

**Université Paris II- Panthéon-Assas**

**Ecole doctorale de Droit Privé**

Thèse de doctorat en Droit privé  
soutenue le 21 janvier 2022

**Le secret bancaire : une institution en déclin**



**UNIVERSITÉ PARIS II**  
PANTHÉON-ASSAS

**Auteur : EL MIR Jalal**

**Sous la direction du Professeur Antoine Gaudemet**

**Membres du jury : M. Le Professeur Thierry Bonneau**

**M. Le Professeur Jérôme Lasserre Capdeville**

**Mme. La Professeur Juliette Morel Maroger**



## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À mon père, mon inspiration*  
*À la vie privée et le bien-être de l'Homme*

## Remerciements

*Je tiens à remercier mes parents pour leur inspiration, ma sœur et mon frère pour leur support sans limites, à ma bien-aimée épouse pour son encouragement et motivation sans répit, et mes deux fils pour leur patience, et surtout à mon directeur de thèse le Professeur Antoine Gaudemet pour sa disponibilité constante et ses précieux conseils.*

***Résumé (1700 caractères) :***

Le secret bancaire, ou le secret professionnel du banquier, est l'obligation de l'établissement de crédit de tenir confidentielle, toutes les informations relatives aux soldes, opérations, et à l'identité de son client. Issu du devoir de confidentialité du banquier envers son client, il engendre aussi une valeur économique d'où son institutionnalisation économique comme moyen d'attirer les capitaux.

Face à des pratiques abusives de dissimulation dans les réseaux bancaires, des fonds monétaires provenant de trafic de stupéfiants, de blanchiment de capitaux ou en dernier ressort de financement de terrorisme, son champ d'application s'est vu restreint par des lois lui imposant des exceptions pour ajuster son application, et menant de ce fait à l'institutionnalisation juridique de la notion.

Après la crise financière mondiale de 2008, son domaine d'application se retrouve envahi par une vague de la transparence dans le monde des affaires. La notion juridique du secret bancaire qui s'était institutionnalisée se retrouve en déclin par des mouvements juridiques consécutifs de neutralisation de ses effets.

Mais, son intérêt juridique demeure primordial, et sa valeur subsiste du fait de son rattachement au droit fondamental de respect de la vie privée, mais aussi pour son intérêt dans la confirmation de la confiance dans l'industrie bancaire, consacrant la notion du secret bancaire comme une valeur juridique et une nécessité.

***Descripteurs :***

Secret bancaire, vie privée, confidentialité, transparence, loi d'application extraterritoriale, RGPD, fait du prince étranger, FATCA

***Title and Abstract (1700 characters):***

Banking secrecy, or the professional secrecy of the banker, is the obligation of the banks to keep confidential all information relating to balances, transactions, and the identity of its client. A derivative from the banker's duty of confidentiality towards his client, it also generates economic value, hence its economic institutionalization as a mean of attracting capital.

Facing abusive practices of concealment in banking networks, of funds resulting from drug trafficking, money laundering or as a last resort the financing of terrorism, its scope has been restricted by laws imposing exceptions to adjust its application, and thereby leading to the legal institutionalization of the concept of bank secrecy.

After the global financial crisis of 2008, its scope is vastly impacted and reduced by the wave of transparency in business environment. The legal notion of bank secrecy, which became institutionalized, is in decline due to the consecutive legal acts of neutralizing its effects.

Nonetheless, its legal interest remains vital, and its value lays on the fact of its attachment to the fundamental right of respect for private life. Also, for its interest in the confirmation of confidence in the banking industry, enshrining the concept of banking secrecy, as a legal value and a necessity.

***Keywords:***

Bank secrecy, privacy, confidentiality, transparency, extraterritorial law, GDPR, act of foreign sovereignty, FATCA

## ***Principales abréviations***

ACPR : Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

AEDBF : Association Européenne de droit bancaire et financier

Aff. : Affaire

AJDA : Revue L'actualité juridique du droit administratif.

AJDI : Revue L'actualité juridique du droit immobilier.

AJ Fam. : Revue L'actualité juridique du droit de la famille.

AMF : Autorité des marchés financiers.

AN : Assemblée Nationale française

ATF : Recueil officiel des arrêts du tribunal fédéral suisse

BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation.

BTL : Bulletin des transports et de la logistique.

Bull. civ. Bulletin civil de la Cour de cassation.

Bull. Crim. : Bulletin criminel de la Cour de cassation.

Bull. J.B.: Bulletin Joly Bourse.

CA : Cour d'appel.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup> (2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup>) : Cour de cassation, première (deuxième, troisième) chambre civile.

Cass. Com. : Cour de cassation, chambre commerciale.

Cass. Crim. : Cour de cassation, chambre criminelle.

Cass. Req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation.

Cass. Soc. : Cour de cassation, chambre sociale.

C. Cass. : Cour de cassation.

CCE : Commission des communautés européennes.

C. civ. : Code civil.

C. com. : Code de commerce.

CE : Conseil d'État.

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme.

CES : Conseil économique et social.

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes.

C. monét. fin. : Code monétaire et financier.

CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés.

COB : Commission des opérations de bourse.  
COC : Code (libanais) des obligations et des contrats.  
C. Cons. : Code de la Consommation  
C. Pén. : Code pénal.  
CRD IV : *Capital Requirements Directive*.  
CSI : Commission spéciale d'investigation.  
CSP : Code de la santé publique.  
D. : Recueil Dalloz.  
DFF : Département fédéral des finances de Suisse.  
DH : Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941).  
DP : Dalloz périodique.  
EDH : Convention européenne des droits de l'homme  
FATCA : *Foreign Account Tax Compliance Act* : la loi fiscale sur la déclaration des avoirs américains investis à l'étranger.  
Gaz. Pal. : Gazette du Palais.  
IRS : *Internal Revenue Service* : l'agence gouvernementale fédérale chargée de la collecte de l'impôt aux États-Unis.  
JA : Revue Juris Associations.  
JCBCB : Juris Classeur Banque, crédit et bourse.  
JCP : Juris Classeur périodique.  
JCPE : Juris Classeur périodique, édition Entreprise.  
JCPG : Juris Classeur périodique, édition générale.  
JO (JORF) : Journal officiel.  
JOCE : Journal officiel des communautés européennes.  
JOUÉ : Journal officiel des communautés européennes.  
JT : Journal des tribunaux.  
LEDB : L'Essentiel : Droit bancaire.  
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence.  
LPA : Revue Les Petites affiches.  
LPF : Livre des procédures fiscales.  
LQJ : Le quotidien juridique.  
LSJEG : Hebdomadaire La Semaine juridique – Édition générale.  
OCDE : Organisation (internationale) de coopération et de développement économiques.



Pan. DA : Panorama du droit administratif.  
PIBD : Propriété intellectuelle – Bulletin documentaire.  
RB : Revue Banque.  
RBD : Revue Banque et Droit.  
RCCC : Revue Contrats, concurrence, consommation.  
RDB : Revue du droit bancaire.  
RDBB : Revue de droit bancaire et de la bourse.  
RDBF : Revue de droit bancaire et financier.  
RDC : Revue des contrats.  
RDP : Revue de droit pénal.  
RDPAT : Revue Droit et patrimoine.  
RDPRO : Revue Droit et Procédures.  
RDS : Revue Droit des sociétés.  
RDT : Revue de droit du travail.  
RDSS : Revue de droit sanitaire et social.  
Rep. Com. D. : Répertoire de droit commercial – Dalloz.  
RFDA : Revue française de Droit administratif - Dalloz  
RFAP : Revue française d'administration publique  
RGPD : Règlement Général de la protection des données  
RIDC : Revue internationale de droit comparé.  
RJC : Revue de jurisprudence commerciale.  
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires.  
RJPF : Revue juridique Personnes et Famille.  
RLDA : Revue Lamy – Droit des affaires.  
RLC : Revue Loyers et copropriété.  
RP : Revue Procédures.  
RSC : Revue de science criminelle et de droit comparé.  
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial (Sirey).  
RTD civ : Revue trimestrielle de droit civil (Sirey).  
S. : Recueil Sirey.  
Somm. : Sommaires de jurisprudence.  
T. com. : Tribunal de commerce.  
T. civ. : Tribunal civil.

T. corr. : Tribunal correctionnel.

TFUE : Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), aussi appelé traité de Rome du 25 mars 1957.

TGI : Tribunal de grande instance.

UBS : Union des banques suisses.

## Table des matières

|   |           |
|---|-----------|
| Le secret bancaire : une institution en déclin.....                                 | 1         |
| <b><i>Avant-propos</i></b> .....  | <b>17</b> |
| <b><i>Introduction</i></b> .....  | <b>20</b> |
| <b>A. La définition du secret bancaire</b> .....                                    | <b>25</b> |
| <b>B. Les origines du secret bancaire</b> .....                                     | <b>29</b> |
| <b>C. Les intérêts du secret bancaire</b> .....                                     | <b>32</b> |
| a. L'intérêt personnel .....  | 32        |
| b. L'intérêt économique.....  | 33        |
| <b>D. Les limites au secret bancaire</b> .....                                      | <b>35</b> |
| a. Les limites pour un intérêt privé .....  | 37        |
| b. Les limites pour un intérêt public .....   | 38        |
| <b>E. L'état actuel du secret bancaire</b> .....                                    | <b>40</b> |
| <b><i>PREMIERE PARTIE : L'INSTITUTIONNALISATION DU SECRET BANCAIRE</i></b><br>..... | <b>45</b> |
| <b>Titre premier : Les applications du secret bancaire</b> .....                    | <b>46</b> |
| <b>Chapitre I : La notion juridique de secret bancaire</b> .....                    | <b>46</b> |
| <b>Section 1 : Les éléments de l'obligation au secret bancaire</b> .....            | <b>47</b> |
| Sous-section 1 : Le débiteur de l'obligation .....                                  | 48        |
| A. L'institution financière : la personne morale .....                              | 50        |
| a. L'établissement de crédit .....  | 50        |
| b. Les établissements pratiquant des activités connexes.....                        | 52        |
| c. Le cas des établissements de technologie financière ( <i>FinTech</i> ).....      | 54        |
| B. Les établissements de crédit faisant partie d'un groupe de sociétés .....        | 56        |
| a. La société Holding .....   | 57        |
| b. La société filiale ou succursale .....   | 59        |
| C. Le personnel des établissements de crédit .....                                  | 60        |
| a. Le directeur.....  | 61        |
| b. Les employés .....   | 62        |
| c. Les lanceurs d'alerte .....  | 64        |
| D. Les cocontractants.....  | 66        |
| Sous-section 2 : Le créancier de l'obligation.....                                  | 69        |
| A. La personne physique.....  | 71        |

|   |            |
|---|------------|
| a. La personne mandatée .....   | 72         |
| b. Le mineur .....  | 74         |
| c. Le majeur protégé .....  | 75         |
| B. La personne morale .....   | 76         |
| Sous-section 3 : L'objet de l'obligation .....  | 78         |
| A. Les informations protégées .....   | 78         |
| a. Les informations de nature confidentielle .....  | 80         |
| b. Les informations reçus dans l'exercice ou à l'occasion de l'activité professionnelle ..... | 83         |
| c. Les exemples d'informations confidentielles .....  | 85         |
| B. Les informations non-protégées .....   | 92         |
| C. Le régime des informations protégées sous le RGPD .....                                    | 94         |
| D. Les formes des informations couvertes par le secret bancaire .....                         | 98         |
| a. Forme tangible .....   | 100        |
| b. Forme électronique .....   | 101        |
| <b>Section 2 : Nature juridique de l'obligation au secret bancaire .....</b>                  | <b>103</b> |
| Sous-Section 1 : Comparaison avec des notions voisines .....                                  | 104        |
| A. Le secret professionnel .....  | 104        |
| a. Définition .....   | 104        |
| b. Les éléments de similitude .....   | 105        |
| c. Les éléments de distinction .....  | 106        |
| B. Le secret des affaires .....   | 107        |
| a. Définition .....   | 108        |
| b. Les éléments de similitude .....   | 111        |
| c. Les éléments de distinction .....  | 111        |
| C. Le rattachement à la notion de vie privée .....  | 112        |
| Sous-section 2 : La spécificité du secret bancaire .....                                      | 117        |
| A. L'objet du secret bancaire : les informations pécuniaires .....                            | 118        |
| B. La profession du banquier .....  | 123        |
| C. La synthèse .....  | 127        |
| <b>Section 3 : Le fondement juridique .....</b>   | <b>129</b> |
| Sous-section 1 : L'obligation extracontractuelle .....  | 131        |
| Sous-section 2 : L'obligation contractuelle .....   | 135        |
| A. La clause contractuelle tacite ou sous-entendue .....                                      | 135        |
| B. La clause contractuelle expresse .....   | 138        |
| C. La synthèse .....  | 140        |
| Sous-section 3 : L'obligation légale .....  | 141        |
| <b>Chapitre II : Les effets juridiques du secret bancaire .....</b>                           | <b>143</b> |
| <b>Section 1 : La portée de l'obligation au secret bancaire .....</b>                         | <b>144</b> |
| Sous-section 1 : Le secret bancaire relatif .....   | 145        |

