

BULLETIN DROIT & BANQUE



ÉCLAIRAGES

- **Éclairages sur l'obscur des monnaies virtuelles**
Elisabeth Omes, Hervé Hansen
- **Chronique du nouveau projet de loi sur l'archivage électronique**
Vincent Wellens
- **New Guidance for UCITS depositaries following the publication of CSSF Circular 14/587**
Yannick Arbaut

ARTICLES DE FOND

- **A la recherche du compte perdu : Étude comparée sur les comptes bancaires dormants**
Catherine Bourin-Dion
- **The reporting obligation under EMIR**
Jonathan Hug
- **La refonte du régime juridique des banques d'émission de lettres de gage au Grand-Duché de Luxembourg**
Udo Prinz et Gilles Walers

JURISPRUDENCE COMMENTÉE

- **L'arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg du 12 juin 2013 ou : comment atténuer la responsabilité du banquier victime d'un ordre frauduleux ?**
Philippe Bourin

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE
DE DROIT BANCAIRE
LUXEMBOURGEOIS
(MARS 2013 – MARS 2014)

Nicolas Thieltgen et Anne-Marie Ka

EXTRAIT

54

Conseil d'administration de l'ALJB

Philippe **Bourin**, Crédit Agricole Luxembourg (Président)

Christiane **Faltz**, State Street Bank (Vice-Présidente)

Cosita **Delvaux**, Notaire (Trésorière)

Catherine **Bourin**, ABBL

Sandrine **Conin**, Conseiller juridique

Philippe **Dupont**, Arendt & Medernach

André **Hoffmann**, Elvinger, Hoss & Prussen

Nicki **Kayser**, Linklaters LLP, Luxembourg

Morton **Mey**, Lombard Odier

Elisabeth **Omes**, Elvinger, Hoss & Prussen

Daniel **Postal**, BGL BNP Paribas

Nicolas **Thieltgen**, Brucher Thieltgen & Partners, Luxembourg

Andéol du **Trémolet de Lacheisserie**, Banque Européenne d'Investissement

Henri **Wagner**, Allen & Overy Luxembourg

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 54, ALJB, 2014").

BULLETIN

DROIT & BANQUE

N° 54

Décembre 2014

Editeur:

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

www.aljb.lu

Comité de rédaction:

Christiane Faltz
State Street Bank Luxembourg S.A.
cfaltz@statestreet.com

Sandrine Conin
Conseiller juridique
sandrine.conin@internet.lu

Nicki Kayser
Linklaters LLP, Luxembourg
nicki.kayser@linklaters.com

Elisabeth Omes
Elvinger, Hoss & Prussen
elisabethomes@ehp.lu

Henri Wagner
Allen & Overy Luxembourg
henri.wagner@allenoverly.com

Secrétariat, Inscriptions:

secretariat@aljb.lu
House of Finance
B.P. 13
L-2010 Luxembourg

Chronique du nouveau Projet de Loi sur l'archivage électronique

Vincent WELLENS

Avocat à la Cour

Partner NautaDutilh Avocats Luxembourg S.à r.l.

Nicolas RASE

Associate NautaDutilh Avocats Luxembourg S.à r.l.

Introduction

1. Les entreprises doivent faire face à une masse toujours croissante de documents, dont bon nombre se trouvent encore actuellement en version papier. La tendance n'échappe malheureusement pas aux entreprises actives dans le secteur financier. La tentation est alors grande de recourir, de manière plus ou moins systématique, à des processus de dématérialisation de la documentation papier.

2. D'un point de vue légal, il est à regretter qu'une telle manière de procéder ne soit actuellement pas dépourvue de risques. En effet, malgré son caractère innovant pour l'époque, le cadre légal actuel en matière de dématérialisation – et de valeur probante des documents dématérialisés – se trouve aujourd'hui désuet et imparfait. Les principaux reproches lui adressés sont les suivants. Tout d'abord, en vertu de l'article 1333 du Code civil, un juge peut toujours exiger l'original papier, pourvu que celui-ci existe encore. Ensuite, les entreprises qui veulent procéder à la dématérialisation de leurs documents à valeur probante pour ensuite les détruire, doivent apporter la délicate preuve que les copies ont été effectuées conformément aux conditions du règlement grand-ducal du 22 décembre 1986. Enfin, certaines des conditions d'équivalence énoncées dans ledit règlement sont difficiles à mettre en œuvre et ne correspondent plus aux pratiques modernes d'archivage électronique.

3. Ces imperfections du cadre juridique actuel ont eu pour conséquence que la CSSF a, dans son rapport annuel de 2008, déconseillé aux professionnels du secteur financier de détruire les originaux papiers des documents à valeur probante :

« En l'absence d'un cadre juridique plus adapté, [...], la CSSF recommande aux professionnels financiers de ne pas détruire les documents communément admis comme preuve devant les instances judiciaires et qui restent principalement sous forme 'papier' ».

