

# RÉFORME DU SECRET BANCAIRE VERS UNE SÉCURITÉ ACCRUE DES CONTRATS DE CRÉDIT



**Frédéric  
Lacroix**

Avocat à la cour  
Clifford Chance

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 autorise les banques à divulguer, sans l'accord du client, des informations aux agences de notation et aux personnes avec lesquelles elles négocient sur certaines opérations limitativement énumérées, ainsi qu'à tous les tiers avec l'autorisation expresse du client. Avec cependant des incertitudes et limites.

La crise des subprimes a braqué le projecteur sur les *collateralised debt obligations* (CDO, glossaire) vivement critiquées pour leur manque de transparence [1]. Cette critique est certes fondée mais se heurte, en France, au secret bancaire. En effet, depuis 1984 [2], la loi interdit à tout éta-

[1] Voir Banque de France, "Étude du coût de nouvelles demandes de l'Eurosystème dans le cadre de la mise à jour des règlements BCE/2001/13 et BCE/2001/18", 2 avril 2008, p. 3. La critique vaut évidemment d'autant plus à l'égard des CDO carrés (c'est-à-dire des CDO de CDO), voire cubes (CDO de CDO2), des CRE CDO et, plus généralement, des retirisations qui se sont développées significativement ces dernières années.

[2] Article 57 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 2004, codifié aux articles L. 511-33 et L. 571-4 du Code monétaire et financier (dans leur état antérieur à

blissement de crédit de divulguer toute information couverte par le secret professionnel, c'est-à-dire, toute information à caractère secret reçue par une personne qui en est dépositaire, notamment par profession [3]. En l'absence de précision du texte, les tribunaux ont, par touches successives, dégagé les contours de la notion d'information secrète dans le cadre de la relation unissant la banque à son client. Ainsi, en pratique, toute information précise et non-publique, qu'elle soit chiffrée ou non, recueillie par le banquier dans l'intimité de sa relation professionnelle avec ses clients est marquée du sceau de la confiance. Parmi les exemples usuels, on cite la situation de compte, les mentions figurant au verso des chèques, le montant des prêts, l'historique de crédit ou encore, la situation de fortune du client.

Le non-respect de cette interdiction est sanctionné d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 euros. On relèvera que la violation du secret porte également atteinte, à l'égard des particuliers, à l'intimité de la vie privée, dont le

la loi du 4 août 2008 – cf. infra, note 7) ; ce dernier article renvoyant aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal, relatifs au concept plus général de secret professionnel, qui s'applique aux médecins, avocats, notaires, etc.

[3] Article 226-13 du Code pénal.

non-respect est sanctionné civilement, notamment, par l'octroi de dommages et intérêts ainsi que par toutes mesures destinées à faire cesser l'atteinte (article 9 al. 2 du Code civil).

D'ordre public, la règle est générale et n'admet que des exceptions limitées, au profit, pour l'essentiel, du juge pénal, des autorités de tutelle (Banque de France, Commission bancaire), de Tracfin dans le cadre de la lutte contre le blanchiment, l'administration fiscale et des commissaires aux comptes. La jurisprudence autorise également le client à délier la banque de son obligation [4]. Enfin, il est admis que certains textes apportent une exception implicite à l'obligation de confidentialité du banquier [5].

## LES OUVERTURES ISSUES DE LA LOI DE MODERNISATION DE L'ÉCONOMIE

En revanche, à l'égard des agences de notation, des investisseurs et, plus généralement, des établisse-

[4] V. Cass. Com. 11 avril 1995, Bull. Civ. IV, n° 121. De même, le secret n'est pas opposable aux héritiers réservataires (TGI Paris, 12 janv. 2005, Jurisdata, no 2005-276006).

[5] V. l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, relatif à l'information annuelle des cautions. Le même raisonnement doit pouvoir être appliqué aux dispositions des articles 34 et suivants de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 concernant les fonds communs des créances (codifiés aux articles L. 214-43 et suivants du Code monétaire et financier).



ments auprès desquels la banque mobilise ses crédits ou se couvre contre les risques, point d'exception. Dans ces conditions, comment le banquier peut-il respecter son obligation de confidentialité? Cela tout en permettant, d'une part, aux agences d'avoir accès aux informations nécessaires en vue de la notation des titres adossés aux portefeuilles de prêts et, d'autre part, en satisfaisant le besoin légitime des investisseurs de disposer des informations suffisantes leur permettant d'évaluer les risques associés à leur investissement. De surcroît, les CDO ne sont pas les seuls concernés. Tous les autres modes de refinancement ou de couverture des risques adossés à

**“Les banques peuvent maintenant communiquer aux agences de notation toutes informations utiles sur leurs crédits pour les besoins de la notation des produits financiers sans encourir les foudres du code pénal.”**

des portefeuilles bancaires sont confrontés à la même difficulté comme les sous-participations bancaires non révélées ou d'autres types de financements structurés comme les obligations sécurisées ou *covered bonds* (glossaire).

