



BANQUE • FINANCE • SOCIAL • GESTION • **DROIT** • MARKETING

Le **secret** **bancaire**

Approches nationale et internationale

Jérôme Lasserre Capdeville

RB

ÉDITION

Le secret bancaire

Approches nationale et internationale



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands Augustins – 75006 Paris).

ISBN : 978-2-86325-623-7 – N° Diffuseur : G70728

© REVUE BANQUE Édition – 18, rue La Fayette, 75009 – www.revue-banque.fr – 2013

Diffusé par les Éditions d'Organisation – 1, rue Thénard – 75240 Paris Cedex 05

La reproduction totale ou partielle de cet ouvrage, sans accord écrit de Revue Banque Édition, est interdite conformément aux dispositions du code de la propriété intellectuelle.

Les essentiels
de la banque et de la finance

Le secret bancaire

Approches nationale et internationale

Jérôme Lasserre Capdeville

Maître de conférences HDR
Université de Strasbourg

RB

ÉDITION

DU MÊME AUTEUR

Droit bancaire et financier – Mélanges AEDBF-France VI

Sous la direction de A. Gourio et J.-J. Daigre, *Hors collection*, 2013

Droit de la régulation bancaire

J.-P. Kovar et J. Lasserre Capdeville, *Collection Droit*, 2012

Droit bancaire et financier – Mélanges AEDBF-France V

Sous la direction de H. de Vauplane et J.-J. Daigre, *Hors collection*, 2008

DANS LA MÊME COLLECTION – Nouveautés 2012-2013

Contrôle de gestion et stratégie dans la banque

M. Rouach et G. Naulleau (3^e éd.)

Introduction au *private equity* – Les bases du capital-investissement

C. Demaria (4^e éd.)

Introduction à la comptabilité bancaire

M. Formagne

Introduction en bourse – Règles d'admission et d'information (L')

M. Goldberg-Darmon (3^e éd.)

LBO – Montages à effet de levier – *Private Equity*

Ph. Thomas (2^e éd.)

Marketing bancaire et de l'assurance – Nouvelles tendances (Le)

M. Badoc et E. Trouillaud (3^e éd.)

Optimisation des fonctions de contrôle

M.-A. Nicolet

Paielements à l'heure de l'Europe et de l'e- / m-paiement (Les)

R. Bouyala (2^e éd.)

Principes de finance d'entreprise – *Corporate Finance* – Création de valeur

Ph. Thomas (2^e éd.)

***Real Estate* – Finance de l'immobilier**

Ph. Thomas et Arnaud Romanet-Perroux

Stratégies d'options de change – Couverture et investissement

A. Girardeau-Montaut et I. Klein

Retrouvez tous les ouvrages publiés par RB Édition
sur **revue-banque.fr**

SOMMAIRE

Introduction.....	13
--------------------------	-----------

Première partie

**APPROCHE NATIONALE
DU SECRET BANCAIRE**

Chapitre 1	
Le principe du secret bancaire.....	23

SECTION 1 – LE CHAMP D’APPLICATION DU PRINCIPE.....	23
1. Les débiteurs du secret bancaire	23
2. Les créanciers du secret bancaire.....	28
3. Les informations couvertes par le secret bancaire.....	33
SECTION 2 – LES EFFETS DU SECRET BANCAIRE.....	37
1. L’opposabilité du secret bancaire aux tiers.....	38
2. Les sanctions de la violation du secret bancaire	42

Chapitre 2	
Les exceptions au secret bancaire	49

SECTION 1 – LES DÉROGATIONS TENDANT À LA PRÉSERVATION D’INTÉRÊTS PRIVÉS.....	50
1. L’entourage du bénéficiaire du secret.....	50

2. En cas de cautionnement.....	59
3. En cas d'entreprises en difficulté	61
4. En cas de saisie-attribution.....	63
5. En cas de surendettement.....	65
6. En cas de divorce	67
7. Les exceptions en faveur de la banque	67
SECTION 2 – LES DÉROGATIONS TENDANT À LA PRÉSERVATION DE L'INTÉRÊT PUBLIC.....	
1. Les autorités de contrôle en matières bancaire et financière	70
2. L'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale	74
3. L'organisme de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.....	76
4. Les organismes de Sécurité sociale.....	81
5. L'administration des douanes	81
6. L'administration fiscale.....	82
Conclusion de la première partie	87

Deuxième partie
APPROCHE
INTERNATIONALE
DU SECRET BANCAIRE

Chapitre 1

Le secret bancaire en droit comparé	93
SECTION 1 – L'EXEMPLE SUISSE.....	
1. Présentation générale du principe	94
2. Quelques dérogations notables	95
3. Secret bancaire et droit fiscal	98

SECTION 2 – L’EXEMPLE LUXEMBOURGEOIS 102

1. Présentation générale du principe 102

2. Quelques dérogations notables 104

3. Secret bancaire et droit fiscal 106

SECTION III – L’EXEMPLE MONÉGASQUE..... 108

Chapitre 2

**Les incidences du secret bancaire
en matière de coopération 111**

SECTION 1 – EN MATIÈRE D’ENTRAIDE PÉNALE..... 111

SECTION 2 – EN MATIÈRE D’ENTRAIDE FISCALE 113

Conclusion de la deuxième partie 117

Bibliographie de l’auteur..... 121

Table des matières 123

INTRODUCTION

*Garder un secret consiste à ne le répéter
qu'à une seule personne à la fois.*

Michel Audiard
(1920-1985)

1. Le secret correspond à un instinct profond de l'être humain. Par tempérament, l'Homme aime entourer d'un voile opaque tout ce qui touche à sa personne, à ses faits et gestes, ou encore à son patrimoine¹. Dès lors, le droit, en tant qu'il appréhende et régule les comportements humains les plus variés, ne pouvait pas ne pas tenir compte de ce besoin de secret. En conséquence, notre droit positif est venu imposer le secret, ou du moins le défendre, dans un certain nombre de domaines. Songeons au secret de la vie privée, au secret de l'instruction, au secret de fabrique, au secret-défense, au secret des correspondances et, bien évidemment, au secret professionnel.

2. Or, s'il est une profession qui permet à son titulaire de pénétrer les secrets de la clientèle, ou encore des tiers en relation avec cette même clientèle, c'est bien celle de banquier. Ce dernier est progressivement devenu un « rouage » essentiel de l'économie, et un « passage obligé » pour le grand public qui, en raison même de la législation, est tenu d'ouvrir un compte en banque s'il souhaite réaliser un certain nombre d'opérations bancaires. Il est dès lors logique que ce professionnel soit obligé de taire les informations de

1. J. Carbonnier, « Transparence » *in* *Flexibile droit*, LGDJ, 2001, 10^e éd., p. 320.

nature confidentielle qui lui parviennent et respecte ainsi ce que l'on nomme le « secret bancaire ».

3. Mais que faut-il exactement entendre par cette notion de secret bancaire ? D'une façon générale, il s'agit de l'obligation, pour l'ensemble des membres des organes de direction et de surveillance des établissements de crédit, ainsi que leurs employés exerçant une activité bancaire, de taire les informations de nature confidentielle qu'ils détiennent sur leurs clients ou des tiers. Le professionnel ne respectant pas cette obligation encourt des sanctions à caractères pénal, civil et disciplinaire.

4. Cette notion de secret bancaire recouvre alors, concrètement, deux concepts distincts et proches à la fois : un devoir civil de discrétion et l'obligation pour le banquier de respecter son secret professionnel. L'obligation de discrétion à la charge de ce dernier, tout d'abord, est une obligation de nature civile, découlant, selon les hypothèses, du contrat unissant le banquier à ses clients, des règles de la responsabilité civile délictuelle, ou encore des dispositions prévoyant le respect de la vie privée. Le secret professionnel du banquier, quant à lui, est une obligation légale qui se fonde, non seulement sur les liens de confiance issus de la profession du banquier, mais aussi sur des textes législatifs. La responsabilité encourue est ici avant tout pénale, mais elle n'écarte pas pour autant la possibilité d'engager la responsabilité civile des auteurs de révélations indues.

5. Terme générique recouvrant ainsi deux notions présentant des distinctions, le secret bancaire ne saurait, cependant, être confondu avec le secret des affaires², même si le premier peut, parfois, être perçu comme l'un des aspects du second. En effet, dans la vie des affaires, ce qui est recherché, avant tout, c'est la non-divulgation d'informations visant l'entreprise, informations susceptibles d'être exploitées par un concurrent, par exemple pour fabriquer des produits comparables à moindre coût ou pour pénétrer un marché. Dès lors, le secret des affaires assure uniquement le respect de l'intérêt légitime

2. Sur l'évolution législative entourant ce dernier, J. Lasserre Capdeville, « La proposition de loi Carayon : la reconnaissance légale du secret des affaires », *Légicom* 2013/1, n° 49, p. 55.

des entreprises à ce que le déroulement interne de leurs affaires demeure inconnu du plus grand nombre de personnes. Il portera dans ce cas, principalement, sur les procédés de fabrications, les inventions, les méthodes de vente, les projets d'investissement, les études de marchés, les listes de clients et de fournisseurs, la nature des stocks, etc. Le secret des affaires de la banque se démarquera donc bien du secret bancaire s'imposant à l'ensemble de son personnel qui couvre, quant à lui, les informations visant les clients, ou des tiers à l'établissement de crédit, dans leur intérêt propre.

6. Il serait particulièrement difficile de démontrer que, de tout temps, les banquiers ont observé la plus grande discrétion sur les opérations qu'ils passaient avec leurs clients. Néanmoins, on peut constater que déjà dans le Code d'Hammourabi, c'est-à-dire la plus ancienne collection de lois connue à ce jour (1750 avant J.-C.), il est gravé que le banquier se doit de bénéficier de la confiance de ses concitoyens. Or, une telle confiance implique nécessairement la discrétion du professionnel. De plus, ce code prévoyant la faculté pour ce dernier de dévoiler ses archives en cas de conflit l'opposant à son client, on peut penser que, *a contrario*, l'intéressé était tenu de garder le silence dans toutes les autres hypothèses.

7. Par la suite, l'existence d'un secret bancaire fut reconnue avec plus ou moins de clarté. Citons, par exemple, une recommandation française du XV^e siècle faite aux banquiers aux termes de laquelle il convient d'éviter de « *mettre les membres de sa famille, à commencer par sa femme* » dans le secret des affaires, et il est conseillé au professionnel de se « *construire une demeure d'où rien ne transpire au dehors de ce qui se fait à l'intérieur* »³. La discrétion a alors pris une place de plus en plus importante au sein d'un grand nombre de pays au point de devenir une véritable obligation légale.

8. Au cours du XX^e siècle, le secret bancaire se retrouve ainsi expressément consacré par les législations de la plupart des États du monde. La Confédération helvétique fut, historiquement, l'un

3. Recommandation de Léon Battista Alberti citée par R. Farhat, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Liban)*, LGDJ, 1980, p. 19.

des premiers pays à le reconnaître, et ce par l'intermédiaire de l'article 47 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934. Le législateur français fut, quant à lui, moins rapide, puisqu'il a fallu attendre la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit pour que le même principe soit légalisé⁴.

9. Malgré de telles reconnaissances, le secret bancaire demeure relativement mal connu du grand public. Il est vrai que nous assistons, dans la plupart des États, à une inflation incessante des textes législatifs en lien avec ce principe. Le secret bancaire intéresse ainsi, aujourd'hui, la majorité des branches du droit privé (droit civil, droit commercial, droit bancaire, droit des sociétés, droit des entreprises en difficulté, droit de la consommation, droit pénal, procédure pénale, procédure civile, etc.) mais aussi certaines branches de droit public (droit administratif, droit fiscal, droit de l'Union européenne, droit international, etc.). Il est dès lors difficile d'en avoir une vision complète et totalement conforme à l'état du droit, et ce d'autant plus que ce dernier évolue sans arrêt. Le secret bancaire d'aujourd'hui diffère considérablement de celui applicable il y a vingt ans dans la plupart des pays.

10. Cette méconnaissance a alors pour incidence l'affirmation, notamment de la part de journalistes, de contrevérités à propos du secret bancaire. Cela est particulièrement vrai à l'égard des principes en vigueur en Suisse ou au Luxembourg, qui sont trop souvent présentés comme de nature à favoriser largement le développement de la criminalité économique en empêchant sa détection et sa répression.

11. Il est indéniable que le secret bancaire peut être détourné de sa finalité première, qui est la protection des personnes visées par des informations confidentielles, et ainsi servir de paravent à un certain

4. Il demeurerait, néanmoins, reconnu par la doctrine (A. Sacker, *Du secret professionnel du banquier*, thèse Paris, 1933 ; P. Guphe, « Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé », *RTD com.*, 1948, P. 20 et s.) et visé par la jurisprudence (T. corr. Pau, 23 oct. 1963, *Banque* 1964, p. 117, obs. X. Marin ; T. corr. Lure, 4 nov. 1970, D. 1971, p. 276, note Ch. Gavalda).

nombre d'opérations illicites, et plus particulièrement en matière fiscale. Néanmoins, il convient de faire un sort à ce mythe du secret bancaire rendant impossible la détection de toute incrimination pénale tant il s'éloigne de la réalité. À l'inverse, le principe français ne saurait être nié, et présenté comme recouvrant un champ d'application beaucoup plus étroit que ses homologues étrangers. Cet ouvrage a alors pour ambition de restaurer un peu de « réalité juridique » à propos du secret bancaire que cela soit d'un point de vue national (Partie 1) et international (Partie 2).

PREMIÈRE PARTIE

APPROCHE NATIONALE DU SECRET BANCAIRE

12. Le secret bancaire a donc été consacré en France par la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit. Il en constituait l'article 57. Depuis la codification du Code monétaire et financier, issue de l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000, le principe figure à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier. Ce dernier, qui a fait l'objet depuis lors de plusieurs modifications légales¹, prévoit ainsi que : « *Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui, à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit, d'une société de financement ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci, est tenue au secret professionnel.*

Outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à l'Autorité de contrôle prudentiel, ni à la Banque de France, ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale, ni aux commissions d'enquête créées en application de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

Les établissements de crédit peuvent par ailleurs communiquer des informations couvertes par le secret professionnel, d'une part, aux agences de notation pour les besoins de la notation des produits financiers et, d'autre part, aux personnes avec lesquelles ils négocient, concluent ou exécutent les opérations ci-après énoncées, dès lors que ces informations sont nécessaires à celles-ci :

1. Ce fut encore récemment le cas par l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement. Les 1° et 3° de l'article viseront en effet, à partir du 1^{er} janvier 2014, les sociétés d'investissement créées par cette même ordonnance. Plus près de nous encore, la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires est venue prévoir de nouvelles exceptions au principe.

1° Opérations de crédit effectuées, directement ou indirectement, par un ou plusieurs établissements de crédit ou sociétés de financement ;
 2° Opérations sur instruments financiers, de garanties ou d'assurances destinées à la couverture d'un risque de crédit, une entreprise d'investissement ou une société de financement ;
 3° Prises de participation ou de contrôle dans un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement ;
 4° Cessions d'actifs ou de fonds de commerce ;
 5° Cessions ou transferts de créances ou de contrats ;
 6° Contrats de prestations de services conclus avec un tiers en vue de lui confier des fonctions opérationnelles importantes ;
 7° Lors de l'étude ou l'élaboration de tout type de contrats ou d'opérations, dès lors que ces entités appartiennent au même groupe que l'auteur de la communication.

Outre les cas exposés ci-dessus, les établissements de crédit peuvent communiquer des informations couvertes par le secret professionnel au cas par cas et uniquement lorsque les personnes concernées leur ont expressément permis de le faire.

Les personnes recevant des informations couvertes par le secret professionnel, qui leur ont été fournies pour les besoins d'une des opérations ci-dessus énoncées, doivent les conserver confidentielles, que l'opération susvisée aboutisse ou non. Toutefois, dans l'hypothèse où l'opération susvisée aboutit, ces personnes peuvent à leur tour communiquer les informations couvertes par le secret professionnel, dans les mêmes conditions que celles visées au présent article, aux personnes avec lesquelles elles négocient, concluent ou exécutent les opérations énoncées ci-dessus ».

13. La seule lecture de cet article ne permet pas de bien comprendre quel est le champ d'application exact du secret bancaire dans notre pays. En effet, de nombreuses autres dispositions légales, figurant souvent dans d'autres codes, régissent cette obligation. De plus, la jurisprudence a été amenée à dégager des solutions importantes en la matière. L'étude du secret bancaire français implique alors de présenter le principe lui-même (Chapitre 1) mais aussi les cas dans lesquels il doit être levé (Chapitre 2). En effet, c'est en observant ces limites que l'on parvient à déterminer la véritable étendue du principe en France.

CHAPITRE 1

Le principe du secret bancaire

14. Que recouvre aujourd'hui le secret bancaire en droit français ? La réponse à une telle question implique d'observer son champ d'application (Section 1), mais également ses effets, c'est-à-dire son opposabilité et le prononcé d'éventuelles sanctions lorsqu'il n'a pas été respecté (Section 2).

SECTION 1 – LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE

15. Étudions ici qui sont les débiteurs (§1) et les créanciers (§2) du secret bancaire en France, avant d'en observer l'objet, c'est-à-dire les informations de nature confidentielle (§3).

1. Les débiteurs du secret bancaire

16. Qui est tenu de respecter le secret (A) ? Pendant combien de temps (B) ? Qu'en est-il lorsque l'établissement de crédit en question est une filiale ou une succursale d'un autre établissement (C) ? Les interrogations sont nombreuses en la matière. Nous tâcherons d'y répondre.

A. Présentation générale

17. Traditionnellement, le secret professionnel du banquier est présenté comme une obligation imposée aux établissements de crédit. Pour mémoire, l'article L. 511-1 du code monétaire et financier définit ces derniers comme « *des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 (...)* », c'est-à-dire « *la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement* ». Notons que cette définition se démarque de celle figurant dans la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice. Or, notre droit ne pouvait pas rester en l'état dans la perspective de l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014 du règlement (UE) 575/2013 du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, transposant le nouveau cadre prudentiel dit de « Bâle III ». L'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement est alors venue redéfinir les établissements de crédit comme étant des « *personnes morales dont l'activité consiste à recevoir des fonds remboursables du public (...) et à octroyer des crédits (...)* ». Ainsi, à l'instar de la définition européenne, la qualification d'établissement de crédit d'une entité impliquera que l'entité concernée accomplisse cumulativement ces deux activités.

18. De façon plus précise, l'article L. 511-33 soumet à cette obligation tout membre d'un conseil d'administration (ou d'un directoire), tout membre d'un conseil de surveillance et, d'une façon générale, « *toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit* » ou « *aux associations sans but lucratif et aux fondations reconnues d'utilité publique* » accordant sur leurs ressources propres et sur emprunts contractés auprès, notamment, d'établissements de crédit, « *des prêts pour la création et le développement d'entreprises dont l'effectif n'excède pas un nombre fixé par décret ou pour la réalisation de projets d'insertion par des personnes physiques* ». Il en va de même pour les personnes employées par l'un de ces établissements ou organismes.

19. Cependant, une incertitude se pose à l'égard des employés n'exerçant pas une activité bancaire : femmes de ménage de la banque,

agents de sécurité, chauffeur du président, etc. S'il ne fait pas de doute que ceux-ci sont tenus à une obligation contractuelle de discrétion dont la violation est réprimée civilement et disciplinairement, la solution est moins claire concernant leur éventuelle obligation de respecter le secret professionnel du banquier. Selon nous, ils ne sont pas soumis à ce dernier, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, et nous verrons plus loin, l'information doit, pour pouvoir être qualifiée de confidentielle, avoir été communiquée au banquier ou découverte par ce dernier à l'occasion de son activité professionnelle. Cette condition écarte donc de l'obligation au secret les employés n'effectuant aucune opération bancaire. D'autre part, et surtout, le secret professionnel ne s'impose qu'aux personnes dont l'activité nécessite, pour être correctement exercée, des révélations de la part de la clientèle : avocats, médecins, pharmaciens, commissaires aux comptes, etc. On parle ainsi, traditionnellement, de « confidents nécessaires ». Or, ne relèvent pas de cette catégorie les professionnels visés plus haut.

B. Durée du respect du secret bancaire

20. Le secret bancaire s'attache à toutes les informations de nature confidentielle qui parviennent à la connaissance du banquier au sujet de ses clients ou éventuellement de tiers. Il n'est donc pas nécessaire que les parties soient liées par un contrat¹, ni même qu'elles soient entrées en relation, pour que le personnel de l'établissement soit tenu de respecter le secret bancaire. Par conséquent, c'est dès le moment où une information confidentielle est apprise par le professionnel, par le biais d'une révélation de l'intéressé ou d'un tiers ou encore en raison de sa propre découverte, que l'obligation au secret bancaire commence. Une solution différente serait de nature à perturber et fragiliser les relations précontractuelles unissant les banquiers et leurs hypothétiques clients. Le fondement de cette solution doit être recherché dans l'intérêt qu'a la personne visée par les informations confidentielles à ce que celles-ci demeurent secrètes.

21. Par ailleurs, en tant qu'obligation à durée continue, l'obligation au secret bancaire ne serait pas efficace si elle ne demeurerait pas effectivement à la charge du débiteur aussi longtemps que l'exige l'intérêt du créancier du secret, c'est-à-dire la personne physique ou morale intéressée par les informations de nature confidentielle. Ainsi,

1. V. *infra*, n° 31 et s.

l'obligation au secret bancaire ne s'éteint pas et reste punissable, alors même que la personne sur qui portent les informations n'est plus cliente de la banque², que l'emploi de l'agent détenteur du secret a pris fin ou encore que ce dernier a quitté ses fonctions pour quelque raison que ce soit : licenciement, démission, retraite, etc. En effet, dans ces hypothèses, le besoin de protection des personnes physiques ou morales ne cesse pas pour autant. De la même manière, le décès du client, créancier principal du secret bancaire, ne met pas un terme à l'obligation pour le banquier de respecter le principe³.

C. Interrogations à propos des filiales et succursales d'établissements de crédit

22. Des questions ont pu se poser lorsque l'établissement de crédit a des filiales et des succursales. Les informations couvertes par le secret bancaire peuvent-elles librement circuler entre ces établissements ? La réponse varie selon que nous soyons en présence d'un établissement, société mère, opposé à une filiale (1) ou à une succursale (2).

1. En cas de filiale

23. Du fait de son indépendance, la filiale n'est qu'une associée de la société « principale ». En conséquence, celle-ci ne saurait communiquer à sa filiale des informations de nature confidentielle qu'elle détiendrait sur ses clients voire des tiers. En retour, la filiale ne peut pas transmettre de telles informations à sa société mère.

24. La même solution doit, à plus forte raison, être retenue en présence de filiales situées à l'étranger. Il ne faudrait pas, en effet, que le simple fait d'implanter une filiale sur un autre territoire soit de nature à ruiner son secret bancaire. C'est ainsi qu'une banque implantée en France, filiale d'une banque étrangère, sera soumise au secret bancaire national, et devra l'opposer à sa société mère ainsi qu'à l'ensemble des établissements de crédit composant le groupe.

2. Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 1993, n° 90-21.982, *Bull. civ.* 1993, I, n° 197.

3. Cass. com., 25 févr. 2003, n° 00-21.184, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 26 ; des exceptions existent cependant au bénéfice de certains héritiers, v. *infra*, n° 97 et s.

25. Une limite est cependant à relever en cas de contrôle des établissements de crédit sur une base consolidée. C'est ainsi qu'en vertu de l'article L. 511-34 du code monétaire et financier : *« Les entreprises établies en France et qui font partie d'un groupe financier ou (...) ou d'un groupe mixte ou d'un conglomérat financier auquel appartiennent des établissements de crédit ou entreprises d'investissement ayant leur siège social dans un État membre de la Communauté européenne ou État partie à l'accord sur l'Espace économique européen (...) sont tenues, nonobstant toutes dispositions contraires, de transmettre à des entreprises du même groupe ayant leur siège social dans l'un de ces États : 1° Les renseignements relatifs à leur situation financière nécessaires à l'organisation de la surveillance sur base consolidée et de la surveillance complémentaire de ces établissements de crédit ou entreprises d'investissement (...) »*. Il est donc possible que, par cette communication, certaines informations concernant également les clients soient transmises à la société mère et, partant, que le secret bancaire soit quelque peu atteint. Le législateur a néanmoins veillé à limiter les conséquences d'une telle situation en posant comme principe le fait que les *« personnes recevant ces informations sont tenues au secret professionnel dans les conditions et sous les peines mentionnées à l'article L. 511-33 pour tous renseignements ou documents qu'elles seraient ainsi amenées à recevoir ou à détenir (...) »*.