|   |            |
|---|------------|
| Sous-section 2 : Le secret bancaire absolu.....   | 147        |
| <b>Section 2 : Les formes de l'obligation au secret bancaire .....</b>                  | <b>150</b> |
| Sous-section 1 : L'obligation de la confidentialité .....                               | 151        |
| Sous-section 2 : Le devoir de la discrétion .....                                       | 153        |
| Sous-section 3 : Le devoir de silence.....  | 156        |
| Sous-section 4 : Le droit de refuser la communication aux tiers.....                    | 158        |
| <b>Titre Deuxième : Les exceptions à l'obligation au secret bancaire.....</b>           | <b>161</b> |
| <b>Chapitre I : Les exceptions pour des motifs d'ordre privé .....</b>                  | <b>164</b> |
| <b>Section 1 : L'intérêt du créancier du secret bancaire .....</b>                      | <b>164</b> |
| Sous-section 1 : La forme du consentement du client .....                               | 165        |
| A. Un consentement exprès .....   | 166        |
| B. Un consentement non-général.....   | 168        |
| Sous-section 2 : Le client sujet de l'autorisation .....                                | 169        |
| <b>Section 2 : L'intérêt du banquier débiteur du secret bancaire.....</b>               | <b>172</b> |
| <b>Section 3 : l'intérêt de tierces personnes .....</b>                                 | <b>175</b> |
| Sous-section 1 : Cas du conjoint en procédure de divorce .....                          | 175        |
| Sous-section 2 : Cas de la caution du client de la banque .....                         | 178        |
| Sous-section 3 : Cas de la demande émanant des autorités judiciaires.....               | 179        |
| A. Juge pénal .....   | 180        |
| B. Juge civil.....  | 182        |
| <b>Chapitre II : Les exceptions pour des motifs d'intérêt général .....</b>             | <b>188</b> |
| <b>Section 1 : Les motifs d'intérêt général de contrôle.....</b>                        | <b>189</b> |
| Sous-section 1 : Les autorités de contrôle.....   | 190        |
| Sous-section 2 : La banque centrale .....   | 195        |
| <b>Section 2 : Les motifs d'intérêt général national.....</b>                           | <b>197</b> |
| Sous-section 1 : les commissions d'enquête parlementaires .....                         | 198        |
| Sous-section 2 : Les autorités fiscales .....   | 200        |
| Sous-section 3 : Les autorités douanières .....   | 203        |
| <b>Section 3 : Les motifs d'intérêt général sécuritaire .....</b>                       | <b>205</b> |
| Sous-section 1 : La notion de blanchiment de capitaux et son évolution.....             | 207        |
| Sous-section 2 : Les obligations du banquier.....                                       | 210        |
| A. Une obligation de vigilance.....   | 210        |
| B. Une obligation de déclaration.....   | 211        |
| C. Une obligation de « dénonciation » .....   | 213        |
| Sous-section 3 : Les effets des moyens de lutte contre le blanchiment de capitaux ..... | 215        |

|   |            |
|---|------------|
| <b>DEUXIEME PARTIE : LE DECLIN DE LA NOTION DU SECRET BANCAIRE</b>                                    | <b>218</b> |
| .....   |            |
| <b>Titre Premier : L'évolution du champ d'application du secret bancaire</b>                          | <b>222</b> |
| <b>Chapitre I : L'expansion des activités bancaires</b>   | <b>224</b> |
| <b>Section 1 : L'internationalisation des activités bancaires</b>                                     | <b>225</b> |
| Sous-section 1 : Les succursales et filiales bancaires  | 228        |
| A. Régime juridique   | 229        |
| a. Application de la loi du lieu de l'établissement bancaire principal                                | 234        |
| b. Application de la loi du lieu d'activité   | 236        |
| B. La consolidation des régimes juridiques : dualité de régimes juridiques pour un même établissement | 239        |
| Sous-section 2 : Les activités bancaires transfrontalières  | 243        |
| A. Régime juridique   | 244        |
| B. Les conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales                             | 247        |
| <b>Section 2 : Le rattachement juridique de la notion de secret bancaire</b>                          | <b>251</b> |
| Sous- Section 1 : La détermination de la loi applicable à l'obligation de secret bancaire             | 254        |
| A. La loi du contrat ( <i>lex contractus</i> )  | 255        |
| B. La loi de la banque  | 258        |
| C. La loi du lieu de l'activité ( <i>lex rei sitae</i> )  | 261        |
| Sous- section 2 : Le fait du prince étranger  | 264        |
| A. La notion  | 268        |
| a. Un fait de prince étranger   | 270        |
| b. Un fait de prince compétent  | 273        |
| c. Un fait de prince effectif   | 276        |
| B. Les effets du fait de prince étranger sur le domaine d'application du secret bancaire              | 279        |
| <b>Chapitre II : Les limites exorbitantes au secret bancaire</b>                                      | <b>283</b> |
| <b>Section 1 : Les Directives OCDE</b>  | <b>285</b> |
| Sous-section 1 : Le domaine d'application   | 288        |
| Sous-section 2 : Les effets   | 293        |
| <b>Section 2 : Les lois d'application extraterritoriale</b>   | <b>296</b> |
| Sous-section 1 : La loi FATCA   | 299        |
| A. Le régime d'application  | 299        |
| B. Les effets d'application   | 303        |
| a. La discrimination fondée sur la nationalité dans l'accès aux services financiers                   | 303        |
| b. La discrimination fondée au regard des droits fondamentaux   | 304        |
| c. L'effet sur le domaine de l'obligation de secret bancaire  | 306        |
| Sous-section 2 : La <i>Cloud-Act</i>  | 307        |

|    |  |            |
|----|--|------------|
| A. | Le régime d'application.....   | 308        |
| B. | Les effets indirects sur le domaine d'application du secret bancaire.....  | 309        |
|    | <b>Section 3 : Les tendances réglementaires .....</b>  | <b>312</b> |
|    | Sous-section 1 : Le règlement européen n. 2018/1807.....   | 312        |
|    | Sous-section 2 : Le service d'identification des clients (« <i>Know Your Customer</i> ») de la société Swift. ....     | 314        |
|    | <b>Titre Deuxième : la mise en place d'un nouveau régime du secret bancaire.....</b>                                   | <b>319</b> |
|    | <b>Chapitre I : Le nouveau régime juridique du secret bancaire.....</b>  | <b>323</b> |
|    | <b>Section 1 : Les intérêts de la limitation du champ d'application du secret bancaire</b>                             | <b>325</b> |
|    | Sous- Section 1 : Intérêt fiscal.....  | 327        |
| A. | La nécessité d'accès aux informations détenues par les banques .....   | 328        |
| B. | L'efficacité des recettes fiscales.....  | 331        |
| C. | La lutte contre la violation des réglementations fiscales.....   | 332        |
|    | Sous- Section 2 : Intérêt sécuritaire.....   | 336        |
|    | <b>Section 2 : La neutralisation de l'obligation au secret bancaire.....</b>   | <b>338</b> |
|    | Sous-section 1 : La nécessité de s'informer.....   | 340        |
|    | Sous-section 2 : Les techniques juridiques de neutralisation du secret bancaire .....                                  | 343        |
| A. | Le défaut d'opposabilité de l'obligation.....  | 345        |
| B. | Extension du domaine des informations non-protégées .....  | 348        |
| C. | La notion du secret « partagé » : extension du domaine des personnes « tenues » au secret .....                        | 351        |
| D. | L'inflation des lois et réglementations de neutralisation visant la dérogation à l'obligation au secret bancaire ..... | 354        |
|    | <b>Chapitre II : Les conséquences du nouveau régime du secret bancaire .....</b>                                       | <b>356</b> |
|    | <b>Section 1 : Les effets juridiques de la neutralisation du secret bancaire .....</b>                                 | <b>359</b> |
|    | Sous-section 1 : Les atteintes au régime juridique de l'obligation au secret bancaire .....                            | 359        |
|    | Sous-section 2 : La compétitivité des place financières.....   | 364        |
|    | <b>Section 2 : Le secret bancaire : une nécessité.....</b>   | <b>370</b> |
|    | Sous-section 1 : Une nécessité bancaire .....  | 372        |
| A. | La pratique du « Shadow-Banking » ou la finance de l'ombre.....  | 376        |
| B. | La monnaie cryptographique : le futur système d'échange monétaire.....   | 378        |
|    | Sous-section 2 : Une nécessité personnelle.....  | 382        |
|    | <b>Conclusion .....</b>  | <b>386</b> |
|    | <b>Bibliographie.....</b>  | <b>391</b> |
| A. | Ouvrages généraux, traités, cours et manuels.....  | 391        |

|   |   |            |
|---|---|------------|
| B.  | Ouvrages Spéciaux, Mémoires et Thèses .....                         | 391        |
| C.  | Articles, Chroniques et commentaires de revues et périodiques ..... | 395        |
| D.  | Sites Internet et pages de site .....                               | 414        |
| E.  | Conférences et colloques.....                                       | 414        |
| F.  | Documents juridiques (lois, décrets, rapports et avis) .....        | 415        |
| <b><i>Index alphabétique</i>.....</b>     |   | <b>419</b> |
| <b><i>Table de jurisprudence</i>.....</b> |   | <b>424</b> |
| A.  | Cours d'Appel.....  | 424        |
| B.  | Cour de Cassation .....   | 424        |
| C.  | Conseil d'Etat .....  | 427        |
| D.  | Cour Européenne des Droits de l'Homme .....                         | 427        |
| E.  | Cour de Justice de la Communauté Européenne .....                   | 428        |
| F.  | Conseil Constitutionnel.....  | 429        |
| G.  | Décisions de justice britanniques .....                             | 430        |
| H.  | Décisions de justice américaines .....                              | 430        |
| I.  | Cour Internationale de la justice.....                              | 431        |
| J.  | Décisions de premiere instance .....                                | 431        |



## Avant-propos

---

*Le secret bancaire a été l'objet d'une foison d'études et d'ouvrages, dont la majorité a été entreprise durant la période de l'après Seconde Guerre mondiale. Un temps qui a vu la notion juridique de secret bancaire prendre son essor, bénéficiant de la place grandissante du métier de banquier dans la vie économique, considérée dans ses deux facettes, publique et privée. Au cours de cette période, le secret bancaire était appliqué sans être vraiment contrarié par des limites ou des exceptions importantes.*

*Le secret bancaire est une notion juridique issue du devoir de confidentialité du banquier envers son client, mais il engendre aussi une valeur économique d'où son institutionnalisation économique comme moyen d'attirer les capitaux. Son essor a été marqué par des lois et de régimes de confidentialité d'une opacité accrue tels que les régimes helvétique et libanais.*

*Mais, face à certaines pratiques abusives de dissimulation dans les réseaux bancaires, des fonds monétaires provenant de trafic de stupéfiants, de blanchiment de capitaux ou en dernier ressort de fraude fiscale, et bénéficiant d'un flou ou d'un vide réglementaire, il a fallu réagir. Par la promulgation de lois visant à le régler, le secret bancaire a retrouvé son champ d'action et d'application ajusté. Ce régime juridique, menant à l'institutionnalisation juridique de la notion, a été instauré par des séries de réglementations aux échelles nationales et internationales, et parfois par des lois d'application extraterritoriale. Ces dispositions visaient à régler la relation de confiance entre le banquier et son client, en lui ajoutant des exceptions souvent sous forme de partage du secret.*

*Actuellement, le domaine d'application du secret bancaire se retrouve réduit au néant ou presque, et la sphère d'intimité qu'il protégeait jadis se restreint de plus en plus, au point que la notion même de « devoir de confidentialité » est devenue source de suspicion et de méfiance. L'heure est à la transparence, non à l'opacité, et tout ce qui est caché devient la convoitise des investigations.*

*Cela dit, et comme l'auteur de cette thèse est originaire du pays du Levant où la première École de droit<sup>1</sup> a été édifée aux premiers siècles de notre ère, et où le secret bancaire est ancré dans la vie économique depuis les années cinquante du siècle dévolu. Devenant l'emblème d'un secteur bancaire reconnu comme pierre angulaire de tous les secteurs économiques du pays en se basant sur une confiance dans la préservation des dépôts nationaux et régionaux et leurs gestions<sup>2</sup>. Mais comme tous les secteurs bancaires du monde, il s'est trouvé depuis le début du XXI siècle, objet de réglementations imposées par des régulateurs internationaux ou des législateurs étrangers à fin d'uniformisation des exceptions au domaine d'application du secret, une notion à dimension nationale, d'où l'idée de la présente étude a vu le jour.*

*De nos jours, le secret bancaire est devenu dérisoire dans son champ d'application. Une réalité juridique qui s'est imposée suite aux divers et multiples courants de scepticisme à son égard, et aux exceptions exorbitantes restreignant son application, ainsi qu'à la vague de transparence qui a déferlé pour différents motifs, d'abord au niveau international avant de se propager aux niveaux nationaux. En dépit de cela, il importe de souligner que l'intérêt porté à la notion du secret bancaire découle de l'attachement personnel à cette pratique du commerce, et de la valeur humaine de respect de la vie privée comme source de base de l'obligation au secret bancaire.*

*Malgré l'environnement qui règne, et le déclin qu'ait subi la notion de secret bancaire et les actes de sa métamorphose, celle-ci garde une valeur juridique par son rattachement, aux prérogatives du client dans sa relation avec son banquier, aux droits fondamentaux de chacun à protéger ses avoirs bancaires par respect de sa vie privée et sa liberté personnelle, mais aussi sa sphère de sécurité dans un monde de plus en plus transparent.*

*La présente étude visera, après l'exposé de l'institutionnalisation de la notion de secret bancaire et de ses exceptions qui ont graduellement restreints son champ d'application, une analyse juridique critique des dernières restrictions, et la résilience du secret bancaire comme valeur juridique. En décortiquant l'attachement étroit de l'être humain à son aspect « intime » et aux secrets de sa vie personnelle, l'aspect économique de notre vie sociale ne doit pas y déroger.*

---

<sup>1</sup> P. Collinet, Histoire de l'école de droit de Beyrouth, Paris, Société anonyme du recueil Sirey, 1925

<sup>2</sup> Jusqu'à la crise financière et bancaire qui a touché le Liban à partir du 17 octobre 2019 sur base de défiance dans la gestion du financement du déficit public libanais

*Malgré la transparence envahissante de la vie économique, le droit au respect de sa vie privée reste un droit fondamental, et le secret bancaire en est une expression.*

# Introduction

---

1. Le secret, en général, est une pratique personnelle qui vise à garder confidentielle, toute pensée, information ou document. Malgré son emploi courant<sup>3</sup>, il se prête mal dans sa définition, et s'apparente à « ce qui est n'est pas divulgué et qu'on le tient caché<sup>4</sup> ». C'est une pratique sociale, et économique mais aussi une notion juridique.

2. Le secret est une pratique sociale, puisque l'homme, confronté à son entourage et son milieu social, dresse les contours de sa vie privée et personnelle. « Tout sujet est traversé par des secrets... Et c'est le secret qui fait l'humain... »<sup>5</sup>. Se préserver le droit et la possibilité de choisir ce que l'on communique et celle que l'on garde secret est une condition vitale pour le fonctionnement du « *Je* »<sup>6</sup>. Au milieu social, l'homme s'attache davantage à ces secrets. En entrant en rapport personnel avec des tierces personnes, l'homme cherche à s'auto-protéger en dressant un rideau de confidentialité autour d'un côté de sa vie personnelle. Le secret est un phénomène social et communicatif<sup>7</sup>. Il trace une démarcation, selon le principe de l'inclusion et de l'exclusion, en dressant une barrière entre ceux qui savent et qui ont accès à un savoir des informations, et ceux qui ignorent le secret et pour lesquels de telles informations demeurent inaccessibles. Dans la définition de l'*a priori* de la vie sociale, l'individu ne participe jamais totalement et entièrement à la vie sociale<sup>8</sup> : « on ne rentre jamais dans une relation qu'avec une partie de notre personnalité et de nos données personnelles ». Même dans une relation intime telle que le mariage, « on est marié qu'avec une partie de notre personnalité, si grande que puisse être cette partie »<sup>9</sup>.

