

A. ARTICLES DE FOND

1. LES CONFLITS ENTRE L'OBLIGATION AU SECRET BANCAIRE INSTITUÉE PAR LA LOI LUXEMBOURGEOISE ET L'OBLIGATION DE DÉCLARATION IMPOSÉE PAR UNE LOI ETRANGÈRE¹

SOMMAIRE

1.	Domaine d'application de l'obligation au secret du banquier en droit luxembourgeois	nos	1 à 17
	1.1. Sous l'empire de la loi du 23 avril 1981	nos	7 à 8
	1.2. Sous l'empire de la loi du 5 avril 1993	nos	9 à 17
2.	Les divulgations opérées à l'étranger	nos	18 à 24
3.	Les divulgations opérées sur ordre d'une autorité étrangère	nos	25 à 31
4.	Éléments de solution des conflits	nos	32 à 52
	4.1. Conflit né de l'obligation de témoigner devant une autorité étrangère	nos	35 à 43
	4.2. Conflit né de l'ordre de transmettre des informations l'étranger	nos	44 à 52

¹ Texte, à certains égards complété, d'une conférence organisée le 8 novembre 1996 par l'Association Luxembourgeoise des Juristes de Banque en collaboration avec l'AEDBF-Belgium.

1. La problématique du conflit entre l'obligation au secret telle qu'elle peut être imposée à une personne par la loi d'un pays et l'obligation faite à cette même personne par la loi d'un autre pays de divulguer une information est traitée - parmi beaucoup d'autres situations naissant du conflit entre les ordres incompatibles émanant de souverains différents - dans la thèse de doctorat absolument remarquable de Me Patrick Kinsch sur "*Le Fait du Prince Etranger*". Tout intéressé au présent sujet devrait donc s'y reporter.²
2. Aussi profitera-t-on de suite de l'ouvrage de Maître Kinsch pour en tirer un exemple particulier de conflit entre une *obligation de divulgation imposée par une loi* et l'*obligation au secret prévue par une autre loi*, en l'espèce la loi luxembourgeoise : des résidents britanniques, anciens employés d'une banque luxembourgeoise, sont invités à témoigner dans une procédure pénale pendante en Grande-Bretagne (il a dû s'agir d'une affaire de délit d'initiés). Peuvent-ils refuser de témoigner en se retranchant derrière le secret auquel ils peuvent être tenus pour avoir eu connaissance des faits le cas échéant pertinents dans l'exercice de leurs fonctions au sein de la banque luxembourgeoise?³

Et pour rendre l'exemple plus "quotidien" : quid de l'employé belge travaillant dans une banque luxembourgeoise, tout en continuant à résider en Belgique, et qui est convoqué à témoigner, en Belgique, dans le cadre d'une instruction pénale belge, sur des faits dont il a pu avoir connaissance dans le cadre de son travail à Luxembourg?

3. On ne reviendra que plus loin sur ce qui pourrait être la solution des conflits envisagés (cf. ci-après § 31 et svts).

Il s'agit, à ce stade, de relever la remarque incidente suivante que l'on trouve dans l'ouvrage de Maître Kinsch : "*Une question préalable se posera toujours : le plus souvent, il n'est pas évident que la loi étrangère - dans son exemple la loi luxembourgeoise qui du point de vue du juge britannique devant lequel le témoin est appelé à comparaître, est la loi étrangère - revendique un effet extraterritorial et entend interdire un témoignage en justice conformément à la loi de l'Etat sur le territoire duquel le témoignage doit avoir lieu*".⁴

Parce que cela dépasserait évidemment le cadre de son ouvrage, l'auteur n'examine pas quelle est la réponse que le droit luxembourgeois en matière de secret professionnel apporterait à cette question préalable.

J'estime, pour ma part, que dans le cadre de la présente contribution, il ne convient pas de laisser cette question préliminaire sans tentative de réponse. Et je crois même devoir quelque peu élargir l'éventail des questions préliminaires pertinentes.

4. La première question préliminaire est relative à ce qu'on appellera - de manière plus ou moins adéquate - le champ d'application (territorial) du secret professionnel tel que le droit luxembourgeois le met à charge du banquier (ou d'un autre professionnel du secteur financier).

Il va de soi que *plus* la *prétention* de la loi luxembourgeoise de se voir appliquer est envahissante et plus elle s'étend, par conséquent, à des situations présentant des éléments d'extranéité - qui peuvent être de nature très diverse : lieu où l'information est arrivée à la connaissance des agents de la banque ; lieu où l'information a été dévoilée ; nationalité/lieu de résidence de celui qui s'est vu confier l'information ; nationalité/lieu de résidence du client auquel l'information se rapporte - plus il y aura d'occasions de conflit avec les prétentions contraires d'ordres juridiques étrangers.⁵

Et je pense qu'en examinant le champ d'application territorial de l'obligation au secret du banquier en droit luxembourgeois, il faut, dans une approche systématique, distinguer deux questions :

- la première est celle de savoir à quels professionnels du secteur financier développant une activité au Luxembourg et auxquelles des activités de ces professionnels le secret bancaire luxembourgeois s'applique ;
 - la deuxième est celle de savoir si des révélations faites à l'extérieur du territoire luxembourgeois relèvent des compétences de sanction et de poursuite luxembourgeoises.
5. Une deuxième question préliminaire se pose du fait du libellé-même des dispositions du droit luxembourgeois régissant le secret professionnel en général et celui du banquier en particulier.

Je rappelle que l'article 41 paragraphe (2) de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, proche en cela de l'article 458 du Code pénal, dispose que "*L'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative ...*". Que par "disposition législative" il faille entendre, outre celles du droit luxembourgeois, celles de droits étrangers - sous réserve, le cas échéant,

² Patrick Kinsch, *Le Fait du Prince Etranger*, L.G.D.J., 1994, spéc. nos. 81 à 108 et 163 à 175.

³ Cette affaire a donné lieu, en 1984, à une décision de la High Court anglaise, *S.E.C., v. Certain Unknown Purchases*, cité dans Kinsch, thèse précitée, n° 174, p. 212, note 62.

⁴ Kinsch, thèse précitée, n° 174, page 212.

⁵ Bien sûr, l'inverse est également le cas, en ce sens que plus une loi étrangère prétend imposer une obligation de divulgation dans des cas de figure présentant des éléments d'extranéité, plus elle sera susceptible d'entrer en conflit avec une loi, disons locale, s'opposant à cette prétention.

de leur compatibilité avec l'ordre public luxembourgeois - et voilà que la plupart des situations de conflit potentielles se trouveraient résorbées à la source.

Il conviendra donc de cerner la portée de l'article 41 paragraphe (2) ou, si l'on préfère, de l'article 458 lorsqu'il exempte de toute sanction les révélations faites par des dépositaires de secret professionnel dans "*le cas où (ils) sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à (les) faire connaître*".

6. Ce n'est qu'après qu'on aura examiné ces différentes questions préliminaires (ci-après 1, 2 et 3), que l'on tentera de dégager la solution des situations potentielles de conflit ainsi cernées (ci-après 4).

1. Domaine d'application de l'obligation au secret du banquier en droit luxembourgeois

1.1. Sous l'empire de la loi du 23 avril 1981

7. Je rappelle que l'article 16 de la loi du 23 avril 1981 disposait que :

"Par dérogation à l'article 458 du Code pénal, qui interdit aux administrateurs, aux membres des organes directeurs, aux dirigeants et aux autres employés des établissements visés à l'article 1 de la présente loi, de révéler les secrets qu'on leur confie en cette qualité ...",

et que l'article 1^{er} de la même loi disposait que :

"La présente loi s'applique à tous les établissements constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg".

Etaient donc visées, outre les banques de droit luxembourgeois, les banques étrangères établies à Luxembourg, c'est-à-dire, en pratique, les succursales luxembourgeoises de banques étrangères.

Et il a été relevé à l'époque que l'obligation au secret des succursales valait, outre à l'égard des tiers, à l'égard du siège social étranger et que de l'une à l'autre des informations ne pouvaient, sous peine de violation de l'article 458, être communiquées que dans les limites prévues par l'article 16 de la loi de 1981.⁶

8. Mais une lecture littérale des articles 16 et 1^{er} de la loi du 23 avril 1981 donnerait à penser que toute banque constituée à Luxembourg serait soumise à l'article 458 pour l'ensemble de son activité, y compris celle développée à l'étranger, fût-ce par le biais d'une succursale.