2. En cas de succursale

26. La succursale n'a pas, à l'image de la filiale, de personnalité juridique propre. Elle ne constitue qu'une simple structure décentralisée de l'établissement « principal ». Le secret est dès lors inopposable entre ce dernier et sa succursale, dans la mesure où il n'existe pas, par principe, d'obligation de discrétion à l'intérieur d'une même personne morale.

27. La même solution semblerait, à première vue, devoir s'imposer si la succursale est implantée dans un pays étranger. En effet, ne disposant pas de personnalité juridique propre, il est de principe en France que la succursale étrangère voit sa société mère répondre de l'ensemble de ses dettes, bien qu'elle soit implantée dans un autre État. Cette responsabilité, corroborée par l'absence de structure sociale de la succursale, pourrait alors amener à penser que la société mère bénéficie d'un accès aux informations couvertes par le

secret bancaire et détenues par cette même succursale. Cependant, admettre une telle solution reviendrait à ruiner ce principe, car il suffirait d'implanter une succursale dans un autre pays pour avoir accès à toutes les informations couvertes par le secret institué par l'État étranger. Cette solution doit alors logiquement être écartée. Il en va de même à l'égard des succursales d'établissements étrangers implantées en France. Notons à ce propos que selon l'article 3, alinéa 1^{er} du code civil « *les lois de police et de sûreté obligent ceux qui habitent le territoire* ». Or, le secret bancaire étant un principe dont la violation est réprimée pénalement, il constitue une mesure de police et de sûreté, c'est-à-dire une règle dont l'observation est nécessaire pour préserver l'intérêt général. Il a, par conséquent, vocation à s'imposer à tous ceux qui exercent une activité bancaire sur le territoire, qu'il s'agisse d'une filiale ou d'une succursale d'un établissement de crédit étranger. La succursale devra donc bien respecter le secret bancaire de son pays d'accueil sous peine d'encourir diverses sanctions.

2. Les créanciers du secret bancaire

28. Le droit ne précise pas qui est le créancier de ce secret, c'est-à-dire qui dispose du droit à ce que les informations de nature confidentielle qui le visent demeurent secrètes. Traditionnellement, la doctrine limite cette protection au bénéfice des clients de l'établissement de crédit concerné. Cette approche est, selon nous, trop restrictive. En effet, le banquier est amené à apprendre beaucoup de choses à propos de tiers. Dès lors, tant les clients de la banque (A) que les personnes non liées contractuellement avec cette dernière (B) doivent pouvoir bénéficier de la protection du secret bancaire. L'établissement de crédit ne saurait, en revanche, utiliser le secret bancaire pour préserver la confidentialité de ses propres affaires (C).

A. Les clients de la banque

29. Les principaux créanciers du secret bancaire sont bien entendu les clients des établissements de crédit, c'est-à-dire les personnes qui contractent avec ce dernier pour la réalisation d'une opération de nature bancaire. Cette qualité s'acquiert ainsi par la conclusion d'une convention. Le client de la banque peut être une personne civile

comme une personne morale. Sa nationalité importe peu, comme sa qualité de résident.

30. Précisons que le secret bancaire n'est pas opposable au client sur ses propres affaires. En effet, un droit ne saurait se retourner contre celui qu'il protège. Ce client sera ainsi en droit de demander à son banquier le relevé de son compte ou encore la justification de toutes les opérations traitées avec lui. En revanche, et c'est une limite importante, il ne pourra pas avoir accès à des informations de nature confidentielle visant des tiers. À titre d'illustration, en matière de comptes ouverts à plusieurs titulaires (comptes joints, comptes à indivis, etc.), chaque cotitulaire aura droit à une information complète du banquier à propos du compte, et ce, même si un mandataire a été désigné pour le faire fonctionner. Toutefois, cette information sera limitée aux écritures du compte et à la communication des pièces qui y sont relatives, et ne pourra s'étendre aux faits et actes intéressant un seul des cotitulaires, même si le banquier en a eu connaissance à l'occasion du fonctionnement du compte collectif. Dans un tel cas, la divulgation ne sera envisageable que si le créancier du secret a expressément autorisé le banquier à procéder à celle-ci⁴.

B. Les tiers à la banque

31. Le banquier est amené, dans l'exercice de son activité, à recueillir des informations sur des personnes avec lesquelles il n'entretient pas de rapport contractuel. Or, rien n'empêche de leur accorder la protection du secret bancaire. Les tiers ont d'ailleurs tout autant besoin de discrétion que la clientèle des établissements de crédit. À titre d'exemple, un client peut confier à son banquier qu'il opère un virement important pour venir en aide à un ami (non-client de la même banque) dont les finances de la société sont au plus mal. Il est évident qu'une telle information à propos des affaires de ce tiers pourrait être exploitée par des concurrents si elle était dévoilée. Il convient donc de la garder secrète. Le cercle des personnes protégées doit par conséquent être étendu au-delà des partenaires contractuels de la banque.

32. Plusieurs arguments juridiques plaident pour une telle solution. D'une part, et cela a été noté, le banquier demeure tenu au secret

4. V. *infra*, n° 94 et s.

à l'égard de personnes qui n'ont plus la qualité de client⁵. Dès lors, pourquoi faudrait-il opérer une distinction entre les anciens clients de la banque et ceux qui ne le sont pas, alors qu'aucun d'entre eux n'est lié contractuellement avec l'établissement de crédit ? D'autre part, à aucun moment la législation française ne limite le bénéfice du secret aux seuls clients. Il n'y a donc pas lieu de distinguer, là où la loi ne distingue pas.

33. En conséquence, il n'est pas surprenant de constater que la jurisprudence se montre favorable à une approche large. C'est ainsi que par une décision remarquée de la cour d'appel de Toulouse, les magistrats ont pu affirmer que le secret auquel sont soumis les employés d'un établissement de crédit n'est « *pas seulement imposé au profit du client, mais au profit de toute personne qui confie un renseignement à un tel organisme* »⁶. Il est à regretter que la Cour de cassation, qui a eu à se prononcer sur l'application de la règle de droit dans cette affaire, n'ait pas repris cette formule (elle ne l'a pas pour autant remise en cause)⁷.

34. De même, la protection des tiers a été indirectement confirmée par une importante jurisprudence concernant la communication de photocopies de versos de chèques. En effet, dans la mesure où ces versos comprennent des informations de nature confidentielle (nom et numéro de compte bancaire du bénéficiaire du chèque), la chambre commerciale refuse depuis plusieurs années la communication d'une photocopie d'un tel verso au tireur du chèque qui en fait la demande, car cela porte atteinte au secret bancaire⁸. Or, qui est protégé par le principe dans une telle circonstance ? Assurément le bénéficiaire du chèque, qui n'est pas forcément un client du banquier tiré auquel la communication est demandée. Les tiers, et leurs affaires, bénéficient donc également du secret bancaire.

5. V. *supra*, n° 21.

6. CA Toulouse, 2 déc. 1999, *JCP G* 2000, IV, 2369.

7. Cass. crim., 30 janv. 2001, n° 00-80.367, *Bull. crim.* 2001, n° 29.

8. Cass. com., 13 juin 1995, n° 93-16.317, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 172 ; Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-11.993, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 119 ; Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-68.994, *LEDB* nov. 2010, p. 3, obs. J. Lasserre Capdeville ; Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-27.746, *JCP G* 2013, 502, note J. Lasserre Capdeville ; sur le fondement de cette jurisprudence, v. *infra*, n° 67 et s.

35. Précisons que cette jurisprudence ne porte que sur le verso des titres. Concernant le recto de ceux-ci, la logique voudrait que le secret bancaire ne puisse pas être opposé⁹. En effet, les diverses mentions y figurant ont été normalement inscrites par le tireur, sauf si le titre en question a été émis en blanc. Or, ce recto sera particulièrement utile au tireur s'il veut s'assurer que le banquier-tiré ou le banquier-présentateur n'ont commis aucune faute. En effet, que nous soyons en présence d'un chèque contrefait ou falsifié¹⁰, le professionnel de la banque est tenu d'opérer des vérifications, et notamment de se renseigner, lorsque l'une des mentions du chèque présente une « anomalie apparente » (imitation grossière d'une signature, traces de grattage, rajouts, montants très élevés par rapport aux revenus habituels du titulaire du compte, etc.). Le devoir de « neutralité » du banquier, c'est-à-dire son obligation de non-ingérence, tombe ainsi devant l'apparence d'une opération illicite. Une photocopie du recto du chèque peut donc se révéler utile ici pour caractériser un éventuel manque de vigilance du professionnel de la banque.

36. Mais une évolution de cette jurisprudence relative aux versos des chèques ne doit-elle pas être constatée ? Cette question peut légitimement se poser dans la mesure où, par un arrêt du 11 octobre 2011, la Cour de cassation s'est montrée très favorable à une transmission des informations se trouvant sur l'ensemble du titre, c'est-à-dire à la fois son recto et son verso¹¹. Selon elle, dans la mesure où la communication en question intervenait dans un litige opposant les banquiers présentateurs et tirés de chèques litigieux aux sociétés demanderesse, qui leur reprochaient un comportement fautif en l'absence de vérification des endossements frauduleux opérés par leur compte, les règles du secret bancaire ne pouvaient pas être invoquées. Cette solution n'a guère emporté notre conviction. Elle a d'ailleurs été remise en cause, semble-t-il, par une autre décision de la chambre commerciale du 5 février 2013¹². Cette dernière rappelle ainsi la jurisprudence traditionnellement admise en la matière : le secret bancaire « *constitue un empêchement légitime opposable au*

9. CA Rennes, 11 oct. 2012, *LEDB* déc. 2012, p. 4, obs. n° 161, obs. J. Lasserre Capdeville.

10. Sur les différences entre ces deux situations et le droit applicable à chacune d'elles, J. Lasserre Capdeville, *Gaz. Pal.*, 28 mars 2013, n° 86, p. 12.

11. Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-10.490, *JCP G* 2011, 1388, note J. Lasserre Capdeville.

12. Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-27.746, *op. cit.*

juge civil (...), il ne cesse pas du seul fait que l'établissement de crédit est partie au procès, dès lors que son contradicteur n'en est pas le bénéficiaire ». L'arrêt n'est cependant pas pour autant à l'abri, lui non plus, de toute critique de par sa généralité. Aucune distinction n'est, par exemple, faite entre les informations figurant sur le recto et sur le verso du titre.

37. Proposons alors une clarification de cette jurisprudence *a priori* contradictoire. Selon nous, un certain nombre de distinctions sont à opérer. En premier lieu, lorsque la demande d'information émanant du tireur ne porte que sur le recto du chèque, il n'y a aucune raison de lui refuser cette communication. Nous l'avons dit précédemment, ces mentions ont logiquement été inscrites par le tireur lui-même. Elles ne sauraient donc être vues comme des informations de nature confidentielle. À ce titre, le secret bancaire n'a pas vocation à s'appliquer. En second lieu, il est évident que le verso des mêmes chèques contient des informations concernant le tiers bénéficiaire du titre qu'il convient de taire : son identité et ses coordonnées bancaires. Le secret bancaire doit dès lors être privilégié à son égard. La jurisprudence en vigueur depuis 1995 nous paraît difficilement contestable.

38. Cependant, un danger se profile : le fait qu'un banquier fautif puisse profiter du secret bancaire pour cacher, dans certaines hypothèses, ses fautes. La production d'un verso de chèque peut ainsi permettre de constater un manquement du banquier à son obligation de vigilance dans les cas où il n'aurait pas relevé le fait que le nom de la personne souhaitant encaisser le chèque (c'est-à-dire le titulaire du compte dont le numéro est mentionné au verso) est différent de celui inscrit au recto en tant que bénéficiaire. Or, il s'agit là d'une situation que le banquier, normalement prudent et diligent, doit détecter, sous peine de voir sa responsabilité civile engagée pour manquement à son devoir de vigilance¹³. Les magistrats ne manquent d'ailleurs pas l'occasion de rappeler aux professionnels de la banque que les « *nécessités du traitement de masse des chèques* » ne les affranchissent pas de l'obligation d'un minimum de vigilance¹⁴. Le secret bancaire se révèle donc problématique. Mais que faire ?

13. CA Paris, 31 janv. 2013, *LEDB*, avr. 2013, p. 3, n° 37, obs. J. Lasserre Capdeville.

14. CA Paris, 5 août 2011, *LEDB*, oct. 2011, p. 2, n° 131, obs. J. Lasserre Capdeville.

39. Selon nous, une solution peu attentatoire au principe étudié pourrait consister à permettre à un expert, et seulement à un expert, de s'assurer que le nom de la personne ayant encaissé le chèque est bien le même que celui du bénéficiaire inscrit au recto¹⁵. Dans le cas où le nom serait identique, l'expert se limiterait à dire que la banque n'a pas fauté en payant un tiers. En revanche, si le nom n'est pas le même (ou s'il présente une quelconque anomalie apparente), il se contenterait de déclarer que la banque a méconnu son obligation de vigilance. Le tireur pourrait alors agir contre l'établissement de crédit pour manquement à cette dernière sans rien savoir sur le véritable bénéficiaire du paiement. De la sorte, le secret bancaire protégeant ce dernier serait maintenu et le banquier ne pourrait plus en profiter pour « cacher » d'éventuelles négligences fautives¹⁶.

C. La banque elle-même ?

40. Le secret bancaire étant une protection de la personne visée par des informations de nature confidentielle parvenues à la connaissance du banquier, il ne saurait préserver les renseignements intéressant uniquement la banque¹⁷. Le principe est, en effet, une obligation à la charge du banquier, dont la violation est réprimée, et non un droit. Il doit dès lors se distinguer du secret des affaires en vertu duquel une banque peut imposer le silence à ses employés dans son seul intérêt. On ne saurait nier, néanmoins, que chacun de ces deux secrets voit une partie de leur domaine porter sur de mêmes informations¹⁸.

3. Les informations couvertes par le secret bancaire

41. Il serait erroné de penser que le banquier est astreint à une obligation générale de se taire : il n'est tenu de garder secret que certains faits jugés de nature confidentielle. Cependant, l'absence

15. Cette solution ne serait donc pas envisageable en cas de chèque au porteur.

16. Bien évidemment, le tireur serait toujours susceptible, dans de telles circonstances, de saisir le juge pénal notamment sur le fondement de l'escroquerie. Le secret bancaire pourrait alors être levé.

17. CA Poitiers, 2 nov. 2005, *BICC* 2006, n° 1334.

18. Cela explique pourquoi certains juges du fond ne sont pas très clairs dans leur distinction entre ces deux secrets, TGI Nanterre, 25 mai 2010, *Banque & Droit*, sept.-oct. 2010, p. 37, obs. Th. Bonneau.

de définition légale de l'information confidentielle a suscité des controverses, tant au sein de la doctrine que de la jurisprudence. Un certain nombre de critères objectifs peuvent néanmoins être dégagés à la vue de la loi et des arrêts rendus en la matière¹⁹. L'information confidentielle doit ainsi : avoir été confiée, constatée, déduite ou apprise de tiers (A), avoir été reçue à titre professionnel (B), être ignorée du public (C) et enfin être suffisamment précise (D). En outre, malgré la présence de tels critères, la nature confidentielle des informations demeure susceptible d'évoluer en raison de la volonté de la personne visée par ces dernières (E).

A. Une information confiée, constatée, déduite ou apprise de tiers

42. À l'origine, l'ancien article 378 du code pénal ne faisait référence qu'aux secrets confiés. En conséquence, les juges ont estimé un temps que seules les informations communiquées volontairement par le client à son banquier pouvaient être considérées comme confidentielles et, à ce titre, couvertes par le secret professionnel. Or, une telle interprétation était trop restrictive pour protéger efficacement la personne visée par les informations confidentielles, contre les indiscretions d'un professionnel assujetti à une obligation au secret en raison de sa qualité professionnelle.

43. Il n'est donc pas surprenant de noter que, désormais, l'article 226-13 du code pénal a abandonné la notion stricte de « secret confié » au profit de celle, plus large, « d'informations à caractère secret ».

B. Une information reçue à titre professionnel

44. L'article 226-13 du code pénal, auquel l'article L. 511-33 du code monétaire et financier renvoie indirectement, punit les révélations faites par la personne qui en est « *dépositaire soit par état ou par profession* ». Il est donc constant que le législateur a voulu garantir la sécurité des confidences qu'un particulier est conduit à faire à une personne, dont la profession fait d'elle un confident nécessaire ou que cette dernière peut apprendre par elle-même.

19. J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, PUAM, n° 328 et s.

45. En conséquence, on doit exclure de la protection du secret les faits dont le banquier a eu connaissance hors du cadre professionnel, tels ceux dont il a eu vent à titre d'ami ou de parent. Toutefois, bien que cette condition soit fondée en droit, elle demeure peu aisée à prouver en pratique. Comment un banquier parviendra-t-il à démontrer qu'il a reçu certaines informations déterminées à titre personnel, et non dans le cadre professionnel qui l'unit à un client ? Il vaut mieux considérer que, sauf très rares exceptions, la confiance est présumée adressée au banquier et non à la personne privée.

C. Une information ignorée du public

46. Notre droit réprime la révélation d'informations à caractère secret. Il convient dès lors d'écarter de la protection du secret bancaire les faits de notoriété publique ou les faits publiés dans les journaux, les informations portées sur les différents registres relatifs au commerce et aux sociétés ou encore les documents légalement fournis, en France, par les greffes des tribunaux de commerce à tout demandeur. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de confirmer cette solution ²⁰.

47. Cependant, il est à souligner que le mot « secret » n'est pas à prendre ici dans son sens littéral. En effet, la violation du secret bancaire ne nécessite pas forcément la divulgation d'une information totalement inconnue jusque-là : il est des hypothèses dans lesquelles les informations sont globalement connues du public sans que cela délie pour autant le banquier de son obligation au secret bancaire. Il en va de la sorte lorsque l'information en question n'est connue que de façon générale par des tiers, et non pas dans le détail, certaines circonstances demeurant inconnues, ou encore lorsque la révélation du banquier risque de conférer un caractère certain à des faits qui ne sont qu'au stade de la rumeur. Ainsi, dans ces hypothèses particulières, le secret bancaire doit être maintenu.

D. Une information précise

48. Étant donné que le texte régissant le secret bancaire ne distingue pas, quant aux informations couvertes par ce principe, une

20. CA Poitiers, 2 nov. 2005, *BICC* 2006, n° 1334.

interprétation littérale de celui-ci devrait conduire le banquier à se taire sur l'ensemble de ce qu'il apprend à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Cependant, une telle solution reviendrait à nier l'usage des renseignements bancaires.

49. Il arrive fréquemment qu'une personne, avant d'entrer en relations d'affaires avec une autre, procède à une enquête relative à celle-ci, notamment dans le monde du commerce. Or, le banquier est particulièrement bien placé pour connaître les affaires de ses clients. C'est donc souvent à lui que l'on va s'adresser pour avoir des informations sur le futur contractant, et plus particulièrement sur son crédit, ses moyens ou encore sa moralité dans les affaires. Il est alors d'usage que le banquier puisse donner des appréciations générales sur la situation économique ou financière d'un client en se fondant sur « l'opinion commune de la place » par des indications relativement générales : paiements irréguliers, échéances difficiles, chèques impayés, bon crédit, etc.²¹.

50. En revanche, seront considérées comme confidentielles les informations portant sur la nature exacte des opérations traitées, les informations nominatives ou encore les informations chiffrées. Il en va de la sorte, par exemple, avec la dénomination, l'immatriculation et le lieu du siège social, si ces informations permettent d'identifier le client d'une banque comme bénéficiaire d'un virement²². Citons encore la situation médicale des clients²³. Nous sommes ici en présence de données trop précises pour constituer l'opinion de la place. Ainsi, comme le résume la Cour de cassation, les établissements de crédit ne peuvent fournir, sous peine de violer le principe étudié, « *des renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité* »²⁴. Plus près de nous encore, la jurisprudence a estimé que ne relèvent pas du secret bancaire les pièces visant à établir que la banque a effectué toutes les diligences auxquelles elle était tenue du seul fait de la loi²⁵.

21. CA Paris, 6 févr. 1975, *D.* 1975, p. 318, note J. Vezian.

22. Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-10.900, *LEDB* avr. 2012, p. 3, n° 039, obs. J. Lasserre Capdeville.

23. CA Versailles, 23 mars 1994, *D.* 1994, somm. p. 328, obs. M. Vasseur.

24. Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-10.663, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 195.

25. CA Angers, 16 juill. 2013, n° 13/01369, *LEDB* oct. 2013, p. 4, n° 128, obs. J. Lasserre Capdeville.

E. L'incidence de la volonté du maître du secret

51. Si les informations présentant les conditions précédentes n'exigent pas un accord de volonté de l'intéressé pour pouvoir bénéficier de la protection du secret bancaire, force est de constater que ce dernier demeure susceptible d'étendre la confidentialité à des informations de nature non secrète ou, au contraire, d'autoriser le banquier à révéler certaines informations parfaitement confidentielles.

52. Tout d'abord, le « maître du secret » peut, comme en matière de vie privée, étendre l'étendue du secret. Ce pouvoir connaît cependant une limite à travers l'ordre de la loi. En effet, l'obligation au secret bancaire n'étant pas absolue, il est des cas dans lesquels des dérogations au principe sont expressément prévues par le législateur. Dès lors, si la loi le prévoit, le banquier devra révéler certaines informations, confidentielles ou pas, même si son client lui demande de les tenir secrètes. Le professionnel échappera dans ce cas à l'engagement de sa responsabilité pénale ou civile pour avoir effectué de telles révélations.

53. À l'inverse, la personne visée par les informations a le pouvoir d'autoriser le banquier à révéler certaines informations de nature confidentielle l'intéressant. L'infraction ne sera donc pas constituée en présence d'une telle autorisation préalable de divulgation. Cette solution a d'ailleurs été légalisée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. En effet, depuis lors, l'article L. 511-33 du code monétaire et financier prévoit que les établissements de crédit peuvent communiquer à des tiers les informations de nature confidentielle dès que « *les personnes concernées leur ont expressément permis de le faire* »²⁶.

SECTION 2 – LES EFFETS DU SECRET BANCAIRE

54. Quels sont les effets du secret bancaire ? Tout dépend de la situation dans laquelle nous nous trouvons. Si le débiteur respecte bien ce dernier, son effet sera son opposabilité aux personnes interrogeant le professionnel à propos d'informations de nature confidentielle sans

26. V. *infra*, n° 95.

bénéficier dans le même temps d'une dérogation en la matière (§1). En revanche, si le principe n'a pas été scrupuleusement respecté par le « confident nécessaire », l'effet du secret bancaire sera le prononcé de sanctions contre l'auteur des révélations en question (§2).

1. L'opposabilité du secret bancaire aux tiers

55. Le fait d'être tenu au secret bancaire commande au dirigeant ou à l'employé d'un établissement de crédit d'opposer une fin de non-recevoir aux demandes provenant de tiers portant sur une information de nature confidentielle. Il importe peu d'ailleurs que ces tiers soient eux-mêmes tenus au secret. La jurisprudence illustre fréquemment cette solution à l'égard des actionnaires/associés (A), des anciens dirigeants (B), des créanciers (C), du conjoint ou de l'ancien conjoint (D) ou encore, et surtout, du juge civil ou commercial (E).

A. Le cas des actionnaires/associés

56. Lorsque la personne visée par les informations de nature confidentielle est une personne morale, et plus particulièrement une société anonyme, le secret bancaire devra être opposé à l'actionnaire, c'est-à-dire celui qui apporte une partie de son patrimoine à la société. En effet, si celui-ci bénéficie, notamment, d'un droit à l'information lui permettant de connaître la façon dont est gérée la société au capital de laquelle il participe, ce droit, bien qu'étendu, ne vise pas l'accès aux informations de nature confidentielle détenues par des tiers comme le banquier. Cette solution est transposable aux associés dont l'engagement demeure limité à d'autres formes sociales comme la SARL²⁷.

