiée sur le secteur financier) et transposé la directive 2004/39/CE concernant les marchés d'instruments financiers (ci-après la directive MiFID) et la directive 2006/73/CE portant mesures d'exécution de la directive MiFID imposant aux entreprises d'investissements et aux établissements de crédit plusieurs obligations en matière d'information du client. La loi et le règlement transposant la directive MiFID sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2007.

L'intimée fait en conséquence à juste titre plaider que les dispositions de la directive MiFID II, applicables depuis le 3 janvier 2018, sont inapplicables à la période susvisée.

Quant à l'obligation d'information à charge d'un établissement de crédit, les informations sont de différents types et doivent être transmises à différents stades de la relation avec le client. Leur portée varie selon la qualité du destinataire, autrement dit en fonction de la catégorie dont relève le client et de la nature du service fourni.

L'information du client est un élément essentiel dans le cadre de la philosophie de protection de l'investisseur prônée par la directive MiFID : cette information doit permettre au client non seulement de prendre des décisions en connaissance de cause mais également d'apprécier la qualité du service qui lui est fourni. Dans un souci de protection des clients, les établissements de crédit et les entreprises d'investissements qui fournissent des services d'investissements à leurs clients sont obligés de s'informer au mieux sur les besoins de leurs clients et sur leur degré d'expérience et d'expertise avant la prestation de services et en retour d'informer au mieux ces derniers sur leurs opérations exécutées pour leur propre compte. Ceci leur permet de classer leurs clients en clients de détail et en clients professionnels. Cette distinction est l'élément de départ pour identifier les besoins du client, sa connaissance et son expérience en matière d'instruments financiers adéquats et d'évaluer le niveau de transparence et d'information requis pour ce type de client. Les clients de détail étant pour la

plupart des novices, ils bénéficient d'un niveau de protection plus élevé que les clients professionnels (Chronique de droit bancaire et financier 2007 et 2008, 2009/5, p.265-289 ; Revue bancaire et financière, 2007/7, p.421-428 : L'information du client dans le cadre de la directive MiFID).

Aux termes de l'article 37-3 (1) de la loi modifiée sur le secteur financier, « lorsqu'ils fournissent à des clients des services d'investissement et, le cas échéant, des services auxiliaires, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement doivent agir d'une manière honnête, équitable et professionnelle qui serve au mieux les intérêts desdits clients et doivent se conformer, en particulier, aux principes énoncés aux paragraphes (2) à (8).

Suivant l'article 37-3 (2), « toutes les informations, y compris publicitaires, adressées par l'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissement à des clients et à des clients potentiels, doivent être correctes, claires et non trompeuses. Les informations publicitaires doivent être clairement identifiables en tant que telles ».

L'article 37-3 (3) impose aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement de « communiquer aux clients et aux clients potentiels des informations appropriées sous une forme compréhensible sur: – l'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissement et ses services, – les instruments financiers et les stratégies d'investissement proposées, ce qui doit inclure des orientations et des avertissements appropriés sur les risques inhérents à l'investissement dans ces instruments ou à certaines stratégies d'investissement, – les systèmes d'exécution, et – les coûts et frais liés, pour permettre raisonnablement aux clients ou clients potentiels de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposés ainsi que les risques y afférents et, par conséquent, de prendre des décisions en matière d'investissement en connaissance de cause. Ces informations peuvent être fournies sous une forme standardisée.

L'ensemble de ces informations doit avoir été transmis au donneur d'ordre avant la délivrance du premier ordre.

Dès lors que les obligations imposées par la loi et le règlement aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement édictées dans un but de protection du client doivent être exécutées dans le cadre d'une relation précontractuelle voire contractuelle entre la Banque et son client ou client potentiel, ce dernier, en tant que créancier de l'obligation est en droit de voir reconnaître ses droits de nature civile par les juridictions compétentes, pour autant que ceux-ci n'ont pas été respectés.

Il convient d'en conclure que le client peut invoquer les dispositions légales et réglementaires per-



tinentes, édictées dans son intérêt, et engager une action judiciaire en invoquant la violation par les établissements de crédit et les entreprises d'investissement des obligations en découlant (Cour d'appel, 25 février 2015, n°39014 du rôle).

Le manquement du prestataire de service d'investissements à ses obligations professionnelles peut en conséquence constituer une faute civile de nature à engager sa responsabilité envers son client.

A argumente que la Banque a manqué à son obligation d'information et à son devoir de mise en garde. La Banque ne lui aurait fourni aucune information relative aux instruments financiers proposés et à leurs risques. Elle ne l'aurait pas non plus averti que les titres en question présentaient une forte volatilité.

L'obligation d'information consiste en une information objective et claire sur les produits proposés par une banque, alors que l'obligation de mise en garde s'apparente davantage à une information spécifique en fonction du profil du client et des risques des produits.

Il importe de rappeler que dans le cadre du questionnaire rempli par A via le site internet de la Banque, avant d'avoir passé les ordres d'achat de titres, l'appelant avait coché la case 1 A, déclarant ainsi « connaître » les fonds d'investissements et les actions. Le questionnaire intitulé « votre connaissance et votre expérience en matière d'investissement » mentionnait que « connaître signifie que vous avez déjà une bonne idée des risques et du rendement attendu de ce type d'investissement ».

L'obligation de prévenir, d'aviser ou d'informer le client est une obligation accessoire au contrat de dépôt de titres. Si cette obligation englobe celle de mettre en garde le client de façon générale, elle n'englobe cependant pas l'obligation d'information sur l'opportunité d'acquiescer tel ou tel titre. Ainsi, dans le cadre d'une gestion simple comme en l'espèce, le client gère personnellement son portefeuille en passant lui-même les ordres afférents ou en donnant des instructions à cet effet au professionnel. Tous les conseils prodigués par la Banque n'ont d'autre but que d'éclairer le client sur l'opération à effectuer, le choix de la décision finale incombant toujours au client.

Les opérations critiquées par A concernent des ordres d'achat de titres passés en 2009 via le site « web banking » de la Banque.

Il convient d'abord de constater que l'appelant reste également en appel en défaut de fournir des précisions tant en ce qui concerne la nature que l'évolution de la valeur des titres qui lui avaient été proposés par la Banque. A défaut de ces renseignements, la Cour n'est pas en mesure d'apprécier le reproche fait à la Banque que les titres proposés

par celle-ci n'auraient pas été appropriés au profil d'investisseur défensif de l'appelant.

La Banque établit au regard des pièces versées que si le client devait poser un ordre de bourse qui ne correspond pas à son profil d'investisseur, l'exécution de l'ordre de bourse via internet est bloqué et le message suivant s'affiche sur l'écran :

*« D'après nos informations, vous ne disposez pas de la connaissance /expérience suffisante sur ce type de produits. Si vous souhaitez mettre à jour votre connaissance/expérience, contactez votre agence pour compléter votre profil investisseur »* (pièce n° 10 de l'intimée).

Dans le cas d'espèce, ce message, destiné à protéger les clients, ne s'est pas affiché.

Il importe ensuite de rappeler que la Banque avait par courriel du 9 novembre 2009 à 13 :51 :28 informé le client qu'elle ne délivre pas de conseil en investissement pour les ordres de bourse transmis via « web banking » et que pour bénéficier d'un conseil, le client devait s'adresser directement à son agence, ce que A n'a pas fait.

Il est vrai que l'article 37-3 de la loi modifiée du 13 juillet 2007 sur le secteur financier impose aux établissements de crédits et aux prestataires de services d'investissements de fournir des informations publicitaires quant aux produits financiers proposés et que ces informations doivent être correctes, claires et non trompeuses.

Aucun texte de loi n'impose toutefois la publication de ces informations sur internet.

Il n'est ensuite pas contesté que le disclaimer affiché en bas de chaque ordre de bourse effectué via le « web banking » indiquait ce qui suit :

*« Les informations diffusées sont fournies à titre purement indicatif. Elles ne constituent ni une recommandation, ni une offre, ni une sollicitation à la vente, à l'achat ou à la souscription de tout instrument financier. Elles n'ont aucune valeur de conseils de gestion, financière, en investissement, de couverture, de négociation, (...) »*

*Les opérations sur instruments financiers exigent une connaissance des réglementations en vigueur, du fonctionnement des marchés ainsi que des risques inhérents. Il est nécessaire de recueillir toutes les informations nécessaires et recommandé de demander l'avis de conseillers professionnels en la matière ainsi que de prendre connaissance du panorama de l'investisseur (document consultable sur le site de la Banque et dans les agences de la Banque) avant d'effectuer une opération sur instruments financiers.*

(...)

La Cour retient sur base de ce document que l'appelant avait été suffisamment mis en garde contre les risques associés aux investissements.

Il importe encore de relever que dans un courrier adressé le 22 mai 2014 à A, concernant sa « *réclamation contre la Banque* », la CSSF a indiqué que « *les divers avertissements fournis par la Banque nous permettent de conclure que vous étiez à considérer comme suffisamment informé des risques que présentait l'achat d'actions, et que la Banque n'a assumé aucun rôle actif de conseiller. Nous sommes d'avis que lorsqu'un client décide d'acquérir un titre figurant sur une liste de titres présentée sur le site internet de sa Banque, il lui incombe de s'informer et de se renseigner sur la nature et les risques du titre qui l'intéresse, avant de décider d'investir dans celui-ci* » (pièce n° 11 de l'intimée).

Il est toutefois acquis en cause que l'appelant ne s'est rendu dans aucune agence de la Banque pour se renseigner sur les titres proposés par sa banque et reste en défaut de s'expliquer davantage à ce sujet.

La Cour en déduit, eu égard également aux cases cochées par l'appelant dans le questionnaire de la Banque publié sur son site internet quant à ses connaissances en matière d'actions et d'investissements, que A disposait des informations suffisantes avant la passation des ordres de bourse et avait une certaine expérience en matière d'investissements boursiers.

Les reproches faits à la Banque d'avoir manqué à son obligation d'information et de mise en garde au moment de la passation des ordres de bourse relatifs à l'acquisition des titres par la Banque pour le compte de A ont en conséquence à juste titre été rejetés par le tribunal.

## II. Quant au comportement de la Banque au moment de la passation des ordres de vente des titres en 2012

A reproche à la Banque d'avoir manqué à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat et plus spécifiquement à son obligation d'honnêteté lui imposée par l'article 37-3 de la loi modifiée sur le secteur financier, pour ne pas avoir exécuté son ordre de vendre les titres qu'il avait acquis, voire pour ne pas lui avoir expliqué la véritable raison de l'impossibilité de la vente des titres.

Il fait encore valoir que « *les publicités mensongères sur le site internet de l'intimée, prônant l'information des clients pour un investissement en*

*connaissance de cause témoignent de la malhonnêteté de cette banque envers les clients* ».

La Banque conteste toute faute dans son chef et expose que la vente des titres était devenue impossible au regard de leur forte perte de valeur.

Par courriel du 7 novembre 2012, l'appelant avait contacté la Banque pour lui expliquer qu'il serait dans l'impossibilité de vendre 10.000.000 titres « *au cours actuel de 0,01 €* » via internet depuis plusieurs semaines (pièce n° 7 de l'appelant). L'appelant reste en défaut de préciser la nature des titres en question.

La Banque a en date du 8 novembre 2012 informé le client via le support « *web banking* », « *que l'ordre n'a pas été exécuté car il n'y a pas d'acheteur* ».

Elle explique que l'inexécution de l'ordre de vente était liée à la faible valorisation des titres composant le portefeuille de A.

La Cour tient à relever que le fait qu'un investissement boursier a tourné au préjudice du client ne saurait être reproché à la Banque.

En raison des aléas boursiers, il n'est pas permis, en l'absence d'une faute caractérisée dans le chef d'une banque d'engager la responsabilité de celle-ci pour ne pas avoir réussi à vendre les titres dont la valeur a fortement baissé.

Le fait que les titres avaient perdu de valeur et n'étaient plus susceptibles d'une revente via la plateforme électronique de la Banque en 2012 n'est pas constitutif d'une faute dans le chef de la Banque, mais lié aux aléas boursiers.

Le reproche fait à la Banque d'avoir manqué à son obligation de bonne foi et d'honnêteté est dès lors également à rejeter.

L'appel de A n'est pas fondé. C'est encore à juste titre et par une motivation que la Cour approuve que le tribunal a dit non fondée la demande de la Banque en allocation d'une indemnité de procédure. Le jugement de première instance est à confirmer.

Au vu du sort réservé à l'appel, la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter. Celle de la Banque est fondée, étant donné qu'elle a dû recourir aux services d'un avocat pour faire valoir ses droits.

La Cour lui alloue 1.200 €.

(Dispositif conforme aux motifs)

## Chronique de jurisprudence fiscale 2017

*Jean Schaffner*  
*Avocat à la Cour*  
*Allen & Overy SCS*

2017 était une année riche en décisions intéressantes, notamment un arrêt de la Cour administrative en matière de rachat d'actions, offrant de nombreuses perspectives dans le domaine du *private equity* et des fonds alternatifs, le dénouement positif de l'affaire Berlioz, dans un sens du renforcement des droits de la défense et d'un plus grand contrôle sur les demandes d'échange d'informations, plusieurs décisions riches en enseignements sur le crédit d'impôt investissement ou encore la procédure contentieuse.

### 1. Rachat d'actions, retenue d'impôt sur les revenus de capitaux

Cour administrative 23 novembre 2017, n°39193C, infirmant Tribunal administratif, 31 janvier 2017, n°37032

S'il ne fallait retenir qu'une seule décision de l'année écoulée, ce serait probablement celle-ci.

En 2008, une société avait racheté 10 actions à l'un de ses actionnaires, représentant 10% du capital de la société. Les actions rachetées n'avaient pas été immédiatement annulées, la réduction de capital ayant été différée de quatre ans. L'administration fiscale avait estimé que cette opération ne pouvait pas être assimilée à un produit de partage de l'article 101 LIR. L'article 101 s'applique notamment lorsqu'une participation fait l'objet d'un rachat ou d'un retrait, et qu'il en résulte une réduction de capital. Comme en l'espèce, les actions rachetées n'ont pas été annulées et qu'il n'y a pas eu réduction de capital, l'administration en a déduit une distribution de bénéfices au sens de l'article 97, avec application d'une retenue à la source sur dividendes.

Or, la Cour administrative constate que l'opération litigieuse de rachat était bien une cession par l'actionnaire sortant. Même si l'article 101 ne peut être appliqué (ce que le Tribunal avait également décidé dans sa décision de janvier 2017, en raison de l'absence d'annulation et de réduction de capital sur les actions rachetées), le cédant a bien cédé sa participation. Ce sont les règles de droit commun qui s'appliquent. Peu importe à cet égard qu'il y

ait eu cession d'une partie ou de l'intégralité de sa participation ou que la cession ait été faite à la société émettrice des actions ou à un tiers. Comme le constate la Cour, « la cession de titres de participation constitue pour leur détenteur un acte de disposition par rapport à ces titres qui a pour conséquence qu'en contrepartie de l'obtention d'un prix équivalent à la valeur de ces titres, il perd ses droits sur la source de revenus découlant de l'investissement dans le capital de la société en cause ». D'après les juges, on n'est donc pas en présence de revenus courants, rentrant dans le champ de l'application de l'article 97 LIR. Par conséquent, aucune retenue à la source sur revenus de capitaux ne peut être appliquée. Il aurait pu en aller autrement si le prix ne correspondait pas à la réalité, parce qu'un prix surfait aurait peut-être permis de conclure à une distribution cachée de bénéfices.

En effet, on pourrait qualifier d'abus ou de distribution uniquement motivée par un lien d'actionariat le rachat à un prix trop élevé, non lié à la valeur réelle de cette participation (en ce compris des plus-values latentes, à notre sens), non justifié par un motif économique valable. On pourrait par exemple imaginer le versement d'une prime à un actionnaire sortant pour justement faciliter cette sortie<sup>1</sup>.

#### Observations :

Cet arrêt, particulièrement bien motivé, délimite clairement la frontière entre un rachat d'actions et une réduction de capital. Par nature, dans une réduction de capital, l'actionnaire se fait directement rembourser sa mise. Il n'y a pas au préalable rachat des actions de la société, suivi de leur annulation.

En cas de rachat d'actions, la situation est différente, l'actionnaire réalise une plus-value. Le rachat peut se faire dans le contexte de l'article 101, avec réduction de capital à un moment suffisamment rapproché ou la société peut conserver les actions rachetées, voire les céder à un tiers. Dans ces trois cas, l'actionnaire est censé réaliser une plus-value sans application de retenue à la source sur revenus

<sup>1</sup> A rapprocher de l'arrêt de la Cour administrative, 1er décembre 2016, n°38222C, commenté dans la Chronique de jurisprudence fiscale 2016, Bulletin Droit & Banque n°60.

de capitaux. Ce n'est que si le prix de rachat attribué n'est pas correct qu'il peut y avoir distribution déguisée de dividendes.

Le droit fiscal et la jurisprudence fiscale juxtaposent donc plusieurs opérations :

- la réduction de capital. Si la société a des réserves capitalisées, la réduction de capital sera assimilée à un dividende à due concurrence. En pratique, il est fréquent que les actionnaires bénéficiant de la réduction de capital reçoivent également une quote-part des résultats accumulés, au-delà de la valeur d'apport représentée par les titres annulés. Juridiquement, il y a deux opérations : une réduction de capital à proprement parler et une distribution de dividendes. Pour éviter tout abus, l'article 97 (3) b) LIR prévoit que les réserves capitalisées sont censées être distribuées en cas de réduction de capital, et la loi fiscale permet au fisc de requalifier l'opération dans son ensemble en un revenu de capitaux mobiliers, si l'opération ne répond pas à de sérieuses raisons économiques (article 97 (3) b) LIR). D'après l'administration, si la société a des réserves importantes dont elle n'entend pas se dessaisir au profit des associés, alors la réduction de capital ne peut être motivée par de telles raisons économiques sérieuses (Note de service L.I.R./N.S. n°113 du 3 octobre 1985).

- le rachat d'actions, qui peut ou non s'accompagner d'une réduction de capital avec annulation des actions rachetées. En cas de rachat d'actions en vue de leur annulation et réalisation effective d'une réduction de capital, ce qui n'était pas la situation factuelle de cet arrêt de la Cour administrative, les articles 101 (2) LIR et 166 (4) LIR prévoient l'application du régime d'exonération des dividendes, en cas de produit de partage d'une participation importante au sens de l'article 100 (1) LIR. Historiquement, avant 1990, seuls les dividendes étaient totalement ou partiellement exonérés. Le législateur avait donc voulu étendre cette exonération au produit de partage d'une participation, notamment en cas de retrait d'un actionnaire. Le produit de partage est alors assimilé à un boni de liquidation, également visé par l'article 101, tel qu'issu de la loi concernant l'impôt sur le revenu de 1967.

En dehors du cadre strict de l'article 101, la jurisprudence commentée permet de se placer sur le terrain de l'exonération des plus-values de cession, exonération non disponible avant 1990 et dont les conditions tendent à se rapprocher de celles de l'exonération des dividendes, tout en prévoyant des conditions de seuil d'investissement plus élevées (EUR 6 millions au lieu de EUR

1.200.000) et l'application de la *recapture*<sup>2</sup>, mais aussi n'incluant pas de test de motif économique, ni de restriction écartant d'éventuels instruments hybrides, prévus par la directive 2011/96/UE uniquement pour les dividendes communautaires. Le contribuable dispose donc de plusieurs possibilités de structurations juridiques pour une sortie totale ou partielle du capital d'une société, aussi bien pour l'imposition des bénéfices que pour la retenue à la source sur dividendes.

## 2. Analyse économique, requalification en participation

Cour administrative, 26 juillet 2017, n°38357C

L'appelante avait accordé deux prêts participatifs à ses filiales situées en République dominicaine. Elle soutenait que sur la base d'une analyse purement économique (*substance over form*), l'analyse fiscale d'un instrument devait se faire en fonction de ses caractéristiques et pas seulement au vu de sa qualification purement juridique. D'après l'appelante, plusieurs critères devaient être pris en compte pour cette analyse : la durée de l'instrument, notamment une durée particulièrement longue ou perpétuelle, la participation bénéficiaire, le droit au boni de liquidation, la subordination, ainsi que le *stapling*, empêchant le transfert de l'instrument indépendamment des actions de la société emprunteuse. L'appelante avait ensuite souligné que ces critères n'étaient pas cumulatifs et qu'aucun d'entre eux n'était en tant que tel décisif.

En l'espèce, les deux contrats de prêt ne prévoyaient pas de date fixe de remboursement, et les prêts n'étaient remboursables que lors de la survenance de certains événements limitativement énumérés, comme la vente des immeubles financés grâce aux prêts. Aucun intérêt n'était payé pendant la durée des prêts, la rémunération était exclusivement déterminée en fonction de la plus-value lors de la vente des actifs financés. Les prêts étaient légalement subordonnés aux autres dettes de l'entreprise.

D'après la Cour, le contribuable participait aux résultats de ses deux filiales en s'assurant grâce aux prêts une participation directe dans les résultats positifs dégagés lors de la cession des biens immobiliers.

En se basant sur les travaux parlementaires de la loi concernant l'impôt sur le revenu<sup>3</sup>, les juges ont considéré qu'un prêt accordé par des associés à une société est à requalifier en apport caché de capital lorsque la voie normale de financement, dictée par des considérations économiques ou juridiques sérieuses, aurait été l'augmentation de capital, et qu'il

2 Refus de l'exonération à hauteur des charges et moins-values fiscalement déduites en rapport avec la participation dans le passé.

3 doc. parl. 571<sup>4</sup>, article 114, p. 180.



résulte clairement des circonstances que la forme du prêt ne peut avoir été choisie que pour des raisons fiscales. Les particularités inhabituelles relatives aux prêts, comme les modalités de fixation de la rémunération, les conditions de remboursement, l'affectation des fonds prêtés aux immobilisations à long terme, le défaut de garantie, la disproportion entre le capital et les fonds prêtés constituent, d'après les juges, des éléments permettant de présumer l'existence d'une participation déguisée sous forme de prêt. La Cour en a déduit que les prêts litigieux devaient s'analyser en apports déguisés, susceptibles de bénéficier de l'exonération des participations au sens du paragraphe 60 *Bewertungsgesetz*.

L'intérêt de cette décision réside donc dans la confirmation de l'analyse économique et dans les lignes directrices fournies par la Cour pour analyser un prêt et, le cas échéant, le requalifier en participation pour le régime mère-fille.

### 3. Participation dans une société étrangère

Tribunal administratif, 6 février 2017, n° 37331, confirmé en appel par Cour administrative, 8 février 2018, n° 39274C

Un couple de résidents luxembourgeois avait investi dans une société en commandite simple (*Kommanditgesellschaft - KG*) de droit allemand, en tant qu'associés commanditaires. La KG avait contracté un emprunt bancaire et acquis un instrument financier (*asset-linked note*) dont le rendement était partiellement indexé sur un actif sous-jacent.

Cette décision permet de rappeler plusieurs principes de fiscalité luxembourgeoise internationale, même si certains aspects intéressants de la décision se limitent à des affirmations péremptoires non motivées. Les contribuables avaient investi dans une *Kommanditgesellschaft* de droit allemand. En premier lieu, le Tribunal affirme que la *Kommanditgesellschaft* doit être rapprochée d'une société en commandite simple (SCS), dans la mesure où elle est fiscalement transparente. Les revenus sont donc imposés dans le chef des associés.

A noter que les juges ne se sont pas prononcés en détail sur la comparaison des modalités de fonctionnement de la *Kommanditgesellschaft* avec une société en commandite simple luxembourgeoise (*Rechtstypenvergleich*). Il semble que la seule caractérisation fiscale ait été suffisante, en parcourant les développements du délégué du gouvernement.

Mais le Tribunal relève aussi que l'assimilation de la KG à une SCS n'était pas contestée, ce que la Cour administrative a d'ailleurs confirmé. Cette décision ne constitue donc pas un infléchissement de la théorie de la comparaison des formes juridiques.

Partant, la transparence de la KG a été reconnue par le Tribunal.

Se posait ensuite la question de savoir où les revenus de la société étaient imposables. Les juges ont donc examiné d'abord si l'activité de la *Kommanditgesellschaft* pouvait être une activité commerciale. Comme le soulignent les juges, une société de personnes ne qualifie jamais le revenu réalisé uniquement par sa forme. Pour que l'activité d'une société de personnes puisse être considérée comme commerciale au regard de la loi fiscale, il faut qu'elle rentre dans le cadre d'une entreprise commerciale au sens de l'article 14 LIR. Si la société de personnes n'exerce pas d'activité commerciale, ses associés ne réalisent pas non plus un bénéfice commercial (à moins qu'ils soient eux-mêmes des sociétés commerciales ou agissent en tant qu'associés de la société de personnes dans le cadre de leur propre activité commerciale). L'existence d'une activité commerciale requiert quatre critères l'indépendance, le but de lucre, le caractère de permanence et la participation à la vie économique générale qui doivent être cumulativement réunis pour qu'une activité soit constitutive d'une entreprise commerciale au sens de la loi fiscale<sup>4</sup>. Sur base d'une analyse des faits, les juges ont constaté que la société avait comme seul objet l'acquisition et la gestion d'une *asset-linked note*, ce qui n'était pas constitutif d'une activité commerciale mais plutôt d'une gestion de patrimoine privé. La Cour a rappelé dans ce contexte qu'il y a administration d'un patrimoine privé aussi longtemps que l'essentiel de la substance est conservé et que la vente des éléments composant le patrimoine ne revêt qu'un caractère accessoire. Les circonstances susceptibles de montrer qu'un contribuable se comporte comme un commerçant sont ainsi « le volume des opérations, l'entretien d'une organisation et l'offre à un public plus large ».

Ensuite, conformément à l'article 14 LIR, une société en commandite simple n'exerçant pas d'activité commerciale peut néanmoins être réputée exercer une telle activité et donc générer un bénéfice commercial, si elle a au moins un associé commandité qui est une société de capitaux. Or, l'associé commandité de la KG était une société à responsabilité limitée allemande. Ceci est intéressant, car une société de capitaux étrangère ne disposant pas d'un établissement stable au Luxembourg ne peut par empreinte qualifier de commerciale une société de personnes luxembourgeoise.

