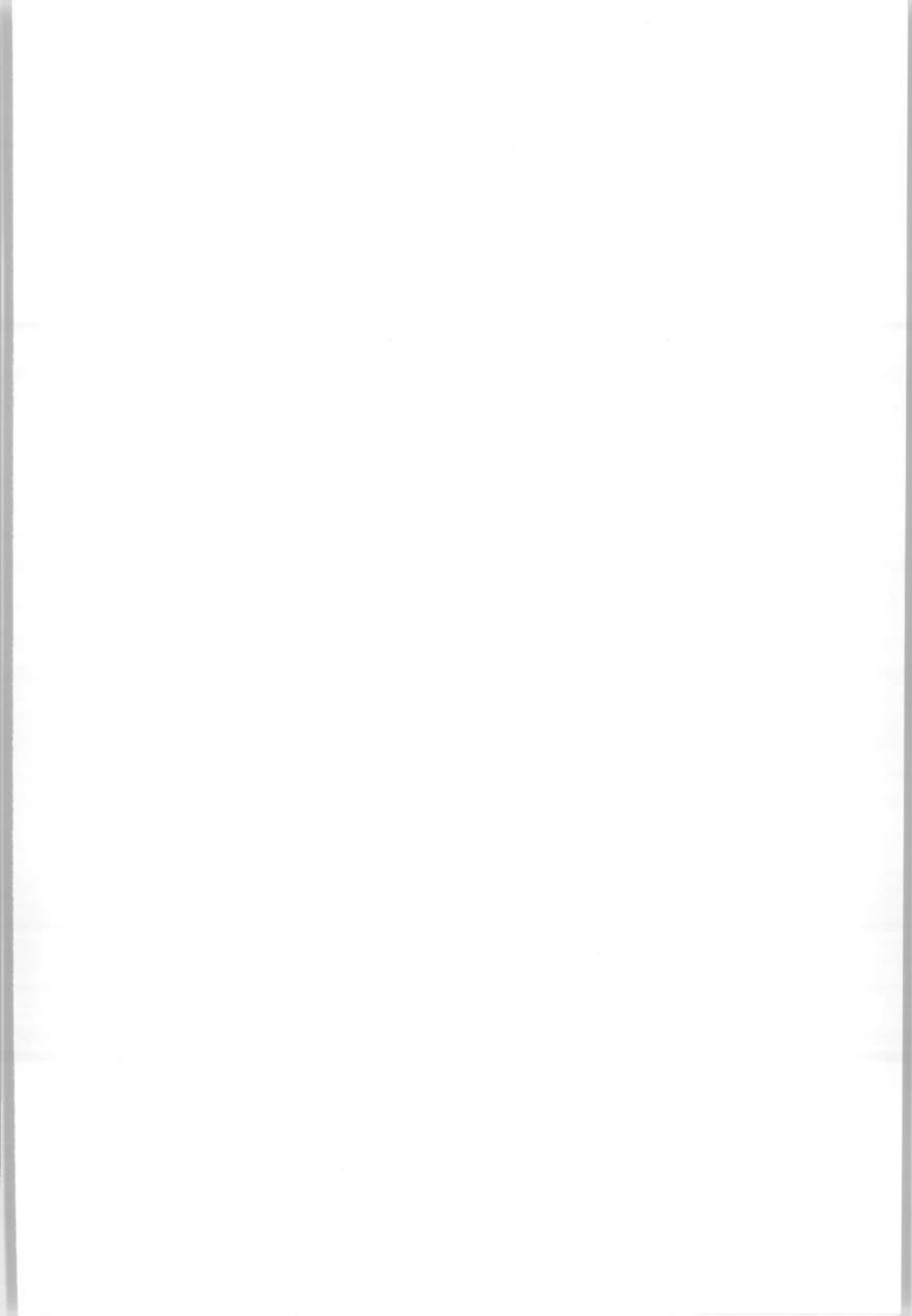


INSTITUT GRAND-DUCAL
Section des Sciences Morales et Politiques

André ELVINGER

LE SECRET PROFESSIONNEL
DANS L'ACTUALITE

1991



André ELVINGER

LE SECRET PROFESSIONNEL DANS L'ACTUALITE

Communication faite le 24 octobre 1990

Avant-propos

On sait que l'essentiel de la matière du secret professionnel tourne autour de l'art. 458 du Code Pénal qui énonce: "Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 100 fr à 500 fr." A son tour l'article 309 du même Code réprime les agissements des gens de service qui divulguent des secrets d'affaires de l'employeur dans un but de concurrence ou dans l'intention de nuire. Il est également interdit aux fonctionnaires de divulguer les affaires de service.

Pourtant, l'art. 458 du Code Pénal paraît, à première vue, peu inquiétant, puisqu'il impose expressis verbis le secret professionnel aux médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens et sages-femmes. Mais qui sont les autres personnes, dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, que ce même article mentionne?

On constate qu'avec l'évolution industrielle et économique, avec la complexification des structures politiques et des institutions internationales, le nombre des confidents nécessaires ne cesse de croître dans tous les domaines et leur situation devient de plus en plus délicate tant à l'égard du secteur public (justice, administrations, organes de surveillance) qu'à l'égard des intérêts privés ou des tiers.

S'ajoutèrent d'abord aux personnes mentionnées les assistantes sociales, les experts judiciaires et les avocats. Puis, à une date beaucoup plus récente, les banquiers et les établissements bancaires. Dans cet ordre d'idées, le règlement grand-ducal du 24 mars 89 sur le secret bancaire en matière fiscale suscitait de vives inquiétudes et de profonds remous dans les milieux communautaires. Il n'en reste pas moins que désormais le secret professionnel semble applicable à tous les professionnels du secteur des banques, des établissements

de crédits, des sociétés de participation financière et des établissements de crédit.

Dans la suite, les assureurs sont venus renforcer le large groupe des confidentiels à qui on confie des secrets. Eux aussi tombent sous l'emprise de l'article 458 et ils sont donc tenus au secret face à l'administration fiscale. Enfin le même sort est réservé aux réviseurs d'entreprise et il guette les experts-comptables particulièrement exposés aux investigations de la fiscalité. L'article 458 paraît donc impardonnable.

Mais déjà des tendances à de sérieuses restrictions s'annoncent. Sur le plan communautaire, on prépare des mesures pour imposer l'obligation de fournir les informations nécessaires en cas de présomption de faute grave. Et c'est ici que le bât blesse les luxembourgeois qui se voient peu à peu amenés à assouplir leur position en matière bancaire.

Mais, d'autre part, la criminalité d'envergure internationale, surtout le criminel trafic de la drogue, pourrait tirer profit du secret professionnel imposé aux banquiers et en bénéficier pour procéder sans danger au blanchiment d'argent. Actuellement la banque semble ne pas avoir le droit de dénoncer les suspects, alors qu'à l'étranger on s'apprête à lever le secret bancaire dans de tels cas. Le moins qu'on puisse dire, c'est que cette situation lève chez nous, à son tour, de graves problèmes qui méritent une discussion approfondie.

Je n'ai plus besoin de vous présenter notre conférencier. Notre confrère André Elvinger, remarquable juriste et expert avisé dans le droit des entreprises, apprécié tant par la rigueur de son raisonnement que par la précision parfois tranchante de l'expression et le dynamisme de ses idées, nous a déjà présenté, avec sa maîtrise bien connue, bon nombre de sujets très actuels et nous garderons de ces discussions un souvenir reconnaissant. Membre-expert de la Commission Benelux pour l'étude de l'unification du droit, André Elvinger est encore membre du comité exécutif de l'International Fiscal Association et vice-président de la section belgo-luxembourgeoise de cette organisation. Je suis donc convaincu que tous les assistants tireront un grand bénéfice de l'analyse de ce sujet d'actualité et de la discussion subséquente.

Edmond WAGNER
Président de la Section

LE SECRET PROFESSIONNEL DANS L'ACTUALITE

L'actualité dont j'aurai à vous entretenir se manifeste tout d'abord par l'extension du cercle des personnes auxquelles il s'impose et qui ont le droit de l'invoquer.