57. En revanche, s'agissant des associés des sociétés de personnes, l'hésitation est permise. En effet, pour certains auteurs²⁸, un tel associé devrait pouvoir accéder aux informations confidentielles eu égard à son engagement illimité. Les juges du fond se sont d'ailleurs déjà prononcés en ce sens. Ainsi, ils ont pu décider, à propos d'un associé d'une société civile professionnelle, que celui-ci était fondé

27. CA Paris, 20 mars 1990, D. 1992, somm. p. 31, obs. M. Vasseur.

28. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, 2010, 8^e éd., n° 277.

par l'article 1855 du code civil à obtenir communication de tout document intéressant la société. Il ne pouvait en conséquence se voir opposer le secret bancaire²⁹. Le doute perdurant cependant en la matière, une clarification du droit par le législateur pourrait se révéler opportune.

B. Le cas des anciens dirigeants

58. L'opposabilité du secret s'impose également aux anciens dirigeants d'une personne morale cliente. Citons ici une décision remarquée ayant retenu l'opposabilité du secret bancaire dans le cadre d'une expertise *in futurum* à l'ancienne dirigeante d'une SARL ayant fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire³⁰.

C. Le cas des créanciers

59. Une solution analogue se retrouve pour les créanciers du client de la banque, que celui-ci soit une personne physique ou une personne morale³¹. S'il est logique que les créanciers souhaitent veiller à ce que le patrimoine de leur débiteur ne se vide pas à leur détriment, la loi ne leur confère aucune dérogation au secret bancaire. Ce dernier doit donc leur être opposé, car admettre une solution différente reviendrait à autoriser une ingérence difficilement admissible des créanciers dans les affaires du débiteur.

60. Ces créanciers ne seront pas pour autant lésés par le secret bancaire. Ils pourront toujours, si cela se révèle nécessaire, recourir à une procédure civile d'exécution, et plus particulièrement à une saisie-attribution. Or, la loi admet une exception au secret bancaire à l'occasion de la procédure de celle-ci³².

29. TGI La Rochelle, 15 juin 1993, *JCP G* 1994, IV, 1686.

30. Cass. com. 16 janv. 2001, n° 98-11.744, *Bull. civ.* 2001, IV, n° 12.

31. CA Montpellier, 2 sept. 1994, *Banque & Droit* 1995, n° 41, p. 70, obs. J.-L. Guillot.

32. V. *infra*, n° 133 et s.

D. Le cas du conjoint ou de l'ancien conjoint

61. Le secret bancaire est opposable au conjoint de la personne visée par des informations de nature confidentielle, le législateur n'ayant prévu, à son bénéfice, aucune dérogation légale. Au contraire, durant le mariage, chacun des époux peut se faire ouvrir un compte en banque sans le consentement de l'autre et toutes les sommes déposées sur ce compte sont présumées appartenir à celui qui l'a ouvert. Le banquier ne peut alors révéler aucune information portant sur ce compte à l'autre époux, perçu comme un tiers à l'opération, à défaut d'autorisation de son conjoint ou d'habilitation du juge. La jurisprudence a eu l'occasion de confirmer cette solution en affirmant que le banquier n'a pas à informer un époux emprunteur sur l'état des comptes personnels de son conjoint co-emprunteur³³. Il en ira bien entendu différemment en cas de compte joint.

62. Le conjoint divorcé ne peut pas plus demander communication de pièces concernant les relations bancaires ayant existé entre son ancien conjoint et sa banque³⁴. Cette solution connaît cependant une exception, en matière de divorce, figurant à l'article 259-3, alinéa 2, du code civil³⁵. Cette dernière ne bénéficie toutefois qu'au juge, et non pas directement à l'ancien époux.

E. Le cas du juge civil ou commercial

63. Par la nature et la diversité de ses activités, le banquier est amené à prendre connaissance d'un très grand nombre de renseignements dont la révélation pourrait s'avérer utile au cours d'un litige de nature civile ou commerciale. Or, faute de dérogation légale, il est de principe que le secret bancaire est opposable au juge civil ou commercial³⁶. Mais le tribunal ne peut-il pas contraindre le banquier à produire, malgré lui, des informations confidentielles ? Une réponse négative s'impose que le banquier soit partie à l'instance (1) ou tiers à cette dernière (2).

33. CA Paris, 26 oct. 2007, *JCP E* 2008, n° 48, p. 10, obs. R. Routier.

34. CA Reims, 25 mars 2008, *JCP E* 2008, n° 48, p. 10, obs. R. Routier.

35. V. *infra*, n° 143.

36. R. Routier, « Le secret bancaire face au juge civil et commercial en droit français », *RLDA* mai 2010, n° 49, p. 55.

1. Banquier partie à l'instance

64. La loi semble conférer un pouvoir étendu aux magistrats en matière de production d'éléments de preuve. En effet, aux termes de l'article 10 du code civil : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui sans motif légitime se soustrait à cette obligation (...) peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts* ». De même, les articles 11 et 142 du code de procédure civile donnent au juge le pouvoir d'ordonner la production forcée des pièces détenues par une partie.

65. Cependant, il convient de noter que l'article 10 du code civil prévoit que l'on ne peut contraindre une personne à apporter son concours à la justice qu'en l'absence de « *motif légitime* ». Or la jurisprudence a progressivement perçu le secret bancaire comme un tel motif légitime³⁷. Le principe doit donc prévaloir.

66. De la même manière, il est de jurisprudence constante qu'aucune mesure d'instruction *in futurum*³⁸ ne peut être ordonnée contre un banquier si celle-ci est de nature à violer le principe du secret bancaire³⁹.

2. Banquier tiers à l'instance

67. La production de documents, demandée à une banque non partie à l'instance ne pose, en toute logique, aucun problème lorsque c'est le client lui-même, créancier du secret, qui réclame de son banquier des documents qui le visent personnellement. Mais qu'en est-il lorsque c'est l'adversaire du client qui demande à l'établissement de crédit des informations écrites pour se constituer des preuves contre ce client ? Le banquier est-il autorisé à satisfaire la demande de cet adversaire ?

37. Cass. com., 25 févr. 2003, n° 00-21.184, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 26 ; Cass. com., 13 nov. 2003, n° 00-19.573, *JCP E* 2004, 736, n° 2, obs. J. Stoufflet ; Cass. com., 25 janv. 2005, n° 03-14.693, *Bull. civ.* 2005, IV, n° 13 ; Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-18.368, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 7.

38. C. proc. civ., art. 145.

39. Cass. com., 16 janv. 2001, n° 98-11.744, *Bull. civ.* 2001, IV, n° 12.

68. Aux termes de l'article 11, alinéa 2, du code de procédure civile, le juge « *peut, à la requête de l'une des parties demander ou ordonner (...) la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* ». L'article admet ainsi, dans ce cas encore, une exception à la production des informations requises : le cas de l'« empêchement légitime ». Or, la jurisprudence perçoit également le secret bancaire comme un tel empêchement⁴⁰. Il en va plus particulièrement ainsi lorsqu'est souhaitée la production d'une photocopie d'un verso de chèque⁴¹.

69. Ainsi, à l'image d'autres secrets professionnels, le secret bancaire doit l'emporter sur le droit à la preuve et ainsi être opposé au juge civil. La jurisprudence est clairement orientée en ce sens. Cette solution demeure en outre confirmée implicitement par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier, qui ne prévoit de dérogation au principe qu'au bénéfice de l'autorité judiciaire agissant en matière pénale.

2. Les sanctions de la violation du secret bancaire

70. Antérieurement à la reconnaissance expresse du secret bancaire par la loi du 24 janvier 1984, la violation par le banquier de son obligation de discrétion ne lui faisait encourir que des sanctions civiles. Il en va différemment aujourd'hui. Désormais, le banquier ne respectant pas le principe pourra voir non seulement sa responsabilité civile engagée (A), mais également sa responsabilité pénale (B) et disciplinaire (C).

A. La responsabilité civile

71. En matière de responsabilité civile, il convient de distinguer entre les cas dans lesquels la victime des révélations est un client de la banque ayant méconnu son obligation de discrétion (1) ou un tiers à cette dernière (2).

40. CA Paris, 6 févr. 1998, *RDBF* 1998, comm. 69, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; CA Chambéry, 1^{er} févr. 2002, *Banque & Droit* 2002, n° 84, p. 54, obs. Th. Bonneau ; Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-10.900, *LEDB* avr. 2012, p. 3, n° 039, obs. J. Lasserre Capdeville.

41. *V. supra*, n° 34 et s.

1. À l'égard des clients de la banque

72. Lorsque la victime des révélations est un client du banquier fautif, ce dernier verra sa responsabilité civile contractuelle mise en jeu. C'est ainsi que cette responsabilité peut être imputable à titre personnel à l'établissement de crédit lorsque l'indiscrétion a été commise par ses dirigeants sociaux ou encore en raison du fait d'autrui, si le dommage résulte d'une violation commise par un auxiliaire qu'il a introduit dans l'exécution de son obligation contractuelle. Il en ira de la sorte, par exemple, lorsque le banquier aura, par courrier adressé au président du conseil d'administration de la société avec laquelle son client se trouvait en relations d'affaires, fait part des difficultés qu'il rencontrait pour joindre ce dernier afin de régulariser sa situation avant toute instance judiciaire⁴².

73. Quelles sanctions encourra dès lors le banquier ayant manqué à son obligation ? Dans notre hypothèse, il sera bien évidemment impossible de le contraindre à exécuter directement son obligation de discrétion, le tiers ne pouvant, par ce seul fait, oublier les informations auxquelles il a eu accès. L'inexécution de l'obligation de discrétion confèrera alors au client lésé le droit de réclamer la réparation de son préjudice par le biais de dommages-intérêts. Il devrait, en outre, pouvoir obtenir la résolution du contrat qui l'unit au banquier fautif.

2. À l'égard des tiers de la banque

74. Cela a été observé⁴³, les règles du secret bancaire débordent des limites de la responsabilité contractuelle, les personnes pourtant non clientes du banquier demeurant protégées par le principe. Ainsi, les règles relatives à la responsabilité civile délictuelle, constituent une autre source légale à l'obligation civile de discrétion à la charge du banquier.

75. Ce dernier pourra dès lors voir sa responsabilité civile délictuelle engagée lorsqu'il aura révélé une information de nature confidentielle visant une personne avec laquelle il n'est pas lié, pas encore lié ou n'est plus lié contractuellement, et que cette révélation aura

42. CA Paris, 24 sept. 1996, *RDBB* 1996, comm. 235, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

43. V. *supra*, n° 31 et s.

occasionné un préjudice à l'intéressé. La victime verra ce dernier réparé par l'octroi de dommages et intérêts.

76. À l'image de ce qui a été évoqué en matière de responsabilité contractuelle, cette condamnation pourra être subie à double titre par l'établissement : en tant que personnellement responsable lorsque la faute aura été commise par l'un de ses organes sociaux ou encore à titre de commettant si la personne fautive est l'un de ses préposés.

B. La responsabilité pénale

77. La commission du délit de violation du secret bancaire (1) fera encourir à son auteur diverses sanctions de nature pénale (2). Il est néanmoins particulièrement rare que l'infraction soit caractérisée en pratique (3).

1. Le délit de violation du secret bancaire

78. L'infraction de violation du secret bancaire est donc prévue par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier et sanctionnée par les articles L. 571-4 du même code et 226-13 du code pénal. Sa caractérisation implique la réunion d'un élément matériel et moral.

79. En premier lieu, l'élément matériel du délit consiste en la révélation d'une information de nature confidentielle. Faute de précision textuelle, cette révélation peut prendre des formes diverses : divulgation orale, publication (article de presse, ouvrage, etc.) ou encore écrit privé adressé à une tierce personne (correspondance, certificat, photocopie d'un document, etc.). La publicité n'est donc pas indispensable pour que le délit soit constitué. En revanche, le silence observé par le banquier à propos d'une question qui lui est posée ne constitue pas, de sa part, une révélation illicite. Cette dernière implique un acte de commission.

80. Précisons que la révélation doit, pour permettre la caractérisation de l'élément matériel du délit, être faite à une personne extérieure à la relation initiale et non visée spécialement par les informations⁴⁴.

44. Pour une communication à une salariée d'un concurrent, Cons. prud'h. Nanterre, 15 sept. 2005, *RDBF* 2006, comm. 82, obs. E. Caprioli.

En effet, la simple communication au client, ou au tiers visé, d'informations de nature confidentielle l'intéressant n'est pas punissable, ceux-ci ayant un droit à connaître les faits secrets en question. De même, la communication d'informations de nature confidentielle à propos d'une personne au sein d'un même établissement, notamment pour la bonne réalisation d'une opération de banque, ne sera pas sanctionnée⁴⁵. L'article L. 511-33 permet d'ailleurs aujourd'hui, dans certaines circonstances, la transmission d'informations à des sous-traitants⁴⁶.

81. En second lieu, l'infraction implique un dol général : l'auteur de la révélation doit avoir agi avec conscience et volonté. C'est ainsi que les banquiers ayant communiqué, sur la demande du frère du titulaire d'un compte ouvert chez eux, des relevés de comptes en croyant légitimement qu'il s'agissait d'une demande du titulaire lui-même ne se rendent pas coupables de violation du secret professionnel dans la mesure où ils n'avaient pas conscience de communiquer des informations couvertes par le secret⁴⁷. Nous verrons plus loin qu'il en va différemment avec la législation suisse qui admet la violation par négligence⁴⁸.

2. Les sanctions encourues

82. L'article L. 571-4 du code monétaire et financier sanctionne par les peines figurant à l'article 226-13 du code pénal le fait, pour les personnes mentionnées à l'article L. 511-33, de méconnaître le secret professionnel. Les personnes physiques encourent alors comme peine principale un emprisonnement d'un an et une amende de 15 000 euros. Les personnes morales reconnues coupables de l'infraction peuvent se voir, quant à elles, infliger une amende pouvant s'élever jusqu'à 75 000 euros.

45. Une limite existe cependant, à notre sens, concernant les succursales étrangères implantées en France à l'égard de leur société mère ; v. *supra*, n° 27.

46. V. *infra*, n° 146 et 147.

47. CA Grenoble, 9 févr. 2000, *JCP E* 2001, n° 11, p. 444.

48. V. *infra*, n° 200.

3. Rareté des condamnations

83. La consultation des revues et sites Internet juridiques ne permet pas de constater beaucoup de décisions ayant déjà caractérisé le délit de violation du secret bancaire⁴⁹. L'exemple le plus connu est sans nul doute l'arrêt de la cour d'appel de Rennes du 13 janvier 1992. En l'espèce, le directeur d'un établissement de crédit avait été condamné pour violation du secret bancaire pour avoir communiqué à des commerçants, qui avaient reçu délégation afin de remettre au nom de ce dernier des offres préalables de crédit, une liste informatique de personnes, clientes de l'établissement de crédit, supposées présenter un risque quant à l'octroi d'un éventuel crédit.

84. Le rapport Coulon sur la dépénalisation de la vie des affaires⁵⁰ mentionne, quant à lui, dans l'une de ses annexes le nombre de condamnations prononcées de 1995 à 2006 sur le fondement des infractions figurant dans le Code monétaire et financier. Or, si l'on observe l'article L. 511-33 du code, on peut noter que seule une condamnation est relevée sur cette période⁵¹.

85. Mais pourquoi si peu de condamnations ? Plusieurs raisons peuvent expliquer ce phénomène. Tout d'abord, on pourrait invoquer l'extrême prudence des banquiers qui veilleraient à respecter scrupuleusement leur obligation au secret. De même, la difficulté pour une victime à démontrer une révélation induite peut également être avancée. Comment en effet prouver une telle violation si la communication a été réalisée oralement ? Enfin, il est possible qu'un certain nombre de violations soient résolues de façon amiable entre la victime et la banque fautive, notamment par l'intermédiaire de son service de médiation. En effet, la publicité que ne manquerait pas d'avoir une action en justice fondée sur le non-respect du secret bancaire pourrait entraîner, pour l'établissement, des conséquences plus graves que le paiement de dommages-intérêts à cette même victime.

49. V. simplement, CA Rennes, 13 janv. 1992, *D.* 1993, somm. p. 54, obs. M. Vasseur ; CA Toulouse, 2 déc. 1999, n° 99/00155 ; pour une relaxe, CA Monaco, 30 mai 2011, *JCP E* 2011, 1673, note J. Lasserre Capdeville.

50. Rapport, *La dépénalisation de la vie des affaires*, Documentation française, févr. 2008.

51. Rapport, *op. cit.*, p. 123.

86. Ainsi, en général, c'est l'établissement de crédit qui se prévaut lui-même du principe pour justifier son refus de communiquer certaines informations. Le texte revêt alors, le plus souvent, le caractère d'une sorte de « fait justificatif ».

C. Les sanctions disciplinaires

87. S'il est incontestable que le droit civil et le droit pénal jouent un rôle important en matière de préservation du secret bancaire, il n'en demeure pas moins que les sanctions disciplinaires, visant spécifiquement le banquier, ont renforcé le caractère impératif de l'obligation de secret imposée au banquier.

88. Tout d'abord, la violation du secret bancaire peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, car constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles en raison de l'emploi occupé ⁵².

89. De plus, des sanctions disciplinaires peuvent être prononcées à l'encontre des établissements eux-mêmes par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Cette dernière doit en effet s'assurer, en vertu de l'article L. 612-1, I, du code monétaire et financier, du respect par les établissements de crédit des dispositions figurant dans le même code. L'ACPR dispose d'un pouvoir de sanction disciplinaire ⁵³. L'article L. 612-39 du code monétaire et financier énumère alors une série de sanctions disciplinaires pouvant être prononcées contre la banque fautive. Il en va ainsi avec l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, la suspension temporaire d'un ou de plusieurs dirigeants avec ou sans nomination d'un administrateur provisoire, la démission d'office de l'une ou de plusieurs de ces personnes, là encore avec ou sans nomination d'administrateur provisoire, le retrait partiel d'agrément, le retrait total d'agrément ou enfin la radiation. Elle peut, en outre, prononcer une sanction pécuniaire dont le montant est au maximum de cent millions d'euros. Jusqu'ici, néanmoins, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ni la Commission bancaire qui l'a précédé) n'a eu à connaître d'action pour violation du secret bancaire.

52. Tout dépendra des circonstances, Cass. soc., 10 janv. 2006, n° 03-47.541.

53. C. mon. fin., art. L. 612-1, II, 3o, al. 2, et art. L. 612-39.

CHAPITRE 2

Les exceptions au secret bancaire

90. Le contenu de l'article L. 511-33 du code monétaire et financier témoigne du fait que le principe n'a pas un caractère absolu. La loi prévoit en effet, par l'intermédiaire de cet article et d'autres dispositions encore, des dérogations au secret bancaire au nom de la préservation de l'intérêt public, légitimement supérieur au besoin de protection de la personne visée par les informations de nature confidentielle (Section 2), mais également au profit de certains intérêts privés (Section 1). La jurisprudence a également dégagé, parfois, de nouvelles exceptions au principe.

91. Notons que lorsque le secret bancaire est levé, le banquier n'est pas dans l'obligation de transmettre tous les documents qui lui sont demandés. Rappelons en effet que les documents comptables et pièces justificatives n'ont à être conservés par un commerçant que pour une durée de dix ans¹. C'est ainsi que la Cour de cassation est venue préciser que la banque, à laquelle il avait été enjoint de produire certaines pièces remontant à plus de dix ans, pouvait valablement opposer qu'elle ne conservait plus celles-ci².

1. C. com., art. L. 123-22.

2. Cass. com., 24 avr. 2007, n° 05-21.477, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 113.

SECTION 1 – LES DÉROGATIONS TENDANT À LA PRÉSERVATION D'INTÉRÊTS PRIVÉS

92. L'opacité engendrée par le secret bancaire est de nature à porter atteinte au besoin d'information de certaines personnes privées. Le législateur a donc été amené à opérer des choix. Dès lors, si par principe, le banquier est tenu d'opposer une fin de non-recevoir aux demandes des tiers, relatives à des informations de nature confidentielle³, il arrive néanmoins que, dans certains cas bien circonscrits, la préférence soit donnée à d'autres intérêts privés que celui de la personne visée par les informations en question : en faveur de l'entourage de ce bénéficiaire (§1), en cas de cautionnement (§2), en cas d'entreprise en difficulté (§3), en cas de saisie-attribution (§4), en cas de surendettement (§5), en cas de divorce (§6), et enfin au bénéfice de la banque elle-même (§7).

1. L'entourage du bénéficiaire du secret

93. Après avoir rappelé que la personne créancière du secret est libre de délier le banquier de son obligation (A), nous observerons les dérogations bénéficiant à certains de ses héritiers (B), ainsi qu'à son représentant (C).

A. L'autorisation du bénéficiaire

94. Le client visé par les informations de nature confidentielle est le « maître du secret ». À ce titre, la banque ne peut opposer à ce dernier le secret bancaire au profit de sa propre défense, et ainsi refuser de communiquer des documents qui lui sont demandés par le client dans le cadre d'une action civile ou commerciale. Le principe étudié n'est pas un privilège, mais une obligation pour le banquier.

95. Notons sur ce point que, depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, l'article L. 511-33 prévoit expressément que les établissements de crédit peuvent communiquer à des tiers les informations de nature confidentielle dès que « les

3. V. *supra*, n° 55 et s.

personnes concernées leur ont expressément permis de le faire »⁴. Antérieurement à ce texte, la jurisprudence reconnaissait déjà cette solution, qu'elle entendait d'ailleurs encore plus largement, puisqu'elle admettait la demande tacite de l'intéressé⁵. La loi semble donc remettre en cause la pratique de certains établissements de crédit consistant à insérer des clauses générales de levée du secret bancaire dans les conventions les liant à leurs clients.

96. Le recours au mandat est en l'occurrence possible. Dans ce cas, le mandataire représentera le mandant devant l'établissement de crédit et pourra avoir accès à certaines informations de nature confidentielle concernant ce dernier (l'identité du mandataire sera elle-même parfois protégée par le secret⁶). Le banquier n'a pas à apprécier l'opportunité de la dispense pour son client, puisqu'il s'agit d'un pouvoir unilatéral de disposition.

B. L'héritier du bénéficiaire

97. Une fois le client d'une banque décédé, un certain nombre de personnes vont avoir accès à des informations de nature confidentielle visant, essentiellement, le patrimoine du défunt. Ainsi l'usage admet un droit à l'information au notaire chargé du règlement de la succession ou encore au bénéficiaire de l'exécuteur testamentaire. Mais qu'en est-il des héritiers ?

98. La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer à plusieurs reprises que le secret bancaire n'est pas opposable à l'héritier du client de banque décédé, du moment que sa qualité est régulièrement prouvée⁷. Mais une telle solution n'est-elle pas trop large ? En effet, faute de disposition légale, permettant expressément à l'héritier de bénéficier d'une dérogation au principe du secret, une distinction s'impose, selon nous, en la matière.

4. CE, 30 déc. 2009, n° 306173, *Gaz. Pal.* 2010, p. 896, note J. Lasserre Capdeville.

5. Cass. com. 11 avr. 1995, n° 90-20.985, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 121 ; Th. Bonneau, « Communication de pièces et secret bancaire », *RDBB* 1995, n° 49, p. 94.

6. Cass. com., 25 févr. 2003, n° 00-21.184, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 26.

7. TGI Marseille, 26 févr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 348, note M. Candas ; T. civ. Monaco, 3 mai 1973, *RTD com.* 1973, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange ; TGI Paris, 10 juill. 1991, *D.* 1993, somm. p. 55, obs. M. Vasseur.

