

1. La nature et la portée du secret bancaire

Mandaté par le Comité pour le développement de la place financière (CODEPLAFI), le comité des juristes (CODEJU) de la CSSF a entrepris d'examiner les implications du concept de secret bancaire et de secret professionnel dans le contexte actuel.

La présente note est le fruit de leurs réflexions.

PARTIE I : DE LA NATURE JURIDIQUE DU SECRET BANCAIRE

A. Le caractère d'ordre public du secret bancaire

- 1) Complémentarité des articles 458 du Code pénal et 41 de la loi bancaire
- 2) Les intérêts protégés : concours entre l'intérêt privé et l'intérêt public

B. Conséquences du caractère d'ordre public du secret

PARTIE II : DE LA PORTEE DU SECRET BANCAIRE

A. Le rôle du consentement de la personne protégée

- 1) L'absence de consentement comme élément constitutif du délit de révélation
- 2) Les caractéristiques du consentement de la personne protégée
 - a) L'intérêt de la personne concernée
 - b) Un consentement spécifique

B. Quelques applications pratiques

- 1) Le droit de la personne concernée d'orienter l'information
- 2) La communication d'informations dans le groupe
- 3) La communication vers des administrations fiscales

CONCLUSION

Tout secret professionnel a son origine dans la vulnérabilité des usagers face à un spécialiste devant lequel ils s'exposent parce qu'il détient une compétence technique synonyme d'un pouvoir pratique. Dépourvues de compétence propre, les personnes protégées n'ont pas d'alternative que de s'adresser à un professionnel qui devient leur confident nécessaire.

Sur cet arrière-fond, le secret doit être décrit comme une promesse implicite sans laquelle la rencontre entre l'utilisateur et le praticien risquerait de ne pas avoir lieu. L'autorité du confident et l'intégrité de l'utilisateur dépendent toutes deux de la crédibilité de cette promesse. Le législateur a considéré que la trahison de la promesse implicite de la part de professionnels, dépositaires par état ou par profession des secrets qu'on leur confie, était contraire à l'ordre public et a décidé d'en punir la violation.

L'objet de la présente note est de résumer les réflexions du Comité des juristes (CODEJU) relatives à une question soulevée par le Comité pour le développement de la place financière (CODEPLAFI). Le CODEPLAFI s'est interrogé sur la rigidité du caractère d'ordre public du secret bancaire en relation avec la transmission d'informations qui pourrait être faite avec l'accord ou sur demande du client protégé. Le CODEJU s'est penché sur la doctrine et la jurisprudence en cette matière pour définir de la manière ci-après décrite dans quelle mesure le caractère d'ordre public du secret bancaire permet ou interdit la transmission d'informations soumises au secret professionnel avec l'accord du client.

PARTIE I : DE LA NATURE JURIDIQUE DU SECRET BANCAIRE

A. Le caractère d'ordre public du secret bancaire

1) Complémentarité des articles 458 du Code pénal et 41 de la loi bancaire

En principe, toutes les obligations sanctionnées pénalement sont réputées être d'ordre public. Parmi elles, l'article 458 du code pénal punit la violation de tout secret professionnel et définit le régime du témoignage en justice.

Ces dispositions sont d'ordre public par nature, indépendamment du fait de savoir si les intérêts protégés sont de nature publique ou privée. En effet, le législateur considère que la protection de certains intérêts privés relève de l'intérêt général et renforce au besoin la protection juridique par des sanctions pénales¹.

Mais au-delà d'une sanction de droit pénal, il n'est pas inusuel pour les professions soumises à une obligation au secret que celle-ci soit aussi exprimée dans une règle professionnelle détaillée. La base *professionnelle* peut être de nature légale ou simplement déontologique.

La profession médicale a été la première à traduire le respect de cette promesse en une règle professionnelle telle qu'elle est énoncée dès le serment d'Hippocrate sous forme d'une obligation au secret. Ainsi, malgré la clarté de l'article 458 du code pénal qui se réfère expressément à la profession médicale, le principe du secret des médecins est en fait posé en droit positif luxembourgeois dans des textes spécifiques à cette profession, à savoir à l'article 6 de la loi du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire² et aux articles 35 à 38 du code de déontologie médicale (arrêté ministériel du 21 mai 1991).