S'agit-il d'une lecture réaliste? Je signale que la question n'est pas entièrement saugrenue puisque la loi s'appliquait bien, dans son principe, aux succursales étrangères d'établissements de crédit constitués à Luxembourg, ces derniers devant, par application de l'article 2 paragraphe 2 de la loi, demander l'autorisation de l'autorité de surveillance luxembourgeoise pour l'ouverture de succursales à l'étranger.

Allant plus loin et compte tenu du fait que l'article 1er de la loi visait non pas les "établissements luxembourgeois" de banques constituées à l'étranger mais, de manière beaucoup plus générale, les "banques établies au Grand-Duché de Luxembourg", la question peut être posée de savoir si, en s'établissant au Luxembourg par une succursale, une banque étrangère s'assujettit au secret bancaire luxembourgeois pour l'ensemble de ses activités, y compris celles qui ne relèvent pas de sa succursale luxembourgeoise?

A l'opposé, on note que l'article 1^{er} ne visait que les établissements constitués ou établis au Luxembourg.

Quid, dès lors, des établissements qui sans y être constitués ou établis, prestaient - admettons de manière dite active - des services au Luxembourg ?

Depuis lors, la loi de 1981 a été relayée par celle du 5 avril 1993. Mais il semble bien que d'une manière générale, les questions demeurent les mêmes.

1.2. Sous l'empire de la loi du 5 avril 1993

9. L'article 41 paragraphe (1) de la loi du 5 avril 1993 dispose que

"Les administrateurs ... des établissements de crédit et des autres professionnels du secteur financier visés à la partie I de la présente loi sont obligés de garder secrets les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle".

Quant à la Partie I de la loi, elle comporte quatre chapitres :

- les deux premiers sont relatifs aux professionnels du secteur financier de droit luxembourgeois, le premier se rapportant aux établissements de crédit et le second aux "autres" professionnels du secteur financier ;
- le troisième est relatif aux professionnels du secteur financier de droit étranger (établissement de crédits et autres PSF) opérant au Luxembourg par le biais d'une succursale ou en libre prestation de services ;

⁶ Jean Guill, "Transmission de données par un établissement de crédit luxembourgeois à sa maison-mère ou à son siège social", *Bulletin*

- le quatrième est relatif à l'activité exercée à l'étranger communautaire par des professionnels du secteur financier de droit luxembourgeois, soit au moyen de l'établissement de succursales, soit au moyen de la libre prestation de services.

10. Les établissements visés par le chapitre IV sont donc les mêmes que ceux visés par les chapitres I et II, le chapitre IV ayant pour objet les activités développées à l'étranger par les professionnels qui font l'objet des chapitres I et II.

Il reste que le renvoi indifférencié fait par l'article 41 à la partie I de la loi, pris ensemble avec le fait qu'un chapitre de cette partie de la loi est consacré expressément aux activités développées à l'étranger par certains des établissements visés dans cette partie, pourrait donner à penser que l'article 41 s'applique y compris aux dites activités étrangères de ces établissements, sans distinguer suivant qu'elles sont menées par voie d'établissement d'une succursale ou par voie de prestation de services sans établissement.

11. Néanmoins - pour compliquer un peu les choses - il convient de rappeler que la Partie II de la loi - celle relative aux "Obligations professionnelles dans le secteur financier" et dans laquelle figure l'article 41 - comporte un article introductif intitulé "Champ d'application" dont le paragraphe 1^{er} est libellé comme suit:

"(1) La présente partie s'applique aux établissements de crédit et aux autres PSF admis à exercer leur activité en vertu des chapitres 1, 2 ou 3 de la partie I de la présente loi".

On pourrait donc, par le même raisonnement que celui ci-avant, mais mené à l'envers, faire valoir que l'article 41 n'oblige pas les professionnels visés aux chapitres I et II de la partie II, relativement aux activités visées au chapitre IV c'est-à-dire les activités conduites à l'étranger, que ce soit par le biais d'un établissement (succursale) ou en régime de simple prestation de services.⁷

12. Cependant, le paragraphe (2) du même article 38 dispose quant à lui que :

"(2) Les établissements de crédit et les autres PSF sont obligés de veiller au respect des obligations profes-

sionnelles définies à la présente partie également par leurs succursales et par leurs filiales à l'étranger, dans lesquelles ils détiennent une participation qualifiée".

Peut-on en conclure que le législateur luxembourgeois aurait prétendu imposer, fût-ce indirectement, le respect du secret bancaire luxembourgeois aux succursales étrangères d'établissements de droit luxembourgeois et, au-delà, aux filiales étrangères de tels établissements? L'extrémité même de cette dernière hypothèse devrait interdire qu'on s'en tienne à pareille lecture littérale des textes.

Et à vrai dire, il me semble résulter assez nettement des travaux préparatoires relatifs aux dispositions afférentes que l'obligation faite aux établissements de droit luxembourgeois de veiller au respect de certaines obligations par leurs succursales et filiales étrangères ne vise, à l'opposé de l'obligation au secret, que les obligations professionnelles qui ont pour objet de conférer, du moins en certaines circonstances, une certaine transparence au secteur financier, c'est-à-dire celle de connaître les clients (article 39) et celle de coopérer avec les autorités agissant dans le cadre de leurs attributions légales (article 40).⁸

13. Alors, au risque de décevoir, j'arrive - au terme d'un cheminement laborieux - à la conclusion qu'il est difficile de tirer ... une conclusion tant soit peu ferme de l'analyse des textes en tant que tels.

Le bon sens - associé toutefois aux textes - est-il de meilleur conseil ?

14. Il va effectivement de soi que relativement aux activités qu'ils développent au Luxembourg, les professionnels de droit luxembourgeois sont tenus par l'article 41.

15. Et il semble aller pareillement de soi - et si besoin est les textes le confirment - que les succursales luxembourgeoises d'établissements étrangers sont à leur tour, relativement aux activités qu'elles développent au Luxembourg, tenus par l'article 41.

A ce propos, il a été noté - je pense à bon droit - que malgré l'unité de la personnalité morale, la succursale est - sous réserve des exceptions prévues par la loi pour la communication de renseignements entre filiales et sociétés mères - tenue au secret y compris vis-à-vis du

⁷ A fortiori, les activités conduites à l'étranger par les établissements visés au chapitre III, c'est-à-dire les professionnels de droit étranger opérant au Luxembourg par voie de succursale ou de libre prestation de services, seraient exclues du domaine de l'article 41.

⁸ cf. en particulier, commentaire des articles, doc. parl. n° 3600, p. 6: "Le paragraphe (2) de cet article transpose un principe retenu dans les paragraphes du GAFI pour la lutte contre le blanchiment d'argent. Il confère aux professionnels du secteur financier un degré de responsabilité pour le compartiment de leurs succursales de celles de leurs filiales à l'étranger dans lesquelles ils ont une influence grâce au poids de leur participation. L'objet de cette disposition consiste à la fois à éviter que les obligations professionnelles ne soient contournées par l'exécution de certaines opérations dans des pays moins sévères, et à étendre le respect de certaines obligations au niveau international"; cf. aussi, Rapport de la Commission des Finances et du Budget, Doc. parl. 3600-4, p. 9: "L'article 38 délimite le champ d'application tout en précisant que sont tenus aux dites obligations professionnelles non seulement les établissements financiers, mais aussi les autres professionnels du secteur financier et ce par rapport à leurs établissements au Luxembourg, ainsi que leurs filiales et succursales à l'étranger. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une loi extra-territoriale mais du principe qu'une banque établie au Luxembourg ne peut pas contourner ses obligations en se servant de ses succursales et filiales à l'étranger pour y dénouer des opérations interdites".

siège social étranger.⁹ En d'autres termes, la succursale luxembourgeoise devrait se voir traiter à cet égard à l'égal d'un établissement indépendant et, d'ailleurs, se comporter *réellement* comme tel, en s'abstenant effectivement de communiquer à son siège des informations à caractère personnel qu'il lui serait prohibé de communiquer à des tiers.¹⁰

Les auteurs d'un ouvrage de référence sur le secret bancaire suisse notent que la solution consistant à soumettre les succursales bancaires au secret professionnel de leur lieu d'implantation "*correspond... au principe de territorialité*" en relevant cependant que, selon certains, et dans certaines circonstances du moins, cette solution "*n'est pas toujours reconnue à l'étranger, et en particulier aux Etats-Unis*".¹¹ Mais pareille non-reconnaissance n'affecte pas la règle, tout au plus son effectivité dans la mesure où, précisément, elle sera le cas échéant source de conflit entre deux ordres juridiques.