99. En premier lieu, le droit prévoit un certain nombre de règles successorales d'ordre public. Il en va de la sorte avec la constitution d'une réserve, c'est-à-dire d'une fraction de la succession dont les enfants ou, à défaut, le conjoint survivant, ne peuvent être frustrés par une donation ou un testament. La loi accorde alors à ces derniers, dits héritiers réservataires, une action en restitution⁸ des libéralités consenties par le disposant lorsqu'elles portent atteinte à cette réserve. Le respect de ces règles implique, par conséquent, une information étendue afin de s'assurer qu'aucun retrait ou virement effectué du vivant du *de cuius* ne constitue une donation occulte attentatoire à la réserve. Il convient dès lors de percevoir, dans cette hypothèse, une autorisation implicite de la loi à la levée du secret bancaire⁹.

100. Cette exception doit cependant, à l'instar des autres dérogations au secret bancaire, être interprétée strictement. D'une part, en l'absence d'un fondement légal prévoyant explicitement une levée du principe plus étendue, rien ne permet de légitimer des révélations autres que celles strictement nécessaires au respect des règles successorales précitées. Il ne saurait donc être question, pour les héritiers, de se voir transmettre des indications portant intégralement sur la vie privée du *de cuius* et non sur son patrimoine, de telles informations n'ayant aucune incidence quant à la protection de la réserve.

101. D'autre part, le secret bancaire des tiers constitue, en théorie, une limite à la dérogation au secret dont bénéficient les héritiers réservataires. Ainsi, l'identité des titulaires d'autres comptes ayant reçu des versements provenant du compte du défunt doit normalement leur être cachée, et ce alors même que le *de cuius* connaissait, pour sa part, de telles informations. C'est ainsi que les juges ont pu estimer que les héritiers réservataires ne pouvaient accéder à certaines mentions figurant sur les versos de chèques¹⁰.

8. C. civ., art. 920 et s.

9. C. pén., art. 122-4, al. 1.

10. Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-68.994, *LEDB* nov. 2010, p. 3, obs. J. Lasserre Capdeville ; sur la question des versos de chèques, v. *supra*, n° 34 et s.

102. Cette solution devient cependant problématique lorsqu'est recherchée une atteinte à la réserve. Il convient dès lors, pour le banquier, de préserver au maximum le secret bancaire des tiers tout en permettant à l'héritier de prendre connaissance du nom des tiers ayant bénéficié de libéralités irrégulières. Un auteur¹¹ a dès lors proposé la communication des photocopies des chèques et ordres de virement réalisés par le *de cujus* à un expert désigné, ou un notaire, afin de rechercher une éventuelle atteinte à la réserve légale. Dans cette hypothèse, le nom des tiers bénéficiaires des libéralités ne serait révélé aux héritiers qu'en cas d'atteinte constatée pour qu'ils puissent intenter une action en réduction des libéralités excessives. Cette solution, qui permettrait de constituer un bon équilibre entre la protection légitime de l'héritier réservataire et la préservation des secrets bancaires des tiers ayant effectué des opérations avec le *de cujus*, mériterait, selon nous, d'inspirer le législateur.

103. En second lieu, le droit applicable aux héritiers non réservataires en matière de secret bancaire suscite des interrogations¹². Ces derniers n'étant pas visés par les dispositions légales précitées, ils ne devraient pas pouvoir bénéficier de cette dérogation au secret bancaire. Mais une autorisation implicite de la loi ne pourrait-elle pas être perçue à l'article 724 aux termes duquel « *les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt* » ? Il convient de répondre à cette interrogation par la négative. Certes, l'article en question évoque la transmission des droits et des actions du *de cujus* aux héritiers, mais ceux-ci ne sont pas illimités. En effet, si l'héritier est susceptible d'exercer toutes les actions de son auteur, et de les continuer en accomplissant les formalités de la reprise d'instance, il en va différemment dans l'hypothèse où elles ont un caractère personnel¹³. Or, le bénéfice du secret bancaire est bien un droit personnel du défunt. Il ne peut donc se transmettre à l'héritier faute de dérogation légale.

11. J.-L. Rives-Lange, obs. sous TGI Paris, 10 juill. 1991, *Banque* 1991, p. 1088.

12. CA Pau, 15 mai 2006, *JCP G* 2006, II, 10156, note J. Lasserre Capdeville.

13. Il en va de même en matière de respect de la vie privée, Cass. civ. 1^{re}, 14 déc. 1999, n° 97-15.756, *Bull. civ.* 1999, I, n° 345.

104. Faut-il en conclure pour autant que l'héritier réservataire ne peut accéder à aucune information détenue par le banquier ? Ici encore, une réponse négative s'impose selon nous. En vertu du même article 724 du code civil, les héritiers légalement désignés deviennent *de plano* propriétaires des biens qui leur sont dévolus. Ils doivent donc pouvoir, en tant que bénéficiaires de la transmission, se faire communiquer par le banquier certaines informations sur le patrimoine en question et plus particulièrement son montant et sa composition afin d'être en mesure d'accepter ou de refuser la succession en connaissance de cause¹⁴. Il ne s'agit donc pas, à notre sens, d'une nouvelle dérogation au secret bancaire, mais d'une solution découlant simplement de leur qualité de propriétaire des biens.

C. Le représentant du bénéficiaire

105. Lorsque l'on aborde la question du représentant du créancier du secret, il convient de distinguer les hypothèses dans lesquelles ce dernier est un mineur (1), un majeur protégé (2) ou une société (3).

1. Le bénéficiaire mineur

106. Le mineur non émancipé est un incapable frappé d'une incapacité totale d'exercice¹⁵. Il doit donc être représenté, en principe, pour passer tous types d'actes, soit par son administrateur légal, la plupart du temps ses parents, soit par son tuteur¹⁶. Par conséquent, ce représentant aura accès aux informations de nature confidentielle intéressant les affaires du mineur avec la banque, bénéficiant ainsi d'une dérogation au secret bancaire.

107. Notons cependant que le représentant légal n'a pas accès à toutes les informations de nature confidentielle portant sur les biens du mineur. En effet, les biens que le mineur peut acquérir par son travail, ainsi que ceux qui lui sont donnés ou légués sans la condition expresse que les père et mère n'en jouissent pas, ou qu'ils soient

14. C. civ., art. 774 et s.

15. C. civ., art. 1123 et 1124.

16. J. Lasserre Capdeville, « Le compte en banque du mineur », *RDBF* 2008, n° 2, étude 6.

administrés par un tiers, échappent à la jouissance légale et ne sont pas soumis à l'administration légale¹⁷. Le compte ainsi ouvert fonctionne alors sous la signature du donateur qui va agir en qualité de tiers administrateur. Dès lors, dans ce cas, le banquier ne pourra renseigner que la personne tenue d'administrer de la sorte ces biens.

108. *Quid* du mineur lui-même ? Il serait erroné de penser que l'incapacité du mineur demeure absolue en la matière. En effet, outre les cas où la loi reconnaît un droit de retrait au mineur agissant seul¹⁸, les retraits modestes sont facilement assimilables à des actes de la vie courante que l'adolescent peut accomplir en vertu de l'usage sans l'intermédiaire de son administrateur légal¹⁹. En revanche, des retraits trop importants ne sauraient entrer dans la tolérance des articles 389-3 et 408 du code civil, dans la mesure où la faible valeur pécuniaire constitue justement l'une des conditions à la caractérisation de l'acte de la vie courante. De même, rien ne s'oppose, d'un point de vue juridique, à ce qu'un mineur ouvre un compte et y dépose de l'argent. L'accomplissement de toutes ces opérations implique alors, pour le banquier, de mettre le mineur dans des conditions lui permettant de les réaliser. Le professionnel ne doit donc pas pouvoir, selon nous, lui opposer le secret bancaire sur ses propres affaires.

2. Le bénéficiaire majeur protégé

109. L'accès aux informations de nature confidentielle portant sur les comptes personnels du majeur protégé fait l'objet de réponses variables selon la nature des mesures de protection appliquées. Des distinctions s'imposent par conséquent selon les situations susceptibles de se présenter²⁰.

17. C. civ., art. 387 et 389-3. Pour une illustration, Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 11-25.946, publié au *Bulletin*.

18. C. mon. fin., art. L. 221-4. Cet article concerne les livrets de caisse d'épargne et les mineurs âgés de 16 ans révolus.

19. Néanmoins, même dans un tel cas, le banquier doit demeurer vigilant, CA Pau, 12 déc. 2005, *Petites affiches* 2007, n° 23, p. 9, note J. Lasserre Capdeville et A. Lecourt.

20. G. Raoul-Cormeil et J. Lasserre Capdeville, « Le droit de regard sur les comptes d'un majeur protégé », *RDBF* 2013, n° 3, dossier 26, p. 94 et s.

110. Concernant, en premier lieu, l'information de la personne chargée de la mesure de protection juridique, la doctrine estime, depuis longtemps, que le tuteur bénéficie d'une levée du secret bancaire à l'égard des informations nécessaires à l'exercice de sa mission²¹. La même règle profite au curateur en curatelle renforcée car l'un et l'autre sont des mandataires qui disposent d'un pouvoir de gestion, souvent exclusif, sur tous les comptes personnels du majeur protégé. Notons que depuis la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, le tuteur est en droit, pour établir chaque année un compte de sa gestion, de solliciter des établissements auprès desquels un ou plusieurs comptes sont ouverts au nom de la personne protégée un relevé annuel de ceux-ci « *sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret bancaire* »²². Ce texte est également applicable à la curatelle renforcée en raison d'un renvoi légal²³.

111. Lorsque la curatelle est simple, la levée du secret s'impose également au bénéfice du curateur. En effet, si ce dernier ne peut faire fonctionner seul le compte en banque du curatelaire, son assistance demeure requise pour la passation des actes de disposition. Or, le curateur est tenu de vérifier que le majeur protégé respecte les mesures de protection et ne conclut pas, seul, des actes juridiques de nature à mettre en péril son patrimoine. Comment ce curateur pourrait-il alors rendre efficacement compte de sa gestion patrimoniale, en fin d'année de chaque exercice de la mesure, s'il n'avait pas accès aux relevés de compte du curatelaire ? Comment pourrait-il signaler au juge des tutelles des actes anormaux de gestion ou l'informer du refus manifesté par le majeur protégé d'engager une action en nullité d'un acte préjudiciable à ses intérêts²⁴ si, là aussi, il ne pouvait se faire une idée globale de la gestion des biens du curatelaire ? Les établissements de crédit ne peuvent donc pas empêcher un curateur de s'informer pour rendre compte au juge du bon exercice de sa mission.

21. R. Farhat, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Liban)*, LGDJ, 1980, n° 97.

22. C. civ., art. 510, al. 2.

23. C. civ., art. 472, al. 3.

24. C. civ., art. 465.

112. La situation est en revanche moins claire à l'égard du mandataire spécial en cas de sauvegarde de justice, et du mandataire judiciaire à la protection des majeurs chargé de conduire la mesure d'accompagnement judiciaire. Si ces derniers ont le pouvoir de gestion limité aux comptes bancaires visés par le jugement d'ouverture de la mesure, la mauvaise tenue des autres comptes bancaires pourrait les conforter dans leur conviction que la mesure s'avère inadaptée à l'état de santé du majeur protégé ou à son besoin d'être mieux protégé dans ses biens. Or, ces personnes investies par le juge des tutelles sont compétentes pour saisir le juge d'une demande en ouverture²⁵ ou en révision de la mesure de protection juridique²⁶ ; la levée du secret bancaire devrait donc pouvoir être envisagée. Cependant, l'étendue de cette dérogation peut susciter encore des interrogations. Une clarification légale pourrait se révéler opportune en la matière.

113. Enfin, le temps est révolu où le juge des tutelles, en dépit de ses pouvoirs étendus, n'avait pas le droit de s'informer auprès des établissements de crédit sur les avoirs des personnes dont il était chargé d'assurer la protection. Désormais, en effet, l'article 499 du code civil dispose que « *les tiers peuvent informer le juge des actes ou omissions du tuteur qui leur paraissent de nature à porter préjudice aux intérêts de la personne protégée* ». Cet article doit alors pouvoir être analysé, selon nous, comme une permission de la loi²⁷, dérogatoire au secret bancaire. Il serait néanmoins heureux, ici encore, que le législateur rende l'article précité plus explicite sur ce point. Le droit y gagnerait en clarté et en sécurité.

114. Concernant, en second lieu, le majeur protégé, la question est plus compliquée. *A priori*, l'incapacité d'exercice qui touche la personne protégée donnerait à l'établissement de crédit le droit d'opposer le secret bancaire à son propre client. Cette solution paraît incontestable en matière de tutelle, qui entraîne, rappelons-le, un changement de domicile du majeur protégé²⁸. Les relevés mensuels

25. C. civ., art. 430, al. 1^{er} *in fine*.

26. C. civ., art. 442, al. 4.

27. C. pén., art. 122-4, al. 1^{er}.

28. C. civ., art. 108-3.

des comptes bancaires du tuteur doivent donc être adressés au domicile du tuteur. Néanmoins, aucun texte ne justifie réellement, selon nous, de priver le majeur protégé d'un droit de regard sur ses propres comptes. En l'occurrence, le majeur protégé demeure le cocontractant de la banque et devrait, à notre sens, pouvoir être renseigné par le dépositaire des fonds chaque fois qu'il le réclame²⁹.

3. Le bénéficiaire personne morale

115. Lorsque le bénéficiaire du secret est une personne morale, un nombre limité de personnes va avoir légalement accès aux informations de nature confidentielle, visant la personne morale en question, détenues par le banquier. Le bénéficiaire du secret peut ainsi, selon les cas, être unique ou constituer une collectivité de personnes physiques.

116. C'est ainsi par exemple que, concernant la société civile, la SNC ou la SARL, ce sera le ou les gérants qui bénéficieront d'une telle levée du secret bancaire dans la mesure où ils représentent la société auprès des tiers³⁰.

117. À l'égard de la SA, la solution se complique quelque peu. En effet, si la société en question a pour organe de direction un conseil d'administration, ce dernier est responsable de la gestion des affaires de la société et assure la responsabilité de celle-ci auprès des tiers. Or, jusqu'à la loi n° 2001-420 du 15 juin 2001, le membre de cet organe chargé de la représentation de la société à l'égard des tiers était le président du conseil d'administration. Il était par conséquent autorisé, à ce titre, à se faire révéler par le banquier de la société des informations de nature confidentielle visant cette dernière.

29. Pour une limite en la matière en cas de troubles mentaux du majeur le poussant à avoir une attitude excessive à l'égard de son banquier, G. Raoul-Cormeil et J. Lasserre Capdeville, *op. cit.*, n° 5.

30. CA Colmar, 30 nov. 2010, n° 09/05721, *LEDB* janv. 2011, p. 4, n° 105, obs. J. Lasserre Capdeville. Rappelons, concernant les sociétés de personnes, que les associés non gérants paraissent également, pour certains auteurs, avoir accès aux informations confidentielles portant sur la société. V. *supra*, n° 57.

118. Cependant, depuis cette loi du 15 juin 2001, l'article L. 225-51-1 du code de commerce prévoit que « *la direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général* ». Dès lors, la solution évoquée précédemment n'est pas remise en cause par ce texte lorsque le président du conseil d'administration assume la direction générale de la société. En revanche, lorsque tel n'est pas le cas, le président du conseil d'administration n'a pour fonction que de représenter le conseil d'administration dont il organise et dirige les travaux, et les fonctions de gestion et de représentation de la société sont confiées au directeur général. En conséquence, seul ce dernier bénéficiera d'une levée du secret bancaire, puisque personne d'autre ne se verra reconnaître un pouvoir de représentation de la société.

119. De même, si la société a pour organe de direction un directoire, ce dernier est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Ainsi, le président du directoire ou, le cas échéant, le directeur général unique, va représenter la société dans ses rapports avec les tiers. Or, la banque étant un tiers, ce représentant aura accès aux informations de nature confidentielle visant la société et détenues par l'établissement de crédit. Il bénéficiera ainsi d'une levée du secret bancaire.

120. Dans tous les cas, cette dérogation au principe prend fin lorsque le dirigeant en question cesse sa fonction. Dans ce cas, en effet, il n'a plus qualité pour représenter la société et devient un tiers à cette dernière. Il ne peut donc plus demander d'information de nature confidentielle sur cette société à l'établissement de crédit³¹.

2. En cas de cautionnement

121. En vertu de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, la caution est tenue périodiquement informée par la banque de l'existence et du volume des risques cautionnés. Selon cet article,

31. V. *supra*, n° 58.

en effet, « *les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement* ». Le défaut d'accomplissement de cette formalité emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. On peut donc voir dans cet article une dérogation légale au secret bancaire bénéficiant à la caution.

122. Cette obligation d'information a été étendue par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003. C'est ainsi que l'article L. 341-6 du code de la consommation prévoit un dispositif analogue au bénéfice de la caution personne physique en présence d'un créancier professionnel. La sanction prévue s'en démarque cependant quelque peu : la déchéance ne concerne ici que le paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information.

123. Notons que, pour la jurisprudence, le principe n'est pas opposable non plus aux ayants droit d'une caution auxquels le banquier réclame un paiement. En effet, dès lors qu'il appartient à ce dernier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal, nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire³². L'article 1315 du code civil, concernant la charge de la preuve, semble légitimer cette solution qui, bien que de bon sens, n'est pas, selon nous, à l'abri de toute interrogation³³.

32. Cass. com. 16 déc. 2008, n° 07-19.777 : D. 2009, p. 784, note J. Lasserre Capdeville ; JCP E 2009, 1037, note Th. Bonneau.

33. J. Lasserre Capdeville, D. 2009, p. 784.

3. En cas d'entreprises en difficulté

124. Plusieurs exceptions au secret bancaire peuvent être constatées dans le droit régissant les entreprises en difficulté qu'il s'agisse de la procédure de conciliation (A), ou des procédures collectives (B).

A. La procédure de conciliation

125. Concernant la procédure de conciliation, il est prévu que le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, « *nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire* », obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci³⁴. L'expert bénéficie par conséquent d'une dérogation légale au secret bancaire pour l'établissement de son rapport. Le président du tribunal et le conciliateur auront, quant à eux, accès au rapport en question.

B. Les procédures collectives

126. En matière de procédures collectives, différents intervenants jouissent d'une dérogation légale au secret bancaire : le juge-commissaire (1), l'administrateur judiciaire (2), et enfin le liquidateur judiciaire (3). Ce régime de faveur ne saurait, en revanche, bénéficier au commissaire à l'exécution au plan (4).

1. Le juge-commissaire

127. Pour mémoire, le tribunal doit désigner un juge-commissaire chargé de « *veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* ». Pour ce faire, ce dernier s'informe auprès des différents organes de la procédure. Mais son pouvoir ne s'arrête pas là. En effet, « *nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire* », il peut obtenir communication par les établissements de crédit de renseignements de nature à lui donner

34. C. com., art. L. 611-6.

une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise³⁵. Il bénéficie ainsi d'une dérogation au secret bancaire³⁶.

2. L'administrateur judiciaire

128. Dès le jugement d'ouverture, le tribunal désigne, outre un juge-commissaire, un mandataire de justice faisant office d'administrateur chargé de gérer les biens d'autrui, d'exercer des fonctions d'assistance ou de surveillance de la gestion de ces biens ou encore de dresser dans un rapport un bilan économique et social de l'entreprise, et de proposer un plan de redressement, l'étendue de ses pouvoirs étant déterminée par le jugement.

129. Le secret bancaire doit-il alors être levé à l'égard de cet administrateur judiciaire ? Selon nous, la réponse à cette question varie en fonction des pouvoirs conférés à l'intéressé. Ce n'est donc pas, comme avec le juge-commissaire, une dérogation automatique. Le tribunal peut ainsi, en vertu de l'article L. 622-1 du code de commerce, étendre les pouvoirs de l'administrateur, soit pour surveiller les opérations de gestion, soit pour assister le débiteur pour tous les actes concernant la gestion ou certains d'entre eux, soit pour assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise. Or, l'exercice de telles missions implique un accès plus ou moins étendu aux informations détenues par le banquier du débiteur. En effet, si le rôle se limite à une simple mission de surveillance, il y a fort à penser qu'une telle activité ne nécessite pas une levée du secret bancaire, le débiteur pouvant toujours gérer seul son entreprise. Il en va différemment si l'administrateur assiste le débiteur ou prend en charge, seul, l'administration de l'entreprise. Dans ces deux cas, le débiteur perd la faculté de gérer seul ses affaires et ainsi le bon exercice de la mission de l'administrateur judiciaire implique qu'il ait accès aux informations de nature confidentielle concernant les actes de gestion qu'il doit assurer ou pour lesquels il doit assister le débiteur³⁷.

35. C. com., art. L. 623-2.

36. CA Poitiers, 12 mai 1993, *JCP G* 1993, IV, 2697.

37. Cass. com., 11 avr. 1995, n° 92-20.935, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 121.

3. Le liquidateur judiciaire

130. La possibilité pour le liquidateur judiciaire d'accéder à des informations de nature confidentielle, détenues par le banquier de l'entreprise dont il a en charge la liquidation, n'est pas explicitement précisée par les textes. Néanmoins, un élément de réponse semble figurer à l'article L. 641-9, alinéa 1^{er}, du code de commerce qui déclare que le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire « *emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens ()* » et que « *les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur* ».

131. Dit autrement, dès que la société est mise en liquidation judiciaire, les pouvoirs des organes sociaux prennent aussitôt fin, le liquidateur exerçant alors seul ces pouvoirs, et notamment la fonction de représentation de la société. Dès lors, à l'image de l'administrateur judiciaire qui se voit confier la gestion de l'entreprise, le liquidateur doit pouvoir accéder à des informations préservées par le secret bancaire lorsqu'il agit dans le cadre de sa mission.

4. Le commissaire à l'exécution du plan

132. Le cas du commissaire à l'exécution du plan est particulier. En effet, faute de disposition légale prévoyant une levée du secret, aucune dérogation n'est, semble-t-il, admise au bénéfice de ce commissaire à l'exécution du plan agissant dans l'intérêt collectif des créanciers. Le principe doit, par conséquent, lui être opposé. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer en ce sens³⁸.

4. En cas de saisie-attribution

133. Le législateur a fait du banquier le collaborateur forcé des créanciers de son client en l'obligeant légalement à les renseigner en cas de saisie. Ainsi, la réforme des procédures civiles d'exécution par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 a prévu certaines exceptions au

38. Cass. com., 10 déc. 2002, n° 00-10.824, *Bull. civ.* 2002, IV, n° 194.

secret bancaire, la finalité de cette loi étant de fournir aux créanciers un instrument leur permettant de faire valoir leurs droits face à des débiteurs récalcitrants. C'est le cas en matière de saisie-attribution.

134. En effet, au moment de la signification de la saisie, l'article L. 211-3 du code des procédures civiles d'exécution prévoit que le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier « *l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures* ». De façon plus précise, lorsque le tiers en question est un établissement de crédit, l'article L. 162-1, alinéa 1^{er}, du même code dispose que la banque est dans l'obligation de déclarer « *le solde du ou des comptes du débiteur au jour de la saisie* ». L'article R. 211-20 ajoute que cette déclaration vise, outre le solde, la nature du ou des comptes du débiteur.

135. Le banquier est dès lors dans l'obligation de déclarer, et de rendre indisponibles, les soldes de tous comptes, même si l'acte de saisie ne vise qu'un seul compte ou que le total de ces comptes est supérieur au montant de la créance du saisissant. Le banquier à qui l'acte de saisie-attribution est signifié est, de la sorte, délié de son secret bancaire³⁹.

136. Le code des procédures civiles d'exécution sanctionne sévèrement les manquements à cette obligation d'information. Son article R. 211-4 déclare, en effet, que le tiers saisi est dans l'obligation de fournir « *sur-le-champ* » à l'huissier les renseignements en question. Il en va différemment si l'acte de saisie est signifié par voie électronique, car le tiers saisi doit, dans ce cas, procéder à la communication « *au plus tard le premier jour ouvré suivant la signification* ». Le tiers saisi qui, « *sans motif légitime* », ne fournit pas les renseignements prévus est condamné, à la demande du créancier, à payer les sommes dues à ce dernier sans préjudice de son recours contre le débiteur⁴⁰. Le banquier est tenu, par conséquent, de mettre tous les moyens en œuvre pour fournir, le plus promptement possible, les informations qu'il ne peut pas communiquer immédiatement.