Dans une deuxième partie de cet exposé, je traiterai des restrictions dont risque d'être affecté le secret professionnel devant certaines exigences de l'ordre public national, communautaire et international.

Je m'efforcerai enfin de tirer une conclusion de la présence de ces tendances en apparence contradictoires.

I.

1. LES TITULAIRES CLASSIQUES DU SECRET PROFESSIONNEL:

Rappelons le texte de l'article 458 du Code pénal:

" Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 100 à 500.- francs."

Quant au cercle des personnes détenteurs de secrets qui tombent sous l'article 458 du Code pénal, il résulte du texte-même que l'énumération qui y figure, et qui ne comprend que les professions relevant de l'art de guérir, n'est pas limitative (Cour, 17 décembre 1955, XVI, 409).

Ainsi, la jurisprudence a également fait application de l'article 458 aux experts judiciaires en s'exprimant comme suit:

" L'expert n'est obligé de communiquer le résultat de ses recherches qu'à l'autorité par laquelle il a été commis, mais lorsqu'il est appelé à déposer dans un autre litige, il reste lié par le secret et n'est pas tenu de révéler les faits qui lui ont été confiés antérieurement en sa qualité d'expert."

Toujours dans le sens large du texte, un arrêt de la Cour du 15 décembre 1970 (XXI, 421) applique l'article 458 du Code pénal aux assistantes sociales, régies par la loi du 18 novembre 1967 portant réglementation de certaines professions paramédicales.

Par contre, l'applicabilité de l'article 458 a été écartée en ce qui concerne les imprimeurs et éditeurs de journaux (Cassation, 26 février 1918, X, 329) et les journalistes et directeurs de journaux (Cassation, 21 mars 1957, XVII, 43). Ceci pour des raisons évidentes, s'agissant de ceux qui ont vocation non pas à tenir le secret, mais à le porter au grand jour.

Personne n'a jamais mis en doute que l'article 458 s'applique aux avocats. Il n'a cependant pas paru inutile aux rédacteurs du projet de loi sur la profession d'avocat (doc. parl. 3273) déposé le 30 septembre 1988 de confirmer l'obligation au secret de l'avocat, voire de l'étendre.

En effet, ce projet dispose en son article 31 (1) qu'"en aucun cas et même en justice, l'avocat ne doit révéler les secrets dont il est devenu dépositaire en raison de sa profession".

Pour bien saisir la portée de ce texte, il convient de rappeler l'interprétation que la jurisprudence a faite de l'article 458.

Cette disposition impose donc aux personnes auxquelles elle s'applique de garder le secret quant à tout ce qu'elles savent de par l'exercice de leur profession. Par exception, l'article 458 les dispense de ce secret lorsqu'elles sont appelées à témoigner en justice. Mais cette dispense n'implique pas, d'après la jurisprudence, obligation. Dès lors, le professionnel soumis à l'article 458, appelé comme témoin en justice, peut témoigner mais n'y est pas obligé. C'est donc à ce professionnel lui-même qu'il appartient de décider, selon sa conscience, s'il

divulgue un secret parce qu'il estime que c'est dans l'intérêt de la justice ou, le cas échéant, dans l'intérêt de son client.

Par dérogation à la règle générale ainsi élaborée de longue date par la jurisprudence, le texte de l'article 31 du projet de loi sur la profession d'avocat entend rendre absolue l'obligation au secret. L'avocat ne pourra donc plus révéler de secret en justice comme il pouvait le faire selon l'article 458 du Code pénal, et ce même au cas où il estimerait que son témoignage serait dans l'intérêt de la justice, voire même de son client.

Ayant été étroitement associé à l'élaboration de ce projet, je crois pouvoir dire que cette disposition prend son origine dans une proposition personnelle de feu notre membre d'honneur le Ministre de la Justice Robert Krieps.

Ceux qui se sont ralliés à cette proposition - et le barreau ne l'a pas fait sans de sérieuses hésitations - ont estimé que d'une part l'avocat, lorsqu'il témoigne pour son client, est un mauvais témoin, que par ailleurs l'abstention de témoignage peut être interprétée en défaveur de son client et qu'enfin, devant l'internationalisation du crime, l'avocat risque de subir des pressions soit de la part des malfaiteurs, soit, à l'opposé, d'autorités étrangères: si du moins on se rallie à la thèse suivant laquelle la justice au sens de l'article 458 est également la justice étrangère, question sur laquelle ma recherche est restée infructueuse, un avocat appelé à témoigner devant une juridiction étrangère, dès lors qu'il ne peut dire que le témoignage lui est interdit, risque d'y subir des contraintes, voire des condamnations.

Sur deux autres plans, le même article 31 du projet de loi sur la profession d'avocat étend l'obligation au secret de l'avocat:

Tout d'abord, il sanctionne le secret de l'instruction en matière pénale en interdisant à l'avocat de communiquer des renseignements extraits du dossier ou de publier ou faire publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours. Il ne s'agit plus ici tant de la protection du secret du client que de la protection du secret de l'instruction que détient le parquet, le juge d'instruction ou le tribunal.

D'autre part, l'article 31 consacre la pratique actuelle quant à la protection du secret au lieu de travail de l'avocat et dans ses communications en imposant, lors de toute mesure d'instruction civile ou criminelle, qu'il n'y soit procédé qu'en présence du bâtonnier ou de son représentant ou ceux-ci dûment appelés.

2. LES TITULAIRES NOUVEAUX DU SECRET PROFESSIONNEL.

1) Le banquier:

L'opinion a prévalu depuis assez longtemps chez nous et en France, mais non en Belgique, que compte tenu de la généralisation des paiements par compte et du crédit, le banquier est à considérer comme un confident nécessaire.

Par un mécanisme législatif subtil, cette conception a été confirmée sous forme d'interprétation dans l'article 16 de la loi du 23 avril 1981 repris par l'article 31 de la loi du 27 novembre 1984 relative à la surveillance du secteur financier. Ce texte qui permet la communication de certaines informations aux actionnaires majoritaires d'un établissement de crédit, le fait "par dérogation à l'article 458 du Code pénal, qui interdit aux administrateurs, aux membres de organes directeurs et de surveillance, aux dirigeants et autres employés des établissements visés à l'article 1er de la (...) loi, de révéler les secrets qu'on leur confie en cette qualité."

Le secret bancaire qui est ainsi bien établi, vient de faire l'objet d'un travail à la fois exhaustif et de haut niveau scientifique de M. Jacques Kauffman sous le titre "Le secret professionnel du banquier en droit luxembourgeois", publié dans la revue française "Droit et pratique du commerce international" (1990, tome 16, no 1, pages 73 à 105) et diffusé en même temps dans la série "Articles et conférences" publiée par la Banque Internationale à Luxembourg (cahier de septembre 1990).

J'aurais mauvaise grâce à répéter ce qu'il dit, d'autant plus que je partage les avis qu'il y émet, particulièrement quant à l'unité du secret professionnel, qu'il s'agisse du civil ou du pénal, et qu'il s'agisse des titulaires classiques du secret ou des nouveaux-venus.

2) Les autres professionnels du secteur financier:

L'article 31 de la loi du 17 novembre 1984 relative à la surveillance du secteur financier ne s'applique qu'à ceux qui sont soumis à cette loi, à savoir aux établissements bancaires et d'épargne, aux caisses d'épargne et de crédit organisées sous la forme d'associations agricoles ou de sociétés coopératives, en pratique la caisse centrale et les caisses rurales Raiffeisen, et aux établissements financiers non bancaires qui sont admis restrictivement à la collecte de dépôts.

Aucune disposition analogue n'est venue expressément confirmer ou étendre le secret professionnel, tel qu'il est organisé par le Code pénal, aux autres professionnels du secteur financier.