S'agissant d'une société allemande, l'empreinte provient de la qualité du commandité allemand. En passant, le Tribunal applique donc l'article 175 LIR sur la transparence d'une société de personnes

<sup>4</sup> Cette décision peut être rapprochée d'une autre décision rendue par le Tribunal administratif le 14 mars 2017, n° 37577.



étrangères, exactement comme si elle était luxembourgeoise.

Cette qualification commerciale par application de la théorie de l’empreinte ne vaut cependant pas pour allouer le droit d’imposition d’un revenu par application de la convention fiscale entre l’Allemagne et le Luxembourg. La qualification conventionnelle du revenu n’impacte par ailleurs pas non plus sur les règles d’imposition de droit interne.

Comme la société reste transparente, les associés sont imposables sur un bénéfice commercial, et non pas sur une quote-part du profit de cession de *l’asset-linked note*, qui constituerait un revenu de capitaux mobiliers, respectivement un revenu divers au sens de la convention. Le droit d’imposition de ce revenu revient au Luxembourg de par la convention fiscale entre l’Allemagne et le Luxembourg.

Ensuite, c’est par application du droit interne que la qualification du revenu en question doit se faire pour déterminer les règles d’imposition applicables. La convention n’a que pour objet de répartir le droit d’imposition, non de fixer elle-même les règles de qualification et d’imposition. Au Luxembourg, le revenu est imposable comme un bénéfice commercial.

#### 4. Impôt sur la fortune, prise en compte d’un dividende intérimaire

Tribunal administratif, 14 juin 2017, n° 35934 et 37849

Un contribuable avait procédé à la distribution d’un acompte sur dividende avant la clôture de son exercice, mais le dividende n’avait pas été versé effectivement. Il entendait se prévaloir d’une dette en relation avec cet acompte sur dividende pour réduire son actif net investi, soumis à l’impôt sur la fortune.

Le Tribunal a rappelé que pour qu’il y ait dette au sens fiscal, il faut que l’obligation juridique soit assortie de la contrainte de se libérer vis-à-vis du créancier. Les dettes contractées sous une forme juridique régulière mais ne constituant pas une charge réelle dans le chef du débiteur ne sont pas portées en déduction pour l’impôt sur la fortune. En l’espèce, la résolution du conseil d’administration approuvant la distribution du dividende intérimaire ne portait pas de date quant au versement de celui-ci. En outre, la décision ne mentionnait pas spécifiquement le montant prévu pour cette distribution.

Le Tribunal n’a donc pu que rejeter l’existence d’une dette certaine, déductible pour la détermination de la fortune imposable. L’affirmation de la demanderesse, suivant laquelle les bénéfices distribuables existaient bel et bien dans les comptes présentés au conseil d’administration, n’était pas suffisante, car elle ne permettait pas de conclure

à une distribution de dividende effective, ni d’en déterminer le montant.

Cette décision permet probablement une lecture *a contrario*. Si le conseil d’administration s’était prononcé sur le montant de la distribution de dividendes intérimaires, alors une dette aurait dû être reconnue, même sans date de versement précise, laquelle aurait pu être déduite de l’assiette de l’impôt sur la fortune, sauf situation abusive, par exemple impossibilité de bénéficier des fonds pour une distribution ou réalisation d’un apport subséquent par les actionnaires, correspondant au dividende intérimaire ou encore période excessivement longue entre la décision de verser le dividende intérimaire, et sa distribution effective<sup>5</sup>.

#### 5. Siège de direction effective

Tribunal administratif, 31 mai 2017, n° 36320, 37440 et 37441.

Plusieurs problématiques marquent cette affaire. En suivant sa jurisprudence traditionnelle, le Tribunal a d’abord confirmé la validité d’un ruling précédemment donné par l’administration<sup>6</sup>. L’administration ne peut ensuite revenir sur son engagement au cours de la procédure d’imposition.

Ensuite se posait la question du siège de direction effective de la société. Le contribuable avait expliqué que toutes les décisions importantes et stratégiques de la société étaient prises sur le territoire belge, que les associés résidaient personnellement et professionnellement en Belgique et que l’administration fiscale belge considérait que le siège de direction effective se situait sur ce territoire.

Les juges ont néanmoins jugé que la société devait être considérée comme une société luxembourgeoise à des fins fiscales, dès lors que son siège statutaire y était situé. Ils ont notamment pris cette décision dans la mesure où le contribuable n’avait fourni aucun élément probant confirmant l’existence de son siège fiscal en Belgique. Cette décision laisse la société avec une double résidence<sup>7</sup>, donc une imposition dans deux pays, ce qui ne semble pas conforme aux règles d’élimination des conflits de résidence résultant de la convention fiscale belgo-luxembourgeoise. Elle montre aussi la nécessité de bien documenter les étapes importantes de la vie sociale et de veiller à organiser la substance des sociétés.

5 Problématique à rapprocher de celle du rachat d’actions non suivi de la réduction de capital pendant quatre ans, qui a donné lieu à l’arrêt de la Cour administrative du 23 novembre 2017, n° 39193C, commenté dans cette chronique au point 1.

6 Voir, par exemple, Chronique de jurisprudence fiscale 2016, Bulletin Droit & Banque n° 60.

7 D’après nos informations, le contribuable n’a pas fait appel.

## 6. Crédit d'impôt investissement

Cour administrative, 2 août 2017, n° 39040C

Dans cette première affaire, une société d'exploitation hôtelière avait reçu une subvention de la part du propriétaire de l'immeuble qu'elle avait pris à bail pour y exploiter un hôtel. Cette subvention devait servir à financer l'aménagement intérieur de l'hôtel.

Se posait la question si cette subvention devait être déduite pour le calcul de la bonification d'impôt pour investissement de la société d'exploitation hôtelière. L'article 5 (b) du règlement grand-ducal du 29 octobre 1987, pris en application de l'article 152 bis, § 10 LIR, prévoit que les subventions étatiques sont à déduire du prix d'acquisition ou de revient des investissements pour le calcul de la bonification d'impôt.

Le contribuable a fait plaider que la subvention n'ayant pas été accordée par une autorité publique, cette disposition lui était inapplicable, et que le montant de la subvention était compensé par un loyer plus élevé, de sorte qu'il n'avait pas d'avantage économique. Il s'agissait plutôt d'un financement à rembourser par la suite par le biais de loyers durant la période de location.

La Cour n'a pas partagé cette analyse du contrat de bail. En se basant sur l'article 25 (1) LIR, elle a en outre estimé que le prix d'acquisition d'un bien est l'ensemble des dépenses assumées par l'exploitant, donc le contribuable devait s'être appauvri effectivement et définitivement en vue d'acquérir le bien pour lequel le crédit d'impôt investissement était demandé. Pour cette raison, des contributions non remboursables de la part de tiers devaient réduire le prix d'acquisition à retenir dans le chef du contribuable. Le fait que la subvention ne soit pas accordée par une autorité publique reste, aux yeux des juges, sans incidence, s'agissant d'une disposition d'ordre général, ne distinguant pas entre les contributions publiques et privées.

Partant, le crédit d'impôt investissement se calcule sur l'investissement net du contribuable, déduction faite des subventions reçues. Cette décision semble surprenante, car on voit mal un acte « gratuit » (la subvention) entre tiers indépendants.

Tribunal administratif, 9 août 2017, n° 38660<sup>8</sup>

L'objet social de la demanderesse prévoyait l'exploitation de supermarchés et d'autres commerces. La demanderesse avait fait aménager des parkings et voies d'accès à ces commerces. Le Tribunal a écarté l'application de l'article 152bis LIR, fort de la constatation que la demanderesse n'exploitait pas elle-même un commerce particulier, mais que

son activité se limitait à la gestion de biens immobiliers dont elle était le propriétaire.

Cette décision, qui a fait l'objet d'un appel, ne nous semble pas critiquable, car l'article 152 bis exclut de la bonification les investissements dans des bâtiments.

## 7. Propriété intellectuelle

Nous nous intéressons à deux arrêts de la Cour administrative, l'un confirmant une décision du Tribunal administratif, l'autre réformant un jugement<sup>9</sup>.

Cour administrative, 2 août 2017, n° 38990C

Cet arrêt confirme le jugement du Tribunal administratif du 13 décembre 2016, n°37328. Cette affaire concernait l'application de l'article 50bis LIR à la concession d'un logo à deux sociétés espagnoles tierces, ce logo certifiant un certain standard de qualité et de respect des normes en vigueur en matière d'environnement dans le secteur des énergies renouvelables et du solaire photovoltaïque. Le certificat vise à confirmer qu'un collaborateur de la société a personnellement assisté à la conception du projet ou a vérifié sa conformité au cadre réglementaire et sa viabilité.

Comme le Tribunal l'a constaté en première instance, et la Cour l'a confirmé en appel, les sociétés espagnoles concessionnaires n'ont pas fait effectivement usage autonome du logo, et les redevances versées rémunéraient en fait le travail personnel d'un collaborateur du concédant en faveur des deux sociétés espagnoles. Ce travail personnel a constitué l'élément prépondérant des prestations facturées et le logo n'en a représenté qu'un élément accessoire.

A noter que c'est donc sur le fondement de l'abus de droit que les juges d'appel ont écarté, à l'instar des juges de première instance, l'application de l'article 50bis LIR, relevant notamment que l'appelante n'avait fourni aucune explication pertinente relative à l'existence d'un motif économique justifiant la qualification comme droit de licence du paiement, qui se présentait en réalité comme contrepartie pour les services fournis.

Comme les conditions de l'article 50bis étaient formellement réunies, l'administration fiscale, tout comme le juge administratif, ont dû passer par l'abus de droit pour écarter l'application de l'article 50bis.

Cour administrative 2 août 2017, n° 39019C, 39020C, 39021C et 39022C

Peu de temps après l'adoption de l'article 50bis LIR, permettant une exonération à hauteur de 80% de certaines redevances, plusieurs associés d'une

<sup>8</sup> Appel en cours, n° 40193C.

<sup>9</sup> Voir Chronique de jurisprudence 2016, Bulletin Droit & Banque n° 60.

société fiduciaire avaient créé une nouvelle société à laquelle ils avaient transféré les marques verbales et figuratives sous lesquelles les différentes sociétés du groupe exerçaient préalablement leur activité et dont elles bénéficiaient gratuitement.

Le Tribunal administratif<sup>10</sup> avait considéré qu'il s'agissait là d'un abus de droit et que la mise en place de la société de propriété intellectuelle ne répondait à aucune justification économique.

A la lecture de l'arrêt d'appel, il semble que les mêmes arguments aient été avancés comme justification dans les deux instances, mais la Cour a fait droit aux explications de l'appelante. Elle a notamment retenu comme motivation économique que la société de propriété intellectuelle mise en place était constituée par les actionnaires fondateurs du groupe, qui ont le plus participé au développement de celui-ci. Il y avait donc une certaine logique à leur accorder, via la société de redevances, une participation à la renommée de la marque qu'ils avaient contribué à créer, alors que les plus jeunes associés ne deviennent que co-actionnaires des sociétés opérationnelles, intéressés aux bénéfices futurs, mais sans profiter des efforts de développement de la marque consentis dans le passé.

Ensuite, la création d'une société dédiée pour détenir la marque, au contraire de la localisation de la marque dans une des sociétés opérationnelles, était justifiée par le fait que les sociétés opérationnelles bénéficiaient toutes dans le passé gratuitement de la marque. Si l'une des sociétés s'était vue affecter cette marque, elle aurait profité d'un avantage au détriment des autres. La création d'une société dédiée pour la marque a pour effet de ne privilégier aucune des sociétés opérationnelles. Ces sociétés opérationnelles sont donc aussi toutes traitées sur un pied d'égalité, en ce sens qu'elles perdent toutes le privilège de l'usage gratuit du nom de la marque du groupe.

A la lecture de l'arrêt, on peut partager la conclusion de la Cour quant à l'existence de motifs non-fiscaux, écartant l'application de l'abus de droit.

## 8. Intégration fiscale

Tribunal administratif, 6 décembre 2017, n° 38346

Traditionnellement, l'une des conditions de l'intégration fiscale était que la tête de groupe soit une société mère luxembourgeoise ou un établissement stable grand-ducal d'une société de capitaux étranger pleinement imposable.

La Cour de justice de l'Union européenne avait décelé dans cette règle une violation de la liberté

d'établissement en raison de l'exigence d'une présence dans le pays de la tête de groupe<sup>11</sup>.

Le législateur luxembourgeois a pris soin de mettre en conformité notre article 164bis LIR avec cette jurisprudence communautaire. Les faits de l'espèce concernent une situation antérieure à cette modification législative. Le Tribunal a estimé que l'interdiction pour une société mère non résidente, établie dans un autre Etat membre, de former une intégration fiscale entre ses filiales résidentes, était effectivement contraire au droit de l'Union européenne, que donc le bénéfice de l'intégration fiscale devait être accordé.

## 9. Rémunération d'heures supplémentaires, qualification de cadre supérieur

Tribunal administratif, 16 mars 2017, n° 37476, confirmé en appel par Cour administrative, 20 mars 2018, n°39466C.

L'article 115 (11) LIR exonère de l'impôt sur le revenu les suppléments de salaire payés pour les heures supplémentaires, aux conditions à déterminer par règlement grand-ducal.

Le règlement grand-ducal du 21 décembre 2007 pris en application de cette disposition précise que dans le chef des salariés tombant sous le régime du statut unique, les rémunérations pour heures supplémentaires sont exonérées intégralement. Cette disposition ne s'applique cependant pas aux heures supplémentaires versées aux salariés ayant la qualité de cadre supérieur. D'après le code du travail, sont considérés comme cadres supérieurs les salariés disposant d'un salaire nettement plus élevé que ceux couverts par la convention collective éventuellement applicable, tenant compte du temps nécessaire pour leur fonction, si ce salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction effective ou de tâches comportant une autorité bien définie, d'une large indépendance dans l'organisation du travail et d'une liberté des horaires de travail.

Or le bénéficiaire des rémunérations, salarié de la société, en détenait également 20% du capital et était le gérant unique. Il percevait un salaire largement supérieur au salaire brut moyen des autres salariés de l'entreprise, même si ponctuellement certains collaborateurs ont pu percevoir un salaire plus important que le sien. Le Tribunal constate également que les tâches accomplies par le salarié relevaient de celles requérant les pouvoirs d'un cadre supérieur, et que le salarié disposait d'un pouvoir hiérarchique sur ses collègues et pouvait engager la société par sa seule signature.

<sup>10</sup> TA, 21 décembre 2016, n° 36954, voir Chronique de jurisprudence fiscale 2016, Bulletin Droit & Banque, n° 60.

<sup>11</sup> CJUE 12 juin 2014, aff. C-40/13, X AG

L'exonération de la rémunération pour heures supplémentaires a donc logiquement été refusée.

## 10. Impôt minimum

L'impôt minimum commence à donner lieu à ses premières décisions au contentieux, malgré l'enjeu par définition assez réduit. Ces décisions, relevant de questions de principe, ont donc un intérêt certain.

Tribunal administratif, 15 février 2017, n° 37039

Dans une décision de 2016, la Cour administrative avait considéré qu'une société en cours de liquidation devait néanmoins payer l'impôt minimum<sup>12</sup>. Dans une affaire comparable, le Tribunal a cependant estimé qu'une société inactive (le terme de « société en hibernation » a été utilisé) pouvait obtenir de façon gracieuse la remise de l'impôt minimum, dans la mesure où l'intention du législateur n'était pas de soumettre les sociétés n'ayant plus d'activité et ne disposant que de faibles avoirs en compte courant à cette imposition forfaitaire.

Apparemment, les avoirs en banque de la société ne s'élevaient qu'à EUR 1.995, alors que l'impôt minimum était fixé, pour l'année en question, à EUR 3.000 pour les sociétés ayant essentiellement des immobilisations financières<sup>13</sup>.

Tribunal administratif, 12 mai 2017, n° 33965 et 16 mai 2017, n° 34411

En partant du constat que l'impôt minimum n'était, pour l'année en question qu'une avance à payer, créditable le cas échéant, et non l'impôt définitif, le Tribunal a considéré que l'impôt minimum ne constituait pas une violation du droit de propriété, garanti par la Convention européenne des Droits de l'Homme, ni une discrimination par rapport aux personnes physiques, non soumises à cet impôt minimum. Le délégué du gouvernement et le Tribunal s'accordaient pour considérer qu'il y avait une disparité objective entre les contribuables personnes morales et les personnes physiques, justifiant que seules les premières soient soumises à cet impôt minimum.

Le fait que l'impôt minimum ne soit pas remboursable s'il excède la créance d'impôt sur le revenu pour l'année en question - ce qui est justement la vocation d'une imposition minimale - n'a pas non plus été retenu comme une atteinte au droit de propriété, malgré la circonstance que la société n'avait pas de revenus l'année en question.

12 Cour administrative, 12 mai 2016, n° 36471C, confirmant TA, 13 mai 2015, n° 33688 ; commenté dans la Chronique de jurisprudence fiscale 2015, Bulletin Droit & Banque, n° 58.

13 Hermann Schomakers, Luxembourg court decisions in corporate tax matters, 2017, ACE 2017/10, p.10.

## 11. Procédure fiscale

On ne saurait négliger les questions de procédure. Les règles de procédure sont nécessaires à une bonne administration de la justice. Mais une analyse trop stricte du cadre procédurier pourrait avoir pour effet de priver le contribuable d'un recours effectif en matière d'imposition.

***Bulletins d'imposition provisoires du paragraphe 100 (a) AO***

Tribunal administratif, 14 juin 2017, n° 35934 et n° 37849

L'administration fiscale utilise très fréquemment le paragraphe 100 (a) de la loi générale des impôts (*Abgabenordnung* - AO) pour émettre un bulletin d'impôt provisoire, sous réserve d'un contrôle ultérieur. Cette procédure lui a permis d'évacuer bon nombre de dossiers faciles, et de réduire le délai de traitement des dossiers. En l'absence de contrôle, ce bulletin provisoire devient définitif au terme d'un délai de cinq ans.

Dans cette affaire, des bulletins provisoires avaient justement été émis, et l'administration avait ensuite adressé au contribuable un bulletin d'impôt nouveau, définitif, au sens du paragraphe 210 AO, suite à une vérification. Or le contribuable avait intenté une réclamation contre le bulletin provisoire, mais avait omis de faire une nouvelle réclamation contre le bulletin définitif, remplaçant le bulletin provisoire.

Le Tribunal a rappelé que l'objet du recours introduit par le contribuable n'a donc pas subsisté jusqu'au prononcé du jugement et a disparu lors de l'émission du bulletin définitif, de sorte que le recours contre le seul bulletin provisoire était à déclarer irrecevable.

Cour administrative, 9 août 2017, n° 38981C

La Cour a par ailleurs confirmé que les bulletins provisoires peuvent faire l'objet d'un recours dans les conditions de droit commun. Dans le cas contraire, il aurait fallu attendre à chaque fois qu'un bulletin définitif soit émis ou que le délai de cinq ans mentionné ci-dessus soit expiré.

Sur le fond, la Cour confirme dans cette affaire que la reprise d'une provision non déduite fiscalement ne saurait donner lieu à un résultat imposable<sup>14</sup>.

***Réclamation contre le silence du directeur***

Cour administrative, 7 décembre 2017, n° 39737C

Dans le même ordre d'idées, rappelons un autre point de procédure contentieuse, qui peut avoir des conséquences importantes. Lorsqu'une réclama-

14 A rapprocher de Cour administrative, 4 septembre 2013, n° 32063C, Chronique de jurisprudence fiscale 2013, Bulletin Droit & Banque, n° 53.



tion contre un bulletin d'imposition est introduite devant le directeur de l'administration des contributions directes, et qu'aucune décision définitive n'est intervenue dans un délai de six mois à partir de cette demande, le réclamant peut considérer sa réclamation comme rejetée et intenter un recours devant le Tribunal administratif contre la décision qui fait l'objet de la réclamation.

Comme le souligne la Cour, cette décision qui doit faire l'objet du recours est le bulletin d'imposition d'origine, et non la décision implicite de rejet du directeur, car le silence du directeur ne peut être considéré comme une décision de rejet de réclamation. En revanche, si le directeur prend une décision explicite de rejet, c'est contre cette décision directoriale qu'il faut réclamer.

### **Réclamation contre un bulletin d'appel en garantie**

Tribunal administratif, 29 novembre 2017, n° 38543<sup>15</sup>

Enfin, une réclamation préalable devant le directeur de l'administration est toujours un préalable à tout recours devant les juridictions administratives.

A ainsi été déclaré irrecevable le recours contre un bulletin d'appel en garantie non soumis préalablement au directeur. En matière d'appel en garantie, l'appelé a les mêmes voies de recours que le contribuable. Il peut soit attaquer le bulletin d'imposition s'il critique l'imposition sous-jacente à l'appel en garantie, soit critiquer le bulletin d'appel en garantie s'il considère que les conditions de l'appel en garantie ne sont pas remplies, à savoir une absence de violation fautive (*schuldhafte Verletzung*) des obligations fiscales de la société dont le garant est l'un de ses dirigeants<sup>16</sup>.

Dans les deux cas, une réclamation devant le directeur est une condition préalable au recours en justice.

### **Sursis à exécution, intérêt de groupe**

Ordonnance du président du Tribunal administratif, 19 juin 2017, n° 39712

Nous avons rappelé les conditions du sursis à exécution dans notre précédente chronique de jurisprudence fiscale<sup>17</sup>. Un sursis à exécution peut ainsi être accordé lorsque l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif, qui dépasse par sa nature ou son importance les gênes et sacrifices courants qu'impose la vie en société, préjudice qui doit dès lors être consi-

déré comme une violation intolérable de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. L'existence d'un préjudice pécuniaire grave ou difficilement réparable doit être établi par le requérant.

Le président du Tribunal constate que l'allégation de ce préjudice doit être clairement précisée et étayée. Au vu de l'examen du projet de bilan versé par la requérante, son actif bilantaire, son résultat net et le résultat de l'exercice précédent auraient permis un apurement d'une partie importante de la dette fiscale, conduisant le président à écarter un tel préjudice.

Ce qui est intéressant dans l'ordonnance est ensuite le lien que fait le président du Tribunal administratif avec la notion de groupe. Il rappelle que la société requérante appartient à un groupe de sociétés et que le groupe et plus spécialement la société mère de la demanderesse ont un intérêt évident à voir garantir sa pérennité. Pour cette raison, l'analyse de la situation financière de la seule requérante est insuffisante, il faut également tenir compte des ressources dont dispose le groupe.

Si l'on part du constat que le groupe peut avoir un intérêt à agir de concert et à maintenir son développement commun, peut-on déduire de cette approche l'existence d'un intérêt de groupe, justifiant des dépenses faites par une société non pas dans son intérêt direct, mais dans celui des sociétés appartenant au même groupe ? La jurisprudence précédente des juridictions administratives, notamment sur les distributions déguisées<sup>18</sup>, ne semble pas aller dans ce sens.

Ordonnance du président du Tribunal administratif, 4 décembre 2017, n° 40443

Une autre condition de l'octroi du sursis est que les moyens soulevés par le contribuable dans sa requête soient sérieux. En l'absence de pièces retraçant l'argumentation du requérant, le sursis est à refuser.

## **12. Echange de renseignements**

Cour administrative, 26 octobre 2017, n° 36893Ca

Il s'agit de l'arrêt suite à la décision de la de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Berlioz du 16 mai 2017 (aff. C-682/15). La Cour administrative relève que, conformément à la décision de la CJUE, la Charte des droits fondamen-

15 Confirmé en appel par Cour administrative, 3 mai 2018, n° 40573C.

16 Chroniques de jurisprudence fiscale 2015 et 2016, Bulletins Droit et Banque n° 58 et n° 60.

17 Chronique de jurisprudence fiscale 2016, Bulletin Droit & Banque, n° 60.

18 Voir chronique de jurisprudence fiscale 2016, Bulletin Droit & Banque n° 60, notamment l'arrêt de la Cour administrative, 5 juillet 2016, n° 36888C.

2017 a également vu plusieurs décisions en matière de distributions déguisées, notamment Cour administrative, 14 décembre 2017, n° 39180C, Tribunal administratif, 6 février 2017, n° 37141 et Tribunal administratif, 15 décembre 2017, n° 38734, toutes dans le sens d'une interprétation extensive de la notion d'« intéressé », bénéficiant d'une distribution déguisée, et non limitative, se basant uniquement sur un lien d'actionariat direct ou indirect.



taux de l'Union européenne s'applique à l'égard d'une législation nationale. L'article 47 de la charte garantit à chaque contribuable un recours effectif devant un tribunal indépendant et impartial, lorsque ses droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés. Dans le contexte de l'affaire *Berlio*, la CJUE a reconnu au détenteur de renseignements le droit à la protection contre les interventions arbitraires ou disproportionnées de la puissance publique dans la sphère privée, ainsi qu'un droit de recours effectif contre la décision d'injonction et la sanction pécuniaire y afférente.

Lors de la contestation de la décision fixant une amende pour absence de réponse à une demande d'échange de renseignements, l'examen incident de la validité de la décision d'injonction peut s'avérer nécessaire. Le détenteur de renseignements, destinataire d'une décision d'injonction, doit se voir reconnaître la possibilité d'invoquer devant un juge l'absence de conformité de la demande avec la directive coopération 2011/16. L'autorité luxembourgeoise requise doit s'assurer que les demandes d'information par l'Etat requérant ne soient pas dépourvues de toute pertinence vraisemblable pour l'enquête menée par son autorité fiscale. Ce contrôle ne se limite pas à une vérification sommaire et formelle de la régularité de la demande, mais doit également porter sur le fond de celle-ci quant à la pertinence vraisemblable des informations demandées pour l'imposition en cause. La loi luxembourgeoise de 2014, mentionnée ci-dessous, en supprimant toute possibilité d'action par le détenteur de renseignements et en empêchant l'administration fiscale de procéder à un examen de la validité au fond d'une demande d'échange de renseignements (au-delà de la seule régularité formelle de la demande), ne remplit pas les conditions de la charte et doit dès lors être écartée sur ces points pour non-conformité à une normée hiérarchique supérieure de droit communautaire.