39. Cass. civ. 2^e, 1^{er} juill. 1999, n° 96-19.108, *Bull. civ.* 1999, II, n° 129.

40. CPC exéc., art. R. 211-5, Cass. civ. 2^e, 3 oct. 2002, n° 01-02.159, *Bull. civ.* 2002, II, n° 207.

137. Notons que, pour les juges, la banque, qui a seule la personnalité morale, est dépositaire des fonds détenus dans une succursale située à l'étranger. Dès lors, le fait que des fonds soient déposés dans une telle succursale, est, pour l'application des dispositions régissant la saisie-attribution, sans incidence sur l'effet d'attribution au profit du créancier saisissant de la créance de somme d'argent, à la restitution de laquelle est tenue la banque tiers saisie en sa qualité de dépositaire⁴¹.

5. En cas de surendettement

138. La commission de surendettement des particuliers a pour mission de traiter la situation de surendettement des personnes physiques. C'est, à ce titre, le point de passage obligé pour tous les dossiers déposés par les personnes surendettées, quelle que soit la gravité de leur situation. Son domaine de compétence n'a d'ailleurs cessé de s'élargir. Ce fut encore le cas récemment avec la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

139. Mais, la commission peut-elle avoir accès pour autant à des informations couvertes par le secret bancaire ? La réponse à cette question figure à l'article L. 331-3, alinéa 8, du code de la consommation qui déclare que : « *Nonobstant toute disposition contraire, la commission peut obtenir communication, auprès des administrations publiques, des établissements de crédit, des établissements de monnaie électronique, des établissements de paiement (), de tout renseignement de nature à lui donner une exacte information sur la situation du débiteur, l'évolution possible de celle-ci et les procédures de conciliation amiables en cours* ». Le secret doit donc être levé⁴².

140. Une dérogation similaire est prévue par l'article L. 332-2, alinéa 6, du même code à l'égard du président du tribunal d'instance. Celui-ci dispose en effet que le juge peut obtenir, « *nonobstant*

41. Cass. civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 05-16.167, *Bull. civ.* 2008, II, n° 36.

42. CA Toulouse, 8 févr. 1993, *D.* 1994, somm. p. 328.

toute disposition contraire », communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation du débiteur et l'évolution possible de celle-ci. Si cet article ne fait pas expressément référence aux établissements de crédit, il est admis qu'il s'applique de façon générale, aucune corporation n'étant explicitement visée. En outre, la commission bénéficiant déjà d'une telle dérogation, il aurait été incohérent qu'il en aille différemment pour le juge.

141. La loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 a enfin prévu la possibilité de faire intervenir dans la procédure de nouveaux protagonistes : un mandataire et un liquidateur. Il est donc utile de se demander si eux aussi bénéficient d'une levée du secret bancaire. Concernant, en premier lieu, le mandataire, le bon exercice de sa mission semble impliquer une dérogation au principe, notamment pour dresser un bilan économique du débiteur et évaluer les éléments d'actif et de passif de ce dernier. Il est alors à regretter que le législateur n'ait pas expressément prévu une telle dérogation, comme il a pu le faire, par exemple, avec la commission de surendettement des particuliers. Une modification du contenu de l'article L. 332-7 du code de la consommation en ce sens serait, selon nous, utile, car de nature à clarifier cette situation.

142. En second lieu, si le juge décide de prononcer la liquidation judiciaire du patrimoine personnel du débiteur, il va désigner un liquidateur. Le jugement qui prononce ainsi la liquidation « *emporte de plein droit dessaisissement du débiteur de la disposition de ses biens* » et ses « *droits et actions sur son patrimoine personnel sont exercés pendant toute la durée de la liquidation par le liquidateur* »⁴³. Or, l'exercice de telles opérations par le liquidateur pourrait nécessiter la connaissance d'informations protégées par le secret bancaire. Il semble, dès lors, qu'à l'image du liquidateur judiciaire intervenant en matière de procédures collectives, ce liquidateur bénéficie d'une dérogation au secret bancaire pour le bon exercice de sa mission. Dans ce cas encore, on ne peut que regretter le silence de l'article L. 332-8 du code de la consommation sur ce point.

43. C. consom., art. L. 332-8, al. 2.

6. En cas de divorce

143. Nous avons observé précédemment que le secret bancaire demeurerait opposable à un époux sur les informations de nature confidentielle concernant son conjoint⁴⁴. Cette opposabilité du secret connaît cependant une importante dérogation en matière de divorce. Le législateur a voulu, par l'intermédiaire de la réforme de la procédure de divorce du 11 juillet 1975, limiter les lenteurs des règlements pécuniaires qui suivent, la plupart du temps, la désunion des époux, en élargissant notamment la mission du juge pour déterminer les montants des pensions et des prestations. Ainsi, depuis cette loi, l'article 259-3, alinéa 2, du code civil permet au juge de faire procéder à toutes recherches utiles, notamment auprès de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux, sans que le secret professionnel ne puisse lui être opposé. Cette communication, qui demeure limitée par le secret bancaire des tiers⁴⁵, ne saurait être étendue aux concubins⁴⁶.

7. Les exceptions en faveur de la banque

144. S'il a fallu attendre une loi récente pour que l'article L. 511-33 du code monétaire et financier mentionne expressément quelques dérogations au secret bancaire bénéficiant directement aux établissements de crédit, obligés de réaliser un certain nombre de révélations dans leur activité quotidienne (A), la jurisprudence avait déjà eu l'occasion de dégager d'autres exceptions au profit du débiteur du secret (B).

A. Les exceptions légales

145. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie est à l'origine de nouvelles dérogations au principe dans l'intérêt, plus précisément, du banquier⁴⁷. L'article L. 511-33 a ainsi

44. V. *supra*, n° 62.

45. Cass. com., 18 févr. 2004, n° 01-11.728, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 33.

46. CA Paris, 31 mars 1992, *RDBB* 1995, p. 146, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

47. J. Lasserre Capdeville, « Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ? », *AJ Pénal* 2009, p. 165.

été très nettement complété, passant de six à une trentaine de lignes. Les établissements de crédit peuvent, depuis, communiquer des informations couvertes par le secret professionnel, d'une part, aux agences de notation pour les besoins de la notation des produits financiers et, d'autre part, aux personnes avec lesquelles ils « *négocient, concluent ou exécutent* » un certain nombre d'opérations expressément visées par l'article, du moment que ces informations peuvent être qualifiées de « *nécessaires* ».

146. Ces différentes hypothèses sont les suivantes :

- « 1° *Opérations de crédit effectuées, directement ou indirectement, par un ou plusieurs établissements de crédit ;*
- 2° *Opérations sur instruments financiers, de garanties ou d'assurance destinées à la couverture d'un risque de crédit ;*
- 3° *Prises de participation ou de contrôle dans un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement ;*
- 4° *Cessions d'actifs ou de fonds de commerce ;*
- 5° *Cessions ou transferts de créances ou de contrats ;*
- 6° *Contrats de prestations de services conclus avec un tiers en vue de lui confier des fonctions opérationnelles importantes ;*
- 7° *Lors de l'étude ou l'élaboration de tout type de contrats ou d'opérations, dès lors que ces entités appartiennent au même groupe que l'auteur de la communication ».*

147. L'idée est donc ici de permettre aux établissements de crédit de faire circuler, dans des cas bien définis, des informations normalement couvertes par le secret bancaire sans avoir à obtenir le consentement du client. C'est ainsi, pour la jurisprudence, qu'aucune violation du secret ne saurait être retenue dans le fait, pour une banque, d'avoir transmis des informations de nature confidentielle à un conseiller juridique avec lequel elle avait signé un contrat de prestation de services juridiques. Le service rendu par ce dernier entraine en effet dans le cadre des dispositions de l'article L. 511-33, 6°, du code monétaire et financier applicable à Monaco⁴⁸, qui fait donc référence aux « *contrats de prestations de services conclus avec un tiers en vue de lui confier des fonctions opérationnelles importantes* »⁴⁹.

48. V. *infra*, n° 233.

49. CA Monaco, 30 mai 2011, *JCP E* 2011, 1673, note J. Lasserre Capdeville.

Cette décision témoigne du fait que ce cas ne saurait être limité à des fonctions en lien direct avec l'activité bancaire ou financière ; une société proposant une assistance juridique permanente peut être également concernée.

148. Bien évidemment, la levée du secret bancaire ainsi admise depuis la loi du 4 août 2008 demeure encadrée par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier. En effet, celui-ci dispose dans son dernier alinéa que « *les personnes recevant des informations couvertes par le secret professionnel, qui leur ont été fournies pour les besoins de l'une des opérations ci-dessus énoncées, doivent les conserver confidentielles, que l'opération susvisée aboutisse ou non* ». Pour résumer, si le législateur se montre favorable au « secret partagé » dans certaines circonstances, cela ne doit pas aboutir à une levée incontrôlée du secret.

B. Les exceptions jurisprudentielles

149. Le secret bancaire doit, en principe, être opposé au juge civil ou commercial⁵⁰, hormis dans les hypothèses où le législateur a prévu une solution différente. La jurisprudence a, quant à elle, imaginé une autre situation dans laquelle le banquier est libre de lever son secret : lorsqu'il risque de subir un préjudice en conservant le secret⁵¹. Le professionnel doit ainsi pouvoir faire état de ses arguments afin de se défendre lorsque ses intérêts s'opposent à ceux d'un client.

150. Le juge n'a-t-il pas ici ouvert la « boîte de Pandore » ? Aucunement. La banque ne pourra révéler que ce qui est strictement indispensable à la sauvegarde de ses intérêts, et ne pourra pas mettre en cause des personnes extérieures au procès⁵².

151. Comment légitimer une telle dérogation ? L'état de nécessité⁵³, qui est une cause d'irresponsabilité pénale, pourrait éventuellement être envisagé. Selon nous, un meilleur fondement pourrait être vu

50. V. *supra*, n° 63 et s.

51. CA Paris, 23 mai 1996, *RDBB* 1996, comm. 236, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

52. TGI Bordeaux, 19 juin 1990, *D.* 1992, somm. p. 32, obs. M. Vasseur.

53. C. pén., art. 122-7 ; v. *infra*, n° 167.

dans la nécessité de préserver les droits de la défense, qui constitue aujourd'hui un principe général du droit. La jurisprudence citée figure en effet dans un mouvement jurisprudentiel beaucoup plus large admettant la commission de certaines infractions, et notamment le vol, pour pouvoir obtenir des éléments de preuve dans la perspective d'une action en justice ⁵⁴.

SECTION 2 – LES DÉROGATIONS TENDANT À LA PRÉSERVATION DE L'INTÉRÊT PUBLIC

152. Le client, bénéficiaire de l'obligation au secret bancaire, ne possède pas un droit illimité à la discrétion. En effet, le secret bancaire qui tend, en premier lieu, à la protection de la personne visée par les informations en question, c'est-à-dire d'un intérêt privé, doit être levé lorsqu'il entre en conflit avec un intérêt supérieur, ou jugé comme tel par le législateur. Ainsi, au nom de l'intérêt général, vont bénéficier d'une levée du secret bancaire : les autorités de contrôle en matières bancaire et financière (§1), l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale (§2), l'organisme de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (TRACFIN) (§3), les organismes de Sécurité sociale (§4), l'administration des douanes (§5) et enfin l'administration fiscale (§6). D'autres hypothèses auraient encore pu être envisagées, et notamment l'exception bénéficiant, depuis la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, aux commissions d'enquête parlementaires ⁵⁵.

1. Les autorités de contrôle en matières bancaire et financière

153. Les banques occupent une place prépondérante dans l'économie. Ce sont elles, notamment, qui la financent. C'est pourquoi les pays, et pas seulement la France, s'attachent à garantir la solvabilité de leur système bancaire et financier, par l'intermédiaire d'un contrôle

54. J. Lasserre Capdeville, « Les droits de la défense : nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale ? », *Rev. pén.*, 2006, n° 3, p. 537.

55. J. Lasserre Capdeville, « Nouvelles dérogations au secret bancaire », *Petites affiches*, 27 sept. 2013, n° 194, p. 55.

prudentiel des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement.

154. Pour réaliser celui-ci, les autorités de contrôle compétentes en ces matières bénéficient d'une dérogation au secret bancaire. Il en va ainsi, en vertu de l'article L. 511-33 du code monétaire et financier, pour l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution⁵⁶ (ACPR) (A). D'autres dispositions du même code prévoient le même privilège pour l'Autorité des marchés financiers (AMF) (B)⁵⁷.

A. Concernant l'ACPR

155. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution est née de la fusion des autorités d'agrément et de contrôle des secteurs de la banque (Commission bancaire, Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement) et de l'assurance (Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, Comité des entreprises d'assurance) opérée par l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010⁵⁸. L'ACPR est une autorité administrative indépendante adossée à la Banque de France dont elle bénéficie des moyens humains et matériels. Il lui appartient, d'une façon générale, de veiller à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle. L'ACPR doit s'assurer, en particulier, du respect par les professionnels régulés *« des dispositions du code monétaire et financier ainsi que des dispositions réglementaires prévues pour son application, du code des assurances, du livre IX du code de la Sécurité sociale, du code de la mutualité, du livre III du code de la consommation, des codes de conduite homologués ainsi que de toute*

56. L'article mentionne aussi une dérogation au bénéfice de la Banque de France. Cette dernière doit en effet gérer toute une série de fichiers (Fichier central des chèques impayés, Fichier national des chèques irréguliers, Fichier bancaire des entreprises, etc.) impliquant la réception d'informations de nature confidentielle de la part des établissements de crédit.

57. D'autres autorités encore bénéficient de dérogations au secret bancaire strictement encadrées. Il en va ainsi, notamment, avec la CNIL, l'Autorité de la concurrence ou encore la Cour des comptes.

58. Pour une étude du régulateur en matière bancaire, J.-Ph. Kovar et J. Lasserre Capdeville, *Droit de la régulation bancaire*, RB édition, 2012, n° 304 et s.

autre disposition législative et réglementaire dont la méconnaissance entraîne celle des dispositions précitées »⁵⁹.

156. Pour accomplir de telles missions, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution est investie par le code monétaire et financier d'attributions particulièrement étendues. Elle est dotée d'un pouvoir de contrôle, du pouvoir de prendre des mesures de police administrative dans l'intérêt de la stabilité financière et pour assurer la protection de la clientèle ainsi que d'un pouvoir de sanction en cas de manquement des professionnels régulés à leurs obligations.

157. Les contrôleurs de l'ACPR peuvent se faire communiquer, vérifier sur pièces et sur place tous les livres, registres, contrats ou documents relatifs à la situation de la personne contrôlée et à toutes les opérations qu'elle pratique. Ils sont susceptibles de procéder à leurs vérifications en ayant accès aux outils et aux données informatiques utilisés par la personne contrôlée. Cette dernière doit également mettre à leur disposition le personnel qualifié pour leur fournir les renseignements qu'ils jugent nécessaires⁶⁰. Concernant alors le secret bancaire, l'article L. 511-33, alinéa 2, du code prévoit que ce dernier ne peut pas être opposé à l'Autorité de contrôle prudentiel.

158. Notons cependant que les membres de la mission de contrôle sont tenus au secret professionnel dans les conditions prévues à l'article L. 641-1 du code monétaire et financier⁶¹. Il leur est donc fait interdiction de divulguer les informations portées à leur connaissance à l'occasion des contrôles sur place⁶². La violation du secret professionnel est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende si l'on n'est pas dans l'un des cas légaux dans lesquels il peut être levé⁶³.

59. C. mon. fin., art. L. 612-1, I, al. 1^{er}.

60. C. mon. fin., art. R. 612-26.

61. C. mon. fin., art. L. 612-17, I.

62. Charte, préc., § 3.1.2.3.

63. C. mon. fin., art. L. 612-17, II.

B. Concernant l'AMF

159. L'Autorité des marchés financiers procède de la fusion de la Commission des opérations de bourse (COB), du Conseil des marchés financiers (CMF) et du Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF) par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003. Il s'agit d'une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale. Elle veille, selon l'article L. 621-1 du code monétaire et financier, à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et certains actifs expressément visés donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres placements offerts au public. Elle veille également à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers et de certains actifs. Elle apporte enfin son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international.

160. Or, à l'instar de l'ACP, l'AMF dispose d'un large pouvoir de contrôle. Dès lors, pour rendre ce dernier pleinement effectif, l'article L. 621-9-3 du code monétaire et financier prévoit que « *dans le cadre des contrôles et enquêtes (), le secret professionnel ne peut être opposé à l'Autorité des marchés financiers ni, le cas échéant, aux entreprises de marché ou aux chambres de compensation, corps de contrôle, personnes ou autorités mentionnés à l'article L. 621-9-2, lorsqu'ils assistent l'Autorité des marchés financiers, sauf par les auxiliaires de justice* ». On s'accorde traditionnellement à voir ici une exception légale au secret bancaire⁶⁴.

161. Ici encore, les membres, les personnels et préposés de l'AMF ainsi que les experts nommés dans les commissions consultatives sont tenus au secret professionnel dans les conditions et les peines prévues à l'article L. 642-1 du code⁶⁵. Un certain nombre de dérogations sont cependant prévues en la matière⁶⁶.

64. R. Kleiman et V. Bouthinon-Dumas, « Secret bancaire et transparence des opérations boursières : rôles et pouvoirs de l'autorité des marchés financiers », *Gaz. pal.*, 27 juin 2004, p. 23 et s.

65. C. mon. fin., art. L. 621-4, II, al. 1.

66. C. mon. fin., art. L. 621-4, II, al. 2.

2. L'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale

162. Les banques se trouvent parfois impliquées dans des relations d'affaires avec des auteurs de vols, d'abus de confiance, d'abus de faiblesse, de blanchiment, etc. La nécessité de l'administration d'une bonne justice a alors conduit le législateur à conférer au juge pénal des pouvoirs très étendus, dont celui de se faire communiquer les renseignements qu'il estime utiles à la manifestation de la vérité, quand bien même ces renseignements feraient l'objet d'une obligation de non-divulgaration⁶⁷.

163. L'article L. 511-33, alinéa 2, du code monétaire et financier prévoit ainsi une levée du principe en faveur de « *l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale* ». Cette solution légale ne saurait surprendre. Antérieurement à la loi bancaire du 24 janvier 1984, à l'origine de cet article L. 511-33, les auteurs qui reconnaissaient l'existence du secret professionnel du banquier admettaient déjà une levée de ce dernier au bénéfice de l'autorité judiciaire en matière pénale⁶⁸ et la jurisprudence s'était parfois prononcée en ce sens⁶⁹.

164. Cette solution bénéficie concrètement à plusieurs personnes. Le secret ne pourra pas être proposé, en effet, par le dirigeant de banque, ou son préposé, aux procureurs⁷⁰, aux juges d'instruction ou encore aux magistrats appelés à juger une affaire. Cette solution concernera, en outre, tant les juridictions pénales de droit commun que les juridictions pénales d'exceptions. Plusieurs décisions ont été rendues en la matière⁷¹.

67. J. Lasserre Capdeville, « Le secret bancaire face au juge pénal en droit français », *RLDA*, mai 2010, p. 64.

68. A. Sacker, *Du secret professionnel du banquier*, Thèse, Paris, 1933, p. 34.

69. T. corr. Pau, 23 oct. 1963, *Banque* 1964, p. 117, obs. X. Marin ; T. corr. Lure, 4 nov. 1970, *D.* 1971, p. 276, note Ch. Gavalda.

70. C. pén., art. 132-22, Cass. crim., 24 oct. 2001, n° 00-86.440.

71. Cass. crim. 27 avr. 1994, n° 93-82.976 : Bull. crim. 1994, n° 152. – T. corr. Tarbes, 7 oct. 1997 : JCP E 2009, p. 760, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet.

165. Notons qu'une incertitude s'est posée, un temps, lorsque nous étions en présence d'une enquête préliminaire réalisée d'office. Ce cas entrerait-il bien dans l'hypothèse envisagée par l'article L. 511-33 ? Cela n'était pas certain. Il en va différemment aujourd'hui, depuis que la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, a prévu les articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale, relatifs respectivement à l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire. Ces articles exigent en effet une autorisation du procureur de la République pour qu'un officier de police judiciaire puisse bénéficier d'une levée du secret professionnel⁷².

166. Pour finir, soulignons qu'à l'exception de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme⁷³, la levée du secret bancaire implique que l'on se trouve dans le cadre d'une procédure pénale. À défaut, le secret doit prévaloir. C'est ainsi qu'aucune obligation générale de dénonciation ne pèse, dans notre pays, sur le professionnel de la banque. Les dispositions sanctionnant la non-dénonciation de crimes et de certains délits ne sauraient jouer ici⁷⁴. Tout d'abord, les infractions, dont le banquier peut avoir éventuellement connaissance ne vont pas être, hormis circonstances exceptionnelles, des crimes, mais des délits : vols, escroquerie, abus de biens sociaux, corruption, abus de confiance, etc. Ils échappent donc à l'obligation de dénonciation en question. De plus, et surtout, les personnes astreintes au secret professionnel demeurent exemptées par la loi du respect de ces obligations de révélation⁷⁵.

167. Mais reprochera-t-on pour autant à un banquier l'information du procureur de la République alors qu'il soupçonne que l'un de ses clients est victime d'une infraction ? Songeons notamment au délit d'abus de faiblesse prévu par l'article 223-15-2 du code pénal. Le professionnel qui avertit le procureur du fait que l'une de ses clientes âgée est victime d'une telle infraction ne risque-t-il pas de voir sa responsabilité pénale engagée pour violation du secret bancaire ? Nous ne le pensons pas. Dans un tel cas, en effet, la cause

72. V. implicitement, Cass. crim., 6 nov. 2013, n° 12-87.130.

73. V. *infra*, n° 168 et s.

74. C. pén., art. 434-1 et 434-3.

75. J. Lasserre Capdeville, *Secret bancaire et obligation de dénonciation du banquier en droit français et suisse* : RSC 2005, p. 231.

d'irresponsabilité pénale fondée sur l'état de nécessité envisagée par l'article 122-7 du code pénal doit selon nous jouer⁷⁶. Pour mémoire, ce dernier article prévoit que n'est pas pénalement responsable « *la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». Ce fait justificatif a pour particularité, à l'image de la légitime défense, de retirer à l'événement qui s'est produit son caractère contraire au droit. Dès lors, non seulement l'infraction ne peut plus être caractérisée, mais en outre aucune conséquence civile ne peut en être tirée. L'action publique comme l'action civile perdent leur objet. Les établissements ne doivent donc pas craindre une telle révélation du moment qu'elle a été réalisée de bonne foi.

3. L'organisme de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

168. Le secret bancaire est souvent associé par l'opinion publique aux activités les plus douteuses et, plus particulièrement, au blanchiment de capitaux, c'est-à-dire au fait de « *faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect* »⁷⁷ ou d'« *apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* »⁷⁸. Pourtant, cette association systématique est erronée, dans la mesure où le banquier lutte activement contre cette forme de criminalité. Son attitude est d'ailleurs particulièrement active en la matière, comme en témoigne l'obligation de déclaration mise à sa charge par le législateur. Cette dernière a d'ailleurs considérablement évolué depuis l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de

76. J. Lasserre Capdeville, *Le banquier face au délit d'abus de faiblesse* : RD banc. fin. sept. 2012, étude 24.

77. C. mon. fin., art. 324-1, al. 1.

78. C. mon. fin., art. 324-1, al. 2.

financement du terrorisme. Observons alors cette obligation à travers les différentes hypothèses qu'elle recouvre (A), avant d'étudier le cas particulier de la déclaration en cas de soupçon de fraude fiscale (B).

169. L'étude des statistiques rendues en la matière permet de constater que le nombre total des déclarations effectuées par les professionnels assujettis, et plus particulièrement les professionnels de la banque, n'a cessé de progresser au cours des ans, passant de 179 déclarations en 1991, à 9 007 en 2003, et 26 011 en 2012.

