

Le secret bancaire, un risque pénal toujours d'actualité

André HOFFMANN

Partner Elvinger Hoss Prussen

et

Katrien VERANNEMAN

Counsel Elvinger Hoss Prussen

Introduction

L'évolution et les contours de l'obligation au secret professionnel du banquier en droit luxembourgeois, communément appelé «secret bancaire»¹, ont déjà été maintes fois discutés et analysés.

L'approche proposée a pour intérêt de se concentrer sur l'existence et l'étendue du risque que court le banquier de se voir infliger une sanction pénale. En d'autres mots, dans quelles circonstances le banquier risque-t-il de violer son obligation au secret et de faire l'objet de poursuites pénales? En dépit de l'importance grandissante des obligations de transparence et de coopération qui s'imposent au banquier, ce risque est toujours bien ancré dans la législation luxembourgeoise.

L'article 41 (1) de la loi du 15 avril 1993 sur le secteur financier, telle que modifiée² (ci-après, la «LSF») consacre le caractère pénal de l'obligation au secret bancaire. Il ressort de cette disposition que la révélation des renseignements confiés aux personnes soumises à l'obligation au secret dans le cadre de leur activité professionnelle ou dans l'exercice de leur mandat est punie des peines prévues à l'article 458 du Code pénal. Toutefois, l'article 41 (2), de la LSF atténue le risque en prévoyant que l'obligation au secret n'existe pas lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la LSF. Les autres paragraphes de cette disposition, ainsi que l'article 40 de la LSF, précisent certains cas dans lesquels la révélation sera légitime.

Rappelons d'emblée que l'article 458 du Code pénal punit «[l]es médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie,

¹ Comme il sera rappelé ci-après, l'obligation vise bien d'autres professionnels du secteur financier que le banquier. Les termes «secret bancaire» et «banquier» ou «banque» seront utilisés pour faire référence à l'obligation au secret de tous ces professionnels.

² Version coordonnée: site internet de la CSSF.

qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés [...]».

Cet article examinera plus en détail qui sont les personnes à risque (Chapitre I), les éléments constitutifs de la violation de l'obligation au secret bancaire (Chapitre II) les contours de la révélation légitime au sens de l'article 41 de la LSF (Chapitre III), ainsi que l'intervention du juge pénal (Chapitre IV).

Il importe avant cela de brièvement retracer, à titre liminaire, l'historique du caractère pénal du secret bancaire afin de comprendre comment le banquier s'est retrouvé inclus dans le champ d'application de l'article 458 du Code pénal sans qu'il y soit explicitement mentionné³.

Le banquier est considéré faire partie des « autres personnes dépositaires » de secrets qu'on leur confie au sens de l'article 458 du Code pénal précité, mais cette appréciation n'a pas toujours fait l'unanimité.

On en retrouvait une première trace dans l'arrêté grand-ducal du 10 juin 1901 portant règlement pour la Caisse d'épargne qui prévoyait l'obligation au secret du personnel de cette institution d'État par référence à la possibilité de certaines sanctions administratives « sans préjudice de l'application de l'article 458 du Code pénal »⁴. Comme la doctrine le relève, les auteurs de l'époque n'étaient toutefois pas unanimes sur la portée spécifique ou générale de cette disposition⁵, c'est-à-dire pour le secteur bancaire dans son entièreté, mais ils l'accepteront finalement⁶.

La nature généralisée du secret bancaire ainsi que son caractère pénal se trouvent finalement confirmés à l'article 16 de la loi bancaire de 1981⁷, précurseur de la LSF, puis à l'article 41 de la LSF à son adoption. Contrairement à ce que certains ont pu défendre⁸, la nature du secret bancaire n'est donc pas pure-

³ Pour un aperçu plus complet de l'historique du secret bancaire, voy., p. ex., J. SCHAFFNER, « L'irrésistible percée vers la transparence », AGEFI Luxembourg, 2017, F. GRULMS, « État des lieux des différents secteurs de la place financière: les banques devant l'échange automatique de renseignements », *Table ronde: la place financière de Luxembourg: défis et perspectives*, Institut grand-ducal. Section des Sciences morales et politiques, 2014, p. 229, P. GREGORIUS et B. KIEFFER, « Le secret bancaire luxembourgeois: *Sense and Sensibility* », *Droit bancaire et financier au Luxembourg 2014*, vol. 2, pp. 997-1059.

⁴ Mémorial A, 1901, n° 36; voy. art. 4: « Toutes les personnes qui participent au service de la Caisse d'épargne à un titre quelconque doivent observer, hors les cas prévus par la loi et sauf dispense du Gouvernement, le secret des opérations qu'elles font ou qui sont portées à leur connaissance, sous peine d'avertissement, de réprimande, de retenue de traitement, de mise en disponibilité et même de destitution, sans préjudice de l'application de l'article 458 du Code pénal. »

⁵ P. GREGORIUS et B. KIEFFER, « Le secret bancaire luxembourgeois: *Sense and Sensibility* », *op. cit.*, p. 1002.

⁶ *Ibid.*

⁷ Mémorial A, 1981, n° 24. L'article 16 de la loi du 23 avril 1981 portant application de la première directive du Conseil des Communautés européennes du 12 décembre 1977 indique: « Par dérogation à l'article 458 du Code pénal, qui interdit aux administrateurs, aux membres des organes directeurs et de surveillance, aux dirigeants et aux autres employés des établissements visés à l'article 1^{er} de la présente loi, de révéler les secrets qu'on leur confie en cette qualité [...] ».

⁸ Voy., not., T. BIEVER et R. WEBER, « Le secret professionnel des banques en droit luxembourgeois », *Feuilles de liaison de la Conférence St. Yves*, 1959, Luxembourg, et L. SCHAUS, « Le secret professionnel devant la loi », *Conférence devant le Jeune Barreau, Luxembourg*, St. Paul, p. 27.

ment contractuelle, mais l'obligation au secret est ancrée dans et sanctionnée par la loi.

C'est le rôle particulier du banquier qui est à l'origine de la protection spéciale accordée aux renseignements qu'il détient : il a un rôle public et est un confident nécessaire de son client⁹. Les travaux parlementaires de la LSF mettaient également en exergue la nature spécifique du rôle du banquier en tant que dépositaire professionnel de secrets¹⁰ et confident de son client¹¹.

Comme également affirmé dans les travaux parlementaires, il ne « pouvait y avoir de doute sur l'existence continue du secret professionnel imposé aux professionnels du secteur financier, sanctionné par les peines prévues à l'article 458 du Code pénal »¹². Même si le renvoi explicite à l'article 458 du Code pénal était quelque peu débattu, le Conseil d'État a confirmé la nécessité d'un tel renvoi explicite en indiquant notamment qu'il jugeait « plus prudent de garder ces acquis et d'éviter tout doute à l'égard du maintien et de la continuité de la notion actuelle du secret professionnel du banquier » en rappelant que, « s'il est exact que les exceptions au principe du secret bancaire sont reprises aux paragraphes (2) et suivants, le risque d'un double emploi, si l'on fait directement référence à l'article 458 du Code pénal, semble minime et celui d'une contradiction même exclu »¹³.

Le caractère pénal de l'obligation au secret a donc été explicitement inscrit à l'article 41 de la LSF pour ne laisser subsister aucun doute à ce sujet, compte tenu du rôle du banquier en tant que détenteur de données personnelles de son client. Les deux dispositions, l'article 41 de la LSF et l'article 458 du Code pénal, doivent être lues de façon complémentaire¹⁴.

Il en résulte un régime de protection particulièrement fort de la vie privée du client et de ses données personnelles.

⁹ P. RECKINGER, « Bank confidentiality: Luxembourg », *Bloomsbury Professional*, 2015, p. 637.

¹⁰ Projet de loi n° 3600, Avis de la Chambre du commerce du 21 juillet 1991, p. 7.

¹¹ Projet de loi n° 3600, Avis du Conseil d'État du 15 décembre 1992, p. 11.

¹² Projet de loi n° 3600, Avis de l'Institut monétaire luxembourgeois du 28 septembre 1992, autorité de surveillance des banques et précurseur de l'actuelle Commission de surveillance du secteur financier (« CSSF ») en tant qu'autorité de surveillance du secteur financier luxembourgeois.

¹³ Projet de loi n° 3600, Avis du Conseil d'État du 15 décembre 1992, p. 16.

¹⁴ Voy., en ce sens, note « La portée et la nature du secret bancaire » du 1^{er} mars 2004 du Comité des juristes auprès de la CSSF (« CODEJU »), mandaté par le Comité pour le développement de la place financière (« CODEPLAFI ») pour examiner les implications du concept de secret bancaire et de secret professionnel, en annexe du rapport d'activités de la CSSF de 2003 (la « Note du CODEJU »), p. 197.

Chapitre I. Les personnes à risque

Les personnes obligées au secret bancaire sont celles identifiées au paragraphe 1^{er} de l'article 41 de la LSF¹⁵.

Dans sa rédaction actuelle, l'alinéa 1^{er} de l'article 41 (1) de la LSF précise qu'il vise des personnes physiques et morales que ladite loi soumet à la surveillance prudentielle de la CSSF. Sont également couvertes les personnes physiques ou morales ou établies au Luxembourg et soumises à la surveillance de la Banque centrale européenne («BCE») ou d'une autorité de contrôle étrangère pour l'exercice d'une activité visée par la LSF. Il est encore précisé que l'obligation s'étend aux membres de l'organe de direction, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service de toutes ces personnes physiques et morales.

L'obligation au secret concerne donc toutes les personnes régies par ou agissant dans le cadre d'une activité soumise à la LSF¹⁶. Il importe de préciser d'emblée que les organismes de placement collectifs («OPC»), régis par des lois particulières, en sont exclus. Les textes leur applicables ne contiennent d'ailleurs pas de renvoi à l'article 458 du Code pénal. Les fonds d'investissement et les sociétés de gestion ne sont donc pas soumis à une obligation au secret sanctionnée pénalement, contrairement à certains autres acteurs du secteur financier essentiels à l'opération des fonds d'investissement qui, eux, sont régis par la LSF, tels que, par exemple, les distributeurs de parts d'OPC, les agents teneurs de registre ou les dépositaires professionnels d'instruments financiers.

Section 1. Les personnes morales

Les établissements visés à l'article 41 de la LSF ne sont pas uniquement des «établissements de crédit» traditionnels, c'est-à-dire des banques. En effet, l'obligation au secret existe également pour les professionnels du secteur financier («PSF») au sens de la LSF, terme qui englobe une large série d'acteurs

¹⁵ Il importe d'ailleurs de préciser que l'obligation au secret existe aussi pour des acteurs du secteur financier luxembourgeois autres que ceux réglementés par la LSF. Il s'agit notamment des professionnels du secteur de l'assurance (voy. l'article 300 de la loi du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances, telle que modifiée) ou des professionnels soumis à la loi sur les services de paiement (voy. l'article 30 de la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, telle que modifiée). De même, la loi du 23 juillet 2016 relative à la profession de l'audit prévoit, en son article 28, une obligation au secret sanctionnée pénalement par le biais de l'article 458 du Code pénal pour les réviseurs d'entreprises. Il en va de même pour les experts-comptables en vertu de l'article 6 de la loi modifiée du 10 juin 1999 portant organisation de la profession d'expert-comptable. Même si le présent article se concentre sur les acteurs soumis à la LSF, les contraintes discutées s'appliquent, *mutatis mutandis*, également à ces professionnels.

¹⁶ Ainsi que, comme il ressort de la note précédente, ceux exerçant des activités régies par des lois particulières qui contiennent une obligation de secret professionnel spécifique et un renvoi explicite à l'article 458 du Code pénal.

réglementés du secteur financier luxembourgeois, des entreprises d'investissement aux PSF spécialisés et PSF de support¹⁷.

S'agissant de la référence faite aux personnes soumises à la surveillance de la BCE ou d'une autorité de contrôle étrangère pour l'exercice d'une activité visée par la LSF, il s'agit d'une précision textuelle introduite à l'occasion de la dernière modification de l'article 41 de la LSF par la loi du 27 février 2018. Comme certaines banques établies au Luxembourg relèvent désormais de la surveillance directe de la BCE, le législateur a jugé utile de clarifier que les banques soumises à cette surveillance restent soumises au secret professionnel luxembourgeois¹⁸.

Par ailleurs, par les personnes établies au Luxembourg, mais soumises aux autorités de surveillance étrangères, sont visées les succursales luxembourgeoises d'entités européennes ou étrangères qui tombent donc également dans le champ d'application du secret bancaire¹⁹.

En ce qui concerne l'application de l'obligation au secret à la personne en état de liquidation, avant sa dernière modification de 2018, l'article 41 (1) de la LSF faisait déjà référence aux « personnes physiques et morales ayant été agréées [...] *et étant en liquidation* » (nous soulignons), mais les modifications textuelles introduites par la loi du 27 février 2018 ont clarifié cet aspect. En effet, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 41 (1) de la LSF, l'obligation au secret s'étend désormais « aux personnes physiques et morales qui ont été agréées en vertu de la présente loi et qui sont soumises à une procédure d'assainissement, de redressement, de gestion contrôlée, de concordat, de résolution, de liquidation ou de faillite, ainsi qu'à toutes les personnes qui sont nommées, employées ou mandatées à un titre quelconque dans le cadre d'une telle procédure ainsi qu'aux personnes qui sont au service de ces personnes physiques et morales²⁰ ».

¹⁷ Voy. le chapitre 2 de la partie I de la LSF.

¹⁸ Projet de loi n° 7024, Commentaire des articles, p. 15.