16. Les mêmes auteurs - et nous les suivrons là-dessus - posent que "*Il va de soi qu'à l'inverse, et selon le même principe (de territorialité) les succursales de banques suisses (luxembourgeoises pour ce qui nous concerne) à l'étranger sont soumises au droit du pays concerné*" et, par voie de conséquence, ne relèvent pas du domaine d'application de l'article 41 de la loi luxembourgeoise.¹²
17. Alors, que reste-t-il? Il reste, à mon avis, le plus difficile, à savoir l'hypothèse de la *prestation de services à l'étranger par un professionnel du secteur financier luxembourgeois*, et, le cas échéant, la succursale luxembourgeoise d'un établissement étranger, ou, inversement, la *prestation de service au Luxembourg par un professionnel du secteur financier de droit étranger*.

En parlant de prestation de service "à l'étranger", j'entends exclure la prestation de service dite passive, entendant par là celle faite sans déplacement du prestataire. Pareille prestation de services faite à partir du Luxembourg doit, à mon avis, du point de vue de la loi luxembourgeoise du moins, être assimilée, en ce qui concerne la problématique du secret bancaire, à celle faite entièrement au Luxembourg.

Mais si, à l'occasion d'un déplacement auprès d'un client en Belgique, l'agent d'une banque constituée ou établie à Luxembourg se voit confier des secrets - sinon même des fonds - les informations en question tombent-elles sous l'empire du secret bancaire luxembourgeois? Etant rappelé que si la banque luxembourgeoise avait développé la même activité par le biais d'une succursale établie en Belgique, l'article 41 y serait, c'est du moins ce que je pense, inapplicable (cf. ci-avant § 16). Y a-t-il, pour ce qui est de l'applicabilité du secret bancaire, lieu de distinguer entre les deux situations? On peut soutenir que oui, en particulier parce que, traitant avec l'agent d'une banque constituée ou établie à Luxembourg, le client peut légitimement penser qu'il traite avec quelqu'un que le secret bancaire oblige. On peut par ailleurs, très pragmatiquement, faire valoir qu'il sera à posteriori impossible de faire la part entre les informations reçues au Luxembourg et celles recueillies à l'étranger.

Il reste qu'à mon sens la réponse à la question soulevée n'est pas évidente et que les dispositions luxembourgeoises pertinentes ne l'éclaircissent guère.

Mais ce qui me semble clair, c'est que le système juridique de l'Etat d'"accueil" aura en tout état de cause beaucoup de mal à accepter que des informations *recueillies sur son territoire* puissent passer sous secret bancaire luxembourgeois et, de ce fait, être soustraites à la connaissance de ses propres autorités. C'est dire que, pour autant qu'il y ait volonté d'application de la loi luxembourgeoise, le conflit me semble, ici, préprogrammé.

2. Les divulgations opérées à l'étranger

18. A première vue, toute révélation d'un secret tombant dans le domaine d'application de l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 devrait - sous réserve des cas dans lesquels pareille divulgation est autorisée/ordonnée par la loi - donner lieu à l'application de la loi pénale luxembourgeoise.
19. Pourtant, pour qui se réfère aux dispositions introductives du Code pénal, la chose est loin d'être évidente. En effet, l'article 3 du Code pénal dispose que:

de fournir des renseignements y relatifs au motif qu'ils ne sont pas en possession de tels renseignements et qu'ils sont dans l'impossibilité non seulement juridique, mais encore matérielle de se les procurer. Reste bien sûr la question de savoir si les autorités belges reconnaîtraient pareille "impossibilité" qui serait le fait d'une loi étrangère. La lecture de la thèse de Me Kinsch me ferait incliner dans le sens d'une réponse (il s'agit plutôt d'un pronostic) affirmative.

⁹ Aubert et autres, *Le secret bancaire suisse*, Editions Staempli-Cie SA, Berne, 3e édition, p. 100.

¹⁰ *A fortiori* - et le bon sens le commande - le fait pour un établissement étranger d'avoir une succursale au Luxembourg ne le fait pas basculer, relativement à ses activités autres que celles de cette succursale, dans le domaine de l'article 41.

⁹ Jean Guill, article précité, spéc. pp. 20-21.

¹⁰ En anticipant sur ce qui constitue l'objet de la quatrième partie de cette contribution, on relèvera que ce constat est de nature à fournir un élément de réponse à une problématique analysée par Madame Sabine Geubel dans une étude sur "Les succursales bancaires et les impôts sur les revenus" (in: *Les succursales bancaires*, Bruylant 1996, Actes d'une journée d'études organisée par l'AEDBF-Belgium, pp. 77 et svtes, spéc. pp. 140 et svtes) dans laquelle l'auteur analyse la question de savoir si une banque belge confrontée à une demande de renseignements en matière fiscale concernant l'un de ses clients, peut se limiter à rechercher les opérations faites par ses établissements en Belgique, ou doit étendre ses recherches aux opérations faites par ses succursales à l'étranger. Pour ce qui est des opérations traitées par une succursale luxembourgeoise, les responsables du siège social devraient, en pratique, pouvoir se dire dans l'impossibilité matérielle

L'infraction commise sur le territoire du Grand-Duché, par des Luxembourgeois ou par des étrangers, est punie conformément aux dispositions des lois luxembourgeoises",

alors que son article 4 dispose que :

"L'infraction commise hors du territoire du Grand-Duché, par des Luxembourgeois ou par des étrangers, n'est punie dans le Grand-Duché que dans les cas déterminés par la loi".

Quant aux "cas déterminés par la loi", ce sont ceux prévus aux articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle. En substance, il en résulte, pour ce qui nous intéresse ici, que le Luxembourgeois qui commet à l'étranger un délit considéré comme tel à la fois par la loi luxembourgeoise et la loi étrangère du lieu de commission¹³ peut, sous certaines conditions, être poursuivi au Luxembourg et y être jugé d'après les dispositions de la loi luxembourgeoise.

Est-ce à dire que lorsque les conditions particulières prévues aux articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle ne sont pas remplies, une révélation du secret faite hors du territoire luxembourgeois échapperait aux sanctions pénales prévues par la loi luxembourgeoise?

20. Le problème se pose de manière comparable en droit pénal suisse qui, à son tour, ne sanctionne les infractions commises à l'étranger que sous certaines conditions. Mais, ainsi que le relèvent les auteurs de l'ouvrage déjà cité sur le secret bancaire suisse, *"S'il fallait admettre que le banquier puisse impunément transgresser son obligation de discrétion hors du territoire suisse, cela viderait partiellement cette obligation de son sens"*.¹⁴

Ces auteurs trouvent cependant la solution au problème dans l'article 7 du Code pénal suisse *"qui prévoit qu'un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu ou l'auteur a agi qu'au lieu où le résultat s'est produit"*. Or, selon ces auteurs, *"... dans le cas du banquier qui transgresse son obligation de discrétion à l'étranger, le résultat, c'est-à-dire le fait que certaines informations confidentielles confiées à un établissement bancaire soumis à la loi suisse sur les banques ne sont plus secrètes, se produit en Suisse"*.¹⁵

Mais, outre que l'affirmation est discutable - et d'ailleurs apparemment discutée en Suisse - force est de constater que le Code pénal luxembourgeois ne comporte pas de disposition similaire à l'article 7 du Code pénal suisse.

21. Néanmoins, à défaut même de jurisprudence luxembourgeoise relative à la question, je crois pouvoir affirmer qu'il y a de fortes chances pour que, quel que soit l'endroit dans lequel le banquier se sera retiré pour divulguer les secrets tombant sous l'empire de l'article 41, il sera passible des lois et juridictions pénales luxembourgeoises, y compris hors les cas prévus par les articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle.