La vérification de l'existence d'une pertinence vraisemblable pour l'enquête menée par l'autorité requérante découle du mécanisme de coopération entre autorités fiscales instauré par la directive 2011/16. Le défaut d'exécution de ce contrôle

imposé par la directive s'analyse donc comme le non-respect d'une garantie procédurale essentielle qui rend la décision d'injonction luxembourgeoise invalide ; par conséquent, la fixation d'une amende contre le détenteur des renseignements pour non-réponse n'est pas valable non plus.

Ordonnance du président du Tribunal administratif, 21 juillet 2017, n° 39887 et 39889

Dans ces deux affaires, le président du Tribunal a statué par ordonnance, suite à une requête en institution de sursis à exécution, sinon d'une mesure de sauvegarde par rapport à une décision directoriale en matière d'échange de renseignements. Ces deux décisions se situent dans la lignée de l'arrêt de la CJUE à propos de l'affaire *Berlio*, mentionné ci-dessus, et anticipent sur le projet de loi 7223 visant à modifier la loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale.

En ce qui concerne l'échange de renseignements, le Luxembourg est passé du tout au rien. Une première loi du 31 mars 2010 avait grand ouvert les portes pour un recours au contribuable concerné par les demandes d'échange de renseignements. Le Luxembourg s'est fait critiquer en raison de nombreux recours considérés pour les Etats requérants étrangers comme manœuvres dilatoires et manquait de se faire considérer comme juridiction non-coopérative. La loi du 25 novembre 2014 est complètement revenue en arrière, en supprimant tout recours. En attendant cette nouvelle loi, ouvrant à nouveau une possibilité de recours, et alors même que la demande en obtention d'une mesure provisoire est rejetée, le président du Tribunal administratif rappelle, suite à l'arrêt *Berlio*, et en invoquant spécifiquement la primauté du droit communautaire, que l'administration fiscale luxembourgeoise, en tant qu'autorité requise dans le cadre d'une demande d'information, doit vérifier si les informations demandées ne sont pas dépourvues de toute pertinence vraisemblable et qu'elle doit contrôler si l'autorité requérante étrangère a fourni une motivation adéquate quant à la finalité des informations demandées contre le contribuable identifié dans sa demande d'information.



## Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois (septembre 2016 – septembre 2017)

*Nicolas Thieltgen*  
Avocat à la Cour

*Anne-Marie Ka*  
Avocat à la Cour

*Brice Hellinckx*  
Avocat à la Cour

*Brucher Thieltgen & Partners*

Comme cela fut le cas précédemment, la présente chronique aura pour objectif de rendre compte des décisions des juridictions luxembourgeoises intervenues en ce qui concerne les activités des établissements de crédit, sans néanmoins déborder sur la matière du droit financier au sens général du terme<sup>1</sup>, ou, à tout le moins, en ne tenant compte que des décisions relevant directement de l'activité des Banques en cette matière.

Elle distinguera les décisions relatives au statut des Banques de celles concernant leurs opérations.

A toutes fins utiles, il est rappelé qu'en l'absence d'un système de suivi officiel des décisions, il ne peut être garanti que les jugements et arrêts commentés et/ou cités ont été coulés en force de chose jugée. Certaines décisions peuvent donc avoir été frappées d'appel ou d'un pourvoi en cassation, voire réformées ou cassées, sans qu'il ait été possible de pouvoir systématiquement le vérifier pour chaque décision. Quand l'existence d'un appel ou d'un pourvoi en cassation nous a été communiquée, nous l'avons mentionné.

### Table des matières

#### 1. Statut

Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 25 janvier 2017, n°22170 du rôle . . . . . p.90

**Statut – Obligations professionnelles, règles prudentielles et de conduite – Nature des obligations à charge du banquier – Obligation de conseil et d'information – Ordre de bourse – Portée et modalités – Preuve de l'ordre de bourse – Absence de réaction du client – Convention de poste restante – Ratification**

<sup>1</sup> Sur la distinction à faire entre le droit bancaire et le droit financier, voyez A. ELVINGER, « Historique du droit bancaire et financier luxembourgeois », *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, Bruxelles, Bruylant, 1994, volume I, p. 3 et svtes.

#### 2. Opérations

Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, 23 décembre 2016, n°2076/2016, n°168216 du rôle . . . . . p.93

**Opérations – Garantie des crédits – Garantie et sûretés personnelles – Contrat de garantie financière – Possibilité de remise en cause des modalités d'évaluation ou d'exécution convenues entre parties par le curateur (non)**

Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, 4 janvier 2017, n°168347 du rôle . . . . . p.95

**Opérations – Saisie civile – Saisie pénale – Saisie-arrêt – Validation – Tierce-opposition – Exequatur – Confiscation – Hiérarchie entre les diverses mesures prises**

Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg (référé), 15 février 2017, n°25/17, n°43925 et 44011 du rôle . . . . . p.96

**Opérations – Garantie des crédits – Contrat de garantie financière – Directive 2002/47/CE – Exécution par voie d'approbation – Procédure en référé (appel) – Suspension des effets de l'exécution des gages (irrecevabilité)**

Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 5 avril 2017, n°42733 et 43333 du rôle . . . . . p.99

**Opérations – Crédit – Clauses de subordination – Effet relatif (oui) – Lettre d'intention – Portée**

Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 17 mai 2017, n°87/17, n°42252 du rôle . . . . . p.102

**Opérations – Services d'investissement – Opération sur instruments financiers – Ordres de rachat – Mandat vis-à-vis de l'investisseur (non) – Responsabilité de l'agent de transfert (non) – Responsabilité de la banque dépositaire (non)**

Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, 24 mai 2017, n°620/2017, n°175090 du rôle . . . . . p.105

**Opérations – Garantie des crédits – Contrat de garantie financière – Directive 2002/47/CE – Obligations garanties – Restitution des frais relatifs à l'exécution du gage**

Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 12 juillet 2017, n° 170744 du rôle . . . . . p.110

**Opérations – Crédit - Garanties des crédits - Garanties et sûretés réelles – Contrats de garantie financière – Gage – Réalisation autonome (oui) – Exigence de dette exigible (non) – Fraude ou abus de droit (non)**

Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 12 juillet 2017, n°132/17, n°38650, 39637, 39729 et 40437 du rôle . . . . . p.114

**Opérations – Crédit – Formation du prêt d'argent – Remise des fonds à l'emprunteur – Octroi et dénonciation fautifs d'un crédit – Violation de l'obligation de bonne foi et de loyauté – Exemple**

**Opérations – Crédit – Garantie des crédits – Garanties et sûretés personnelles – Fraude ou abus de droit – Rejet de l'appel à garantie – Garanties et sûretés réelles – Contrat de garantie financière – Gage – Fraude manifeste – Restitution des biens frauduleusement ou abusivement appropriés**

### 3. En bref

Tribunal d'arrondissement de Diekirch (référé), 4 octobre 2016, n°201/2016 du rôle . . . . . p.117

**Opérations – Crédits – Prêt – Régime général – Résiliation du crédit – Mise en demeure – Nécessité pour la banque de prouver la réception par tous les co-débiteurs (oui)**

Cour de cassation, 13 octobre 2016, n°43/2016 du registre . . . . . p.118

**Surveillance prudentielle – Qualité de la CSSF – Législation relative aux abus de marché – Administration poursuivante (non)**

Tribunal administratif (référé), 9 mars 2017, n°39148 du rôle . . . . . p.118

**Supervision prudentielle – Législation relative aux abus de marché – CSSF – Communiqué de presse – Nature Acte préparatoire – Suspension par le juge administratif (non)**

Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, référé, 22 mars 2017, n°17775 du rôle . . . . . p.119

**Opérations – Comptes et dépôts – Chambre de compensation – Saisie-arrêt – Interdiction de saisie (non)**

Cour administrative, 6 avril 2017, n° 38340C du rôle . . . . . p.120

**Surveillance prudentielle – CSSF – Réclamations de la clientèle – Application de la procédure de redressement (circulaire 02/77) (non)**

Cour administrative, 30 mai 2017, n°39004C du rôle . . . . . p.120

**Surveillance prudentielle – Commissariat aux assurances – Nature de la mission du Commissariat – Objectif d'intérêt général (oui) – Plainte de la clientèle**

## 1. Statut

Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 25 janvier 2017, n°22170 du rôle

**Statut – Obligations professionnelles, règles prudentielles et de conduite – Nature des obligations à charge du banquier – Obligation de conseil et d'information – Ordre de bourse – Portée et modalités – Preuve de l'ordre de bourse – Absence de réaction du client – Convention de poste restante – Ratification**

*« La Banque renvoie à bon droit au document d'ouverture de crédit qui tient en une seul page, signé par le client [...] dans lequel le client reconnaît avoir reçu un exemplaire des conditions générales et déclare en avoir connaissance, les avoir lues et adhérer sans réserves aucune à toutes les clauses.*

*La déclaration signée par le client-signataire at- teste de la réception, de la lecture et de l'adhésion de celui-ci auxdites conditions générales. »*

*« L'article [des conditions générales contenant la clause de ratification tacite des extraits bancaires] n'est pas à qualifier de clause limitative de responsabilité, étant donné qu'il ne fait qu'aménager conventionnellement le régime de la preuve quant à l'acceptation présumée des opérations mentionnées sur les extraits de compte en cas de non-réclamation du titulaire du compte dans un délai déterminé et n'a aucunement pour objet direct de voir limiter la responsabilité contractuelle de la Banque. »*

*« L'approbation des extraits de compte par le titulaire du compte ne lui permet plus de remettre en cause le principe même du mandat conféré à la banque, mais ne l'empêche cependant pas de rechercher une responsabilité contractuelle de la Banque, la recherche de cette responsabilité ne pouvant cependant plus être basée sur le défaut ou le dépassement des limites du mandat. »*

*« Le défaut de protestation d'un client après réception d'un relevé de compte ne couvre pas les erreurs que ce relevé peut contenir. [...] un redressement des comptes demeure possible en cas d'erreur d'omission ou de présentation inexacte. »*



« Au moment de l'entrée en relation d'affaires, la Banque n'a pas agi en qualité de mandataire, mais en tant que partie contractante [du client]. »

« [Le client] ne saurait se retrancher derrière sa propre négligence pour faire endosser à la Banque les conséquences conventionnelles qui découlent de clauses claires et précises, acceptées en connaissance de cause. Il s'y ajoute que [le client] connaissait parfaitement les rouages des marchés financiers, cette connaissance présupposant nécessairement la connaissance dans son chef des règles liées à l'ouverture et au fonctionnement de comptes bancaires. »

## Commentaires

### 1. Les faits de l'affaire

L'affaire d'espèce, dont les faits remontent à quasiment 30 ans et qui a connu certains errements procéduraux, opposait une banque de la place (ci-après la « Banque ») à l'un de ses clients, lui-même gestionnaire de fortune.

A ce titre, le client disposait d'un compte bancaire en nom propre, mais avait également ouvert, en parallèle, un compte bancaire au nom d'une de ses clientes fortunées pour laquelle il effectuait des opérations sur devises dans le cadre de sa profession de gestionnaire.

Selon les dires du client de la Banque, son compte personnel avait pour unique vocation d'abriter les commissions perçues sur les opérations de gestion discrétionnaire effectuées pour compte de sa mandante. Toujours selon le client, son compte bancaire personnel n'aurait d'ailleurs jamais reçu le moindre dépôt en espèces et ne se prêtait techniquement pas à l'exécution d'opérations de spéculation, en l'absence notamment de couverture, et de son libellé en francs luxembourgeois.

L'ensemble des transactions sur devises impliquant le client aurait donc toujours été réalisé dans le cadre de son mandat de gestion, et directement à partir du compte bancaire parallèle de sa mandante. Il en serait en particulier allé ainsi en ce qui concerne une opération à terme de vente de Deutsche Mark contre achat de Livres Sterling pour un montant d'environ LUF 120.000.000.-.

Toujours est-il toutefois, qu'au cours de l'année 1989, le compte parallèle de la mandante du client avait été clôturé, sans que cette opération à terme DM/£ n'ait été dénouée.

Plus troublant encore, cette opération à terme ne s'était pas vue inscrite en compte de la mandante du client gestionnaire, mais directement sur le compte personnel du client affecté (selon ses dires) à la perception des seules commissions de gestion.

Selon la position du client, la Banque aurait, par négligence ou par erreur, omis de vérifier, lors

de la clôture du compte de la mandante du client, l'existence d'opérations spéculatives sur devises en cours, et n'aurait pas réalisé que certains montants étaient engagés dans l'opération de spéculation susmentionnée DM/£.

Toujours selon le client, remarquant son imprudence, la Banque aurait ensuite inscrite cette opération, par ailleurs largement déficitaire, purement et simplement au débit du compte personnel du client, et aurait par la suite prétendu que l'opération aurait été effectuée *ab initio* sur ce compte, et sur instruction spécifique du client.

Au demeurant, il importe de relever que, dans cette affaire, le client de la Banque avait signé sur son compte propre une convention dite de poste restante ou de « hold mail », dont il résultait que ses extraits de compte ne lui étaient pas envoyés directement, mais étaient conservés à la Banque jusqu'à leur retrait par le client en personne.

Comme indiqué ci-dessus, l'opération à terme litigieuse avait été largement désavantageuse pour le client, et s'était soldée par l'inscription au débit de son compte personnel des montants de 907.695.- BEF, 11,11.- CAD et 540.067,32.- DEM.

Le chroniqueur de la présente jurisprudence passera sous silence les diverses procédures et instances - de référé, civiles au fond (dont une instance entachée de nullité) et pénales - ayant fait durer cette affaire pendant près de 30 ans.

Toujours est-il que, par jugement du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 3 avril 1998, la Banque, partie demanderesse, avait obtenu gain de cause en première instance.

Dans son appréciation juridique, et à défaut de prendre plus amplement position sur les moyens de défense du client, le Tribunal s'était fondé sur les conditions générales de la Banque, énonçant le principe d'une ratification implicite des écritures à défaut de contestation endéans 15 jours, pour en déduire que le client était forclos à contester les opérations litigieuses inscrites en son compte personnel.

Le client fit appel de cette décision ce qui donna lieu au présent arrêt.

### 2. L'arrêt du 25 janvier 2017

Le client contestait en premier lieu avoir signé les conditions générales de la Banque.

Face à cette argumentation, la Cour d'appel fit remarquer que le client avait signé un document d'ouverture de compte tenant sur une page, aux termes duquel il reconnaissait avoir reçu un exemplaire des conditions générales de la Banque, en avoir eu lecture et connaissance et y adhérer sans réserves.

Selon la Cour d'appel, cette signature attestait de la réception, de la lecture et de l'adhésion des conditions générales.

A défaut d'être datées, le client contestait également que l'exemplaire des conditions générales versé en justice soit celui qui fut en vigueur au moment de l'entrée en relation des parties ou au moment des faits litigieux.

La juridiction du second degré ne tint pas compte d'une telle argumentation, en se fondant sur une attestation testimoniale d'un représentant de la Banque, employé au moment des faits litigieux, ainsi que sur l'absence d'indices en sens contraire laissant à penser que les conditions générales soumises à la Cour d'appel n'étaient pas celles ayant été d'application au moment des faits.

Elle conclut à l'opposabilité au client des conditions générales.

S'agissant de la clause de ratification tacite des extraits de compte, la Cour d'appel souligna que cette dernière ne constituait pas une clause limitative de responsabilité, étant donné qu'elle ne faisait qu'aménager conventionnellement le régime de preuve, sans avoir pour objet direct de voir limiter la responsabilité contractuelle de la Banque.

Plus spécifiquement, quant au contenu de la clause de ratification tacite, la Cour d'appel rappela que cette approbation tacite des extraits de compte ne permettait plus au titulaire du compte de remettre en cause le mandat conféré à la Banque, mais ne l'empêchait pas, le cas échéant, de rechercher la responsabilité contractuelle de la Banque, avec la limite cependant que cette responsabilité ne pouvait plus être basée sur le défaut ou le dépassement des limites de mandat.

Elle rejeta partant les contestations du client visant à voir la Banque contrainte à produire la preuve écrite d'une instruction.

Pareillement, et bien qu'ayant rappelé que les erreurs et inexactitudes du relevé n'étaient pas couvertes par le principe de la ratification tacite, elle rejeta les arguments du client visant à voir constater l'existence d'irrégularités et d'erreurs sur ces extraits (*i.e.* notamment une date d'exécution d'ordre un jour non-ouvrable), considérant que le client ne pouvait plus remettre en cause le principe même des opérations renseignées sur les extraits en question, ni les conditions d'exécution, supposées effectuées sur base d'un mandat.

La Cour d'appel conclut partant à l'existence d'une créance certaine de la Banque à hauteur du débit du compte propre du client.

Dépassant le cadre de simples moyens de défense à la demande de la Banque en remboursement du débit du compte, le client avait également érigé cer-

taines demandes reconventionnelles à l'égard de la Banque.

Il reprochait notamment à la Banque de l'avoir incité à signer tant une convention de poste restante (« hold mail ») qu'un document autorisant la passation d'ordres de bourse téléphoniques, ainsi que les conditions générales contenant la clause de ratification implicite des extraits après 15 jours de mise à disposition au siège. Ce faisant, la Banque l'aurait privé d'un recours raisonnable en lui ôtant notamment la possibilité de rapporter une preuve contraire à la présomption réfragable issue de la clause de ratification tacite. A défaut de contestation d'un extrait dans les 15 jours de son émission, la seule preuve possible à produire par le client était en effet celle d'une instruction écrite, possibilité déniée eu égard à l'admission de la passation d'ordres par téléphone, matérialisant un manquement de la Banque à ses obligations professionnelles d'information, de conseil et de loyauté, ainsi qu'une légèreté blâmable, et vidant de substance les obligations de la Banque.

La Cour d'appel estima en réplique que la responsabilité éventuelle de la Banque devait, dans ce contexte, s'apprécier non pas sur base du mandat, mais en qualité de cocontractant alors que le reproche se situait au moment de l'entrée en relation d'affaires.

Elle refusa en outre de suivre le raisonnement du client, estimant que la clause de « hold mail » contenait une décharge de responsabilité explicite du client envers la Banque, et que la situation dans laquelle le client s'était retrouvée était due à l'application d'une clause conventionnelle qu'il avait librement acceptée, et qui lui permettait de faire valoir ses droits à l'égard de la Banque sans porter atteinte au principe d'égalité des armes.

Le client ne pouvait se retrancher derrière sa propre négligence pour faire endosser à la Banque les conséquences conventionnelles qui découlaient de clauses claires et précises, acceptées en connaissance de cause.

La demande reconventionnelle fut dès lors rejetée par la Cour d'appel.

### 3. *Les enseignements de l'arrêt du 25 janvier 2017*

Les solutions retenues par la Cour d'appel dans son arrêt commenté confirment certains principes désormais bien ancrés dans le paysage jurisprudentiel luxembourgeois<sup>2</sup>.

Quand bien même le principe de la ratification implicite et sa valeur probante quant à l'existence d'une instruction valide semblent bien établis, on

<sup>2</sup> À titre d'illustration : Cour d'appel, 17 décembre 2014, *Bulletin Droit & Banque*, n°58, page 104.

peut néanmoins être surpris par le délai somme toute très restreint – 15 jours pour contester un extrait – que la Cour d'appel se garde de commenter davantage. Mieux vaut ne pas partir en vacances trop longtemps...

Il est vrai néanmoins que la pratique d'un délai de 30 jours semble constituer de nos jours la norme générale des Banques à cet égard.

Sur une autre note, on peut regretter que la Cour d'appel n'ait pas été plus explicite sur l'élément qui pourrait constituer une erreur ou irrégularité de l'extrait de compte qui se situerait hors du champ présomptif du mandat d'exécution d'ordres, et pourrait donc être contesté. Dans le contexte de la présente affaire, on relèvera qu'une opération portant une date de valeur tombant samedi ne semble pas constituer pour la Cour d'appel un élément susceptible de pouvoir gêner l'application du principe de ratification implicite.

Autre élément légèrement perturbateur à notre sens, la Cour d'appel semble faire un amalgame entre connaissances financières et connaissances purement juridiques ou bancaires. Or, ce n'est pas parce qu'un client est prestataire de services d'investissement qu'il aura nécessairement une connaissance des rouages et de la portée exacte de clauses juridiques qu'il signe lors d'une ouverture de compte.

En guise de conclusion, il faut remarquer que l'arrêt commenté n'a pas entièrement rejeté les prétentions du client de la Banque : une deuxième demande reconventionnelle avait en effet été formée, pour laquelle la Cour d'appel a requis un complément d'instruction. Ce complément d'instruction a trait à l'absence de dépôt de couverture exigé par la Banque dans le cadre des opérations spéculatives à terme sur devises (présumées) effectuées pour le client, ainsi qu'au crédit éventuellement excessif accordé au client au vu de sa situation de compte et de l'effet de levier important des opérations et des pertes éventuelles.

## 2. Opérations

Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, 23 décembre 2016, n°2076/2016, n°168216 du rôle<sup>3</sup>

**Opérations – Garantie des crédits – Garantie et sûretés personnelles – Contrat de garantie financière – Possibilité de remise en cause des modalités d'évaluation ou d'exécution convenues entre parties par le curateur (non)**

*« Les parties [ayant] librement convenu des modalités d'exécution du contrat de garantie financière, elles sont, de ce fait, opposables aux tiers, le cura-*

*teur ne peut [dès lors] se baser sur les articles 445 et 446 du Code de commerce dont l'application est expressément exclue par l'article 20 (4) de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.*

*« Les contrats de garantie financière, de même que les modalités d'évaluation et d'exécution convenues, ne peuvent plus être remis en cause et aucun tiers, en ce compris le curateur, ne peut demander leur annulation. »*

### Commentaires

#### 1. Les faits de l'affaire

La société anonyme SOC1.) S.A. (ci-après « SOC1. ») était une filiale à 100% de la société SOC3.) & Partners S.A. (ci-après « SOC3. »). Ces deux sociétés furent déclarées en faillite le 7 novembre 2014 et Maître F. fut désigné en tant que curateur.

La société de droit anglais SOC2.) Investment Management Limited (ci-après « SOC2. ») était une société active dans le *private equity* et proposait des financements par l'octroi de prêts adossés à des actions.

Le 30 septembre 2014, SOC1.) et SOC2.) conclurent un contrat de prêt soumis au droit anglais, intitulé « *non-recourse securities-backed loan agreement* » (ci-après « le Contrat ») d'un montant approximatif évalué par les parties, en tenant compte des garanties à fournir, à EUR 1.500.000.- pour une période de 540 jours, contre la remise en garantie à SOC2.) des actions détenues par SOC1.) dans la société SOC4.) S.A. (ci-après « SOC4. »), une société cotée à la bourse Euronext Paris dont elle était l'actionnaire majoritaire et moyennant un taux d'intérêt annuel de 4,8%.

Le montant définitif du prêt devait être calculé par rapport à la valeur des actions remises en garantie en ce que le montant effectivement prêté devait représenter 32,75% de la valeur des actions SOC4.) remises en garantie. La valeur des actions SOC4.) devait correspondre à la valeur la plus basse entre, d'une part, le cours acheteur de clôture la veille de confirmation, par le teneur du compte de SOC2.), du transfert des actions au profit de SOC2.) et, d'autre part, le « *closing bid price* » le plus faible constaté au cours des 90 jours précédant le transfert des actions par le teneur de compte de SOC2.).

Un premier transfert de 400.000 actions SOC4.) eut lieu le 14 octobre 2014 et un deuxième transfert de 175.000 actions le 17 octobre 2014, SOC2.) prétendant, courrier de sa Banque à l'appui, avoir eu confirmation de la réception de la première tranche le 17 octobre 2014 et de la deuxième tranche le 20 octobre 2014.

SOC2.) calcula alors le montant du prêt sur base d'un « *closing bid price* » au 16 octobre 2014 de

<sup>3</sup> Voyez Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 23 décembre 2016, *Pasicrisie luxembourgeoise*, XXXVIII, page 343.

EUR 0,5.- et mit à disposition de SOC1.) la somme de EUR 74.773,13.-, le curateur évaluant la valeur des actions transférées en garantie à un minimum de EUR 2.725.500.- et estimant que si le prêt avait été calculé sur cette valeur, le montant brut du prêt alloué aurait dû être de EUR 892.601,25.- au moins.

Le 4 novembre 2014, SOC2.) notifia à SOC1.) un courrier indiquant que celle-ci se trouvait en défaut pour violation des clauses du Contrat et, en vertu de l'article 6 b) du Contrat, SOC2.) conserva l'intégralité des actions qui lui avaient été remises à titre de garantie.

Par exploit d'huissier du 19 février 2015, le curateur de SOC1.) assigna SOC2.) à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, afin que celui-ci déclare nul et sans effet à l'égard de la masse des créanciers de SOC1.) le Contrat et la restitution, sous huitaine suivant la signification du jugement, des 575.000 actions SOC4.) transférées à SOC2.) par SOC1.), sous peine d'une astreinte de EUR 10.000.- par jour de retard.

Cette assignation donna lieu au présent jugement.

## **2. Discussions entre parties et jugement du 23 décembre 2016**

A l'appui de sa demande, le curateur faisait valoir que, s'agissant d'une action née de la faillite, le Tribunal saisi était compétent. Il invoqua l'article 445 du Code de commerce pour estimer que la signature du Contrat et le transfert d'actions étaient intervenus pendant la période suspecte et qu'il s'agissait d'une opération aux conditions particulièrement défavorables pour la société en faillite.

Sur ce point, le Tribunal constata que le présent litige avait trait à l'annulation d'un contrat de prêt adossé à un gage et que cette annulation n'étant demandée que parce que la société était en état de faillite, elle n'aurait pas pu naître sans la faillite. Le tribunal, ayant prononcé la faillite, se déclara compétent pour en connaître.

En ce qui concerne l'annulation du prêt avec restitution des actions face à la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, le Tribunal rappela que l'article 11 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière transposait l'article 4 de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière et introduisait en droit luxembourgeois la possibilité pour le créancier gagiste de vendre de gré à gré les avoirs nantis sans devoir passer par une procédure ou une mise en demeure préalable.