La question de l'applicabilité du secret professionnel sanctionné par le Code pénal se pose cependant au regard de l'avènement du règlement grand-ducal du 24 mars 1989 précisant le secret bancaire en matière fiscale et délimitant le droit d'investigation des administrations fiscales.

Le titre de ce règlement ne doit pas induire en erreur: il résulte du cercle des personnes visées à l'article 4 que le règlement n'a pas trait seulement au "secret bancaire" proprement dit.

En effet cet article 4 dispose qu'aucun renseignement aux fins de l'imposition du contribuable ne peut être demandé

- (1) aux établissements de crédit,
- (2) aux autres professionnels du secteur financier,
- (3) aux sociétés de participations financières au sens de la loi du 31 juillet 1929,
- (4) aux organismes de placement collectif au sens de la loi du 30 mars 1988.

Rappelons l'origine de ce texte:

Des incertitudes persistaient au regard du maintien en vigueur de certaines dispositions de la loi générale des impôts, qui n'est autre que la "Abgabenordnung" allemande, telle qu'elle fut introduite pendant la dernière guerre mondiale et maintenue en vigueur, en dérogation aux dispositions abrogeant les mesures prises par l'ennemi, par l'arrêté grand-ducal du 26 octobre 1944 concernant les impôts, taxes, cotisations et droits. La "Abgabenordnung" contient en particulier des dispositions permettant aux administrations fiscales de s'adresser aux tiers qui sont obligés de lui fournir des renseignements. La question se posait, au regard de l'article 458 du Code pénal, si l'investigation des administrations fiscales, se situant dans un cadre quasi-juridictionnel - le directeur des contributions étant juge de première instance en matière fiscale - était ainsi assimilée à l'enquête judiciaire ou si l'on se trouvait en présence d'un cas où "la loi oblige" le confident "à faire connaître le secret".

L'opinion dominante était que si la "Abgabenordnung" était applicable dans l'ensemble, tel n'était pas le cas pour certaines de ses dispositions, jugées incompatibles avec notre système juridique: parmi celles-ci le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 mars 1989 sur le projet devenu le règlement grand ducal du 24 mars 1989, rangeait résolument l'article 175 qui consacre le droit d'investigation des administrations fiscales (Doc. parl. 3324 p. 11 sub. a)).

L'Administration des Contributions Directes, quant à elle, avait comme pratique constante et reconnue de ne pas s'adresser aux banques pour l'obtention de renseignements. Cette "pratique administrative" trouvait sa répercussion dans certaines conventions contre la double imposition selon lesquelles aucune information n'était à échanger avec l'Etat contractant dans la mesure où l'administration n'obtenait pas ces renseignements à ses propres fins sur base de sa propre pratique administrative. Les pratiques administratives étaient également visées à la directive 77/779 CEE assortie de la déclaration du Conseil et de la Commission actée au procès-verbal du Conseil (FIN. 773, doc. R/3004 f/77) qui en formulait la définition.

Des pressions s'étaient exercées sur le Luxembourg pour que, dans le cadre de la Communauté, l'obstacle de telles "pratiques administratives" aux échanges de renseignements entre administrations fiscales soit levé. Tel était l'objet en dernier lieu de la proposition de directive de la Commission présentée au Conseil des ministres le 15 février 1989 et visant à modifier la directive 77/799/CEE précitée. Aussi fut-il jugé nécessaire de remplacer la pratique administrative par un texte légal.

Les réactions de nos voisins et d'autres pays européens ont varié entre l'admiration devant notre promptitude et notre courage - pour ne pas employer un autre mot - et l'agacement devant ce que certains ont considéré comme une manoeuvre, en passant par la constatation plus objective que l'on était du moins maintenant devant une situation claire et nette.

Les polémiques ne convenant à notre institut, la question qui nous intéresse dans le cadre de la présente communication est de savoir quelle est la portée de cet article 4. lorsqu'il exclut la demande de renseignements aux fins de l'imposition auprès des "autres professionnels du secteur financier".

Il faut d'abord retenir de ce qui précède que tant l'article 31 de la loi du 27 novembre 1984 relative à la surveillance du secteur financier que le règlement grand-ducal du 24 mars 1989 ne font qu'interpréter (en ce qui concerne l'article 31) et "préciser" (en ce qui concerne

le règlement du 24 mars 1989) le secret professionnel, à tel point que le Conseil d'Etat, dans son avis précité du 23 mars 1989, avait jugé le règlement grand-ducal inutile. "Objectivement parlant", constatait-il, "il n'y a pas un réel besoin de légiférer".

Cette opinion du Conseil d'Etat procède d'une conception très large du secret professionnel, ceci en général et abstraction faite même de son application particulière au droit d'investigation des administrations fiscales. Il résulte en effet de son avis que le secret professionnel, qu'il considère comme allant de soi pour les professionnels du secteur financier, doit exister également pour les investisseurs institutionnels que sont les sociétés holding et les organismes de placement collectif. Et dans son raisonnement le Conseil d'Etat semble bien se référer au secret professionnel en tant que tel et non seulement à l'interdiction d'investigation des autorités fiscales.

A propos de l'article 4, le Conseil d'Etat s'exprimait en effet comme suit:

" Le Conseil d'Etat s'est déjà prononcé contre l'hypothèse d'une survie en droit luxembourgeois de l'article 175 de la RAO ainsi que pour la possibilité d'une assimilation par le présent projet, en matière de secret professionnel, aux établissements de crédit des professionnels du secteur financier autres que lesdits établissements.

Il estime que pour ce qui est de l'extension aux sociétés holding et organismes de placement collectif du régime du secret professionnel consenti aux établissements de crédit, il ne devrait pas y avoir, à l'instar de ce qu'il a préconisé pour les autres professionnels du secteur financier, des difficultés particulières. En effet, de telles institutions ont pour objet social exclusif la gestion d'une partie du patrimoine de leurs associés ou adhérents et ce sous le contrôle des autorités compétentes à cet égard et peuvent dès lors aussi être considérés comme des intermédiaires professionnels du secteur financier. De plus, si l'on ne leur reconnaissait pas le statut de ces derniers, en matière de secret professionnel, une forme particulière de placement de l'épargne jugée pourtant comme étant particulièrement intéressante à la fois pour les pourvoyeurs des fonds à risques et pour le développement de l'économie, s'en trouverait discriminée par rapport à de simples placements de liquidités en banque, au grand dam des buts poursuivis par cette voie de mobilisation de fonds. "

Ne doit-on pas déduire de cette motivation donnée par le Conseil d'Etat à son avis que désormais l'article 458 du Code pénal, avec ses sanctions, s'applique aux sociétés holding, aux organismes de place-

ment collectif, enfin à tous les autres professionnels du secteur financier ?

A relire l'avis du Conseil d'Etat, il apparaît en effet, au regard de son texte et de son esprit, que la haute corporation a estimé que le compte en banque, le dépôt en banque et le crédit bancaire ne constituent qu'une des formes de l'épargne et que toutes les autres formes de l'épargne, en particulier celles des organismes de placement collectif, favorisées par le législateur par un statut spécial extrêmement détaillé et très protecteur de l'investisseur, doivent bénéficier de la protection contre la divulgation indue du secret.

Lorsque les termes employés par le Conseil d'Etat se réfèrent, on l'aura remarqué, au "régime du secret professionnel consenti aux établissements de crédit" et "au statut de ces derniers", il faut bien constater que, du moins de l'avis de la haute corporation, il s'agit du statut devant le secret professionnel dans sa généralité. S'il est vrai que cet avis intervient dans un texte qui ne "précise" le secret que quant aux investigations des administrations fiscales, le Conseil d'Etat a cependant formulé cette opinion pour constater que, compte tenu des fonctions de ces autres opérateurs du secteur financier, le secret devait s'appliquer à eux en l'absence même d'un texte.

Et en effet, comment concevoir qu'il y ait droit au secret devant les administrations publiques sans que ce droit soit assorti de l'obligation du secret envers tous dès lors que le secret devant l'administration est nécessairement à considérer comme un seuil plus élevé du secret que celui à tenir envers les simples particuliers.