Le secret de la profession d'avocat est exprimé à l'article 35 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

Quant au secret des professionnels du secteur financier, il est exprimé à l'article 41 de la loi du 5 avril 1993³. L'antériorité de l'article 458 du code pénal par rapport à la règle professionnelle de l'article 41 de la loi sur le secteur financier ne change rien à la logique intrinsèque de ces dispositions. Conformément à sa nature, l'article 458 est moins spécifique que l'article 41 de la loi sur le secteur financier qui est plus moderne et qui détaille notamment les exceptions particulières aux professions financières. L'article 458 est par contre plus spécifique en ce qu'il définit pour toutes les professions concernées dans quelle mesure leur silence est une obligation ou un droit. Mais une analyse de texte ne permet pas de déceler dans l'article 41 autre chose que dans l'article 458. Ces deux dispositions ne peuvent être lues autrement que de façon parfaitement complémentaire.

L'article 41 de la loi relative au secteur financier a servi de modèle à l'article 111-1 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances et des raisonnements largement identiques peuvent être appliqués aux deux textes.

On pourrait en rester là pour affirmer le caractère d'ordre public du secret professionnel, mais le secret ne protège pas seulement des intérêts privés.

¹ A titre d'exemple le vol de l'article 461 du code pénal est une disposition qui est manifestement d'intérêt social général tout en protégeant les intérêts des particuliers.

² Il est intéressant de noter au passage que l'article 27 de cette loi impose le secret aux vétérinaires ce qui indique bien à quel point le principe du secret dépasse le seul intérêt du patient.

³ ou dans des règles à caractère déontologique comme le code de déontologie de l'ABBL.



LA NATURE ET LA PORTÉE DU SECRET BANCAIRE

2) Les intérêts protégés : concours entre l'intérêt privé et l'intérêt public

L'intérêt privé est de toute évidence celui de la personne protégée elle-même.

L'intérêt social général que protège l'article 458 est de deux ordres :

- D'abord, il s'agit de protéger l'autorité de la profession et la relation de confiance entre les dépositaires du secret et les personnes protégées. La raison en est que la collectivité a un intérêt à ce que la rencontre entre le professionnel et l'utilisateur ait lieu sans entrave, l'exercice de ces professions étant considéré comme utile à l'ordre social.
- Ensuite, la protection de la vie privée, expression plus moderne des intérêts privés décrits plus haut, est considérée aujourd'hui comme étant un élément essentiel de l'organisation sociale afin d'équilibrer le traitement de masse d'informations relatives aux personnes. Le caractère d'ordre public de cette seconde protection est encore illustré par la loi du 2 août 2002 relative à la protection de données personnelles.

Pour mettre en relief les intérêts protégés et pour déterminer si le dépositaire du secret et la personne protégée ont une liberté d'action sur l'application du secret à leur situation, on ne peut négliger l'éventuelle nature *contractuelle* du secret bancaire.

On peut être tenté de considérer que le contrat dans lequel entrent un client et un professionnel financier contient d'office l'obligation au secret qui ferait alors partie intégrante des relations entre les parties. L'arrêt *Hosdain et consorts c/ KREDIETBANK Luxembourg S.A.* semble se placer sur ce terrain et cite le caractère d'ordre public du secret comme un élément renforçant l'obligation contractuelle du prestataire financier. D'ailleurs, certaines conditions générales viennent renforcer ce point de vue par des clauses citant le secret ou permettant même à des clients d'opter pour une confidentialité renforcée contre rémunération. On peut aussi imaginer qu'une banque songe à convenir explicitement avec ses clients qu'elle assume une obligation de moyens et non pas de résultat afin de limiter son éventuelle responsabilité contractuelle.