¹⁹ Voy. toutefois également les réflexions exprimées dans l'article de M. ELVINGER, « Les conflits entre l'obligation au secret bancaire instituée par la loi luxembourgeoise et l'obligation de déclaration imposée par une loi étrangère », *Bulletin Droit et Banque*, n° 26, pp. 5 et s., au sujet de la question de savoir si, d'une part, le secret bancaire s'applique quand la banque luxembourgeoise agit en liberté d'établissement ou en libre prestation de services en dehors des frontières luxembourgeoises et, d'autre part, si les banques étrangères y sont soumises quand elles agissent via une succursale ou en libre prestation de services au Luxembourg. Pour les succursales au Luxembourg d'établissements étrangers, la LSF est désormais catégorique. Il semble donc logique, par analogie, que les succursales étrangères d'établissements luxembourgeois soient soumises au système juridique de leur État d'accueil. Quant à la libre prestation de services, la solution semble moins évidente. Il est clair que la prestation passive depuis le Luxembourg est exercée au Luxembourg et sera soumise au droit bancaire luxembourgeois. Nous partageons l'analyse de M. Elvinger selon laquelle cela devrait également être le cas pour la prestation de services active en dehors du territoire luxembourgeois, le client pouvant alors légitimement penser qu'il traite avec quelqu'un que le secret bancaire oblige. La question touche également à celle de l'application territoriale du secret bancaire sur laquelle il sera revenu ci-dessous.

²⁰ Comme indiqué dans les travaux parlementaires de la loi du 27 février 2018, le champ d'application de la disposition est ainsi rendu conforme aux dispositions en matière de redressement et de résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, issues de la directive 2014/59/UE du Parle-

Quant aux personnes agissant dans le contexte d'une procédure d'assainissement (p. ex., le sursis de paiement, au sens de la Partie II de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement), l'article 41 de la LSF indique désormais explicitement qu'elles sont également obligées de maintenir le secret. Dans le contexte des procédures de redressement et de résolution sont notamment visés l'administrateur spécial, l'administrateur temporaire, la ou les personnes chargées d'établir et de mettre en œuvre le plan de réorganisation des activités, et la ou les personne(s) nommée(s) par l'autorité de résolution. De manière générale, toutes ces personnes et les personnes travaillant ou se trouvant au service de ces personnes sont soumises au secret professionnel pénalement sanctionné²¹.

Section 2. Les personnes physiques

Certaines activités de PSF peuvent être exercées par des personnes physiques. Il s'agit, notamment, des conseillers en investissement, des courtiers en instruments financiers, des distributeurs de parts d'OPC, les personnes effectuant des opérations de change-espèces, les administrateurs de fonds communs d'épargne, les domiciliataires de sociétés, les professionnels effectuant des services de constitution et de gestion de sociétés²².

En outre, les membres de l'organe de direction, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service de personnes physiques et morales visées par l'article 41 (1) de la LSF sont également à risque.

C'est l'activité de la personne physique, à savoir le fait qu'elle l'exerce au sein d'une personne visée par la LSF, qui est déterminante. L'activité lui permet d'accéder à des informations visées par l'obligation au secret professionnel²³.

Toutes personnes au service d'un établissement visé, peu importe la qualité (mandataire, salarié ou prestataire externe), leur rang professionnel²⁴ ou leur nationalité, sont donc concernées. L'obligation est individuelle. Par exemple sont ainsi visées des personnes salariées d'entreprises tierces engagées pour effectuer des services purement techniques, tels que la maintenance informatique des systèmes informatiques d'une banque. La banque précisera habituellement dans le contrat de services que l'entreprise engagée et ses employés sont liés par l'obligation au secret bancaire.

ment et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement («BRRD»), voy. projet de loi n° 3600, Commentaire des articles, p. 15.

²¹ *Ibid.*

²² Voy. le chapitre 2, section 2, de la partie I de la LSF.

²³ Voy. Trib. arr. Luxembourg, 7 juin 2012, n° 2070/2012, et jurisprudence citée: « Pour qu'une personne soit soumise au secret professionnel, [...] il faut que par sa profession elle soit dépositaire de secrets et que la personne qui lui a fait la confiance ait dû recourir à son ministère. »

²⁴ TA Corr., 26 juin 2012, commenté dans *Bulletin Droit et Banque*, n° 50, 2012, p. 68.

Chapitre II. Les éléments constitutifs de la violation de l'obligation au secret bancaire

Rappelons d'emblée que, de manière générale, l'infraction pénale requiert la présence d'un élément matériel et d'un élément moral ou intentionnel²⁵. Comme il a pu être examiné dans le cadre de l'affaire dite *Luxleaks*, « l'infraction de violation d'un secret professionnel comporte, en substance, trois éléments constitutifs, à savoir :

- l'auteur doit être une personne soumise, par état ou par profession, au secret professionnel ;
- l'acte de révélation doit avoir eu lieu librement, sans être autorisé par la loi ou fait dans le cadre d'un témoignage en justice ; et
- l'auteur doit avoir une intention coupable²⁶.

Concernant le délit de révélation, il existe dès qu'il y a eu une indiscretion qui peut causer préjudice, que la révélation a été faite librement, hors les cas où la loi l'autorise, et qu'elle se réfère à un fait qui était confidentiel de par sa nature²⁷.

La qualité de l'auteur de l'infraction a été examinée au Chapitre I ci-dessus, tandis que les cas où la loi autorise la révélation et celui du témoignage en justice seront examinés dans le Chapitre III.

Il importe toutefois d'examiner davantage les autres conditions requises pour établir une révélation punissable, à savoir l'objet du secret ou la question de savoir quels renseignements sont protégés (Section 1) et l'action de « révéler » (Section 2), qui est liée à l'identité de la personne à qui les renseignements sont transmis. Il convient également de rappeler que le lieu de la révélation est indifférent, c'est-à-dire d'examiner la portée extraterritoriale de l'obligation (Section 3). Enfin, nous nous attarderons sur l'aspect temporel de l'obligation au secret (Section 4) ainsi que sur l'élément moral de l'infraction (Section 5).

Section 1. Les renseignements protégés

L'obligation au secret couvre les renseignements confiés aux personnes soumises à l'obligation au secret dans le cadre de leur activité professionnelle ou dans l'exercice de leur mandat.

La jurisprudence (civile ou pénale) a apporté des précisions à ce sujet.

²⁵ P. RECKINGER, « Bank confidentiality: Luxembourg », *op. cit.*, pp. 641 et s.

²⁶ TA Corr., 29 juin 2016, n° 1981/2016, A.M., n° 2016/3, pp. 291-305, et CA Corr., 15 mars 2017, 117/17 X, JTL, n° 51, 2017, pp. 82-99, ci-après, « arrêt *Luxleaks* – CA I », réformant partiellement le premier. Cette affaire concerne le secret professionnel des réviseurs d'entreprises, mais les principes énoncés s'appliquent, *mutatis mutandis*, au banquier. L'arrêt *Luxleaks* – CA I a, par la suite, été annulé par la Cour de cassation sur certains autres points.

²⁷ TA Corr., 29 juin 2016, *ibid.*

Il est interdit aux banques de faire des révélations au sujet des renseignements obtenus dans le cadre de leurs activités²⁸. Le secret bancaire couvre les informations sur le client de la banque et celles portant sur son patrimoine ou sa situation financière. Sont ainsi couverts la nature, le montant des avoirs du client (tant actif que passif), les types d'opérations bancaires effectuées par le client et les revenus ou charges y afférents.

Par ailleurs, il peut s'agir de plus d'informations que celles spécifiquement confiées par le client.

L'obligation couvre aussi les données relatives à des clients antérieurs de la banque ou à des clients prospectifs ainsi que les données que le banquier a pu déduire ou apprendre de tiers²⁹.

En outre, l'existence même d'une relation d'affaires entre la banque et son client ou l'absence de celle-ci est une information protégée par le secret bancaire³⁰. Ainsi, la banque peut notamment refuser la délivrance d'une attestation négative confirmant l'inexistence d'un compte dont la personne demanderesse serait titulaire ou bénéficiaire. La situation est toutefois différente si la demande émane d'un héritier³¹.

Enfin, on peut s'interroger si la protection accordée par une éventuelle sanction pénale peut s'étendre à des informations qui, bien que confiées au banquier par le client, sont dans le public, comme cela pourrait être le cas pour une adresse (e-mail) ou un numéro de téléphone également trouvables sur internet ou s'agissant de données révélées par le client lui-même, comme le numéro de compte sur une facture. Il s'agit pour la plupart indiscutablement de données à caractère personnel au sens, notamment, du règlement (UE) n° 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données méritant, à ce titre, toutes les mesures de protection qui en résultent. Est-ce qu'il s'agit pour autant encore de données confidentielles ou secrètes dont la révélation peut porter préjudice? À notre connaissance, la jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur la question, mais nous sommes d'avis que les données restent protégées: toute information dont le banquier a eu connaissance dans l'exercice de sa profession bénéficie de l'interdiction de révélation. Une analyse similaire s'applique pour des informations déjà connues du public, mais auxquelles le banquier peut apporter une précision ou qu'il peut expliquer ou commenter par le fait des informations lui confiées et sa connaissance du client³².

²⁸ CA Lux., 28 novembre 2000, 19224.

²⁹ CA Lux., 15 décembre 1970, *Pas.*, t. 21, p. 421.

³⁰ *Ibid.* et Liège (7^e ch.), 15 septembre 2005, *Bulletin Droit et Banque*, n° 40, p. 57.

³¹ Voy. Rapport d'activités de la CSSF de 2004, p. 143. Voy. également la Section 2, *infra*.

³² CA Lux., 15 décembre 1970, *Pas.*, t. 21, p. 421. Comme le notent GREGORIUS et KIEFFER (« Le secret bancaire luxembourgeois: *Sense and Sensibility* », *op. cit.*, p. 1006), le banquier devrait donc s'abstenir de com-

Section 2. L'action de révéler

Une infraction ne saurait être constatée que s'il y a révélation des renseignements protégés à des tiers, le secret n'étant pas opposable à son bénéficiaire. Le secret professionnel du banquier ne joue pas à l'égard du client lui-même, qui est maître de son secret³³.

Cela soulève donc la question essentielle de savoir qui est à considérer comme un tiers dans ce contexte. Les personnes qui sont dans la « sphère de discrétion » du client³⁴ ne sont pas à considérer comme des tiers (A). Toute personne en dehors de cette sphère sera à considérer comme un tiers (B). Ici également, c'est la jurisprudence civile et pénale qui a pu apporter des précisions.

A. Les personnes dans la sphère de discrétion du client ne sont pas des tiers

Sans prétendre à l'exhaustivité, certains cas particuliers de types de personnes rentrant dans la sphère de discrétion méritent d'être mis en avant.

1. Les représentants ou mandataires du client

Les représentants du client peuvent être des mandataires légaux ou conventionnels.

Ainsi ne seront notamment pas à considérer comme des tiers, les représentants du client incapable (le cas du client mineur d'âge ou du client majeur sous tutelle)³⁵.

S'agissant des représentants d'un client qui est une personne morale, dans toute logique, le secret ne sera pas opposable aux gérants et autres membres de ses organes de gestion qui disposent d'un mandat sur les comptes de la personne morale, mais pourra être opposé à tout autre membre du personnel³⁶.

Quant au mandataire conventionnel, il ne saurait être considéré comme un tiers, car il représente le client. Cela résulte des termes de l'article 1984 du Code

menter des rumeurs ou articles de presse ou une information émanant de son client relative à une information couverte par le secret.

³³ Trib. arr. Luxembourg, 24 avril 1991, *Pas.*, t. 28, p. 173. Voy. également A. HOFFMANN, « La portée du secret bancaire », *Bulletin Droit et Banque*, n° 31, pp. 34 et s.

³⁴ Trib. arr. Luxembourg, 24 avril 1991, *Pas.*, t. 28, p. 173. Voy. également Ch. LIEBERTZ et C. SCHMIDT, « Le secret bancaire face au mandat dans la perspective du banquier », *Bulletin Droit et Banque*, hors-série, ALJB, 2005, p.47. Ces auteurs relèvent notamment que le secret bancaire ne saurait être opposable aux personnes se trouvant dans la « sphère de discrétion du client ».

³⁵ Voy., pour une analyse plus détaillée, P. GREGORIUS et B. KIEFFER, « Le secret bancaire luxembourgeois : *Sense and Sensibility* », *op. cit.*, pp. 1015-1016, citant J. KAUFFMAN, « Le secret bancaire en droit luxembourgeois – Aspects actuels et perspectives », *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, vol. 2, Bruxelles, 1994, pp. 40-41.

³⁶ *Ibid.*, p. 1016.

civil selon lequel le mandat ou la procuration est l'acte par lequel le mandant donne à une autre personne le pouvoir de faire quelque chose en son nom et qui précise que «le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant».

Il appartiendra au banquier de déterminer la portée du mandat (général ou spécifique) donné par son client au tiers mandataire. Par exemple, en matière de mandat pour gestion discrétionnaire, il sera important que le mandat spécifie dans quelle mesure le gestionnaire-mandataire a accès aux informations relatives au compte pour lequel il peut être autorisé à donner des instructions³⁷.

Par ailleurs, à noter que, dans certaines relations contractuelles, le banquier peut également être un mandataire du client lié par la portée du mandat qui lui a été confié. Comme la jurisprudence a pu le préciser, «le banquier ne jouit d'aucun droit propre. Il doit suivre les injonctions (de son client). Le secret professionnel ne doit pas tourner au détriment du client. Le banquier ne doit pas se faire juge des intérêts de celui-ci»³⁸.

Enfin, les curateurs, liquidateurs et administrateurs provisoires d'une société sont mandatés d'agir au nom et pour le compte de celle-ci et le secret bancaire ne leur sera donc pas opposable³⁹.

2. Les héritiers du client

L'héritier légal qui succède au défunt par l'effet de la loi et le légataire universel, à savoir celui qui a vocation à recueillir la totalité de la succession par la suite d'un testament, ont le droit d'obtenir de la banque du *de cuius* certaines informations relatives à la situation financière de ce dernier⁴⁰.

En effet, les héritiers du client défunt sont considérés continuer sa personnalité, comme la jurisprudence a rappelé de manière constante⁴¹. Les héritiers disposent des mêmes droits que le client défunt à l'encontre du banquier.

L'héritier devra établir la réalité du décès du *de cuius* ainsi que sa propre qualité comme ayant droit.

Cependant, l'accès aux renseignements protégés est limité aux informations strictement patrimoniales et nécessaires à la sauvegarde des intérêts patrimoniaux des héritiers⁴².

³⁷ Pour une discussion des questions entourant cette problématique (étendue des informations et caractère temporel de l'accès), voy. not. P. GREGORIUS et B. KIEFFER, «Le secret bancaire luxembourgeois: *Sense and Sensibility*», *op. cit.*, p. 1019, et Ch. LIEBERTZ et C. SCHMIDT, «Le secret bancaire face au mandat dans la perspective du banquier», *op. cit.*, pp. 42 et s.