A. Les différents cas de déclaration

170. Les articles L. 561-15 et L. 561-15-1 du code monétaire et financier prévoient des cas de déclaration de soupçon (1) et de déclaration systématique (2). Dans toutes ces hypothèses, les déclarations sont faites à TRACFIN (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins), qui est la cellule française de lutte anti-blanchiment. Cette dernière a pour rôle d'analyser, enrichir et exploiter tout renseignement propre à établir l'origine ou la destination des sommes ou la nature des opérations ayant fait l'objet d'une déclaration et, le cas échéant, de saisir le procureur de la République lorsque les soupçons de blanchiment lui paraissent avérés.

1. La déclaration de soupçon

171. Jusqu'à l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009, la loi imposait aux établissements de crédit de simplement déclarer à TRACFIN les sommes inscrites dans leurs livres et les opérations portant sur ces sommes, qui pouvaient « *provenir du trafic de stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, de la corruption ou d'activités criminelles organisées ou qui pourraient participer au financement du terrorisme* ».

172. Désormais, la loi retient une conception élargie de l'infraction d'origine qui permet de dégager les capitaux illicites⁷⁹. L'article L. 561-15 étend en effet le champ d'application de la déclaration

79. C. Cutajar, « L'extension du champ de la déclaration de soupçons et ses conséquences », *RDBF* 2009, dossier 18.

de soupçon aux infractions graves, c'est-à-dire aux infractions passibles « *d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participant au financement du terrorisme* ». La quasi-totalité des infractions susceptibles de générer des profits est punie d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an : escroquerie, vol, abus de confiance, extorsion, etc. Cette extension du champ d'application a donc nettement réduit le champ d'application du secret bancaire⁸⁰. Notons que, depuis la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, le seul fait de tenter de réaliser des opérations impliquant des fonds issus d'infractions sanctionnées de plus d'un an d'emprisonnement peut entraîner une déclaration de soupçon de la part du professionnel assujetti⁸¹.

2. La déclaration systématique

173. Jusqu'à une date récente, l'article L. 561-15 prévoyait des cas de déclaration systématique. Or, la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 est à l'origine d'évolutions notables en la matière⁸². Le droit régissant les déclarations systématiques vient d'être nettement modifié.

174. Il faut rappeler que la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, en matière économique et financière, est à l'origine de la création d'un article L. 561-15-1 au code prévoyant la communication à TRACFIN des éléments d'information relatifs aux opérations de transmission de fonds à partir d'un versement en espèces ou au moyen de monnaie électronique par les établissements de crédit, les établissements de paiement et les établissements de monnaie électronique. Le décret n° 2013-385 du 7 mai 2013 fixe alors les seuils à partir desquels les informations relatives à ces opérations doivent être communiquées (1 000 euros par opération et 2 000 euros cumulés par client sur un mois calendaire), le délai d'envoi ainsi que la forme et le mode de transmission de ces informations.

80. D'autres cas de déclaration de soupçon se rencontrent aux articles L. 561-15, III et R. 561-14 du code monétaire et financier.

81. C. mon. fin., art. L. 561-15, V bis.

82. J. Lasserre Capdeville, « Evolutions en matière de lutte contre les paradis fiscaux et le blanchiment des capitaux », *Petites affiches*, 27 septembre 2013, n° 194, p. 21.

175. Cet article L. 561-15-1 a donc été nettement modifié par l'article 12 de la loi du 26 juillet 2013 qui y a ajouté, notamment, des II et III ainsi rédigés : « *II. Les personnes mentionnées aux 1° à 7° de l'article L. 561-2 adressent au service mentionné à l'article L. 561-23 les éléments d'information relatifs aux opérations financières présentant un risque élevé de blanchiment ou de financement du terrorisme en raison du pays ou du territoire d'origine ou de destination des fonds, du type d'opération ou des structures juridiques concernées. Un décret en Conseil d'État fixe les critères objectifs des opérations ainsi soumises à une obligation d'information.*

III. Les informations adressées en application du présent article sont faites sans préjudice des déclarations éventuellement faites en application de l'article L. 561-15 ».

Le législateur institue ainsi, à côté du régime de déclaration de soupçon à TRACFIN, un nouveau régime spécifique de transmission automatique d'informations. Ces cas de communications sont nettement plus étendus que ceux qui figuraient jusqu'ici à l'article L. 561-15. Le nouvel article fournit en effet trois critères objectifs, et alternatifs, pour qu'une opération fasse l'objet d'une telle transmission : le pays ou territoire d'origine ou de destination du flux, le type d'opérations et enfin les structures juridiques concernées.

B. Le cas particulier de la fraude fiscale

176. Après avoir évoqué le principe général applicable en la matière (1), nous verrons en présence de quels critères la déclaration de soupçon redevient obligatoire (2).

1. Le principe général

177. La fraude fiscale étant punie d'une peine d'emprisonnement de cinq ans⁸³, elle est désormais incluse dans le périmètre de la déclaration de soupçon⁸⁴. Cependant, le soupçon seul ne suffit pas à son égard pour engager le processus déclaratif. En effet, une

83. CGI, art. 1741.

84. C. mon. fin., art. L. 561-15, II.

dérogation a été instituée par les rédacteurs de l'ordonnance du 30 janvier 2009 pour que TRACFIN ne soit pas encombré par un afflux trop important de déclarations de soupçon émanant des organismes financiers. Ainsi, les personnes assujetties ne sont tenues de procéder à la déclaration de soupçon de fraude fiscale que si la fraude en question revêt au moins l'un des seize critères définis par le décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009, codifié à l'article D. 561-32-1 du code monétaire et financier. Le législateur a semble-t-il voulu, par ce mécanisme, limiter les déclarations aux cas de fraude les plus graves. La crainte de voir une fuite massive de capitaux peut, selon nous, expliquer cette solution.

2. Les critères exigés

178. Les critères énumérés par l'article D. 561-32-1 sont alternatifs. La présence d'un seul d'entre eux suffit à rendre la déclaration nécessaire. Un certain nombre de critères figurant à cet article portent sur des techniques juridiques permettant d'organiser l'opacité, comme l'utilisation de sociétés-écrans, de prête-noms, de comptes de passage, de structures sociétaires complexes et de montages juridico-financiers, l'organisation de l'insolvabilité, la réalisation d'opérations financières avec l'étranger sans cause juridique ou économique apparente, etc. Plusieurs autres critères se réfèrent au caractère anormal d'une opération au regard de l'activité économique de l'entreprise en question. C'est ainsi qu'est visée la progression forte et inexpliquée, sur une brève période, des sommes créditées sur les comptes nouvellement ouverts ou comprenant jusque-là peu d'actifs. Citons encore le retrait fréquent d'espèces d'un compte professionnel ou leur dépôt sur un tel compte non justifié par le niveau ou la nature de l'activité économique. Enfin, le premier critère cité par l'article D. 561-32-1 mentionne plus précisément l'utilisation de sociétés-écrans ayant leur siège social dans un « *État ou un territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention fiscale permettant l'accès aux informations bancaires, identifié à partir d'une liste publiée par l'administration fiscale* ». Une instruction du 26 juillet 2010 est ainsi venue arrêter une liste des États ou territoires ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale.

4. Les organismes de Sécurité sociale

179. Jusqu'à une date récente, le secret bancaire était opposable aux organismes de Sécurité sociale⁸⁵, faute de dérogation légale. Cette dernière a cependant été créée par la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007 de financement de la Sécurité sociale pour 2008 à l'origine de l'article L. 114-19 du code de la Sécurité sociale. Ce dernier vise en effet un droit de communication qui « *permet d'obtenir, sans que s'y oppose le secret professionnel, les documents et informations nécessaires : 1° Aux agents des organismes de Sécurité sociale pour contrôler la sincérité et l'exactitude des déclarations souscrites ou l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution et du paiement des prestations servies par lesdits organismes ; (...) 3° Aux agents de contrôle des organismes de Sécurité sociale pour recouvrer les prestations* ».

180. Or, cette disposition est vue, par la jurisprudence, comme une dérogation légale au secret bancaire⁸⁶. Notons que le refus de déférer à une demande relevant de cet article est puni d'une amende de 7 500 euros.

5. L'administration des douanes

181. Aux termes de l'article 65, 1°, du code des douanes : « *Les agents des douanes ayant au moins le grade de contrôleur peuvent exiger la communication des papiers et documents de toute nature relatifs aux opérations intéressant leur service, quel qu'en soit le support () en général, chez toutes les personnes physiques ou morales directement ou indirectement intéressées à des opérations régulières ou irrégulières relevant de la compétence du service des douanes* ». Or, pour la jurisprudence, le secret bancaire n'est pas opposable aux agents des douanes exerçant le droit de communication prévue par l'article 65 du code des douanes en précisant que les dispositions de ce texte dérogatoire « *sont applicables à l'ensemble des opérations*

85. Cass. com., 25 févr. 2003, n° 00-21.184, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 26.

86. CA Paris, 2 déc. 2010, *LEDB* févr. 2011, p. 7, n° 012, obs. J. Lasserre Capdeville.

relevant de la compétence de l'administration des douanes et ne sauraient être limitées au seul contentieux des relations financières avec l'étranger »⁸⁷.

182. Notons cependant que le droit de communication des douanes ne peut s'exercer qu'à la condition que les documents demandés se rapportent à des opérations régulières ou irrégulières relevant de la compétence du service des douanes. Or, tel n'est pas le cas d'une étude faite à la demande d'une banque par l'un de ses agents sur la situation financière d'un client, document dont le prévenu, se prévalant du secret professionnel, avait refusé la communication⁸⁸.

6. L'administration fiscale

183. La fiscalité repose dans notre pays, de façon importante, sur les déclarations faites par les contribuables eux-mêmes. Les impôts sur le revenu et la taxe sur la valeur ajoutée supposent alors une connaissance exacte des affaires des contribuables, sinon la fraude ne pourrait pas être dépistée. Cette situation a donc conduit le législateur à multiplier les moyens de contrôle et d'investigation dont dispose l'administration fiscale. Il en va ainsi avec le droit de communication (A) et les déclarations obligatoires à la charge des établissements de crédit (B).

A. Le droit de communication

184. Dans la panoplie des moyens de contrôle dont dispose l'administration fiscale, il en est un qui occupe une place privilégiée : il s'agit du droit de communication. Celui-ci peut être défini comme le droit reconnu à l'administration fiscale de prendre connaissance et, au besoin, copie de documents détenus par certaines personnes en particulier. Ce droit, qui figure pour le cas qui nous intéresse à

87. Cass. crim. 3 mai 2001, n° 00-81.691, *Bull. crim.* 2001, n° 107 ; *RTD com.* 2001, p. 992, obs. B. Bouloc.

88. Cass. crim., 25 janv. 1977, n° 75-93.120, *Bull. crim.* 1977, n° 32.

l'article L. 83 du Livre des procédures fiscales, fait alors exception à l'application du secret bancaire⁸⁹. Aux termes de cet article, en effet : « *Les administrations de l'État, des départements et des communes, les entreprises concédées ou contrôlées par l'État, les départements et les communes, ainsi que les établissements ou organismes de toute nature soumis au contrôle de l'autorité administrative, doivent communiquer à l'administration, sur sa demande, les documents de service qu'ils détiennent sans pouvoir opposer le secret professionnel ()* ». Les établissements de crédit, qui sont soumis à un tel contrôle par l'intermédiaire de l'Autorité de contrôle prudentiel, sont donc concernés par cet article. Par conséquent, la banque qui refuserait d'effectuer une telle communication est susceptible d'encourir différentes sanctions⁹⁰.

185. Notons cependant que ce droit de communication n'est pas sans limites. D'une part, il ne bénéficie qu'à certaines personnes, expressément habilitées à l'exercer. D'autre part, l'article L. 83 précité ne prévoit la communication que de « *documents de service* ». Même si cette dernière notion manque de précisions, on peut citer, à titre d'illustrations, les correspondances, les dossiers de clientèle, les différentes procurations données par les clients à des tiers, ou encore les fiches d'ouverture de compte.

B. Les déclarations obligatoires

186. Soucieux de ne plus voir l'administration fiscale démunie devant le développement des différentes activités bancaires et financières, le législateur français a étendu ses pouvoirs en la matière. Le droit de communication général précité a ainsi été complété par diverses dispositions légales imposant au banquier des déclarations obligatoires, également dérogoires au secret bancaire. Plusieurs hypothèses de déclarations obligatoires sont ainsi expressément prévues par la loi, qu'elles soient réalisées par le banquier spontanément (1) ou sur demande de l'administration (2).

89. F. Durand, « Le secret bancaire face à l'administration fiscale en droit français », *RLDA* 2010, n° 49 ; CE, 22 déc. 1982, n° 21475.

90. Cass. crim. 4 oct. 1982, n° 81-92.483, *Bull. crim.* 1982, n° 203.

1. Les déclarations spontanées

187. Nous pouvons citer, pour illustrer cette situation, l'ouverture et la clôture d'un compte en banque. En effet, en vertu de l'article 1649 A, alinéa 1, du code général des impôts : « *Les administrations publiques, les établissements ou organismes soumis au contrôle de l'autorité administrative et toutes personnes qui reçoivent habituellement en dépôt des valeurs mobilières, titres ou espèces doivent déclarer à l'administration des impôts l'ouverture et la clôture des comptes de toute nature* », sous peine de se voir sanctionner.

188. Il faut également évoquer le cas du décès du client. En effet, dans une telle situation, l'article 806, I, du code général des impôts dispose que les banques sont dans l'obligation de déclarer, de leur propre chef, les soldes de l'ensemble des comptes dont le défunt était titulaire.

2. Les déclarations sur demande

189. Ici encore, plusieurs situations peuvent se rencontrer. Citons, par exemple, la délivrance de formules de chèques non barrées. L'article L. 96 du Livre des procédures fiscales prévoit ainsi que : « *L'identité des personnes auxquelles sont délivrées des formules de chèques non barrés et qui ne sont pas rendues, par une mention expresse du banquier, intransmissibles par voie d'endossement, sauf au profit d'un établissement de crédit, d'une caisse d'épargne, ou d'un établissement assimilé, doit être communiquée à tout moment à l'administration des impôts, sur sa demande* ». Cette forme de déclaration est néanmoins relativement rare, les formules de chèques non barrés et ne portant pas de mention de non-transmissibilité étant peu fréquentes.

190. Un droit de communication analogue se retrouve avec les opérations de transferts de sommes à l'étranger. L'article L. 96A du Livre des procédures fiscales dispose ainsi que les établissements de crédit, les établissements de monnaie électronique et les établissements de paiement « *sont soumis aux dispositions de l'article L. 152-3* » du code monétaire et financier. Or ce dernier prévoit que ces mêmes établissements « *doivent communiquer aux administrations fiscales et douanières, sur leur demande, la date et le montant des sommes transférées à l'étranger par les personnes visées à l'article L. 152-2, l'identification de l'auteur du transfert et du bénéficiaire ainsi que*

les références des comptes concernés en France et à l'étranger. Ces dispositions s'appliquent également aux opérations effectuées pour le compte de ces personnes sur des comptes de non-résidents ».

191. Ainsi l'administration fiscale française bénéficie de pouvoirs étendus et, souvent, dérogatoires au secret bancaire national. Nous verrons dans la deuxième partie de cet ouvrage qu'il n'en va pas de même avec certaines législations étrangères.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

192. Cette première partie témoigne du fait que notre droit prévoit bien un secret bancaire, et que les établissements de crédit n'hésitent pas à l'opposer aux tiers lorsque des questions portant sur des informations de nature confidentielle leur sont posées. La jurisprudence atteste de cette opposabilité, mais également de la rareté de la violation du principe. Ce dernier n'est toutefois pas absolu. Nous avons pu observer, sans prétendre à l'exhaustivité, un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles le secret bancaire doit être levé. Ces dérogations sont d'ailleurs parfois en évolution, comme c'est le cas par exemple en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

193. Dès lors, une question vient immanquablement se poser. Peut-on affirmer que le secret bancaire est dans notre pays encore un principe alors que ses exceptions sont toujours plus importantes ? L'opposabilité n'est-elle pas, aujourd'hui, une exception à la transparence ? Nous ne le pensons pas. Selon nous, le secret bancaire doit toujours être vu comme un principe. En effet, tant que l'on n'est pas en présence de l'une de ses dérogations, expressément visées par la loi ou dégagées par la jurisprudence, le secret doit être opposé.

194. Ainsi, même en matière fiscale, hormis les hypothèses prévues par le législateur dans lesquelles le banquier doit révéler certaines informations déterminées, le principe s'impose et une fin de non-recevoir devra être opposée à l'administration fiscale « trop curieuse ». Cette solution est importante car un risque existe en ce domaine : la fuite des capitaux vers des pays encore « plus discrets ». En effet, le secret bancaire n'a pas exactement le même champ

d'application selon les États. Certains ont justement bâti une partie de leur notoriété sur la discrétion de leur banque, ce qui n'est pas sans incidence en matière fiscale. Ainsi, le secret bancaire présente également d'importants effets au niveau international en raison même des disparités des législations en la matière.

DEUXIÈME PARTIE

APPROCHE INTERNATIONALE DU SECRET BANCAIRE

195. Aujourd'hui, lorsque les « grands médias » évoquent le secret bancaire, c'est traditionnellement pour en dénoncer les abus de la part de certains États ou micro-États : Suisse, Luxembourg, Monaco, Liechtenstein, Andorre, Saint-Marin, etc. Ainsi, il n'est de règle juridique édictant la discrétion qui suscite autant de critiques que la règle du secret bancaire. On en trouve une illustration singulière à travers ce qui a été écrit sur le secret bancaire helvétique. C'est situation est d'ailleurs résumée avec humour par le professeur Maurice Aubert¹ lorsqu'il déclare que « *le monstre du Loch Ness, les soucoupes volantes et le secret bancaire suisse ont ceci en commun qu'il s'agit de sujets entourés d'un certain mystère, qui apparaissent ou disparaissent de la une des journaux selon une fréquence qui semble impossible à prévoir* ».

196. Il nous semble dès lors utile de restaurer un peu de « réalités juridique » en la matière en observant le contenu des secrets bancaires applicables à plusieurs de ces États dénoncés pour l'étendue de leur discrétion (Chapitre 1), afin d'en observer les incidences concrètes en matière d'entraide internationale (Chapitre 2). Cette étude se révèle d'ailleurs utile dans la mesure où, à l'égard de la Suisse, le droit régissant l'entraide fiscale a très nettement évolué ces derniers mois.

1. M. Aubert, « Le secret des banques et l'entraide judiciaire », *Rev. pén. suisse* 1971, tome 87, p. 8.

CHAPITRE 1

Le secret bancaire en droit comparé

197. Il demeure impossible de procéder à une étude de tous les secrets bancaires mondiaux, tant ils sont nombreux. Le format de cet ouvrage ne le permet bien évidemment pas. Il nous a fallu faire des choix. Nous avons donc décidé de nous limiter à la présentation des secrets bancaires en vigueur en Suisse (Section 1), au Luxembourg (Section 2) et enfin à Monaco (Section 3)². Ce choix peut se justifier par le fait que ces trois États sont certainement les plus critiqués par les médias francophones pour les abus de leurs secrets bancaires.

SECTION 1 – L'EXEMPLE SUISSE

198. Le secret bancaire suisse³ a été reconnu légalement par l'article 47 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934. Voyons brièvement le principe (§1) avant d'en observer certaines exceptions, témoignant du fait que ce secret ne

2. Pour d'autres exemples, R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz, 2011, 3^e éd., n° 513.

3. Pour une présentation, A. Rappo, *Le secret bancaire*, Staïmpfli, 2002 ; J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, PUAM, 2006 ; I. Augsburger-Bucheli et B. Perrin (dir.), *Les enjeux juridiques du secret bancaire* : Schulthess, 2011.

saurait constituer le paravent idéal à la criminalité économique (§2). Pour terminer, nous étudierons les rapports « particuliers » du secret bancaire suisse avec le droit fiscal (§3).

1. Présentation générale du principe

199. L'article 47 de la loi fédérale a connu plusieurs évolutions depuis 1934. Aujourd'hui son contenu est le suivant : « *Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, intentionnellement :*

a. en sa qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'une banque, ou encore d'organe ou d'employé d'une société d'audit, révèle un secret à lui confié ou dont il a eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi ;

b. incite autrui à violer le secret professionnel.

Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 250 000 francs au plus.

En cas de récidive dans les cinq ans suivant une condamnation entrée en force, la peine pécuniaire est de 45 jours-amendes au moins.

La violation du secret professionnel demeure punissable alors même que la charge, l'emploi ou l'exercice de la profession a pris fin.

Les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice sont réservées.

La poursuite et le jugement des infractions réprimées par la présente disposition incombent aux cantons. Les dispositions générales du code pénal sont applicables. »

200. Deux spécificités peuvent être notées à la vue de cet article. En premier lieu, le droit helvétique sanctionne le non-respect du secret bancaire par négligence. Il se distingue alors du droit français qui exige, nous l'avons observé, un élément intentionnel. Par cette disposition, le législateur helvétique a souhaité souligner la gravité des conséquences pouvant résulter de la violation du secret bancaire. Il suffit par conséquent, pour caractériser le délit en Suisse, que le banquier manque, fautivement, à un devoir de prudence, même sans se rendre compte des répercussions exactes de son acte.

201. En second lieu, l'importance des sanctions encourues doit être soulignée, et ce d'autant plus qu'elle est récente. En effet, jusqu'à il y a peu, l'emprisonnement prévu en la matière était de six mois, soit une sanction inférieure à celle envisagée par l'article 226-13 du Code pénal français. Les sanctions ont été ainsi renforcées à la suite d'une révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 : la sanction de la violation intentionnelle du secret bancaire est passée à trois ans d'emprisonnement et l'amende pour commission par négligence de 30 000 à 250 000 francs suisses. On peut penser que le législateur a voulu, par cette évolution, rassurer les clients des banques suisses, voyant le secret bancaire de la Confédération fortement attaqué par la Communauté internationale.

2. Quelques dérogations notables

202. Le secret bancaire helvétique n'est pas absolu. Il connaît un certain nombre d'exceptions. Nous nous limiterons à en évoquer deux particulièrement importantes : la levée du secret en matière de procédure pénale (A) et de lutte contre le blanchiment des capitaux (B).

A. La levée du secret en cas de procédure pénale

203. Selon l'article 47, alinéa 5, de la loi du 8 novembre 1934 : « *Les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice sont réservées* ». Cette référence au droit cantonal s'explique par le fait que jusqu'en 2003 la Constitution fédérale prévoyait que la législation en matière de droit pénal était de la compétence de la Confédération, mais que l'organisation de la justice et la procédure pénale étaient du ressort des cantons. Or, tous les droits cantonaux prévoyaient l'obligation pour le banquier de témoigner devant le juge pénal⁴. Désormais, un code de procédure pénale a été adopté au niveau de la Confédération. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 et a remplacé les 27 codes

4. J. Lasserre Capdeville, « Le secret bancaire face au juge pénal en droit suisse », *RLDA* 2010, n° 49, p. 68.

de procédure jusqu'alors en vigueur. Il a vocation à régir la poursuite et le jugement, par les autorités pénales de la Confédération et des cantons, des infractions prévues par le droit fédéral. L'exclusion du secret n'est aucunement remise en cause par ce nouveau code⁵.

204. Néanmoins, à l'image du droit français, la levée du secret demeure encadrée par le droit. Il en va de la sorte, notamment, par la limitation du droit de consulter le dossier. En effet, afin d'éviter tout abus, les articles 101 et 102 du code de procédure pénale suisse prévoient la faculté pour l'autorité pénale de limiter, au regard de toutes les parties ou de quelques-unes d'entre elles, le droit de consulter les actes du dossier pénal pour prévenir les abus et « *pour protéger les intérêts légitimes au maintien du secret* ». L'article 73 du même code impose, par ailleurs, le silence aux membres des autorités pénales et leurs collaborateurs.

B. La levée du secret en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux

205. La Suisse a été parfois accusée de favoriser le blanchiment d'argent. Pourtant, cela fait bien longtemps que la Confédération lutte contre cette forme de criminalité. Cette législation s'est construite par strates.