Cela du moins si les juridictions luxembourgeoises s'inspiraient, en la matière, de la jurisprudence française qui, par toutes sortes de cheminements, parvient à rattacher au territoire français au moins un élément constitutif - réel ou prétendu - d'infractions qu'il est pourtant difficile de localiser, en fait, sur le territoire français.¹⁶

22. Ainsi, par exemple, cette jurisprudence localise-t-elle les infractions "à effet immatériel" à l'endroit de l'atteinte portée aux droits protégés par l'infraction. Ce qui a permis, p. ex., de localiser en France la contrefaçon, par un ouvrage américain, édité et diffusé aux Etats Unis, d'un ouvrage d'art français, au motif que l'atteinte aux droits de l'auteur aurait eu lieu en France. Mieux encore, on a pu localiser en France la vente en Italie de faux "Giacometti" par un commerçant italien à un commerçant anglais, au motif que la veuve de l'artiste résidait en France au moment des faits, de sorte que c'était en France que l'atteinte à ses droits matériels et moraux s'était produite.¹⁷

Si du moins on accepte que la violation du secret bancaire porte atteinte y compris aux intérêts de la banque concernée et en tout état de cause à l'intérêt public luxembourgeois, on n'aura, dans une telle approche, aucune difficulté pour localiser au Luxembourg toute violation du secret bancaire luxembourgeois.

23. Autre moyen utilisé : la transformation artificielle de certaines infractions simples en infractions complexes aux fins d'en localiser en France un élément constitutif - qui n'en est pas un en réalité. L'exemple peut-être le plus éclatant - celui aussi qui présente le plus de similitudes avec la problématique qui nous intéresse - est celui de l'abus de confiance. Après avoir été longtemps en sens inverse, la jurisprudence française est actuellement en ce sens qu'un élément constitutif de cette infraction est localisé en France *"lorsqu'il a été constaté que la remise du bien (ultérieurement détourné) avait eu lieu sur le territoire national"*.¹⁸ Or, en droit strict, la remise du bien n'est pas un élément constitutif mais une condition préalable de l'abus de confiance.

Alors, si, par analogie, on fait du fait de se faire confier un secret un élément constitutif de l'infraction de

¹³ pour ce qui est de l'exigence de double incrimination, cf. Cour, 8 mai 1926, Pasirisie 11, p. 270.

¹⁴ Aubert et autres, ouvrage précité, p. 101.

¹⁵ Aubert et autres, ouvrage précité, p. 101.

¹⁶ cf. à ce propos, *Jurisclasseur Droit international*, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, Fascicule 403-10, n° 43 et svts.

¹⁷ *Jurisclasseur* précité, n° 58.

¹⁸ *Jurisclasseur* précité, n°s 64 et svts, spéc. n° 70.

violation du secret professionnel, on n'aura pas de difficulté de localiser cette infraction au Luxembourg quel que soit le lieu où la divulgation est intervenue.¹⁹

24. Alors que les approches ci-avant rapportées ne sont peut-être pas exemptes de critique en droit, la solution me semble conforme au bon sens et à l'impératif d'équité - à l'impératif d'effectivité des lois aussi.

Ceci étant dit, cette imposition disons extraterritoriale du respect du secret bancaire est typiquement un facteur de conflit aigu avec le système juridique local dans des situations où celui-ci prévoit une obligation de divulgation ou de déclaration - qui peut d'ailleurs n'avoir rien de particulièrement exorbitant au regard y compris du droit luxembourgeois (p. ex. témoignage en justice).

3. Les divulgations opérées sur ordre d'une autorité étrangère

25. Je l'ai déjà signalé en introduction: une approche extrêmement "conciliatrice" consisterait à prendre en considération, comme faisant cesser l'obligation au secret, outre l'ordre (ou l'autorisation) de la loi luxembourgeoise, l'ordre de la loi étrangère sous réserve, le cas échéant, d'en vérifier la conformité à l'ordre public luxembourgeois - interne j'entends.

Et à condition de donner un contenu sérieux au contrôle de la conformité à l'ordre public, pareil système n'aurait, objectivement parlant, rien de dérisoire, sauf à noter que du fait, précisément, de la soumission de la loi étrangère au test de la conformité avec l'ordre public luxembourgeois, les situations de conflit ne s'en trouveraient pas véritablement résorbées et s'en trouveraient peut-être même exaspérées puisque le système emporterait un jugement de valeur sur les normes produites par un souverain étranger.

26. Quoi qu'il en soit, *on peut constater que l'état actuel du droit - et le droit luxembourgeois ne présente, à cet égard, aucune singularité*²⁰ - n'est pas celui-là. Les dispositions légales dont il est question à l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 comme pouvant faire cesser l'obligation au secret prévu par la loi luxembourgeoise sont bien les dispositions légales luxembourgeoises, à l'exclusion des dispositions légales étrangères, quelle que fût leur légitimité.

¹⁹ sous réserve, le cas échéant, des cas de figure dans lesquels le secret a par ailleurs été "confié" au banquier luxembourgeois en territoire étranger, p. ex. à l'occasion d'une prestation de service dite "active" à l'étranger.

²⁰ cf. p. ex. pour la Suisse, dont l'article 47 de la loi bancaire, qui consacre le secret professionnel, réserve les dispositions de la législation fédérale et cantonale stipulant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice, Aubert et autres qui notent que "Bien entendu, seules les autorités suisses sont concernées" et préci-

Et il ne semble pas inutile de consacrer, dans ce contexte, quelques développements à une "passe d'armes" ayant, à ce propos, opposé la Chambre de Commerce à l'IML lors des travaux préparatoires de la loi du 5 avril 1993 et qui a pu jeter un trouble qui, à mon sens, n'a objectivement pas lieu d'être.

27. Je rappelle que le paragraphe 1^{er} de l'article 40, qui introduit en quelque sorte cet article consacré à "L'obligation de coopérer avec les autorités", dispose que :

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

Apparemment inquiète devant la généralité de ce texte, la Chambre de Commerce faisait savoir qu'elle souhaiterait "voir limiter aux seules **autorités luxembourgeoises** le principe général imposant aux banquiers de coopérer avec les autorités", en précisant que "La coopération limitée avec les autorités étrangères, par exemple en matière de surveillance consolidée, doit seulement être réglée de façon spécifique aux articles réservés à cet effet, et ne saurait, aux sentiments de la Chambre de Commerce, être érigée en principe général".²¹

Là-dessus, l'IML répond que :

"Le principe exprimé dans ce paragraphe, bien que général, est toutefois clairement délimité par des conditions que la Chambre de Commerce passe sous silence. Ainsi la coopération avec les autorités chargées de l'application des lois n'est-elle prescrite que si l'autorité en cause agit dans l'exercice de ses compétences et que si la demande adressée au financier est légale."

*Compte tenu de ces précisions, il n'existe pas d'argument pour ne pas appliquer ce principe aux autorités étrangères également, quitte à ce que les cas d'application seront forcément moins nombreux qu'à l'égard des autorités luxembourgeoises. Le texte ainsi formulé n'abandonne aucun droit, ne crée aucune obligation nouvelle, mais souligne la volonté du législateur luxembourgeois de faire respecter sur la place financière les règles de coopération élaborées au niveau international. L'image de la place ne peut que gagner en sérieux, alors qu'une mise en discussion de ce principe évident ne peut que jeter le doute sur la crédibilité des engagements luxembourgeois".*²²

sent - chose pouvant à certains égards intéresser ceux qui se préoccupent de la question au Luxembourg - qu'"il ne suffit pas que ces lois prévoient un devoir général de témoigner ou de renseigner: une obligation spéciale à la charge des personnes astreintes au secret professionnel est requise" (ouvrage précité, p. 119).

²¹ document parlementaire 3600-1, page 6.

²² document parlementaire 3600-1, p. 15.

28. En réalité, les deux positions me semblent parfaitement en accord sur la substance. En effet, en précisant que l'obligation de coopérer avec l'autorité étrangère n'est prescrite que "si la demande adressée au financier est légale", l'IML vise les demandes étrangères entrant dans les prévisions de la loi luxembourgeoise. Et c'est pour cette raison que l'IML a pu affirmer que "les cas d'application (sur demande étrangère) seront forcément moins nombreux qu'à l'égard des autorités luxembourgeoises".