Il releva également que l'article 20 (1) de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière prévoyait encore que les contrats de garantie financière d'avoirs ainsi que les faits entraînant l'exécu-

tion de la garantie et les modalités d'évaluation et d'exécution convenues entre parties conformément à la présente loi étaient valables et opposables aux tiers et curateurs. De même, il rappela que l'article 20 (4) disposait que les dispositions du Livre III (ayant trait aux faillites) du Code de commerce n'étaient pas applicables aux contrats de garantie financière et ne faisaient pas obstacle à l'exécution de ces contrats.

En l'espèce, le Tribunal constata que les parties avaient librement convenu des modalités d'exécution du contrat de garantie financière<sup>4</sup> qui étaient, de ce fait, opposables aux tiers et en conclut que le curateur ne pouvait se baser sur les articles 445 et 446 du Code de commerce dont l'application fut expressément exclue par l'article 20 (4) de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

Sur ce point, le Tribunal rappela qu'il découlait très clairement des travaux parlementaires que l'intention des rédacteurs du projet de loi avait été d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et de ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation<sup>5</sup>.

Le Tribunal releva également que le but du projet de loi était de rendre le contrat de garantie financière inattaquable mais ceci ne signifiait cependant pas qu'il n'existait aucune sanction. Ainsi, en cas de concert frauduleux entre parties, ces dernières pourraient toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile<sup>6</sup>.

Le Tribunal considéra dès lors que les contrats de garantie financière, de même que les modalités d'évaluation et d'exécution convenues entre parties, ne pouvaient plus être remis en cause et qu'aucun tiers, en ce compris le curateur, ne pouvait demander leur annulation.

Le Tribunal décida donc que le curateur n'était pas légalement investi du droit d'agir en restitution des 575.000 actions SOC4.) transférées à SOC2.) par SOC1.) et déclara la demande irrecevable.

## **3. Les enseignements du jugement du 23 décembre 2016**

Le présent jugement est conforme à la position constante de la jurisprudence luxembourgeoise qui a consacré la primauté des contrats de garantie financière empêchant toute remise en cause.

4 Le Tribunal citait notamment la l'article 6 b) du contrat de prêt "if the borrower defaults on any terms and conditions set forth in this agreement, then the borrower will have no further rights, claims or interests in the pledged securities".

5 Sur ce point, le Tribunal citait P. SCHLEIMER, « Réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires », *Journal des tribunaux luxembourgeois*, n°7, page 15, n°30.

6 Le Tribunal citait sur ce point le document parlementaire n°5251, page 21.



Dans le cas présent, le Tribunal avait à se prononcer non pas sur la force attachée au contrat de garantie financière lui-même, mais à celle de ses actes d'exécution et/ou de réalisation.

En s'appuyant sur le texte et l'esprit des auteurs de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, le Tribunal réaffirme la volonté de donner à la place financière de Luxembourg un instrument garantissant la sécurité juridique des nombreuses opérations de financement impliquant des avoirs situés au Grand-Duché de Luxembourg.

Conformément aux décisions précédemment rendues par les juridictions luxembourgeoises<sup>7</sup>, le Tribunal a retenu que ces actes d'exécution et/ou de réalisation ne pouvaient être remis en cause par le curateur du débiteur gagiste alors que, d'une part, ces actes sont opposables aux tiers dont le curateur et d'autre part, personne ne peut remettre en cause ces actes, qui peuvent, tout au plus, faire l'objet d'une action en responsabilité a posteriori.

Malgré les nombreuses attaques auxquelles ils doivent faire face, les contrats de garantie financière voient donc leur caractère inattaquable confirmé, ce qui vient conforter la place du Luxembourg dans les transactions internationales.

Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siègeant en matière civile, 4 janvier 2017, n°168347 du rôle

**Opérations – Saisie civile – Saisie pénale – Saisie-arrêt – Validation – Tierce-opposition – Exequatur – Confiscation – Hiérarchie entre les diverses mesures prises**

« Il est certain que la saisie-arrêt civile en tant que voie d'exécution privée ne peut tenir en échec les règles du droit pénal pour autant que celui-ci poursuit des objectifs d'intérêt public. De tels objectifs sont manifestement en cause lorsque la saisie pénale tend à l'instruction du fait pénal et à la punition de l'auteur du fait pénal. La saisie pénale doit ainsi l'emporter en tout état de cause sur la saisie-arrêt civile lorsqu'elle s'inscrit dans l'action de poursuite et de répression du fait pénal.

Tel n'est plus le cas si la saisie pénale s'inscrit dans une logique de réparation du dommage subi par la victime. Il est exact qu'il a pu être écrit que les saisies spéciales réalisées en matière pénale (désignation donnée à la saisie pénale en droit français) n'ont pas pour objet de satisfaire un quelconque créancier, mais de garantir l'effectivité de la peine de confiscation dont l'objectif premier est de priver le condamné des profits tirés de l'infraction et plus généralement de toutes les formes d'enrichissement qui lui sont associées et qu'elles se trouvent par

conséquent guidées par des exigences largement gouvernées par l'ordre public (JCL Procédure pénale, Art. 706-141 à 706-147, N° 94). Il n'en reste pas moins que la saisie pénale n'est pas guidée toujours uniquement par des motifs tenant à l'ordre public. Elle ne constitue pas non plus la seule voie pour aboutir au résultat de priver le condamné des profits tirés de l'infraction. Il n'en découle ainsi aucun argument décisif pour affirmer en tout état de cause la prédominance de la saisie pénale sur la saisie civile, dès lors que cette dernière permet d'atteindre le même résultat.

Eu égard à l'ensemble de ces considérations, le tribunal retient que la saisie pénale emporte indisponibilité des effets saisis au détriment des tiers si la saisie pénale poursuit des objectifs tirés uniquement de la poursuite et de la répression du fait pénal, et que les effets saisis pénalement ne sont pas frappés de pareille indisponibilité lorsque la saisie pénale s'inscrit dans une perspective de réparation des conséquences dommageables découlant du fait pénal.

(...)

La saisie-arrêt en sa phase conservatoire ne confère cependant au saisissant aucun droit définitif sur les avoirs saisis. Au cours de la phase conservatoire, il reste tributaire d'événements qui peuvent affecter ses droits sur ces avoirs, tel que la confiscation pénale pour des motifs tirés de la poursuite et de la répression du fait pénal, qui ont pour effet de faire sortir les avoirs du patrimoine du saisi, ou l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du saisi, qui a pour effet de le faire entrer en concours avec les autres créanciers du saisi. Il importe donc de vérifier si un tel événement est intervenu au cours de la phase conservatoire.

A cet effet, il convient dans un premier temps de délimiter dans le temps la phase conservatoire de la saisie-arrêt civile. Par principe, celle-ci s'achève au jour où le jugement de validation de la saisie-arrêt est coulé en force de chose jugée. (...)

Par ailleurs, il est admis que le jugement de validation d'une saisie-arrêt coulé en force de chose jugée a pour effet nécessaire de dessaisir le débiteur saisi des sommes saisies pour en faire attribution et transport au saisissant qui en devient ainsi créancier direct du tiers saisi (Cour d'appel 28 avril 1999, P 31, page 141), sans même qu'il ne soit besoin que le jugement de validation n'ait été signifié au tiers saisi (TA Luxembourg 15 décembre 2011, N° 29171 du rôle) (F. Kremer et C. Mara-Marhuenda, *Le Banquier face à la saisie-arrêt civile de droit commun : développements récents, in Droit bancaire et financier au Luxembourg, tome II, page 1147, N° 86*). (...)

<sup>7</sup> Voyez par exemple Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 16 novembre 2012, *Jurisnews – Droit des sociétés*, n°9/2012.

## Commentaires

Cette décision a fait l'objet d'une publication et d'un commentaire dans un numéro précédent du Bulletin Droit et Banque.<sup>8</sup>

Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg (référé), 15 février 2017, n°25/17, n°43925 et 44011 du rôle<sup>9</sup>

### Opérations – Garantie des crédits – Contrat de garantie financière – Directive 2002/47/CE – Exécution par voie d'approbation – Procédure en référé (appel) – Suspension des effets de l'exécution des gages (irrecevabilité)

« L'article 20 (4) [de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière] ne permet pas au juge des référés de prendre, tel qu'il lui est demandé en l'espèce, des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser les effets d'une exécution des gages et qui rendraient inopérantes les dispositions aux termes desquelles l'exécution des contrats de garantie financière et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats se poursuit, nonobstant d'ailleurs toutes sortes de mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la même loi.

En effet, si l'exécution des contrats de garantie financière ne saurait être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause en référé par des mesures qui affectent les opérations déjà exécutées. »

« Le juge des référés ne saurait ordonner la mise sous séquestre des parts sociales et CPEC ayant fait l'objet des gages étant donné que le séquestre entraînerait une restriction au droit de propriété et avait pour effet de dépouiller le propriétaire de ses droits. »

« Il est établi que la directive et la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière ne laissent, dans des conditions normales, pas place à une intervention du juge des référés pour procéder, par des mesures de suspension de la réalisation, à une mise en question de l'exécution du contrat de garantie financière. »

## Commentaires

### 1. Les faits de l'affaire

Les faits de la présente affaire peuvent être résumés comme suit.

Suivant un contrat de prêt du 10 septembre 2013, soumis au droit de l'Etat de New York, SOC3.) emprunta à SOC2.) la somme de USD 21.569.170,00.- avec pour objectif de financer l'achèvement de vil-

las, à l'époque en cours de construction ; le montant du prêt fut augmenté à USD 22.385.170,00.- suivant avenant du 23 décembre 2014 (le « Contrat »).

Selon la société SOC1.), les obligations de remboursement de SOC3.) en relation avec le Contrat étaient garanties par de multiples sûretés, dont notamment :

- un gage de droit luxembourgeois sur les actions émises par SOC3.) qu'elle avait accordé à SOC2.) suivant un « *Share Pledge Agreement* » du 10 septembre 2013 ;
- un gage de droit luxembourgeois sur les « *Convertible Preferred Equity Certificates* » (CPEC) émises par SOC3.) qu'elle avait accordé à SOC2.) suivant un « *CPEC's Pledge Agreement* » du 20 décembre 2013 ;
- un gage de droit luxembourgeois sur les comptes bancaires de SOC3.) auprès de la Banque 1.) ;
- un gage de droit luxembourgeois sur les 108.050 parts émises par SOC1.), accordé par SOC3.) à SOC2.) ;
- une hypothèque de droit français sur chacune des villas, accordée par SOC3.) à SOC2.).

Les titres faisant l'objet des gages furent placés entre les mains de la société SOC4.) Group S.A. en qualité de dépositaire.

Le remboursement du montant principal du Contrat devait se faire moyennant les fonds générés par la vente des villas et l'échéance du prêt fut fixée au 1<sup>er</sup> octobre 2015.

En date du 13 avril 2016, SOC2.) réalisa les garanties dont elle disposait à l'encontre de SOC3.).

Par exploit d'huissier de justice du 4 mai 2016, la société SOC1.) donna assignation aux sociétés SOC2.), SOC1.), SOC4.) et la Banque 1.) à comparaître devant le président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, aux fins de notamment :

- voir ordonner la mise sous séquestre des 14.000 actions et des CPEC émises par SOC3.), ainsi que les 108.050 parts B et des CPEC émises par SOC1.), appropriées par SOC2.) le 13 avril 2016, ainsi que des comptes bancaires auprès de Banque 1.), objet de l'exécution réalisée par SOC2.), afin d'empêcher que ces titres et les sommes figurant sur ces comptes ne soient transférés, accaparés, cédés, vendus ou donnés de quelque manière que ce soit, de sorte à préserver les droits et intérêts de la demanderesse SOC1.) jusqu'à ce que le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages soit vidé par une décision coulée en force de chose jugée,
- voir nommer un séquestre judiciaire avec pour mission de gérer et administrer ces titres et ces

<sup>8</sup> Voyez A. WAISSE, « Le banquier entre saisie pénale et saisie civile », *Bulletin Droit et Banque*, n°61, pps 33 et svtes.

<sup>9</sup> Publiée dans *Revue luxembourgeoise de Bancassurance*, page 46.

comptes bancaires et de veiller à leur conservation jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages.

Par ordonnance des 12 et 26 août 2016, le juge des référés, a dit irrecevables les demandes en question.

SOC1.) interjetta appel contre les ordonnances en date des 25 août 2016 et 15 et 16 septembre 2016, ce qui donna lieu au présent arrêt.

## 2. L'arrêt du 15 février 2017

En premier lieu, la Cour d'appel rappela que les gages en cause étaient soumis à la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, cette loi ayant introduit en droit luxembourgeois un régime favorable au créancier gagiste, dans l'objectif d'assurer l'effectivité des mécanismes qu'elle régit<sup>10</sup>.

Sur ce point, la Cour d'appel releva que s'il tombait sous le sens que les travaux préparatoires ne pouvaient pas servir à compléter le texte légal, il était cependant admis que le juge pouvait se référer aux documents parlementaires pour connaître les circonstances ayant amené le législateur à légiférer.

Comme l'appelante reprochait au premier juge d'avoir sorti une partie du texte des travaux parlementaires de son contexte, la Cour d'appel cita le texte *in extenso*<sup>11</sup>.

La Cour d'appel considéra que le texte était des plus clairs et que le juge des référés, en ne citant que la partie essentielle de ce commentaire ne l'avait aucunement sortie de son contexte.

La Cour d'appel releva que la doctrine soulignait également (à l'instar de la jurisprudence) que l'intention des rédacteurs du projet de la loi était d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et de ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation<sup>12</sup>.

La Cour d'appel rappela par ailleurs que le premier juge n'avait même pas besoin de se référer aux travaux parlementaires pour rappeler que le but du législateur était de rendre les contrats de garantie financière inattaquables, la loi elle-même le déclarant dans son article 11. Cet article, qui transposait le paragraphe 4 de l'article 4 de la directive, reproduisait en effet, à l'ingrès de son paragraphe (1) la non-nécessité d'une mise en demeure, sub (1) e) la faculté d'appropriation, sub (1) b) la non-exigence de vente aux enchères et, au paragraphe (3), lorsque le gage était tenu auprès d'un tiers, la remise des

du « *level playing field* » entre les garanties financières que le présent projet s'est fixé comme objectif d'établir.

Le texte de l'article 20(4) donne clairement à la loi le caractère d'une loi de police, ce qui était déjà le cas de la Loi sur le transfert à titre de garantie, de la Loi sur la mise en pension, de l'article 61-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et selon la doctrine (P. Kinsch, La faillite en droit international privé luxembourgeois, Pas 29, pp. 118 s. – note 54) également de la loi sur le gage.

L'ambition de mettre les contrats de prises de garantie financière à l'abri d'une possible remise en cause et d'offrir ainsi aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité, doit se lire dans le contexte du récent règlement 1346/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Ce règlement, qui prévoit un système aménagé de l'effet universel de la *lex concursus*, dispose en son article 5.1 que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel dont bénéficie un créancier sur certains biens de son débiteur failli, si les biens en question se trouvent dans un pays autre que celui de l'ouverture de la faillite. Cette exception est limitée par l'article 5.4 du même règlement qui dispose que les actions particulières en nullité ou inopposabilité restent néanmoins régies par la *lex concursus*, sauf si l'acte constitutif du droit réel est soumis à une loi autre que celle de l'Etat d'ouverture de la faillite et si cette autre loi ne permet aucun moyen d'attaquer l'acte (article 13).

Le but du projet de loi est de rendre le contrat de garantie financière inattaquable afin de bénéficier de l'exception décrite ci-dessus. Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'existe aucune sanction. En cas de concert frauduleux entre parties, ces dernières pourront toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile.

Ce besoin de sécurité juridique s'explique tout particulièrement par les travaux du Comité de Bâle et de la Commission sur les exigences de fonds propres plus amplement analysés à l'article 5(5).

Une exception est cependant ménagée en faveur des personnes les plus défavorisées par l'exclusion des règles particulières de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement des particuliers ».

12 P.SCHLEIMER, « Réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires », Journal des tribunaux Luxembourg, 2010, n°7, pps 8 et svtes.

10 La Cour d'appel citait l'article 20 (4) de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : « A l'exception des dispositions de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement, les dispositions du Livre III ; Titre XVII du Code Civil, du Livre 1er, Titre VIII et du Livre III du Code de Commerce ainsi que les dispositions nationales ou étrangères régissant les mesures d'assainissement, les procédures de liquidation, les autres situations de concours et les saisies ou autres mesures visées au point b) de l'article 19 ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière, aux contrats de compensation et aux renonciations visées par les articles 2(5) et 2(6) et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats et à l'exécution par les parties de leurs obligations notamment de retransfert ou de rétrocession ».

11 Le commentaire relatif à l'article 20 est rédigé comme suit :

« Ad Article 20

Le paragraphe (1) reprend en substance le deuxième alinéa de l'article 3(4) de la Loi sur le transfert à titre de garantie. Le paragraphe (2) reproduit le dernier alinéa de l'article 3(4) de la Loi sur le transfert à titre de garantie ainsi que le paragraphe (3) de l'article 61-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

L'article 3(2) de la Loi sur la mise en pension est repris au paragraphe (3) de l'article 20.

Le paragraphe (4) correspond à la dernière phrase du paragraphe (2) de l'article 61-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et à la disposition quasi identique de l'avant dernier alinéa de l'article 3(4) de la Loi sur le transfert à titre de garantie. Il transpose également l'article 8.1. de la Directive.

La véritable innovation est que cette disposition exigée par la Directive s'applique dorénavant également aux gages. Cette extension du champ d'application assure le respect



instruments financiers sur « simple déclaration » par le créancier gagiste « de la survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie ».

La Cour d'appel en conclut que l'article 20 (4) de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière ne permettait pas au juge des référés de prendre, tel qu'il lui était demandé en l'espèce, des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser les effets d'une exécution des gages et qui rendraient inopérantes les dispositions aux termes desquelles l'exécution des contrats de garantie financière et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats se poursuivait, nonobstant d'ailleurs toutes sortes de mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la même loi.

En effet, si l'exécution des contrats de garantie financière ne saurait être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause en référé par des mesures qui affectaient les opérations déjà exécutées. A ce titre, la Cour d'appel nota que les mesures sollicitées ne se justifiaient d'ailleurs plus aux termes de l'urgence, les gages ayant été réalisés et que ces opérations d'exécution pouvaient faire l'objet d'une action en responsabilité.

La Cour d'appel releva enfin que le caractère frauduleux de l'exécution des gages, invoqué par SOC1.), établissait l'existence d'un différend entre parties qui se heurtait à des contestations sérieuses. Mais en présence de gages qui paraissaient avoir été valablement constitués, la Cour d'appel considéra qu'une demande de paralysie des effets de leurs réalisations, fût-elle temporaire, se heurtait à une contestation sérieuse de la part du créancier gagiste, titulaire par hypothèse du droit de réalisation.

La Cour d'appel confirma l'ordonnance de première instance en ce qu'elle n'avait pas fait droit à la demande sur base de l'article 932 du Nouveau Code de procédure civile.

En ce qui concernait l'article 933 du Nouveau Code de procédure civile, la Cour d'appel nota que les mêmes considérations valaient à propos des mesures prétendument conservatoires demandées. En effet, si les garanties financières données pouvaient faire l'objet d'un contrôle a posteriori, de sorte que si SOC2.) avait engagé sa responsabilité, et qu'il y avait lieu à indemnisation, il n'y avait pourtant pas lieu de remettre en cause, en référé, la réalisation des garanties financières en édictant des mesures de suspension d'effet<sup>13</sup>.

Pareillement, la nomination d'un séquestre des titres (actions, CPEC, parts) et des avoirs en

compte, donnés en gage n'était pas une mesure conservatoire qui s'imposait en l'occurrence au seul motif – non établi – que SOC1.) risquerait de se retrouver face à « une coquille vide » au cas où la responsabilité de SOC2.) en relation avec la réalisation des gages serait retenue au fond.

Dès lors, la Cour d'appel déclara les mesures demandées également irrecevables sur base de l'article 933, alinéa 1er du Nouveau Code de procédure civile.

La Cour d'appel constata que c'était à bon droit que le premier juge retint que le juge des référés ne pouvait ordonner des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser le fonctionnement d'une société et qui rendraient inopérantes les dispositions aux termes desquelles l'exécution des contrats de garantie financière et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats se poursuivait, nonobstant toutes mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la loi modifiée de 2005.

La Cour d'appel confirma également que le juge des référés ne saurait ordonner la mise sous séquestre des parts sociales et CPEC ayant fait l'objet des gages étant donné que le séquestre entraînait une restriction au droit de propriété et avait pour effet de dépouiller le propriétaire de ses droits.

La Cour d'appel nota qu'il était établi que la directive et la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière ne laissaient, dans des conditions normales, pas place à une intervention du juge des référés pour procéder, par des mesures de suspension de la réalisation, à une mise en question de l'exécution du contrat de garantie financière.

La Cour d'appel conclut que si le juge des référés pouvait dans des cas où il se trouvait en présence d'une voie de fait évidente ou d'un trouble manifeste retrouver sa compétence, pour prendre des mesures provisoires pour des contrats soumis à loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, tel n'était cependant pas le cas en l'espèce.

La Cour d'appel rejeta l'appel comme non fondé.

### 3. *Les enseignements de l'arrêt du 15 février 2017*

La question de la recevabilité de principe de recours préventifs ou de mesures conservatoires dans le cas d'une réalisation de contrats de garantie financière a d'ores et déjà fait l'objet de grands débats au sein de la doctrine luxembourgeoise<sup>14</sup>.

13 Sur ce point, la Cour cita Cour, 3 novembre 2010, n°35824 du rôle, Cour, 27 janvier 2016, n° 42760 et 42971 du rôle; Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 16 novembre 2012, n°143752 du rôle.

14 P. GEORTAY, « Observations – Les contrats de garantie financière et le juge des référés, une incompatibilité d'humour ? », *Bulletin Droit & Banque*, 57, page 63 et A. ELVINGER, « Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : compétence du juge des référés et admissibilité de son intervention », *Bulletin Droit & Banque*, 58, page 13.



Dans son arrêt du 15 février 2017, la Cour d'appel vient confirmer la position adoptée par la jurisprudence luxembourgeoise selon laquelle les demandes de mesures en suspension seraient en principe recevables, tout en appliquant dans un second temps de manière stricte et rigoureuse les conditions de recevabilité aux mesures sollicitées<sup>15</sup>.

La question qui se posait en l'espèce était de savoir s'il existait un pouvoir de contrôle du juge des référés a posteriori sur la réalisation d'une garantie financière lui permettant de suspendre ses effets.

Les réponses apportées par l'arrêt du 15 février 2017 sont les suivantes.

Si l'exécution des contrats de garantie financière ne peut être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause en référé par des mesures qui affectent les opérations déjà exécutées. A ce titre, les mesures sollicitées ne se justifient d'ailleurs plus aux termes de l'urgence, les gages ayant été réalisés et ces opérations d'exécution pouvant faire l'objet d'une action en responsabilité.

Ainsi, si les garanties financières données peuvent faire l'objet d'un contrôle a posteriori, par le biais notamment d'une action en responsabilité, il n'y a pas lieu de remettre en cause, en référé, la réalisation des garanties financières en édictant des mesures de suspension d'effet.

En conséquence, dans l'hypothèse où des mesures de réalisation du contrat de garantie financière en question ont déjà été effectuées, une demande en référé visant à interrompre ces mesures partiellement exécutées, sinon à les remettre en cause, devra être déclarée irrecevable.

La position de la jurisprudence luxembourgeoise selon laquelle l'exécution des contrats de garantie financière ne saurait être interrompue ou a fortiori remise en cause en référé par des mesures qui affectent les opérations déjà enregistrées, se trouve confirmée par le présent arrêt.

Se pose encore (et toujours) la question de la recevabilité des demandes qui viseraient des mesures de réalisation qui n'auraient pas été encore exécutées et/ou d'une demande ayant pour objet des mesures de référé qui n'auraient pas pour finalité d'interrompre, sinon de remettre en cause l'exécu-

tion d'un contrat de garantie financière, telle que par exemple la nomination d'un expert.

Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 5 avril 2017, n°42733 et 43333 du rôle

### Opérations – Crédit – Clauses de subordination – Effet relatif (oui) – Lettre d'intention – Portée

« La légalité des clauses de subordination est reconnue en droit luxembourgeois [...]. Une telle clause s'analyse en une renonciation par un des créanciers à son droit de traitement égalitaire en cas de survenance de la faillite de son débiteur. En tant que telle, elle ne contrevient pas au principe de l'égalité des créanciers [...]. Elle ne crée pas non plus un droit réel ou un privilège non prévu par la loi en faveur du ou des créanciers auxquels la renonciation profite. »

« Au vu de la nature contractuelle de cette clause, [...] elle ne peut profiter qu'à la partie en faveur de laquelle elle a été stipulée. »

« [Le document d'émission obligataire contenant la clause de subordination] est un acte unilatéral par lequel [l'émetteur] a fixé les conditions de l'émission des obligations en cause. Aucune adhésion par un tiers à cet acte n'est établie. [...]. Aucune acceptation de la clause de subordination de [leur] part [...] ne saurait en être déduite. »

« Les termes clairs et non-équivoques de cette lettre [d'intention] ne laissent pas de doute que la société s'était engagée fermement et définitivement à s'acquitter de la dette de [sa filiale] si un des événements y prévus venait à survenir.<sup>16</sup> »

### Commentaires

#### 1. Les faits de l'affaire

L'affaire commentée s'est nouée autour d'une faillite déclarée à l'encontre d'une société anonyme de droit luxembourgeois, et a vu s'opposer une multitude d'intervenants, parmi lesquels divers créanciers sociaux, des établissements de crédits et le curateur.

Le curateur de la faillite avait, au préalable, refusé d'admettre certaines déclarations de créance au passif de la faillite.

Par jugement contradictoire suite au débat sur contestations, le Tribunal avait de son côté décidé d'admettre diverses de ces créances, liées entre elles mais émanant de personnalités juridiques diverses, au passif de la faillite.

15 Voyez Cour d'appel, 3 novembre 2010, *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2011, page 33 commenté par N. THIELTGEN, « Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois », *Bulletin Droit & Banque*, n°48, page 71 et D. BOONE, « Un coup d'arrêt aux actions conservatoires visant à suspendre les effets des réalisations de garanties financières », *JurisNews – Regard sur le droit des sociétés*, n°9/2010, page 121.