3. Le secret se place au centre du conflit entre la protection de la vie privée, et la curiosité et le désir de s'informer de la part des tiers. Le secret est dans les relations des hommes un concept quantifiable et raisonnable, un curseur à placer entre deux contraires qui seraient d'une part son empire absolu de l'opacité qui dissimule et empêche de

---

<sup>3</sup> Secret professionnel, secret d'Etat, secret des affaires, etc...

<sup>4</sup> É. Littré, Dictionnaire de la langue française

<sup>5</sup> P. Duverger et D. Lauru, Le secret, *Enfances & Psy*, vol. 39, n. 2, 2008, p. 10-13.

<sup>6</sup> P. Castoriadis-Aulagnier, Sociétés de psychanalyse et psychanalyste de société, *Topique*, vol. 100, n. 3, 2007, p. 21.

<sup>7</sup> W. Kaiser, Pratiques du secret, *Rives nord-méditerranéennes*, n. 17, 2004, p. 7-10

<sup>8</sup> G. Simmel, Comment les formes sociales se maintiennent, *in Sociologie et épistémologie*, Paris, PUF, 1984

<sup>9</sup> G. Simmel, *Op.cité*.

transmettre, et d'autre part son absence totale par la transparence qui révèle et partage à la connaissance de tous<sup>10</sup>.

4. Cette opposition existait depuis les premières sociétés humaines. Elle prend des variantes suivant le développement de la vie humaine, mais préserve son principe fondamental de partage entre deux côtés de la vie humaine. Le curseur de partage entre le privé et le transparent varie suivant le caractère intrinsèque de chacun, mais aussi suivant les coutumes et, les pratiques sociales, changeantes de nature. La lutte entre l'opacité et la transparence est continue. De nos jours, et avec l'évolution du domaine de la presse et des moyens des médias, des journalistes et des internautes se spécialisent dans l'indiscrétion, s'activent à révéler ce qui doit être tenu secret, y inclus les données couvertes par le secret. Le public se passionne pour les secrets d'alcôve et en redemande, et ce qui s'ensuit est une rupture de l'équilibre recherché, depuis tout temps, entre le respect de la vie privée et l'intrusion de la curiosité, voire de l'indiscrétion des tiers.

5. Même en vie économique, on ne dévoile jamais toutes nos confidences, ni les affectations de nos dépenses, et encore moins les sources et le montant de nos revenus. Des secrets d'affaires sont gardés dans notre pensée la plus profonde par besoins de protection contre les intrusions sociales pour motifs de protection contre l'autre. Le secret est inséparable de la connaissance et de l'interconnaissance. Les mêmes motifs de protection que porte chaque individu à l'égard du milieu social auquel il appartient, couvrent les aspects économiques de sa vie. Dans la société primitive, l'homme protégeait ses proies de chasse comme son seul moyen de subsistance et de nourriture, et de nos jours il impose une discrétion sur les fruits et revenus de son travail. Transposé en domaine bancaire, ce même secret s'impose autour des informations des rapports entre le client et son banquier. Mais afin de pouvoir opérer ses transactions bancaires, le client partage avec son banquier une partie de ses secrets, en lui dévoilant les éléments de sa fortune, son état d'endettement ou même récemment l'affectation de ses dépenses. Ce partage se fait de façon expresse par choix de divulgation du client, ou bien *de facto* par un partage pour les besoins de traitement d'une opération bancaire, son montant, sa date et sa cause. Mais dans tous les cas, le banquier, par son devoir de confident, doit

---

<sup>10</sup> J-L. Gillet, Secret, opacité et transparence, Les Cahiers de la Justice, vol. 3, n. 3, 2014, p. 341-346

veiller à respecter les contours de la confidentialité dessinés par son cocontractant, et d'abstenir de dévoiler l'information que lui confirait son client. Cette gestion d'information est opérée suivant un mode de fonctionnement et des règles de gestion. Elle est édictée par des motifs de stabilité de relations juridiques entre contractants mais aussi pour une sérénité sociale. En plus, il faut ajouter des motifs d'éthique professionnelle du banquier qui reçoit des données inhérentes à la personne même de son client, son statut social, son intimité, et qu'il doit de les garder secrètes. Mais cette relation d'affaires n'est pas limitée à ses sujets, à savoir le banquier et son client. Elle touche à d'autres personnes ou autorités, puisque d'un côté le banquier fait partie d'une hiérarchie et d'une organisation, et le client détient aussi des rapports juridiques avec des tierces personnes, et des deux côtés, il pourra avoir un intérêt pour ces tierces personnes à s'ingérer dans les confidences de cette relation contractuelle, ou d'une partie.

6. Confronté aux exigences de son client, mais aussi à tous les acteurs qui participent à la vie économique, telle l'administration fiscale, ou les organes de contrôle des opérations bancaires, mais aussi aux ayant-droits de son client, la tâche du banquier de gestion de la confiance s'avère délicate. Une certaine sagesse du silence est indispensable à adopter, un art de se taire est à parachever. En 1771, l'Abbé Dinouart a évoqué dans son ouvrage « l'Art de se taire », qu'« il y a un temps pour se taire, comme il y a un temps pour parler »<sup>11</sup>. Même Paul Valéry écrivait : « Il y a un art de marcher, un art de respirer : il y a même un art de se taire »<sup>12</sup>.

7. Pour le banquier, le secret bancaire s'inscrit dans cette pratique socio-économique de l'« Art de se taire ». En entretenant sa relation avec son client, et protégeant le caractère confidentiel des informations qui en découlent, il faut savoir ne pas répondre aux demandes indiscretes, et s'abstenir de divulguer les informations relatives aux opérations de son client. Mais aussi, quand les demandes d'information soient justifiées ou même autorisées, il faut savoir comment et jusqu'à quel degré répondre. L'attitude du banquier devient un véritable « Art » à entreprendre, d'où le caractère spécial du secret bancaire qu'il faut employer avec délicatesse. En matière bancaire, les règles du jeu du conflit entre le privé et le transparent sont identiques : les clients tiennent à faire respecter la confidentialité de leurs informations et de leurs opérations de banque, et le banquier est tenu de la respecter. Celui-ci, en application de son obligation du respect de la

---

<sup>11</sup> Abbé Dinouart, L'art de se taire (1771), Payot, coll. Petite Bibliothèque Payot, Paris, 2011, ISBN 9782228906319.

<sup>12</sup> E. Noulet-Carner, Entretiens sur Paul Valéry, Berlin/Boston : De Gruyter Mouton, 1968. p.76

confidentialité des informations et de la vie privée de ses clients, est tenu au secret bancaire envers eux, de par sa fonction de dépositaire ou gestionnaire de fonds. Or, les lignes de démarcation de cette obligation au silence n'ont pas toujours été fixes et figées. Et la sphère de confidentialité n'a pas toujours eu la même envergure. En effet, même si elle a existé en permanence, son champ d'application a varié avec les temps : elle a pris un essor et s'est imposée de façon manifeste avec le développement des activités bancaires et, plus clairement, après la Seconde Guerre mondiale, tirant parti du contexte historique et économique<sup>13</sup> qui régnait. Les essais d'infiltration dans le domaine privé du patrimoine de chacun sont restés continus, et le public est toujours curieux d'apprendre les éléments de la situation financière des citoyens<sup>14</sup>, surtout quand ils occupent de rangs sociaux avancés. De multiples pratiques de renseignement, font récemment pencher la balance du côté de la révélation des confidences préservées par le banquier, et ce, pour des motifs de contrôle, de justice fiscale, ou même de lutte contre les capitaux de sources illicites.

8. Depuis la dernière décennie du siècle écoulé, le secret bancaire s'est vu étouffé d'exceptions dont la liste ne cesse de s'allonger. L'obligation de « se taire » du banquier se voit neutralisée pour des motifs de contrôle de plus en plus étroit sur le secteur bancaire et des fonds qui y transitent, et l'« Art » devient une pratique complexe.

9. Dans cette recherche d'un nouvel équilibre entre le droit à la confidentialité du client bancaire et le droit à l'information des diverses autorités étatiques auxquelles est soumise la banque, dernièrement la transparence semble gagner du terrain face à l'opacité. Et le secret bancaire semble œuvrer à contresens du courant en place. Les personnes de droit, physiques et morales, sont de plus en plus exposées aux infiltrations de la transparence requise par les autorités de contrôle étatiques et bancaires, et leurs informations bancaires et personnelles sont partagées pour des motifs et des causes divers.

---

<sup>13</sup> B. Bouloc, Le secret professionnel du banquier : principe et limites, Gaz. Pal., mai-juin 2004.

<sup>14</sup> À titre d'exemple, par arrêté du mardi 5 novembre 2019, le fisc norvégien met à disposition du public les registres de l'Office des impôts pour permettre aux citoyens de connaître les revenus de leurs collègues et voisins, afin de les inciter de payer leurs impôts à force de leur procurer la preuve que tous les autres citoyens le font. La pratique trouve ses racines au XIXe siècle, quand on pouvait aller à la mairie ou au centre des impôts consulter les registres fiscaux, cité dans le quotidien *Le Monde* le 06 novembre 2019

10. En plus, et à raison d'être une pratique sociale et économique, le secret est surtout une notion de droit. Une notion juridique qui s'intègre aux déontologies et concourt à des interdictions<sup>15</sup>. Le secret bancaire définit les éléments qui appartiennent au domaine opaque, et édicte la pénalité de leurs méconnaissances par des communications ou révélations. Est ainsi incriminée, l'acte de répandre ou de divulguer une information en cause. Cette peine repose sur la protection accordée à la vie privée, mais aussi dans l'enjeu éthique de certaines professions ou activités, celles par exemple du médecin, du professionnel veillant sur les patrimoines. C'est ainsi qu'elles trouvent leur justification par le Droit de respect à la vie privée, unanimement reconnu fondamental. La protection juridique du secret, et la sanction de sa divulgation un est indicateur du degré de confiance entre citoyens et envers la puissance publique, car son effectivité fait reculer les préventions et méfiances en offrant à tous des espaces garantis de compréhension et de sûreté. Plus communément, le secret bancaire rassure car il permet le soulagement social des consciences et multiplie les possibilités de comportements sans complexes sans les exposer à la haine des places publiques. La défense des intérêts collectifs d'une société est réalisée par la préservation de la vie privée de chaque citoyen<sup>16</sup>, et l'intérêt public de la sécurité sociale et économique est assuré par la sauvegarde d'une sphère de confidentialité, réduite qu'elle soit, pour chaque citoyen. Et le secret bancaire est une des composantes de cette sphère.

11. Mais la réalité juridique actuelle est différente. L'heure est à la vie publique. Le courant de transparence juridique s'impose dans le droit des affaires, et la ligne de démarcation entre la vie privée et l'espace public recule au profit de ce dernier. Nos photos sont exposées sur une plateforme publique universelle, nos données personnelles sont infiltrées, et même partagées, par les autorités de contrôle nationales, mais aussi étrangères, pour des causes allant du contrôle au simple ciblage de la clientèle par les entreprises. Les données bancaires transitent, bien que sous forme cryptée, par des prestataires de services et des ordinateurs de stockage de données en dehors des limites de notre établissement bancaire. La frontière entre ce qui doit être tenu secret et ce qui peut être révélé est plus que jamais démarquée. Les données bancaires des personnes de droit sont de plus en plus rendues « partageables », et pour des raisons diverses.

---

<sup>15</sup> J-L. Gillet. *Op.cité.* n.9

<sup>16</sup> J-M Selongey, L'État entre transparence et secret, *Pouvoirs*, vol. 97, n. 2, 2001, p. 25-32.



12. Pour introduire notre traité, une définition du secret bancaire (*paragraphe A*), mais aussi l'étude de ses origines (*paragraphe B*), ainsi que la détermination de ses principaux intérêts (*paragraphe C*) et limites (*paragraphe D*) seront nécessaires. Des limites qui se sont multipliées au point d'aboutir à un état actuel de dénaturation de la notion du secret bancaire (*paragraphe E*).

## **A. LA DEFINITION DU SECRET BANCAIRE**

13. Pour le définir, le secret bancaire est lien juridique ayant pour objet une information jugée secrète et que le banquier est tenu de garder en confidence. C'est une obligation imposée aux établissements de crédit et aux sociétés de financement et organismes assimilés, ainsi que les personnes physiques agissant en leur nom, de tenir confidentielles les informations relatives à leurs clients. Tenus au secret, ils ne sauraient communiquer les informations confidentielles de leur client, sauf autorisation de ce dernier ou exceptions légales.

14. Faute de consécration législative, le secret bancaire n'a pas été défini dans ses éléments, mais plutôt évoqués dans ses sujets. Ainsi, en droit français, l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier<sup>17</sup> a astreint tous les membres de conseil d'administration ou gestionnaires d'un établissement de crédit à une obligation de secret professionnel<sup>18</sup>.

15. Parmi les législations qui ont fait du secret bancaire une notion juridique phare au niveau régional, se démarque celles du secret bancaire suisse, mais aussi libanais qui a permis au Liban de s'affirmer comme le dépositaire des fonds dans la région du Levant. Cette législation a aussi déterminé, dans l'article premier de la loi du 3 septembre 1956<sup>19</sup>, les personnes soumises au respect du secret : « Sont soumises au secret professionnel, les banques établies au Liban sous forme de société anonyme, et les banques succursales

---

<sup>17</sup> Abrogeant l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984.