On se rappellera que le Conseil d'Etat avait cité en premier lieu les organismes de placement collectif en constatant qu'ils constituent une forme d'épargne digne de protection au moins autant que les "simples" dépôts en banque. Or, les fonctions principales de la gestion, de l'administration et de la distribution des parts de ces organismes sont en grande partie assumées par des banques, de sorte qu'à ce titre, elles se trouvent protégées de ce fait: on voit difficilement pourquoi elles ne le seraient pas lorsque de telles activités sont exercées par des personnes ou institutions qui n'ont pas le statut d'établissement de crédit et où dès lors la protection peut être considérée comme étant nécessaire à plus forte raison.

D'ores et déjà les administrateurs d'organismes de placement collectif s'interrogent sur certaines pratiques qui étaient courantes dans le passé. Peuvent-ils par exemple communiquer, à des fins commerciales et parfaitement légitimes, aux promoteurs de ces organismes, surtout s'ils se trouvent à l'étranger, les noms des détenteurs d'actions

ou de parts de ces organismes tels qu'ils ressortent du registre des parts ou des actions ? Peuvent-ils communiquer une telle liste, à des fins tout aussi légitimes d'économie de frais, à des imprimeurs ou expéditeurs étrangers ? Il s'impose à notre avis de délimiter ce qui est secret par rapport à ce qui ne relève que de la statistique d'une part, distinguer d'autre part entre les auxiliaires nécessaires d'administration et ceux qui demandent ces données à des fins simplement commerciales, enfin distinguer selon que les destinataires de ces informations sont eux-mêmes tenus au secret professionnel.

Mais si, parmi ces titulaires du secret, nouvellement "précisés", il y a trois catégories bien définies par les lois spéciales qui les concernent, à savoir les établissements de crédit, les sociétés de participations financières et les organismes de placement collectif, la catégorie des "autres professionnels du secteur financier" qui figure à ce texte en deuxième lieu, immédiatement après les établissements de crédit, ne fait pas à ce jour l'objet d'une définition légale.

Qui faut-il donc ranger dans les "autres professionnels du secteur financier" ?

Il semble que la notion du "secteur financier" ait apparu pour la première fois dans la législation luxembourgeoise à l'article 9 de la loi d'établissement, introduit lors de sa modification par la loi du 26 août 1975.

Ce texte disposait que "les autorisations relatives à toutes les activités professionnelles du secteur financier" étaient à accorder sur avis conforme du Ministre des Finances alors que pour le surplus les autorisations d'établissement relèvent du Ministre "ayant dans ses attributions l'établissement".

Depuis la nouvelle réforme de la loi d'établissement par la loi du 28 décembre 1988, le même article fait entrer les autorisations d'établissement relatives à toutes les activités du secteur financier directement dans la compétence de décision du ministre ayant dans ses attributions la place financière, actuellement le Ministère du Trésor.

Le texte ne définit toujours pas "les activités professionnelles du secteur financier".

Ces termes apparaissent à nouveau dans le titre de la loi du 27 novembre 1984 "relative à la surveillance du secteur financier".

Cette loi réglemente dans sa partie I les établissements de crédit, dans sa partie II les dépositaires professionnels de titres, dans sa partie III les opérations de change et dans sa partie IV les offres publiques de valeurs mobilières.

Au seul examen de la terminologie de la législation luxembourgeoise à la date d'intervention du règlement grand-ducal du 24 mars 1989 qui nous intéresse, on pourrait donc penser qu'en tant que l'article 4 de cet arrêté vise sub 2 les "autres professionnels du secteur financier", il se trouverait à première vue limité aux professionnels tombant sous l'empire de la loi du 27 novembre 1984 relative à la surveillance du secteur financier, c'est-à-dire aux dépositaires professionnels de titres, aux professionnels faisant des opérations de change et à ceux intervenant dans les offres publiques de valeurs mobilières.

Cette conclusion serait hâtive. En effet, d'une part, l'article 4 sub 2 ne contient aucun renvoi à la loi du 27 novembre 1984 ce qui aurait été facile si telle avait été l'intention du législateur. D'autre part, il est certain que cette loi ne vise que certains professionnels du secteur financier et nullement l'ensemble de ces professions.

La preuve en est rapportée par l'avènement de la loi du 21 septembre 1990 relative à la surveillance de certaines activités professionnelles du secteur financier et relative aux bourses (Mémorial du 5 octobre 1990; Document parlementaire No 3344).

Le texte de la partie de cette loi qui concerne les activités professionnelles du secteur financier s'insère comme partie II dans la loi relative à la surveillance du secteur financier. Ces nouvelles dispositions sont destinées à s'appliquer, selon l'article 47, "à toutes les personnes morales ou physiques exerçant à titre professionnel une activité du secteur financier". Il contient cependant des dispositions particulières à certaines activités déterminées devant tomber dorénavant sous la surveillance de l'Institut Monétaire Luxembourgeois (IML) et qui sont énumérées aux articles 58 et suivants. La technique de cette loi nouvelle consiste donc à réglementer l'ensemble du secteur financier non encore réglementé à l'heure actuelle, mais à n'en soumettre qu'une partie à la surveillance de l'IML tout en permettant, suivant l'article 56.1, l'extension, par règlement grand-ducal, du champ d'application de la surveillance de l'Institut Monétaire Luxembourgeois à "d'autres catégories de professionnels du secteur financier".

Seront ainsi dès l'abord soumis à cette surveillance les "conseillers en opérations financières (article 58), les "courtiers et commissionnaires" (article 59), les "gérants de fortune" (article 60), les "professionnels intervenant pour leur propre compte" (article 61), les "distributeurs de parts d'opc" (article 62), les "dépositaires professionnels de titres ou d'autres instruments financiers" qui étaient déjà visés par la loi du 27 novembre 1984 mais non soumis à la surveillance de l'IML (article 63), les "preneurs fermes et les teneurs de marché" (article 64), les "personnes effectuant des opérations de change-espèces" (article 65) et le "recouvrement de créances" (article 66).

La loi ne contient pas une disposition générale d'interprétation de l'article 458 du Code pénal analogue à celle de l'article 31 de la loi bancaire.

Cependant, l'article 56 de la loi qui, en ce qui concerne certaines activités énumérées plus haut, institue la surveillance par l'Institut Monétaire Luxembourgeois (IML), énonce que les dispositions de la partie I, chapitres 3 et 4, sont applicables à ces professionnels. Ces chapitres ont trait aux pouvoirs de surveillance et de suspension par l'IML. Or, le chapitre 3 contient précisément l'article 31 qui, rappelons-le, par voie d'interprétation, confirme l'applicabilité de l'article 458 du Code pénal. Il faut reconnaître que la dérogation prévue par l'article 31 est exclue de par son objet de l'activité des autres professionnels du secteur financier puisque ces dérogations visent les crédits et engagement propres à l'activité bancaire.

A tout le moins, il faut constater que le texte ne contient ni confirmation, ni infirmation de l'avis du Conseil d'Etat dont on devrait déduire que ces autres professionnels du secteur financier sont soumis à leur tour aux dispositions de l'article 458 du Code pénal.

Or, on voit difficilement pourquoi des professionnels tels que les conseillers en opérations financières, les courtiers et commissionnaires, les gérants de fortunes, les distributeurs de parts d'opc et les dépositaires professionnels de titres, voire ceux qui procèdent au recouvrement de créances, se verraient soustraits aux rigueurs de l'article 458 du Code pénal qui s'applique aux établissements de crédit, mais seraient par contre à l'abri de l'investigation des autorités publiques que sont les administrations fiscales.

Notre conclusion quant à nous est bien que l'on doit dorénavant considérer l'article 458 du Code pénal comme applicable à tous les professionnels du secteur financier.

3) Les assureurs:

Il est assez étonnant que l'on ne trouve aucune décision de jurisprudence luxembourgeoise qui aurait eu à trancher de l'application de l'article 458 aux assureurs. Il semble bien que la question n'ait pas davantage été résolue de manière à former jurisprudence à l'étranger.