4. Le projet de loi n° 6543 relatif à l'archivage électronique et portant modification de l'article 1334 du Code civil, de l'article 16 du Code de commerce et de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (ci-après, le «Projet de Loi») a notamment pour but de résoudre les problèmes du cadre juridique actuel en permettant la dématérialisation de documents au format papier et la conservation, en toute sécurité et sans perte de valeur probante, de copies ou d'originaux numériques (1.). Suite à sa récente relecture par la Commission de l'Économie, le Projet de Loi a dernièrement subi quelques modifications qu'il convient de souligner (2.).

1. Les principes clés du Projet de Loi sur l'archivage électronique

5. Le Projet de Loi vise notamment à définir les conditions de dématérialisation d'originaux et les conditions de conservation de copies et d'originaux numériques, afin que ces derniers conservent leur valeur probante. Le Projet de Loi vise par « original » « *tout acte sous seing privé ou tout document visé à l'article 16 du Code de commerce* ». Cette définition délimite le champ d'application du Projet de Loi, qui ne s'appliquera donc – dans l'état actuel des choses – qu'aux contrats revêtus d'une signature manuscrite ou électronique (« actes sous seing privé ») et aux documents comptables au sens des articles 11, 12, 14 et 15 du Code de commerce (tels qu'énumérés à l'article 16 du Code de commerce).

Le champ d'application du Projet de Loi étant délimité, il est important de rapidement évoquer les principes clés qu'il prévoit.

6. Le Projet de Loi pose d'abord comme principe fondamental que la copie numérique pourra dorénavant avoir la même valeur probante que son original et ce, même si une version papier de l'original existe toujours.

L'équivalence « copie numérique - original papier » ainsi instaurée par le Projet de Loi n'est cepen-

dant pas automatique. En effet, pour que le principe susmentionné soit d'application, encore faut-il que la copie ait été réalisée selon un procédé qui respecte certaines conditions d'authenticité et d'intégrité établies dans un projet de règlement grand-ducal relatif à la dématérialisation et à la conservation de documents.

De manière générale, ledit règlement prévoit que les copies doivent être fidèles à l'original ; effectuées de façon systématique et sans lacunes; effectuées selon des instructions de travail conservées aussi longtemps que les copies; et être conservées avec soin, dans un ordre systématique, et protégées contre toute altération. En outre, des conditions additionnelles doivent être remplies en ce qui concerne les copies numériques.

7. Le Projet de Loi pose ensuite comme principe que les conditions susmentionnées sont réputées être remplies lorsque l'activité de dématérialisation et de conservation est réalisée par un prestataire de service de dématérialisation ou de conservation (ci-après, « PSDC »). La présomption créée par le nouveau cadre réglementaire facilite grandement la tâche des entreprises, qui ne doivent plus apporter la preuve, en cas de litige, que les copies numériques satisfont aux conditions du cadre réglementaire, dès lors qu'elles ont eu recours aux services d'un PSDC.

8. Pour obtenir le statut de PSDC, une personne – morale ou physique – doit obtenir une certification de la part d'un certificateur accrédité par l'ILNAS ou de la part d'un organisme d'accréditation reconnu par l'ILNAS. L'obtention de la certification implique le respect des règles – élaborées par l'ILNAS sur la base des normes ISO pertinentes mais formellement établies par arrêté grand-ducal – relatives à l'établissement d'une gestion de la sécurité de l'information et d'une gestion opérationnelle spécifiques aux processus de dématérialisation ou de conservation. La certification doit ensuite être notifiée et validée par l'ILNAS qui inscrira alors le PSDC sur la liste des personnes pouvant exercer cette activité.

9. Les PSDC peuvent soit décider d'exercer les activités de dématérialisation et/ou de conservation pour répondre exclusivement aux besoins de leurs clients, soit afin de répondre à leurs besoins propres ou à ceux d'entreprises faisant partie du même groupe d'entreprises. Dans ce dernier cas, les obligations liées au statut de PSDC sont quelque peu amoindries.

10. Il importe de noter que le Projet de Loi prévoit qu'une copie ne pourra jamais être rejetée par le juge sous prétexte qu'elle se présente sous forme électronique ou qu'elle n'a pas été réalisée par un PSDC. Un véritable principe de non-discrimination est dès lors posé à l'égard des documents

électroniques. Toutefois, lorsque la dématérialisation, voire la conservation n'a pas été réalisée par un PSDC, le détenteur des documents électroniques aura, faute de bénéficier de la présomption d'équivalence, la lourde charge de prouver que ces documents rencontrent des exigences minimales d'intégrité ou d'authenticité.

En d'autres termes, une entreprise peut donc également offrir des services de dématérialisation et/ou de conservation sans devoir obtenir le statut de PSDC, auquel cas ses services ne donneront pas lieu à une présomption d'équivalence des copies numériques réalisées et archivées.