A vrai dire, il semble qu'en l'état actuel il n'existe qu'un seul cas de figure de ce type, à savoir celui résultant du paragraphe (3) de l'article 41 qui prévoit que:

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

29. Hors les cas où la loi luxembourgeoise prévoit expressément la possibilité pour une autorité étrangère de se voir communiquer des informations directement par celui qui les détient, les demandes des autorités étrangères ne sont légales, au sens du droit luxembourgeois, que pour autant qu'elles soient présentées par les canaux et dans des formes prévus à cet effet par la loi luxembourgeoise, en ce compris les conventions internationales auxquelles le Luxembourg est partie. C'est dire que la demande de l'autorité étrangère doit passer par les voies de l'entraide internationale - qu'elle soit administrative ou judiciaire - et il ne pourra y être donné suite que dans la mesure où cette entraide le prévoit. Et il est logique que celui qui est lié à un secret professionnel ne doive pas communiquer à une autorité étrangère ce que celle-ci n'aurait pas pu obtenir par les biais de l'entraide ou n'aurait dû recevoir que suivant les règles prévues par celle-ci.²³ C'est ainsi que l'exis-

tence même des mécanismes d'entraide est dans une certaine mesure là pour confirmer - en quelque sorte *a contrario* - qu'il n'y a pas lieu de donner suite aux commandements directs de la loi et de l'autorité étrangères.²⁴

30. Il convient de signaler que tel n'est pas le point de vue de la Cour Suprême des Etats-Unis²⁵ qui, en matière de procédure civile par exemple, a décidé que l'application de la Convention de La Haye de 1970 est certes "souhaitable", mais non impérativement prescrite au juge américain qui peut aussi bien, s'il le préfère, émettre un ordre de production de pièces à charge d'un établissement situé à l'étranger (à condition seulement qu'il trouve quelqu'un auquel notifier cet ordre sur le territoire américain, par exemple succursale, filiale, maison-mère...)²⁶

31. Bien évidemment, cette attitude des juridictions américaines ou autres n'affecte pas, en tant que telle, l'interdiction pesant sur un établissement tenu au secret bancaire luxembourgeois de donner suite à pareil ordre. Mais c'est cette différence d'approche qui, précisément, est source de conflits entre l'ordre de communication émanant d'un système juridique et l'obligation au secret imposée par un autre système juridique.

4. Eléments de solution des conflits

32. A première vue, du moins si on considère les traditions et pratiques européennes, les conflits devraient pouvoir se résoudre sans heurts majeurs. Cette tradition et cette pratique sont en effet en ce sens que les législations, et à défaut les juridictions, s'astreignent au respect des prohibitions de la loi locale, c'est-à-dire qu'elles s'abstiennent d'imposer à une personne l'accomplissement d'actes qui, au lieu où elle devrait les accomplir, seraient contraires à la loi, et singulièrement à la loi pénale.

33. Mais on se rend de suite compte du fait que cette règle, qu'il conviendra d'illustrer, suppose en principe que l'acte à accomplir - en l'espèce une divulgation - le soit sur le territoire de l'Etat dont la loi s'oppose à pareille

²³ A noter cependant d'ores et déjà que ce raisonnement ne vaut guère que lorsqu'il s'agit, pour l'autorité étrangère, de recueillir des informations à l'extérieur de son territoire (à ce propos, cf. aussi ci-après §§ 32 et svts).

²⁴ cf. notamment en ce sens, Aubert et autres, ouvrage précité, p. 107 où il est fait état de pratiques qui "éludent sinon violent manifestement des accords internationaux en matière pénale" et qui, de ce fait, seraient "viciées sur le plan du droit international public" et p. 655 où il est affirmé que "Les actes de l'Etat étranger, ou de ses organes, qui constituent vis-à-vis de la Suisse des tentatives d'exécution extraterritoriale des normes et des décisions étrangères, sont susceptibles de porter atteinte à la souveraineté suisse, dès l'instant où ils s'écartent des voies et des limites de l'entraide internationale conventionnellement acceptée, que ce soit en matière civile, administrative ou pénale. Une telle violation de souveraineté existe d'ailleurs même lorsque l'Etat étranger pourrait, s'il voulait s'en donner la peine, obte-

nir l'entraide par une voie autorisée, qu'il néglige d'utiliser"; cf. également pour, en particulier, les relations avec la Belgique, Sabine Geubel "Les succursales bancaires et les impôts sur les revenus", in: "Les succursales bancaires", Bruylant 1996, n°s 67 à 69, pp. 143 à 148.

²⁵ ni d'ailleurs celui, p.ex., des juridictions britanniques.

²⁶ Maître Kinsch relève que jusqu'à un moment donné du moins, les juridictions américaines tenaient compte, dans le cadre de leurs ordres de production de pièces, des interdictions locales le cas échéant existantes en vertu du droit étranger concerné au motif que si un Etat peut exercer sa compétence à travers ses juridictions et enjoindre à une partie relevant de la compétence du tribunal d'accomplir un acte dans un autre Etat, il ne doit le faire qu'à condition que cet acte ne soit pas contraire aux lois de l'Etat sur le territoire duquel il doit être exécuté (thèse précitée, n° 97).

divulgarion. En admettant par exemple que des documents dont la production pourrait être ordonnée se trouvent - le cas échéant à tort - sur le territoire de l'Etat dont émane l'ordre de divulgation, cet Etat considérera normalement que l'exécution de son ordre ne se heurte à aucune prohibition de la loi locale - c'est-à-dire la sienne - mais simplement à celle d'une *loi étrangère prétendant produire ses effets à l'étranger*.

En termes plus abstraits on dira que c'est donc en principe l'ordre de la loi qui, dans un certain cas de figure, prétendrait à produire des effets extraterritoriaux, qui céderait devant l'ordre de la loi locale - pareil ordre pouvant consister, cela s'entend, en une interdiction.

34. Par voie de conséquence, on distinguera ci-après, pour illustrer schématiquement les principaux cas de figure possibles, entre l'ordre de témoigner en territoire étranger et l'injonction reçue depuis l'étranger de produire des documents ou informations disponibles sur le territoire luxembourgeois.

4.1. Conflit né d'une obligation de témoigner devant une autorité étrangère

35. Concrètement, le constat effectué au § 32 ci-avant signifie que les employés belges que j'ai cités en introduction - et dont nous avons supposé que, travaillant au Luxembourg, ils continuaient à résider en Belgique où ils sont, par hypothèse, appelés à témoigner sur des faits arrivés à leur connaissance dans l'exercice de leur profession - risquent de se retrouver dans une situation délicate puisque dans le cas de figure envisagé, l'ordre de témoigner émane de la loi locale de leur résidence et que c'est la loi luxembourgeoise sur le secret bancaire qui sera considérée, par l'autorité belge devant laquelle il s'agit de témoigner, comme prétendant à la production d'effets extraterritoriaux. En tout état de cause, dans l'affaire citée dans sa thèse par Me Kinsch, le juge anglais a refusé de s'arrêter à l'objection que les témoins, résidents britanniques, entendaient tirer du secret bancaire luxembourgeois pour refuser de témoigner sur des faits dont ils avaient obtenu connaissance en leur qualité d'anciens employés d'une banque luxembourgeoise.²⁷

Il est vrai que dans cette affaire le juge anglais a pu faire valoir que le risque pour ces anciens employés ayant leur résidence permanente en Grande-Bretagne de faire l'objet de poursuites au Luxembourg pour s'être pliés à l'ordre de témoigner émanant de la justice anglaise passait, compte tenu des circonstances, *"du domaine de l'improbable à celui de l'extrêmement fantaisiste"*.

36. Peut-être l'attitude d'une juridiction belge, française ou allemande serait-elle différente vis-à-vis de l'employé encore en fonctions d'une banque luxembourgeoise, devant se déplacer journalièrement sur le territoire luxembourgeois et exposé par conséquence, outre aux poursuites des autorités pénales, aux foudres de son employeur.²⁸ Peut-être ces circonstances pourraient-elles être considérées comme constituant un motif légitime de refus de témoigner, si toutefois pareille exception à l'obligation de témoigner était prévue par le droit concerné. Peut-être ces juridictions tiendraient-elles également compte du fait que c'est sur le territoire luxembourgeois que ces employés auront obtenu connaissance des faits sur lesquels ils sont invités à témoigner, cette circonstance conférant une certaine "légitimité" à la prétention de la loi luxembourgeoise de trouver application.

37. Mais la chose n'est pas certaine du tout, le juge étranger pouvant parfaitement considérer que c'est la loi luxembourgeoise qui devra céder, en admettant que compte tenu de l'obligation que la loi locale faisait peser sur le témoin, celui-ci doit être "excusé" d'avoir passé outre à son obligation au secret telle que la lui impose la loi luxembourgeoise.