<sup>18</sup> Article L. 511-33 C. monet. fin.(loi n. 2008-776 du 4 août 2008, art. 154-I ; ordonnance n. 2014-158 du 20 février 2014, art. 3) : « 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 (ordonnance n. 2013-544 du 27 juin 2013, art. 4, en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014), d'une société de financement ou d'un organisme mentionné (loi n° 2015-992 du 17 août 2015, art. 23-IV) aux 5 et 8 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci, est tenu au secret professionnel. »

<sup>19</sup> La loi libanaise du secret bancaire du 3 septembre 1956.

de sociétés étrangères, sous condition que ces banques libanaises et étrangères jouissent d'une approbation spéciale à cet égard du ministre des Finances. N'est pas soumise à cette loi, la Banque de crédit agricole, industriel et foncier<sup>20</sup>. » En suisse, la loi du 8 novembre 1934 dite la Loi Fédérale sur les banques et les caisses d'épargne prévoit dans son article 47 une peine privative de liberté pour tout organe, employé, mandataire ou liquidateur d'une banque qui révèle un secret professionnel<sup>21</sup>.

16. À titre comparatif, en droit anglo-saxon et même si le principe du secret bancaire est consacré dans une décision de justice se rapportant à l'affaire « Tournier » de 1924<sup>22</sup>, par laquelle il a été admis que tout contrat bancaire contient, même implicitement, une obligation générale de confidentialité, cette dernière n'a pas été définie mais a été mise à la charge du banquier.

17. En revanche, aux États-Unis, et malgré quelques décisions des tribunaux admettant la présomption de confidentialité<sup>23</sup>, cette portée s'est limitée aux informations à propos desquelles la banque peut raisonnablement penser que le client souhaite les maintenir confidentielles. La Cour Suprême a expressément jugé qu'en matière bancaire, le 4<sup>e</sup> amendement de la Constitution fédérale ne confère aucun droit au respect de la sphère privée à l'encontre de l'État<sup>24</sup>. Dans la même perspective, le Congrès a voté en 1970 le *Bank Secrecy Act and Foreign Transactions Reporting Act*<sup>25</sup>, astreignant les établissements bancaires à informer les autorités fédérales sur certaines transactions.

18. Cette panoplie de fondements juridiques de la notion du secret bancaire a servi de richesse durant la période de l'essor bancaire de l'après deuxième guerre mondiale, avant de tourner pour être un souci et un « casse-tête » juridique avec l'ouverture des marchés et l'essai d'harmonisation des règles.

---

<sup>20</sup> La Banque de crédit agricole, industriel et foncier est une banque publique établie par l'État Libanais en vertu de la loi du 16 juillet 1954 pour le développement des activités agricoles, industrielles et foncières dans les zones rurales. Elle n'a pas été soumise aux prescriptions de la loi du 3 septembre 1956 sur le secret bancaire puisque son activité excluait toute réception des fonds du public et est limitée au prêt subventionnée par L'État libanais, et pour motif de contrôle étatique.

En vertu de la loi n. 2867 du 9 mai 1967 relative aux banques et établissant une institution mixte pour la garantie des dépôts bancaires, dans son article 43, la Banque de crédit agricole, industriel et foncier a été soumise aux prescriptions du secret bancaire mais seulement pour les actes de gestion des banques mises sous administration.

<sup>21</sup> Art 47 : « Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, intentionnellement :

- a. révèle un secret à lui confié ou dont il a eu connaissance en sa qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'une banque ou d'une personne au sens de l'art. 1b, ou encore d'organe ou d'employé d'une société d'audit ;
- b. incite autrui à violer le secret professionnel ;
- c. révèle un secret qui lui a été confié au sens de la lettre ou exploite ce secret à son profit ou au profit d'un tiers.... »

<sup>22</sup> Tournier vs National Provincial and Union Bank of England, 1924, 1 K.B. 461.

<sup>23</sup> Peterson vs Idaho First National Bank, 1961, 367 P 2d 294 ; Milohnich vs First National Bank of Miami Springs, 1969, 224 So 2d 759.

<sup>24</sup> United States vs Miller, 1976, 425 US 435, 96 S. Ct 1619, 1976.

<sup>25</sup> *The Bank Secrecy Act (BSA)*, votée au Congrès en 1970 et promulguée par le président Richard Nixon, le 26 octobre 1970.

19. Quel que soit son texte de base, le secret bancaire est avant tout une obligation, un lien de droit conférant à une personne juridique la qualité de créancier (le client) envers une autre, le débiteur (le banquier). Comme ce lien peut revêtir la forme de faire ou de ne pas faire<sup>26</sup>, le secret bancaire est souvent assimilé à une obligation de ne pas faire par le devoir prescrit au banquier de s'abstenir de divulguer les informations couvertes par la confidentialité, ce qui rappelle la définition de la notion du secret<sup>27</sup>. L'attitude du banquier à cet égard est une attitude négative et son comportement est passif : il doit refuser de communiquer ou de répondre à toute demande ou requête visant à s'informer des données relatives à son client, sans autorisation de celui-ci. En plus de l'obligation de ne pas faire, l'expression de secret bancaire implique également un acte de faire, visant à prendre toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde de la confidentialité des informations relatives au client ou aux activités de ce dernier, que ce soit en cours de leurs traitements ou pour leurs conservations.

20. Ainsi, pèse sur le banquier :

- Une double obligation de résultat de ne pas faire :
  - Une obligation d'abstention : il doit s'abstenir de communiquer spontanément des informations sur son client ;
  - Un devoir<sup>28</sup> d'opposition : le professionnel doit s'opposer à certaines demandes émanant de tiers ou d'autorités, hors des cas prévus par la loi<sup>29</sup>.
- Une obligation de moyen de faire, qui est celle d'entreprendre tous les actes nécessaires pour la protection et la sauvegarde de la confidentialité des informations protégées.

21. Ainsi, et considérant les expressions employées par les différents législateurs qui ont évoqués le secret bancaire, on constate que celui-ci n'a pas été une notion juridique nommée et bien définie dans ses éléments. Les législateurs l'ont plutôt assimilé à un secret professionnel, similaire à celui auquel sont soumis le médecin et l'avocat, et ayant

---

<sup>26</sup> Article 1142 du C. civ.

<sup>27</sup> V. *Supra*, p. 18

<sup>28</sup> Sur la différence entre l'obligation et le devoir, v. N. Hage-Chahine, La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé. Thèses, Éditions Panthéon-Assas, p.21 et 390 et s.

<sup>29</sup> H. Lécuyer, L'évidence du secret bancaire., Rev Jurisp. Comm., juillet – août 2010, n. 4, p. 318.

pour objet de protéger la confidentialité des informations et des documents qu'ils recueillent de leurs clients, ainsi que celle des prestations qu'ils leur fournissent. En dépit de sa similitude avec le secret professionnel, le secret bancaire s'y caractérise par les différents degrés de son opposabilité<sup>30</sup> aux tierces personnes, mais aussi par la sanction pénale aggravée qui lui est entachée par sa violation, tel que dans les régimes suisse, français ou libanais, ou par une simple condamnation civile, tels que dans les régimes anglo-saxons.

22. La similitude entre la notion du secret bancaire et celle du secret professionnel est plus précisément une similarité<sup>31</sup>. Puisque la dimension qu'ait prise la première notion est plus large, que ce soit en termes d'emploi ou de variété d'opposabilité, ou même d'envergure économique. Malgré cet aspect distinctif, le rapprochement étymologique des deux notions nous impose un examen de la notion du secret professionnel.

23. Le secret bancaire est, au moins suivant sa définition législative, un secret professionnel spécifique au banquier<sup>32</sup>. Son objet porte sur la confidentialité des informations secrètes relatives à ses clients. Pour chercher une définition du secret professionnel au sens général du terme, là encore, aucune consécration législative n'est prévue. Il n'était évoqué que dans le Code pénal français de 1810, sous l'ancien article 378, et cité afin de réprimer ses violations. Le Code civil n'en fait aucune définition, pour déterminer ses contours et ses éléments. Mais un élément de fait est soulevé, sa violation est prohibée par le Code pénal<sup>33</sup>, sous la partie du Code Pénal relative à l'atteinte à la vie privée<sup>34</sup>.

24. Dans sa définition, le secret professionnel est « l'obligation de ne pas divulguer des faits confidentiels appris dans l'exercice de la profession, hors des cas prévus par la loi<sup>35</sup> ». La jurisprudence française l'a même évoqué depuis plus de 150 ans, en édictant qu'« il (le secret professionnel) a été instauré par le législateur, afin d'assurer la confiance qui

---

<sup>30</sup> Secret bancaire simple et secret bancaire absolu, v. *infra*, p. 134

<sup>31</sup> Trouvant son origine, dans le mot latin *similitudo*, le nom « similitude » signifie parfaite ressemblance ou rapprochement. Il est utilisé pour désigner une ressemblance parfaite chez des individus ou des objets, alors que le nom similarité, dérivé de l'adjectif « similaire », le nom similarité est usité pour parler d'une petite ressemblance entre deux objets ou deux individus, F. Gaffiot, Dictionnaire illustré latin-français, p.1443

<sup>32</sup> Art. L. 511-33 C. monét. fin emploi la notion de secret professionnel

<sup>33</sup> Article 226-13 C. Pénal : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. »

<sup>34</sup> Livre II, titre II, chapitre VI, section IV du CP français sur « les atteintes à la personnalité » .

<sup>35</sup> Le Petit Robert de la langue française, 2006.

s'impose dans l'exercice de certaines professions<sup>36</sup> ». Sous son égide, la loi a voulu garantir la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne dont l'état ou la profession, dans un intérêt général et d'ordre public, fait d'elle un confident nécessaire<sup>37</sup>. Et la pénalité qui y a été rattachée, visait la bonne gestion par les professionnels des confidences qui leurs sont confiées et, de ce fait, garantissait une sûreté sociale. Le délit de violation d'un secret professionnel est institué, non seulement dans l'intérêt général, pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions. Mais également et surtout dans l'intérêt des particuliers, afin de leur garantir la sécurité des confidences que ceux-ci seraient dans la nécessité de faire à certaines personnes du fait de leur état et de leur profession<sup>38</sup>. Dans sa définition textuelle, le secret bancaire est un secret professionnel que le banquier doit respecter. Dans la recherche de ses sources, la notion juridique puise ses origines dans des pratiques très lointaines dans l'histoire.

## **B. LES ORIGINES DU SECRET BANCAIRE**

25. Au fait, le droit semble toujours avoir eu un temps de retard sur la pratique des affaires. Celle-ci étant très évolutive, a du mal à être rapidement codifiée. La rapidité de l'évolution dans le domaine des affaires aboutit à ce que le législateur, qui a toujours besoin de temps pour faire des choix règlementaires et préparer ses textes, suit difficilement. Si le droit du commerce comprend la loi mais aussi la coutume, les usages<sup>39</sup> et la jurisprudence. Ce sont les marchands italiens, au Moyen Age durant la période de la « révolution commerciale » aux XIe et XIIe siècles, qui ont créé le « droit » du commerce, en essayant de dresser un code écrit des règles de commerce à partir des usages dans leurs corporations<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Cass. crim., 15 décembre 1885, DP, 1886, 1, p. 347 ; 9 novembre 1901, *ibid.*, 1902, 1, p. 235 ; 9 mai 1913, S., 1914, 1, p. 169, note de Roux ; DP, 1914, 1, p. 206.

<sup>37</sup> Cass. crim., 19 novembre 1985 : Bull. crim., n 364.

<sup>38</sup> CA Paris, 27 mai 1997 : JCP, 1997, II, 22894, note de Derieux ; Gaz. Pal., 1997, 2 ; Somm., p. 362.

<sup>39</sup> La *lex mercatoria*

<sup>40</sup> J. Monéger, De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de Septembre 2000 : Réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification, Revue internationale de droit économique, vol. t. xviii, 2, n. 2, 2004, p. 171-196.

26. Le secret bancaire, pratiqué dans le commerce bancaire, n'a pas dérogé à la règle. Pour sa pratique pure et simple, le secret bancaire considéré comme une variante du secret professionnel, tirait son emploi d'origine par les religieux<sup>41</sup>. Dans le même ordre, « la principale banque du XVI<sup>e</sup> siècle a été d'ailleurs un ordre religieux : celle des Templiers<sup>42</sup> ». Pour puiser dans les sources, la fonction bancaire était exercée dans le Temple rouge d'Uruk, en Mésopotamie (3500 av. J.-C.), par des prêtres qui effectuaient des prêts<sup>43</sup> et étaient soumis à cet égard au secret, au même titre que pour le secret de la confession<sup>44</sup>.

27. Les origines de la notion du secret bancaire en tant que règle juridique édictée, se trouvent dans le premier code écrit, à savoir *Le Code de Hammourabi* (1750 av. J.-C.). Ledit code ne contenait pas, dans sa rédaction la consécration formelle du principe du secret bancaire, mais prévoyait plutôt « la possibilité de dévoiler les archives en cas de conflit avec le client<sup>45</sup> ». Une déduction *a contrario* de l'existence de la règle de secret bancaire<sup>46</sup>.

28. Les Romains connaissaient également le principe du secret bancaire par l'*actio injuriarum*<sup>47</sup> et un corolaire de respect de la dignité et la réputation. En France, c'est seulement beaucoup plus tard que le commerce a souligné au pouvoir royal la nécessité du secret, avec le travail de réguler des pratiques pour lutter contre certains abus : d'où l'ordonnance de Colbert, en 1673, reprise dans le Code de commerce de 1807. Sous l'impulsion de Savary<sup>48</sup>, le code de commerce a introduit pour la première fois, la notion

---

<sup>41</sup> P. Gulphe, le secret professionnel du banquier en Droit français et en Droit comparé, RTD com. 1948, p.9-10 : « Le secret a d'abord concerné les médecins, puis les prêtres et les avocats avant d'être étendu à d'autres professionnels considérés comme confidentiels nécessaires. La première formulation de l'obligation de secret concerne les médecins. On la fait généralement remonter à Hippocrate (de 460 à 356 av. JC) «*Ce que tu as appris de ton malade, tu le tairas dans toute circonstance (...). Les choses que dans l'exercice ou même hors l'exercice de mon art, je pourrais voir ou entendre sur l'existence des hommes et qui ne peuvent pas être divulguées au dehors, je les tairai*».

Beaucoup plus tard s'instaura le secret des prêtres et notamment de ce qu'ils avaient appris en confession. Un troisième secret professionnel est apparu plus tard, celui de l'avocat, héritier du secret professionnel du prêtre, puisque l'avocat est issu du monde des clercs, dont il emprunte la robe. Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, ces trois types de secrets sont dans les usages, mais ne figurent dans aucun texte. De tout temps, le secret sera contesté par les rois ou la police, car il peut s'avérer un obstacle à leur pouvoir d'investigation ou de contrôle. La Révolution va même l'abolir.