Aussi, depuis quelques années, les banques ont pris l'habitude d'insérer dans leurs contrats de crédit une clause expresse de levée du secret bancaire. Cependant, cette clause ne concerne que des générations récentes de contrats et ne permet que rarement la divulgation d'informations aux investisseurs dans le cadre d'un appel aux marchés financiers. Enfin, leur efficacité est discutable au regard, notamment, de la loi Informatique et

libertés (loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) [6].

C'est dans ce contexte que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 [7] vient d'apporter trois séries d'exceptions au secret bancaire en modifiant l'article L. 511-13 du Code monétaire et financier.

En premier lieu, les banques peuvent maintenant communiquer aux agences de notation toutes informations utiles sur leurs crédits pour les besoins de la notation des produits financiers sans encourir les foudres du Code pénal. Cette exception est bienvenue car elle comble un vide juridique criant. L'accès à de telles informations est en effet plus que jamais nécessaire à leur activité de notation [8] et ce, d'autant plus au regard du rôle que les accords de Bâle II leur assignent en qualité d'organismes externes d'évaluation de crédit (OEEC) dans le cadre de l'approche standard [9] et de

[6] La CNIL considère que la clause de levée du secret bancaire incluse dans des conventions ayant le caractère de contrats d'adhésion ne permet pas d'assurer que la personne a indubitablement donné son consentement, de façon libre et éclairée, compte tenu du faible pouvoir de négociation des particuliers, contrairement à la règle posée par la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 qui définit le consentement de la personne impliquée comme "toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement" (cf. Philippe Nogrix, "Communication sur l'obligation faite aux banques d'établir une convention de compte au bénéfice de leur clientèle?", communication présentée en séance plénière, 18 juin 2004, CNIL, [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr)).

[7] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, JO du 5 août 2008, 1/74. La loi introduit également un nouvel article L. 531-12 rédigé de façon identique pour les prestataires de services d'investissement.

[8] Ce qui exclut, à la demande expresse du ministre de l'Économie, leurs autres activités, notamment de conseil dans la structuration d'opérations de financements structurés (amendement n° 1066, v. débats parlementaires, séance du Sénat du 4 juillet 2008, JO du 5 juillet 2008, n° 58 S. (C.R.), p. 4045), qui soulèvent par ailleurs des problèmes de conflits d'intérêt à l'égard des investisseurs (cf. le rapport final du Comité Technique de l'OICV, "The role of the credit rating agencies in structured finance markets", mai 2008 ([www.iosco.org](http://www.iosco.org))).

[9] Art. L. 511-41 et 511-44 du Code monétaire et financier. Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle, "Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres", juin 2004 ([www.bis.org](http://www.bis.org)).

## GLOSSAIRE

■ **CDO ou collateralised debt obligations** : obligations dont le remboursement et le service de la dette dépendent du remboursement et du rendement d'un portefeuille d'actifs financiers (de crédits, de valeurs mobilières ou des dérivés de crédit). On parle plus généralement d'*asset backed securities*, ou titres adossés à des actifs. Pour une description du fonctionnement des CDO, voir Olivier Cousseran et Imène Rahmouni, "Le marché des CDO, modalités de fonctionnement et implication en termes de stabilité financière", Banque de France, Revue de stabilité financière, n° 6, juin 2005.

■ **Covered bonds** : obligations garanties par un privilège sur certains actifs de la banque (à

l'instar des *pfandbriefs* allemands), soit en empruntant le régime juridique des obligations foncières régies par les articles L. 515-13 à L. 515-33 du code monétaire ou financier, soit créées contractuellement hors du cadre légal en empruntant le régime des garanties financières régies par les articles L. 431-7-3 et suivants du même code résultant de la transposition de la directive *collateral* (directive 2002/47/CE du 6 juin 2002).

■ **Titrisation synthétique** : selon la définition de l'article 210 de l'arrêté du ministre de l'Économie du 20 février 2007, titrisations dans lesquelles le transfert du risque de crédit est réalisé par l'utilisation de dérivés de crédit ou de garanties et où le portefeuille

d'expositions est conservé au bilan de l'établissement assujéti originateur", par opposition aux titrisations classiques, dans lesquelles la propriété de l'actif est cédée au véhicule.