206. Une loi du 1^{er} août 1990 a notamment créé les articles 305 *bis* et 305 *ter* du code pénal. Si le premier sanctionne le blanchiment d'argent et, plus précisément, le fait d'entraver volontairement l'identification de valeurs provenant d'un crime, le second réprime le défaut de vigilance du financier, c'est-à-dire le fait d'accepter à titre professionnel des valeurs sans vérification, conformément à la vigilance prescrite. Or, ce dernier article a été complété par une loi du 18 mars 1994 qui y a introduit un nouvel alinéa prévoyant le droit, pour les intermédiaires financiers, de communiquer aux autorités compétentes leurs soupçons sur des transactions douteuses. Cet alinéa doit donc être vu comme une exception légale au secret

5. L'article 171 du code ne permet de refuser de témoigner qu'au bénéfice des ecclésiastiques, avocats, défenseurs, notaires, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires.

bancaire, puisque le banquier a pu, à partir de cette date, divulguer des faits confidentiels avant même l'ouverture d'une enquête pénale.

207. Cependant, la dénonciation laissée à la libre appréciation du banquier apparaissant peu compatible avec l'obligation de fidélité de celui-ci à l'égard de son client, il semblerait que peu de cas aient été alors portés à la connaissance des autorités de poursuites pénales. Largement critiquée par le GAFI⁶ et la Communauté internationale, la Suisse a donc été amenée à adopter, le 10 octobre 1997, une loi propre à la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (LBA). Ainsi, en vertu de l'article 9, 1°, de la loi : « *L'intermédiaire financier informe immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent au sens de l'article 23 (bureau de communication) :*

- *s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires :*
 - *ont un rapport avec une des infractions mentionnées aux articles 260 ter, ch. 1 (participation à une organisation criminelle) ou 305 bis CP (blanchiment d'argent),*
 - *proviennent d'un crime (c'est-à-dire, pour l'article 10, alinéa 2 du code pénal, une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans),*
 - *sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle,*
 - *servent au financement du terrorisme (art. 260 quinquies, al. 1, CP) ;*
- *s'il rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés conformément à la lettre a. ».*

208. Il découle donc de ce texte le secret bancaire ne saurait permettre en Suisse le développement de la criminalité économique à travers le blanchiment d'argent. Il sera nécessairement écarté lorsque l'intermédiaire financier connaît l'origine criminelle des fonds ou a un « soupçon fondé » se rapportant aux valeurs patrimoniales dont il a la charge.

6. Groupe d'action financière.

3. Secret bancaire et droit fiscal

209. La bonne compréhension du droit applicable en la matière nécessite d’observer les principales infractions concernant la fiscalité prévues par le droit suisse (A). En effet, c’est leur nature qui déterminera si le secret bancaire doit être levé ou pas (B).

A. Les principales infractions fiscales suisses

210. Le droit helvétique est particulier en matière fiscale. Il opère en effet une distinction en fonction de la gravité de l’acte reproché au contribuable. La législation suisse fait ainsi une différence entre la soustraction fiscale, la fraude fiscale et enfin l’escroquerie fiscale, la première se démarquant très nettement des deux autres.

211. En premier lieu, la soustraction fiscale, dite aussi soustraction d’impôt ou omission fiscale, trouve son siège dans plusieurs articles de lois, tels que l’article 175 de la loi sur l’impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD) ou l’article 56 de la loi fédérale sur l’harmonisation des impôts directs des cantons et des communes également du 14 décembre 1990 (LHID)⁷. Ainsi, pour l’article 175 précité, « *le contribuable qui, intentionnellement ou par négligence, fait en sorte qu’une taxation ne soit pas effectuée alors qu’elle devrait l’être, ou qu’une taxation entrée en force soit incomplète, celui qui, tenu de percevoir un impôt à la source, ne le retient pas ou ne retient qu’un montant insuffisant, que ce soit intentionnellement ou par négligence, celui qui, intentionnellement ou par négligence, obtient une restitution d’impôt illégale ou une remise d’impôt injustifiée, est puni d’une amende* ». Dès lors, relève de cet article, le cas du contribuable qui omet simplement de déclarer des revenus ou des éléments de fortune et qui n’est, en conséquence, pas taxé. Outre le paiement des impôts soustraits, la caractérisation de cette soustraction entraînera simplement le paiement d’une amende fixée en fonction de l’impôt soustrait.

7. Pour d’autres lois spéciales, P. Mollard, X. Oberson et A. Tissot Benedetto, *Traité TVA*, Helbing Lichtenhahn, 2009, n° 512.

212. En deuxième lieu, nous rencontrons des cas de fraude fiscale, appelée également usage de faux. Cette situation se retrouve dans plusieurs articles, tels que l'article 186 de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD) ou l'article 59 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID). Aux termes l'article 186 précité, « *celui qui, dans le but de commettre une soustraction d'impôt au sens des articles 175 à 177, fait usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, tels que des livres comptables, des bilans, des comptes de résultat ou des certificats de salaire et autres attestations de tiers dans le dessein de tromper l'autorité fiscale, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende jusqu'à 30 000 francs* ». Ainsi, dans ce cas, la caractérisation de l'élément matériel du délit implique l'usage de titres faux, falsifiés ou inexacts dans le but de commettre une soustraction d'impôt. L'article 110, 4°, du code pénal précise, sur ce point, que sont des titres « *tous les écrits destinés et propres à prouver un fait ayant une portée juridique et tous les signes destinés à prouver un tel fait. L'enregistrement sur des supports de données et sur des supports-images est assimilé à un écrit s'il a la même destination* ».

213. En dernier lieu, il faut noter qu'en Suisse, un certain nombre d'impôts sont spécifiquement régis par la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA). Cette dernière s'applique ainsi lorsqu'une autorité administrative fédérale est chargée de poursuivre et de juger des infractions. Or, si cette loi ne contient qu'une réglementation partielle, elle prévoit néanmoins des délits fiscaux⁸, et notamment l'escroquerie fiscale. Ainsi, aux termes de l'article 14, A, I, 2°, de la loi fédérale sur le droit pénal administratif : « *Lorsque l'attitude astucieuse de l'auteur aura eu pour effet de soustraire aux pouvoirs publics un montant important représentant une contribution, un subside ou une autre prestation, ou de porter atteinte d'une autre manière à leurs intérêts pécuniaires, la peine sera l'emprisonnement pour un an au plus ou l'amende jusqu'à concurrence de 30 000 francs* ». Cette infraction⁹ suppose donc que l'intéressé ait, par une « *attitude astucieuse* », permis la soustraction d'un « *montant important* » d'impôt. Cette infraction est très proche, dans les faits, de la fraude fiscale évoquée précédemment.

8. Art. 14 à 18 de la loi.

9. X. Oberson, *Précis de droit fiscal international*, Stämpfli, 2009, n°s 1006 et 1007 ; *Droit fiscal suisse*, Helbing et Lichtenhah, 2007, n°s 46 à 65.

214. Pour résumer, le droit suisse distingue clairement entre, d’une part, la soustraction fiscale, et, d’autre part, les notions très proches de fraude et d’escroquerie fiscale. Il se différencie dès lors du droit français qui fait de l’ensemble de ces infractions, un seul et même délit : la fraude fiscale envisagée par l’article 1741 du code général des impôts. Or, cette distinction présente des incidences particulières en matière d’opposabilité du secret bancaire suisse.

B. L’opposabilité variable du secret bancaire helvétique

215. Comment l’administration fiscale parvient-elle à détecter les infractions précitées ? Plus précisément, le secret bancaire n’est-il pas un obstacle insurmontable en la matière ? Observons, pour répondre à cette question, le contenu des textes régissant les différents types d’impôt en Suisse. Si l’on s’intéresse au cas de l’impôt fédéral direct, on peut noter que la loi sur l’impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 ne permet pas à l’autorité de taxation de s’adresser à la banque de son contribuable. En effet, son article 128, visant les personnes astreintes à donner des renseignements directement aux autorités, ne concerne que « *les associés, les copropriétaires et les propriétaires communs* ». Les banques n’étant donc pas citées par ce texte, les organes fiscaux ne peuvent prétendre avoir d’office accès aux informations bancaires des contribuables. Au contraire, en l’absence d’autorisation de son client, la banque devra opposer son secret bancaire à l’administration fiscale : si l’article 127, de la même loi déclare que « *lorsque, malgré sommation, le contribuable ne produit pas les attestations requises, l’autorité fiscale peut les exiger directement du tiers* », il prend soin de préciser que « *le secret professionnel protégé légalement est réservé* ». Le secret bancaire doit ainsi être opposé.

216. Or, cette situation est appelée à jouer, plus particulièrement, en cas de soustraction d’impôt¹⁰. Cette infraction est, en effet, poursuivie par les autorités de taxation désignées par les autorités cantonales, conformément aux « *principes généraux de procédure* » et aux « *procédures de taxation et de recours* » qui s’appliquent par analogie¹¹. Dès lors, dans de telles hypothèses, l’autorité fiscale dispose des mêmes pouvoirs que l’autorité ordinaire de taxation.

10. V. *supra*, n° 211.

11. Art. 182, 3°, LIFD.

La réserve du secret bancaire, visée à l'article 127 de la loi, est en conséquence pleinement applicable. L'administration fiscale ne pourra pas solliciter directement auprès d'une banque les informations et attestations qu'elle n'a pas réussi à obtenir du contribuable, client de la banque ¹².

217. En revanche, cette opposabilité du secret bancaire connaît deux exceptions : il en va ainsi, en premier lieu, avec la fraude fiscale ¹³. Lorsque l'administration cantonale de l'impôt fédéral direct présume qu'un tel délit a été commis, elle dénonce alors l'infraction à l'autorité pénale compétente ¹⁴ pour la poursuite du délit fiscal de droit cantonal. Celle-ci est alors chargée, en vertu de l'article 188 de la loi sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990, de poursuivre le délit commis en matière d'impôt fédéral direct. Ainsi, cette loi met la fraude fiscale (ou usage de faux) au même niveau que les délits pénaux de droit commun, et la poursuite se déroule dans le cadre plus strict de la procédure pénale, la sanction étant prononcée par un tribunal pénal. Par conséquent, le secret bancaire n'est plus préservé, et le banquier est tenu de témoigner.

218. En second lieu, une autre exception concerne l'escroquerie fiscale ¹⁵. Nous avons observé que cette dernière est prévue par l'article 14 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA). Or, ce droit pénal administratif ne libère pas le banquier de l'obligation de témoigner. En effet, l'article 41, 2°, de la loi précitée renvoie, notamment, à l'article 168 du code de procédure pénale, et ce dernier ne mentionne pas les banques au titre des personnes pouvant refuser de témoigner. L'enquêteur pourra par conséquent faire appel au banquier du contribuable, si cela est nécessaire, pour élucider les faits.

12. Pour plus de précisions, X. Oberson, *Droit fiscal suisse*, Helbing et Lichtenhah, 2007, n° 67.

13. V. *supra* n° 212.

14. Art. 194, 2°, LIFD.

15. V. *supra* n° 213.

SECTION 2 – L'EXEMPLE LUXEMBOURGEOIS

219. Nous reprendrons, ici, le plan suivi avec le secret bancaire suisse. Nous verrons donc rapidement le principe (§1) avant d'en observer certaines exceptions (§2) et les spécificités qu'il présente en matière fiscale (§3).

1. Présentation générale du principe

220. La reconnaissance légale du secret bancaire¹⁶ au Luxembourg fut plus tardive qu'en Suisse, puisque le premier texte faisant référence, indirectement, à celui-ci est une loi du 23 avril 1981, intégrant en droit interne une directive européenne du 12 décembre 1977. Le principe fut néanmoins plus clairement repris par la suite par l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 concernant le secteur financier.

221. Aux termes de cet article ayant déjà fait l'objet de multiples évolutions : « (1) *Les personnes physiques et morales soumises à la surveillance prudentielle de la CSSF en vertu de la présente loi, ainsi que les administrateurs, les membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service de ces personnes physiques et morales ou de personnes physiques et morales ayant été agréées en vertu de la présente loi et étant en liquidation, ainsi que toutes les personnes qui sont nommées, employées ou mandatées à un titre quelconque dans le cadre d'une procédure de liquidation de telles personnes, sont obligées de garder secrets les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle ou dans l'exercice de leur mandat. La révélation de tels renseignements est punie des peines prévues à l'article 458 du code pénal.*

(2) L'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la présente loi.

16. Pour une présentation, J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, PUAM, 2006 ; D. Spielmann, *Le secret bancaire et l'entraide judiciaire internationale pénale*, Larcier, 2007, 2^e éd.

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

(4) *L'obligation au secret n'existe pas à l'égard des actionnaires ou associés, dont la qualité est une condition de l'agrément de l'établissement en cause, dans la mesure où les renseignements communiqués à ces actionnaires ou associés sont nécessaires à la gestion saine et prudente de l'établissement et ne révèlent pas directement les engagements de l'établissement à l'égard d'un client autre qu'un professionnel du secteur financier.*

Par dérogation à l'alinéa qui précède, 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 informations concernant des relations d'affaires déterminées, dans la mesure nécessaire à la gestion globale des risques juridiques et de réputation liés au blanchiment ou au financement du terrorisme au sens de la loi luxembourgeoise.

(5) *L'obligation au secret n'existe pas à l'égard des établissements de crédit et des professionnels visés aux articles 29-1, 29-2, 29-3 et 29-4 dans la mesure où les renseignements communiqués à ces professionnels sont fournis dans le cadre d'un contrat de services.*

(5bis) *L'obligation au secret professionnel n'existe pas entre entités appartenant à un conglomérat financier pour les renseignements que ces entités sont amenées à se communiquer entre elles ou aux autorités européennes de surveillance, le cas échéant par l'intermédiaire du Comité mixte des autorités européennes de surveillance, conformément à l'article 35 du règlement (UE) n° 1093/2010, du règlement (UE) n° 1094/2010 et du règlement (UE) n° 1095/2010 respectivement, dans la mesure où ces renseignements sont nécessaires à l'exercice de la surveillance complémentaire visée au chapitre 3ter de la partie III de la présente loi.*

(6) *Sous réserve des règles applicables en matière pénale, les renseignements visés au paragraphe (1), une fois révélés, ne peuvent être utilisés qu'à des fins pour lesquelles la loi a permis leur révélation.*

(7) 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.

(8) La violation du secret demeure punissable alors même que la charge, le mandat, l'emploi ou l'exercice de la profession a pris fin ».

222. Ainsi, le législateur luxembourgeois a fait le choix d'élaborer un texte particulièrement long et précis afin d'encadrer au maximum, par une seule disposition légale, le principe du secret bancaire. Notons toutefois que les sanctions à la violation du secret sont, à l'instar du droit français (et à la différence du droit suisse), à chercher dans le code pénal. Ainsi, pour l'article 458 de ce dernier « *() toutes () personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où elles sont appelées à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punies d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 500 euros à 5 000 euros ».*

2. Quelques dérogations notables

223. Le secret bancaire luxembourgeois n'est pas plus absolu que son homologue suisse. Il connaît un grand nombre d'exceptions, parmi lesquelles nous trouvons, à nouveau, la procédure pénale (A) et la lutte contre le blanchiment de capitaux (B).

A. La levée du secret en cas de procédure pénale

224. Au Grand-Duché du Luxembourg, il est aujourd'hui admis que le secret bancaire n'est pas opposable au juge pénal. Pourtant, à la différence du droit français et du droit suisse, les fondements légaux manquent quelque peu de clarté en la matière. Certes, l'article 41 (2) de la loi du 5 avril 1993 dispose que « *l'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la présente loi* ». Cependant, dans le même temps, certaines dispositions du code d'instruction criminelle peuvent paraître contradictoires. D'une part, l'article 77 (1) de ce code, relatif au témoignage, prévoit une exception au bénéfice des personnes soumises au secret professionnel. D'autre

part, et à l'inverse, les articles 63 et suivants permettent au juge d'instruction de pratiquer des perquisitions et des saisies sans que le secret ne puisse être opposé par le professionnel. Notons encore que l'article 40 de la loi du 5 avril 1993 prévoit une obligation pour les établissements de crédit de « *fournir une réponse et une coopération aussi complète que possible à toute demande légale que les autorités chargées de l'application des lois leur adressent* ».

225. Face à cette incertitude, certains¹⁷ ont estimé qu'en matière de témoignage devant le juge pénal, le banquier disposait d'une liberté de choisir entre témoigner ou refuser de le faire. Cette solution est, selon nous, critiquable¹⁸. Tout d'abord, le secret bancaire ne saurait être un droit pour le banquier, mais constitue une obligation à sa charge. De plus, l'intérêt public étant prépondérant dans le domaine pénal, l'intérêt privé du créancier du secret doit s'effacer devant le premier. Enfin, le refus d'admettre une dérogation au secret bancaire en matière de témoignage est contrebalancé, nous l'avons dit, par le fait que le banquier devra nécessairement se plier aux perquisitions et saisies décidées par le juge d'instruction, sans pouvoir opposer son secret. Il n'est donc pas surprenant de constater que la jurisprudence luxembourgeoise est favorable à une dérogation au secret bancaire lorsque le banquier est appelé à témoigner par le juge pénal¹⁹. Une clarification du droit en la matière serait, néanmoins, opportune.

B. La levée du secret en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux

226. Étant membre de l'Union européenne, le Luxembourg a été tenu d'intégrer, à l'image de la France, les dispositions des directives européennes successives de lutte contre le blanchiment de capitaux. C'est ainsi que, depuis la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, a été introduite en droit luxembourgeois, à la charge des

17. J. Kauffman, « Le secret professionnel du banquier en droit luxembourgeois », *Les cahiers de la BIL*, 1996, p. 17.

18. J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire : étude de droit comparé : France, Suisse, Luxembourg*, PUAM, 2006, n° 841.

19. T. arrondissement Luxembourg, 8 juin 2000, *Bull. droit et banque*, n° 31, p. 20 ; CA Luxembourg, 30 mars 2004, *Bull. droit et banque*, n° 35, p. 57.

professionnels de ce secteur, une obligation de collaboration avec le service anti-blanchiment créé au niveau du parquet de Luxembourg. Cette dérogation légale au secret bancaire a fait l'objet de plusieurs évolutions tendant à lui donner un champ d'application plus étendu.

227. Aujourd'hui, l'article 39 de la loi du 5 avril 1993 se contente de déclarer que « *les établissements de crédit et les PSF sont soumis aux obligations professionnelles suivantes telles que définies par la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme* », et notamment, « *les obligations de coopération avec les autorités conformément à l'article 5 de cette loi* ». Or, ce dernier prévoit l'obligation pour les banquiers d'« *informer sans délai, de leur propre initiative la cellule de renseignement financier du parquet auprès du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg () lorsqu'ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'un blanchiment 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* ». Il est rappelé par cet article que le secret professionnel n'est pas applicable à l'égard de la cellule de renseignement financier.

3. Secret bancaire et droit fiscal

228. Le régime juridique applicable au Luxembourg en la matière présente des similitudes avec les solutions évoquées précédemment à propos de la Suisse. En effet, si le secret bancaire s'impose (A), cela n'est qu'à l'égard des infractions mineures, une exception étant prévue par le droit à l'égard de l'escroquerie fiscale (B).

A. L'opposabilité du secret

229. Un règlement grand-ducal du 24 mars 1989 précisant le secret bancaire en matière fiscale et délimitant le droit d'investigation des administrations fiscales est venu consacrer une solution déjà dégagée par la pratique. Ainsi, aux termes de l'article 1^{er} de ce texte : « *les administrations fiscales ne sont pas autorisées à exiger des établissements financiers des renseignements individuels sur leurs*

clients, sauf dans les cas prévus par la loi du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession ». De même, pour l'article suivant, ces administrations n'ont pas « *le pouvoir de demander, à des fins de contrôles des impôts, des renseignements sur tous les comptes d'une catégorie ou d'une importance déterminée* ». Enfin, l'article 4 du règlement a inséré un article 178 bis à la loi générale des impôts disposant que le secret professionnel perdure pour les établissements de crédit et les autres professionnels du secteur financier. Le secret bancaire s'impose donc à l'administration fiscale.

B. L'exception de l'escroquerie fiscale

230. À l'image de la législation helvétique, une dérogation au secret bancaire a été admise par le législateur luxembourgeois en présence d'escroquerie fiscale. La loi du 22 décembre 1993 sur l'escroquerie en matière d'impôt a inséré une définition de l'escroquerie fiscale à l'article 396, alinéa 5, de la loi générale des impôts. Aux termes de ce dernier, « *si la fraude porte sur un montant significatif d'impôt soit en montant absolu soit en rapport avec l'impôt annuel dû et a été commise par l'emploi systématique de manœuvres frauduleuses tendant à dissimuler des faits pertinents à l'autorité ou à lui persuader des faits inexacts, elle sera punie comme escroquerie fiscale d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende ()* ». L'astuce doit donc accompagner la fraude.

231. Or, l'article 2 de la loi du 22 décembre 1993 donne compétence aux autorités judiciaires pour connaître de cette infraction. Dès lors, ces dernières bénéficiant d'une dérogation au secret bancaire²⁰, le principe doit donc être levé lorsqu'elles sont saisies d'une affaire d'escroquerie fiscale. Cela demeure impossible, en revanche, à l'égard des infractions simplement fiscales telles que la soustraction d'impôt par voie de déclaration fiscale inexacte, ou par la non-déclaration de revenus imposables.

20. V. *supra*, n° 225.

SECTION III – L'EXEMPLE MONÉGASQUE

232. Le droit monégasque demeure fort mal connu du grand public. Pourtant en droit bancaire une originalité est à relever : la convention franco-monégasque sur le contrôle des changes du 14 avril 1945 a fixé le principe de l'application à Monaco du droit bancaire français. Des échanges de lettres en date du 18 mai 1963, du 27 novembre 1987, des 6 avril et 10 mai 2001, ainsi que du 8 novembre 2005, relatifs à la réglementation bancaire dans la Principauté, en ont alors défini la portée et les modalités pratiques d'exécution. Une nouvelle modification de cette solution a d'ailleurs été opérée, récemment, par le décret n° 2010-1599 du 20 décembre 2010²¹.

233. C'est ainsi que, par principe, la législation en vigueur en France et la réglementation de caractère général prise pour son application concernant les établissements de crédit, les établissements de paiement et les établissements de monnaie électronique, sont applicables à Monaco²². L'article L. 511-33 du code monétaire et financier, prévoyant le secret bancaire, est donc concerné²³. L'article 4 du décret du 20 décembre 2010 précise simplement que l'article L. 511-33 du code monétaire et financier s'applique en tenant compte, notamment, « *des dispositions propres au droit pénal monégasque* ». Les sanctions au manquement à cette obligation sont alors prévues à l'article 308 du code pénal monégasque, c'est-à-dire un emprisonnement d'un à six mois et une amende allant de 2 250 euros à 9 000 euros.

234. Cette application du secret bancaire français en Principauté de Monaco aura alors des incidences à propos de la levée de ce dernier. Il ne sera notamment pas opposable à l'administration fiscale

21. D. n° 2010-1599, 20 déc. 2010, *JO*, 22 déc. 2010, *LEDB* 2011, n° 2, p. 7, obs. J.-M. Canac et Ph. Neau-Leduc.

22. Toutes les dispositions du code monétaire et financier ne sont cependant pas applicables à Monaco. La Principauté a ainsi son propre régime préventif de lutte contre le blanchiment d'argent, J. Lasserre Capdeville, « La lutte contre le blanchiment d'argent de capitaux en droit monégasque » *in Mélanges AEDBF-France*, Tome V, RB édition, 2008, p. 273.

23. G. Ludovissy, « Étude comparative sur le secret bancaire au Luxembourg, à Monaco et en Suisse », *Dr. et patr.* oct. 1999, p. 26 ; pour un exemple récent, CA Monaco, 30 mai 2011, *JCP E* 2011, 1673, note J. Lasserre Capdeville.

française qui pourra effectuer des investigations afin de déterminer s'il existe des relations d'affaires entre les banques monégasques et des contribuables français. Elle sera donc en droit de contrôler tout compte bancaire d'un ressortissant français. À l'égard des autres États, la Principauté a multiplié ces dernières années des accords d'échange d'information afin d'atteindre les douze exigés pour sortir de la liste grise des paradis fiscaux établie par l'OCDE en 2009²⁴. Elle en revendique aujourd'hui vingt-sept²⁵.