³⁸ Trib. arr. Luxembourg, 24 avril 1991, *Pas.*, t. 28, p. 173.

³⁹ Cour, 17 mars 1881, 2, 41: «[L]e curateur d'une faillite n'est pas un tiers dans les termes de l'article 1328 du Code civil administrant les biens du failli dessaisi de cette administration par la loi et le jugement déclaratif de faillite, il représente aussi bien le failli que la masse de ses créanciers.»

⁴⁰ Voy., pour une discussion détaillée de la problématique, J.-L. SCHILTZ et F. SCHILTZ, «Le secret bancaire devant le juge civil», *Droit bancaire et financier au Luxembourg – Recueil de doctrine*, 2004, pp. 307 et s.

⁴¹ Voy., p. ex., Trib. arr. Luxembourg, 27 octobre 1989, n° 339/89, *Bulletin Droit et Banque*, n° 15, 1990, p. 58.

⁴² *Ibid.*

On en retrouve une application dans un arrêt du 20 juin 2018⁴³ de la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en référé sur l'appel interjeté par un héritier contre l'irrecevabilité de sa demande en première instance de se voir fournir certaines informations au sujet de titres ayant appartenu à sa mère et qui auraient été dérobés avant d'être déposés à la banque luxembourgeoise, partie intimée. La Cour d'appel a rappelé que l'obligation au secret n'est pas opposable à l'héritier réservataire qui agit afin de préserver ses droits héréditaires. Elle a également précisé que le droit des héritiers d'agir afin de préserver leurs droits héréditaires est d'ordre public. Face à une demande de communication de pièces ou informations, le juge a le droit d'évaluer et de surmonter l'obstacle que représente le secret bancaire au moyen d'une motivation qui met en balance les intérêts légitimes des deux parties. Il peut écarter le secret bancaire pour des raisons proportionnellement aussi graves qu'il appartient au demandeur de la mesure de démontrer. La Cour a toutefois encore précisé que, quant au contenu des informations à divulguer, la dérogation à l'obligation de secret appelle à une interprétation stricte. La demande doit donc être suffisamment précise⁴⁴.

B. Les personnes en dehors de la sphère de discrétion du client sont des tiers

La situation de plusieurs types de personnes en relation avec le client et/ou la banque méritent mention.

Ainsi, il est important de noter que le conjoint du client est un tiers par rapport au compte sur lequel il n'est pas cotitulaire⁴⁵, le régime matrimonial du client restant donc sans incidence sur l'opposabilité du secret bancaire. La problématique peut notamment surgir dans le contexte d'un divorce.

Par ailleurs, le légataire du client (autre que le légataire universel, voy. *supra*) est également à considérer comme un tiers⁴⁶.

⁴³ CA Lux., 20 juin 2018, n° 119/18 – VII-REF, *Pas.*, t. 39. p. 76.

⁴⁴ Pour un autre arrêt récent dans le contexte duquel les mêmes principes ont été mis en avant, voy. CA Lux., 22 juin 2016, n° 102/16 – VII – REF, *JTL*, 2016, p. 172, commenté par A. SCHMITT et A. WAISSE, « Le secret bancaire ne ferait-il plus le poids », p. 177. Cette affaire concernait le cas d'héritiers réservataires du bénéficiaire économique d'une personne morale détenteur du compte litigieux. La Cour a notamment rappelé le droit de l'héritier réservataire d'obtenir du banquier tous les renseignements d'ordre patrimonial, même ceux qui concernent le bénéficiaire de transferts de fonds opérés par le client ou l'identité du donneur d'ordre de la demande en clôture du compte et du transfert des avoirs sur un compte déterminé, données jugées indispensables pour l'héritier réservataire en cause de connaître en vue de la concrétisation de son droit de toucher la réserve et, le cas échéant, d'agir pour recel successoral à l'encontre d'un cohéritier.

⁴⁵ CA Lux., 28 novembre 2000, 19224 REF. *Voy.*, sur cette problématique, L. SCHILTZ et F. SCHILTZ, « Le secret bancaire devant le juge civil », *op. cit.*, pp. 317 et s.

⁴⁶ Le droit d'information du légataire particulier est limité à l'indication des avoirs ou soldes des comptes qui lui sont explicitement dévolus, voy. P. GREGORIUS et B. KIEFFER, « Le secret bancaire luxembourgeois: *Sense and Sensibility* », *op. cit.*, p. 1017.

S'agissant du client qui est une personne morale, les autres entités du groupe auquel appartient la personne morale titulaire du compte sont à considérer comme des tiers, et le secret bancaire jouera pleinement à leur égard.

Il en va de même pour les autres entités du groupe auquel appartient la banque, ainsi que ses succursales établies à l'étranger.

Le bénéficiaire effectif du client est également à considérer comme un tiers par rapport aux renseignements que le client a confiés à sa banque. Il s'agit d'un contexte sur lequel la jurisprudence a eu à se prononcer déjà à plusieurs reprises pour préciser les contours des droits du bénéficiaire effectif face au secret bancaire.

Dans une affaire décidée en 2011⁴⁷, la Cour d'appel a rappelé qu'aucun lien contractuel n'existe entre la personne désignée comme bénéficiaire économique par le titulaire du compte ouvert auprès d'un établissement financier et cet établissement financier, lequel doit opposer au bénéficiaire économique le secret bancaire en ce qui concerne des renseignements sur l'état du compte et les opérations effectuées sur le compte. Cependant, comme la Cour d'appel l'a également précisé, dans l'ordre normal des choses, le bénéficiaire économique connaît l'existence de cette relation bancaire et il est en droit de la connaître. En effet, étant donné que, dans ses relations avec le titulaire du compte, l'existence de cette relation bancaire ne peut en principe constituer un secret pour le bénéficiaire économique, on conçoit mal comment, en se plaçant au niveau de la relation titulaire du compte/banquier, la connaissance par le bénéficiaire économique, ou la révélation à ses héritiers réservataires, de la seule existence de la relation bancaire pourrait se heurter au secret professionnel du banquier⁴⁸.

Par ailleurs, les autorités publiques, par exemple, les autorités fiscales, sont également des tiers, qu'elles soient locales ou étrangères.

Enfin, la question s'est encore posée de la légitimité de la divulgation si le banquier se trouve devant une juridiction. La jurisprudence accepte que le banquier, partie au procès face à son client, peut révéler des renseignements couverts par le secret pour autant que ce soit strictement nécessaire à sa défense⁴⁹.

⁴⁷ CA Lux., 19 octobre 2011, n° 35715, *JTL*, 2011, p. 83.

⁴⁸ Néanmoins, l'héritier réservataire du bénéficiaire économique se trouvera dans la même situation que le défunt s'agissant de l'opposabilité du secret bancaire. Ainsi, il lui demeure opposable en ce qui concerne les contrats conclus entre parties et les opérations effectuées sur les comptes détenus par le client/titulaire, c'est-à-dire en ce qui concerne la relation entre la banque et ledit client, à charge pour le bénéficiaire effectif de s'adresser, via la structure de contrôle ou de propriété existante, au titulaire du ou des comptes en question pour obtenir ces informations. Voy. CA Lux., 22 juin 2016, préc.

⁴⁹ Voy., p. ex., Trib. arr. Luxembourg (corr.), 26 juin 2012, n° 2270/2012, *Bulletin Droit et Banque*, novembre 2012, p. 71.

Section 3. La portée extraterritoriale de l'obligation

L'infraction de violation de l'obligation au secret bancaire est punissable, peu importe à quel endroit dans le monde la révélation se produit. L'obligation au secret a en ce sens un caractère extraterritorial⁵⁰.

Dans le cadre d'une affaire portée devant la Cour de justice de l'Union européenne (affaire *der Weduwe*, C-153/00), le gouvernement luxembourgeois a notamment pu préciser à cet égard que la législation luxembourgeoise serait totalement ineffective si elle permettait aux opérateurs de divulguer des informations couvertes par le secret bancaire en dehors du territoire grand-ducal. Dans ce cas, il suffirait que les banquiers quittent le territoire grand-ducal pour pouvoir divulguer impunément des informations qui seraient autrement couvertes par le secret bancaire. Il en résulte que, sous réserve des exceptions prévues par le droit luxembourgeois, la divulgation d'informations couvertes par le secret bancaire en dehors du territoire grand-ducal constitue une infraction susceptible d'être pénalement sanctionnée par les autorités luxembourgeoises. Il est suffisant que l'un des éléments constitutifs de l'infraction ait eu lieu sur le territoire luxembourgeois, par exemple, la prise de connaissance du renseignement protégé⁵¹.

S'il y a divulgation d'un renseignement protégé par le banquier à l'étranger, par exemple, à des autorités administratives ou judiciaires, le banquier ne sera disculpé que s'il peut invoquer valablement une des exceptions discutées au Chapitre III ci-dessous.

Section 4. L'obligation au secret dans le temps

L'obligation a un caractère pérenne. En effet, l'article 41 (8) de la LSF précise que la violation du secret demeure punissable alors même que la charge, le mandat, l'emploi ou l'exercice de la profession a pris fin. L'ex-banquier ne

⁵⁰ Pour une analyse détaillée de la problématique, voy. M. ELVINGER, « Les conflits entre l'obligation au secret bancaire instituée par la loi luxembourgeoise et l'obligation de déclaration imposée par une loi étrangère », *op. cit.*, pp. 9 et s.

⁵¹ Voy. conclusions de l'avocat général Léger sous l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 10 décembre 2002, C-153/00, pt 47. Le gouvernement luxembourgeois a précisé, dans le contexte de cette affaire, que la répression de la violation du secret bancaire était fondée sur l'article 7ter du Code d'instruction criminelle (devenu article 7-2 du Code de procédure pénale). Cette disposition prévoit qu'« est réputée commise sur le territoire du grand-duché de Luxembourg toute infraction dont un acte caractérisant l'un des éléments constitutifs a été accompli au grand-duché de Luxembourg ». Le gouvernement luxembourgeois a exposé qu'en vertu de cette disposition, il n'était pas nécessaire que tous les éléments constitutifs de l'infraction soient commis au Luxembourg pour que l'infraction puisse être pénalement sanctionnée. Il suffit que l'un des éléments constitutifs soit commis au Luxembourg. Dans le domaine du secret bancaire, l'un des éléments constitutifs de l'infraction est le fait d'avoir pris connaissance d'une information couverte par le secret bancaire. Dans la mesure où cette prise de connaissance a lieu dans un établissement situé sur le territoire grand-ducal, il est indifférent, pour la répression de la violation du secret bancaire, que la divulgation des informations ait lieu en dehors du territoire du Grand-Duché.

bénéficie donc pas de présomption quant au caractère légitime de sa révélation du fait d'avoir quitté ses fonctions⁵².

Section 5. L'élément moral

Par rapport à l'élément moral, il est évident qu'une révélation faite sous la contrainte (p. ex., sous contrainte légitime de l'ordre de la loi) ne pourra pas engager la responsabilité du banquier parce qu'on ne se trouve pas dans le cas d'une révélation ayant eu lieu librement.

S'agissant de l'élément intentionnel, il a été rappelé dans le contexte de l'affaire *Luxleaks* que l'intention délictueuse exigée est le dol simple⁵³.

En effet, les textes n'exigeant pas la preuve d'un dol spécial (la preuve d'une intention frauduleuse ou une volonté de nuire), le principe prévaut selon lequel, en matière délictuelle et criminelle, le silence du texte s'interprète comme une exigence de dol général. L'infraction n'est punissable que si elle a été commise avec connaissance et volonté, mais il ne faut donc pas d'intention frauduleuse ou volonté de nuire⁵⁴.

Comme également rappelé dans l'affaire *Luxleaks*, les révélations indiscrettes ainsi que les révélations inspirées par la cupidité ou par la méchanceté sont punissables⁵⁵.

Enfin, rappelons que l'élément moral doit être prouvé par le ministère public et ne se présume pas, une preuve qui peut être difficile à apporter⁵⁶.

C'est précisément cet élément de la nécessité de la preuve d'un dol sur le plan pénal qui fait qu'on peut trouver difficile la qualification de l'obligation pour le banquier de tenir secrets les renseignements qui lui ont été confiés comme obligation de résultat telle que retenue sur le plan civil⁵⁷.

⁵² Par analogie, la Cour d'appel a pu le rappeler dans le cadre de l'arrêt *Luxleaks – CA I*, préc., dans le contexte du secret professionnel du réviseur d'entreprises : « [l]'employé reste tenu par son obligation de respecter le secret lorsqu'il a mis fin définitivement à son activité ».

⁵³ TA Corr., 29 juin 2016, préc.

⁵⁴ D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, *Droit pénal général au Luxembourg*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 318-321. Dans le dol simple ou général, les auteurs distinguent le dol direct (la volonté du résultat) du dol indirect (supposant un acte dont l'effet incriminé, tout en dépassant le but de l'agent, est néanmoins accepté par lui) et du dol éventuel (la conséquence, pas spécialement voulue par l'agent, ne résulte pas spécialement de son action, tout en étant acceptée).

⁵⁵ Corr., 29 juin 2016, préc.

⁵⁶ D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, *Droit pénal général au Luxembourg*, op. cit., pp. 327-328. S'agissant de la question de savoir si l'erreur de fait exclut le dol, comme ces auteurs le précisent, celui-ci peut se dégager du lien étroit entre le comportement intentionnel et sa conséquence directe, dans l'hypothèse où ce lien n'aurait pas pu passer inaperçu. Ainsi, selon nous, le banquier qui révèle une information couverte par le secret bancaire par erreur pourrait se voir condamner au pénal si cette erreur résultait d'un manque de prévoyance ou d'attention de sa part et que ce résultat avait pu être prévisible.