■ **Exemples de titrisation immobilière** : les *commercial mortgage backed securities* (CMBS) ou titrisations de prêts garantis par une hypothèque (ou un privilège de prêteur de deniers) portant sur un bien immobilier à usage commercial. Le *special servicer* est souvent une entité non-bancaire spécialisée chargée, par le véhicule de titrisation, de procéder au recouvrement des créances immobilières défallantes et, le cas échéant, de réaliser les sûretés garantissant leur paiement.

celui qu'elles remplissent dans l'euro-système [10]. Elle répond également à l'objectif affiché de la Commission européenne d'imposer aux agences de notation de s'assurer de la qualité des informations qui leur sont communiquées concernant les actifs des émetteurs d'*asset backed securities* dans le cadre du projet de réglementation les concernant [11].

En second lieu, les banques pourront également divulguer des informations, normalement promises au secret, aux personnes avec lesquelles elles négocient, concluent ou exécutent certaines opérations limitativement énumérées. Ces opérations comprennent, notamment, les opérations de crédit effectuées directement ou indirectement entre banques (ce qui vise tout particulièrement les sous-participations ban-

caires) ; les opérations de couverture du risque de crédit, qu'elles se manifestent sous la forme d'un instrument financier à terme, d'une garantie ou d'une opération d'assurance (cela vise, en particulier, les dérivés de crédit et les titrisations synthétiques – cf. glossaire) ; les cessions de créances ou de contrats (on pense aux titrisations classiques et aux transferts de participations dans les crédits syndiqués) ; et enfin, les contrats de prestation de services conclus avec des tiers en vue de leur confier des fonctions opérationnelles importantes (ce qui devrait permettre au mandataire au recouvrement (*servicer*) d'opérations de titrisation, lorsqu'il n'est pas la banque originatrice [12], ou au *special servicer* dans certaines titrisations immobilières – cf. glossaire, d'accéder aux informations relevant du secret professionnel). À cela s'ajoutent deux conditions : les informations communiquées doivent être nécessaires à la réalisation de l'opération et la personne qui les

[10] Banque centrale européenne, "General documentation on Euro-system monetary policy instruments and procedures" ([www.ecb.int](http://www.ecb.int)).

[11] V. Proposition de directive sur les agences de notation soumise à consultation par la Commission européenne jusqu'au 5 septembre 2008 ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2008/securities\\_agencies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2008/securities_agencies_en.htm)). Cf. en particulier le considérant n° 12.

[12] C'est-à-dire la banque ayant accordé les crédits titrisés.

reçoit doit conserver leur caractère confidentiel. Par précaution, il y aura lieu de demander la signature d'un accord de confidentialité, ce que la pratique imposait déjà.

Enfin, reprenant la solution jurisprudentielle, le texte permet aux banques de divulguer à des tiers des informations couvertes par le secret professionnel avec l'accord exprès du client. Cependant, on relèvera que le texte limite à présent cette faculté au cas par cas.

Ces dispositions nouvelles ont certainement le mérite de sécuriser les opérations de mobilisation de créances ou de transfert des risques de crédit. Auparavant et, en l'absence de clauses déliant la banque de son obligation, ces opérations tombaient, au mieux, dans les zones grises, telles que les sous-participations bancaires et les dérivés de crédit conclus entre banques, qui se sont reposées sur la notion de "secret partagé" entre personnes soumises à la même obligation professionnelle, notion qui ne repose sur aucune base légale [13] (hormis en matière médicale [14]) ni jurisprudentielle. Ou carrément noires, telles que les CDO et les titrisations synthétiques, nécessitant, soit une levée expresse du secret par les emprunteurs des crédits titrisés – hypothèse rare en pratique et rencontrée surtout dans les opérations de CMBS peu granu-

[13] Au moment de la loi du 22 juillet 1992 relative au nouveau Code pénal, le Parlement avait expressément refusé (sans pour autant que ce refus constitue une remise en cause des pratiques antérieures, en particulier dans le domaine de l'aide sociale) de consacrer la notion du secret partagé, au motif que cette notion présentait un caractère encore trop imprécis pour faire l'objet d'une définition législative. Cf. Actualités Sociales Hebdomadaires n° 1980 du 21 juin 1996, "Secret professionnel et travail social".

[14] Articles L. 1110-4 al. 3 du code de la santé publique : "Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible".

lares, c'est-à-dire des opérations de titrisations portant sur un nombre limité de prêts (usuellement moins d'une dizaine) – soit le recours à la technique dite du *blind pool*, dans le cas de portefeuilles très diversifiés (encadré). Au passage, on notera qu'elles clarifient également la situation des cessionnaires potentiels ou prospectifs (et non pas seulement les cessionnaires une fois l'opération consommée).