C'est en tout cas la conclusion à laquelle semble arriver Me Kinsch qui affirme de manière relativement ferme que *"(...) le juge n'admettra (...) selon toute vraisemblance, pas la légitimité du motif de refus : le témoin n'aura en réalité rien à craindre, à moins qu'il ne retourne volontairement sur le territoire de l'Etat étranger dont les autorités pourraient vouloir le poursuivre pour violation du secret bancaire. Mais même en admettant qu'il existe théoriquement un risque de poursuite, l'ordre du juge du for, écartant le moyen de défense tiré de la loi étrangère et imposant au témoin de témoigner sous peine de sanction, servira à exonérer le témoin de sa responsabilité pénale"* pour en conclure que *"Presque toujours par conséquent, le juge de l'Etat sur le territoire duquel l'obligation doit être exécutée refusera de s'incliner devant les normes extra-territoriales d'un Etat étranger"*.²⁹

38. Les auteurs suisses déjà cités ne semblent pas, quant à eux, vouloir admettre que l'obligation au secret bancaire imposée par la loi suisse puisse si facilement céder devant la "contrainte" exercée par l'autorité étrangère sur le territoire de laquelle se trouve la personne appelée à témoigner. S'opposant à ce propos à un autre auteur suisse, ils soutiennent que l'exigence, comme condition de toute infraction pénale, de l'élément moral ("pas de peine sans culpabilité") *"ne veut pas dire, contrairement à ce que prétend Luscher, que*

²⁷ Kinsch, thèse précitée, n° 174, p. 212 citant SEC vs Certain Unknown Purchasers ..., 23 I.L.M. 512 (1984).

²⁸ D'une manière plus générale, l'employé concerné invoquera le cas échéant les dispositions correspondantes aux articles 70 et 71 de notre

Code pénal (à ce propos, cf. ci-après §§ 39 et svts) ; pour un point de vue belge, cf. Geubel, article précité, §§ 73 à 75, pp. 153 à 157.

²⁹ Kinsch, thèse précitée, n° 174, p. 212.

si le responsable d'une succursale américaine d'une banque suisse était contraint par les autorités américaines à donner certains renseignements et à violer ainsi l'obligation de discrétion prévue par le droit suisse, il ne pourrait pas être rendu responsable pénalement. Cette personne a en effet accepté un poste dans une succursale d'une banque suisse en toute connaissance de cause très souvent en signant un engagement contractuel concernant le respect du secret bancaire. La loi suisse, notamment l'article 273 CPS, lui est dès lors applicable indépendamment du droit étranger. L'article 47 LB ne réserve du reste que les dispositions de la législations fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice conformément aux lois suisses de procédure et d'entraide internationale". Nuançant une position très rigoureuse - à première vue le fait d'accepter un poste dans une banque suisse tout en étant basé à l'étranger ne devrait pas, normalement, valoir acceptation du risque de finir dans les géôles du pays de résidence - ces auteurs concèdent néanmoins que "Dans certaines situations particulièrement délicates, les conditions de l'état de nécessité pourraient être remplies (article 34 CPS) et enlever à une révélation son caractère illicite".³⁰

39. D'un point de vue de technique de droit pénal, la question est de savoir si l'ordre de témoigner émanant de l'autorité étrangère et le risque pour l'employé de banque de faire l'objet de sanctions pénales en cas de refus de témoigner, sont susceptibles de constituer un "fait justificatif" au sens du droit pénal luxembourgeois.

Je ne prétends pas, dans le cadre de la présente contribution, apporter une réponse complète à cette question sur laquelle je n'ai pas rencontré de jurisprudence. Je me limiterai dès lors à donner quelques indications qui pourront servir de base à une réflexion plus poussée.

40. On rappellera d'abord qu'aux termes de l'article 70 du Code pénal,

"Il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime",

tandis qu'aux termes de l'article 71 du même Code,

"Il n'y a pas d'infraction, lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister".

41. A première vue, et sous peine de priver d'effet les conclusions énoncées ci-avant sub 3 ("Les divulgations opérées sur ordre de l'autorité étrangère"), le fait justificatif de l'article 70 ne devrait pouvoir être donné que pour autant que le fait illicite ait été ordonné par la loi et commandé par l'autorité luxembourgeoises.³¹

Est-il évident, pour autant, que quand la personne appelée à témoigner se trouve sur le territoire étranger, notamment parce qu'elle y réside, l'ordre du souverain territorial ne doit pas être pris en compte au titre de l'article 70? Bien sûr ne faut-il pas que la personne concernée se soit fautivement (ou inutilement) placée sous le contrôle de l'autorité étrangère. Mais il est difficile de faire valoir que les quelque 3.000 frontaliers occupés, en connaissance de cause, par les banques établies à Luxembourg, se trouvent en situation de faute permanente.

Voudra-t-on faire valoir que l'autorité étrangère ne serait pas légitime? Mais, si même son ordre ne l'est peut-être pas, il est à première vue difficile, pour le Luxembourg, de contester la légitimité des autorités belges, françaises ou allemandes en tant que telles lorsqu'il s'agit d'actes à exécuter sur leur propre territoire.

La question de savoir dans quelle mesure l'article 70 pourrait trouver à s'appliquer dans certaines situations me semble donc rester ouverte.

42. S'agissant désormais de l'article 71, on rappellera que selon la jurisprudence, "La cause de justification prévue à l'article 71 du Code pénal suppose que le mal dont l'agent est menacé soit grave, imminent et certain" et que "Pour valoir cause de justification, la contrainte morale doit constituer un danger imminent, inévitable et certain. Elle doit être irrésistible en privant celui qui la subit d'agir autrement qu'il l'a fait. Le juge apprécie souverainement les faits constitutifs de la contrainte évasive de responsabilité pénale".³²

Ici encore, je ne pense pas qu'on puisse simplement faire valoir que la situation envisagée ne serait jamais "inévitabile", la personne concernée "n'ayant qu'à" ne pas se rendre sur le territoire de l'Etat étranger. Ce serait faire complètement abstraction des réalités de la vie ... et de la géographie.

D'un autre côté, il semble certain que le risque de sanction émanant de l'autorité étrangère ne saurait être

³⁰ Aubert et autres, ouvrage précité, page 109 (cf. aussi ci-après note 34).

³¹ Dans sa contribution déjà citée sur "Les succursales bancaires et les impôts sur les revenus", Madame Geubel constate que tel est l'enseignement de la doctrine belge en rapport avec l'article correspondant du Code pénal belge (article précité, § 73, pp 153-154). On relèvera que dans sa contribution, Madame Geubel envisage les articles 70 et 71 du Code pénal (belge) en quelque sorte "depuis l'autre bout" par rapport à ce que nous faisons ici en examinant s'ils peuvent "justifier"

le refus de celui auquel des renseignements sont demandés de les fournir en se prévalant de l'interdiction qui lui est faite par la loi étrangère et en faisant valoir que celle-ci constituerait pour lui "l'ordre de la loi" de l'article 70 ou l'état de nécessité, respectivement la contrainte de l'article 71.

³² Cour, 15 juin 1946, Pasirisie 14, 268.

³³ Cour, 4 janvier 1957, Pasirisie 17, 57.

systématiquement considéré comme constitutif de la contrainte au sens de l'article 71. Les caractères de "certitude" et de "gravité" du danger menaçant la personne concernée dépendront du droit et de la pratique en vigueur dans l'Etat étranger.³⁴ Sans préjudice au fait que la chose relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, on pourrait trouver un repère dans la mise en balance des peines sanctionnant respectivement le refus de témoignage et la violation du secret professionnel.

A ce jeu là - du moins si dans le pays étranger en cause, le refus de témoigner n'était pas sanctionné plus sévèrement qu'au Luxembourg³⁵ - la contrainte risque de ne pas pouvoir être facilement invoquée, compte tenu des sanctions beaucoup plus sévères attachées à la violation du secret professionnel. Mais il y a d'autres pays dans lesquels on ne badine point avec ce genre de "contempt of court".

Mais c'est là que réside la perversité potentielle du système : c'est celui qui est déterminé à frapper le plus fort qui se mettra en position de l'emporter alors que d'autres critères, plus rationnels, mériteraient de prévaloir à la solution du conflit.

43. Alors que le cas de figure du témoignage en territoire étranger n'est pas sans importance, surtout pour une place financière qui emploie quelques 3.000 frontaliers, ce n'est pas, pour autant, en pratique le plus important.