⁵⁷ Voy., p. ex., CA Corr., 2 avril 2003, *Pas.*, t. 32, p. 524 : « En cas d'inexécution de l'obligation de résultat, le débiteur est présumé responsable, et ce, sans que le créancier ait à prouver l'existence d'une faute dans le chef du débiteur. » Pour une analyse détaillée de la problématique de la qualification de l'obligation au

En effet, c'est notamment l'absence d'aléa qui permet de qualifier une obligation comme étant de résultat⁵⁸. En réalité, une banque n'est pas, en dépit de toutes les précautions qu'elle peut prendre, à l'abri d'agissements criminels ou autres, par des tiers ou des employés, qui pourraient mener à une divulgation. Par ailleurs, le fait que le secret bancaire soit protégé par le Code pénal semble pouvoir soutenir l'analyse qu'il s'agit d'une obligation de moyens dans la mesure où il ne peut y avoir de question, en matière pénale, de responsabilité sans faute, car il n'y a pas de présomption de responsabilité pénale.

En tout état de cause, peu importe la qualification de l'obligation comme étant de résultat ou de moyens, il convient de retenir dans le contexte de l'analyse du risque d'une condamnation pénale du banquier que la preuve à rapporter pour l'infraction est celle d'une révélation volontaire⁵⁹, même s'il ne faut pas pour autant de preuve d'une intention frauduleuse ou d'une volonté de nuire.

Chapitre III. La révélation légitime

Il ressort de l'article 458 du Code pénal que l'obligation au secret des dépositaires de renseignements confidentiels tombe dans le cas où ils sont appelés à rendre témoignage et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets. De manière analogue, le paragraphe 2 de l'article 41 de la LSF prévoit que l'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par une disposition législative, même antérieure à la LSF, préservant ainsi les exceptions prévues par le Code pénal.

Par ailleurs, conformément à l'article 41 (7) de la LSF, « quiconque est tenu à l'obligation au secret visée au paragraphe (1) et a légalement révélé un renseignement couvert par cette obligation, ne peut encourir de ce seul fait une responsabilité pénale ou civile ». Si le banquier parvient à établir le caractère légitime de la révélation, il est donc exempt de responsabilité, tant sur le plan pénal que sur le plan civil.

Comme tout autre justiciable, le banquier bénéficie de la présomption d'innocence. La jurisprudence précise à cet égard qu'« [e]n matière pénale et en vertu du principe de la présomption d'innocence, il appartient au ministère public et le cas échéant à la partie civile ou au citant direct d'établir les conditions d'existence des infractions et, par voie de conséquence, l'absence des causes exclusives de la culpabilité. Si donc le prévenu allègue pareille cause et à

secret comme obligation de résultat, compte tenu, notamment, de son caractère pénal, voy. M. PIERRAT, « De la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat : pile ou face ? », *JTL*, n° 15, 5 juin 2011, pp. 61 et s.

⁵⁸ M. PIERRAT, « De la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat : pile ou face ? », *op. cit.*, p. 62.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 66.

condition qu'elle est plausible et n'est pas dénuée de tout élément permettant de lui accorder crédit, il incombe au ministère public d'établir l'inexactitude de cette allégation»⁶⁰.

Par ailleurs, il y a lieu de relever que le banquier se trouve de plus en plus souvent face à des situations internationales d'échange ou de production d'informations. Comme rappelé ci-dessus, l'obligation au secret bancaire a nécessairement une portée extraterritoriale. Dans un tel contexte, le banquier ne pourra se délier de son obligation au secret bancaire même à l'étranger en dehors des cas prévus par la loi luxembourgeoise. Les exceptions au secret bancaire ne peuvent donc être fondées que sur les dispositions du droit luxembourgeois⁶¹.

Nous reviendrons plus en détail sur les exceptions légales que le banquier pourra invoquer (Section 1). Nous examinerons également le cas particulièrement actuel de la protection du lanceur d'alerte (Section 2). Le débat autour d'une éventuelle exonération du banquier peut toutefois aussi se situer au niveau des limites intrinsèques de l'obligation au secret (Section 3).

Section 1. Les exceptions légales

L'article 41 (2) de la LSF prévoit que l'obligation au secret n'existe pas lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la LSF. Est ainsi visé le cas du banquier face aux autorités judiciaires (A) et bien d'autres exceptions légales. Certaines exceptions spécifiques prévues à l'article 41 de la LSF, dont notamment celle relative à la sous-traitance ou l'*outsourcing*, ont un intérêt particulier (B). De même, l'obligation de coopération prévue à l'article 40 de la LSF mérite qu'on s'y attarde (C). Une autre exception légale moins directe découle des textes régissant la procédure judiciaire, notamment l'obtention de pièces détenues par un tiers (art. 284 et 285 nouv. C. proc. civ. [ci-après, «NCPC»]) (D).

⁶⁰ CA corr., 8 mars 2005, n° 129/05 V.

⁶¹ Voy., à cet égard, la position exprimée par le gouvernement luxembourgeois relevée au point 48 des conclusions sous l'arrêt *der Weduwe*, précit.

A. Le banquier face aux autorités judiciaires

1. Le témoignage en justice du banquier⁶²

L'obtention de témoignages fait partie des méthodes classiques d'investigation. Le banquier peut être appelé à témoigner devant un juge sur la situation d'un client dans de multiples contextes⁶³.

En vertu de l'article 77 du Code de procédure pénale, selon lequel « toute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer », le banquier ne peut pas refuser de comparaître.

La même disposition ajoute toutefois que cette obligation est « sous réserve [...] de l'article 458 du Code pénal ». Ce dernier indique que le témoignage en justice constitue une exception à l'obligation de ne pas révéler du professionnel.

Il en résulte que, tel que la jurisprudence a pu le préciser, le banquier est tenu de comparaître, mais peut décider librement s'il révèle ou non les renseignements protégés par le secret bancaire. En effet, tant en matière civile⁶⁴ qu'en matière pénale, le banquier « peut décider en âme et conscience de divulguer ou non des renseignements lorsqu'il est appelé à témoigner en justice »⁶⁵.

Enfin, il y a lieu de relever que, selon certaines opinions, l'exception peut également valoir pour le témoignage devant des juridictions d'autres États membres de l'Union européenne (« UE »). Cela est du moins confirmé par la position exprimée par le gouvernement luxembourgeois dans le contexte de l'affaire *der Weduwe*, précitée, telle que reprise au point 30 de l'arrêt dans cette affaire, selon laquelle la notion d'autorité judiciaire à l'article 458 du Code pénal ne couvre pas uniquement les autorités judiciaires luxembourgeoises, mais également les autorités judiciaires des autres États membres. Nous tenons toutefois à ajouter que cette interprétation n'a pas encore été mise à l'épreuve de la jurisprudence luxembourgeoise et ne vaut, à notre sens, que pour le témoignage en justice, un contexte qui ne saurait être confondu avec celui de la réponse à apporter à une demande de production de pièces d'une juridiction étrangère.

⁶² Pour une discussion de la problématique, voy. également C. BOURIN-DION, « L'ambivalence des relations entre le banquier et le juge pénal : entre Charybde et Scylla », *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, 2014, vol. 1, p. 404, et A. HOFFMANN, « La portée du secret bancaire », *op. cit.*, p. 36.

⁶³ Voy., not., l'article 24-1 du Code de procédure pénale, selon lequel pour tout délit, le Procureur d'État peut requérir du juge d'instruction d'ordonner une perquisition, une saisie, l'audition d'un témoin ou une expertise sans qu'une instruction préparatoire soit ouverte, et l'article 69 du Code de procédure pénale dont il résulte que le juge d'instruction fait citer devant lui toutes les personnes dont la déposition lui paraît utile.

⁶⁴ Voy., not., l'article 406 du Nouveau Code de procédure civile selon lequel quiconque qui est légalement requis est tenu de déposer, mais que peuvent être dispensées de déposer les personnes qui justifient d'un motif légitime. Le secret bancaire peut être un tel motif légitime.

⁶⁵ CA Corr., Luxembourg, 30 mars 2004, n° 105/04 V, *BJJ*, 2004, p. 159.

2. L'instruction pénale

Le banquier ne pourra invoquer l'exception légale lorsqu'il se trouve face à une perquisition ordonnée par le juge d'instruction dans le contexte d'une enquête pénale au sens de l'article 65, § 1^{er}, du Code de procédure pénale. Il ressort de cette disposition que les perquisitions sont effectuées dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité.

Devant ce pouvoir exorbitant de droit commun ne supportant aucune exception, le secret bancaire ne résiste pas. Le banquier reste passif devant une telle mesure. Les renseignements saisis dans le contexte de la perquisition ne constituent pas une révélation de sa part. Il peut toutefois être noté qu'une pratique s'est installée selon laquelle il est demandé au banquier de préparer les informations pertinentes compte tenu de la portée de l'ordonnance d'instruction avant que la perquisition ait lieu. Pour le banquier, il s'agira toujours d'une exécution en réponse à une contrainte légale⁶⁶.

Par ailleurs, le Code de procédure pénale définit certaines circonstances particulières dans lesquelles les établissements de crédit peuvent se voir adresser des ordonnances du juge d'instruction visant la soumission de certaines données sur des comptes spécifiés ou des opérations qui y sont relatives pendant une période déterminée dans le cadre d'enquêtes pénales en cours (art. 66-2 à 66-5 C. proc. pén.). Il s'agit également d'exceptions de droit pénal que le banquier devra respecter.

B. Les exceptions de l'article 41 de la LSF

L'article 41 de la LSF prévoit, en ses paragraphes 2*bis* à 5, certaines exceptions au secret bancaire visant, d'une part, à permettre une flexibilité dans l'organisation des banques et, d'autre part, l'échange d'informations avec les autorités chargées de la surveillance prudentielle du secteur financier. Il est important de noter que l'article 41 (6) précise que les renseignements couverts par le secret bancaire, une fois révélés, ne peuvent être utilisés qu'à des fins pour lesquelles la loi permet leur révélation.

1. L'externalisation

S'agissant de l'organisation des banques, la loi du 27 février 2018 a apporté quelques modifications au régime existant dans le but de faciliter l'externalisation de tâches à d'autres entités du groupe ou en externe. L'ancienne version de la LSF prévoyait à cet égard que l'obligation au secret n'existait pas à l'égard d'établissements de crédit et de PSF de support lorsque les renseignements

⁶⁶ *Ibid.* Dans le contexte de cette affaire, il a notamment été retenu que le banquier qui remet des pièces au juge d'instruction lors d'un interrogatoire qui fait suite à des ordonnances de perquisition et de saisie et d'une citation à comparaître de la part de ce juge ne remet pas ces pièces librement, mais en vertu d'une obligation légale ou d'un ordre de la loi.

communiqués étaient fournis dans le cadre d'un contrat de services. Il était donc nécessaire que la sous-traitance se fasse à des entités réglementées luxembourgeoises pour que la transmission de données soit couverte par l'exception légale au secret bancaire.

Dans sa rédaction actuelle l'article 41 prévoit, dans un nouveau paragraphe *2bis*, que l'obligation au secret n'existe pas à l'égard des personnes établies au Luxembourg qui sont soumises à la surveillance prudentielle de la CSSF, de la BCE ou du Commissariat aux assurances («CAA»), et qui sont tenues à une obligation de secret pénalement sanctionnée, dans la mesure où les renseignements communiqués à ces personnes sont fournis dans le cadre d'un contrat de services. Il s'ensuit que des données protégées par le secret peuvent être échangées entre ces acteurs si elles sont nécessaires ou utiles à la prestation de services par le destinataire à sa contrepartie.

Il ressort de l'alinéa 2 de cette disposition que, dans tous les autres cas de sous-traitance par la banque, le secret sera uniquement levé envers les entités en charge de la prestation de services sous-traités ainsi qu'à l'égard des employés et autres personnes qui sont au service de ces entités si certaines conditions sont remplies. Le client doit avoir accepté, «conformément à la loi ou selon les modalités d'information convenues entre les parties, la sous-traitance des services sous-traités, le type de renseignements transmis dans le cadre de la sous-traitance et le pays d'établissement des entités prestataires des services sous-traités». Les personnes ayant ainsi accès aux renseignements visés doivent être soumises par la loi à une obligation de secret professionnel ou être liées par un accord de confidentialité.

Il ressort des travaux parlementaires de la loi du 27 février 2018⁶⁷ que ce changement de régime visant à faciliter la sous-traitance par les banques à l'extérieur du groupe et vers l'étranger a suscité beaucoup de discussions, voire d'opposition.

La version initiale du texte imposait pour la sous-traitance extragroupe l'acceptation préalable écrite du client. Le texte final ne distingue pas entre la délégation intragroupe ou extragroupe, mais seulement entre celle faite à des entités réglementées luxembourgeoises et à toute autre entité à Luxembourg ou à l'étranger. La banque doit communiquer clairement au client certains détails sur les contrats de délégation existants afin de s'assurer de son consentement. Toutefois, compte tenu du fait que la loi ne requiert pas le consentement explicite du client et permet l'acceptation du client suivant les modalités d'information convenues entre les parties, il pourra suffire pour la banque d'insérer ces précisions dans les conditions générales, les contrats de dépôt ou autres contrats similaires liant les clients et l'entité qui sous-traite. Cette décharge peut se faire par le client seul et vaudra par rapport à toutes les informations qui

⁶⁷ Projet de loi n° 7024, Rapport de la Commission des Finances et du Budget, pp. 16 et s.

seront transmises dans le cadre de la sous-traitance⁶⁸. De toute évidence, la banque devra aussi prévoir des clauses traitant de sa responsabilité en matière de protection des données, un sujet qui dépasse toutefois le cadre du présent article.

2. La coopération avec les autorités de supervision prudentielle

L'article 41 (3) de la LSF prévoit que l'obligation au secret n'existe pas envers les autorités nationales, européennes et étrangères chargées de la surveillance prudentielle du secteur financier ou de procédures de résolution si elles agissent dans le cadre de leurs compétences légales spécifiques en la matière et si les renseignements communiqués sont couverts par le secret professionnel de l'autorité qui les reçoit⁶⁹. La transmission des renseignements nécessaires à une autorité étrangère ne se fait toutefois pas de manière directe, mais doit passer par l'intermédiaire de l'entreprise mère ou de l'actionnaire ou associé compris dans cette même surveillance. Exception est faite pour les autorités au niveau de l'Union européenne. La transmission des renseignements nécessaires à la BCE, au Conseil de résolution unique, à l'Autorité européenne des marchés financiers, à l'Autorité bancaire européenne ou à l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles dans le cadre de la supervision prudentielle ou dans un contexte de résolution peut se faire directement pour autant que la législation applicable au Luxembourg habilite l'autorité en cause à solliciter directement les renseignements visés auprès de la personne établie au Luxembourg.