11. Par contre, afin de pouvoir prester des services de dématérialisation et de conservation dans le secteur financier, l'obtention du statut de PSDC est obligatoire. Le Projet de Loi modifie la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier en prévoyant notamment la création de deux nouveaux types de PSF de support. Ainsi, la personne voulant offrir des services de conservation ou de dématérialisation de documents pour le compte d'établissements de crédit, de PSF, d'établissements de paiement, d'établissements de paiement électronique, d'OPC, de FIS, de sociétés d'investissement en capital à risque, de fonds de pension, d'organismes de titrisation agréés, d'entreprises d'assurance ou encore d'entreprises de réassurance, devra impérativement obtenir le statut de PSDC du secteur financier. Pour obtenir ledit statut, la personne devra tant respecter les obligations relatives au statut général de PSDC que celles relatives au statut de PSF de support.

2. Les derniers amendements en date du Projet de Loi sur l'archivage électronique

12. Le 10 octobre 2014, suite aux avis rendus par la Chambre de commerce, la Chambre des métiers et finalement le Conseil d'Etat, certains amendements au Projet de Loi ont été adoptés par la Commission de l'Économie.

Même s'ils ne revisitent pas de fond en comble le Projet de Loi initial – les principes clés tels qu'énoncés ci-dessus restant inchangés –, certains des amendements méritent néanmoins notre attention.

13. Tout d'abord, contrairement à la première mouture du Projet de Loi, le nouveau Projet de Loi prévoit à présent qu'au moins un exemplaire de toutes les copies à valeur probante et des originaux numériques que le PSDC conserve pour le compte des détenteurs doit être placé sur des matériels ou supports dont le PSDC a la pleine propriété. Cela a pour conséquence que le PSDC doit être le propriétaire du serveur et de tout autre matériel utilisé pour la conservation des documents.

Le fait que le nouveau Projet de Loi ne parle que d'« au moins un exemplaire » laisse à penser qu'un PSDC pourra avoir recours à l'infrastructure technique d'une tierce partie concernant les copies de type « *back-up* ».

14. Ensuite, le nouveau Projet de Loi précise que lesdits matériels ou supports ne peuvent faire l'objet d'une saisie. La lecture des travaux parlementaires permet de comprendre que cette règle a pour principale cible les créanciers des PSDC et qu'elle n'est applicable que lorsque que les matériels et supports sont situés sur le territoire du Luxembourg.

15. Le nouveau Projet de Loi a également supprimé les règles particulières initialement prévues s'appliquant en matière de faillite ou de liquidation du PSDC – et qui prévoyaient notamment une obligation de transfert ou de restitution des données conservées –, dès lors que les PSDC établis au Luxembourg sont en principe soumis à l'article 567 du Code de commerce, ce dernier prévoyant un droit de restitution des données électroniques conservées par une entité faillie.

16. Enfin, il convient de noter que le nouveau Projet de Loi a supprimé la possibilité pour le PSDC d'exercer un droit de rétention sur les documents qu'il conserve en cas de non-paiement par le client.

Conclusion

17. Les imperfections du cadre actuel en matière d'archivage électronique méritaient une prompt réaction de la part du législateur luxembourgeois. Celles-ci constituaient en effet un véritable frein à la pratique pourtant nécessaire pour les entreprises de l'archivage électronique.

Bien qu'il présente actuellement toujours certains problèmes d'ordre pratique, le Projet de Loi et les principes-clés qu'il pose adressent bon nombre de ces imperfections et vont sans aucun doute faciliter grandement la vie pratique des entreprises qui dé-

sirent gagner de l'espace physique et du temps, en dématérialisant – dès l'origine ou *a posteriori* – la masse de documents papiers qu'elles sont amenées à traiter chaque année.

18. La question de la valeur probante à l'étranger des documents électroniques dématérialisés conformément au nouveau Projet de Loi peut néanmoins se poser. L'adoption récente du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur devrait néanmoins venir mitiger grandement les risques d'une absence de reconnaissance desdits documents à l'étranger. En effet, le règlement n° 910/2014 prévoit tout d'abord que les documents électroniques ne peuvent être refusés par le juge d'un État membre du simple fait qu'ils se présentent sous forme électronique. Cela veut dire qu'en vertu de ce principe de non-discrimination, un juge étranger ne pourra rejeter un document électronique que si celui-ci n'est pas fiable. Or, il sera difficile pour lui de refuser un document électronique en le jugeant non fiable, alors qu'il remplit les exigences d'authenticité et d'intégrité du Projet de Loi et de son règlement grand-ducal d'exécution. En outre, l'obligation – mise en place par le règlement n° 910/2014 – de reconnaissance entre États membres des signatures et des cachets électroniques qualifiés vient également mitiger ce risque. Dès lors que seront apposés une telle signature ou un tel cachet sur un document dématérialisé, la garantie d'authenticité et d'intégrité de ce document sera augmentée et, de ce fait, la probabilité que le document soit reconnu dans les autres États membres.

19. Il reste dorénavant à la nouvelle mouture du Projet de Loi d'être évaluée et avalisée par le Conseil d'Etat. Le Projet de loi devra ensuite être discuté en séance publique avant de pouvoir finalement être voté.

2014 © ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE DROIT BANCAIRE A.S.B.L.

WWW.ALJB.LU

B.P. 13, L-2010 LUXEMBOURG

C.C.P.L. IBAN LU19 1111 0754 4576 0000