Mais il faut se garder de confondre l'obligation au secret qui est d'origine légale avec les arrangements contractuels des parties. Les professionnels financiers s'engagent dans des contrats de dépôt, de louage de services ou de mandat, mais l'interdiction de révéler n'a pas son origine dans ces contrats. Le secret ne naît pas du consentement des parties qui est en règle générale l'élément déterminant d'un contrat. Aucune des dispositions citées (code de déontologie, lois du secteur financier et des assurances, secret médical, code pénal) ne fait référence à un contrat entre les parties. Par ailleurs, le secret protège aussi les personnes qui sont entrées en contact avec un professionnel sans avoir eu avec lui un lien contractuel. C'est le cas par exemple de clients potentiels contactés, des ayants droit économiques ou des mandataires d'un titulaire de compte ainsi que des bénéficiaires des contrats d'assurances ou des opérations bancaires d'un client.

B. Conséquences du caractère d'ordre public du secret

Comme conséquence de ce qui vient d'être exposé, on retient quelques idées utiles pour répondre ultérieurement aux questions soulevées :

1. Le secret bancaire, comme le secret des assureurs ou comme tout autre secret professionnel, est une disposition de droit pénal et, en tant que telle, il est d'ordre public. On ne saurait lui enlever cette caractéristique sauf à l'abandonner entièrement.
2. La protection d'un intérêt privé peut parfaitement relever de l'ordre public. Le secret bancaire n'est qu'un exemple parmi de nombreux autres. Mais le secret bancaire protège aussi un intérêt social général.

3. Le caractère d'ordre public et le caractère pénal de cette disposition font:
- qu'elle est d'interprétation restrictive quant aux éléments constitutifs⁴ de l'infraction,
 - que son application ne peut pas être exclue par les parties à un contrat conformément à l'article 6 du code civil qui précise que l'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », et
 - que seule la loi peut y déroger⁵.

C'est le bon agencement entre ces quelques vérités qui pose problème, mais qui donne aussi au secret professionnel plus de flexibilité qu'il n'y paraît à première vue.

PARTIE II : DE LA PORTEE DU SECRET BANCAIRE

A. Le rôle du consentement de la personne protégée

1) L'absence de consentement comme élément constitutif du délit de révélation

Pour qu'une infraction soit donnée en droit pénal, il faut que tous ses éléments constitutifs soient réunis. Le consentement de la personne protégée est-il de nature à enlever un élément constitutif indispensable à l'existence d'une infraction ?

Beaucoup d'infractions deviennent juridiquement impossibles par le seul acquiescement de la victime puisque l'absence de consentement en est un élément constitutif déterminant qui permet leur qualification juridique. C'est le cas notamment du viol (article 375 CP) ou encore de la violation de domicile (articles 148 et 439 CP) dont les textes prévoient l'absence de consentement.

D'autres infractions deviennent impossibles *de facto* lorsque l'accord du concerné leur fait perdre tout sens. C'est le cas par exemple du vol (article 461 CP).

On peut tenter de raisonner par analogie en matière de secret bancaire. La personne protégée déterminerait librement ce qui est secret et ce qui ne l'est pas. Ce qui n'est pas secret au sens de l'article 458 du code pénal ne serait pas non plus un « renseignement confié » au sens de l'article 41 de la loi bancaire. En conséquence, certains auteurs⁶ considèrent que les informations concernées n'étant pas secrètes, il manque un élément constitutif essentiel.

Cette façon de voir est contestable, car même lorsque la personne protégée n'accorde aucune importance au caractère secret de l'information, le dépositaire n'en est pas pour autant libéré de son obligation au silence. Il serait certainement imprudent de sa part de confirmer, voire d'infirmer, les affirmations de ses clients sans autres précautions.