3. La gestion saine et prudente dans le groupe bancaire

Comme corollaire des obligations de surveillance prudentielle, l'article 41 (4) de la LSF prévoit que, sous certaines conditions, le secret n'existe pas dans le contexte de certains échanges dans le groupe qui se font typiquement dans le contexte de la surveillance d'entités réglementées et de l'obligation de gestion saine et prudente du groupe. Ainsi, l'obligation au secret n'existe pas à l'égard des actionnaires ou associés de la banque luxembourgeoise dont la qualité est une condition de l'agrément de l'établissement en cause, à savoir ceux qui détiennent une participation qualifiée, pour autant qu'il s'agisse de renseignements strictement nécessaires à l'évaluation des risques consolidés ou au calcul de *ratios* prudentiels consolidés ou à la gestion saine et prudente de l'établissement.

L'alinéa 2 du même paragraphe prévoit que l'établissement de crédit ou le PSF faisant partie d'un groupe financier garantit aux organes internes de contrôle du groupe l'accès, en cas de besoin, aux renseignements concernant des relations d'affaires déterminées, dans la mesure nécessaire à la gestion glo-

⁶⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁶⁹ Notons que l'article 44 de la LSF décrit l'étendue du secret professionnel qui s'impose à la CSSF et son personnel.

bale des risques juridiques et de réputation liés au blanchiment ou au financement du terrorisme, une garantie liée aux obligations de communication de renseignement de données qui résulte pour les banques de ces législations, discutées davantage ci-après⁷⁰.

C. Le devoir de coopération du banquier avec les autorités (art. 40 LSF)

Selon l'article 40 de la LSF, les établissements de crédit et les PSF 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.

En substance, l'article 40 de la LSF prévoit la possibilité pour la banque de communiquer des informations couvertes par le secret bancaire à toute autorité chargée de l'application des lois et investie de pouvoirs spéciaux conformément aux dispositions légales et réglementaires prévues par la loi luxembourgeoise en vigueur. La banque est obligée de fournir une coopération exacte et complète aux demandes légales de ces autorités.

Formulée de manière large, cette disposition va au-delà des cas d'échange de renseignements explicitement traités à l'article 41 de la LSF. Elle ne contient toutefois pas d'obligation générale d'information et ne vise donc pas à modifier les exceptions au secret bancaire prévues aux articles 41 de la LSF et 458 du Code pénal précités. En soi, elle n'entraîne donc pas une levée automatique du secret bancaire, mais impose une obligation de diligence au banquier en présence d'une demande légale émanant d'une autorité agissant dans le cadre de l'exercice de ses compétences en application de la loi. Ainsi, le banquier devra s'assurer à chaque fois que l'autorité qui se présente dispose des pouvoirs nécessaires conformément à sa mission légale.

Par ailleurs, la disposition ne vise pas le témoignage en justice du banquier, l'autorité visée par la LSF étant l'autorité administrative et non judiciaire⁷¹. Le cas du témoignage en justice est d'ailleurs explicitement régi par le Code pénal, comme relevé ci-dessus.

La disposition vise donc, en substance, les cas issus de législations diverses dans lesquels le banquier ne peut échapper à des demandes de renseignements, voire à des devoirs de déclaration de plus en plus poussés. Les cas les plus évidents sont rappelés ci-après⁷². Dans chacune de ces matières, un manquement

⁷⁰ À noter encore que le paragraphe *Sbis* de l'article 41 lève le secret concernant les échanges de renseignements au sein de conglomérats financiers pour autant que nécessaires dans le contexte de la surveillance de telles entités.

⁷¹ Même si on a pu lire des interprétations divergentes dans la doctrine. Voy. not. P. GREGORIUS et B. KIEFFER, « Le secret bancaire luxembourgeois: *Sense and Sensibility* », *op. cit.*, pp. 1030-1035.

⁷² Voy. toutefois également, pour un aperçu plus complet, la partie de ce livre examinant les différentes obligations de dénonciation du banquier.

au devoir de coopération du banquier peut donner lieu, le cas échéant, à des sanctions administratives ou pénales.

1. La surveillance prudentielle du secteur financier

L'article 40 vise, de toute évidence, les demandes d'information de la CSSF dans le cadre de son rôle d'autorité de surveillance prudentielle du secteur financier en vertu de la LSF. À cet égard, l'article 53 de la LSF précise, en substance, le droit d'accès de la CSSF aux documents et données susceptibles d'être pertinents pour l'exercice de sa mission et d'en recevoir ou d'en prendre copie, de demander la fourniture d'informations, y compris des enregistrements téléphoniques ou communications électroniques, de mener des enquêtes, et de convoquer et d'entendre des personnes. La CSSF peut transmettre les informations obtenues au Procureur d'État en vue de poursuites pénales.

2. La lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme⁷³

La loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, telle que modifiée (la «loi AML»)⁷⁴, impose en son article 5 aux «professionnels» tels que définis, qui incluent notamment les banques et PSF, ainsi qu'à leurs dirigeants et employés, en substance, d'informer sans délai, de leur propre initiative, la Cellule de renseignement financier («CRF») lorsqu'ils savent, soupçonnent ou ont des motifs raisonnables de soupçonner qu'un blanchiment, une infraction sous-jacente associée ou un financement du terrorisme est en cours, a eu lieu, ou a été tenté, notamment en raison de la personne concernée, de son évolution, de l'origine des avoirs, de la nature, de la finalité ou des modalités de l'opération. Une telle déclaration, communément appelée «déclaration de soupçon», doit être accompagnée de toutes les informations et pièces qui la motivent. Le client ne peut pas être informé de la déclaration. Le CRF a le droit de se voir fournir sans délai, à sa demande, toutes les informations requises, et notamment les pièces sur lesquelles les informations sont fondées. La loi AML ajoute explicitement que le secret professionnel des acteurs concernés ne joue pas à l'égard de la CRF.

Par ailleurs, il ressort de l'article 8-2 de la loi AML qu'en matière d'obtention de données et documents et d'enquête, les pouvoirs de la CSSF, autorité de contrôle des banques et PSF en matière de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, sont, en substance, similaires à ceux dont elle dispose dans sa fonction d'autorité de surveillance prudentielle du secteur financier et en matière d'abus de marché, y compris en ce qui concerne le pouvoir de transmettre les informations obtenues au Procureur d'État en vue de poursuites pénales.

⁷³ Pour une analyse plus détaillée des obligations du banquier dans ce domaine, il est fait référence à l'article du présent ouvrage de Glenn Mayer et Helena Finn : « Lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme : quand le risque pénal du banquier cède le pas face au risque administratif ».

⁷⁴ Version coordonnée : site internet de la CSSF.

Enfin, dans ce contexte, un devoir supplémentaire de communication de données résulte de la loi du 13 janvier 2019 instituant un Registre des bénéficiaires effectifs⁷⁵ prévoyant le devoir pour les entités juridiques luxembourgeoises concernées de publier certaines données personnelles concernant leurs bénéficiaires effectifs dans le Registre des bénéficiaires effectifs, accessible au public. L'article 8 de cette loi impose au banquier, comme aux autres professionnels au sens de la loi AML, le devoir de notifier le gestionnaire dudit registre quand ils constatent l'existence de données erronées ou le défaut de tout ou partie de données par rapport aux données dont ils disposeraient eux-mêmes sur l'identification des bénéficiaires effectifs de leurs clients dans un délai de 30 jours de cette constatation. Même si aucune sanction n'est associée à cette obligation de déclaration, il n'en résulte pas moins un nouveau devoir légal pour le banquier de communiquer des renseignements relatifs à son client pour lequel il pourra invoquer le bénéfice de l'exception légale. On peut souligner ici que la prudence sera de mise, car les renseignements portés au Registre des bénéficiaires effectifs ressortent de la seule interprétation de la définition légale de bénéficiaire effectif, sans égard à des procédures internes d'évaluation des risques telles qu'appliquées au sein des banques.

3. La lutte contre la fraude fiscale et l'évasion fiscale

a. L'administration fiscale luxembourgeoise

Le règlement grand-ducal du 24 mars 1989⁷⁶ précise le secret bancaire en matière fiscale. Il délimite le droit d'investigation des administrations fiscales en prévoyant qu'il leur est interdit d'exiger des renseignements individuels ou des renseignements sur tous les comptes d'une catégorie ou importance déterminée à une banque, PSE, société holding ou organismes de placement collectif. Le secret bancaire est donc explicitement précisé. Exception est toutefois faite pour les droits d'enregistrement (cas des mutations mobilières) et de succession régis par la loi du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession⁷⁷.

Aujourd'hui, ledit règlement grand-ducal reste toutefois pertinent uniquement sur le plan interne. En effet, il n'est pas opposable aux demandes d'informations et devoirs de communication résultant de réglementations européennes ou internationales.

Sous pression internationale, l'évolution de la position du Luxembourg vers un régime d'échange d'informations sur demande a profondément affecté la portée du secret bancaire⁷⁸.

⁷⁵ Mémorial A, 2019, n° 15.

⁷⁶ Règlement grand-ducal du 24 mars 1989 précisant le secret bancaire en matière fiscale et délimitant le droit d'investigation des administrations fiscales, Mémorial A, 1989, n° 15.

⁷⁷ Mémorial A, 1948, n° 9.

⁷⁸ Pour un résumé de l'historique de cette évolution vers la transparence, voy., not., M. BERTHA et Y. PRUSSEN, «L'échange automatique des renseignements à des fins fiscales. *Quo vademus?*», *Droit bancaire et finan-*

b. L'échange de renseignements sur demande étrangère

Depuis la loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale⁷⁹ (la «loi du 25 novembre 2014»), l'administration fiscale luxembourgeoise est autorisée à requérir les renseignements de toute nature demandés pour l'application de l'échange de renseignements aux détenteurs de tels renseignements dont elle ne dispose pas elle-même si la demande émane d'un État requérant en vertu d'une convention bilatérale tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, en vertu d'un accord bilatéral sur l'échange de renseignements en matière fiscale ou en vertu des lois citées à son article 1^{er}.

À la suite d'une telle demande, un détenteur de renseignements, par exemple, une banque, est obligé de fournir les renseignements et pièces justificatives demandés par injonction dans leur totalité, de manière précise, sans altération, endéans le délai d'un mois sous peine d'amende administrative. L'absence de voies de recours effectifs pour la personne visée par la demande de renseignements telle que prévue par la loi du 25 novembre 2014 a donné lieu à un arrêt important de la Cour de justice de l'Union européenne remettant en cause la compatibilité du régime avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la «Charte»)⁸⁰. Le problème a finalement été réglé par la

cier au Luxembourg – Recueil de doctrine, 2014, pp. 2931-2967; voy. J. SCHAFFNER, «L'irrésistible percée vers la transparence», *op. cit.*, et M. GOEBEL et A. NOEL, «L'échange de renseignements sur demande en matière fiscale: l'introduction de la nouvelle loi du 1^{er} mars 2019 pour répondre aux critiques formulées par l'arrêt *Berlioz* et les problématiques résiduelles quant à l'application de cet arrêt», *Guide des comptes annuels pour le Luxembourg, Actualités en bref*, Wolters Kluwer, juin 2019, pp. 3-15.

⁷⁹ Loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale, *Mémorial A*, 2014, n° 214.

⁸⁰ Dans son arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz*, C-682/15, pts 53 et s., la Cour de justice de l'Union européenne a considéré, en substance, que le juge national, saisi d'un recours contre une amende infligée à un administré pour non-respect d'une décision d'injonction, doit pouvoir examiner la légalité de cette dernière afin de satisfaire au droit à un recours juridictionnel effectif, inscrit dans la Charte. Elle a également considéré qu'une telle décision d'injonction ne peut être légale que si les informations demandées sont «vraisemblablement pertinentes» pour les besoins de l'enquête fiscale dans l'État membre qui les sollicite. Selon elle, en effet, l'obligation qui incombe aux autorités fiscales d'un État membre de coopérer avec les autorités fiscales d'un autre État membre s'étend uniquement, selon les termes mêmes de la directive, à la communication d'informations «vraisemblablement pertinentes», de sorte que les États membres ne sont pas libres d'effectuer des «recherches tous azimuts» ni de demander des informations dont il est peu probable qu'elles concernent la situation fiscale du contribuable concerné. Il leur appartient certes de déterminer les informations dont ils estiment avoir besoin. Ils ne sauraient pour autant demander des informations sans aucune pertinence pour l'enquête en cause, le destinataire d'une décision d'injonction devant pouvoir invoquer en justice la non-conformité de la demande d'informations avec la directive et, partant, l'illégalité de la décision d'injonction qui en résulte. Elle a encore précisé (pts 100 et 101) que le secret de la demande d'informations peut, en revanche, être opposé à l'administré, qui ne dispose donc pas d'un droit d'accès à l'ensemble de cette demande, mais qui doit pouvoir faire entendre sa cause de manière équitable, avoir accès aux informations essentielles de la demande d'informations (à savoir l'identité du contribuable concerné et la finalité fiscale des informations demandées), le juge pouvant lui fournir certains autres éléments d'information s'il estime que ces informations essentielles ne suffisent pas.

loi du 1^{er} mars 2019⁸¹ qui prévoit désormais la possibilité d'un recours en annulation pour le détenteur des renseignements contre la décision portant injonction. Tout en ne pouvant pas faire valoir son obligation au secret, le banquier dispose donc d'une certaine protection contre des *fishing expeditions* d'autorités fiscales étrangères⁸². Par ailleurs, l'administration fiscale est désormais obligée de s'assurer que les renseignements demandés ne sont pas dépourvus de toute pertinence vraisemblable eu égard à l'identité de la personne visée par la demande d'échange de renseignements et à celle du détenteur des renseignements, ainsi qu'aux besoins de la procédure fiscale en cause⁸³.

c. L'échange automatique d'informations

Certains régimes particuliers méritent encore mention à cause de leur importance concrète dans l'activité journalière du banquier et leur effet nécessairement disculpant s'agissant de l'obligation au secret du banquier.