Voyez Ordonnance du juge des référés, 15 juillet 2015, *Bulletin Droit & Banque*, n°57, page 55, commenté par P. GEORTAY, « Observations – Les contrats de garantie financière et le juge des référés, une incompatibilité d'humour ? », *Bulletin Droit & Banque*, 57, page 63.

16 La lettre d'intention contenait le passage suivant : « il reste entendu que nous procéderons également au remboursement indiqué [...] si la Filiale, sur base de votre attestation, ne remplissait pas ponctuellement ses obligations ».

Un créancier présomptif, le plus important selon le montant de sa déclaration de créance, mais dont la créance avait été rejetée, contrairement aux autres, par le Tribunal, interjeta appel du jugement de première instance, pour demander l'admission de sa créance au rang de créance chirographaire première en rang, ainsi que, corrélativement et, selon le cas, la subordination des autres créances admises, voire leur rejet, voire tout au plus leur admission au même rang que la sienne.

Par ailleurs, la même société interjeta également appel contre une autre décision du Tribunal ayant autorisé le curateur de la faillite à vendre diverses participations, créances ainsi que le nom de marque de la société en faillite à un tiers acquéreur.

Ces deux affaires furent jointes pour donner lieu à la seule décision sous rubrique de la Cour d'appel.

## 2. *L'arrêt du 5 avril 2017*

Sans entrer dans le détail de considérations juridiques de pur droit des faillites, il est à noter que la Cour d'appel rejeta l'appel contre l'autorisation de vente, pour être irrecevable.

Quant au fond de la décision des premiers juges d'admettre certaines créances au passif, plusieurs développements intéressant le droit bancaire, ont le mérite d'être relevés.

La Cour d'appel débuta son argumentaire juridique en admettant la déclaration de créance de l'appelante au passif, alors que le problème, relevé en première instance, du défaut de double signature par deux représentants de l'appelante avait entretemps été régularisé par le dépôt d'une déclaration de créance rectificative.

Cette créance de l'appelante se fondait sur des obligations émises par la société en faillite souscrites par l'appelante et non remboursées. Au soutien de ses prétentions quant au rang des autres créanciers, l'appelante invoquait des clauses de subordination s'appliquant à ces créances.

La Cour d'appel estima, contrairement aux premiers juges, pouvoir toiser la question du rang des créanciers chirographaires sans attendre une reddition des comptes, alors que la solution ne préjudiciait pas du dépôt de déclarations postérieures ou du rang éventuel de telles déclarations, et donc des droits d'autres créanciers potentiels.

Dès lors, la Cour d'appel s'attacha en premier lieu à confirmer la légalité des clauses de subordination, rappelant qu'elles s'analysaient en une renonciation, par un des créanciers, à son droit de traitement égalitaire en cas de survenance de faillite de son débiteur. Etant de nature contractuelle, la Cour d'appel retint toutefois qu'elle ne pouvait profiter qu'à la partie en faveur de laquelle elle avait été stipulée.

A partir de ce constat, la Cour d'appel déduisit la nécessité de passer en revue chacune des diverses autres déclarations de créances déposées, pour déceler leur rang par rapport à celui de l'appelante.

En premier lieu, la Cour d'appel se prononça sur les déclarations de créance du représentant légal de la société en faillite, lequel avait accordé des prêts à la société en faillite.

Selon la Cour d'appel, bien que l'acte obligatoire par lequel l'appelante avait souscrit l'intégralité de l'émission obligatoire du failli comprenait une clause de subordination, en faveur de l'appelante, des créances des actionnaires du failli, aucune subordination ne pouvait jouer en l'espèce étant donné que le représentant légal tirait son droit de créance non pas de sa qualité d'actionnaire mais de sa qualité de prêteur.

Par ailleurs, la Cour d'appel qualifia le document d'émission obligatoire comme acte unilatéral de la société faillie, lequel ne comportait aucune adhésion ou acceptation par un tiers en nom propre, future en qualité d'actionnaire ou de prêteur.

La Cour d'appel admit, par ailleurs, la même solution en ce qui concerne une série d'obligations souscrites par le même représentant légal dans le cadre d'une émission obligatoire postérieure. Ainsi, et bien que le représentant légal avait signé des résolutions circulaires du conseil d'administration de la société faillie, fixant les conditions de l'émission et prévoyant expressément la subordination de ces obligations à celles souscrites par l'appelante, la Cour d'appel arriva à la conclusion que le représentant légal n'avait pas signé ce document en nom propre et/ou en qualité de contractant prêteur. En effet, s'il avait indubitablement eu connaissance de la clause à titre de mandataire social, les règles de preuves de droit civil dont il pouvait revendiquer l'application en tant que prêteur obligatoire ne permettaient pas de retenir qu'il avait accepté la clause de subordination.

En second lieu, la Cour d'appel examina la revendication de subordination, en faveur de l'appelante, de la créance admise d'une autre société ayant accordé un prêt à la société failli.

Si la Cour d'appel releva une nouvelle fois que le document d'émission obligatoire relatif à la souscription d'obligations par l'appelante n'était pas de nature à traduire un accord de l'autre société prêteuse à une subordination de sa créance, elle constata toutefois qu'il résultait d'un avenant au contrat de prêt signé par cette autre société prêteuse que les créances de cette dernière étaient subordonnées à celles résultant de l'émission obligatoire souscrite par l'appelante, de sorte que cette subordination était donc expressément admise et pouvait être valablement invoquée par l'appelante.

Une troisième déclaration de créance passée sous revue par la Cour d'appel avait trait ensuite à une série de lignes de crédit accordées par une Banque à une filiale de la société failli, et garanties par une lettre d'intention donnée par cette dernière.

La lettre d'intention en question prévoyait notamment que la société faillie s'engageait à conserver inchangée sa participation dans le capital de la filiale pendant le temps où celle-ci jouirait des lignes de crédit, et de ne pas procéder à une opération de cession sans le consentement préalable de la Banque. La lettre prévoyait aussi que la société-mère procéderait au remboursement de la dette si la filiale ne remplissait pas ponctuellement ses obligations (« il reste entendu que nous procéderons également au remboursement indiqué [...] si la Filiale, sur base de votre attestation, ne remplissait pas ponctuellement ses obligations »).

Selon la Cour d'appel, les termes clairs et non-équivoques de la lettre laissaient conclure à un engagement ferme et définitif de la société faillie.

La Cour d'appel constata ensuite que les facilités de crédit avaient été révoquées avant la survenance de la faillite, et la filiale ainsi que la société-mère mises en demeure de régler le débit avant la survenance de la faillite.

La Cour d'appel refusa dès lors de suivre l'argumentation de l'appelante tendant à rattacher l'élément déclencheur de l'appel à garantie à la cession d'actions opérée par le curateur en cours de liquidation des actifs tout en défendant que l'engagement de la société failli ne serait pas un engagement ferme.

Selon la Cour d'appel, ce n'était pas la vente par le curateur de la participation dans la filiale qui avait pu motiver l'appel à garantie de la part de la Banque, puisque cet appel avait été fait antérieurement même à la faillite, et que donc cet appel à garantie était motivé par le manquement de la filiale à ses obligations contractuelles (de remboursement).

Concernant le rang de la créance de la Banque admise au passif, la Cour d'appel estima que celle-ci devait se situer à un rang égal avec celle de l'appelante alors que, si le document de l'émission obligataire souscrit par l'appelante mentionnait bien que la créance de l'appelante bénéficierait d'un rang supérieur à toutes autres, à l'exception de la « Senior Bank Indebtedness » (dont faisait partie la créance de la Banque), les termes employés n'admettaient cependant pas la conclusion, en sens inverse, d'une volonté d'accorder un rang supérieur à la « Senior Bank Indebtedness » par rapport à la créance de l'appelante.

### 3. Les enseignements de l'arrêt du 5 avril 2017

L'arrêt de la Cour d'appel doit être approuvé pour son pragmatisme.

Les clauses de subordination, bien qu'admises en droit luxembourgeois, restent de nature purement contractuelle et n'engagent que les signataires<sup>17</sup>. Dès lors, une telle clause, convenue dans le cadre d'une émission obligataire entre l'émetteur et le créancier obligataire, n'engage aucun autre tiers créancier de l'émetteur si ce dernier ne ratifie pas l'acte d'émission.

La signature ou la ratification de l'acte d'émission doit être effectuée par le tiers en nom propre. Le droit est une matière précise, et ce qui est moralement juste n'est pas toujours juridiquement exact.

Ainsi, le tiers créancier qui a certes connaissance de l'acte d'émission et a même contribué à l'inclusion de la clause de subordination dans l'acte en tant que mandataire et représentant légal de l'émetteur, n'est pas juridiquement censé avoir accepté la clause en qualité de tiers créancier.

En ce qui concerne la lettre d'intention, nous savons qu'elle se caractérise, en règle générale, par l'absence de caractère contraignant, l'engagement pris par l'émetteur de la lettre (en principe une société-mère dans le cadre d'un prêt bancaire à une filiale) étant le plus souvent qualifié d'engagement moral<sup>18</sup>.

Il n'en va toutefois plus ainsi lorsque le signataire s'oblige de manière ferme à se substituer à la filiale en cas de défaillance de celle-ci. Sans le dire expressément, il nous semble qu'en l'espèce la Cour d'appel procède en réalité à une requalification de la lettre d'intention en cautionnement. Comme l'explique la doctrine, certaines lettres sont, en effet, de véritables cautionnements, lorsque sont remplis tant le critère de l'engagement de payer la dette d'autrui que celui de l'absence d'obligation personnelle à la dette<sup>19</sup>.

Ceci semble bien être le cas en l'espèce, puisque la Cour d'appel a admis la déclaration de créance de la Banque contre la société-mère pour le montant dû par la filiale. Procurant ainsi au créancier un second débiteur, la Cour d'appel rejette implicitement la notion de lettre d'intention dont le non-respect traduit un manquement à une simple obligation de faire, sanctionnée par le droit commun de la responsabilité et donc des dommages et intérêts<sup>20</sup>.

17 Pour une étude approfondie : S. JACOBY, M. MEHLEN, « Les clauses de subordination et de recours limité en droit luxembourgeois », *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Vol. 2, ALJB, Larcier, 2004, page 915-937.

18 F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 2004, n°862 et s.

19 F. T'KINT, *op. cit.*, n°869.

20 Cass. fr. 21 décembre 1987, *Bull.civ.*, 1987, IV, n°281, page 210.

Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg,  
17 mai 2017, n°87/17, n°42252 du rôle

**Opérations – Services d'investissement – Opération sur instruments financiers – Ordres de rachat – Mandat vis-à-vis de l'investisseur (non) – Responsabilité de l'agent de transfert (non) – Responsabilité de la banque dépositaire (non)**

« Le préjudice individuel peut être défini comme correspondant au préjudice qui affecte directement la situation patrimoniale de l'actionnaire, sans impliquer en même temps une atteinte au patrimoine social ou un appauvrissement de ce dernier; Le préjudice individuel ne doit pas constituer en une simple répercussion du préjudice social. Il doit être déconnecté d'une perte qui affecte l'actif social. »

« Cette action n'émana pas de la société S. prise en sa qualité d'actionnaire/investisseur se plaignant de la perte de valeur de son investissement, mais elle émane de cette partie prise en sa qualité d'actionnaire sortant dont les ordres de rachat n'ont pas été respectés. Cette action se distingue donc de celle que le Fonds aurait pu exercer pour se faire indemniser de la perte de la valeur de son actif. »

« Le contrat par lequel une partie s'engage à effectuer un acte matériel pour autrui doit recevoir une qualification autre que celle de mandat. Cette conséquence est induite du caractère représentatif du mandat. Une autre conséquence du caractère représentatif du mandat consiste en ce que le mandataire doit jouir d'une autonomie certaine. Le mandat ne doit pas être impératif, ou du moins, pas impératif en totalité. »

« La mission de l'[Agent] consistait à réceptionner au nom du Fonds, l'ordre de rachat qui lui était remis par l'investisseur. Ce faisant, elle acceptait au nom du Fonds, en sa qualité de mandataire de celui-ci, l'ordre de racheter de l'investisseur, ordre qui venait se greffer sur l'engagement contractuellement et préalablement pris par le Fonds de racheter les parts de tout investisseur en exprimant le désir. Dans le cadre de cette mission, l'[Agent] n'était pas appelée à poser un acte juridique au nom de l'investisseur, en l'occurrence de la société S., mais un simple acte matériel de réception de l'ordre de rachat pour le compte du Fonds. »

**Commentaires**

**1. Les faits de l'affaire**

Les faits pertinents de la présente affaire peuvent être résumés comme suit.

La société B. était une société de gestion italienne gérant les fonds d'investissement B. et C..

En date du 1<sup>er</sup> janvier 2010, la société S. absorba la société B.

La société G. (ci-après le « Fonds ») était une société d'investissement de droit des Iles Vierges Britanniques.

La société D. était la Banque du Fonds (ci-après la « Banque »). La société E. en était, quant à elle, l'agent administrateur (ci-après l' « Agent ») et la société K., le réviseur indépendant.

La société B. souscrivit fin 2007 et 2008 des actions du Fonds. Après plusieurs rachats, le fonds d'investissement B. détenait 659.520 actions GFL Class EUR à la date du 31 octobre 2008 pour un montant évalué à EUR 956.080,43.-. Le fonds d'investissement C. détenait à la même date 277.577 actions GFL Class USD pour un montant évalué à USD 4.192.883,86.- et 437.6140 actions GFL Class EUR pour un montant évalué à EUR 6.346.818,81.-.

En octobre 2008, le fonds d'investissement B. émit un ordre de rachat portant sur 47.818 GFL Class EUR et le fonds d'investissement C. émit un ordre de rachat portant sur 300.569 GFL Class EUR.

En date du 9 décembre 2008, l'Agent envoya deux fax de confirmation relatifs aux ordres de rachat, à savoir:

- un fax concernant l'ordre de rachat du fonds d'investissement B. indiquant une valeur de rachat de EUR 700.000.- avec une « trade date » au 17 novembre 2008 et une « value date » au 12 décembre 2008 ;
- un fax concernant l'ordre de rachat du fonds d'investissement C. indiquant une valeur de rachat de EUR 4.400.000.- avec également une « trade date » au 17 novembre 2008 et une « value date » au 12 décembre 2008.

Le 19 décembre 2008, le Fonds déclara son impossibilité de procéder au calcul de sa « Net Asset Value » (NAV) et il annonça la suspension de celle-ci, au vu de l'éclatement du scandale lié à Bernard L. Madoff Investment Securities LLC dans laquelle il avait investi.

Par un fax daté du 21 décembre 2008, envoyé en réalité le 11 décembre 2008, l'Agent informa la société B. que la « settlement date » indiquée sur les confirmations des ordres de rachat était incorrecte et que le paiement n'aurait pas lieu le 12 décembre 2008.

Aucun paiement n'intervint cependant par la suite.

Par jugement contradictoire du 12 juillet 2013<sup>21</sup>, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg retint que la société S. n'agissait pas en tant qu'actionnaire-investisseur actuel du Fonds, mais en tant

21 Nous avons chroniqué cette décision dans N. THIELTGEN, A.-M. KA, B. HELLINCKX, « Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois », *Bulletin Droit & Banque*, n°58, page 103.



qu'actionnaire sortant dont l'ordre de rachat avait été confirmé mais pour lequel elle n'avait pas touché le prix. Le Tribunal en déduit que la société S. agissait en réparation non pas d'un préjudice social accru au Fonds, mais d'un préjudice personnel et direct causé par la faute des agents du Fonds. La demande fut déclarée recevable.

Quant au bien-fondé de la demande, le Tribunal retint que l'Agent, en sa qualité d'agent administratif du Fonds, était l'agent de transfert. En cette qualité, elle aurait agi comme mandataire de la société S. dans le cadre des ordres de rachat. Sa responsabilité ne pouvait être que de nature contractuelle. Or, la demande de cette société était basée sur la responsabilité délictuelle, sinon quasi-délictuelle des défenderesses. Le Tribunal réouvrit les débats pour permettre aux parties de conclure sur ce point.

Dans son deuxième jugement contradictoire du 14 novembre 2014, le Tribunal retint que les relations entre la société S. et l'Agent relevaient du mandat.

Le Tribunal décida que l'Agent, en tant qu'agent de transfert du Fonds, n'avait pas correctement exécuté sa mission : soit elle n'avait pas exécuté elle-même les ordres de rachat avec la diligence nécessaire, soit elle n'avait pas informé à temps la société S. des problèmes rencontrés pour leur exécution. L'Agent avait donc commis une faute contractuelle en relation directe avec le préjudice subi par la société S.. Le Tribunal condamna l'Agent au paiement de la somme de EUR 5.100.000.-.

A l'égard de la Banque, le Tribunal retint qu'il n'était pas établi si et comment l'Agent avait transmis les ordres à la Banque et comment celle-ci les avait éventuellement traités. Le Tribunal en déduisit que la société S. n'avait pas prouvé les éléments lui permettant d'agir directement contre la Banque sur base du mandat substitué. Quant à la base délictuelle, la société S. n'établissait pas que son préjudice était en relation causale directe avec les éventuelles fautes commises par la Banque. Par voie de déduction, le Tribunal débouta la société S. de sa demande dirigée contre la Banque.

Par exploit d'huissier de justice du 30 janvier 2015, l'Agent et la Banque interjetèrent appel contre les deux jugements, ce qui donna lieu à l'arrêt de la Cour d'appel.

## 2. L'arrêt du 17 mai 2017

### 2.1. Quant à la recevabilité de la demande de la société S.

En premier lieu, la Cour d'appel rappela que le préjudice individuel pouvait être défini comme correspondant au préjudice qui affecte directement la situation patrimoniale de l'actionnaire, sans impliquer en même temps une atteinte au patrimoine social ou un appauvrissement de ce dernier. Le préjudice individuel ne devait pas constituer une

simple répercussion du préjudice social. Il devait être déconnecté d'une perte qui affecte l'actif social.

En l'espèce, la Cour d'appel constata que l'action de la société S. était donc une action en responsabilité pour manquement par l'Agent et la Banque à leurs obligations relatives à l'exécution des ordres de rachat.

Le Cour d'appel confirma le jugement entrepris en ce qu'il déclara la demande recevable. En effet, la Cour d'appel releva que cette action n'émanait pas de la société S. prise en sa qualité d'actionnaire/investisseur se plaignant de la perte de valeur de son investissement, mais elle émanait de cette partie prise en sa qualité d'actionnaire sortant dont les ordres de rachat n'avaient pas été respectés.

La Cour d'appel en conclut que cette action se distinguait de celle que le Fonds aurait pu exercer pour se faire indemniser de la perte de la valeur de son actif.

### 2.2. Quant au fond

En premier lieu, la Cour d'appel releva que concernant les relations entre les investisseurs, dont la société S., ainsi que l'Agent et la Banque, les parties n'avaient pas convenu de la loi applicable, ni a fortiori de la nature juridique des relations sous cette loi, sauf pour l'Agent et la Banque de contester que ces relations furent de nature contractuelle.

La Cour d'appel appliqua donc la loi du for pour déterminer la nature des relations entre la société S. ainsi que l'Agent et la Banque.

#### 2.2.1. Nature des relations entre la société S. ainsi que l'Agent et la Banque

La Cour d'appel rappela que le mandat était le contrat par lequel une personne, appelée mandant, donnait pouvoir à une autre, appelée mandataire, de participer à la procédure de conclusion d'un acte juridique en son nom et pour son compte.

La Cour d'appel nota que le double mandat n'était pas interdit en soi. Au cas d'un double mandat, le mandataire était chargé par chaque partie d'effectuer en son nom et pour son compte un acte juridique. Au vu de sa nature, le mandat devait porter impérativement sur l'accomplissement d'un acte juridique, à l'exclusion des faits juridiques et des actes matériels.

La Cour d'appel constata que le contrat par lequel une partie s'engageait à effectuer un acte matériel pour autrui devait recevoir une qualification autre que celle de mandat. Cette conséquence était induite du caractère représentatif du mandat. Une autre conséquence du caractère représentatif du mandat consistait en ce que le mandataire devait jouir d'une autonomie certaine. Le mandat ne de-

vaît pas être impératif, ou du moins, pas impératif en totalité<sup>22</sup>.

En l'espèce, la Cour d'appel releva que les documents du Fonds prévoyaient le rachat par le Fonds des parts d'investisseurs. L'« Operating Memorandum » précisait que les ordres de rachat étaient à transmettre par les investisseurs à l'Agent, ainsi que les délais dans lesquels les ordres devaient être donnés et exécutés. Cependant, il ne résultait pas de la procédure de rachat telle que prévue par les documents du Fonds, que l'Agent était chargée de l'accomplissement d'un acte juridique au nom de l'investisseur demandant le rachat de ses parts, en l'occurrence la société S.

La Cour d'appel constata que selon ces documents et la nature même de l'ordre de rachat, la mission de l'Agent consistait à réceptionner au nom du Fonds, l'ordre de rachat qui lui était remis par l'investisseur. Ce faisant, elle acceptait au nom du Fonds, en sa qualité de mandataire de celui-ci, l'ordre de racheter de l'investisseur, ordre qui venait se greffer sur l'engagement contractuellement et préalablement pris par le Fonds de racheter les parts de tout investisseur qui en exprimerait le désir. Dans le cadre de cette mission, l'Agent n'était pas appelée à poser un acte juridique au nom de l'investisseur, en l'occurrence de la société S., mais un simple acte matériel de réception de l'ordre de rachat pour le compte du Fonds.

La Cour d'appel considéra également que l'Agent n'avait pas davantage posé un acte juridique au nom de la société S. en exécutant les ordres de rachat. En exécutant l'ordre de rachat en vue de remettre le produit de la vente à la société S., elle avait agi en exécution du contrat la liant au Fonds. La Cour d'appel ajouta que l'Agent ne jouissait d'aucune autonomie dans l'accomplissement de sa mission. Il n'avait pas le choix de réceptionner les ordres de rachat ou de ne pas le faire, ni de déterminer les modalités d'accomplissement de sa mission consistant à exécuter les ordres, tous ces points étant déterminés dans le contrat le liant au Fonds.

La Cour d'appel en conclut que l'Agent n'avait partant pas agi comme mandataire de la société S. et réforma le jugement du 13 juillet 2013 sur ce point.

En deuxième lieu, la Cour d'appel constata que l'existence d'un contrat autre que le mandat entre la société S. et l'Agent n'était pas établie. En effet, il ne fut pas établi que la société S. avait personnellement et directement payé une redevance à l'Agent dans le cadre des opérations de rachat.

La Cour d'appel en conclut que la société S. ne disposait donc pas d'une action contractuelle à l'encontre de l'Agent.

En troisième lieu, quant à la base délictuelle initialement invoquée par la société S., la Cour d'appel rappela que l'Agent avait agi comme mandataire du Fonds auquel la société S. était contractuellement liée. Si en sa qualité de tiers à la relation de mandat, la société S. ne pouvait agir sur la base contractuelle à l'encontre de l'Agent, elle était néanmoins en droit d'agir sur la base délictuelle à l'encontre de cette partie.

En effet, la Cour d'appel nota qu'il était admis que le tiers par rapport à un contrat pouvait se prévaloir de la violation des relations contractuelles par l'une des parties contractantes à ce contrat, en l'occurrence l'Agent, pour agir contre cette partie sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil au cas où un préjudice était né dans son chef de cette violation. L'existence de cette action délictuelle, reconnue par rapport à tout contrat, était plus spécifiquement admise en matière de mandat. Le tiers qui avait contracté avec le mandant pouvait agir sur la base délictuelle contre le mandataire s'il estimait que ce dernier avait manqué à ses obligations contractuelles envers le mandant et que cette faute lui avait causé préjudice<sup>23</sup>.

La Cour d'appel en conclut que la société S. reprochant à l'Agent d'avoir commis une faute, elle était en droit de s'en prévaloir pour rechercher la responsabilité délictuelle de l'Agent.

Concernant la Banque, la Cour d'appel releva que l'existence d'un mandat, respectivement d'un mandat substitué entre cette société et la Banque ne saurait être retenue. Elle constata également qu'il n'avait pas été établi qu'un contrat d'une autre nature ait existé entre ces parties.

La Cour d'appel en conclut que si la société S. n'était pas en droit d'agir sur la base contractuelle contre la Banque, elle devait être admise à agir sur la base délictuelle contre cette partie, le rôle de la Banque étant limité à celui d'une « prime bank », au sens de gestionnaire du cash.

#### 2.2.2. Quant au bien-fondé de la demande

En l'espèce, la Cour d'appel releva qu'en date du 16 octobre 2008, la société S. émit deux ordres de rachat, la « trade date » étant fixée au 15 novembre 2008. Il n'était pas contesté que le 15 novembre 2008 correspondait à un samedi. La valeur liquidative devait donc en principe être calculée à la date du lundi 17 novembre 2008. S'il est vrai que dans ces lettres, la « trade date » était fixée au 17 novembre 2008, ceci ne signifiait pas que la valeur

22 Sur ce point, la Cour citait, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Ed. 2012/2013, n° 3989 et suivants.

23 Sur ce point, la Cour citait *Jurisclasseur, droit civil*, art. 1991 à 2002, fasc. 10, n° 60

liquidative avait été et/ou aurait dû être calculée à cette date

Les lettres de confirmation du 9 décembre 2008 fixaient la « *value date* » au 12 décembre 2008, faisant partant, sans équivoque, application des dispositions de l'article 5.3 de l'« *operating memorandum* » du Fonds.

La Cour d'appel constata que les délais d'accomplissement des opérations de rachat tels que prévus par les documents contractuels relatifs au Fonds avaient donc été respectés et aucune faute déduite du non-respect des délais ne saurait être retenue à charge d'une des sociétés.

Néanmoins, il était constant en cause que le paiement n'était pas intervenu en date du 12 décembre 2008, ni plus tard.

En date du 11 décembre 2008, l'Agent écrivit à la société S. pour l'informer que le paiement n'interviendrait pas le 12 décembre 2008 et que la date du paiement n'était pas encore connue.

Le 19 décembre 2008, le Fonds écrivit à la société S. pour l'informer qu'au vu des problèmes rencontrés en lien avec le scandale Madoff, il avait été décidé de suspendre le calcul de la NAV et le rachat de ses actions de tous les investisseurs dans leur entièreté à partir du 17 novembre 2008.