## DES INCERTITUDES DEMEURENT

Pour autant, bien qu'*a priori* très favorable aux intérêts des banques, la loi ne sacrifie pas ceux du client sur l'autel de la transparence.

D'une part, la loi n'admet pas une diffusion à un large public d'investisseurs comme dans le cas d'émissions de titres cotés, tels que les CDO, les *credit linked notes* ou encore les *covered bonds*. En effet, une telle hypothèse est incompatible avec l'obligation faite aux récipiendaires de l'information de maintenir sa confidentialité. Par conséquent, des informations précises concernant des prêts et leurs emprunteurs (telles que l'identité de l'emprunteur, le montant du prêt, les conditions financières et de remboursement, les sûretés éventuellement apportées, le score de crédit, etc.) ne devraient pas pouvoir être mentionnées dans un prospectus d'émission de titres ou dans les *investor reports* usuellement adressés aux investisseurs dans le cadre d'opérations financières adossées à des actifs bancaires. De fait, en l'absence de levée expresse de confidentialité par l'emprunteur, le recours à la technique du *blind pool* devrait donc être maintenu. Cette technique née de la pratique consiste à crypter le portefeuille de référence de sorte à rendre impossible l'identification des emprunteurs et, partant, l'individualisation des informations relatives aux crédits mobilisés indiquées

**« Des informations précises concernant des prêts et leurs emprunteurs ne devraient pas pouvoir être mentionnées dans un prospectus d'émission de titres. »**

dans les documents remis aux investisseurs. De la sorte, la banque originatrice respecte son obligation de confidentialité tout en donnant aux investisseurs un accès aux informations couvertes par le secret.

D'autre part, en imposant, à la demande du Gouvernement [15], que l'accord du client soit donné de façon expresse et au cas par cas, la loi censure la pratique consistant à insérer des clauses générales de levée du secret bancaire, devenues de style dans les contrats de crédit. Cette solution est certainement plus conforme aux exigences de la

[15] Amendement n° 1066, v. débats parlementaires, séance du Sénat du 4 juillet 2008, JO du 5 juillet 2008, No. 58 S. (C.R.), p. 4045,

loi Informatique et libertés concernant le consentement à l'utilisation des données nominatives relatives à des personnes physiques [16], mais le texte reste cependant bien vague, ici encore, quant au degré de précision que la banque devra apporter à la description de la circonstance justifiant sa demande de levée du secret auprès de son client. Nul doute néanmoins que le client soit tenté d'exiger le maximum de détails le moment venu. Les banques subissent donc ici un sérieux revers si elles ne peuvent justifier de l'une des autres exceptions prévues par le texte.

En conclusion, la loi de modernisation de l'économie semble aboutir à un curieux paradoxe : alors qu'elle ouvre plus largement le champ des exceptions, elle a aussi renforcé la vigueur du secret bancaire au bénéfice du client. Les banques vont donc devoir relire leurs contrats à la loupe. Et la transparence des marchés ? Elle n'y a probablement rien gagné. ■

[16] Cf. supra note n° 6.

## EXEMPLE

### La technique du *blind pool*

■ La première application de cette technique remonte à l'opération de titrisation synthétique Olan Enterprises plc lancée en 1999 (V. *Journal of Derivatives*, 2002, Volume 9, No. 3, pp. 73-80). Une autre opération a donné lieu à un contentieux jugé par la cour d'appel de Paris (CA Paris, 14<sup>e</sup> Ch. Sec. B, 31 octobre 2003, Jurisdata, n° 2003-23000), concernant le véhicule de titrisation synthétique Sirius Finance 2000 plc

(montage similaire à celui d'Olan cité ci-dessus). En l'espèce, des investisseurs avaient demandé au juge, invoquant l'article 145 du nouveau code de procédure civile, l'accès au dossier de crédit relatif à certains prêts figurant dans le portefeuille de référence, ce qui leur fut refusé, le secret bancaire constituant un empêchement légitime de la part de la banque dans le cadre d'un procès civil ; et la cour de préciser que

“le caractère du portefeuille de référence était nécessairement occulte et que les investisseurs ne doivent pas connaître le nom des entités faisant partie du portefeuille de référence”. Également, dans le domaine du renseignement commercial, CA Rennes, 13 janv. 1992, D. 1993, som., p. 54, D. 1994, som., p. 287, selon qui le secret bancaire protège les informations précises, notamment celles qui sont nominatives.