Mais même lorsque la matérialité des faits réunit tous les éléments d'une infraction, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour considérer que le consentement de la « victime » n'est pas sans influence sur la qualification. A titre d'exemple, les coups et blessures volontaires incriminés par le code pénal aux articles 392 et suivants sont incontestablement des infractions d'ordre public soutenues de surcroît par le principe de l'inviolabilité de la personne humaine et de son droit inaliénable à l'intégrité physique. On n'imagine que difficilement une situation où l'ordre public s'exprime de façon plus contraignante. Pourtant, l'exercice de sports violents comme la boxe n'est pas considéré comme illégal puisque la « victime » se place dans un cadre déterminé qui fait que l'échange de violences a lieu sans interférences du droit pénal aussi longtemps que les adversaires respectent le cadre sportif établi. Les sportifs ne sont pas pour

⁴ Les éléments constitutifs d'une infraction sont les données matérielles ou psychologiques, prévues par la loi, dont la réunion est la condition pour qu'il y ait infraction.

⁵ Les exceptions légales sont nombreuses et diverses. Ainsi l'article 41 cite un certain nombre de dérogations précises ; la majorité des exceptions se retrouvent dans des lois particulières, notamment celles qui régissent les enquêtes pénales ou la surveillance prudentielle ; enfin l'article 458 du code pénal laisse au professionnel un droit de se taire lorsque, comme en matière de témoignage en justice, l'obligation au secret cesse.

⁶ Voy. *Le consentement en matière pénale*, Xavier Pin, L.G.D.J. 2002, Bibliothèque des sciences criminelles T 36, p 65 et ss.

autant censés renoncer à la protection de leur intégrité physique et il est incontestable que l'exercice d'un tel sport se déroule sous la protection permanente du droit et de l'ordre public. Le moindre écart à la pratique normalement admise du sport est susceptible de constituer un trouble de l'ordre public et de faire renaître la pleine autorité des incriminations du code pénal.⁷

De plus, l'observation des règles du jeu ne suffit pas à elle seule à écarter l'incrimination. Il faut aussi que le « consentement permissif », c'est-à-dire l'adhésion de la « victime », par avance, à une infraction portant atteinte à ses droits ou à ses intérêts, soit libre et éclairé⁸. Un consentement trop général, qui dépasserait un contexte de temps et de circonstances spécifiques, à subir une atteinte à ses droits ne peut pas être considéré comme éclairé.

Même si les arguments en faveur d'une certaine marge de manœuvre de la personne protégée existent bien, ceci est juridiquement très différent d'une renonciation conventionnelle au secret. Dans toutes les infractions citées en exemple, la convention par laquelle une personne renoncerait d'avance et de façon générale à la protection de la loi serait nulle. Il suffit d'imaginer les contrats dans lesquels une personne renoncerait à son intégrité physique ou accepterait d'être volée ou violée ; incontestablement de telles conventions seraient contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Une personne qui renoncerait conventionnellement à ce que l'un des articles visés lui soit appliqué ne pourrait pas être sûre d'empêcher que les autorités judiciaires appliquent le droit pénal dans toute sa rigueur. Parallèlement, les « bénéficiaires » de telles renonciations conventionnelles n'auraient aucun droit de s'en prévaloir et ne seraient pas à l'abri de poursuites civiles et pénales à l'initiative de la victime.

Il est vrai que la distinction entre le consentement permissif et la renonciation conventionnelle paraît difficile, d'autant plus que la forme du consentement permissif est libre et qu'il pourrait parfaitement se matérialiser dans un contrat. Il n'en reste pas moins que cette distinction est essentielle. Sans entrer dans le détail juridique, il faut mentionner au moins une différence pratique majeure : la renonciation conventionnelle obligerait le renonçant dans les conditions et délais du contrat alors que le consentement permissif peut être retiré à chaque instant et à l'entière discrétion de la personne protégée⁹.

Nous retenons que c'est toujours la personne protégée qui détermine unilatéralement la nature de ses relations avec le confident et qui décide si les éléments constitutifs d'une violation du secret sont réunis. Le client d'un professionnel financier peut parfaitement agir de façon à ce que la communication de renseignements à un tiers ne constitue pas une infraction à l'article 41 de la loi bancaire sans pour autant renoncer à la protection de la loi.