La Cour d'appel releva également que les confirmations de rachat n'étaient pas de nature à créer une obligation spécifique, nouvelle et indépendante des stipulations contractuelles à charge de l'Agent. Par ces lettres, l'Agent n'avait fait que confirmer les dates d'exécution des ordres de rachat qu'il lui incombait en principe de respecter. Aucune faute autonome ne saurait être déduite du non-respect des confirmations de rachat du 9 décembre 2008.

La Cour d'appel constata enfin qu'il ne saurait pas non plus être reproché à l'Agent de ne pas avoir informé la société S. des problèmes rencontrés dans l'exécution des ordres de rachat puisqu'il était établi qu'elle avait envoyé un courrier dans ce sens à la société S. en date du 11 décembre 2008. Dans la mesure où il n'était pas établi que l'Agent avait connaissance de problèmes à une date antérieure, il ne saurait lui être reproché de ne pas en avoir averti la société S.

La société S. soutenait qu'outre les deux comptes alloués par l'Agent et la Banque, le Fonds disposerait d'un troisième compte. Elle demandait alors que la Banque soit condamnée à verser les extraits relatifs à ce compte.

Sur ce point, la Cour d'appel releva que le compte en question était mentionné dans l'« *Operating Memorandum* » en relation avec le Fonds. L'existence de ce compte n'ayant pas été contestée, avant

tout progrès en cause, la Cour d'appel condamna la Banque à verser les extraits y relatifs pour la période allant du 15 novembre 2008 au 20 décembre 2008 et renvoya l'affaire devant le magistrat de la mise en état pour continuation de l'instruction.

### 3. Les enseignements de l'arrêt du 17 mai 2017

Le jugement du 14 novembre 2014 du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg avait suscité un certain émoi sur la place financière alors que le Tribunal avait considéré que l'agent de transfert avait commis une faute contractuelle en ne traitant pas les ordres de rachat avec la diligence nécessaire et l'avait condamné au paiement de la somme réclamée par l'investisseur.

Dans son arrêt du 17 mai 2017, la Cour d'appel infirme le raisonnement du Tribunal alors qu'elle considère d'une part, qu'aucune relation contractuelle n'existe entre l'investisseur et l'agent de transfert, respectivement la Banque dépositaire du fonds.

Rappelant la définition du mandat, la Cour d'appel considère que, dans le cadre de sa mission relative aux ordres de rachat du fonds, l'agent de transfert n'est pas lié à l'investisseur par un mandat, alors qu'il n'est pas appelé à poser un acte juridique au nom de l'investisseur, mais un simple acte matériel de réception de l'ordre de rachat pour le compte du fonds.

Par ailleurs, tout en relevant que dans les circonstances de l'espèce, l'investisseur peut dès lors agir sur base de la responsabilité délictuelle, la Cour d'appel conclut à l'absence de faute dans le chef de l'agent, respectivement de la Banque dépositaire.

En conséquence, dans le contexte de l'affaire Madoff, la porte que le jugement du 14 novembre 2014 avait entrouverte pour les investisseurs, vient d'être refermée par la Cour d'appel en constatant l'absence de responsabilité dans le chef de l'agent de transfert, respectivement de la Banque dépositaire.

Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, 24 mai 2017, n°620/2017, n°175090 du rôle

#### **Opérations – Garantie des crédits – Contrat de garantie financière – Directive 2002/47/CE – Obligations garanties – Restitution des frais relatifs à l'exécution du gage**

*« En présence d'une réalisation uniquement partielle d'un gage intervenant suite à une défaillance non contestée dans le chef du débiteur, la demande en restitution des sommes appropriées à titre de frais par les créanciers gagistes, visant à solliciter de la part du tribunal une immixtion judiciaire dans la procédure de réalisation du gage actuellement toujours en cours, ne saurait aboutir, alors qu'il*

*n'existait pas le moindre motif de s'écarter du principe général d'un contrôle judiciaire a posteriori.* »

*« La mesure sollicitée n'était ni justifiée par un contexte de manœuvres manifestement illicites, alors que le gage avait été valablement constitué et sa réalisation validée en justice, ni par un quelconque risque de préjudice irrémédiable dans le chef des demanderesses, alors que celles-ci pouvaient parfaitement faire valoir leurs griefs dans le cadre d'une action en responsabilité civile après réalisation intégrale du gage. »*

## Commentaires

### 1. Les faits de l'affaire

Les faits pertinents de la présente affaire peuvent être résumés comme suit.

Un syndicat de seize Banques accorda en date du 7 mai 2006 à deux sociétés de droit espagnol la société A. et la société M-I. un crédit à hauteur de EUR 2.160.000.000.-, porté par la suite au montant de EUR 2.217.000.000.-, en vue du financement de l'acquisition d'actions dans la société espagnole M. (ci-après le « Contrat de Crédit »).

Suite à un échange, dans le cadre d'un processus complexe, des actions M. contre des actions de la société française G., le gage de droit espagnol fut remplacé par un gage de droit français et les actions transférées sur des comptes-titres ouverts par A. et M-I. auprès de la Banque C.

Par un contrat de gage du 25 mars 2009, régi par la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, les actions G. inscrites sur lesdits comptes fut nanties en faveur des Banques prêteuses par les sociétés A. et M-I. afin de garantir les engagements financiers pris par celles-ci en vertu du Contrat de Crédit (ci-après le « Contrat de Gage »).

Le Contrat de Crédit, dont la date d'échéance était initialement fixée au 1er septembre 2011, puis reportée à plusieurs reprises, arriva finalement à échéance le 31 mai 2012, alors qu'un projet de restructuration du crédit et de prolongement de la date d'échéance n'eut pas abouti.

Dans la mesure où les sociétés A. et M-I. ne purent pas donner suite à la mise en demeure qui leur avait été adressée en date du 6 juin 2012 par les Banques prêteuses réclamant le remboursement intégral du crédit entretemps échu, elles sollicitèrent et obtinrent fin 2012 l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à Madrid, lieu de leur siège social, et Maître VG fût nommée administrateur judiciaire de la société M-I.

Par ordonnance du 18 octobre 2012, un magistrat du Tribunal de Commerce de Madrid fit droit à une requête unilatérale de « suspension d'exécution extrajudiciaire de nantissement » introduite

par Maître VG et donna injonction aux créanciers gagistes de s'abstenir d'exécuter le gage portant sur les actions G., sous peine de sanctions pénales.

Par ordonnance du 11 février 2013 rendue par le même magistrat à la suite d'un débat contradictoire, l'opposition des créanciers gagistes fut rejetée et le maintien de l'injonction confirmé.

Par courrier du 22 avril 2013, un groupe de créanciers gagistes représentant ensemble plus de 66 % du Crédit notifia à la Banque C. que le gage était exécuté par voie d'appropriation, sous réserve de la réalisation d'une des quatre conditions énoncées dans ledit avis, parmi lesquelles la levée de l'injonction espagnole du 18 octobre 2012 ou une décision du tribunal luxembourgeois retenant qu'en droit luxembourgeois le Gage pouvait être exécuté par les créanciers gagistes et/ou que les injonctions n'étaient pas reconnues au Luxembourg (ci-après « l'Avis Conditionnel »).

Par quatre assignations significatives les 22 avril, 5 août, 16 août et 18 septembre 2013, les Banques prêteuses introduisirent devant le tribunal luxembourgeois une demande tendant notamment à faire constater la validité et l'opposabilité du Contrat de Gage au curateur de M-I. et à voir dire que les conditions pour l'exécution du Gage étaient données et qu'elles étaient partant autorisées à s'approprier les avoirs crédités sur les comptes gagés nonobstant l'injonction délivrée par le juge espagnol.

Par jugement du 29 janvier 2014<sup>24</sup>, le Tribunal décida notamment ce qui suit :

« (...)dit qu'en application de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière le défaut de paiement à l'échéance du contrat de crédit, non contesté en l'espèce, constitue une défaillance au sens de ladite loi autorisant les demanderesses à exécuter le gage, (...) »

ordonne à la société anonyme C., sur notification du présent jugement, de transférer les actions G. en proportion du montant de leurs créances par rapport au total des créances de tous les créanciers gagistes vers le ou les comptes qui lui seront indiqués par les demanderesses, étant entendu que pour autant que les actions G. ainsi transférées dépasseraient en valeur au prix de clôture la veille du jour où les demanderesses auront la libre disposition de ces actions, le montant reditu aux demanderesses en vertu du Contrat de Crédit, le nombre d'actions transférées en trop devra être retourné par les demanderesses sur les comptes gagés, (...) »

<sup>24</sup> Nous avons chroniqué cette décision dans N. THIELTGEN, A.-M. KA, « Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois », *Bulletin Droit & Banque*, n° 54, page 94.



Ce jugement ne fit pas l'objet d'une voie de recours suite à sa signification aux différentes parties défenderesses et dès lors acquit force de chose jugée.

Conformément aux termes du dispositif du prêt jugement, les Banques prêteuses firent procéder à une notification dudit jugement à la Banque C. et à une exécution partielle du Gage, « sans préjudice d'autres Secured Obligations » et sans accorder mainlevée du Gage, par appropriation d'actions G. inscrites sur le compte de M-I. auprès de la Banque C.

En date du 9 février 2016, la société M-I., en liquidation et Maître VG, en sa qualité d'administrateur judiciaire de la société M-I., donnèrent assignation à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux Banques prêteuses et à la Banque C., banque dépositaire, ce qui donna lieu au jugement du Tribunal du 24 mai 2017.

## 2. Discussions entre parties et jugement du 24 mai 2017

Les demandes de M-I., en liquidation et de son administrateur judiciaire, Maître VG tendaient à obtenir en ordre principal la restitution des sommes perçues par les Banques prêteuses en exécution du Gage au titre des « coûts et frais encourus en relation avec la protection, la préservation et l'exécution de leurs droits en vertu du Contrat de Prêt et du Gage luxembourgeois ».

En outre, dans la mesure où les dettes de M-I. à l'égard de deux des Banques prêteuses seraient totalement apurées depuis l'exécution par ces dernières du gage, celui-ci n'aurait plus d'objet à leur égard et leur refus d'accorder mainlevée serait abusif et constitutif d'une violation de l'article 13 du gage, de sorte que, sur le fondement de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil, il y aurait lieu de prononcer la mainlevée du gage en ce qui concerne leurs créances, sinon il y aurait lieu de leur ordonner, sous astreinte, d'accorder une telle mainlevée.

Elles reprochaient enfin à deux des autres Banques prêteuses de n'avoir exécuté que partiellement, respectivement de ne pas avoir exécuté le gage, inexécutions qui constitueraient une violation du principe de l'exécution de bonne foi des conventions et caractériseraient un abus de droit de nature à créer un préjudice certain à M-I. en la privant de la possibilité de disposer des actions G. dans le cadre de ses opérations de liquidation.

### 2.1. Quant à la recevabilité des demandes principales

Les Banques prêteuses soulevèrent l'irrecevabilité des demandes pour défaut d'intérêt à agir dans le chef de M-I. et de son administrateur judiciaire au motif qu'ils existeraient des saisies pénales encore en cours portant sur les actions G. de sorte que,

même s'il était fait droit aux demandes de mainlevée du gage, leur situation resterait inchangée en raison de l'indisponibilité des avoirs gagés.

Sur ce point, le Tribunal rappela que l'intérêt à agir pouvait se définir comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action était susceptible de procurer au plaideur. Dire d'une personne qu'elle avait intérêt à agir, c'était dire que la demande formée était susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique. Toute personne qui prétendait qu'une atteinte avait été portée à un droit lui appartenant et qui profitait personnellement de la mesure qu'elle réclamait, avait un intérêt à agir en justice. L'intérêt à agir existait dès lors indépendamment du résultat que procurerait effectivement l'action et n'était pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action ou de l'existence réelle du droit invoqué<sup>25</sup>.

Le Tribunal conclut que l'intérêt à agir n'était donc pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action était exercée par celui même qui se prétendait titulaire du droit.

En l'espèce, le Tribunal constata que malgré le fait que les saisies pénales portant, d'une part, sur les actions G. inscrites en compte auprès de la Banque C. au nom des sociétés M-I. et A. et, d'autre part, sur les créances de dividendes dues à certains actionnaires de G., n'avaient pas été levées à ce jour, alors qu'aucun élément soumis à l'appréciation du Tribunal ne viendrait confirmer une levée desdites saisies, la demande en mainlevée du Gage, conserverait malgré le maintien des saisies pénales précitées, une certaine utilité pour la société M-I et son administrateur judiciaire, et ceci alors que ces saisies pénales ne portaient ni sur les créances de dividendes dues à M-I., ni sur les avoirs liquides à hauteur de EUR 2.117.077,79.- déposés au Luxembourg, lesquels deviendraient dès lors disponibles s'il était fait droit à la demande en mainlevée du Gage, sous réserve pour les premières d'une levée du séquestre laquelle pourrait alors, le cas échéant, être demandée.

Par conséquent, le Tribunal déclara les demandes recevables.

### 2.2. Quant au bien-fondé des demandes principales

#### 2.2.1. Quant à la demande en remboursement des « sommes indûment exécutées par les prêteurs »

Dans le cadre de leur assignation, la société M-I. et Maître VG demandaient, principalement, la condamnation des Banques prêteuses à leur rembourser les sommes respectives de EUR 4.500.398,92.-, de EUR 1.710.958,81.- et de

<sup>25</sup> Sur ce point le tribunal citait T. HOSCHEIT, *Le droit judiciaire privé*, éditions Bauler, 2012, n° 896.

EUR 160.788,87.- appropriées par ces dernières dans le cadre de l'exécution partielle du Gage au titre de frais tels que visés par l'article 1.1. in fine du Contrat de Gage, au motif que ces sommes auraient été appropriées de manière indue, en l'absence de pièces justificatives, et en violation tant des dispositions du Gage que du principe d'exécution de bonne foi des conventions.

Le Tribunal releva qu'en présentant la demande en nullité des articles 1.1 et 14 du Contrat de Gage<sup>26</sup> au détour d'une demande en remboursement de diverses sommes appropriées en exécution du gage, les demanderesses méconnaissaient que la question de la validité du gage avait d'ores et déjà été abordée dans le cadre de la motivation du jugement du 29 janvier 2014. En autorisant, dans son dispositif, les parties créancières à exécuter le gage, ce jugement avait donc implicitement, mais nécessairement reconnu la validité du Contrat de Gage et de l'ensemble de ses dispositions.

Le Tribunal constata que cette validité ne saurait dès lors plus être remise en cause en raison de la force de chose jugée attachée à cette décision de justice.

A toutes fins utiles, le Tribunal releva que les termes mêmes du Contrat de Gage démentaient l'analyse des demanderesses selon laquelle seuls les frais exposés par l'agent pouvaient être mis à charge des débiteurs, alors que l'article 1.1 du Gage visait, parmi les « Secured Obligations (...) all present and future obligations and liabilities (...) of the Pledgor 1 and the Pledgor 2 to the Secured Parties (...) together with all costs, charges and expenses incurred by any Secured Party », celles-ci étant définies comme étant « the Agent and the Lenders ».

Le Tribunal en conclut qu'il ressortait clairement des dispositions du gage que tant les frais exposés par l'agent que ceux directement exposés par n'importe laquelle des Banques prêteuses, en sa qualité

de Lender sous le Contrat de Crédit, faisaient partie des obligations garanties.

En deuxième lieu, le Tribunal nota qu'il était impératif de replacer cette demande en restitution des sommes appropriées à titre de frais dans le contexte spécifique des contrats de garantie financière et de la loi du 5 août 2005.

Il rappela que la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière a transposé dans notre droit la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 sur les contrats de garantie financière (ci-après la « Directive »), laquelle visait essentiellement à renforcer la sécurité juridique des contrats de garantie financière en prévoyant des procédures simples de constitution et d'exécution des sûretés et en soustrayant ces contrats aux incertitudes générées par la législation sur les procédures d'insolvabilité. Le législateur luxembourgeois, qui était allé au-delà du régime minimum requis par la Directive, réaffirma avec force l'objectif de renforcement du régime juridique des contrats de garantie financière et de leur sécurité juridique, celle-ci étant un élément indispensable au développement d'une place financière internationale. Ainsi, lors du dépôt du projet de loi, le Gouvernement avait explicitement marqué son intention de donner à l'article 20(4)<sup>27</sup> de la loi du 5 août 2005 le caractère d'une loi de police<sup>28</sup>.

26 L'article 1.1 du Gage, lequel se trouve au cœur du présent litige et contient la définition des « Secured Obligations », donc des obligations garanties auxquelles renvoie l'article 2 précisant l'objet du Contrat de Gage, est de la teneur suivante :

« Secured Obligations means all present and future obligations and liabilities (whether actual or contingent and whether owed jointly or severally or in any other capacity whatsoever) of the Pledgor 1 and the Pledgor 2 to the Secured Parties (or any of them) under or in connection with the Facilities Agreement together with all costs, charges and expenses incurred by any Secured Party in connection with the protection, preservation or enforcement of its respective rights under the Facilities Agreement or any other document evidencing or securing any such liabilities ».

L'article 14 du Gage, intitulé « expenses », stipule quant à lui ce qui suit :

« AH expenses and duties properly incurred in connection with this Agreement and the Pledge, in particular to the establishment and perfection of the Pledge and the granting of any release, shall be borne by the Pledgors ».

27 Article 20(4) de la Loi de 2005 : « L'exception des dispositions de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement, les dispositions du Livre III, Titre XVII du Code Civil, du Livre 1er Titre VIII et du Livre III du Code de commerce ainsi que les dispositions nationales ou étrangères régissant les mesures d'assainissement, les procédures de liquidation, les autres situations de concours et les saisies ou autres mesures visées au point b) de l'article 19 ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière et aux contrats de compensation et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats et à l'exécution par les parties de leurs obligations notamment de retransfert ou de rétrocession » sé des motifs doc. pari. n° 5251 p. 2 et 3).

28 « L'ambition de mettre les contrats de prises de garantie financière à l'abri d'une possible remise en cause et d'offrir ainsi aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité, doit se lire dans le contexte du récent règlement 1346/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Ce règlement, qui prévoit un système aménagé de l'effet universel de la lex concursus, dispose en son article 5.1 que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel dont bénéficie un créancier sur certains biens de son débiteur failli, si les biens en question se trouvent dans un pays autre que celui de l'ouverture de la faillite. Cette exception est limitée par l'article 5.4 du même règlement qui dispose que les actions particulières en nullité ou inopposabilité restent néanmoins régies par la lex concursus, sauf si l'acte constitutif du droit réel est soumis à une loi autre que celle de l'Etat d'ouverture de la faillite et si cette autre loi ne permet aucun moyen d'attaquer l'acte (article 13). Le but du projet de loi est de rendre le contrat de garantie financière inattaquable afin de bénéficier de l'exception décrite ci-dessus. Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'existe aucune sanction. En cas de concert frauduleux entre parties, ces dernières pourront toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile » (cf. doc. parl., n°5251, p. 21). doc. parl., n°5251, p. 20).

Le Tribunal constata qu'il découlait dès lors très clairement des travaux parlementaires que l'intention des rédacteurs du projet de loi était d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et manœuvres, pour ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation<sup>29</sup>.

Le Tribunal releva qu'au vu de cette intention affichée du législateur, ensemble avec l'objectif d'un renforcement de la sécurité juridique exigeant que les interventions judiciaires soient cantonnées à une juste mesure, s'imposait le constat général que le contrôle judiciaire devait être essentiellement limité à un contrôle a posteriori, sans préjudice des mesures urgentes pouvant le cas échéant être prises par le juge des référés, auquel cas l'intervention de ce dernier pouvait ne pas se justifier après la mise en balance des intérêts respectifs.

Le Tribunal constata également que ce constat général était également confirmé par diverses dispositions de la Directive, tel son article 4 (4) b) interdisant que la réalisation des garanties financières soit soumise à un régime d'autorisation judiciaire préalable et son considérant 17 confirmant la possibilité pour les États membres de conserver ou d'introduire dans leur législation nationale un contrôle a posteriori en ce qui concerne la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes.

Le Tribunal nota qu'un contrôle judiciaire a posteriori de la réalisation du gage, dans le cadre d'une action en responsabilité civile, et une attitude prudente des tribunaux sollicités pour empêcher ou suspendre la réalisation d'une garantie financière devraient dès lors être la règle et guider l'examen de l'opportunité de la mesure sollicitée, un auteur ayant pu estimer qu'une telle mesure ne devrait s'imposer aux tribunaux qu'en cas d'abus ou de manœuvre illicite manifeste risquant de résulter en un préjudice irrémédiable<sup>30</sup>.

Le Tribunal en conclut qu'au vu de ces principes<sup>31</sup> et compte tenu des faits de l'espèce, à savoir en présence d'une réalisation uniquement partielle d'un gage intervenant suite à une défaillance non contestée dans le chef du débiteur, la demande en restitution des sommes appropriées à titre de frais par les créanciers gagistes, visant à solliciter de la

part du Tribunal une immixtion judiciaire dans la procédure de réalisation du gage actuellement toujours en cours, ne saurait aboutir, alors qu'il n'existait pas le moindre motif de s'écarter du principe général d'un contrôle judiciaire a posteriori.

En effet, la mesure sollicitée n'était ni justifiée par un contexte de manœuvres manifestement illicites, alors que le gage avait été valablement constitué et sa réalisation validée en justice, ni par un quelconque risque de préjudice irrémédiable dans le chef des demanderesse, alors que celles-ci pouvaient parfaitement faire valoir leurs griefs dans le cadre d'une action en responsabilité civile après réalisation intégrale du gage.

#### 2.2.2. Quant aux demandes en exécution forcée du gage et en arrêt des intérêts débiteurs

Les parties demanderesse demandaient encore au Tribunal d'ordonner à la Banque prêteuse qui n'avait exécuté le gage que pour une partie de sa créance en principal, intérêts et frais, et à une autre Banque prêteuse, laquelle n'avait pour l'instant procédé à aucune exécution du Gage, de réaliser le Gage jusqu'à apurement complet de leur créance respective, estimant leur attitude contraire aux obligations de bonne foi et de loyauté s'imposant aux contractants, voire constitutive d'un abus de droit.

Le Tribunal constata que les demanderesse sollicitaient à nouveau de la part du Tribunal une immixtion judiciaire dans la procédure de réalisation du gage toujours en cours, laquelle est en principe exclue.

En outre, le Tribunal releva que les Banques prêteuses étaient dans l'incapacité de déterminer à l'heure actuelle le montant définitif de leurs créances respectives en raison notamment de la problématique des frais encore en cours. Dans ces conditions, il était évidemment exclu de contraindre ces parties à l'exécution du gage « jusqu'à apurement complet de leur créance » tant que le montant définitif de celle-ci restait inconnu.

Le Tribunal en conclut que le refus des Banques prêteuses d'exécuter intégralement le gage ne saurait être considéré à l'heure actuelle comme abusif ou contraire aux exigences d'exécution de bonne foi des conventions, les demanderesse restant néanmoins libres de faire valoir, dans le cadre d'une action en responsabilité civile à rencontre des défenderesses, leur éventuel préjudice subi en relation avec la non-réalisation ou la réalisation tardive par ces dernières de leur gage.

### 3. Les enseignements du jugement du 24 mai 2017

Le jugement commenté ci-dessus est conforme, sur de nombreux points, aux enseignements traditionnels de la doctrine et de la jurisprudence des juridictions luxembourgeoises en matière de contrôle

29 P. SCHLEIMER, « Réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires », *Journal des tribunaux Luxembourg*, n°7, p. 15, n°30

30 P. SCHLEIMER, op. cit., p. 16, n°33

31 D. BOONE et D. MARIA, « Renforcer la sécurité juridique de la réalisation des garanties financières : l'appel à la loi », *ACE*, n° 9, nov. 2010, page 20.

F.G. DE LIEDEKERKE, « Les garanties financières en droit luxembourgeois : un gage de solidité en des temps incertains », *Droit Bancaire et Financier au Luxembourg - 2014*, Vol 3, page 1259.

Cour, 3 novembre 2010, *Pasicrisie luxembourgeoise*, XXXV, page 528.

de la réalisation de gage en vertu d'un contrat de garantie financière.

En effet, dans son jugement, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg considère qu'en présence d'une réalisation uniquement partielle d'un gage intervenant à la suite d'une défaillance non contestée dans le chef du débiteur, la restitution des sommes appropriées à titre de frais par les créanciers gagistes, constituerait une immixtion judiciaire dans la procédure de réalisation du gage actuellement toujours en cours, non justifié par un motif permettant de s'écarter du principe général d'un contrôle judiciaire *a posteriori*.

Le Tribunal considère dès lors qu'il ne lui appartient pas de statuer sur les demandes en question alors que les parties demandresses pourront parfaitement faire valoir leurs griefs dans le cadre d'une action en responsabilité civile après réalisation intégrale du gage.

Le caractère inattaquable des mesures de réalisation se trouve ainsi conforté.

Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, 12 juillet 2017, rôle 170744

**Opérations – Crédit – Garanties des crédits – Garanties et sûretés réelles – Contrats de garantie financière – Gage – Réalisation autonome (oui) – Exigence de dette exigible (non) – Fraude ou abus de droit (non)**

« *L'intention des rédacteurs du projet de loi a été d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et manœuvres, pour ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation.* » [...] »

« *Les contrats de garantie financière régis par la Loi de 2005, leurs modalités d'évaluation et d'exécution, ne sont, en principe, pas annulables mais peuvent engager la responsabilité civile en cas de concert frauduleux entre parties.* »

« *L'annulation d'un contrat de garantie financière pour fraude manifeste ou abus constitue une brèche exceptionnelle au principe dégagé par la jurisprudence selon laquelle les contrats de garantie financière ne peuvent être remis en cause quant à leur validité ou celle de leur évaluation ou exécution convenues.* »

« *L'article 1<sup>er</sup> (6) de la Loi de 2005 définit « le « fait entraînant l'exécution de la garantie » comme une défaillance ou tout autre événement convenu entre les parties.* »

« *Le concept de « tout autre événement convenu entre les parties » constitue un cas de réalisation autonome rompant avec l'exigence traditionnelle de l'exigibilité de la dette garantie.* »

« *Un éventuel non-respect du Levier Financier Réel constitue, au même titre qu'une défaillance équivalente à une non-satisfaction de l'obligation garantie, un cas de réalisation valable même en l'absence d'exigibilité de la créance principale.* »

« *L'article 11 précité [de la Loi de 2005] qui prévoit cinq modes de réalisation ne nécessite ni mise en demeure préalable, ni indication du cas de réalisation.* »

« *[Le créancier gagiste] a fait usage, conformément à la faculté lui réservée tant contractuellement que légalement, de réaliser le gage par appropriation des parts sociales [...] dans l'optique précisément de voir sa créance remboursée à terme.*

*Ainsi, l'appropriation des parts sociales n'est dès lors pas détournée de sa finalité et ne saurait encourir le reproche d'être abusif.* »

« *Un abus dans la valorisation des actifs nantis ne saurait en aucun cas affecter la validité de l'exercice des nantissements étant donné que l'article 11-1 de la Loi de 2005 [...] permet un calcul du prix d'appropriation des avoirs après leur appropriation et ne saurait tout au plus se résoudre qu'en l'allocation de dommages et intérêts.* »

## Commentaires

### 1. Les faits de l'affaire

L'affaire commentée s'inscrit dans le cadre d'une réalisation de nantissements considérée comme non-fondée et abusive par la partie requérante, constituante des gages dont les actifs ont été appropriés par le créancier gagiste.

La requérante était devenue au préalable, par le biais d'une de ses filiales (« A »), actionnaire majoritaire d'un important groupe de sociétés français.

Dans le cadre de cette acquisition, l'endettement préexistant du groupe français avait fait l'objet d'un refinancement, par voie d'émission obligataire senior et d'octroi de prêts d'associés.

En garantie du remboursement par le groupe français des obligations ainsi émises, la requérante avait octroyé aux créanciers obligataires un nantissement sur les parts de sa filiale A, ainsi qu'un nantissement sur des obligations émises par cette même filiale A et souscrites par la requérante elle-même. Il y a lieu de relever que ces deux nantissements faisaient référence expresse aux termes et conditions de l'émission obligataire senior effectuée par le groupe français, et étaient soumis à la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (« Loi de 2005 »).

Aux termes de son émission obligataire senior, le groupe français avait, quant à lui, l'obligation de respecter certains ratios financiers par référence à un business plan.



Eu égard à un dépassement allégué des ratios, et en dépit de pourparlers et de négociations ayant abouti à la signature par le créancier gagiste d'un protocole d'accord prévoyant un moratoire accordé au débiteur en vue d'un refinancement du groupe français, ainsi qu'une renonciation corrélative à l'exécution des nantissements, le créancier gagiste a décidé de réaliser les nantissements suite au refus (par lettre collective) de certains autres intervenants de signer ledit protocole d'accord dont l'efficacité était conditionnée par une adhésion unanime de tous les intervenants.

En conséquence, et le jour même de l'émission des courriers recommandés informant le constituant de l'exécution des nantissements, le créancier gagiste, devenu nouvel actionnaire unique de la filiale A, et ainsi du groupe français, a tenu une assemblée générale extraordinaire lors de laquelle a été acté le remplacement du gérant du groupe français par son nouvel actionnaire unique.

Le constituant des nantissements a dès lors décidé d'agir en justice contre le créancier gagiste, en annulation de la réalisation des nantissements et des décisions d'assemblée subséquente prises au niveau de la filiale A et du groupe français.

## 2. *Discussions entre parties et jugement du 12 juillet 2017*

Avant de s'intéresser au fond des prétentions de la requérante, le Tribunal commença par constater que, à un niveau procédural, suite à la révocation du gérant de la filiale A et son remplacement par le nouvel actionnaire unique (*i.e.* le créancier gagiste), la nomination d'un mandataire de justice pour représenter A en justice ne pouvait émaner que du nouvel actionnaire, de sorte que les conclusions prises par l'avocat de A nommé à l'initiative de l'ancien gérant (*i.e.* la requérante) devaient être écartées des débats.

Le Tribunal se pencha ensuite sur le moyen d'irrecevabilité soulevé par les divers défendeurs (dont le créancier gagiste) en rapport avec la question d'une possible annulation de la réalisation des contrats de gage, la requérante ayant fondé la recevabilité de sa demande en nullité sur une jurisprudence préalable du Tribunal d'arrondissement du 10 juillet 2013<sup>32</sup>. Or, selon les parties défenderesses, l'annulation d'une réalisation d'actifs gagés serait impossible de par la Loi de 2005, et la demande dès lors irrecevable.

Le Tribunal, sur base d'un examen de la Loi de 2005, mais aussi et surtout de l'intention du législateur, à travers une étude des travaux parlementaires, retint que l'intention manifeste des rédacteurs du projet de loi avait été d'immuniser l'exécution

des garanties financières contre tous incidents et manœuvres, pour ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation. Le contrôle judiciaire devait ainsi, selon le Tribunal, s'exercer essentiellement a posteriori, sans préjudice cependant des mesures urgentes que pourrait prendre le cas échéant un juge des référés.

Notant également que la directive européenne du 6 juin 2002 sur les contrats de garantie financière interdit tout mécanisme d'autorisation judiciaire préalable à la réalisations des garanties, le Tribunal conclut que les contrats de garantie financière n'étaient, en principe, pas annulables, mais pouvaient engager la responsabilité civile du bénéficiaire en cas de concert frauduleux.

Sans contredire la jurisprudence antérieure du 10 juillet 2013 invoquée, ayant admis une annulation de la réalisation du gage dans un contexte de fraude, le Tribunal souligna encore que l'annulation d'un contrat de garantie financière pour fraude manifeste ou abus constituait une brèche exceptionnelle au principe dégagé par la jurisprudence selon laquelle les contrats de garantie financière ne pouvaient être remis en cause quant à leur validité ou celle de leur évaluation ou exécution.

Le Tribunal rejeta donc le moyen d'irrecevabilité soulevé par les défendeurs, alors qu'une appréciation quant au bien-fondé de la demande de la requérante, notamment sur les abus et fraude alléguées, s'avérait nécessaire.

Dans le cadre de son appréciation au fond, le Tribunal s'attacha à un examen des moyens de la requérante selon l'ordre de subsidiarité indiqué au dispositif de son assignation, vérifiant dès lors d'abord l'existence d'un fondement à la réalisation du gage, avant de s'intéresser à un éventuel abus voire à une fraude de la part des bénéficiaires.

Le premier moyen invoqué par la requérante était celui d'une absence de dette échue, laquelle rendait, selon elle, la réalisation du gage sans fondement. Toujours selon elle, un dépassement de ratios ne déclenchait pas de façon automatique la déchéance contractuelle et l'exigibilité de la dette, mais nécessitait d'abord une action/décision du créancier pour rendre la dette exigible.

Le Tribunal, après s'être adonné à un examen des contrats de nantissements et après avoir relevé que le dépassement du levier financier y figurait contractuellement comme un cas de réalisation des nantissements, mit en évidence l'article 1<sup>er</sup> de la Loi de 2005, selon lequel est défini comme « fait entraînant l'exécution de la garantie » toute défaillance ou « tout autre événement convenu entre les parties ».

Citant la doctrine, le Tribunal confirma ensuite que le concept de « tout autre événement convenu

<sup>32</sup> Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 10 juillet 2013, n°120206, 121127 et 122468 du rôle.

entre les parties » constituait un cas de réalisation autonome rompant avec l'exigence traditionnelle de l'exigibilité de la dette garantie, pour conclure qu'en l'espèce le non-respect éventuel du levier financier constituait un cas de réalisation valable même en l'absence d'exigibilité de la créance principale.

Au demeurant, le Tribunal tint à ajouter que les modes de réalisation d'un gage prévus à l'article 11 de la Loi de 2005 n'impliquaient ni mise en demeure préalable, ni indication du cas de réalisation.

La poursuite de son raisonnement sur la question de l'existence d'un fondement valable à la réalisation des nantissements opérée en l'espèce, amena ensuite le Tribunal à l'appréciation de l'effectivité du bris du levier financier.

A cet égard, le créancier gagiste s'appuyait sur un audit financier confirmant le bris du levier, réalisé sur base d'un mandat commun donné à l'expert par les parties à l'instance, et dont la pertinence avait été confirmée par une ordonnance de référé rendue en France. La requérante entendait quant à elle remettre l'audit réalisé en question, argumentant que de mauvaises normes comptables auraient été appliquées.

Soulignant qu'une ordonnance de référé n'avait pas autorité de chose jugée, le Tribunal se prêta à une étude détaillée des engagements contractuels signés, pour y déceler que les normes comptables retenues lors de l'audit étaient bien conformes et applicables, nonobstant l'établissement de comptes annuels du groupe français selon d'autres normes.

Le Tribunal constata ensuite que le rapport d'audit commandé mutuellement par les parties ne comportait aucune erreur grossière et que, dès lors, il devait être considéré comme faisant foi entre parties et s'imposant au tribunal.

Le Tribunal fit remarquer que le bris du ratio était dès lors établi par le rapport d'audit, et qu'il constituait un cas de réalisation des nantissements.

A partir de ce constat de l'existence d'un fondement à la réalisation des nantissements, le Tribunal s'attacha ensuite à l'examen d'un éventuel abus, voire d'une fraude dans la réalisation, susceptible d'affecter le cas échéant la validité des réalisations effectuées.

S'agissant de la question de l'abus, le Tribunal se prononça sur les arguments de la requérante, tendant à dire que la réalisation avait été détournée de sa finalité, était disproportionnée et avait eu pour seul but de s'approprier tout le groupe français et sans imputer la réalisation des nantissements sur la créance détenue (le créancier obligataire étant devenu l'actionnaire du groupe français, qui était le débiteur dont la dette était garanti par les nantissements litigieux).

A cet égard, le Tribunal rappela, en premier lieu, et conformément à la doctrine, que l'abus de droit, en matière de gage, pouvait se manifester par quatre comportements, à savoir l'intention de nuire, la disproportion manifeste entre l'avantage retiré et le dommage causé, le détournement du gage de sa fonction de paiement de la créance, ainsi que toute conduite excédant manifestement la norme de conduite de tout créancier honnête, diligent et prudent.

Selon le Tribunal, la réalisation ayant été faite conformément à la faculté d'appropriation des parts réservée tant contractuellement que légalement, afin de restructurer et recapitaliser le groupe français en vue de voir la créance remboursée à terme, elle ne saurait encourir le reproche d'être détournée de sa finalité et d'être dès lors abusive.

Le Tribunal nota encore que l'estimation des actifs réalisés avait été confiée à un expert choisi unilatéralement par le créancier gagiste mais conformément aux stipulations contractuelles prévoyant ce mode d'évaluation par expertise ainsi qu'une liste d'experts potentiels.

Le Tribunal estima que le rapport de l'expert demeurerait néanmoins un rapport unilatéral qui, bien que non contradictoire, constituait un élément de preuve à prendre en considération, s'il était régulièrement communiqué et soumis à la libre discussion des parties.

La requérante ayant, de son côté également produit un rapport d'expert unilatéral d'un cabinet d'audit renommé, le Tribunal constata être confronté à deux rapports unilatéraux aboutissant à des valorisations très différentes des actifs réalisés, et reconnut son incapacité matérielle à se prononcer sur la pertinence de leur contenu technique respectif.

Le Tribunal déduisit néanmoins de ses propres constatations que les parties en cause étaient toutes des professionnels qualifiés, ayant pu librement négocier leurs clauses contractuelles, et que le créancier gagiste avait agi dans le strict respect des stipulations contractuelles en chargeant son expert unilatéral de la valorisation des actifs, de sorte qu'un abus dans l'évaluation de ceux-ci ne saurait leur être reproché.

Le Tribunal releva encore que le rapport soumis par le créancier gagiste présentait plus de légitimité alors qu'il avait une assise contractuelle, et que la requérante avait omis de demander une expertise judiciaire aux fins de nouvelle évaluation.

Au demeurant, le Tribunal souligna encore qu'un abus dans l'évaluation des actifs nantis ne saurait en aucun cas affecter la validité de l'exercice des nantissements, étant donné que la Loi de 2005 (article 11-1) et les dispositions contractuelles d'espèce permettaient un calcul du prix des avoirs

nantis après leur appropriation, et saurait ainsi tout au plus se résoudre en dommages et intérêts.

Quant au moyen de fraude invoquée par la partie requérante, le Tribunal retint enfin que l'élément essentiel de la fraude dans la réalisation des actifs gagés, à savoir la ruse, la tromperie ou la manœuvre déloyale, faisait totalement défaut, et que la réalisation des actifs était même tout à fait légitime en présence notamment d'un bris de levier confirmé par le rapport d'audit, d'une dette substantielle non-amortissable, ainsi que d'un échec de négociations non imputable au créancier gagiste.

Le fait pour le créancier gagiste d'avoir, eu égard aux enjeux financiers, commencé à entamer, en amont (et en parallèle des négociations), toutes les options concevables par la préparation de documents et autorisations nécessaires à l'exercice des nantissements, fut considéré par le Tribunal comme le comportement d'un créancier normalement prudent et diligent.

Le Tribunal rejeta partant la demande en nullité de la réalisation des gages de même que, comme corollaire de cette décision, les demandes en annulation d'assemblées tenues et de résolutions prises en exécution de la réalisation des gages.

La partie demanderesse et constituante des gages fut partant déboutée de l'ensemble de ses demandes.

### 3. Les enseignements du jugement du 12 juillet 2017

La décision du Tribunal a le mérite de confirmer le principe de l'automatisme de la réalisation des gages, contrats de garantie financière au sens de la Loi de 2005, dégagé par la jurisprudence antérieure<sup>33</sup>.

Cette automatisme de l'exécution de la garantie ne prive pas le juge judiciaire d'un contrôle lequel s'effectue *ex post*. Si, en règle générale, une éventuelle irrégularité se soldera par l'attribution de dommages et intérêts et non pas par une remise en cause de la réalisation du gage en elle-même, un

garde-fou réside cependant dans la nécessaire vérification de l'absence d'abus ou de fraude.

Il est dès lors logique de voir le Tribunal dire l'action en nullité de la réalisation des gages recevable, sous peine d'ôter au constituant la possibilité d'agir efficacement contre un bénéficiaire malveillant. Ce n'est pas le droit d'agir du constituant qui est ainsi en cause, seulement il appartiendra toujours à ce dernier de rapporter la preuve d'un abus voire d'une fraude, preuve qui se révèle le plus souvent compliquée à rapporter.

Nous nous réjouissons de la fermeté avec laquelle le Tribunal a pu rappeler ici les motifs intrinsèques de la Loi de 2005, ainsi que son caractère de loi de police. Cette Loi de 2005 a en effet pour objet de donner au créancier gagiste un outil de poids afin de garantir non seulement l'existence de sa sûreté, mais surtout sa mise en œuvre rapide et efficace en cas de défaillance contractuelle.

Aucune mise en demeure du débiteur ou du constituant n'est requise, ni même l'exigibilité de la dette garantie, puisqu'il suffit que l'événement de défaut défini au contrat survienne pour que le créancier puisse exercer son droit de réalisation de la garantie. Le non-respect d'un ratio financier érigé conventionnellement en événement de défaut suffit donc à justifier la réalisation du gage par le créancier.

Le juge se contentera de vérifier *ex post* le caractère avéré de la survenance de cet événement, ainsi que l'absence d'un éventuel abus ou d'une fraude.

Dans le cadre d'une appropriation de parts sociales, la question de la valeur de ces parts et de leur évaluation, voire des modalités d'imputation de cette valeur sur la dette garantie, n'est pas un élément pertinent pour apprécier un éventuel abus dans la réalisation du gage, laquelle peut se réaliser en amont et ne saurait donc être remise en cause sur base de tels motifs.

Cette solution vient conforter l'appréciation doctrinale selon laquelle le transfert de propriété s'opère dès l'acte matériel de prise de possession par le créancier gagiste<sup>34</sup>.

33 Voyez Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 10 juillet 2013, *Bulletin Droit & Banque*, n°54, page 85 : « L'apport de [la loi du 5 août 2005] [...] se situe au niveau de l'automatisme de l'exécution de la garantie. Dès que le bénéficiaire de la garantie constate que les conditions de la mise en œuvre de sa sûreté sont réunies, il peut procéder à la réalisation de la façon convenue avec son client ou à défaut selon l'une des procédures légales. Si cette loi permet donc la réalisation du gage dans des conditions de régularité apparentes sans intervention du juge et si en principe le débiteur gagiste ne peut invoquer aucune exception mettant en échec la réalisation des sûretés, elle ne fait pas obstacle, sous peine d'ôter au créancier gagiste tout recours, à ce que le juge du fond, après avoir constaté une fraude manifeste, ordonne la restitution des biens dont l'appropriation s'est révélée abusive. » ; Voyez également Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 29 janvier 2014, n°127/14.

34 H. WAGNER, A. DJAZAYERI, « La réalisation du gage en temps de crise : aspects juridiques », *Bulletin Droit et Banque*, n°45, page 44-45 : « En effet, l'on peut se poser la question de la légitimité de s'approprier les avoirs gagés avant que la procédure d'évaluation convenue entre parties ne soit terminée et l'effet d'une telle appropriation sur le transfert de propriété. Libres de convenir des modalités d'évaluation, les parties ne sauraient cependant procéder à l'appropriation des avoirs gagés sans s'être accordées préalablement sur ces modalités. En revanche, l'appropriation peut, nous semble-t-il avoir lieu avant que la procédure d'évaluation ne soit terminée encore que les parties auraient intérêt à prévoir cette possibilité contractuellement. [...] En matière de réalisation par appropriation conventionnelle, le transfert de propriété devrait également avoir

Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 12 juillet 2017, n°132/17, n°38650, 39637, 39729 et 40437 du rôle

**Opérations – Crédit – Formation du prêt d'argent – Remise des fonds à l'emprunteur – Octroi et dénonciation fautifs d'un crédit – Violation de l'obligation de bonne foi et de loyauté – Exemple**

**Opérations – Crédit – Garantie des crédits – Garanties et sûretés personnelles – Fraude ou abus de droit – Rejet de l'appel à garantie – Garanties et sûretés réelles – Contrat de garantie financière – Gage – Fraude manifeste – Restitution des biens frauduleusement ou abusivement appropriés**

*« Le propre d'un contrat de prêt est la mise à la disposition des fonds à l'emprunteur afin que ce dernier puisse les utiliser. S'il doit s'avérer par après qu'il ne respecte pas ses engagements, il appartient au prêteur de recourir aux moyens légaux et conventionnels pour assurer la protection de ses droits. En accordant un tel prêt, le prêteur ne sait pas d'ores et déjà et d'ailleurs ne l'espère pas en règle générale que l'emprunteur ne va pas honorer ses engagements.*

*L'octroi et la dénonciation du contrat de prêt dictés dans le seul intérêt du prêteur sont abusifs, donc fautifs, étant donné que la manière d'agir de la Banque était contraire aux obligations de loyauté et de bonne foi que chaque contractant se doit de respecter. »*

*« Le caractère accessoire du gage présupposait en principe l'exigibilité de la créance. [...] la créance garantie n'ayant été rendue conventionnellement exigible par la déchéance du terme qu'en vertu du comportement du créancier qualifié après coup d'abusif, la perte rétroactive du caractère exigible de la créance ôte toute régularité au recours par le créancier au gage consenti. [...] les parties sont à remettre dans la situation qui était la leur avant la déchéance du terme provoquée à tort par le créancier gagiste. »*

lieu dès l'acte matériel de prise de possession de l'avoir gagé par le créancier gagiste. La méthode d'évaluation de l'avoir gagé viendra déterminer l'étendue du droit de propriété sur l'avoir mais non le principe même de la propriété, qui revient au créancier gagiste en vertu du principe de dépossession. Selon la nature de l'avoir gagé, le transfert de propriété fera basculer, au profit du créancier gagiste, les droits et obligations y attachés. Par exemple, en présence d'un gage sur actions, le créancier gagiste pourrait s'approprier les actions soumises au contrat de gage et demander aux administrateurs de la société son inscription en qualité d'actionnaire dans le registre des actions de la société afin d'établir son titre de propriété. Ce faisant, le créancier gagiste pourrait alors valablement exercer les droits attachés à la propriété des actions ainsi appropriées conformément aux dispositions des statuts de la société ».

## Commentaires

### 1. Les faits de l'affaire

Les faits pertinents de la présente affaire peuvent être résumés comme suit.

En l'espèce, suite à diverses opérations de fusions-acquisitions, une SICAV de droit luxembourgeois (ci-après dénommée la « SICAV ») était devenue débitrice vis-vis de la filiale luxembourgeoise d'un groupe bancaire islandais (ci-après dénommée la « Banque »), d'un montant de EUR 123.000.000.- au titre d'un contrat de prêt initialement conclu en juin 2007 par un des anciens actionnaires de la SICAV.

A l'échéance du prêt en date du 31 octobre 2008, la SICAV n'était pas en mesure de rembourser celui-ci.

En date du 19 décembre 2008, la Banque, entre-temps placée sous le régime du sursis de paiement prévu par les articles 60-2 et suivants de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier en date du 9 octobre 2008, signa un nouveau contrat de prêt destiné à refinancer le prêt venu à échéance le 31 octobre 2008.

Il faut à ce sujet noter qu'entretemps, l'actionnariat de la SICAV avait changé et que ce nouveau prêt faisait partie d'un « package » négocié avec le nouvel actionnaire de la SICAV (ci-après dénommé l'« Actionnaire »), qui devait notamment permettre à la Banque d'améliorer sa position de prêteur. Il prévoyait en effet, contrairement au prêt initial, des garanties tant réelles (gages, hypothèques) que personnelles (garantie du nouvel actionnaire). Dans le cadre de ce « package », l'Actionnaire avait acquis l'intégralité du capital social de la SICAV moyennant deux contrats de cession, l'un signé le 11 décembre 2008 avec la société S. et l'autre le 12 décembre 2008 avec la société A.

Par deux avenants du 19 décembre 2008, les sociétés S. et A. se virent chacune accorder deux garanties par l'Actionnaire et par Monsieur R., bénéficiaire économique de l'Actionnaire, pour garantir le paiement du prix de vente des actions de la SICAV.

En outre, ce nouveau prêt conclu en date du 19 décembre 2008, qui prévoyait une période d'utilisation jusqu'au 30 janvier 2009, était soumis à un certain nombre de conditions dénommées « *Conditions Precedent* » et « *Conditions Subsequent* ».

Suite à des discussions entre parties, la Banque renonça aux « *Conditions Precedent* » stipulées dans son unique intérêt, mais dût constater que les « *Conditions Subsequent* » n'étaient pas remplies à la date limite prévue au contrat, c'est-à-dire au 30 janvier 2009.



Cependant, par fax du 3 février 2009, 16h22, la Banque informa la SICAV de la mise à disposition des fonds avec effet au 30 janvier 2009.

Ensuite, quelques 50 minutes plus tard, par une télécopie de 17h10, la Banque notifia à la SICAV et à son Actionnaire la résiliation du contrat de prêt (en invoquant la violation des « *Conditions Subsequent* ») tout en réclamant le remboursement intégral et immédiat des fonds prêtés et des intérêts. Dans la foulée, la Banque fit appel à la garantie et réalisa les gages constitués sur les actions de la SICAV par l'Actionnaire au profit de la Banque.

Les présents faits donnèrent lieu à différentes actions judiciaires suite à la dénonciation du prêt soit en vertu du de l'emprunt dénoncé soit en vertu des contrats de cession des actions de la SICAV.

Ainsi, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg fût saisi de trois rôles, dont deux introduits par la Banque aux fins de validation des saisies-arrêts pratiquées entre les mains de neuf banques de la place et entre les mains de la société R. pour avoir paiement de la somme de EUR 35.000.000.- lui redue en vertu d'une garantie à première demande que lui avait accordée l'Actionnaire dans le cadre du contrat de prêt. La demande de l'Actionnaire tendait, quant à elle, à la restitution des actions détenues par la Banque qui se les était appropriées suite à la réalisation du gage effectuée en continuation de la dénonciation du contrat de prêt. L'Actionnaire concluait en outre du fait de la dénonciation du prêt qu'elle qualifiait d'abusives à l'allocation de dommages-intérêts de EUR 103.000.000.-.

Dans son jugement du 10 juillet 2013, le Tribunal conclut que l'octroi et la dénonciation subséquente du prêt par la Banque étaient intervenus en violation de ses obligations contractuelles de bonne foi et de loyauté, que le contrat de base ayant été délibérément rompu par le bénéficiaire de la garantie, l'appel à la garantie était à considérer comme manifestement abusif, et que les saisies-arrêts pratiquées sur base de cette garantie frauduleusement appelée, étaient à annuler et leur mainlevée à ordonner.

Le Tribunal fit en conséquence droit à la demande de l'Actionnaire en restitution des actions de la SICAV que la Banque s'était appropriées en réalisant le gage<sup>35</sup>.

La Banque interjeta appel contre le jugement.

Par jugement du 27 janvier 2012, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg condamna l'Actionnaire, pris en sa qualité de cessionnaire, à payer à la société A. la somme de EUR 6.000.000.- avec les intérêts conventionnels à 7,5 % l'an à par-

tir du 28 février 2009 jusqu'à solde, dont à déduire la somme de EUR 175.000.- reçue le 15 décembre 2009 (prix de vente des actions gagées à la Banque).

Par jugement du 23 janvier 2013, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg condamna l'Actionnaire, pris en sa qualité de cessionnaire, à payer à la société S. le montant de EUR 1.500.000.- avec les intérêts légaux à partir du 31 janvier 2010 jusqu'à solde.

L'Actionnaire interjeta appel contre ces jugements.

Par jugement du 19 décembre 2012, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg condamna Monsieur R., pris en sa qualité de garant, à payer à la société A. la somme de EUR 5.825.000.- avec les intérêts au taux conventionnel de 7,5% sur la somme de EUR 1.500.000.- du 28 février au 30 juin 2009, sur la somme de EUR 3.000.000.- du 30 juin au 15 décembre 2009, sur la somme de EUR 2.825.000.- du 16 décembre 2009 au 29 juillet 2010 et sur la somme de EUR 5.825.000.- à partir du 29 juillet 2010 jusqu'à solde.