Plus important, en effet, me semble être le cas de figure, disons plus institutionnel, dans lequel une loi étrangère commande à un établissement luxembourgeois de transmettre à une autorité étrangère, à partir du territoire luxembourgeois, des documents et des informations couverts par le secret bancaire luxembourgeois.

4.2. Conflit né de l'ordre de transmettre des informations à l'étranger³⁶

44. C'est ici que joue en principe la règle du respect dû aux prohibitions locales.

Parfois, c'est la loi elle-même qui, tenant compte du respect dû à la souveraineté étrangère, réserve l'hypothèse d'une interdiction prévue par une loi étrangère.

Ainsi par exemple l'article 5 de la loi française du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchissement des capitaux provenant du trafic des stupéfiants, après avoir défini certaines obligations à charge des établissements financiers établis en France, dispose, en son alinéa 3 que :

"L'organisme financier doit s'assurer que les obligations définies par l'alinéa précédent sont appliquées par ses succursales ou sociétés filiales dont le siège est à l'étranger, à moins que la législation locale y fasse obstacle, auquel cas il en informe le service institué à l'article 5".

On notera que l'article 38 paragraphe (2) de notre loi sur le secteur financier n'incorpore pas, du moins explicitement, de réserve similaire.

45. Mais il semble bien que lors même que la loi ne prendrait pas elle-même soin d'envisager l'hypothèse d'un conflit avec une loi locale, les juridictions le feraient au stade de l'application de la loi.

Maître Kinsch cite un arrêt de la Cour de cassation française intervenu dans un conflit ayant opposé la société Air Afrique à son comité d'entreprise français.³⁷ Le litige était né de la non-communication au comité d'entreprise français de certains documents et informations que la loi française sur la participation des travailleurs oblige l'employeur à soumettre au comité d'entreprise. Il semble que la communication de certaines de ces informations ait pu se heurter à une interdiction de la législation du siège social d'où ces informations auraient dû provenir. Dans son arrêt, la Cour de cassation française constatera que le texte de la loi française qui prévoit la communication, au comité d'entreprise, d'un certain nombre de documents et d'informations, doit s'appliquer mais qu'il ne le doit que "sous réserve du respect de la souveraineté nationale étrangère et des adaptations nécessaires qui en résultent".

La jurisprudence anglaise serait dans le même sens.³⁸ Ainsi, la Court of Appeal a-t-elle refusé de confirmer une injonction faite en première instance à la Barclays Bank, avec siège à Londres, de recueillir auprès de sa

³⁴ Aubert et autres admettent ainsi que "(...) si (l')injonction (de l'autorité étrangère) est assortie de menaces propres à faire courir un risque concret à la personne visée, par exemple dans sa liberté ou son patrimoine, de sorte que ne l'on puisse attendre d'elle qu'elle en fasse le sacrifice, cette personne peut se retrouver dans un état de nécessité (art. 34 CP) ; encore faut-il que ce danger ne puisse être détourné et que sa survenance n'incombe pas à celui qui en est victime, notamment en ce qu'il aurait pu éviter de se placer dans cette situation" (ouvrage précité, pp 659-660).

³⁵ nous croyons comprendre que le refus de déposer n'est sanctionné, chez nous, que d'une peine d'amende de 20.000.- francs.

³⁶ Alors que le cas de figure le plus évident est celui où pareil ordre de communiquer des informations est adressé directement à leur détenteur "luxembourgeois", il convient, à notre sens, d'assimiler, pour l'es-

sentiel, ce cas de figure à celui où l'ordre est adressé à un établissement lié - notamment une maison-mère - établi dans le pays des autorités dont l'ordre émane et qui est invité à "procureur" aux dites autorités les informations requises auprès de l'établissement luxembourgeois sur lequel il est censé avoir quelque autorité ; dans son article déjà cité, Madame Geubel analyse en particulier les demandes d'information adressées au siège social d'une banque belge disposant par exemple d'une succursale au Luxembourg (article précité, partie IV "Pouvoirs d'investigation du fisc belge à l'égard des succursales bancaires", n°s 64 à 78, pp. 139 à 162).

³⁷ Kinsch, thèse précitée, n° 88, pp. 93-94, citant Crim. 28 février 1986, J.D.I. 1986, 992, 2e espèce, note P. Rodière.

³⁸ Kinsch, thèse précitée, n° 91, p. 96, citant R. v. Grossman (1981) 73, Crim. App. R. 302, C.A.

succursale de l'Ile of Man, des documents relatifs au compte numéroté d'un Anglais soupçonné de fraude fiscale par l'administration anglaise. La Cour commence par constater qu'en principe, les juridictions anglaises *ont compétence* pour émettre une injonction de ce type et elle note d'ailleurs que l'intérêt public justifierait, en l'espèce, la levée du secret bancaire. La Cour n'en estime pas moins *qu'il ne lui appartient pas de se mettre en conflit avec le droit et les tribunaux de l'Ile of Man en ordonnant la communication de pièces qu'il n'était pas possible d'obtenir par le biais des mécanismes d'entraide.*

L'ouvrage de Maître Kinsch fait encore état d'une décision canadienne qui formule de manière particulièrement nette le principe du respect dû aux prohibitions locales.³⁹ Pour refuser d'ordonner à une banque canadienne de produire les documents relatifs aux comptes d'un particulier auprès d'une succursale à Panama, dont la législation interdit la divulgation de renseignements couverts par le secret bancaire, la Cour d'Appel de l'Ontario se prononce comme suit :

"An Ontario Court would not order a person here to break our laws ; we should not make an order that would require someone to compel another person in that person's jurisdiction to break the laws of that state. We respect those laws. The principle is well recognized".

46. On devrait pouvoir considérer avec Maître Kinsch que ces textes et décisions sont *l'expression d'un principe général qui veut que la portée extraterritoriale des lois doit trouver sa limite dans le conflit avec les prescriptions de la loi locale, ou encore : il n'appartient pas à une loi ou une décision de justice de contraindre le débiteur d'une obligation à exécuter celle-ci au mépris des interdictions de la loi locale.*

Et il semble bien que ce principe puisse prendre appui sur un principe de droit international qui veut qu'aucune personne résidant à l'étranger ne doit être forcée, directement ou indirectement, par un acte de contrainte de portée extraterritoriale, à enfreindre la législation de son lieu de résidence.⁴⁰

47. Alors, devant cet arrière-fond, que dire en particulier du projet des autorités belges tendant à modifier, entre autres, le Code des droits de successions pour y introduire, en particulier, un article 104bis § 1^{er} ayant la teneur suivante : *"Les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurances qui relèvent d'un autre Etat membre de la*

Communauté européenne et qui offrent ou ont notifié vouloir offrir en Belgique des services dans le cadre de la libre prestation de services et qui sont détenteurs ou débiteurs de titres, sommes ou valeurs revenant à un héritier, légataire, donataire ou autre ayant droit par suite du décès d'un habitant du royaume, sont tenus de fournir au fonctionnaire de l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'enregistrement et des domaines désigné à cette fin, une liste certifiée sincère et véritable des titres, sommes ou valeurs dès qu'un ayant droit en dispose de quelque manière que ce soit."⁴¹

A première vue - et sous réserve de l'application qu'en feraient les juridictions - ce texte n'est pas en ligne avec les pratique et tradition ci-avant retracées. Du moins ne réserve-t-il pas l'hypothèse où la loi du lieu où l'établissement étranger agissant en régime de prestation de services en Belgique est établi, lui prohibe de communiquer aux autorités fiscales belges l'inventaire des avoirs du décujs ayant résidé en Belgique.

J'ai relevé qu'à mon sens il n'était pas du tout évident que les informations recueillies par un banquier luxembourgeois en territoire belge dans le cadre d'une prestation de services active pouvaient - devaient - tomber sous l'empire du secret professionnel luxembourgeois (cf. ci-avant § 17).

Mais, et c'est cela qui fait la particularité du projet belge, il prétend imposer à tout établissement agissant en régime de libre prestations de services une obligation de déclaration au profit des autorités belges pour l'ensemble de sa clientèle de résidents belges, y compris ceux que l'établissement luxembourgeois traite, disons, en régime de libre prestation de services entièrement passive et pour lesquels le banquier luxembourgeois est évidemment soumis aux articles 41 de la loi bancaire et 458 du Code pénal.

48. Et il est difficile de penser que la réserve du respect des prohibitions locales que le projet de loi belge ne formule pas explicitement soit sous-entendue dans le texte.