Tout au plus peut-on constater que le Code des Assurances Sociales, en son article 300, impose aux "organes, mandataires et employés de l'Office des Assurances Sociales et des Caisses de Maladie" et aux "autorités, fonctionnaires et employés exerçant le contrôle" de "garder le secret sur les faits et installations qu'ils parviendront à connaître dans l'accomplissement de leur mission, et de s'abstenir d'utiliser ou de révéler les secrets de fabrication ou les secrets d'affaires". Et l'article 314 du Code des Assurances Sociales rend les personnes ainsi visées "passibles des peines édictées par l'article 458 du Code pénal".

Si la question de l'assujettissement des assureurs à l'article 458 du Code pénal devait se poser devant les tribunaux luxembourgeois, je pense que la réponse serait affirmative. L'assureur est en effet un "confident" en ce qu'il reçoit les secrets des personnes quant à leur santé - questionnaires médicaux - quant à leur patrimoine - assurances de choses - voire quant à leur défense en justice par le biais des assurances de protection juridique ou de l'application de la clause de direction du procès, de sorte que l'assureur partage à la fois le secret du médecin, du banquier et de l'avocat.

L'assureur est donc un "confident", et c'est bien un confident nécessaire. Personne n'échappe à la nécessité de s'assurer au moins autant que personne ne peut mener sa vie en notre société actuelle sans recours au banquier. Au-delà même de cette "nécessité" pratique, l'homme se trouve obligé à s'assurer, soit en vertu de dispositions contractuelles (contrats de bail) soit même de par la loi dans les assurances obligatoires telles que l'assurance automobile obligatoire.

Déjà sur base de la jurisprudence et de la conception traditionnelle de la disposition de l'article 458 du Code pénal, on peut donc conclure que l'obligation au secret, sanctionnée pénalement, serait appliquée à l'assureur en cas de litige devant les tribunaux luxembourgeois.

Mais se pose aussi la question de l'application du règlement grand-ducal du 24 mars 1989 délimitant le droit d'investigation des administrations fiscales.

Assez paradoxalement, ceux qui, n'étant pas des établissements de crédit, figurent expressément à l'article 4 de ce règlement pourraient, dans une interprétation plus restrictive que celle du Conseil d'Etat, être considérés comme ne tombant pas sous l'article 458 du Code pénal, tandis que les assureurs qui, selon ce qui vient d'être dit, doivent au moins autant que le banquier tomber sous l'article 458, ne figurent pas à l'article 4 du règlement grand-ducal du 24 mars 1989.

Aurions-nous d'une part des personnes assujetties à l'obligation de secret de l'article 458 et à ses sanctions, mais ne pouvant refuser de répondre aux interrogations des administrations fiscales et d'autre part des personnes autorisées et obligées à ne pas répondre aux administrations fiscales mais non assujetties pour autant à l'article 458 du Code pénal ? Ce serait difficile à admettre.

D'un autre côté, il faut bien reconnaître que l'article 4 du règlement grand-ducal du 24 mars 1989 contient une énumération dans laquelle ne figurent pas nommément les assureurs. La seule catégorie dans laquelle ils pourraient se retrouver est celle des "autres professionnels du secteur financier".

Nous nous sommes déjà interrogés sur la définition de ce secteur financier que le législateur entoure de sa protection comme de sa surveillance sans pour autant le définir.

La loi d'établissement, que nous avons déjà citée dans ce texte, n'avait pas à viser les assureurs puisque, selon son article 4 tel que modifié par la loi du 26 août 1975, les "entreprises d'assurance et leurs agents et les entreprises de réassurance" (cette dernière catégorie y ayant été ajoutée par la loi du 24 février 1984 sur la surveillance des entreprises d'assurance) étaient dispensées de l'autorisation d'établissement avec d'autres professions dont l'article 4 dit qu'elles "font l'objet de lois spéciales". La loi du 28 décembre 1988 se contente de dire à son article 1er (3) qu'elle ne s'applique pas aux professions qui font l'objet de lois spéciales.

Il n'y a pas davantage lieu de s'étonner que les assureurs ne figuraient pas à la loi du 27 novembre 1984 sur la surveillance du secteur financier, puisque le secteur des assurances venait de faire dans la même année l'objet d'une loi nouvelle, la loi du 24 février 1984 concernant le contrôle des entreprises d'assurances.

Le secteur des assurances a une longue tradition de réglementation et de surveillance puisque la première loi concernant la surveillan-

ce des opérations d'assurance était celle du 16 mai 1891 alors que le contrôle bancaire ne date que d'un arrêté grand-ducal du 17 octobre 1945 qui, pour la première fois, instituait le poste de commissaire au contrôle des banques.

Quant à la loi relative à la surveillance de certaines activités professionnelles du secteur financier, il ne faut pas davantage s'étonner que les assureurs n'y figurent pas, puisque, encore une fois, ils sont des "surveillés" de longue date.

Cependant, le passage suivant du commentaire gouvernemental de l'article 47 (Document parlementaire no 3344, p. 15) est significatif:

" La définition est libellée de façon à assurer que toutes les personnes exerçant à titre professionnel une activité du secteur financier soient couvertes par le présent article, à moins qu'il ne s'agisse d'une activité dont l'accès et l'exercice sont régis par une loi particulière. Tel est notamment le cas des activités d'assurance ... Il ne saurait dès lors plus y avoir à l'avenir d'activité du secteur financier, donc du secteur traitant des affaires d'argent, qui ne soit soumise aux conditions de la présente loi."

Ainsi apparaît pour la première fois une tentative de définition du secteur financier qualifié comme étant celui "traitant des affaires d'argent". En même temps, le commentaire gouvernemental de l'article 47 a cru nécessaire d'expliquer que, le texte étant général et s'appliquant à toutes les personnes exerçant à titre professionnel une activité du secteur financier, il a fallu une exception pour en sortir l'activité d'assurance, non point qu'elle ne range pas dans les activités du secteur financier, mais du fait qu'elle se trouve déjà réglementée par une loi particulière. Dès lors il n'est plus possible de dire qu'au niveau de la définition, le secteur des assurances ne tomberait pas, par sa nature, sous le secteur financier, s'agissant de l'un des secteurs par excellence qui "traite des affaires d'argent".

Au regard de cette évolution législative et de la définition ainsi donnée, il semble se confirmer que les termes généraux de l'article 4.2 du règlement du 24 mars 1989 englobent nécessairement, parmi les "autres professionnels du secteur financier", les entreprises d'assurance.

L'activité d'assurance est par hypothèse une "affaire d'argent". Dans certaines de ses branches, l'assurance-vie, l'assurance-pension, l'assurance dite de capitalisation, elle est une activité d'épargne, parfois, au surplus, assortie d'ingrédients financiers tels

que les valeurs mobilières et les parts d'organismes de placement collectif.

Il n'est pas inutile de rappeler une distinction faite par la loi et la pratique de l'administration fiscale entre des contrats d'assurance qui relèvent de l'assurance pure et les contrats d'assurance qui relèvent de l'épargne. Cette distinction s'inspire de la conception que parmi les produits offerts par le secteur des assurances, il y en a qui sont à caractère essentiellement financier.

L'article 111 (1) a) de la loi de l'impôt sur le revenu (LIR) qualifie de déductibles comme dépenses spéciales "les primes versées ... à titre d'assurance en cas de vie, de décès, d'accident, d'invalidité, de maladie ou de responsabilité civile". Cependant, "en ce qui concerne les contrats comportant la garantie d'avantages en cas de vie, ne sont déductibles que les primes et cotisations afférentes à des contrats souscrits pour une durée effective au moins égale à dix ans" (article 111 (4) LIR). Ce texte est tiré du "Paragraph 10, 1, Nr. 2, B Einkommensteuergesetz" allemand et l'Administration des Contributions se réfère à la jurisprudence allemande pour son interprétation.