<sup>42</sup> P. Aymard, D. Peynot, R. Segalen et B. Van Troyen, Les cours de droit, 1975-1976, p. 42.

<sup>43</sup> P. Aymard, D. Peynot, R. Segalen et B. Van Troyen, *Op.cité* p. 24 ; F. Joannès, La Mésopotamie au I<sup>er</sup> millénaire avant J.-C., Paris, Armand Colin, coll. U, 2000, p. 112 ; K. Kleber dans M. Jursa, les aspects de l'Histoire économique de Babylone au premier millénaire avant JC (*Aspects of the Economic History of Babylonia in the First Millennium BC*), Münster, 2010, p. 595-616

<sup>44</sup> R. Voeltzel, Le secret professionnel pastoral, Revue d'histoire et de philosophie religieuse, 1956, n° 3, p. 234 : « Ce que tes yeux ont vu, ne t'empresse pas de le divulguer. »

<sup>45</sup> E. Chambost, Le guide mondial des secrets bancaires, Seuil, 1980, p. 11.

<sup>46</sup> Article 106 du Code de Hammourabi in A. Finet, Le code de Hammurabi, *Introduction, Traduction et Annotation*, Paris, Du Cerf, 1973.

<sup>47</sup> Des lésions injurieuses en droit romain in E. Chambost, *Op.cité* p.12

<sup>48</sup> Un marchand connaissant parfaitement le droit commercial italien en sa qualité d'intendant du duc de Mantoue pour ses biens situés en France, in J. Monéger *op. Cité*, p. 181.

du secret bancaire<sup>49</sup>. Il est alors associé à la confiance, et les notions de crédit et de discrétion sont étroitement liées étymologiquement, puisque le terme crédit vient de *credere*, qui suppose la confiance, laquelle ne sera établie que dans un cadre de discrétion<sup>50</sup>. Ces règles ont ouvert la voie à plusieurs autres consécration textuelles du secret bancaire, dont un arrêt du Conseil du Roi du 2 avril 1639<sup>51</sup>, un arrêté de 1724<sup>52</sup> mais aussi à des confirmations jurisprudentielles du Conseil d'Etat français, notamment par deux arrêts du 30 août 1720 et du 24 septembre 1724. Depuis, la confidentialité des informations de nature pécuniaire, et malgré sa consécration et sa codification expresse, assez tardives par rapport à sa pratique, est devenue, plus qu'une nécessité humaine, une règle du commerce. Un commerce où le banquier a cherché à être soumis au secret professionnel pour « ajouter du lustre à la profession qui devient comme une carrière libérale<sup>53</sup> ». La confiance conférée au banquier inspire pour le particulier, client de la banque, la sécurité, le respect de sa vie privée, mais accorde au banquier un statut professionnel<sup>54</sup>. Le commerce, personne ne le conteste, se nourrit de la confiance réciproque entre opérateurs économiques : pas de commerce possible, en tout cas pas de développement harmonieux de l'activité commerciale et spécialement bancaire, sans un contexte de confiance réciproque. La consécration textuelle expresse du secret bancaire par l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984, est venue confirmer la nécessité de l'environnement de confiance et de la préservation des secrets dans les affaires. Et la consécration de la règle juridique du secret bancaire, n'est qu'une expression de l'indispensabilité de la confiance de l'activité commerciale en général, et bancaire en spécial<sup>55</sup>. En plus d'être une nécessité commerciale menant au développement du métier

---

<sup>49</sup> J. Savary, *le parfait négociant*, 1676, éd. Louis Bellaine, p.578 : « un sage Agent de Banque doit tout écouter et ne rien dire ».

<sup>50</sup> R. Farhat, *Le secret bancaire (Etude de droit comparé - France, Suisse, Liban)*, L.G.D.J, 1980, p 11.; C. Chomienne et C. Guery, *Secret, révélation, abstention ou les limites de la liberté de conscience professionnel dans le nouveaux Code Pénal*, ALD, 1995, 11eme cahier, n.8

<sup>51</sup> « Attendu que le secret est absolument nécessaires dans les négociations de banque, change, commerce et finance.... » *in* A. Teissier, *Le secret professionnel du banquier*, These, Aix,1999. p.6

<sup>52</sup> « Les agents de change ne pourront nommer, dans aucun cas, les personnes qui les chargent de négociations, auxquelles ils seraient tenus de garder un secret inviolable », *in* A. Teissier, *Op.cité*. p.6

<sup>53</sup> M. Blondet, *Le secret professionnel, la chambre criminelle et sa jurisprudence*, Mélanges Patin, p. 202.

<sup>54</sup> E. Chambost, *Op.cité*, p. 18.

<sup>55</sup> La loi du 24 janvier 1984 a été adoptée dans un contexte d'institutionnalisation du secteur bancaire français. Elle met fin à la spécialisation des banques, qui peuvent désormais commercialiser plusieurs types de services. Elle a confié l'ensemble des fonctions de tutelle et de contrôle de la profession bancaire à trois instances collégiales distinctes, au fonctionnement desquelles la Banque de France est étroitement associée : le Comité de la réglementation bancaire, le Comité des établissements de crédit et la Commission bancaire

du banquier, le secret bancaire est indispensable pour le bien-être de chacun, d'où la nécessité de l'étude des intérêts du secret bancaire, dans son côté personnel mais aussi économique.

## **C. LES INTERETS DU SECRET BANCAIRE**

### **a. L'intérêt personnel**

29. Le secret bancaire est un corollaire du droit au respect de la sphère de la vie privée. La Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>56</sup> et la Convention européenne des droits de l'homme<sup>57</sup> ont expressément admis le droit à la vie privée. C'est un droit fondamental de la personnalité<sup>58</sup>. Il représente un gage de sécurité pour les particuliers, concernant la protection de la discrétion autour de leurs vies personnelles, y inclus leurs finances<sup>59</sup>. L'intérêt personnel du secret résulte aussi de la place assignée à l'incrimination de sa violation par l'article 226-13 du Code pénal qui est mentionnée parmi les délits portant atteinte à la dignité des personnes.

30. Ainsi, tout particulier tâche de garder confidentielles les données de sa situation financière, afin de garder une distance sociale, et de protéger ses avoirs de toute tentative de vol, d'escroquerie ou même de menace d'atteinte à son intégrité physique<sup>60</sup>. Cette pratique a été courante depuis les premiers pas de la vie sociale. Toute personne dont la fortune, dans ses éléments ou même dans sa valeur, serait dévoilée par indiscretion ou par hasard, risquera, et surtout dans les sociétés où la sécurité étatique n'est pas assurée, d'être l'objet de manigances visant à lui extraire ou dérober une partie ou la totalité de sa fortune. Cet argument sécuritaire de l'intégrité physique du client de la banque, ou de celle des membres de sa famille, justifie que des personnes fortunées s'évertuent à se munir de moyens propres de protection dans les pays sous-développés.

---

<sup>56</sup> Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

<sup>57</sup> Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

<sup>58</sup> P. Kayser, Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, RTD civ. 1971. 446, spéc. n. 22. ; M. Lepage, *in R. Cabrillac, Revet et Frison-Roche, Directive, Libertés et droits fondamentaux*, 18e éd., 2012, Dalloz, p. 229

<sup>59</sup> E. Chambost, *Op.cité.*, p. 18.

<sup>60</sup> I. Walter, *L'argent secret*, éd. Lattes, Paris, 1985, p.135 ; J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire : Étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2004 p.10



31. De même, une personne peu fortunée, ou en situation de déficit financier, risquera de se voir stigmatisée dans la vie économique et sociale, si jamais sa situation est dévoilée. Les informations pécuniaires couvertes par le secret bancaire sont réputées relever de la vie privée des particuliers, au même titre que le droit à l'image et le droit à l'intimité physique et à la vie privée de couple<sup>61</sup>. Les personnes morales, et dans les limites des réglementations et des exigences légales de transparence et de publication de bilan, cherchent à prémunir leurs intérêts économiques de tout espionnage, afin de protéger leurs intérêts sociaux, et *de facto*, les intérêts des associés qui en découlent.

32. L'intérêt personnel dans la notion juridique de secret bancaire est primordial. L'attachement personnel au secret bancaire est justifié par la nécessité d'un seuil minimum de discrétion et de confidentialité des données bancaires pour chaque sujet de droit. Cet attachement se manifeste expressément dans le succès des modèles bancaires helvétiques et libanais, qui se sont caractérisés par le degré élevé de confidentialité qu'ils apportent aux informations de leurs clients, ce qui les a qualifiés respectivement de « coffre-fort » de l'Europe et du Moyen-Orient<sup>62</sup>, avec tous les retentissements économiques que cela implique, d'où l'intérêt économique de la notion.

## **b. L'intérêt économique**

33. En plus de l'intérêt personnel, la notion du secret bancaire a aussi un intérêt économique. La fonction primitive du banquier, à savoir le dépositaire, lui a permis, à force de cumuler des dépôts, de développer ses activités de crédit, et ainsi de métamorphoser ses fonctions en se mutant en établissement de crédit<sup>63</sup>. Ce même cumul de dépôts n'aurait pas abouti si la relation de confiance n'a pas été respectée entre les sujets en question. D'où l'importance que porte le secret bancaire dans le développement du secteur bancaire, et le poids économique de la notion. À ce titre, certains auteurs ont

---

<sup>61</sup> V. *Infra* Le rattachement à la notion de vie privée, p. 112

<sup>62</sup> Le montant des dépôts en Banques établies en Suisse hors banquiers privés et succursales de banques étrangères s'élève en 2020 à 419 milliards de francs suisses, source Portail des données de la banque nationale suisse, <https://data.snb.ch/fr/topics/banken#!/cube/babilkunddoua>; Le montant des dépôts en Banques établies au Liban s'élève en 2020 à 144 milliards de dollars américains francs suisses, source la Banque du Liban, <https://bdl.gov.lb>

<sup>63</sup> Article L. 511-1 du Code monétaire et financier.

aussi évoquées un intérêt pour le banquier dans le secret bancaire<sup>64</sup>, en évoquant l'intérêt économique et général du bon fonctionnement du système bancaire. Le banquier a pu ainsi disposer des dépôts employés pour financer les ménages et les commerces, et même les déficits publics, et ainsi créer une plus-value économique pour l'industrie bancaire.

34. Les banques se sont dotées d'un pouvoir économique phénoménal, basé sur la confiance que leur accordent les déposants. De nos jours, les statistiques sur les dépôts bancaires mondiaux indiquent qu'ils représentent 50% du produit mondial brut<sup>65</sup>, contre moins de 15% en 1960.

35. Ces chiffres reflètent l'importance du secteur bancaire sur la place économique mondiale, mettant même les États nationaux en état d'alerte permanente pour se précipiter à la rescousse des banques en difficulté, sous l'égide de « trop grande pour être mise en faillite » (« *Too big to fail* »<sup>66</sup>). À l'issue de la crise mondiale de 2008, l'État américain a émis des bons de trésors afin de soutenir et de renflouer les caisses desdits établissements et sauver les intérêts économiques des dépôts qu'ils détiennent et les dizaines de milliers d'emplois qu'ils représentent. Ce qui prouve l'importance du secteur bancaire dans l'économie de nos jours. Une importance qui ne saurait trouver assise sans une confiance basée sur la discrétion du banquier dans le traitement des affaires de ses clients.

36. Depuis la création du commerce bancaire, l'importance du secret bancaire pour le banquier n'a jamais fait de doute, puisqu'un dépositaire discret inspire confiance, et que la confiance est un atout pour attirer les dépôts avec tous les fruits que cela pourra générer au niveau économique, pour le banquier lui-même ainsi que pour l'économie dont il est l'un des acteurs principaux<sup>67</sup>.

37. Cet intérêt s'est accru avec l'amplification de la mondialisation, le besoin des établissements de s'implanter dans de nouveaux marchés, l'ouverture des marchés aux banques étrangères, et la participation des banques dans le financement des besoins et des commerces de pays étrangers. Les crises financières de 1929, de 1998 et de 2008 ne sont que la preuve concrète du rapport étroit entre les établissements bancaires et l'économie mondiale. Le secret bancaire a été un outil essentiel pour la compétition des

---

<sup>64</sup> A. Teissier, *Le secret professionnel du banquier*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.27.

<sup>65</sup> <https://fred.stlouisfed.org>, le portail de FRED des données économiques

<sup>66</sup> M. Devoluy et R. Kovar, *L'Union économique et monétaire et la crise*, Répertoire de droit européen, n.760 : « Ces renflouements impliquent les finances publiques et donc l'argent des contribuables » ; J. Lasserre Capdeville, RLDA juin 2011, n.109 (réactions au problème «*Too big to fail*» : renforcement des règles prudentielles en droit français).

<sup>67</sup> R. Farhat, *Op.cité.*, p 11.

modèles économiques mondiaux, imposée par la croissance économique et la création d'emplois.

38. Ainsi, pour permettre au modèle économique libanais de bénéficier des capitaux générés par la production pétrolière régionale, M. Raymond Eddé, ancien député et ministre libanais, a explicitement cité le secret bancaire comme un atout d'attraction des capitaux, dans sa présentation de l'exposé des motifs de son projet de loi de 1956 sur le secret bancaire<sup>68</sup>.

39. De même, d'autres législateurs ont cherché à exploiter le secret bancaire comme catalyseur économique, afin de stimuler les dépôts en banque et canaliser les flux de capitaux migratoires vers les caisses de leurs banques. Sur cet exemple, le Panama, le Luxembourg et le Singapour sont à citer, en plus du modèle financier suisse, qui avait, jusqu'à la dernière période, le secret bancaire comme pierre de voûte de la grande valeur financière mondiale qu'il occupait.

40. En effet, malgré ses intérêts considérables, il convient de garder à l'esprit que le secret bancaire ne présente pas un caractère absolu. La loi prévoit en effet des dérogations au principe au nom de la préservation de l'intérêt public mais également de certains intérêts privés, qui forment des limites à son domaine d'application.

#### **D. LES LIMITES AU SECRET BANCAIRE**

41. Comme tout principe, le secret bancaire connaît des limites. Ces limites sont les exceptions au principe de confidentialité du secret bancaire imposées aux établissements de crédit. Elles varient selon les motifs pour lesquels l'obligation à la confidentialité est écartée.