L'exposé des motifs suggère évidemment le contraire puisqu'il fait expressément référence à l'activité en prestation de services des établissements luxembourgeois dont les auteurs savent bien sûr que la loi locale - c'est-à-dire la loi luxembourgeoise - leur interdit de communiquer les renseignements visés aux autorités belges.

³⁹ Kinsch, thèse précitée, n° 92, p. 97, citant Frischke c/ Royal Bank of Canada (1977) 80 D.L.R. (3d) 393, 403.

⁴⁰ Alors que ce n'est pas, ici, l'endroit de l'examiner en détail, il faut noter que la jurisprudence américaine n'est pas - ou plus - en ce sens. En substance, les juridictions américaines prétendent mettre en oeuvre un système dit de la "balance des intérêts en présence" avec, cependant, en pratique, un fort penchant de la balance dans le sens des intérêts américains ; cf. notamment, à ce propos, Kinsch, thèse précitée,

n°s 93 à 107 (pp. 97 à 119) ; cf. aussi Aubert et autres, ouvrage précité, 5e partie, 5e section, Chapitre 2 "L'obligation de fournir des renseignements selon le droit en vigueur aux États-Unis en opposition avec une législation étrangère", pp. 661 à 698.

⁴¹ L'auteur ignore ce qu'est devenu, depuis l'automne 1996, ce projet. Si même il était abandonné, les développements qui suivent devraient garder quelque intérêt de principe.

49. Peut-on alors escompter qu'une juridiction belge qui aurait à connaître des sanctions infligées à un établissement luxembourgeois pour ne pas avoir déféré à l'obligation qui lui est faite de communiquer les renseignements souhaités aux autorités belges, suivrait les jurisprudences précédemment citées et constaterait que l'établissement luxembourgeois ne peut pas être obligé à contrevenir à la loi locale luxembourgeoise et, par conséquent, ne peut pas être sanctionné en raison d'un comportement conforme à ladite loi?

Je pense qu'il n'en est rien.

Je le pense à la fois parce que la juridiction belge aurait, à mon sens, à prendre acte d'une intention claire du législateur et parce que, à mon sens toujours, la situation n'est pas tout à fait comparable à celles dans lesquelles les décisions auxquelles il a été fait référence sont intervenues.

Je pense en effet qu'il faut distinguer entre des situations de conflit que je qualifierais d'*accidentelles* et des situations de conflit que je qualifierais de *structurelles*. Les premières auront souvent un caractère *accessoire*, et du moins relativement imprévisible, alors que les secondes sont, tout au contraire, *préprogrammées*.

Elle sont aussi, du moins dans une certaine mesure, le fait de la personne qui se trouve prise entre deux exigences contradictoires. En tout état de cause, celle-ci sera-t-elle d'emblée consciente du fait qu'en s'engageant dans certaines activités, elle deviendra *ipso facto* sujette à deux législations mutuellement incompatibles, de sorte que la difficulté n'aura pour elle rien d'imprévisible.

50. En réalité, force est de constater que le législateur belge a fait de l'obligation de divulgation au profit des autorités belges une condition de l'admission à la prestation de services en Belgique à une époque où l'établissement en Belgique ne peut plus être exigé - étant rappelé que si le professionnel étranger avait un établissement en Belgique, il serait évidemment - mais seulement pour les activités de cet établissement - soumis aux mêmes obligations de déclaration. Le juge en tirera la conséquence qu'en agissant en libre prestation de services en Belgique, l'établissement étranger se soumet *par son propre fait* à l'obligation de divulguer certaines informations, fût-ce à partir du territoire de son lieu d'établissement.

Ayant lui-même créé les conditions qui mettent en conflit les législations luxembourgeoise et belge, il ne saurait se considérer comme une victime de ce conflit qu'il pouvait éviter, soit en menant ses activités belges par le biais d'un établissement en Belgique - auquel cas les articles 458 du Code pénal et 41 de la loi sur le secteur financier ne sont pas applicables -, soit en renonçant à prester ses services en Belgique.⁴²

51. A l'évidence, le constat qui précède soulève, avec acuité, le problème de la compatibilité de la situation ainsi créée avec le droit communautaire, et plus particulièrement le principe de la libre prestation des services qui s'en trouverait fondamentalement entravée. Alors que cet aspect de la problématique - qui mérite à elle-seule tout un article - ne devait pas être traité par la présente contribution, je ne voudrais y consacrer qu'une très brève réflexion.

52. Sans doute, y aurait-il beaucoup d'arguments à invoquer contre la compatibilité du projet de loi belge avec les exigences communautaires, notamment au regard du principe de proportionnalité. Il ne faudrait pas pour autant perdre de vue que les autorités belges, au lieu de se limiter à plaider la compatibilité des dispositions en cause avec le droit communautaire, pourraient faire valoir que ce qui empêche le prestataire établi à Luxembourg de devenir actif en libre prestation de services en Belgique, c'est, autant que l'obligation de déclaration qui lui est imposée par la loi belge, l'obligation au secret qui lui est faite par la loi luxembourgeoise. Ces autorités pourraient donc tenter de renverser la situation, en faisant valoir qu'au bout du compte, c'est la loi luxembourgeoise qui empêche, en fait, un prestataire établi à Luxembourg d'exporter ses services dans un pays dont la législation prévoit que pareille activité implique certaines obligations de déclaration vis-à-vis des autorités publiques locales. Or, on croit comprendre que la Cour de Justice des Communautés Européennes applique aux restrictions à l'exportation de services les mêmes critères qu'elle applique aux restrictions à l'importation de services : ces restrictions ne seraient compatibles avec le droit communautaire que pour autant que, entre autres conditions, elles soient justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général.⁴³

⁴² On pourrait encore se poser la question de savoir dans quelle mesure les autorités fiscales belges pourraient, légalement, faire usage des informations qui, le cas échéant, leur seraient ainsi communiquées en violation des exigences du secret bancaire luxembourgeois. Dans son article déjà cité sur "Les succursales bancaires et les impôts sur les revenus", Madame Geubel examine la question dans le cas de figure où l'administration belge aurait recueilli de telles informations par l'intermédiaire du siège social belge d'une banque disposant d'une succursale à Luxembourg (article précité, §§ 76 à 78, pages 157 à 162). L'auteur arrive à la conclusion que la jurisprudence belge en la matière devrait "justifier le rejet des éléments de preuve provenant de la succursale étrangère, car l'irrégularité dans l'obtention des preuves à

l'étranger serait, certes, formellement commise par la banque, mais sous la pression insistante de l'administration belge chargée de l'enquête" (§ 78, page 162). Je doute cependant que ce raisonnement puisse s'appliquer lorsque la manière dont les informations litigieuses ont été recueillies est certes illégale au regard de la loi luxembourgeoise mais correspond à une prescription expresse de la loi belge. On voit difficilement, en effet, les juridictions belges décider que des informations recueillies de cette manière l'auraient été "illégalement".

⁴³ cf. en particulier arrêt *Alpine Investments* CJCE, 24 novembre 1993, C267-91 et C268-91, Recueil, pages 1141 et suivants.

C'est dire que le débat pourrait se déplacer vers ou du moins s'étendre à la question de savoir si l'interdiction faite aux banques établies à Luxembourg de communiquer aux autorités belges certaines informations concernant des résidents belges, se justifie par une "raison impérieuse d'intérêt général", tout en satisfaisant au principe de proportionnalité.

53. Néanmoins, alors que la perspective même d'un tel débat peut être de nature à susciter quelques frayeurs au sein de la communauté bancaire luxembourgeoise, des inquiétudes excessives quant à son issue seraient probablement injustifiées.

Il est en effet douteux, que la situation luxembourgeoise soit, à ce propos, différente de celle de la plupart de ses partenaires européens. Si même les

conceptions en matière de secret ou, plus simplement, de confidentialité bancaire, sont variables d'un pays à l'autre, il y a fort à parier que les banques établies dans les autres pays de l'Union éprouveraient autant de difficultés à se conformer aux exigences de la loi belge que n'en auraient leurs homologues luxembourgeois. La conclusion à en tirer pourrait être que les autorités belges n'ont pas qualité pour "remédier" unilatéralement à l'inexistence, à ce jour, d'une Europe fiscale avec, pour effet, d'empêcher pratiquement toutes les banques établies dans un autre pays de l'Union, d'agir, à l'avenir, en régime de libre prestation de services en Belgique.

Marc ELVINGER

Avocat au barreau de Luxembourg