Par jugement du 23 janvier 2013, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg condamna Monsieur R., pris en sa qualité de garant, à payer à la société S. la somme de EUR 1.500.000.- avec les intérêts légaux à partir du 31 janvier 2010 jusqu'à solde.

Monsieur R. interjeta appel contre les jugements.

Ces appels firent l'objet d'une ordonnance de jonction du magistrat de la mise en état pour qu'il y soit statué par un seul et même arrêt.

## 2. L'arrêt du 12 juillet 2017

### 2.1. Quant au litige opposant l'Actionnaire à la Banque

Après avoir rappelé le contexte à l'époque des faits de l'espèce, à savoir en plein pic de la crise financière de l'automne 2008 ayant sévi en Europe, la Cour d'appel releva que l'examen des faits ayant conduit à l'octroi du prêt et à sa dénonciation était à faire au regard de la situation ayant existé fin janvier - début février 2009. Elle nota également que c'était à cette période qu'il convenait de se reporter pour apprécier le comportement des parties en cause et leur niveau d'information respectif. Les faits qui s'étaient passés après la dénonciation du prêt n'étaient pas à considérer, étant donné qu'ils n'étaient pas à même d'avoir exercé une influence sur la décision de la Banque d'accorder, puis de dénoncer le prêt.

Ensuite, la Cour d'appel constata que la cession des actions de la SICAV à l'Actionnaire par les deux actionnaires devint définitive dès l'instant où la Banque, principale créancière de la SICAV, avait marqué le 19 décembre 2008 son accord à cette opération.

35 Nous avons chroniqué cette décision dans N. THIELTGEN, A.-M. KA, « Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois », *Bulletin Droit & Banque*, n°54, page 85.

Quant à la régularité de l'octroi et de la dénonciation du prêt, la Cour d'appel releva que le propre d'un contrat de prêt était la mise à la disposition des fonds à l'emprunteur afin que ce dernier puisse les utiliser. S'il devait s'avérer par après qu'il ne respecta pas ses engagements, il appartenait au prêteur de recourir aux moyens légaux et conventionnels pour assurer la protection de ses droits. En accordant un tel prêt, le prêteur ne savait pas d'ores et déjà et d'ailleurs ne l'espérait pas en règle générale que l'emprunteur n'allait pas honorer ses engagements.

En l'espèce, la Cour d'appel constata que l'unique motivation de la Banque d'avoir accepté le tirage du prêt était celle de pouvoir dans la foulée le dénoncer en raison d'un « event of default ». Cette condition était donc un préalable nécessaire. Ainsi, la Banque avait abusivement et de manière totalement artificielle accepté le tirage du prêt dans l'intention non pas de mettre les fonds à la disposition de l'emprunteur, mais uniquement dans le but d'être en mesure, après la dénonciation du prêt, de reprendre le contrôle de la SICAV.

La Cour d'appel confirma le jugement de première instance en ce qu'il retint que l'octroi et la dénonciation du contrat de prêt dictés dans le seul intérêt du prêteur étaient abusifs, donc fautifs, étant donné que la manière d'agir de la Banque était contraire aux obligations de loyauté et de bonne foi que chaque contractant se devait de respecter.

Quant aux conséquences liées à l'octroi et à la dénonciation abusifs du contrat de prêt, la Cour d'appel confirma l'annulation des saisies pratiquées sur base de cette garantie frauduleusement appelée et ordonna leur mainlevée.

En ce qui concerne la restitution des actions gagées, la Cour d'appel répondit au moyen de la Banque quant à l'incidence de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, que si la *ratio legis* telle qu'exposée par la Banque valait certes pour le créancier gagiste, les garanties financières réglementées devaient également inspirer une confiance suffisante dans l'esprit des constituants qu'ils ne seraient pas livrés à la merci de leurs créanciers et que leurs droits légitimes ne seraient pas indûment sacrifiés. Les principes de l'accessoire et de l'exécution de bonne foi des conventions concourraient à cet équilibre<sup>36</sup>.

En l'espèce, la Cour d'appel constata que les gages consentis le furent en vue de garantir le créancier de la bonne exécution des obligations du débiteur convenues dans le contrat de prêt ayant porté sur la somme de EUR 123.000.000.-, donc son rembour-

sement. Par le fait pour le créancier d'avoir dénoncé ledit contrat en raison d'un « event of default », le montant à rembourser était devenu immédiatement exigible.

Ainsi, le caractère accessoire du gage présupposait en principe l'exigibilité de la créance.

Or, en l'espèce, la créance garantie n'ayant été rendue conventionnellement exigible par la déchéance du terme qu'en vertu du comportement du créancier qualifié après coup d'abusif, la perte rétroactive du caractère exigible de la créance ôta toute régularité au recours par le créancier au gage consenti.

La Cour d'appel en conclut que les parties étaient à remettre dans la situation qui était la leur avant la déchéance du terme provoquée à tort par le créancier gagiste.

Sur ce point, étant donné que les actions de la SICAV que la Banque s'était abusivement appropriées en vertu des gages qu'elle avait réalisés se trouvaient au moment du jugement encore entre les mains de la Banque, la Cour d'appel constata que c'était à bon droit que la juridiction du premier degré avait décidé qu'elles étaient à restituer au débiteur gagiste.

En ce qui concerne la portée de la condamnation à la restitution des parts, la Cour d'appel rejeta la demande de l'Actionnaire visant à « actualiser » sa demande en restitution des actions issues de l'augmentation du capital, étant donné que les actions émises lors de ladite augmentation n'étaient pas celles représentatives du capital social ayant existé à l'époque des faits qui avaient fait l'objet du gage consenti à la Banque.

## 2.2. Quant au litige opposant l'Actionnaire aux sociétés S. et A.

En ce qui concerne le moyen principal tiré de la nullité du contrat de cession pour absence de cause, la Cour d'appel rappela que l'absence de cause entraîne la nullité du contrat pour autant que la cause fasse défaut au moment de la conclusion du contrat. Si le contrat a par contre été valablement formé et qu'un événement intervient en cours de l'exécution du contrat qui, s'il avait existé au moment de sa formation l'aurait rendu nul, cet événement n'a pas pour conséquence d'en entraîner la nullité.

En l'espèce, la Cour d'appel constata que la cause existait bel et bien au moment de la conclusion du contrat, puisque la cédante cédait les parts à la cessionnaire qui s'était obligée à les payer. Cette cession s'était opérée immédiatement tandis que le paiement du prix s'était échelonné dans le temps.

La Cour d'appel en conclut que le fait que la partie acquéreuse n'avait pas honoré les échéances de paiement et que la partie cédante avait exercé son droit de gage sur celles des actions gagées en sa faveur en réaction à ce défaut de paiement ne permet-

<sup>36</sup> La Cour d'appel citait sur ce point P. GEORTAY, « Le caractère accessoire du gage et la loi sur les contrats de garantie financière », *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, volume III, ALJB, 2014, no 25, pages 1271-1292.

tait pas de conclure à l'absence de cause au moment de la formation du contrat. Le fait pour le vendeur d'avoir accordé des délais de paiement à l'acheteur pour s'acquitter de l'intégralité du prix de vente ne changeait rien à l'obligation pour le cessionnaire de s'acquitter du prix de cession, seule son exigibilité ayant été conventionnellement différée.

Vis-à-vis de la société A., l'Actionnaire fit valoir que le calcul de la VNI des parts du fonds opéré sur base des documents comptables était contraire à la volonté des parties qui auraient stipulé que cette valeur devrait refléter la « fair market value ».

La Cour d'appel accueillit ce moyen alors que la valeur de marché n'était pas nécessairement identique à la valeur comptable. La Cour d'appel rappela que l'actif sous-jacent de la SICAV était constitué d'un parc immobilier luxembourgeois qui a pu plus ou moins être impacté par la crise financière qui sévissait à l'époque.

La Cour d'appel considéra qu'étant donné que les actions de la SICAV furent gagées en faveur de la société A., que celle-ci les avait réalisées consécutivement au défaut de paiement imputable à l'Actionnaire et que le produit de réalisation était destiné, le cas échéant, à diminuer d'autant la dette de l'Actionnaire à l'égard de la société A, la Cour ordonna une expertise aux fins de calculer « the fair market value » de l'action de la SICAV au 5 octobre 2009, jour de la réalisation du gage.

### 2.3. Quant au litige opposant Monsieur R. aux sociétés S. et A.

Quant à la qualification de la garantie émise par Monsieur R., la Cour d'appel rappela que la question de la nature juridique de la garantie à première demande est à solutionner par rapport au cautionnement. L'engagement de la caution est essentiellement accessoire, en ce sens que la caution s'oblige à payer la dette même du débiteur principal et qu'elle peut, de ce fait, opposer au créancier les exceptions que le débiteur lui-même peut ou aurait pu opposer. La garantie autonome est au contraire un engagement indépendant du contrat de base. Dans le premier cas, il y a une seule dette, mais deux débiteurs, tenus, l'un à titre principal, l'autre à titre de garant. Dans le second cas, les deux débiteurs ont contracté des dettes distinctes et autonomes, ce qui n'empêche pas l'engagement du garant de remplir la fonction de sûreté. La clé de la distinction est constituée par le caractère accessoire ou non de l'engagement du garant, caractère accessoire qui est le critère même du cautionnement.

La Cour d'appel releva également qu'il ne saurait y avoir garantie sans obligation à garantir. L'existence du contrat de base constitue donc la cause de la garantie. La référence au contrat principal est de l'essence de la garantie, qu'elle soit autonome ou accessoire. Est donc erroné tout raisonnement qui

déduit de la référence au contrat de base l'absence d'autonomie. Cependant, une fois nées, les obligations du donneur d'ordre et du garant ont des sorts distincts. Ni leur validité, ni leur durée, ni leur étendue, ni leur exécution ou inexécution n'ont d'incidence réciproque.

En l'espèce, la Cour d'appel conclut qu'au regard des termes dépourvus de toute ambiguïté que l'engagement pris par Monsieur R. à l'égard de la société A. était à qualifier de garantie à première demande.

Elle confirma dès lors les jugements de première instance.

### 3. Les enseignements de l'arrêt du 12 juillet 2017

Les enseignements du présent arrêt sont nombreux, mais c'est essentiellement sur deux points que la décision de la Cour d'appel est intéressante, à savoir d'une part la régularité de l'octroi et de la dénonciation d'un prêt, et d'autre part, les conséquences d'une dénonciation fautive dudit crédit sur les garanties réalisées par le créancier gagiste.

Il est intéressant de constater que la Cour d'appel a confirmé le raisonnement des juges de première instance qui avaient considéré que la dénonciation était fautive non pas parce qu'elle était abusive mais parce qu'elle était contraire aux obligations contractuelles de bonne foi et de loyauté que chaque cocontractant se doit de respecter et prévues par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil.

En ce qui concerne les conséquences tirées par la Cour d'appel d'une telle dénonciation sur les garanties réalisées par le créancier gagiste, le présent arrêt constitue l'illustration de l'exception au principe du caractère inattaquable des contrats de garantie financière ainsi que des modalités d'évaluation et d'exécution convenues, à savoir celui de la fraude manifeste.

Force est dès lors de constater que l'exception de la fraude manifeste à la remise en cause des contrats de garantie financière et de leur modalités d'évaluation et d'exécution convenues ne constitue désormais plus une hypothèse d'école.

Il sera intéressant de voir comment la Cour d'appel tranchera la question de l'évaluation du « fair market value » des actions gagées de la SICAV. To be continued...

### 3. En bref

Tribunal d'arrondissement de Diekirch (référé), 4 octobre 2016, n°201/2016

**Opérations – Crédits – Prêt – Régime général – Résiliation du crédit – Mise en demeure – Nécessité pour la banque de prouver la réception par tous les co-débiteurs (oui)**



« Il résulte de l'article 4 des conditions générales en question que « la Banque pourra résilier le crédit à tout moment et exiger le remboursement immédiat de sa créance ainsi que le paiement des intérêts courus jusqu'au jour effectif du remboursement ainsi que toutes autres sommes dues en vertu du Crédit, lesquelles deviendront de plein droit immédiatement exigibles, après mise en demeure envoyée par lettre recommandée et restée infructueuse pendant un délai de huit jours à compter de sa réception dans l'un des cas suivants [...] »

*S'il est de principe que la mise en demeure adressée à l'un des codébiteurs produit effet à l'encontre des autres (Droit civil, Terré, Simler, Lequette, Les obligations, 6e édition p. 928, n° 1158), encore faut-il que le créancier établisse une réception effective d'une telle mise en demeure par un des codébiteurs solidaires. (...)*

*Faute par la banque d'établir la réception du courrier de mise en demeure par [un des codébiteurs], la banque ne saurait se prévaloir d'un effet quelconque que produirait cette mise en demeure à l'égard de [l'autre co-débiteur]*

*Les contestations quant au caractère régulier de la résiliation unilatérale de la convention de prêt liant la [banque] aux [co-débiteurs] ainsi que quant à la déchéance du terme de la convention de crédit sont suffisamment sérieuses pour déclarer fondé le contredit ».*

Cour de cassation, 13 octobre 2016, n°43/2016<sup>37</sup>

**Surveillance prudentielle – Qualité de la CSSF – Législation relative aux abus de marché – Administration poursuivante (non)**

« Attendu que la loi modifiée du 9 mai 2006 relative aux abus de marchés désigne la Commission de surveillance du secteur financier (la CSSF) en tant qu'autorité administrative ayant pour mission de veiller à l'application de la réglementation sur les abus de marché et de collaborer avec les autorités compétentes étrangères si cela est nécessaire à l'accomplissement de leurs missions respectives, et que c'est à ce titre que la CSSF a demandé, sur base de l'article 29bis de la loi de 2006 précitée, une ordonnance d'un juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg autorisant une inspection sur place auprès du demandeur en cassation ;

*Que la loi de 2006 précitée ne confère pas pour autant à la CSSF le pouvoir de poursuivre la répression des infractions à la réglementation sur les abus de marché ;*

37 Cet arrêt a également fait l'objet d'une publication dans la Pascrie luxembourgeoise. Voyez Cour de cassation, 13 octobre 2016, *Pascrie luxembourgeoise*, XXXVIII, p. 123.

*Que n'étant ainsi pas une administration poursuivante, la CSSF n'est pas à assimiler au ministère public. »*

Tribunal administratif (référé), 9 mars 2017, n°39148 du rôle

**Supervision prudentielle – Législation relative aux abus de marché – CSSF – Communiqué de presse – Nature Acte préparatoire – Suspension par le juge administratif (non)**

« Il convient ensuite de constater, tant au vu des explications des litismandataires de la CSSF que du libellé même du « press release », intégralement retranscrit ci-avant, que cette publication s'inscrit, du moins formellement, dans le cadre d'une mesure conservatoire ou protectrice - le bien-fondé de cette mesure étant sans incidence sur ses caractéristiques -, le but de la publication étant manifestement de préserver les droits de tiers susceptibles d'être affectés par les décisions que la CSSF entend prendre, respectivement par l'OPA annoncée par la société .... par communiqué de presse, la CSSF estimant que le fait qu'elle n'entend pas approuver l'OPA envisagée par la société .... serait une information susceptible d'affecter les droits et intérêts des tiers, dont notamment les actionnaires de la société ....., la CSSF situant encore la nécessité et l'objet de cette publication dans l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes ainsi que dans les articles 6 et 8 de la loi du 19 mai 2006 portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, imposant notamment et en particulier une publicité des OPA afin d'« assurer la transparence et l'intégrité du marché des titres de la société visée, de l'offrant ou de toute autre société concernée par l'offre, afin d'éviter notamment la publication ou la diffusion d'informations fausses ou trompeuses » ; il en résulte encore que la publication en question n'est pas destinée à perdurer, mais à rester en vigueur uniquement jusqu'à ce que la CSSF ait effectivement pris les décisions annoncées, les tiers intéressés étant d'ailleurs invités à présenter leurs observations jusqu'au 31 mars 2017. Or, ces constats soulèvent également la question de la recevabilité *per se* des mesures provisoires sollicitées.

(...)

*C'est à juste titre que la CSSF souligne que la suppression du « press release » n'équivaudrait pas à la suspension de la décision, mais à son annulation.*

*En effet, accorder la mesure sollicitée par l'octroi du sursis à exécution permettrait à l'intéressée de créer une situation de droit et de fait définitive : le juge siégeant au provisoire aurait de la sorte épuisé le fond, en ce sens que la publication, supprimée,*



voire supplantée par un avis contraire, aurait largement perdu son objet à la date des plaidoiries devant les juges du fond, en ce sens qu'une éventuelle confirmation *ex post* de la publication déferée, à travers un jugement déboutant la société .... de son recours en annulation, aurait perdu à cette date tout objet et toute utilité, alors que sans suspension de l'intégralité de la procédure, et en particulier de la décision de refus d'approbation de l'OPA telle qu'annoncée, mesure échappant en l'espèce au soussigné en l'état actuel du dossier et de la procédure, la re-publication du « press release » après que les juges du fond aient statué, c'est-à-dire à une date se situant nécessairement après la prise de la décision de refus d'approbation telle qu'annoncée ne pouvant être considérée que comme absurde.

*En d'autres termes, la suspension de l'exécution immédiate de la décision déferée, respectivement, tel que sollicité la cessation de la publication litigieuse, entraînerait l'impossibilité de recréer la situation initiale au cas où le recours engagé au fond contre la décision de publication serait rejeté par le tribunal.*

*Il résulte dès lors des considérations qui précèdent que les mesures telles que sollicitées s'avèrent être incompatibles avec l'intervention du juge administratif statuant au provisoire, de sorte que le soussigné se doit de décliner sa compétence.*

*Il convient encore de relever que la jurisprudence dénie la qualité de décision administrative faisant grief, comme n'étant pas destinées à produire, par elles-mêmes, des effets juridiques, les informations données par l'administration, tout comme les déclarations d'intention ou les actes préparatoires d'une décision ; plus spécifiquement encore, en ce qui concerne les actes préparatoires, la jurisprudence dénie systématiquement la qualité de décision susceptible de recours aux actes préparatoires qui ne font que préparer la décision finale et qui constituent des étapes dans la procédure d'élaboration de celle-ci, que ces actes soient pris dans le cadre d'une procédure légalement prévue ou non, le soussigné relevant à cet égard encore plus particulièrement que les avis invitant un administré à prendre position ou encore des déclarations d'intention d'une autorité ne sont pas considérées par le juge du fond comme susceptibles de recours, encore et ce même si un tel acte préparatoire exige bien évidemment la prise d'une décision intellectuelle par son auteur.*

*Ainsi, la Cour administrative a retenu que l'annonce de la prise éventuelle de décision ne peut pas être déferée au juge administratif, seule la décision effective étant susceptible de l'être.*

*En l'espèce, il appert à première vue, tel que soutenu d'ailleurs par la CSSF, que la ou les décisions entrevues par la société .... derrière la publication*

*par la CSSF du « press release » litigieux s'inscrivent manifestement dans le cadre d'un tel acte préparatoire, ledit « press release » véhiculant à première vue, d'une part, l'intention de la CSSF de ne pas, au travers de futures décisions, approuver l'OPA en question, et, d'autre part, la volonté de la CSSF d'informer les tiers intéressés de cette intention, afin de leur permettre de prendre position y relativement.*

*Cette qualité d'acte préparatoire ne semble par ailleurs pas sérieusement contestable par l'invocation d'une éventuelle violation, respectivement mauvaise application de l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, invoqué en autres (« inter alia ») par la CSSF, une telle question ayant éventuellement une incidence sur la légalité de la mesure critiquée - légalité à apprécier conformément à la jurisprudence dans le cadre d'un recours dirigé ultérieurement contre les actes d'aboutissement ayant, quant à eux, les caractéristiques d'une décision administrative individuelle faisant grief - mais non manifestement sur le caractère préparatoire de l'acte en question, la jurisprudence ayant spécifiquement retenu qu'un courrier invitant un administré à prendre position sur un projet de décision le concernant n'est pas susceptible de recours étant donné qu'il s'agit d'un acte préparatoire. (...)*

Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg (référé), 22 mars 2017, n°177775 du rôle

#### **Opérations – Comptes et dépôts – Chambre de compensation – Saisie-arrêt – Interdiction de saisie (non)**

« Il n'est pas contesté par les parties à l'instance que les avoirs saisis [...] ont fait l'objet de mesures de gel internationales et européennes. »

« L'article 111(5) de la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement dispose en termes clairs et précis que « tout compte de règlement auprès d'un opérateur de système ou d'un organe de règlement, de même que tout transfert, via un établissement de crédit de droit luxembourgeois ou étranger, à porter à un tel compte de règlement, ne peut être saisi, mis sous séquestre ou bloqué d'une manière quelconque par un participant (autre que l'opérateur du système ou l'organe de règlement), une contrepartie ou un tiers. »

*Les parties s'accordent à dire que le système [du tiers-saisi Clearstream] est un « système » au sens de l'article 107(1) de la loi de 2009 et que [Clearstream] est l'opérateur en charge du système. »*

« Il n'est pas établi que ces [1]es fonds gelés participaient, au moment de la saisie [...], au système de compensation et au bon fonctionnement du marché des capitaux, étant donné qu'il n'est pas à exclure

que le gel de ces fonds les a sortis du système, de manière à les avoir fait échapper à l'interdiction de saisie telle que prévue à l'article 111(5). »

« L'article 20 [de la loi du 1<sup>er</sup> août 2001 concernant la circulation des titres], qui contient des dispositions spéciales pour les systèmes de règlement des opérations sur titres, dispose dans sa version actuelle « Aucune saisie-arrêt, ni aucune autre mesure d'exécution ou conservatoire n'est admise sur les comptes de titres et d'autres instruments financiers en système, à l'exception de mesures d'exécution de gages ou autres sûretés ou garanties similaires accordées par un titulaire de compte au teneur de compte opérant à titre principal un système de règlement des opérations sur titres ou à un tiers. Pareilles mesures ne sont pas non plus admises sur les titres donnés en dépôt par un tel teneur de comptes auprès d'un autre teneur de comptes. »

« S'agissant d'une interdiction de saisie des avoirs en compte-titres déposés dans un système de règlement ou de compensation, les mêmes considérations s'appliquent que ci-dessus dans le cadre de l'analyse de l'article 111(5) de la loi de 2009, en ce que le juge devrait analyser le fonctionnement du système [Clearstream] pour apprécier si des fonds gelés dans un compte-titres participent au système de compensation, étant donné qu'il n'est pas à exclure que le gel de ces fonds les en a sortis. [...] pareille analyse dépasse les pouvoirs du juge des référés. »

Cour administrative, 6 avril 2017, n° 38340C du rôle

**Surveillance prudentielle – CSSF – Réclamations de la clientèle – Application de la procédure de redressement (circulaire 02/77) (non)**

« La Cour est amenée à constater qu'à travers son courrier de mise en demeure adressé le 22 octobre 2014 à la CSSF, l'appelant entend voir constater par cette dernière des manquements aux règles de placement découlant des prospectus d'émission respectifs et en conséquence voir cette dernière imposer l'application du mécanisme de redressement et d'indemnisation des investisseurs tel que décrit dans la circulaire 02/77 à l'égard des compartiments de fonds d'investissement. »

« C'est à la suite de ces échanges antérieurs que l'appelant a adressé son courrier de mise en demeure du 22 octobre 2014 à la CSSF qui n'y a pas répondu à travers une prise de position de son propre organe compétent, mais par un courrier de son litismandataire du 14 novembre 2014 qui rappela à l'appelant que la CSSF avait déjà pris position par courrier du 6 octobre 2011 et que, par courrier du 22 janvier 2014, la CSSF lui au-

rait fait part, à titre de conclusion définitive, que "the CSSF circular 02/77 redress procedure did not have to be applied". »

« Le courrier de la CSSF du 22 janvier 2014 [...] est à considérer comme ayant vidé la réclamation du 8 février 2010 dans son ensemble. »

« Le courrier de mise en demeure de la part de l'appelant du 22 octobre 2014 ne tend qu'à réitérer la même demande en vue de provoquer une nouvelle prise de position. »

« Si le courrier de la CSSF du 22 janvier 2014 était à qualifier de décision administrative attaquable, le délai de recours pour agir à son encontre a expiré au plus tard six mois après l'introduction du recours gracieux du 17 février 2014. »

« Dans la mesure où le courrier de mise en demeure de la part de l'appelant du 22 octobre 2014 ne tend qu'à réitérer la même demande que celle véhiculée par la réclamation du 8 février 2010 en vue de provoquer une nouvelle prise de position, il doit être qualifié de deuxième recours gracieux qui est dépourvu d'effets juridiques. »

« Le moyen de l'appelant tiré de l'article 14 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 n'est pas de nature à affecter la conclusion que le délai de recours avait expiré en l'espèce. »

Cour administrative, 30 mai 2017, n°39004c du rôle

**Surveillance prudentielle – Commissariat aux assurances – Nature de la mission du Commissariat – Objectif d'intérêt général (oui) – Plainte de la clientèle**

« Les premiers juges sont tout d'abord à confirmer en ce qu'ils ont relevé que la mission du CAA poursuit certes un objectif d'intérêt général en ce que la finalité de la surveillance du secteur des assurances s'exerce exclusivement dans l'intérêt public, conformément à l'article 24 de la loi du 6 décembre 1991, mais qu'il s'est également vu attribuer, à travers un nouveau paragraphe 7 introduit à l'article 2 de la même loi par une loi modificative du 13 juillet 2005, la mission de recevoir et d'examiner les plaintes et réclamations d'un preneur d'assurance ou de tout autre intéressé à l'encontre de tout professionnel tombant sous le coup de son autorité. Ainsi que l'ont encore relevé à juste titre les premiers juges, il se dégage des travaux parlementaires relative à la prédite loi du 13 juillet 2005 que le législateur n'a fait que consacrer une pratique du CAA qui n'a jamais eu pour politique de refuser de régler des réclamations qui lui ont été adressées par des preneurs d'assurance à l'encontre des professionnels du secteur des assurances. (...) »



2018 © ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE DROIT BANCAIRE A.S.B.L.

[WWW.ALJB.LU](http://WWW.ALJB.LU)

B.P. 13, L-2010 LUXEMBOURG

C.C.P.L. IBAN LU19 1111 0754 4576 0000