Il ressort de cette jurisprudence (voir notamment Bundesfinanzhof du 27 octobre 1987, Bundessteuerblatt 1988, Teil II, p. 132) que la conception qui est à l'origine de l'exigence de durée de ces contrats est que ce ne sont que les contrats d'assurance vie d'une longue durée qui ont le caractère d'assurance pure dans le sens d'une assurance de retraite ("steuerliche Förderung der Zukunftsvorsorge ... dienend in der Regel der eigenen Altersversorgung und/oder der Versorgung Hinterbliebener"). Par contre les contrats d'assurance vie de courte durée sont avant tout des opérations d'épargne ("Sparcharakter").

On peut à tout le moins tirer de cette distinction la conclusion que le législateur et la jurisprudence reconnaissent parmi les contrats d'assurance des contrats à caractère financier à ce point prononcé que les dispositions de faveur fiscale applicables aux primes d'assurance ne peuvent leur être appliquées.

Sur le plan communautaire, la Directive du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en oeuvre de l'article 67 du traité (88/361/CEE, JO no L 178/12), ayant pour objet la libre circulation des capitaux, contient aux notes explicatives à la nomenclature des mouvements de capitaux visée à l'article 1er de la Directive les définitions respectives des établissements de crédit et des établissements financiers. Rangent dans les établissements de crédit les banques, les caisses d'épargne et les organismes spécialisés dans l'octroi de crédits à court, à moyen et à long terme. Sont rangés parmi les établissements financiers, outre les établisse-

ments de crédit, les "compagnies d'assurance, les sociétés de prêts à la construction, les sociétés d'investissement et les autres établissements de nature similaire".

La terminologie communautaire vient ainsi rejoindre le dernier état de l'évolution législative luxembourgeoise en ce qui concerne l'appartenance au secteur financier.

A base de ces réflexions, il paraît évident que l'assureur tombe, quant au secret qu'on lui confie, sous l'article 458 du Code pénal. Il semble bien aussi qu'il puisse et doive refuser de donner des informations aux administrations fiscales sur le fondement du règlement grand-ducal du 24 mars 1989 qui lui est applicable en tant que professionnel du secteur financier.

4) Réviseurs d'entreprises:

Cette profession a été instituée et réglementée par la loi du 28 juin 1984 qui contient une disposition expresse, l'article 9, qui déclare l'article 458 du Code pénal applicable aux réviseurs d'entreprises et aux personnes qui sont à leur service.

Toutefois, leur obligation au secret comporte d'importantes entorses que l'on peut interpréter comme de véritables obligations de divulgation.

Tout d'abord, l'article 89 (3) de la loi du 30 mars 1988 sur les organismes de placement collectif oblige le réviseur, s'il obtient connaissance du fait que l'information fournie aux investisseurs ou à l'autorité de contrôle dans les rapports ou autres documents de l'organisme de placement collectif ne décrit pas d'une manière complète et exacte la situation financière et les résultats de l'organisme de placement collectif, à en informer aussitôt l'autorité de contrôle. Et le texte continue en disant que le réviseur d'entreprises est en outre tenu de fournir à l'autorité de contrôle tous les renseignements ou certifications que celle-ci requiert sur tous les points dont le réviseur a ou doit avoir connaissance dans le cadre de l'exercice de sa mission.

Ces obligations inscrites à la loi relative aux organismes de placement collectif prennent le pas sur le secret professionnel dès lors

que, lorsque l'article 9 de la loi du 28 juin 1984 sur les réviseurs d'entreprises déclare applicable l'article 458 du Code pénal, il consacre en même temps l'une des exceptions prévues à ce texte, à savoir les cas où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, ce qui est précisément l'objet de l'article 89 (3) de la loi sur les organismes de placement collectif.

Cette disposition paraît à première vue tout à fait exorbitante, puisqu'elle oblige le réviseur à dénoncer auprès de l'autorité celui dont il tient le mandat. Il est vrai d'une part que l'autorité est elle-même soumise à l'obligation du secret et aux sanctions de l'article 458 du Code pénal par une disposition formelle de son statut, l'article 37 de la loi du 20 mai 1983 portant création d'un Institut Monétaire luxembourgeois, et que d'autre part, selon l'article 76 (3) de la loi du 30 mars 1988 sur les organismes de placement collectif, l'autorité peut exclusivement utiliser ces informations pour l'exercice de ses fonctions ainsi que dans le cadre de recours administratifs ou de procédures juridictionnelles concernant cet exercice.

Il reste que l'Institut Monétaire est autorisé, voire obligé, à utiliser l'information reçue contre l'organisme de placement collectif et ses dirigeants qui sont précisément les mandants du réviseur.

La disposition se comprend cependant, et se défend au regard des principes généraux du droit, si l'on se rend compte que le réviseur participe de la protection de l'épargne et que ceux qui doivent bénéficier de ses vérifications sont en réalité les actionnaires ou porteurs de parts de l'organisme de placement collectif que le législateur entend protéger entre autres par l'exigence de la révision.

Plus généralement le réviseur d'entreprises doit, sous sa responsabilité, veiller à ce que les comptes annuels et le rapport de gestion contiennent les informations requises par la loi, même celles à charge de l'entreprise ou en défaveur de ses dirigeants. Là encore, la révision, rendue obligatoire par la loi, sert la protection des actionnaires et des tiers.

On sait qu'en France, plus généralement encore, les commissaires aux comptes, dont la profession correspond à celle de nos réviseurs, ont l'obligation d'informer le Procureur de la République lorsqu'ils rencontrent dans l'exercice de leur fonction des situations délictueuses ou qui peuvent le paraître ou le devenir.

Le rapport St. Pierre, qui était à la base du projet de loi français récemment échoué d'unification des professions d'avocat et de

conseil judiciaire, faisait la comparaison entre les devoirs de l'avocat et des réviseurs, commissaires et comptables comme suit:

" La séparation du droit et du chiffre apparaît comme une garantie essentielle pour les entreprises. Ce n'est pas par hasard si cette séparation existe dans de nombreux pays, aux Etats-Unis notamment, comme le montre une étude très documentée de M. Dominique Ledouble (Dominique Ledouble, La situation respective des CPAs et des Lawyers aux U.S.A., mai 1989). Ces deux domaines en effet requièrent à l'évidence une approche différente. Le juriste est essentiellement un conseiller et un défenseur, il utilise une science humaine; le comptable, quelle que puisse être l'étendue de sa mission, est d'abord investi d'un devoir de surveillance et de contrôle; il manie une technique comptable objective faisant l'objet de normes internationales." (rapport St. Pierre, p. 49 et 50)

et plus loin:

" Enfin, il a été souligné que les commissaires aux comptes, dont les experts-comptables souhaitent que la profession soit assimilée à la leur, ont une mission pouvant être assimilée à celle d'auxiliaire de justice puisqu'ils ont l'obligation d'informer le Procureur de la République lorsqu'ils rencontrent dans l'exercice de leurs fonctions des situations délictueuses ou qui peuvent le paraître ou le devenir et on voit mal comment un même cabinet pourrait à la fois être le conseil, et le cas échéant, le défenseur d'un chef d'entreprise éventuellement coupable ou même simplement suspecté, alors qu'il aurait par ailleurs l'obligation de dénoncer ses agissements au Procureur de la République."

Ces réflexions ont été reprises par le Barreau récemment lors des avis qu'il a eu à donner sur le projet de réforme de la profession d'avocat, et ce dans le sens de l'incompatibilité, entre autres pour cette raison, entre ces deux professions. En effet, si le secret de l'avocat est absolu et doit l'être pour la liberté de la défense et l'intérêt supérieur de la justice, celui du réviseur est relatif et fait place, pour les motifs parfaitement respectables et légitimes dégagés ci-dessus, à l'obligation d'informer les autorités.

En ce qui concerne une profession parente de celle des réviseurs d'entreprise, celle des experts-comptables, dont la profession n'est pas réglementée par la loi qui se contente d'en déterminer les conditions d'accès à l'article 19 (1) c) de la loi d'établissement, aucune disposition expresse ne consacre l'obligation et le droit au secret.