2) Les caractéristiques du consentement de la personne protégée

Le secret se prête mal aux vérités simples. Pourtant les professionnels et les autorités prudentielles ont besoin d'une sécurité juridique minimale pour aborder les questions soulevées par le CODEPLAFI. Ils ont aussi besoin de résoudre les problèmes sans cesse nouveaux que le secret pose en pratique. Il s'agit dès lors de décrire, pour autant que possible, les critères auxquels doit répondre l'attitude du client pour qu'un professionnel qui communique des informations à des tiers ne réunisse plus les éléments constitutifs de l'infraction. Il semble raisonnable de retenir pour l'essentiel deux critères :

⁷ « Compte tenu des nécessités du sport et du contexte particulier de la compétition, les juges font à leur égard une application compréhensive, voire indulgente, de ces incriminations, sans pour autant leur accorder l'immunité complète, mais en réservant la répression aux fautes les plus graves et aux comportements les plus dangereux » (Dalloz Civil, T X, Sports, no 74)

⁸ Ibid. Xavier Pin

⁹ Evidemment, si le consentement se matérialise dans un contrat de service dont l'exécution exige la révélation (par exemple le virement bancaire), la personne protégée ne pourrait pas, par abus de droit, retirer de façon inopinée le consentement et déclencher ainsi une responsabilité pénale dans le chef de son confident.

a) L'intérêt de la personne concernée

Le secret est une protection qui ne peut pas être écartée. L'obligation au secret ne doit pas pour autant devenir une contrainte pour la personne protégée. L'instruction ou le droit de communiquer vient toujours de la personne protégée elle-même parce que, chaque fois qu'elle en est capable, c'est elle qui définit souverainement son intérêt. Le professionnel ne peut négocier la communication d'informations dans son intérêt exclusif.

Il est logique et conforme aux bases du secret professionnel de donner à l'intérêt de la personne protégée une priorité dans toutes les considérations relatives aux limites du secret. Toute autre attitude expose le professionnel au risque de voir revivre l'infraction au gré des humeurs ou intérêts changeant de son client.

b) Un consentement spécifique

Nous avons vu que, pour être éclairé, le consentement du client doit prendre en compte toutes les circonstances qui sont de nature à porter atteinte à ses intérêts. La prudence impose au professionnel d'apprécier la spécificité du consentement par rapport aux critères suivants :

- Spécificité quant au contenu de l'information : La « victime » doit être consciente du contenu de la révélation. Seule la spécificité du consentement quant aux informations exclues de l'obligation au secret lui confère une garantie que la révélation ne dépasse pas ses intentions et ne heurte pas ses droits. C'est ce qui rend impossible toute renonciation au secret qui porterait sur « toutes informations généralement quelconques ».
- Spécificité quant au destinataire de l'information : Il faut que le destinataire de l'information révélée soit connu et accepté sans ambiguïté par la personne protégée. On ne peut pas imaginer un accord à révéler une information spécifique à toute personne qui la demande.
- Spécificité quant à la finalité recherchée : Dès que la finalité du consentement n'est plus donnée, il faut considérer que le consentement n'existe plus. Dans les cas où le professionnel ignore la finalité qui pousse le client à orienter l'information vers un tiers, le professionnel fait bien de limiter strictement dans le temps les effets du consentement.
- Spécificité de temps : Le client ne saurait donner son accord pour un futur indéterminé puisqu'il ne peut, aujourd'hui, pleinement apprécier ses intérêts à long terme. Une divulgation isolée ne permet pas de conclure qu'il a renoncé pour le futur.

Ces critères de prudence, qui ne sont pas des critères de texte, ne sont pas forcément cumulatifs. Ainsi, on peut imaginer qu'un renseignement précis soit donné à une personne déterminée pour une raison parfaitement identifiable, mais sans limite prédéterminée dans le temps. Il s'agit pour le professionnel de se faire une opinion sur base de tous les éléments en cause et de décider en fonction de l'intérêt de la personne protégée. Même avec l'accord du client, le professionnel doit toujours se demander *ex ante* si l'instruction reçue l'exonère *ex post*.¹⁰