La loi du 18 décembre 2015 concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale (la «loi du 18 décembre 2015»)⁸⁴ transpose la directive 2014/107/UE du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal qui incorpore la norme commune de déclaration (NCD ou CRS, *Common Reporting Standard*) et de diligence raisonnable en matière d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, standard élaboré par l'Organisation de coopération et de développement économiques («OCDE»). Il en résulte pour l'administration fiscale luxembourgeoise une obligation d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale avec les États membres de l'Union européenne et les autres juridictions partenaires du Luxembourg⁸⁵. Elle impose au banquier sous peine d'amende l'obligation d'identifier les résidents des juridictions participant au CRS, via la collecte et

⁸¹ Loi du 1^{er} mars 2019 portant modification de la loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale, *Mémorial A*, 2019, n° 112.

⁸² Pour une analyse plus détaillée de la loi, voy. M. GOEBEL et A. NOEL, « L'échange de renseignements sur demande en matière fiscale: l'introduction de la nouvelle loi du 1^{er} mars 2019 pour répondre aux critiques formulées par l'arrêt *Berlioz* et les problématiques résiduelles quant à l'application de cet arrêt », *op. cit.*

⁸³ Voy. les indications qui avaient été données à cet égard par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Berlioz*, *préc.*, pts 75 et s., selon lequel les autorités de l'État requis ne doivent pas se limiter à une vérification sommaire et formelle de la régularité de la demande d'informations, mais doivent également s'assurer que les informations demandées ne sont pas dépourvues de toute pertinence vraisemblable pour les besoins de l'enquête fiscale compte tenu de l'identité du contribuable visé par l'enquête et de la finalité de celle-ci. De même, le juge de l'État requis doit pouvoir exercer le contrôle de la légalité de la demande, mais il doit uniquement vérifier si la décision d'injonction se fonde sur une demande d'informations suffisamment motivée portant sur des informations qui n'apparaissent pas, de manière manifeste, dépourvues de toute pertinence vraisemblable avec l'enquête fiscale concernée.

⁸⁴ *Mémorial A*, 2015, n° 244.

⁸⁵ Il y a plus de soixante juridictions soumises à déclaration, incluant les vingt-huit États membres de l'Union européenne, sur la base de la liste incluse dans le règlement grand-ducal modifié du 13 février

le signalement de certaines informations relatives au statut de résident fiscal de tout titulaire de comptes et/ou bénéficiaire effectif de certaines entités, et de reporter les informations les concernant à l'administration fiscale sur une base annuelle. Cette dernière se charge à son tour de transférer, aux autorités fiscales compétentes du pays de résidence de la personne soumise à déclaration, des informations identifiant la personne, les comptes détenus et les revenus financiers encaissés.

À cette fin, les banques obtiennent à l'entrée en relation de la part des titulaires de comptes et des bénéficiaires effectifs de certaines entités pour lesquels un ou plusieurs indices pertinents auraient été détectés, un formulaire d'autocertification reprenant leurs États de résidence fiscale ainsi que leurs numéros d'identification fiscale.

Quant à la loi du 24 juillet 2015 portant approbation de l'accord intergouvernemental FATCA entre les États-Unis et le Luxembourg signé le 28 mars 2014⁸⁶ (ci-après, la « loi FATCA »), elle concerne l'impact de la loi fiscale américaine dénommée *Foreign Account Tax Compliance Act* (« FATCA ») visant à contrer l'évasion fiscale par les ressortissants américains lorsque ceux-ci entretiennent – même indirectement – des relations bancaires en dehors du territoire des États-Unis. La loi américaine impose, à compter de 2015, la mise en place par les établissements financiers non américains d'une déclaration annuelle à l'administration fiscale américaine des comptes et avoirs en banque détenus hors des États-Unis par des contribuables américains. Le dispositif tel que défini notamment dans l'accord intergouvernemental impose aux institutions financières qui se déclarent participantes, sous peine d'amendes, des obligations de déclaration annuelle à l'administration fiscale similaire à celles résultant du dispositif CRS. Ces données sont alors transmises à l'administration fiscale américaine. En substance, les institutions financières doivent rapporter l'identité des personnes américaines déterminées (*Specified U.S. Persons*), leurs comptes rapportables (*U.S. Reportable Accounts*), le solde de ces comptes au 31 décembre de chaque année, leurs revenus financiers et les revenus de cessions de titres. En pratique, comme dans le contexte CRS, le client remplit un formulaire d'identification certifiant sa résidence fiscale et son statut américain.

Il résulte de cet aperçu – non exhaustif – des obligations de communication de données imposées au banquier dans le domaine fiscal qu'il s'agit d'un des domaines où, dans un contexte international, le secret bancaire est le plus mis à mal. Pourtant, le risque de poursuites pénales du banquier en lien avec des communications en matière fiscale ne paraît pas être diminué pour autant. Le banquier devra en effet évaluer les situations individuelles des clients et

2018 portant exécution de l'article 4, § 2, de la loi du 23 décembre 2016 relative à la déclaration pays par pays, *Mémorial A*, 2018, n° 136, revue annuellement.

⁸⁶ *Mémorial A*, 2015, n° 145.

avoir les systèmes en place pour s'assurer que les divulgations restent limitées à celles légalement prévues.

4. La lutte contre les abus de marché⁸⁷

Les devoirs de communication du banquier dans ce domaine sont régis par le règlement relatif aux abus de marché⁸⁸. Son article 16 impose au banquier qui organise ou exécute des transactions à titre professionnel et qui a des motifs raisonnables de suspecter qu'un ordre ou une transaction portant sur tout instrument financier, que cet ordre ait été passé ou cette transaction exécutée sur ou en dehors d'une plate-forme de négociation, pourrait constituer une opération d'initié, une manipulation de marché ou une tentative d'opération d'initié ou de manipulation de marché telles que définies par ledit règlement, de le notifier sans retard à l'autorité compétente, à savoir la CSSF. Le règlement délégué (UE) n° 2016/957⁸⁹ prévoit à cet égard un modèle unique et harmonisé pour la transmission électronique de déclarations de transactions et d'ordres suspects (STOR) indiquant les informations à communiquer. Le banquier ne peut toutefois pas faire état de cette communication à son client-donneur d'ordre.

Dans ce contexte, la loi modifiée du 23 décembre 2016 relative aux abus de marché (la « loi abus de marché »)⁹⁰ précise à son article 4, § 1^{er}, l'étendue des pouvoirs d'accès aux documents et données de la CSSF, qui sont similaires à ceux mentionnés ci-dessus ressortant de l'article 53 de la LSF⁹¹. La possibilité de transmettre les informations au Procureur d'État en vue de poursuites pénales est également prévue. Son paragraphe 3 ajoute que toute personne qui met des informations à la disposition de la CSSF conformément au règlement relatif aux abus de marchés ou à la présente loi n'est pas considérée comme violant une quelconque restriction à la divulgation d'informations requise en vertu d'un contrat ou d'une disposition législative, réglementaire ou administrative, et cela n'entraîne, pour la personne concernée, aucune responsabilité quelle qu'elle soit relative à cette notification. Comme l'indiquent les travaux parlementaires de la loi abus de marché, cela ressort du règlement relatif aux

⁸⁷ Pour une analyse plus détaillée des obligations du banquier dans ce domaine, il est fait référence à l'article du présent ouvrage de Frédéric Stasiak : « Le risque pénal du banquier en matière boursière ».

⁸⁸ Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission.

⁸⁹ Règlement délégué (UE) n° 2016/957 de la Commission du 9 mars 2016 complétant le règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation concernant les mesures, systèmes et procédures adéquats et les modèles de notification à utiliser pour prévenir, détecter et déclarer les pratiques abusives ou les ordres ou transactions suspects.

⁹⁰ Version coordonnée: site internet de la CSSF.

⁹¹ Le paragraphe 2 de l'article 4 précise que ces pouvoirs s'appliquent sans préjudice des dispositions légales sur le secret professionnel, mais les travaux parlementaires indiquent qu'il ne s'agit pas ici des personnes soumises à la surveillance de la CSSF, mais plutôt des avocats ou journalistes (travaux parlementaires, projet de loi n° 7022, rapport de la Commission des Finances et du Budget, p. 11).

abus de marché. De toute évidence, s'agissant du banquier, cela ne fait que confirmer le régime de l'article 41 (7) de la LSF prévoyant l'impunité civile et pénale dans le cas d'une révélation légitime.

D. Les demandes de communication de pièces dans une procédure judiciaire civile

L'article 284 du NCPC prévoit que si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce. L'article 285 précise que la demande est faite sans forme et que le juge, s'il l'estime fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte.

Il en résulte donc un devoir de coopération avec la justice permettant l'obtention de preuve par une partie ou un tiers. En tant que tiers au litige, le banquier ne peut donc pas échapper aux « pouvoirs inquisitoriaux du juge » conférés par ce texte de loi spécifique, son obligation au secret n'étant donc pas absolue.

L'article 287 du NCPC précise toutefois qu'« [e]n cas de difficulté, ou s'il est invoqué quelque empêchement légitime, le juge qui a ordonné la délivrance ou la production peut, sur la demande sans forme qui lui en sera faite, rétracter ou modifier sa décision [...] ». La jurisprudence a précisé le pouvoir d'appréciation du juge examinant le caractère légitime de l'empêchement : (i) l'obligation doit être prévue par la loi, (ii) une nécessité de sauvegarde d'un droit d'une partie légalement reconnu ou judiciairement constaté doit être présente ; (iii) la production forcée de la pièce en cause doit être indispensable à la manifestation de la vérité, et (iv) le demandeur ne doit pas avoir d'autres moyens d'obtenir la pièce ou le renseignement⁹².

Il s'ensuit que l'empêchement légitime que constitue le secret bancaire sera écarté si la partie demanderesse d'un document ou d'une information prouve que les conditions (iii) et (iv) sont remplies. L'obligation au secret cesse d'exister s'il y a des raisons proportionnellement aussi graves que la gravité de l'atteinte au secret. Il s'ensuit qu'en principe, si le demandeur dispose d'un autre moyen pour obtenir la pièce en cause, le secret bancaire resterait une cause d'empêchement légitime.

Enfin, le demandeur doit identifier clairement les pièces dont il entend obtenir une copie.

S'agissant de la question de savoir sous quelles conditions le banquier luxembourgeois doit ou peut répondre à une demande de production de pièces

⁹² CA Lux., 5 novembre 2003, n° 26588, *BJJ*, 2004, p.8.

issue d'un tribunal étranger, un récent arrêt de la Cour de cassation belge du 26 avril 2018 interpelle⁹³. On déduit de l'extrait publié de cet arrêt qu'une banque luxembourgeoise condamnée à produire des pièces sous peine d'astreinte dans le contexte d'une procédure civile belge dans laquelle elle était tierce partie a saisi la plus haute juridiction belge sur la légalité d'une telle condamnation au vu des règles de droit de l'Union européenne au sujet de la coopération judiciaire et du caractère d'ordre public du secret bancaire luxembourgeois.

Il a été considéré dans le passé par la doctrine luxembourgeoise que les demandes d'entraide des autorités étrangères en matière de production de pièces (que ce soit en matière civile, administrative ou commerciale) à exécuter sur le territoire d'un autre État membre que celui du juge du fond ne peuvent bénéficier de l'exception au secret bancaire et doivent être présentées conformément aux exigences des traités internationaux⁹⁴, y compris des instruments de coopération au niveau de l'Union, tel que le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale. La Cour de cassation belge a retenu, au contraire, en citant l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Lippens*⁹⁵, que le champ d'application matériel dudit règlement est limité à certains moyens spécifiques d'obtention de preuve, mais n'empêche pas un tribunal d'un État membre de citer en tant que témoin une partie résidant dans un autre État membre conformément à son droit national. Il en ressort pour ladite Cour de cassation qu'un tel tribunal pourrait également demander la production de pièces à une telle partie résidant dans un autre État membre, et ce, même en y attachant une astreinte.

Par ailleurs, la Cour de cassation a ajouté que le juge du fond n'avait pas erronément interprété le droit luxembourgeois. Il ressort de l'extrait de l'arrêt que le juge belge avait retenu une liste d'arguments de droit luxembourgeois lui permettant d'écarter l'opposabilité du droit bancaire luxembourgeois de sa demande. Il en ressort un certain amalgame fait entre des arguments tirés de l'article 40 de la LSF (qui ne semble *a priori* pas pertinent), la position du gouvernement luxembourgeois repris dans le contexte de l'arrêt *der Weduwe* discuté ci-dessus (qui concerne seulement le témoignage en justice), et les critères jurisprudentiels cités ci-dessus s'agissant de la production forcée de pièces.

Indépendamment de la portée de cet arrêt pour l'appréciation du secret bancaire au Luxembourg qui nous paraît limitée, s'agissant du cas d'espèce, il semble qu'au vu de la validation de l'interprétation du juge du fond par la Cour de cassation belge, la banque luxembourgeoise aura probablement épuisé ses moyens de recours contre la demande de production de pièces et l'astreinte.

⁹³ C.16.0192.N.

⁹⁴ Voy., en ce sens, M. ELVINGER, « Les conflits entre l'obligation au secret bancaire instituée par la loi luxembourgeoise et l'obligation de déclaration imposée par une loi étrangère », *op. cit.*, p. 12.

⁹⁵ Arrêt du 6 septembre 2012, *Lippens*, C-170/11.

À notre sens, il devrait en résulter que le banquier luxembourgeois qui répond positivement à la demande de juge belge qui a examiné les conditions de la jurisprudence luxembourgeoise (nécessité de sauvegarde d'un droit d'une partie légalement reconnu ou judiciairement constaté, production forcée de la pièce indispensable à la manifestation de la vérité, et absence d'autres moyens d'obtenir la pièce ou le renseignement) pourra argumenter qu'il révèle légalement les renseignements en cause, surtout au vu du fait que cette jurisprudence correspond à celle du juge luxembourgeois appliquant le NCPC.

En conclusion, les cas dans lesquels le banquier pourra invoquer devant le juge pénal un devoir légal de fournir un renseignement protégé sont multiples et divers, et ne cessent de s'étendre, notamment dans le contexte de la coopération avec les autorités judiciaires ou administratives dans les domaines de régulation financière et fiscale, et ce, aussi bien sur le plan national que sur le plan international.