Mais il paraît presque évident de les considérer comme des confidentiels nécessaires, tant l'assistance quant à la tenue des comptes est devenue une nécessité devant une réglementation de plus en plus envahissante au regard de la comptabilité, de la fiscalité et de la sécurité sociale .

Sur un autre plan, on peut s'interroger sur la question de savoir comment tient le secret du réviseur d'entreprises et de l'expert-comptable devant les investigations des administrations fiscales et en particulier de l'Administration des Contributions. Il convient de rappeler que la "Abgabenordnung" en son paragraphe 199 (1) prévoit une obligation de renseignement à charge des conseillers fiscaux qui ne trouve exception, en vertu du paragraphe 199 (2), qu'en ce qui concerne les avocats et les notaires, sauf s'ils ont été condamnés pour fraude fiscale ou complicité de fraude fiscale. Le règlement grand-ducal du 24 mars 1989, lorsqu'il limite l'investigation des administrations fiscales, ne vise pas les réviseurs d'entreprises et les experts-comptables qui certainement ne peuvent pas être compris parmi les "autres professionnels du secteur financier".

La question ne se pose pas si l'on se rallie à l'avis précité du Conseil d'Etat du 23 mars 1989 qui estimait le règlement grand-ducal du 24 mars 1989 superflu, considérant des dispositions comme celle de l'article 175 de la "Abgabenordnung", qui consacrent le droit d'investigation des administrations, comme incompatibles avec notre système juridique.

Rappelons que le Conseil d'Etat, constatant qu'"objectivement" il n'y avait pas lieu de légiférer, a cependant exprimé sa compréhension d'un besoin de texte dans le contexte européen. Aussi, tout en déclarant qu'il pouvait "marquer son accord sur l'article 4 du projet", soulignait-il "que l'adoption d'un article 178bis de l'AO dans la teneur proposée n'implique pas la reconnaissance en droit de l'article 175 de ladite AO".

Bien entendu, ce qui est vrai de l'article 175 de l'AO, l'est à plus forte raison de la disposition bien plus exorbitante de l'article 199bis.

Il reste que le lecteur de la loi dite "loi générale des impôts", y trouve entre les paragraphes 175 et 199, dont nos instances répètent qu'ils sont en désuétude ou incompatibles avec notre système juridique, mais que l'on ne prend pas la peine d'abolir une fois pour toutes, le nouvel article 178bis introduit par l'article 4 du règlement grand-ducal du 24 mars 1989, qui, dans une méthode législative normale, serait compris comme constituant une dérogation à l'article 175.

Que fera le juge devant des textes si difficilement compatibles avec les idées exprimées au cours de leur préparation législative. Les articles 175 et surtout 199 ne sortent-ils pas renforcés de l'insertion, au beau milieu d'entre eux, de cet article 178bis dans ce qui est, par euphémisme, appelé "la loi générale des impôts du 22 mars 1931". Or, la teneur de cet article pouvait parfaitement, comme l'avait proposé la Chambre de Commerce dans son avis du 22 mars 1989 (D.P. no 3324, p. 8), figurer telle quelle au règlement grand-ducal du 24 mars 1989 sans référence à la Abgabenordnung.

Et que dire, en ce qui concerne les experts-comptables, du renvoi par l'article 19 (1) c) aux "exigences particulières des lois fiscales à l'égard des personnes dont l'activité professionnelle consiste à donner des consultations en matière fiscale". Qu'est-ce d'autre qu'une référence, entre autres, au pouvoir réservé par le même § 199 AO de suspendre dans certaines conditions les conseillers fiscaux ?

Si tout le monde reconnaît que la AO va à l'encontre de nos principes de civilisation, pourquoi encore y insérer de nouvelles dispositions et pourquoi ne pas abolir pour de bon au moins ses règles les plus inacceptables.

II.

TENDANCES A LA RESTRICTION:

Sur le plan communautaire, nous avons vu les mesures prises par la voie du règlement grand-ducal du 24 mars 1989 pour transformer en interdiction de droit positif la pratique administrative aux termes de laquelle les administrations fiscales ne peuvent demander d'information aux professionnels du secteur financier.

Cette mesure était suffisante au regard du projet de proposition de directive du Conseil modifiant la Directive 77 799 CEE du 19 décembre 1977 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts et de la taxe sur la valeur ajoutée. En effet, cette proposition se bornait, à cet égard, à supprimer la limitation de l'échange de renseignements constituée par la pratique administrative.

Le Luxembourg ayant érigé en texte légal ce qui pouvait antérieurement n'être considéré que comme une pratique administrative, le Conseil des Ministres Ecofin du 18 décembre 1989 a voulu aller plus loin en imposant que les Etats membres devraient prendre avant le 1er juillet 1990, les mesures leur permettant de fournir des informations dans les cas individuels où des présomptions de faute grave sont invoquées par l'autorité requérante, même lorsque l'Etat requis n'a pas la possibilité d'obtenir des renseignements auprès des établissements financiers pour ses besoins propres.

Cette situation était évidemment donnée au Luxembourg depuis le règlement grand-ducal du 24 mars 1989 et le Luxembourg aurait donc dû surmonter lui-même l'obstacle qu'il venait d'ériger.

Devant l'opposition du Luxembourg, le Conseil des Ministres du 18 décembre 1989 a constaté d'une part l'opposition du Luxembourg, d'autre part l'approbation par les onze autres Etats membres sur douze.

La Commission elle-même reconnaît que l'approbation de telles mesures par onze Etats membres sur douze n'aboutit pas à une solution communautaire et comporte le risque de donner un exemple d'éclatement qui pourrait s'étendre à d'autres domaines qui requièrent l'unanimité.

Aussi voit-on se dessiner une tendance croissante à limiter, même en matière fiscale, la mesure dans laquelle l'unanimité communautaire est exigée.

A ce titre on a vu un memorandum belge sur la relance institutionnelle de mars 1990 qui envisage "que les grandes décisions fiscales (par exemple les niveaux de la fiscalité) resteraient soumises à l'exigence de l'unanimité, mais que les décisions relatives à l'assiette et aux modalités d'imposition soient prises à la majorité qualifiée".

Les débats ne sont pas clos sur ce chapitre. Il ne peut pas être exclu que nos partenaires particulièrement sensibles, comme la France ou l'Espagne, à la liberté nouvelle que leur apporte la libération des mouvements de capitaux, veuillent absolument aboutir à un assouplissement de la position luxembourgeoise concernant le secret à opposer aux échanges d'information. On peut aussi espérer qu'ils constateront que la liberté des mouvements de capitaux n'est pas la fin du monde et qu'ils porteront leur attention à d'autres domaines.

Sur un autre plan, plus fondamental encore, l'on doit s'interroger sur le caractère absolu du secret professionnel au regard de formes de criminalité à caractère international que l'on s'accorde à considérer dans tous les pays comme une menace d'une gravité exceptionnelle à l'ordre et à la santé publique.

Je fais référence à l'article 8-1 de la loi du 19 février 1973 modifiée par la loi du 7 juillet 1989 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie, qui introduit le délit dit de "blanchiment d'argent".

Ce n'est pas dans le cadre de la présente communication que je puis faire l'analyse de ce texte et exposer les vicissitudes de sa préparation. Je rappelle que la sanction s'applique non seulement à ceux qui auront sciemment participé à une opération de blanchiment d'argent, mais encore à ceux qui auront apporté un concours à une telle opération "par méconnaissance de leurs obligations professionnelles". En vain, le Conseil d'Etat avait-il mis en garde contre l'érection en infraction pénale d'une méconnaissance d'obligation professionnelle, alors que suivant la haute corporation, il n'existe pas en ce domaine des normes générales suffisamment précises et connues. Il faut bien craindre que nous soyons ici en présence d'une disposition qui enfreint le principe nulla poena sine lege, un pas que le juge pénal aura, pensons-nous, des hésitations à franchir.