¹⁰ Une analyse jurisprudentielle appelle à la plus grande prudence puisqu'il est possible de trouver des décisions relativement récentes qui rappellent des positions extrêmes par rapport à celle décrite ici. Ainsi dans un arrêt civil du 4 avril 2003 (no 26786 du rôle), il a été retenu que « le médecin, délié par son patient du secret médical, (...) est autorisé à fournir (des) informations même si ces informations sont défavorables pour le patient ». Si la Cour s'est appuyée en l'occurrence sur l'article 36 du code de déontologie médicale qui permet - par exception - la fourniture de renseignements à des médecins experts, il reste qu'elle a fait fi des intérêts du patient. Dans un sens radicalement différent, on cite l'arrêt de la Chambre du Conseil de la Cour d'appel du 16 mai 1988 (no 54133) qui rappelle la jurisprudence française qui veut que « le consentement du bénéficiaire ne peut faire disparaître le délit prévu par l'article 458 ».



LA NATURE ET LA PORTÉE DU SECRET BANCAIRE

B. Quelques applications pratiques

1) Le droit de la personne concernée d'orienter l'information

Il est admis que la personne protégée est le maître du secret. Cela signifie surtout que le professionnel financier ne saurait imposer le secret à son propre client, ni d'ailleurs à toutes les personnes qui le représentent, tel un mandataire ou un légataire universel¹¹. C'est la personne protégée qui décide à qui elle confie quels renseignements et - dans la mesure où les renseignements en question se trouvent auprès du professionnel - elle peut donc aussi lui donner l'instruction de les communiquer à elle-même comme à un tiers. Elle peut orienter la communication du renseignement confié vers qui elle veut, mais elle est la seule à pouvoir le faire, étant entendu que le professionnel reste en définitive libre d'exécuter ou non l'instruction ainsi reçue selon qu'il juge être dégagé légalement de son devoir au secret ou non. En pratique, on n'a jamais contesté qu'un banquier puisse accepter d'expédier vers une adresse tierce les extraits de compte d'un client qui le demande.

Il ne semble pas tellement important pour notre problème de savoir si le banquier qui suit l'ordre de la personne protégée agit sur base d'un mandat par lequel il la représente ou s'il répond à la demande de cette personne de la même façon qu'il y répondrait si elle demandait de lui communiquer les informations directement.

Il est par contre essentiel de retenir que l'injonction vient toujours de la personne protégée elle-même. L'instruction au professionnel de communiquer des informations à un tiers est très différente de la permission donnée à ce même professionnel de répondre aux demandes qui émaneraient du tiers. Le second cas de figure n'est pas admissible parce qu'il revient à renoncer au principe même du secret.

2) La communication d'informations dans le groupe

Au-delà des exceptions légales, certains établissements de la place financière voudraient, avec l'accord de leur client, obtenir le droit d'échanger plus librement des informations au sein de leur groupe bancaire pour des raisons de consolidation comptable, de traitement informatique ou de lutte contre le blanchiment. En théorie, la question mérite un traitement identique indépendamment de savoir si les informations passent la frontière luxembourgeoise.

La question se pose aussi chaque fois que des groupes internationaux de banque ou d'assurance envisagent de choisir le Luxembourg comme plate-forme européenne, en utilisant les facilités qu'offrent la LPS ou la liberté d'établissement par la voie d'ouverture de succursales et en mettant en commun certains moyens afin de profiter des économies d'échelle. Les banques et les assureurs ne sont à cet égard pas tout à fait logés à la même enseigne. En effet, les banquiers peuvent tirer parti de l'extension du recours à la sous-traitance organisé par la loi du 2 août 2003¹² alors qu'à défaut de mention dans la loi du 6 décembre 1991, les assureurs en sont pour l'instant privés.

Finalement, il est fréquent qu'un même groupe financier possède - soit à titre temporaire, soit de façon permanente - plusieurs sociétés à Luxembourg. Une logique élémentaire de réduction des frais conduit à loger ces sociétés sous le même toit et à les faire bénéficier au maximum de services communs au groupe. Mais dès que ces services permettent un accès à des données nominatives de clients, leur mise en commun se heurte aux contraintes du secret professionnel qui s'apprécie société par société et non pas sur une base consolidée. Conformément à ce qui a été dit, il semble admissible que le client renonce dans ces cas au bénéfice du secret. En tant que personne protégée, cliente de plusieurs entités du même groupe, elle souffre du manque de communication entre elles. Il est donc dans son intérêt le plus strict de donner instruction aux entités du groupe de la servir sur une base globalisée et en fonction de ses besoins.