24. V. *infra*, n° 242.

25. N. Silbert, « Monaco, éden fiscal en quête de respectabilité », *Les Échos*, 20 juin 2013, p. 13.

CHAPITRE 2

Les incidences du secret bancaire en matière de coopération

235. Le principe de souveraineté des États fait obstacle à ce que la juridiction saisie d'une action civile, pénale ou fiscale puisse exercer ses attributions sur un territoire étranger. Néanmoins, les législations ont progressivement écarté ce principe en recourant à des textes ou des accords permettant l'entraide civile, pénale ou fiscale entre plusieurs États.

236. Mais le secret bancaire n'est-il pas de nature à constituer un obstacle à une telle entraide ? Nous verrons, à la vue de l'entraide pénale (§1) et fiscale (§2), que la réponse à cette interrogation varie selon les circonstances et connaît, depuis quelques années, de profondes évolutions tendant à limiter de plus en plus les incidences du secret bancaire en la matière.

SECTION 1 – EN MATIÈRE D'ENTRAIDE PÉNALE

237. Nous resterons ici relativement succincts, car c'est plutôt en matière fiscale que le droit connaît d'importantes évolutions. Par principe, les conventions internationales d'entraide judiciaire (et

notamment la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000), les accords bilatéraux d'entraide judiciaire en matière pénale, comme les lois nationales régissant l'entraide judiciaire ne font pas du secret bancaire une limite à l'entraide. Cela n'est guère surprenant puisque, nous l'avons observé, le secret bancaire n'est pas opposable au juge pénal dans la plupart des États, et même ceux qui sont réputés pour leur discrétion.

238. Prenons l'exemple de la Suisse. La loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) du 20 mars 1981, complétée par l'ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale du 24 février 1982, prévoit une entraide en matière pénale relativement étendue du moment que nous sommes bien en présence d'une infraction pénale au sens du droit helvétique. Or, faute de disposition allant en ce sens, le secret bancaire n'est pas opposable, en principe, en la matière. Au contraire, la jurisprudence du Tribunal fédéral estime que le principe ne saurait s'opposer à la transmission d'informations, lorsque les conditions légales de l'entraide sont remplies. La loi nationale d'entraide judiciaire luxembourgeoise du 8 août 2000 ne prévoit pas non plus la possibilité d'opposer le secret bancaire pour refuser une demande d'entraide.

239. Cependant, ce principe connaît parfois une limite avec les infractions fiscales. En effet, si les conventions internationales ont instauré, progressivement, l'obligation de coopérer en matière pénale en présence d'infractions fiscales, certains États, comme la Suisse et le Luxembourg, refusent toujours l'entraide à défaut de caractérisation d'une escroquerie fiscale, seule cette dernière pouvant donner lieu, aux termes de leurs droits nationaux, à une levée du secret bancaire. Prenons à nouveau l'exemple de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) du 20 mars 1981. Elle déclare par son article 3, alinéa 3, irrecevable toute demande étrangère dans une « *procédure qui vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politiques monétaire, commerciale ou économique* ». Le secret bancaire demeure opposable dans ce cas car nous ne sommes pas en présence d'infraction de nature pénale, mais fiscale. Cependant, elle reconnaît une dérogation à ce principe en précisant *in fine* qu'il « *peut être donné suite à une demande d'entraide au sens*

de la troisième partie de la loi si la procédure vise une escroquerie en matière fiscale ». Une solution analogue se retrouve avec le Grand-Duché de Luxembourg²⁶.

240. Cette situation légale ne devrait cependant pas rester en l'état en raison des évolutions récentes du droit régissant l'entraide fiscale que nous observerons plus loin. Prenons le cas de la Suisse, afin d'éviter que le régime applicable en matière d'entraide judiciaire ne soit entaché de contradictions avec celui applicable en matière fiscale, le Conseil fédéral entend étendre l'entraide judiciaire par le biais d'une modification de la loi sur l'entraide pénale internationale et la reprise des protocoles additionnels pertinents du Conseil de l'Europe. Le 20 février 2013, le Conseil fédéral a ainsi décidé de renvoyer le projet afin de le coordonner avec la révision du droit pénal fiscal et la mise en œuvre des dernières recommandations du GAFI sur la lutte contre le blanchiment d'argent.

SECTION 2 – EN MATIÈRE D'ENTRAIDE FISCALE

241. L'entraide fiscale est, pour mémoire, une coopération entre administrations fiscales de deux ou plusieurs États en vue de permettre une application correcte des dispositions régissant l'assiette, le contrôle et le recouvrement des impôts de chacun des États intéressés. L'échange de renseignements est alors l'un des aspects de cette assistance administrative. Or, cet échange d'informations a connu d'importantes évolutions ces dernières, notamment entre la France et différents États réputés pour la rigueur de leur secret bancaire. Il en a été tout particulièrement ainsi avec la Confédération helvétique.

242. Il est bien connu que la Suisse a toujours fait preuve d'une rigueur extrême en la matière²⁷, la soustraction fiscale demeurant, jusqu'à une date récente, protégée par le secret bancaire. Dès lors,

26. J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, PUAM, 2006, n° 979 et s.

27. X. Oberson, « Coordination entre l'Union européenne et la Suisse de l'imposition des revenus de l'épargne », in *Journée 2001 de droit bancaire et financier*, Stämpfli, 2002, p. 48.

le droit applicable était de nature à faciliter, voire à encourager, cette même soustraction fiscale. Le secret bancaire suisse restait-il par conséquent défendable alors qu'il offrait, par son opposabilité, une protection au contribuable désireux de soustraire des actifs de son patrimoine à l'imposition ? Le G20 réuni à Londres en avril 2009 a clairement répondu à cette question par la négative en manifestant son intention de lutter contre les paradis bancaires et fiscaux. À la veille du sommet, l'OCDE publia trois listes classant les pays selon leur degré de coopération en matière d'échange d'informations dans le domaine fiscal :

- une liste noire regroupant des juridictions non coopératives en matière d'échange d'informations en matière fiscale. Cette liste comptait quatre pays (Costa-Rica, Malaisie, Philippines et Uruguay) ;
- une liste grise des pays s'étant engagés à respecter les standards internationaux mais n'ayant pas encore signé douze accords de coopération entre les autorités fiscales d'autres pays. Dans cette catégorie, une distinction était faite entre trente États réputés paradis fiscaux (dont Andorre, le Liechtenstein, Monaco et Saint-Marin) et huit « *autres centres financiers* » (dont l'Autriche, la Belgique, la Suisse et le Luxembourg) ;
- une liste blanche regroupant les pays qui respectent les standards de l'OCDE ou qui ont au moins signé douze accords de coopération entre les autorités fiscales (dont la France et l'Allemagne).

243. Dès lors, pour quitter cette liste grise, la Suisse s'est engagée, dès le 13 mars 2009, à reprendre les standards de l'OCDE relatifs à l'assistance administrative en matière fiscale, et plus particulièrement l'article 26 du Modèle de convention de l'OCDE prévoyant l'échange d'informations fiscales sur demande. Un avenant à la convention franco-suisse de double imposition fut alors signé le 27 août 2009²⁸. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011²⁹.

28. J. Lasserre Capdeville, « Secret bancaire suisse et entraide internationale : Euredia », *REDBF*, 2010, n° 3, p. 356.

29. De même, la France et le Luxembourg ont signé le 3 juin 2009 un avenant à la convention franco-luxembourgeoise de doubles impositions ; sur ce texte, F. Bordas, « Devoirs professionnels des établissements de crédit. Secret bancaire », J.-Cl. BCB, 2010, n° 18.

244. Selon l'article 7 de cet avenant, modifiant l'article 28 de la convention de double imposition : « *Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature* ».

245. Si la suite de l'article 28 de la convention reprend les dispositions « classiques » relatives à l'utilisation des informations transmises, au champ des renseignements ou aux obligations de l'État requis, son 5°, tel qu'il résulte de l'article 7 de l'avenant, revêt un intérêt particulier. En effet, il prévoit qu'« *en aucun cas les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un État contractant de refuser de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci sont détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne* ». En résumé, ce texte interdit à la Suisse de refuser de communiquer des renseignements en invoquant son secret bancaire.

246. En conséquence, et c'est à souligner, la distinction entre escroquerie fiscale et soustraction fiscale disparaît ainsi pour les non-résidents d'origine française : l'échange d'informations peut être réalisé dans tous ces cas et le secret bancaire ne saurait être opposé. Nous voilà en présence d'un véritable changement de paradigme. La loi sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (LAAF), entrée en vigueur le 1^{er} février 2013, est venue régler au plan interne les compétences, la procédure et les voies de droit³⁰.

247. De multiples conditions sont toutefois exigées pour que l'échange de renseignements prévu par l'article 28 de la convention puisse être mis en œuvre. Il implique, tout d'abord, une demande. Selon l'article 10 de l'avenant, en effet, les États contractants ne sont pas tenus de procéder à un échange de renseignements spontané ou automatique. De plus, le texte ne s'applique qu'aux demandes d'échanges de renseignements concernant les années 2010 et

30. A. Rappo, « Les conditions d'assistance administrative internationale en matière fiscale selon la LAAF », *RDAF* 2013, n° 1-2, p. 2.

suivantes ou les exercices commençant à compter du 1^{er} janvier 2010³¹. Elle n'a pas d'effet rétroactif. En outre, et surtout, cet échange ne permet pas aux États contractants d'aller à la pêche aux renseignements (*fishing expeditions*). En effet, selon l'article 10 de l'avenant, « *la référence aux renseignements «vraisemblablement pertinents» a pour but d'assurer un échange de renseignements en matière fiscale qui soit le plus large possible sans qu'il soit pour autant possible aux États contractants «d'aller à la pêche aux renseignements»* ». L'État requérant devra donc avoir déjà un certain nombre d'informations concernant le contribuable faisant l'objet de la demande. Il n'est pas possible à l'administration fiscale française de faire une demande au hasard auprès de tous les établissements de crédit afin de savoir, par exemple, si une personne déterminée est titulaire d'un compte en banque ou encore d'exiger de manière systématique une liste de tous les contribuables français détenant des comptes au sein d'un établissement³². Enfin, l'article 28 modifié vise uniquement les « *renseignements vraisemblablement pertinents* ». Il est donc nécessaire que les données en question soient manifestement utiles pour élucider les affaires fiscales d'un contribuable. La levée du secret bancaire est donc loin d'être illimitée.

248. Nous pourrions penser, à la vue de l'évolution précitée, que l'entraide fiscale est désormais pleinement effective entre la France et la Suisse. Or, force est de constater que, les demandes d'entraide avec la Suisse n'ont pas donné, jusqu'ici, les résultats escomptés. C'est ainsi que le 17 avril 2013, auditionné par la Commission des finances de l'Assemblée nationale, le ministre chargé de l'Économie a déclaré que 429 demandes d'entraide administrative auraient été adressées à la Suisse (sans préciser sur quelle période), et que seules 29 réponses auraient été données par Confédération helvétique ! Ce chiffre est particulièrement faible.

31. Art. 11, 2° et 3°, de l'avenant.

32. De multiples questions se posent encore en la matière, et notamment concernant la nécessité de connaître le nom de la banque, Rolf H. Weber, « Le secret bancaire face à l'administration fiscale en droit suisse », *RLDA* 2010, n° 49, p. 78.

CONCLUSION

DE LA DEUXIÈME PARTIE

249. Si l'on s'intéresse au secret bancaire d'un point de vue international, on perçoit immédiatement que ce dernier est en train de voir son encadrement légal et conventionnel être totalement bouleversé. L'exemple de la Suisse est alors particulièrement probant. La fin annoncée de la distinction entre escroquerie fiscale et soustraction fiscale à l'égard des déposants de fonds français est importante. Elle demeurerait d'ailleurs difficilement envisageable jusqu'à une date récente. On ne peut dès lors que se féliciter de tels progrès textuels, même si, nous l'avons vu, ils n'ont pas donné lieu – pour l'heure – aux résultats attendus.

250. L'évolution n'est cependant pas terminée. L'échange automatique de renseignements devrait ainsi faire progressivement son apparition et se développer. Songeons à la législation américaine du *Foreign Account Tax Compliance Act*, plus connu sous l'appellation FATCA¹. Lorsqu'il entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2014², ce texte imposera aux institutions financières internationales la transmission au fisc américain d'informations sur les ressortissants américains figurant dans leur clientèle. Les banques qui refuseront de collaborer seront passibles d'une taxe à la source de 30 % sur tous les virements en provenance des États-Unis.

-
1. Ce texte a été signé par la Suisse. F. Therin, « Évasion fiscale : Berne cède à Washington », *Les Échos*, 30 mai 2013, p. 10.
 2. « Évasion fiscale : les États-Unis accordent encore un délai aux banques étrangères », *Les Échos*, 15 juill. 2013, p. 24.

251. On peut alors imaginer l'adoption d'un texte comparable au sein de l'Union européenne, voire au-delà. C'est ainsi que le 9 avril 2013, le ministre français chargé de l'Économie et des Finances et ses homologues britannique, allemand, espagnol et italien ont fait part, au Commissaire européen en charge de la fiscalité, de leur souhait commun d'instaurer un projet multilatéral d'échange de renseignements inspiré de la législation américaine FATCA et de voir ce type d'échanges s'étendre aux autres États membres³. De même, le 20 juillet 2013, l'OCDE a présenté aux ministres des finances du G20 une proposition destinée à renforcer la coopération fiscale internationale et la transparence en encourageant l'échange automatique de renseignements⁴.

252. Les efforts des « paradis bancaires » ne sont donc pas terminés. C'est ainsi, par exemple, que le 15 octobre 2013, la Suisse est devenue le 58^e pays à signer la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale⁵. Or, cette convention prévoit toutes les formes d'assistance mutuelle (échange sur demande, échange spontané, etc.) tout en offrant la possibilité d'effectuer un échange automatique de renseignements, sous réserve de l'accord des Parties intéressées par cette forme d'assistance. Ainsi, la Suisse adhère désormais à un instrument qui permettra, en temps voulu, de rejoindre les juridictions acceptant d'échanger automatiquement des informations financières. Le Luxembourg a, quant à lui, signé la Convention il y a quelques mois⁶. Le premier ministre du Grand-Duché a en outre confirmé récemment, en évoquant la directive européenne sur les revenus de l'épargne, que son pays était prêt à lever le secret bancaire en adoptant l'échange automatique d'information à partir du 1^{er} janvier 2015⁷.

3. F. Perrotin, « Lutte contre la fraude fiscale : vers un FATCA européen ? », *Les Petites affiches*, 22 mai 2013, n° 102, p. 4 ; A. Bauer et R. Honoré, « Le secret bancaire dans la ligne de mise de Paris, Berlin et Londres », *Les Échos*, 10 avr. 2013, p. 27.

4. N. Richaud, « Coopération fiscale : l'OCDE précise son plan d'action », *Les Échos*, 4 juill. 2013, p. 28.

5. F. Thérin, « Suisse : ce que va changer la fin programmée du secret bancaire », *Les Échos*, 16 oct. 2013, p. 28.

6. R. Hiault, « Fraude fiscale : le Luxembourg et l'Autriche rejoignent la lutte », *Les Échos*, 30 mai 2013, p. 10.

7. C. Chatignoux, « Le Luxembourg a fini par céder sur son secret bancaire », *Les Échos*, 11 avr. 2013, p. 6.

253. En résumé, l'évolution est « en marche ». Nous devrions assister, progressivement, à une uniformisation du régime des secrets bancaires, notamment en Europe. Néanmoins, celle-ci ne devrait être pleinement effective qu'à moyens termes. Quelques années de patience seront ainsi encore nécessaires.

BIBLIOGRAPHIE DE L'AUTEUR

Comme auteur

L'année de droit pénal et de procédure pénale 2012 – Textes, jurisprudence, commentaires, collection Axe Droit, Lamy, 2013, 282 p.

Droit de la régulation bancaire, en co-écriture avec Jean-Philippe Kovar, professeur de droit public. Préface de Christian Noyer Gouverneur de la Banque de France, Revue Banque édition, 2012, 350 p.

L'année de droit pénal et de procédure pénale 2011 – Textes, jurisprudence, commentaires, collection Axe Droit, Lamy, 2012, 244 p.

Abus de biens sociaux et banqueroute, L'Extenso, 2010, 227 p.

La lutte contre le blanchiment d'argent, L'Harmattan, 2006, 80 p.

Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg), préface du professeur Philippe Conte (Paris II), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, 866 p.

Comme directeur scientifique

Finance et éthique (avec C. Cutajar et Michel Storck), collection Axe Droit, Lamy, 2013.

Le crédit – Aspects juridiques et économiques (avec Michel Storck), collection Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012.

Pratique des affaires – Les atouts du droit français (avec Régis Blazy et Michel Storck), collection Axe Droit, Lamy, 2010.

Comme commentateur

Code monétaire et financier, Travail réalisé avec Michel Storck, Dalloz.

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire	9
<hr/>	
Introduction.....	13
<hr/>	

Première partie

**APPROCHE NATIONALE
DU SECRET BANCAIRE**

Chapitre 1	
Le principe du secret bancaire	23
<hr/>	
SECTION 1 – LE CHAMP D’APPLICATION DU PRINCIPE.....	23
1. Les débiteurs du secret bancaire	23
A. Présentation générale.....	24
B. Durée du respect du secret bancaire.....	25
C. Interrogations à propos des filiales et succursales d’établissements de crédit.....	26
1. En cas de filiale	26
2. En cas de succursale.....	27
2. Les créanciers du secret bancaire.....	28
A. Les clients de la banque	28
B. Les tiers à la banque	29
C. La banque elle-même ?	33

3. Les informations couvertes par le secret bancaire..... 33

 A. Une information confiée, constatée, déduite ou apprise de tiers 34

 B. Une information reçue à titre professionnel..... 34

 C. Une information ignorée du public..... 35

 D. Une information précise..... 35

 E. L'incidence de la volonté du maître du secret 37

SECTION 2 – LES EFFETS DU SECRET BANCAIRE..... 37

1. L'opposabilité du secret bancaire aux tiers..... 38

 A. Le cas des actionnaires/associés 38

 B. Le cas des anciens dirigeants 39

 C. Le cas des créanciers 39

 D. Le cas du conjoint ou de l'ancien conjoint..... 40

 E. Le cas du juge civil ou commercial 40

 1. Banquier partie à l'instance..... 41

 2. Banquier tiers à l'instance..... 41

2. Les sanctions de la violation du secret bancaire 42

 A. La responsabilité civile 42

 1. À l'égard des clients de la banque..... 43

 2. À l'égard des tiers de la banque 43

 B. La responsabilité pénale 44

 1. Le délit de violation du secret bancaire..... 44

 2. Les sanctions encourues..... 45

 3. Rareté des condamnations 46

 C. Les sanctions disciplinaires 47

Chapitre 2

Les exceptions au secret bancaire 49

SECTION 1 – LES DÉROGATIONS TENDANT
À LA PRÉSERVATION D'INTÉRÊTS PRIVÉS..... 50

1. L'entourage du bénéficiaire du secret 50

 A. L'autorisation du bénéficiaire 50

 B. L'héritier du bénéficiaire..... 51

 C. Le représentant du bénéficiaire 54

 1. Le bénéficiaire mineur..... 54

 2. Le bénéficiaire majeur protégé 55

 3. Le bénéficiaire personne morale..... 58

2. En cas de cautionnement.....	59
3. En cas d'entreprises en difficulté	61
A. La procédure de conciliation.....	61
B. Les procédures collectives.....	61
1. Le juge-commissaire	61
2. L'administrateur judiciaire.....	62
3. Le liquidateur judiciaire	63
4. Le commissaire à l'exécution du plan.....	63
4. En cas de saisie-attribution.....	63
5. En cas de surendettement	65
6. En cas de divorce	67
7. Les exceptions en faveur de la banque	67
A. Les exceptions légales.....	67
B. Les exceptions jurisprudentielles	69
SECTION 2 – LES DÉROGATIONS TENDANT	
À LA PRÉSERVATION DE L'INTÉRÊT PUBLIC.....	70
1. Les autorités de contrôle en matières bancaire et financière	70
A. Concernant l'ACPR	71
B. Concernant l'AMF	73
2. L'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale	74
3. L'organisme de lutte contre le blanchiment d'argent	
et le financement du terrorisme.....	76
A. Les différents cas de déclaration	77
1. La déclaration de soupçon	77
2. La déclaration systématique	78
B. Le cas particulier de la fraude fiscale	79
1. Le principe général.....	79
2. Les critères exigés.....	80
4. Les organismes de Sécurité sociale.....	81
5. L'administration des douanes	81
6. L'administration fiscale	82
A. Le droit de communication.....	82
B. Les déclarations obligatoires.....	83
1. Les déclarations spontanées.....	84
2. Les déclarations sur demande.....	84
Conclusion de la première partie	87

Deuxième partie

**APPROCHE
INTERNATIONALE
DU SECRET BANCAIRE**

Chapitre 1

Le secret bancaire en droit comparé 93

SECTION 1 – L’EXEMPLE SUISSE..... 93

1. Présentation générale du principe 94

2. Quelques dérogations notables 95

A. La levée du secret en cas de procédure pénale..... 95

B. La levée du secret en matière de lutte
contre le blanchiment de capitaux..... 96

3. Secret bancaire et droit fiscal 98

A. Les principales infractions fiscales suisses 98

B. L’opposabilité variable du secret bancaire helvétique 100

SECTION 2 – L’EXEMPLE LUXEMBOURGEOIS 102

1. Présentation générale du principe 102

2. Quelques dérogations notables 104

A. La levée du secret en cas de procédure pénale 104

B. La levée du secret en matière de lutte
contre le blanchiment de capitaux..... 105

3. Secret bancaire et droit fiscal 106

A. L’opposabilité du secret..... 106

B. L’exception de l’escroquerie fiscale 107

SECTION III – L’EXEMPLE MONÉGASQUE..... 108

Chapitre 2

**Les incidences du secret bancaire
en matière de coopération 111**

SECTION 1 – EN MATIÈRE D’ENTRAIDE PÉNALE..... 111

SECTION 2 – EN MATIÈRE D’ENTRAIDE FISCALE 113

Conclusion de la deuxième partie 117

Bibliographie de l’auteur..... 121

J. Lasserre Capdeville

est maître de conférences HDR à l'Université de Strasbourg. Il est spécialiste de droit bancaire et de droit pénal, et l'auteur de nombreuses publications. Il tient notamment la chronique « Droit pénal bancaire » de la revue *Banque & Droit*, la chronique « Droit de la régulation bancaire » de la *Revue Banque* (avec Jean-Philippe Kovar) et est co-directeur scientifique de la revue *L'Essentiel Droit bancaire*.

Régulièrement mis en cause dans les médias, le secret bancaire demeure assez mal connu du grand public. Est-il vraiment un paravent juridique dénoncé permettant de laisser libre cours aux opérations illicites, plus spécifiquement en matière fiscale ? Assurément non.

Le secret bancaire constitue avant tout le socle de la relation de confiance unissant le client à son banquier. Il n'est donc pas réservé aux seuls « paradis bancaires ».

En droit français le secret bancaire est effectif sans être absolu puisqu'il peut être levé dans un certain nombre de cas expressément prévus, dès lors qu'il s'agit de protéger d'autres intérêts privés (cautionnement, surendettement, etc.) ou plus généralement l'intérêt public (justice pénale, lutte contre le blanchiment d'argent, etc.).

Mais qu'en est-il des territoires réputés pour leur discrétion bancaire, tels que la Suisse, le Luxembourg ou Monaco ? Le secret bancaire y demeure-t-il toujours opposable aux tiers ? Alors que la communauté internationale affiche sa volonté de lutter efficacement contre les paradis fiscaux, comment leurs secrets bancaires évoluent-ils ? Quelles en sont les conséquences en matière d'entraide fiscale ?

Loin des débats partisans, cet *Essentiel* offre au lecteur une synthèse rigoureuse et claire des fondements juridiques, de la portée et des limites du secret bancaire français, mais également de ses homologues suisse, luxembourgeois et monégasque ainsi que leurs incidences en matière d'entraide pénale et fiscale.

20,50 €

ISBN : 978-2-86325-623-7

Code Géodif : G70728