Qui plus est, certains ont émis l'avis que le délit de blanchiment d'argent étant, dans le système de la loi du 7 juillet 1989, l'accessoire de l'infraction à la loi contre les stupéfiants, n'était punissable que si l'infraction principale était commise à Luxembourg, ce qui rendrait la loi inopérante sur le plan international. Cette opinion vient d'être rejetée par une décision de la Cour d'appel statuant en appel de la Chambre du conseil en date du 10 août 1990 (no 117/90 Ch.c.C.).

Quoi qu'il en soit, que doit faire le banquier ou autre professionnel lorsqu'il constate qu'il est en présence d'une opération de blanchiment d'argent à laquelle il peut avoir concouru sans méconnaissance de ses obligations professionnelles ou qu'il a rejetée comme suspecte ? Peut-il ou doit-il dénoncer l'infraction qui s'est faite ou qui se préparait dans le chef de ses clients ?

Rappelons qu'il n'existe pas d'obligation générale de dénonciation des crimes et des délits.

Il est vrai que l'article 23 (2) du Code d'instruction criminelle qui a remplacé depuis la loi du 16 juin 1989 l'ancien article 29 du même Code, institue l'obligation de donner "avis sur-le-champ" au procureur d'Etat d'un crime ou d'un délit qui vient d'être connu, mais cette obligation ne s'adresse qu'à "toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public" et à la condition supplémentaire qu'il se trouve "dans l'exercice de ses fonctions". Les banques étant des institutions de droit privé, malgré leur statut réglementé, ne peuvent évidemment être considérées comme "autorités constituées". Il en serait autrement, bien entendu, de l'Institut Monétaire Luxembourgeois qui serait une telle autorité constituée.

L'ancien article 30 du Code d'instruction criminelle allait plus loin en exigeant la dénonciation par "toute personne", donc également par des personnes physiques ou morales qui ne sont ni autorité constituée ni fonctionnaire ni officier public, mais cette obligation de dénonciation ne visait que le cas où elles auraient été "témoins d'un attentat, soit contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu". Cette disposition, déjà antérieurement sans sanction, a été purement et simplement supprimée par la loi du 16 juin 1989 portant modification du code d'instruction criminelle.

Dès lors, la banque n'est pas légalement obligée de dénoncer son ancien client. A-t-elle le droit de le faire ? Il semble que non, puisque, ce faisant, elle violerait l'article 458 du Code pénal qui lui est applicable dès lors qu'elle ne se trouve pas, comme nous venons de le constater, dans un cas "où la loi l'oblige à faire connaître ses secrets". Il en serait autrement si elle était "appelée à rendre témoignage en justice".

Il faut reconnaître que cette situation n'est pas satisfaisante. Le malfaiteur risque de pouvoir impunément faire la tournée des plus de cent cinquante établissements de la place jusqu'à ce qu'il trouve celui qu'il peut convaincre ou tromper au point qu'il accepte de passer l'opération. Aussi en a-t-on tiré à l'étranger la conclusion qu'il fallait aller plus loin, lever l'obligation au secret bancaire et, au-delà, imposer aux établissements de crédit l'obligation de dénonciation. C'est ce que fait la loi française no 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants.

Sur le plan international, des accords se préparent dans le sens de cette direction qui, est-il besoin de le dire, n'est nullement sans soulever à son tour de graves problèmes.

En effet, d'une part, une déclaration doit obligatoirement être faite, dans le système de la loi française, à un service spécial placé sous l'autorité du Ministre de l'Economie et des Finances, des sommes inscrites dans les livres des banques qui "paraissent" provenir d'une infraction à la législation contre les stupéfiants ou des opérations qui portent sur des sommes qui "paraissent" provenir de telles infractions. S'il est vrai que selon l'article 16 de la loi, les informations recueillies par ce service ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles prévues par la même loi, il reste que, selon l'article 5 de la loi, ce service, dès que les informations recueillies mettent en évidence des faits "susceptibles" de constituer une infraction à la loi sur les stupéfiants, en réfère au procureur de la République. Les vocables "paraissent", en ce qui concerne les banques, et "susceptibles de" pour le service institué à cet effet, conduisent nécessairement à de redoutables questions d'appréciation et à des risques d'erreurs et des conséquences qui peuvent être irréparables.

III.

Ma conclusion tient en deux points:

- Le secret professionnel est une garantie indispensable du respect de la personne humaine, de la défense en justice et du droit à la propriété.

Notre société moderne a étendu, bien au-delà du prêtre, du médecin et de l'avocat, le cercle des confidentiels nécessaires parmi lesquels on trouve désormais les professionnels du chiffre et de la finance.

En même temps cette société, elle aussi, doit se défendre. Elle affronte des fléaux nouveaux devant lesquels elle ne peut se dérober à la solidarité internationale: le droit au secret risque donc de subir des entorses dans l'intérêt de l'ordre public tant national qu'international.

- La tension entre notre pays et ses partenaires européens à propos du secret bancaire est réelle. On nous a accusés de vivre de la fraude fiscale des autres. Nous avons répondu qu'il importait d'abord que chacun balaie devant sa porte.

Il est vrai que nos administrations ont pratiqué le respect du secret dans une tradition qui s'est établie bien avant que nous devenions

une place forte financière internationale. Mais la pression européenne reste. Nous dépendons trop de l'Europe pour ne pas devoir envisager des concessions qui ne cèdent pas à l'essentiel.

Luxembourg, le 24 octobre 1990

Intervention de Monsieur Jules STOFFELS

Dans son excellente étude traitant du "secret professionnel dans l'actualité", notre confrère, André Elvinger affirme que "le secret professionnel est une garantie indispensable du respect de la personne humaine, de la défense en justice et du droit à la propriété".

Il affirme également "qu'en ce qui concerne une profession parente des réviseurs d'entreprises, celle des experts-comptables, dont la profession n'est pas réglementée par la loi qui se contente d'en déterminer les conditions d'accès à l'article 19 (I) de la loi d'établissement, aucune disposition expresse ne consacre l'obligation et le droit au secret."

Le réviseur d'entreprise et l'expert-comptable, faut-il les considérer comme des confidentiels nécessaires?

J'essaierai, très sommairement d'élucider la question en fonction de l'environnement économique dans lequel opèrent les intéressés.

Les analyses post-keynésiennes de la croissance économique prennent essentiellement en considération les phénomènes d'offre.

Depuis les travaux de R.Frisch et notamment ceux de D.F. Denison, la plupart des modèles de croissance économique ajoutent aux deux facteurs quantitatifs de base (le capital et le travail), un élément qualitatif par excellence, à savoir le progrès technique.

Grâce à l'insertion de la notion de progrès technique dans la fonction de production de Cobb/Douglas (production = f (TC), fonction essentiellement quantitative, on améliore la dimension et l'impact des économies d'échelle, le niveau de la productivité et la dynamique des flux économiques par le truchement de l'offre.

Depuis J. Schumpeter, l'entrepreneur est "l'homme des combinaisons nouvelles", l'homme de l'innovation.

L'innovation (liée intimement à la mise en valeur du progrès technique) est la clef de voûte du progrès économique, cela notamment dans le système de l'économie de marché et de la libre concurrence.

La dynamique des flux, celle des forces et des structures économiques en dépendent étroitement.

La capacité innovatrice des entreprises est reflétée largement par la comptabilité courante et notamment la comptabilité analytique des prix de revient économiques et financiers.

Il va sans dire que le réviseur d'entreprise et l'expert-comptable, grâce aux renseignements chiffrés et autres dont ils disposent, possèdent des instruments d'information, qui en cas de divulgation à des tiers, sont susceptibles de mettre en péril le succès et le mérite de leurs mandants et, parallèlement, les inclinations favorables à l'initiative privée et au progrès social.

A mon sens, la capacité d'innovation doit être considérée comme un droit de propriété incorporel et protégé comme tel par l'obligation au secret des confidents nécessaires.