¹¹ Voy. Tr. arr. Luxembourg, 24 avril 1991, Pas.28, 173

¹² La loi du 2 août 2003 a inséré à l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 un paragraphe 5 : l'obligation au secret n'existe pas à l'égard des agents de communication à la clientèle, des agents administratifs du secteur financier, ni des opérateurs de systèmes informatiques et de réseaux de communication du secteur, dans la mesure où les renseignements communiqués à ces professionnels sont fournis dans le cadre d'un contrat de services relevant de l'une des activités réglementées.

Même pour les personnes qui sont clientes d'une entité déterminée du groupe et qui désirent y rester attachées, les exceptions légales citées permettent certains agencements.

D'un autre côté, on ne saurait admettre la « transparence » d'office des entités du groupe et l'on ne saurait pas non plus permettre que le groupe impose la communication dans son intérêt propre. Les exceptions légales de l'article 41 plaident *a contrario* pour une interprétation restrictive.

La difficulté pour le professionnel à définir son obligation vient de ce qu'il doit apprécier les circonstances et les raisons pour lesquelles le client se place en dehors du champ du secret et juger si le cas d'espèce est de nature à soustraire le professionnel à l'infraction.

3) La communication vers des administrations fiscales

Certains commentateurs, notamment politiques, avaient soulevé la question de la compatibilité du « *Qualified Intermediary Agreement* » (QIA) avec le secret bancaire. Dans ce cadre, les résidents fiscaux américains demandent à leur banquier luxembourgeois d'informer l'*Internal Revenue Service* (IRS) des revenus perçus sur des titres américains. Mais conformément au point 1 qui précède, rien n'empêche des mécanismes d'information à des tiers comme celui du QIA. En l'occurrence, les clients donnent un mandat spécifique à leur banquier de communiquer des informations précises pour une fin déterminée à leur administration fiscale aux Etats-Unis.

Pareillement, il serait parfaitement possible que, dans le cadre de la transposition de la directive sur la fiscalité de l'épargne, les clients de la place financière luxembourgeoise optent pour un échange d'informations s'ils estimaient que tel est leur intérêt. Là encore, l'information serait déterminée (intérêts reçus), les destinataires seraient connus et les finalités définies. Dans les deux mécanismes, c'est l'intérêt du client qui est déterminant puisque, à défaut d'y entrer, il limite fortement ses possibilités d'investissement.

Ces arrangements ne mettent pas en infraction les banquiers et ne mettent pas en cause l'inviolabilité du secret de ceux des clients qui y restent attachés.

CONCLUSION

Il s'est avéré dans un certain nombre de cas que le professionnel financier ou son client pouvaient avoir un intérêt à transmettre des informations à des tiers. Les cas de figure peuvent être très divers, mais certaines situations sont susceptibles de se présenter de manière récurrente.

On constate que la flexibilité offerte par le secret bancaire dans le cadre du droit positif luxembourgeois actuel est relativement grande. Le caractère d'ordre public indéniable n'entrave guère la liberté du client d'orienter l'information comme bon lui semble ni de consentir à des révélations spécifiques si elles sont dans son intérêt. Il n'y a pas de contradiction entre l'ordre public et la maîtrise du secret qui appartient au client. Par contre, ce dernier reste une personne protégée en toutes circonstances et c'est ce caractère protecteur du secret professionnel qui limite la marge de manœuvre des professionnels financiers. La solution à leur problème ne peut se résoudre par l'intermédiaire de conditions générales qui ne répondent pas à la spécificité requise.

Cette vue des choses n'est pas nouvelle, mais est exprimée ici de façon un peu plus détaillée et systématique qu'on ne peut le lire par ailleurs dans la doctrine luxembourgeoise.

Luxembourg, le 1er mars 2004