Section 2. La protection du lanceur d'alerte

Les affaires très médiatisées récentes concernant la transmission d'informations confidentielles à la presse comme les affaires *Wikileaks*, *Luxleaks*, ou *Panama Papers*, ont mis le coup de projecteur sur la protection des lanceurs d'alerte, à savoir des personnes qui, en s'adressant à des autorités ou aux médias, signalent, révèlent ou dénoncent des faits non apparents ou dissimulés, qui, d'intérêt général, dépassent le cas échéant leur sphère professionnelle et qui sont contraires au droit, à l'éthique ou à l'intérêt public⁹⁶.

Cette contribution ne discutera pas les dispositifs d'alerte professionnelle en tant que politique de bonne gouvernance requise, par exemple, par le cadre législatif régissant les acteurs de la place financière ou les limites de la protection offerte aux lanceurs d'alerte par le droit du travail luxembourgeois. Cela dépasserait son objet⁹⁷.

Nous nous limitons donc à l'impact du statut de lanceur d'alerte sur une éventuelle exposition d'une personne soumise à l'article 41 de la LSF et à l'article 458 du Code pénal à des sanctions en cas de révélation d'un renseignement lui confié dans le cadre de son travail.

Il convient toutefois de mentionner au niveau de l'Union européenne la nouvelle directive sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (UE)2019/1937 du 23 octobre 2019. Elle vise à protéger les informateurs travaillant dans le secteur privé ou public qui ont obtenu des

⁹⁶ Voy. arrêt *Luxleaks* – CA I, préc.

⁹⁷ Pour une discussion, voy. not. C. BOURIN, « Du sycophante au *whistleblower* : la banque face au lanceur d'alerte », *ALJB – Bulletin Droit et Banque*, n° 57, décembre 2015, pp. 15-20, et C. LEONELLI et M. HUPPERTZ, « Dispositif d'alerte professionnelle/*Whistleblowing* : quelles contraintes juridiques dans le secteur financier ? », *JurisNews, Droit bancaire*, vol. 3 – n° 4/2015.

informations sur des infractions dans un contexte professionnel qui dénoncent une infraction au droit de l'Union. Le texte s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (« Cour eur. D.H. ») sur le droit à la liberté d'expression consacré par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁸ (« CEDH ») et les principes développés sur cette base par le Conseil de l'Europe.

À l'occasion de l'affaire *Luxleaks*, la Cour de cassation a pu confirmer l'application de ces principes dans un contexte d'une prétendue violation de secret professionnel⁹⁹.

Cette affaire concernait le secret professionnel applicable aux réviseurs d'entreprises auxquels l'article 458 du Code pénal s'applique également. En effet, dans cette affaire, des employés d'un réviseur d'entreprises avaient été poursuivis devant le juge pénal à la suite d'une citation du Procureur d'État à laquelle ladite société s'était ralliée. Cette dernière avait préalablement déposé plainte auprès du Parquet pour vol, violation du secret professionnel et blanchiment-détention à la suite d'une interview donnée pour une émission de télévision au cours de laquelle des documents confidentiels relatifs à des clients du réviseur d'entreprises avaient été exhibés. La société d'audit avait considéré que les journalistes étaient illégalement en possession de ces documents couverts par le secret professionnel. Des enquêtes internes avaient révélé qu'un ancien employé et un employé de la société d'audit étaient à l'origine des fuites. La défense de ces deux personnes a invoqué leur statut de lanceurs d'alerte comme fait justificatif pour demander leur relaxe.

Comme la Cour d'appel le rappelle dans l'arrêt *Luxleaks – CA I*, la Cour européenne des droits de l'homme subordonne la protection du lanceur d'alerte au respect de six critères. Dès lors que ces critères sont réunis, le lanceur d'alerte, qu'il soit fonctionnaire, salarié privé ou mandataire, est susceptible de protection, même s'il ne publie pas lui-même l'information qu'il dénonce, le tout à la condition qu'il révèle des faits qui ne soient pas notoires. La Cour de cassation a confirmé leur pertinence dans l'arrêt *Luxleaks – cassation*.

Il convient notamment de vérifier si l'information publiée présente un réel intérêt public (1). L'information divulguée doit, ensuite, être authentique, c'est-à-dire exacte et digne de crédit (2). Afin de bénéficier de la protection de

⁹⁸ « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

⁹⁹ Cass., 11 janvier 2018, ci-après « arrêt *Luxleaks – cassation* ».

la CEDH, la divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement (3). L'intérêt du public d'obtenir cette information doit peser plus fort que le dommage que la divulgation a causé à l'employeur, ou à l'entité concernée (4), et le lanceur d'alerte doit avoir agi de bonne foi avec la conviction que l'information était authentique (5). Afin d'évaluer la proportionnalité de l'ingérence étatique par rapport au but légitime poursuivi, il y a lieu de vérifier les poursuites auxquelles le lanceur d'alerte est exposé et de procéder à une analyse attentive de la sanction, civile ou pénale, infligée et de ses conséquences (6).

À la suite d'un examen exhaustif des six critères, la Cour d'appel a confirmé que l'un des prévenus pouvait bénéficier du statut de lanceur d'alerte et que, contrairement à la décision du juge de première instance, on ne pouvait donc pas lui reprocher une violation de son secret professionnel du fait de la remise de la documentation protégée à un journaliste d'investigation.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu en appel dans la mesure où la Cour d'appel avait retenu qu'il fallait dans le chef de l'agent dès l'appréhension de l'information la volonté de procéder à la publication. Or l'exigence d'une telle volonté dans le chef du requérant, au moment même de l'appréhension, n'est pas une condition d'application de l'article 10 de la CEDH et n'est pas exigée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, l'agent en cause aurait dû bénéficier de la protection du statut de lanceur d'alerte également par rapport aux autres infractions retenues à son encontre, comme le vol domestique, sous peine de vider de sa substance l'article 10 de la CEDH.

L'appréciation des conditions susmentionnées reste une question de fait qui relève de la discrétion des juges et présente ainsi des aléas, de sorte qu'il est hasardeux de vouloir se fier à ce statut pour s'assurer *a priori* d'une impunité pénale. Notons que la Cour d'appel avait considéré que les conditions précitées pour pouvoir bénéficier du statut de lanceur d'alerte n'étaient pas réunies pour un des autres prévenus. Le pourvoi en cassation de ce dernier ayant été rejeté, sa condamnation au pénal a été maintenue, entre autres, pour violation du secret professionnel.

Section 3. Les limites intrinsèques du secret bancaire

La jurisprudence a rappelé que le secret bancaire, protégé par les sanctions de l'article 458 du Code pénal et ne pouvant être levé que par la loi d'après l'article 41 (2) de la LSF, est d'ordre public¹⁰⁰.

Cette qualification, qui a pu faire débat par le passé, nous paraît logique et acquise. Nous ne reviendrons donc pas sur les détails de ce débat¹⁰¹. Ainsi, il y a

¹⁰⁰ CA Lux., 30 mars 2004, n° 105/04 V, préc.

¹⁰¹ Les travaux parlementaires de la LSF affirmaient déjà le caractère d'ordre public du secret bancaire, voy. document parlementaire 600, Commentaire des articles, p. 8. Il a également été confirmé par la jurispru-

lieu de se demander dans quelles circonstances le secret peut être levé parce que le banquier y est autorisé par le client lui-même.

Il est également constant qu'on ne peut déroger par des conventions particulières à des lois qui intéressent l'ordre public¹⁰². Le client ne peut donc pas décharger le banquier de son obligation au secret en convenant de manière générale avec lui que cette obligation ne joue pas entre parties.

Est-ce à dire pour autant que l'intervention du client ne peut pas avoir d'impact sur la violation ou non de l'obligation ?

Ce débat revient à l'analyse des éléments constitutifs de l'interdiction de révéler tels que discutés au Chapitre II ci-dessus. Si un des éléments constitutifs de l'infraction fait défaut, elle n'est pas établie, et aucune sanction pénale n'est possible.

En effet, le client est pleinement maître des renseignements qui se trouvent dans sa sphère de discrétion. Ainsi, il peut être considéré que le consentement du client puisse empêcher qu'il y ait délit de révélation sous certaines conditions.

Dans un souci de sécurité juridique pour la place financière, le CODEJU a tenté de définir 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'infraction¹⁰³.

D'abord, le professionnel ne peut négocier la communication d'informations confidentielles dans son intérêt exclusivement, l'intérêt de la personne protégée devant être prioritairement pris en compte dans les considérations relatives au secret.

Ensuite, le consentement du client doit être spécifique dans le sens qu'il s'insère dans des limites qui empêchent qu'il constitue une décharge générale. Cette spécificité peut se définir par rapport à certains éléments tels que le contenu de l'information concernée, le destinataire de l'information, la finalité recherchée ou encore une limitation temporelle.

L'action de révéler doit donc émaner du client en vertu d'un consentement spécifique et éclairé de sa part.

Toutefois, la prudence est de mise et une analyse au cas par cas s'impose. Comme rappelé dans la Note du CODEJU, même avec l'accord du client, le banquier doit se demander *ex ante* si l'instruction reçue l'exonère *ex post*¹⁰⁴.

dence, voy, not., Trib. arr. Luxembourg (réf.), 4 mars 2009, n° 119883, et CA Lux., 2 avril 2003, n°s 26256 et 26050, *Bulletin Droit et Banque*, n° 34, 2004, p. 52. Quant à la doctrine, voy., p. ex., A. HOFFMANN, « La portée du secret bancaire », *op. cit.*, p. 34. Voy. également la Note du CODEJU. Pour un exemple d'une vision différente défendue par le passé, voy., not., D. SPIELMANN, « Le secret bancaire et l'entraide judiciaire internationale pénale au Grand-Duché de Luxembourg », Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 36 et s.

¹⁰² Art. 6 C. civ.

¹⁰³ Voy. Note du CODEJU, préc. pp. 199 et s.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 201.

Ainsi, la communication entre différentes entités du même groupe bancaire peut être jugée se faire dans l'intérêt du client, un service globalisé à sa demande et en fonction de ses besoins pouvant lui servir, mais cette transparence intragroupe ne pourrait être imposée d'office par la banque ou dans son intérêt propre¹⁰⁵.

Il en résulte que le caractère d'ordre public du secret bancaire n'entrave pas la liberté du client d'orienter l'information qui le concerne ni de consentir à des révélations spécifiques dans son intérêt. Cette approche a d'ailleurs été partagée par la CSSF dans ses rapports d'activités de 2012 et 2013¹⁰⁶ et utilisée dans la circulaire 12/552 en matière d'externalisation¹⁰⁷.

Chapitre IV. L'intervention du juge pénal

Il convient d'examiner comment le juge pénal pourra être saisi (Section 1) de cas de révélations de renseignements protégés par un banquier ainsi que les sanctions qui pourront être attachées à la constatation d'une infraction (Section 2).

Section 1. La saisine du juge pénal

Au vu de la hauteur des peines prévues à l'article 458 du Code pénal, la violation du secret bancaire est à qualifier comme un délit auquel des peines correctionnelles s'appliquent.

En vertu de l'article 131 du Code de procédure pénale, l'inculpé à qui on reproche des faits de nature à être punis par des peines correctionnelles est renvoyé devant une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement. L'article 182 du Code de procédure pénale précise que la chambre correctionnelle est saisie soit par le renvoi qui lui est fait d'après cette disposition, soit par la citation donnée directement au prévenu et aux personnes civilement responsables de l'infraction par le Procureur d'État ou par la partie civile.

La citation par le Procureur d'État, option bien réelle, ne sera toutefois pas discutée davantage ci-dessous.

En effet, la particularité et la force d'une obligation telle que celle au secret bancaire résident dans la possibilité pour la partie s'estimant lésée de citer le banquier mis en cause directement devant le juge correctionnel. Elle peut aussi déposer une plainte avec constitution de partie civile auprès du Parquet¹⁰⁸, mais

¹⁰⁵ Note du CODEJU, p. 202.

¹⁰⁶ Rapport d'activités 2012, p. 79, et rapport d'activités 2013, p. 211, voy. www.cssf.lu.

¹⁰⁷ Circulaire CSSF 12/552 du 11 décembre 2012 concernant l'administration centrale, gouvernance interne et gestion des risques, telle que modifiée, p. 50, voy. www.cssf.lu.

¹⁰⁸ À la suite de laquelle le Procureur d'État peut décider de citer les personnes visées devant le juge correctionnel. Voy., not., le déroulement de l'affaire *Luxleaks* discutée à la section 2 du chapitre III, *supra*.

c'est bien la voie de la citation directe par la partie civile qui est particulièrement à craindre par le banquier dans ce contexte où intérêts privés et publics s'imbriquent fortement.

De toute évidence, de par le grand impact que peut avoir une citation au pénal d'un professionnel du secteur financier, la citation directe reste aujourd'hui un moyen redoutable et la preuve par excellence de la réalité du risque pour le banquier. Les risques découlant d'une telle citation pour le banquier ne sont pas seulement la sanction pénale, mais également le risque réputationnel et le possible impact sur l'exercice de sa fonction même.

Le fait qu'une citation directe par la partie civile puisse déclencher l'action publique constitue une dérogation au monopole d'action du ministère public¹⁰⁹.

Il s'agit d'un droit exceptionnel qui doit être strictement enfermé dans les limites fixées par le Code de procédure pénale. L'action civile engagée par voie de citation directe met nécessairement en mouvement aussi l'action publique, à condition, toutefois qu'elle soit régulièrement intentée¹¹⁰.

Toutefois, en procédant ainsi, la victime poursuit l'auteur présumé d'une infraction devant le tribunal, sans enquête ni instruction préalables du procureur ou du juge d'instruction. En l'absence d'instruction, ce sera donc à la partie citante d'apporter elle-même l'ensemble des preuves au tribunal.

À noter que, de toute évidence, la citation directe devra intervenir endéans les délais de prescription résultant du Code de procédure pénale, mais cet aspect de la saisine du juge pénal ne fera pas l'objet d'un examen particulier dans le contexte de cet article¹¹¹.

Il convient toutefois d'examiner brièvement les conditions de recevabilité de la citation directe en matière de violation du secret bancaire (A) et de revenir sur quelques conséquences particulières de cette saisine (B).