42. Le secret bancaire n'est pas un obstacle absolu à la manifestation de la vérité, ni un secret absolu scellé dans la plus profonde des alcôves. D'une part, parce qu'il protège l'intérêt privé du client de l'établissement de crédit, qui peut toujours y renoncer<sup>69</sup>. D'autre part, du fait des exigences du bon fonctionnement de l'activité bancaire et tel

---

<sup>68</sup> L'exposé des motifs dans le texte du projet de loi libanaise du secret bancaire, du 3 septembre 1956, *in* P. Morcos, *Le secret bancaire face à ses défis*, ISBN 978-2-8027-2456-8, annexes

<sup>69</sup> M. Aubry, *Secret bancaire*, Rép. D. com. - Banque et établissement de crédit, Mai 2006, n. 163

que prévu à l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984<sup>70</sup>, le secret professionnel du banquier ne peut être opposé ni à la Commission bancaire, ni à la Banque de France, ni à l'autorité judiciaire dans le cadre d'une procédure pénale<sup>71</sup>.

43. Si le secret bancaire est opposable au juge civil, cette opposabilité est remise en question en raison de l'obligation faite à chacun, dans l'article 10 du Code civil, de participer à la manifestation de la vérité<sup>72</sup>. Ainsi en matière de procédures civiles d'exécution, la loi du 9 juillet 1991, qui a considérablement réformé le droit des voies d'exécution mobilières et dont les dispositions sont désormais codifiées dans le code des procédures civiles d'exécution, lève le secret bancaire dans de nombreuses hypothèses<sup>73</sup>.

44. Il importe de mentionner que les limites au secret bancaire peuvent prendre la forme de secret partagé, ou l'information confidentielle sera partagée<sup>74</sup>, par diffusion à des personnes ou autorités, qui seront elles-mêmes soumises à l'obligation au secret. Le secret est appréhendé dans un registre de plus en plus large mais avec des tempéraments, légaux ou jurisprudentiels, et pour des motifs divers : « Le secret est ainsi de plus en plus répandu mais de moins en moins absolu<sup>75</sup> ». Le secret bancaire ne peut être envisagé sans pragmatisme : il protège l'aura de confiance particulière que doivent inspirer certaines professions, le droit à la vie privée, et parfois, les droits de la défense ; mais il représente aussi un obstacle à d'autres intérêts légitimes, comme le droit à l'information, la lutte contre diverses fraudes, ou encore les prérogatives des autorités publiques. Les limites au secret bancaire relèvent de plusieurs ordres, à savoir d'intérêt privé, public imposé pour répondre à des besoins divers, nationaux mais aussi internationaux. La combinaison de toutes ces limites, suivies par l'implantation d'un courant de la transparence dans le domaine bancaire ont contré la notion du secret bancaire désormais en déclin juridique. Un aperçu de chacune de ces limites sera nécessaire, avant d'être évoqué en détails dans le corps de la présente étude.

---

<sup>70</sup> Art. L. 511-33 C. monét. Fin.

<sup>71</sup> Inopposabilité du secret bancaire aux procureurs, V. art. 132-22 Code pénal ; Inopposabilité aux juridictions pénales de droit commun ou aux juridictions pénales d'exception Cass. crim. : 27 avril 1994 : Bull. crim., n° 152 ; D., 1994, p. 402, note de Gavalda ; Bull. J. B., 1994, p. 469, note de Bonneau

<sup>72</sup> O. Staes, Secret bancaire et impératif de justice, D., 1998, p. 625.

<sup>73</sup> V. Delleci, Secret bancaire et procédures civiles d'exécution, Gaz. Pal., 27-29 juin 2004, p. 21. Voir, par exemple, les obligations de déclaration imposées au banquier dans le cadre d'une saisie-attribution : articles L. 211-3 et R. 211-4 du Code des procédures civiles d'exécution.

<sup>74</sup> Art. L. 511-33 et Art. L. 511-34 C. mon. Fin ; B. Py, Secret professionnel – Revelation licite , Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, D., février 2003, n.160

<sup>75</sup> É. Verny, La notion de secret professionnel, RDSS, 2015, p. 395.

### **a. Les limites pour un intérêt privé**

45. En plus du cas évident de la levée du secret par son ayant droit le client du banquier, dans les cas de litige entre le banquier et son client, le secret bancaire est aussi écarté pour permettre au banquier de se défendre face aux allégations de son client, et de se prémunir de moyens de défense sans qu'il soit considéré en violation de son obligation au secret. On ne peut concevoir de favoriser le fondement du secret au détriment du principe fondamental du droit à la défense.

46. De même, la Cour de cassation française a reconnu qu'il puisse être imposé au banquier, lorsque sa responsabilité est mise en cause, la production des pièces nécessaires à la solution du litige, sans qu'il puisse se retrancher derrière le secret professionnel. Consacrée notamment par un arrêt de la Chambre commerciale du 19 juin 1990, cette solution ne fit pourtant pas l'unanimité<sup>76</sup> et ne resta pas sans critique. Ainsi, le professeur Bouloc a écrit qu'« il serait souhaitable que la jurisprudence ne permette pas aux créanciers qui ne sont pas [...] clients du banquier de se procurer des éléments couverts par le secret professionnel, et que, sans texte, le juge ne peut lever<sup>77</sup> ». À vrai dire, la position de la Cour de cassation a, heureusement, évolué à cet égard. De façon assez discrète certes, puisque la décision la plus explicite n'eut pas les honneurs du « Bulletin ». Le 13 novembre 2003, elle déclarait pourtant que le banquier, même partie au procès civil, n'est pas libéré du secret professionnel, dès lors que son contradicteur – débiteur cédé dans le cadre d'une cession Dailly et qui demandait la production de documents concernant les relations du banquier cessionnaire avec la société cédante et une autre société – n'est pas le bénéficiaire du secret auquel le client n'a lui-même pas renoncé<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> D., 1992, p. 31, observation de Levasseur ; RDBF, 1991, n° 27, p. 197, observation de F. J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>77</sup> Les limites du secret bancaire, Mélanges AEDBF France, 1997, p. 71.

<sup>78</sup> Cass. Com., 13 novembre 2003, n° 1505 F-D : RBD, mars-avril 2004, p. 57, observation de Th. Bonneau ; JCPE, 2004, n° 20-21, p. 812, observation de J. Stoufflet ; RDBF, 2004, n° 152, observation de F. J. Crédot et Y. Gérard. Voir également, de façon moins évidente, Cass. com., 10 décembre 2002 : D., 2003, AJ, p. 134 ; RTD com., 2003, p. 147, observation de D. Legeais ; RBD, mars-avril 2003, p. 58, observation de Th. Bonneau.

## **b. Les limites pour un intérêt public**

47. En plus des limitations pour l'intérêt privé et notamment celui de ses sujets, le secret bancaire est aussi écarté pour répondre à des intérêts publics. Dans un tel cas de figure, le secret bancaire est écarté au profit des organes de contrôle des activités bancaires, afin de leur permettre d'exercer leur inspection et contrôle en vertu de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier. Une bonne politique économique nécessite la garantie de la solvabilité du système bancaire, par l'intermédiaire d'un contrôle prudentiel des établissements de crédit. Il ne s'agit pas alors d'une exception du secret au sens strict du terme mais d'une extension d'application<sup>79</sup>, puisque l'autorité ou la personne qui reçoit les informations confidentielles sera tenu lui-même au secret<sup>80</sup>.

48. En plus des motifs de contrôle, le secret bancaire est aussi inopposable aux requêtes fiscales<sup>81</sup> et douanières<sup>82</sup>. À ce titre, le droit de communication général des services des douanes a imposé au banquier des déclarations obligatoires, également dérogatoires au principe du secret bancaire en cas d'ouverture ou de clôture de compte<sup>83</sup>, en cas de décès d'un client<sup>84</sup>, ou sur demande de l'administration des impôts<sup>85</sup>, et en cas de délivrance de formules de chèques non barrées<sup>86</sup>.

49. Malgré les pouvoirs étendus de l'administration fiscale en vertu d'une équité fiscale et d'une justice sociale, ils ne sont exercés que pour des cas de poursuite. L'opposabilité du secret bancaire dans ce cas demeure le principe, même en cas de simple déclaration de soupçons<sup>87</sup>.

50. Le soupçon seul ne suffit pas à son égard pour engager le processus de déclaration, ce qui n'est pas le cas pour les déclarations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Dans ce cas, le secret bancaire sera écarté, alors même que les poursuites n'ont pas encore débuté. À cet égard, le droit a évolué à plusieurs reprises, et notamment par l'ordonnance n. 2009-104 du 30 janvier 2009, relative à la prévention de l'utilisation du

---

<sup>79</sup> B. Py, Le secret professionnel : une obligation de parler, JA 2008, n. 386, p. 15.

<sup>80</sup> Alinéa 3 de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier : « 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 ».

<sup>81</sup> F. Durand, Le secret bancaire face à l'administration fiscale en droit français, RLDA, mai 2010, p. 71.

<sup>82</sup> Article 65 du Code des douanes ; Cass. crim., 3 mai 2001, Bull. crim., n° 107 ; D., 2001, IR 2875 ; RTD com., 2001, p. 992, obs. B. Bouloc ; Cass. crim., 4 octobre 1982, Bull. crim., n° 203.

<sup>83</sup> Article 1649 A du Code général des impôts.

<sup>84</sup> *Ibid.*, article 806-I.

<sup>85</sup> Article L. 96 du Livre des procédures fiscales.

<sup>86</sup> *Ibid.*, article L. 96 A.

<sup>87</sup> Article L. 561-15-II du Code monétaire et financier.

système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, et plus récemment encore par l'ordonnance n. 2016-1635 du 1<sup>er</sup> décembre 2016, renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (art. L. 561-1 et s. du Code monétaire financier). En vertu de ces textes, les banquiers sont en obligation, nonobstant le secret bancaire, de déclarer les sommes inscrites dans leurs livres, ou les opérations portant sur des sommes dont les établissements de crédit « *savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an, ou sont liées au financement du terrorisme*<sup>88</sup> ». L'obligation de déclaration de soupçon est de la sorte notablement étendue par ce texte, la plupart des infractions susceptibles de générer des profits étant sanctionnées d'un emprisonnement supérieur à un an : escroquerie, vol, abus de confiance, extorsion, etc.

51. Notons encore que, depuis la loi n. 2013-672 du 26 juillet 2013, 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 assujéti<sup>89</sup>. Le dispositif législatif de la lutte contre le blanchiment d'argent a été le plus marquant du domaine d'application du secret bancaire avec la multiplication des infractions sous-jacentes du blanchiment, des trafics de stupéfiants jusqu'à l'évasion fiscale.

52. En plus des limites apportées par des réglementations nationales, le secret bancaire a vu son domaine d'application entaché d'exceptions par des réglementations apportées par des conventions internationales ou même des lois d'application extraterritoriales.

53. Ainsi, la convention franco-suisse de 1966<sup>90</sup> a permis un échange d'informations relatives aux comptes bancaires des ressortissants français en Suisse, créant ainsi une exception additionnelle au secret bancaire dans le droit positif suisse.

54. De même, et suite aux injonctions judiciaires du procureur américain de l'État de New York, et sur pression des dispositions de la loi FATCA<sup>91</sup>, un accord a été signé entre

---

<sup>88</sup> Article L. 561-15 du Code monétaire et financier.

<sup>89</sup> Article L. 561-15-V du Code monétaire et financier.

<sup>90</sup> Convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966.

<sup>91</sup> Loi américaine promulguée le 18 mars 2010 visant à obliger les banques des pays ayant accepté un accord avec le gouvernement des États-Unis à signer avec le Département du Trésor des États-Unis un accord dans lequel elles s'engagent à lui communiquer tous les comptes détenus par des citoyens américains

la Suisse et les États-Unis à la date du 6 mai 2014<sup>92</sup>. Il a permis ainsi aux autorités américaines de ne plus se voir opposer le secret bancaire helvétique, que ce soit pour la tenue ou pas de compte bancaire, mais aussi des soldes desdits comptes des ressortissants américains, via des échanges automatiques de renseignements bancaires<sup>93</sup>.

55. Ce processus a été déclencheur d'un mouvement légal d'un processus de « surréglementation » du secret bancaire en lui entachant des exceptions de sources internationales telles que la *Global Account for Tax Compliance Act* (GATCA) émise par L'OCDE sous le modèle de convention sur l'échange de renseignements en matière fiscale, afin de limiter le secret bancaire, dans des intérêts, déclarés, publics, et afin de favoriser la coopération internationale contre l'évasion fiscale.

## **E. L'ÉTAT ACTUEL DU SECRET BANCAIRE**

56. Considéré comme une entrave à la poursuite d'investigations sur les opérations bancaires (blanchiment d'argent, financement du terrorisme, etc.), le secret bancaire a été l'objet de nombreux débats et études juridiques<sup>94</sup>.

57. À l'état actuel, la notion de confidentialité s'éclipse au profit d'une exigence de transparence financière et fiscale<sup>95</sup>, sacrifiant le secret bancaire face aux exigences de s'informer de différentes autorités, chacune pour son motif, que ce soit à l'échelle nationale ou même pour des réglementations émanant d'autorités étrangères<sup>96</sup>. L'équilibre raté entre le principe du secret et ses exceptions a entravé la confiance du déposant dans le dépositaire banquier. On est confronté, de nos jours, à un mouvement de transparence qui prime face à l'opacité, et envahit les secrets sociaux et économiques, tel que le secret bancaire. Le devoir de se taire et la sagesse du silence du banquier sont devenus, avec les exigences de transparence, un embarras et un fardeau, voire « un secret de Polichinelle<sup>97</sup> ».

---

<sup>92</sup> A. Michel, Vers la fin du secret bancaire en Suisse et à Singapour, in le quotidien Le Monde, 5 mai 2014.

<sup>93</sup> A. Garapon, Deals de justice, éd. Presses universitaires de France.

<sup>94</sup> V. Rapport OCDE, Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, 2000.

<sup>95</sup> Voir la loi Sapin II, loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ; la directive européenne, CRD IV, du 26 juin 2013 ; la directive européenne du 12 avril 2016, instituant le rapport pays par pays.

<sup>96</sup> Benoît Lecourt, Vers des obligations de transparence fiscale pour les grandes sociétés, *Revue Sociétés*, 2016, p. 121, et Transparence fiscale des grandes entreprises : Censure, par le Conseil constitutionnel, des dispositions de la loi Sapin 2, qui anticipaient la transposition des futures dispositions européennes, *in* *Revue Sociétés*, 2017, p. 121.

<sup>97</sup> F. Labrunie, Un secret de Polichinelle?, *Banque Stratégie* n. 196, septembre 2002, p. 10 ; J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition?, *AJ Pénal* 4/2009, 165



58. La situation actuelle, quoique inconcevable quelques années plus tôt, est en phase d'implantation définitive. La notion juridique de secret bancaire se trouve entachée d'exceptions avec la vague de transparence juridique, et son intérêt en matière bancaire devient minimisé. L'équilibre recherché entre les intérêts en question est plus que jamais compromis, et les détracteurs du secret bancaire semblent déclarer « Victoire ! », au point que le président de la Commission européenne, M. José Manuel Barroso, a déclaré avec force lors du sommet du G20 réuni à Londres en avril 2009 : « *L'ère du secret bancaire est terminée* », une expression reprise de façon claire dans le septième alinéa de l'article 15 du communiqué officiel dudit sommet<sup>98</sup>. Les motifs de la divulgation de l'état financier des particuliers, leur richesse, ou même de leur endettement, se retranchent derrière l'efficacité de contrôle des recettes fiscales, de lutte contre les trafics de stupéfiants, ou encore de réglementation de la concurrence, ou même le renflouement des caisses vides des trésors publics.

59. Un nouveau état de fait, et dernièrement de droit, s'établit et s'institutionnalise rapidement par une série de réglementations<sup>99</sup> et de mises sur pied d'organes de contrôle, dans le but de circonscrire la sphère des données jugées confidentielles des clients de la banques, et de redéfinir le domaine couvert par le secret du banquier, qui est permis, jusqu'à nouvel ordre, d'être tenu au secret.

60. Bien sûr, le secret bancaire ne doit pas être une enclave pour le recel des fonds d'origine illégale, et nul n'admet un emploi abusif du silence du banquier, ou son refus de coopérer à des fins d'intérêt public ou pour le bon fonctionnement du système financier. Mais, d'un autre côté, on ne peut pas concevoir une vie économique

---

<sup>98</sup> Déclaration lors du sommet de G20 réuni à Londres le 2 avril 2009, inédite

[https://www.g20.org/profiles/g20/modules/custom/g20\\_beverly/img/timeline/ReinoUnido/G20-declaration-london-en.pdf](https://www.g20.org/profiles/g20/modules/custom/g20_beverly/img/timeline/ReinoUnido/G20-declaration-london-en.pdf)

<sup>99</sup> À savoir, à titre indicatif et par ordre chronologique :

- a. La Directive européenne sur l'épargne (2003/48/CE) instaurant depuis 2005 un échange automatique entre les membres de l'UE et abrogée par la Directive (UE) 2015/2060 du Conseil du 10 novembre 2015.
- b. L'affaire UBS/ USA du 18 Février 2009 : La justice américaine ouvre une première brèche dans le secret bancaire suisse dans le cadre de l'affaire UBS, en menaçant la banque d'un retrait de son agrément aux Etats-Unis, *Case No. 09-60033-CR-COHN, February. 18, 2009, Deferred Prosecution Agreement. 25 No. 4 International Enforcement Law Reporter, p. 134*
- c. Le rapport de l'OCDE (organisation pour la coopération et le développement économique) intitulé : « Coopération fiscale 2009 : vers l'établissement de règles du jeu équitables - Évaluation 2009 par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements » Septembre 2009
- d. La loi américaine de *Foreign Account Tax Compliance Act* (abrégié FATCA) émise le 18 mars 2010, en consécration du nouvelles règles applicable aux institutions bancaires et financier, et instaurant une obligation d'informations des établissements financiers étrangers sur leurs clients imposables aux Etats-Unis.
- e. L'entrée en vigueur en 2018 de L'échange automatique entre en vigueur dans 90 pays. Il concerne 50 millions de comptes bancaires en 2019

absolument transparente, une entreprise sans secret d'affaires, voire un coffre-fort aux parois transparentes ! L' « Art » de se taire est devenu de nos jours, de plus en plus difficile à pratiquer. Un fardeau pour son détenteur, le client comme principal intéressé, mais surtout pour le banquier, qui se trouve écartelé entre, d'une part, les exigences de la profession et celles de son client de tenir confidentielles ses informations et, d'autre part, les requêtes d'information des autorités étatiques nationales, et même des États étrangers.

61. « Les temps sont durs pour le secret »<sup>100</sup>. Le professeur Lécuyer l'a décrit parfaitement : « La banque qui invoque le secret bancaire se trouve dans une situation psychologique d'infériorité, car il est facile, alors qu'elle n'y a aucun intérêt personnel, de stigmatiser un comportement apparemment complaisant envers celui qui est présenté comme un spoliateur, fraudeur, corrupteur, etc.<sup>101</sup> ».

62. Mais, rappelons-le, ce qui est caché n'est pas nécessairement illégal, et le fait de requérir le respect de la confidentialité de notre situation financière, qu'elle soit débitrice ou créditrice, n'est pas fautif. Le secret n'implique pas le crime, et la discrétion ne suppose pas un délit caché. La vague de la transparence doit nécessairement se limiter à ses motifs déclarés, et le respect des contours de la vie privée doit rester une nécessité. Le secret bancaire participe à la protection de la sphère privée.

63. D'ailleurs, tous les effets néfastes de la crise économique mondiale de 2008 ne sont pas dus au seul secret bancaire<sup>102</sup>. Fustigé le lendemain même de l'éclatement de ladite crise, comme si l'élément d'inculpation du secret bancaire était déjà dressé et qu'on n'attendait que la victime se déclare, pour le juger. C'est vraisemblablement tout le système économique mondial qui semble être remis en question et la nécessité d'un nouveau contrat social et économique qui se pose. Preuve en est, les récents bouleversements politiques depuis l'année 2016 aux États-Unis, en Grande-Bretagne et en France<sup>103</sup>. Le secret bancaire est aujourd'hui au plus bas de sa cote, et toute partie qui s'attache à son respect ou toute personne qui essaie de plaider pour sa défense, se

---

<sup>100</sup> A. Bernard, Publicité des débats judiciaires en protection de vie privée, D., 1997, p. 52.

<sup>101</sup> H. Lécuyer, L'évidence du secret bancaire, in RJC, juillet-août 2010, n. 4, p. 318.

<sup>102</sup> P. Neau-Leduc, Secret bancaire et frontières, RDBF, n. 1, Janvier 2010, dossier 2

<sup>103</sup> L'élection présidentielle américaine de Donald Trump en 2016, candidat de politique isolationniste ; le vote par référendum de la sortie de la Grande-Bretagne connu sous le « Brexit » le 23 juin 2016, et l'élection du président Français Emmanuel Macron non-issu de la traditionnelle division bipartite des partis politiques français de droite ou de gauche, du 7 mai 2017

retrouve en état d'infériorité psychologique, voire culpabilisée. Certains auteurs évoquent même par son invocation un « idiotisme »<sup>104</sup>.

64. Malgré cette situation, les principes de Droit doivent toujours primer, et le secret bancaire est une notion juridique d'intérêt considérable, et reste une nécessité personnelle, économique mais aussi juridique. Nonobstant sa culpabilisation et son affaiblissement, il faut prendre la relève de le défendre, à condition qu'il soit toujours défendable. Par la pratique ancienne de la confidentialité des dépôts bancaires et de l'attachement personnel au minimum de sphère de confiance, le secret bancaire une notion juridique basée sur des droits fondamentaux. Il est une nécessité et un besoin défendable pour le déposant mais aussi pour le dépositaire-gérant. C'est cet attachement qui représente l'intérêt de la présente étude, puisque l'excès de transparence pousserait le déposant –client de la banque à fuir le système bancaire de dépôt-gestion pour des solutions plus conforme à la confidentialité. Cette situation périlleuse pour tout le système bancaire basé sur le dépôt et la discrétion du dépositaire, se dessine surtout si une nouvelle vague de transparence s'implante à l'aube d'une nouvelle crise économique mondiale et un nouveau système économique mondial annoncée<sup>105</sup>.

65. De nos jours, la réglementation qui régit le secret bancaire devient de plus en plus lourde avec des règles nationales pour chaque pays, mais aussi par des lois étrangères d'application extraterritoriale, imposés pour des intérêts étrangers et sans même une concertation avec les intérêts nationaux en conflit. En dépit de la nature internationale des opérations bancaires, l'acte de légiférer demeure une expression de la souveraineté nationale de chaque État, puisque les lois ne sont qu'une expression des pratiques sociales et culturelles propres à chaque pays. Elles sont difficilement transposables ou exportables.

66. La réglementation en place du secret bancaire est devenue trop lourde mais aussi très rigide, à point qu'elle risque de tomber facilement en désuétude, et d'encourager la naissance de nouveaux refuges de dépôt de fonds, et des moyens de paiement non-

---

<sup>104</sup> M. Bonnant, Éloge du secret bancaire, *Médium*, vol. 37-38, n. 4, 2013, p. 204-212. : « À contre-courant, à contretemps. Tenter une défense du secret bancaire...Un idiotisme helvétique »

<sup>105</sup> L'annonce par le secrétaire général de l'ONU Antonio Guterres qui a pris la parole lors du Forum de la paix à Paris, le dimanche 11 novembre 2019, à l'occasion des commémorations du centenaire de l'armistice, et a mis en garde contre un "engrenage" géopolitique semblable à celui des années 1930, [www.parispeaceforum.org](http://www.parispeaceforum.org)

conventionnels et surtout non-conventionnés. Il faut se rappeler que les pratiques bancaires sont ancrées dans le monde des affaires, qui est en rapide et constante évolution, mais toujours inspiré de la souplesse de la *lex mercatoria*<sup>106</sup>. Les engouffrer par des règles rigides entrainera leur dénaturalisation.

67. Partant de cette présentation de la notion du secret bancaire, la présente étude vise dans une première partie, à décortiquer l'institutionnalisation du secret bancaire et l'instauration de son régime juridique propre, par la détermination des éléments du secret dans le domaine bancaire, afin de définir sa notion juridique, et déterminer ses éléments et son fondement et son étendue (*Titre premier*). Avant de faire une présentation des règles juridiques qui ont imposées des exceptions au secret bancaire (*Titre deuxième*).

68. Dans la deuxième partie, une étude des exceptions « exorbitantes » au secret bancaire sera faite (*Titre premier*). Avant de décrire le nouveau régime mise en place de la notion, et de dresser les causes de la sauvegarde de la notion du secret bancaire (*Titre deuxième*). Le secret bancaire reste une nécessité personnelle mais aussi bancaire, en dépit des réglementations émises qui doivent respecter leur légitimité de fondement. Puisque seule cette légitimité des réglementations émises, qui consolidera leur bonne application et leur survie : « une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi, mais elle doit être loi parce qu'elle est juste<sup>107</sup> ».

69. Pour source juridique, notre étude se référera principalement au Droit Français, tout en faisant rappels, dans les limites nécessaires, aux systèmes de Droit libanais et helvétiques, qui ont eu le mérite de mettre en valeur les avantages et d'en tirer les bénéfices, de l'adoption d'un régime spécial du secret bancaire dans sa version absolue, respectivement aux niveaux régional et mondial.

---

<sup>106</sup> F. Xavier Testu, Caractères de la Lex mercatoria, in Principes internationaux d'origine non étatique, Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010, Chapitre 123

<sup>107</sup> Montesquieu, De l'Esprit des lois, 1748.

## PREMIERE PARTIE : L'INSTITUTIONNALISATION DU SECRET BANCAIRE

---

70. Bien que dérivé du secret professionnel<sup>108</sup>, le secret bancaire s'est imposé comme une notion juridique « hybride », avec ses versions absolues et relatives. Mais surtout, le secret bancaire s'est distingué des autres secrets professionnels, par le dispositif législatif dont il a fait l'objet. Au fil du temps, une série de textes de lois a étoffé le régime d'application du secret bancaire, et ont été édictés pour sa consécration textuelle, mais aussi pour lui imposer des exceptions. Ce régime juridique étoffé qui a encadré la notion, a mené à son institutionnalisation.

71. Si dans les sciences sociales, le processus d'institutionnalisation englobe la formalisation, la pérennisation et d'acceptation d'un système de règles sociales<sup>109</sup>. Transposé en domaine juridique suivant la maxime romaine *ubi societas, ibi jus*<sup>110</sup>, ce processus prend la forme d'une organisation de règles juridiques faisant expression de valeurs et, ou de normes sociales<sup>111</sup>. Au fait, le passage de la règle sociale à la règle de droit comporte un triple effet :

- 1) il établit une « forme minimale de reconnaissance réciproque »,
- 2) il inscrit le rapport social « sur une autre scène, celle du tenu pour juste », et
- 3) il rend chacun « virtuellement justiciable », redevable de cette scène tierce<sup>112</sup>.

72. Une première idée forte se dégage à ce stade, celle de la secondarité du droit : « *le lien social n'est jamais naturellement ou originellement juridique ; il le devient, éventuellement, dans un second temps lorsque se développe un besoin de stabilité dans son application, de publicité, ou de durabilité* »<sup>113</sup> dans la société. Le droit joue un rôle

---

<sup>108</sup> V. *Supra*, Introduction, p. 28

<sup>109</sup> P. Norel, L'institutionnalisation de la justice réparatrice. Paris, Le Harmattan, p. 209

<sup>110</sup> Où il y a une société il y a du droit ; V. aussi P. Descamps, Le sacre de l'espèce humaine. Le Droit au risque de la bioéthique, Presses Universitaires de France, 2009, p. 1-11

<sup>111</sup> J. Frette, Encyclopédie Universalis

<sup>112</sup> F. Ost, A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 41-42

<sup>113</sup> F. Ost, *Op.cité*, p.47

d'ancrage de la règle sociale : le social nourrit le droit qui, à son tour, rend visible et renforce le social<sup>114</sup>.

73. À notre sujet, l'institutionnalisation du secret bancaire<sup>115</sup> est l'état de droit établi autour des règles et pratiques sociales et professionnelles qui régissent son application, limitent son domaine et déterminent les cas de ses exceptions d'application.

74. D'où, il importe dans cette première partie de l'étude, d'examiner son application (*Titre I*), en définissant les éléments de l'obligation au secret bancaire, et ses sujets, et de décrire son domaine d'application. Et comme toute notion juridique, son application connaît aussi des limites, des exceptions d'application (*Titre II*) par lesquelles le banquier se trouve délié des charges de son obligation envers son client par des motifs d'intérêts plus primordiaux.