A. La citation directe par la partie civile

La jurisprudence a précisé les conditions de recevabilité de la citation directe visant, en substance, la qualité pour agir de la partie citante et sa relation avec les faits en cause¹¹².

En effet, pour que la citation directe de la partie civile ait pour effet de mettre en mouvement l'action publique, il faut qu'elle émane d'une personne ayant qualité pour exercer l'action civile. La partie civile n'aura qualité pour

¹⁰⁹ CA, 30 mars 2004, n° 105/04 V, préc.

¹¹⁰ Voy., en ce sens, TA, Luxembourg, 5 juin 2014, n° 1536/2014, p. 5 citant R. THIRY, *Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois*, t. 1 et 2, n° 221.

¹¹¹ Rappelons que la prescription est de cinq ans pour les délits (art. 638 C. proc. pén.).

¹¹² On les trouve résumés not. dans TA, Luxembourg, 8 juin 2000, *Bulletin Droit et Banque*, n° 31, avril 2004, p. 24.

exercer l'action civile que si elle justifie d'un intérêt, c'est-à-dire si elle établit que le dommage dont elle se plaint est la suite immédiate et directe d'un fait constituant une infraction¹¹³.

La simple allégation d'un dommage ne suffit pas. Le dommage dont la partie civile demande réparation doit, pour le moins, être susceptible d'avoir été causé par l'infraction, qu'elle impute au cité direct¹¹⁴.

Il n'est toutefois pas nécessairement requis que la partie civile ait été effectivement lésée par l'infraction. La juridiction répressive est régulièrement saisie et la personne citée directement peut être condamnée, même si l'action civile est déclarée non fondée, à la suite, par exemple, de la constatation de l'absence de dommage ou de lien de causalité entre la faute commise et le préjudice. Par ailleurs, la mise en mouvement régulière de l'action publique par une partie civile n'exige pas que le préjudice ait été causé par chacun des éléments de l'infraction ni que l'existence de ce dommage soit un des éléments de l'infraction¹¹⁵.

En pratique, les conditions de recevabilité de la citation directe en matière de secret bancaire ne semblent pas très sévères. Ainsi, la jurisprudence a retenu que la circonstance que l'intimé se voit reprocher une violation de l'article 458 du Code pénal, sinon de l'article 41 de la LSF et que, pour autant que cette infraction soit établie en son chef, elle serait susceptible d'entraîner pour le moins un préjudice moral, sinon matériel, dans le chef du citant direct, suffit pour que la citation directe soit recevable. Le citant direct doit toutefois prouver le principe et le quantum de sa demande civile, ainsi que le lien de causalité entre l'infraction à retenir et le dommage subi par lui¹¹⁶.

Par conséquent, la partie citante doit invoquer un préjudice personnel et en réclamer réparation. En effet, en droit luxembourgeois, l'action civile a pour but l'indemnisation pour le dommage encouru à la suite d'une faute pénale¹¹⁷.

¹¹³ CA Corr., 10 janvier 1985, *Pas.*, t. 26, 247. Dit autrement encore, pour être recevable à citer directement devant la juridiction répressive, il faut et il suffit que celui qui agit puisse se prétendre personnellement lésé par l'infraction objet de l'action publique, c'est-à-dire qu'il justifie avoir pu être victime de l'infraction, circonstance qu'il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement en fait, voy. Trib. arr. Luxembourg, 8 juin 2000, préc.

¹¹⁴ CA Corr., 14 juin 2002, n° 160/02 V. Le préjudice allégué doit être personnel.

¹¹⁵ CA Corr., 19 janvier 1981, *Pas.*, t. 25, 60.

¹¹⁶ Trib. arr. Luxembourg, 8 juin 2000, préc.

¹¹⁷ CA Corr., 16 février 2016, n° 100/16 V.

B. Quelques conséquences particulières de la saisine

La personne citée, le prévenu, doit comparaître, à moins qu'il ne fournisse une excuse dont la validité est appréciée par le tribunal¹¹⁸.

Le prévenu bénéficie de la présomption d'innocence en vertu de laquelle la charge de la preuve de l'infraction appartient au Parquet ou à la partie civile. Cette dernière ne devrait pas lancer une citation directe à la légère, mais se prémunir des moyens de preuve nécessaires pour fonder son action¹¹⁹. Le tribunal correctionnel ne fonde sa conviction que sur les éléments résultant de l'instruction contradictoire à l'audience, sur les pièces versées et sur les témoignages faits sous la foi du serment ainsi que sur l'audition du cité direct¹²⁰.

Le prévenu n'est toutefois pas totalement désarmé par rapport à la voie de saisine particulière qu'est la citation directe. En effet, il peut éventuellement lancer une action reconventionnelle en dommages et intérêts pour procédure abusive ou vexatoire. Une indemnité ne pourra toutefois être accordée que s'il est établi à l'exclusion de tout doute que le citant direct a agi dans l'intention de nuire, de façon malveillante, de manière grossièrement imprudente ou avec témérité¹²¹.

Enfin, notons encore qu'un éventuel appel par le citant direct d'un jugement de rejet ne pourra porter que sur la partie civile de l'action. En effet, l'appel des citants directs est irrecevable au pénal, car la partie civile ne peut remettre en question la solution intervenue sur l'action publique, même si elle l'a déclenchée par voie de citation directe¹²².

Section 2. Les sanctions

Les niveaux de sanction sont précisés dans le Code pénal (A). La « sanction » du banquier en cas de condamnation pénale s'étend toutefois à son honorabilité (B).

A. Les sanctions prévues par le Code pénal

Les sanctions applicables aux personnes physiques en infraction de l'article 458 du Code sont l'emprisonnement de huit jours à six mois et une amende de 500 euros à 5.000 euros.

¹¹⁸ Art. 185 C. proc. pén. Le prévenu comparaitra en personne ou se fait représenter par un avocat qui pourra présenter ses moyens de défense. Dans les deux hypothèses, il sera jugé par jugement contradictoire. S'il ne comparait pas, il sera jugé par défaut.

¹¹⁹ TA (corr.), 8 juin 2000, préc.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ CA Lux., 30 mars 2004, n° 105/04 V, préc.

¹²² *Ibid.* Voy. l'article 202 du Code de procédure pénale dont il découle que les jugements rendus par les tribunaux correctionnels seront susceptibles d'appel de la part de la partie civile quant à ses intérêts civils uniquement.

À titre d'exemple, référence peut être faite au cas d'un employé de banque ayant effectué des impressions d'écran concernant le compte d'un client de son poste de travail et les ayant transmises, par l'intermédiaire d'une autre personne, à l'administration fiscale néerlandaise qui avait ainsi pu connaître l'existence d'un compte non déclaré du client de la banque. Cet employé a été condamné à quatre mois d'emprisonnement (assorti du sursis intégral) et à 2.500 euros d'amende pour violation de l'article 41 (1) de la LSF¹²³.

Nous constatons qu'en réalité, les peines d'emprisonnement sont souvent assorties d'un sursis intégral.

S'agissant des personnes morales, depuis 2010, leur responsabilité est explicitement prévue à l'article 34 du Code pénal. Il en ressort que, lorsqu'un crime ou un délit est commis au nom et dans l'intérêt d'une personne morale par un de ses organes légaux ou par un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de fait, la personne morale peut être déclarée pénalement responsable et encourir des peines criminelles¹²⁴. L'obligation du banquier-personne morale vaut donc aussi bien sur le plan de la responsabilité civile que sur le plan de la responsabilité pénale.

Quant au niveau des sanctions, la personne morale peut se voir infliger une amende pour un montant maximal de 10.000 euros en vertu de l'article 36 du Code pénal qui prévoit qu'en matière correctionnelle, le taux maximal de l'amende applicable aux personnes morales est égal au double de celui prévu à l'égard des personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction.

Par ailleurs, comme l'article 34 du Code pénal le précise également, la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions. La responsabilité pénale de la banque en tant que personne morale et de ses employés, personnes physiques, est cumulable.

Toutefois, si la personne physique au sein de la banque ayant commis l'infraction ne peut pas être identifiée, les membres des organes de la personne morale pourront être visés. Dans pareil cas, les administrateurs de la banque, et plus précisément son administrateur délégué, pourraient faire l'objet d'une action pénale en sus de la personne morale¹²⁵.

¹²³ CA Lux., 5 décembre 2007, n° 575/07 X. Pour un autre exemple, voy. TA, 7 juillet 2010, n° 2531/2010, dans le contexte duquel un directeur de banque ayant soustrait frauduleusement des documents appartenant à la banque concernant certains clients et des schémas de montages financiers réalisés par un de ses collègues et les ayant divulgués à des autorités de surveillance étrangères en les envoyant par la poste, a été condamné à six mois d'emprisonnement (assorti du sursis intégral) et à 2.000 euros d'amende pour violation de l'article 41 (1) de la LSF.

¹²⁴ P. RECKINGER, « Bank confidentiality: Luxembourg », *op. cit.*, p. 641.

¹²⁵ *Ibid.*

B. Les effets indirects

Le risque de « sanction » au sens large du banquier dépasse le contexte de la sanction pénale.

Comme il résulte de la discussion ci-dessus, l'amende pénale potentielle n'est pas particulièrement élevée.

Cependant, outre le risque d'un devoir de dédommagement du dommage subi qui pourra résulter d'une action civile en responsabilité contractuelle ou délictuelle introduite par le client (parallèlement à ou éventuellement postérieurement à l'action pénale), le banquier encourt surtout un risque de réputation ainsi que le risque d'un impact sur l'autorisation d'exercer ses activités dans le secteur financier luxembourgeois si une sanction pénale est prononcée.

En effet, la sanction pénale encourue devra être communiquée à la CSSF et l'emploi futur de la personne en cause au sein du secteur financier luxembourgeois risque d'être compromis. Cela dépasserait toutefois le cadre de cette contribution de rentrer dans les détails des pouvoirs coercitifs de la CSSF¹²⁶. Retenons toutefois que le risque de sanction le plus important pour le banquier est réputationnel.

Conclusion

Même si certains représentants du pouvoir politique ont pu se référer au secret bancaire comme un concept aujourd'hui « vidé de 90 % de sa substance » à la suite de l'échange d'informations international et que l'article 41 de la LSF « maintient les contraintes d'une période désormais révolue, qui n'ont plus de raisons d'être aujourd'hui »¹²⁷, l'analyse ci-dessus démontre, au contraire, que cet élément spécifique du droit bancaire luxembourgeois garde toute sa pertinence.

Certes, il a été rappelé que de maintes exceptions légales définissent des conditions dans lesquelles le secret pourra être levé sans risque de responsabilité pénale ou civile pour le banquier. Ces exceptions ont été élargies à l'occasion de la modification de l'article 41 de la LSF par la récente loi du 27 février

¹²⁶ L'honorabilité des membres des organes de direction d'entités supervisées par la CSSF est une condition importante de leur agrément. Elle s'apprécie en tenant compte, entre autres, des antécédents judiciaires et de tous les éléments susceptibles d'établir que les personnes visées jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable (voy., p. ex., art. 7(1) de la LSF en ce qui concerne les établissements de crédit). Par ailleurs, de manière générale, la CSSF, en tant que régulateur du secteur bancaire, pourrait être amenée à prendre toute mesure administrative afin de sanctionner le manquement à l'obligation au secret bancaire. Les sanctions possibles sont notamment énumérées à l'article 63 de la LSF: avertissement, blâme, amende, interdictions relatives aux activités ou aux personnes. La CSSF peut rendre publiques ces sanctions.

¹²⁷ IT Nation, « PSF de support: s'engager dans un monde nouveau », 30 novembre 2016.

2018 pour faciliter l'externalisation des services. Cependant, cette modification n'a pas mené à une mise en cause de la caractéristique fondamentale du secret bancaire luxembourgeois tirée de l'interaction entre l'article 41 de la LSF et l'article 458 du Code pénal.

En effet, à l'occasion des travaux parlementaires de ladite loi de 2018, le rôle du secret bancaire pour la place financière a pu être rappelé. Ainsi, la Chambre de commerce a fait état du fait que, « dans la volonté de positionner le Luxembourg parmi les meilleures places financières du monde, le secret professionnel est une pierre angulaire, intrinsèquement lié à la confiance reposant elle-même notamment sur des garanties de qualité des services financiers vendus à partir du Luxembourg par un personnel hautement qualifié. Cet argument de vente est d'ailleurs largement brandi lorsqu'il s'agit de vanter les mérites de la Place lors des missions économiques et la sécurité de ses centres de stockage de données. Il a d'ailleurs permis, moyennant des investissements conséquents, l'émergence et le développement d'une masse critique indispensable d'activités de support et d'une chaîne de valeur qui a permis l'installation de nouveaux quartiers généraux ainsi qu'à la création de nouveaux professionnels de support ou autres entreprises créatrices d'emplois connexes¹²⁸ ».

Le maintien de sanctions pénales souligne l'importance du secret bancaire dans l'arsenal des mesures érigées pour la protection de la vie privée. Devant l'étendue des informations que le client doit confier à son banquier (la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ayant amplifié le phénomène) et le caractère éminemment personnel de sa situation financière, le client peut avoir une attente légitime à une protection au plus haut niveau. Le caractère pénal des sanctions est le meilleur gage d'une telle protection, empêchant des divulgations malveillantes et engendrant un risque réputationnel majeur que l'organisation interne des banques se doit de gérer en conséquence.

Enfin, rappelons que l'article 41 (9) de la LSF nous indique explicitement que le dispositif de l'article 41 est sans préjudice de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (telle que remplacée par le règlement cité ci-après). Les deux régimes coexistent. Toutefois, le mouvement vers un renforcement du cadre réglementaire protégeant le traitement des données à caractère personnel, notamment à travers le règlement (UE) n° 2016/679 dit « Règlement général sur la protection des données », dont l'examen dépasse le cadre de cette contribution¹²⁹, ne fait que conforter notre analyse que l'obligation au secret bancaire constitue un élément essentiel dans la mouvance récemment confirmée de recherche accrue de protection de la vie privée.

¹²⁸ Projet de loi n° 7024, Avis de la Chambre de commerce du 23 novembre 2016, p. 5.

¹²⁹ Voy., dans le présent ouvrage, E. GUISSARD, « Le risque pénal du banquier en matière de protection de données personnelles ».