## **TITRE PREMIER : LES APPLICATIONS DU SECRET BANCAIRE**

75. La notion de secret bancaire telle que définie dans l'introduction de la présente étude, est une obligation. Un lien de droit entre des sujets, qui porte sur des informations de nature confidentielle. Il s'apparente sur ce point avec le secret professionnel comme notion juridique (*Chapitre I*), mais s'en distingue et acquiert une spécificité par sa nature juridique et son fondement. Une notion juridique qui, une fois ses éléments réunis, crée ses effets juridiques (*Chapitre II*) de droit au respect du secret.

### **CHAPITRE I : LA NOTION JURIDIQUE DE SECRET BANCAIRE**

76. Le lien de droit crée par le secret bancaire est une obligation. Et selon sa définition classique des *Institutes* de l'empereur Justinien<sup>116</sup>, l'obligation est un lien juridique entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles (le débiteur) est tenue envers l'autre (le créancier) d'exécuter une prestation. C'est une prestation qui forme une obligation pour le banquier et un droit pour son client. Pour décortiquer l'obligation de secret bancaire,

---

<sup>114</sup> Sans oublier que le droit n'est pas toujours le simple reflet des mœurs et des rapports sociaux et qu'il est, dans certaines circonstances, en avance sur ces contraintes et l'expression d'une certaine prévision ou utopie

<sup>115</sup> P. Morcos, *Le secret bancaire face à ses défis*, ISBN 978-2-8027-2456-8. p.59 ; Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946, n. 66, p. 155

<sup>116</sup> Justinien, *Institutes*, 3, 13, paragr. 1 : « *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* »

il sera nécessaire de faire l'étude de ses éléments (*section 1*), mais aussi de sa nature (*section 2*) et son fondement (*section 3*).

## **SECTION 1 : LES ELEMENTS DE L'OBLIGATION AU SECRET BANCAIRE**

77. Comme toute autre obligation juridique découlant d'actes juridiques, ou de l'autorité de la loi<sup>117</sup>, le secret bancaire oblige son débiteur à tenir secrètes les informations reçues de son client, le créancier, et à refuser de les communiquer, sauf autorisation expresse, ou dans les cas prévus par la loi.

78. Ainsi, l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier français prescrit 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 aux 5 et 8 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci, est tenu au secret professionnel* ». La violation du secret professionnel est réprimée par l'article 226-13 du Code pénal français pour toute révélation des secrets qui sont confiés à « toutes les personnes dépositaires, par état ou profession, ou par fonctions temporaires ou permanentes ».

79. En application des deux textes susmentionnés, sont soumises à l'obligation de secret bancaire les personnes de droit qualifiées comme établissements de crédit et les sociétés de financement, que leur pratique soit temporaire ou permanente. Sur ce, l'obligation au secret bancaire comporte des éléments, des parties, à savoir son débiteur et son créancier, et un objet, l'information à protéger. Dans ce contexte, il importe de déterminer les éléments de l'obligation au secret bancaire sous la section première, pour définir les personnes et autorités qui y sont encore soumises, et débitrices de l'obligation de secret bancaire (*sous-section 1*), les personnes bénéficiant de ses prérogatives (*sous-section 2*), et les informations couvertes par son d'application (*sous-section 3*).

---

<sup>117</sup> Article 1100 du C. Civil

## Sous-section 1 : Le débiteur de l'obligation

80. Le métier du banquier, dans sa fonction primitive, consistait à recevoir les dépôts pour le compte de ses clients. La fonction du banquier était auparavant celle du dépositaire<sup>118</sup>, sans pouvoir d'en disposer pour accorder de crédits avec les sommes reçues en dépôt. À cet effet, il est tenu de garder secrètes toutes les informations relatives aux opérations de dépôt de son client déposant<sup>119</sup>. Cette version primitive du secret bancaire consistait à protéger la confidentialité des listes des déposants et le montant de leurs dépôts.

81. Que ce soit une simple caisse de dépôts ou, tel que muté ultérieurement en établissement de crédit<sup>120</sup>, et finalement une institution financière pratiquant des opérations dites « connexes »<sup>121</sup>, le législateur ne fait pas de distinction dans la forme que prend la personne juridique de l'établissement de crédit.

82. Bien sûr, les réglementations de la profession bancaire et les conditions légales et institutionnelles d'accès à la profession ont rendu inconcevable, de nos jours, le cas du dépositaire personne physique, écarté *de jure* de la présente étude<sup>122</sup>. Le texte du législateur évoque expressément les personnes morales agréées comme établissement de crédit : « Avant d'exercer leur activité, les établissements de crédit doivent obtenir un agrément. Cet agrément est délivré à des personnes morales ... ». De même, l'ancien article L. 511-1 du Code monétaire et financier édictait que « les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1<sup>123</sup> ».

83. Ainsi, sont soumis à l'obligation au secret bancaire, toutes les personnes morales qui sont qualifiés par la loi comme établissements pratiquant les opérations de réception des fonds du public, de crédit, et des services bancaires de paiement<sup>124</sup>, ainsi que les opérations connexes tel que définies dans l'article L. 311-2 C. monét. fin.

84. De même, sont aussi tenus au secret professionnel selon le Code monétaire et financier toutes les personnes physiques qui agissent au nom desdites personnes morales

---

<sup>118</sup> V. *Supra* Les origines du secret bancaire – Introduction, p. 29 ; F. Rebuffat, Naissance de la banque, Universalis 2018.

<sup>119</sup> Article 1931 du C. civ

<sup>120</sup> Article L. 511-1 du C monét. fin

<sup>121</sup> Les opérations connexes aux activités de banque telles que citées dans l'article L 311-2 C. monét. fin.

<sup>122</sup> Article L. 511-10 du C monét. fin

<sup>123</sup> Loi n. 84-46 du 24 janvier 1984, article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>124</sup> Article L. 311-1 du C. monét. fin



ou employées par elles, ou qui pratiquent une fonction de contrôle des activités des établissements de crédit :

- tout membre d'un conseil d'administration, 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 ou qui est employée par celui-ci<sup>125</sup>
- les membres du Conseil de la politique monétaire<sup>126</sup> ;
- les agents de la Banque de France<sup>127</sup> ;
- toute personne qui, par ses fonctions, a accès aux documents et informations détenus par le fonds de garantie des déposants<sup>128</sup> ;
- les dirigeants, salariés et préposés des entreprises de marché<sup>129</sup> ; les dirigeants, salariés et préposés des chambres de compensation (art. L. 442-3) ; (art. L. 511-3) ;
- toute personne qui participe ou a participé aux délibérations ou aux activités du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement<sup>130</sup> ;
- les membres de la Commission des opérations de bourse<sup>131</sup> ;
- toute personne qui participe ou a participé au contrôle des sociétés ayant une activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers<sup>132</sup> ; les membres du comité consultatif de la gestion financière<sup>133</sup> ; les membres, les salariés, les préposés, les experts du Conseil des marchés financiers<sup>134</sup> ; les membres du conseil de discipline de la gestion financière<sup>135</sup>.

85. À ce titre, la détermination du débiteur de l'obligation au secret bancaire nécessite d'examiner dans un premier temps, les différentes formes que pourraient avoir un établissement de crédit, et ce en tant qu'entité juridique indépendante (§A) ou bien faisant partie d'un groupe financier (§B), et les implications du secret bancaire dans chaque cas.

---

<sup>125</sup> Article L. 511-33 du C. monét. fin

<sup>126</sup> Art. L. 142-5 du C. monét. fin.

<sup>127</sup> Art. L. 142-9 C. monét. fin.

<sup>128</sup> Art. L. 312-14 du C. monét. fin.

<sup>129</sup> Art. L. 441-3, inséré par la loi no 2001-1168 du 11 décembre 2001, D. 2002.47

<sup>130</sup> Art. L. 612-6 du C. monét. fin. inséré par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, dite « NRE », D. 2001.1673

<sup>131</sup> Art. L. 621-11 du C. monét. fin.

<sup>132</sup> Art. L. 621-22 du C. monét. fin.

<sup>133</sup> Art. L. 621-28 du C. monét. fin.

<sup>134</sup> Art. L. 622-6 du C. monét. fin.

<sup>135</sup> B. Py, Secret professionnel, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, D., février 2003 (actualisation : février 2017).

Mais aussi de décrire dans un second temps, les impératifs imposés par le secret bancaire aux différents types de personnel agissant au nom des établissements de crédit.

## **A. L'institution financière : la personne morale**

86. La personne juridique principalement débitrice de l'obligation au secret bancaire peut revêtir la forme d'établissement de crédit (§a), d'établissement pratiquant des activités connexes (§b). Mais avec le développement des moyens technologiques, la soumission des établissements de technologie financière, dits « *FinTech* » aux dispositions de secret bancaire soulève des hésitations (§c).

### **a. L'établissement de crédit**

87. Le débiteur principal de l'obligation de secret bancaire est l'établissement de crédit. Juridiquement, c'est la partie qui entre en relation contractuelle avec le client ayant droit à l'obligation au secret bancaire. L'ordonnance du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement<sup>136</sup> a reformulé la définition des établissements de crédit afin d'harmoniser les normes d'accès et d'exercice de l'activité de ces établissements de crédit dans l'ensemble de l'Union européenne, et sur la base de laquelle deux nouvelles catégories ont été instaurées :

- les établissements de crédit, et
- les sociétés de financement ou les sociétés financières spécialisées ne recevant pas de dépôts.

88. Les premiers sont définis comme les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir du public des fonds remboursables et à octroyer des crédits au public. Quant aux secondes, ce sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle et pour leur propre compte des opérations de crédit dans les conditions et limites définies par leur agrément.

89. La notion de « fonds du public », marquant la césure entre les deux catégories d'établissements, est remplacée par celle de « fonds remboursables du public »<sup>137</sup>, renvoyant à un décret en Conseil d'État pour définir les conditions dans lesquelles

---

<sup>136</sup> Ordonnance n. 2013-544 du 27 juin 2013 modifiant certains articles du code monétaire et financier JO français n. 148 du 28 juin 2013 p. 10682

<sup>137</sup> Art. 2 de l'ordonnance n. 2013-544 du 27 juin 2013 modifiant l'article L. 211-20 du C. monét. et fin.

l'émission de titres de créance est considérée comme de la collecte de fonds remboursables du public<sup>138</sup>. D'une façon générale, le secret professionnel du banquier est l'obligation imposée aux établissements de crédit, tels que définis auparavant, mais aussi aux sociétés de financement, de garder secrètes les informations relatives à leurs clients.

90. Pareillement, sont tenues à cette obligation les associations sans but lucratif et les 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<sup>139</sup>.

91. Dernièrement, le nouveau texte de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, en application de l'ordonnance n. 2015-558 du 21 mai 2015<sup>140</sup>, article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, a confirmé l'ancienne définition des établissements de crédit. Cette ordonnance a qualifié juridiquement les personnes morales en question, et ajouté même l'expression d'« entreprises » qui permet de tenir compte des succursales d'établissements de crédit de pays tiers<sup>141</sup>, et dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1 dudit code.

92. Ainsi, et en application de l'article L. 511-33 du même code, toutes les personnes de droit ayant la qualification d'établissements de crédit ou de sociétés de financement, suivant la définition susmentionnée, et même les succursales des entreprises étrangères de crédit, sont donc débitrices de l'obligation de secret bancaire. Elles doivent tenir secrètes les informations relatives aux opérations qu'elles entreprennent, et entreprendre les actes passifs mais aussi positifs qui sont les différentes formes de l'obligation de secret bancaire<sup>142</sup>. Qu'elle que soit leur forme, elles sont toutes tenues à ladite obligation de confidentialité.

---

<sup>138</sup> Article L. 313-1 du C. monét. et fin.

<sup>139</sup> Art. R. 518-57 du C. monét. et fin.

<sup>140</sup> JO français n. 117 du 22 mai 2015 p. 8661

<sup>141</sup> Relevant d'États non partis à l'accord sur l'Espace économique européen

<sup>142</sup> V. *Infra*, p. 150

## **b. Les établissements pratiquant des activités connexes**

93. Les personnes morales sont qualifiées d'établissement de crédit par les activités qu'elles exercent. L'article L. 511-33 du Code monétaire et financier définit les personnes qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 du même code, et ce, en conformité avec la réglementation européenne en vigueur. Suivant les deux articles précités, les établissements qui pratiquent des activités connexes aux opérations de crédit, de réception de fonds, ou aux services de paiement, sont également soumis à l'obligation au secret bancaire. Ainsi, tout établissement, qu'il soit qualifié d'établissement de crédit, suivant la définition qui lui est accordée par le législateur, ou qui pratique une ou plusieurs des opérations citées à l'article L. 311-2, est débiteur de l'obligation au secret bancaire. L'article L. 311-2 du Code monétaire et financier prévoit que les établissements de crédit peuvent aussi effectuer les opérations connexes à leur activité :

1. Les opérations de change ;
2. Les opérations sur or, métaux précieux et pièces ;
3. Le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier ;
4. Le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine ;
5. Le conseil et l'assistance en matière de gestion financière, l'ingénierie financière et d'une manière générale tous les services destinés à faciliter la création et le développement des entreprises, sous réserve des dispositions législatives relatives à l'exercice illégal de certaines professions ;
6. Les opérations de location simple de biens mobiliers ou immobiliers pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail ;
7. Les services de paiement mentionnés au II de l'article L. 314-1 selon l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009, article 3, en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2009 ;
8. L'émission et la gestion de monnaie électronique selon la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013, article 5-II ;
9. Les services d'investissement au sens de l'article L. 321-1.

94. Toutes les entreprises qui pratiquent une des opérations précitées, notamment la gestion de capitaux ou de fonds, et même les courtiers en bourse, sont soumises par leur vocation professionnelle au respect du secret bancaire. Elles sont considérées débitrices

de l'obligation au secret bancaire et seront passibles des peines prévues à l'article 226-13 du Code pénal français.

95. Parmi, les activités également connexes aux activités bancaires et à celles des établissements de crédit, figure celle des dépôts à coffre-fort. Bien que ne figurant pas parmi les opérations citées sous l'article L. 311-2 du Code monétaire et financier, et qu'elle soit de moins en moins utilisée par le public des banquiers, ceux-ci avaient l'habitude d'offrir à leurs clients le service de dépôt à coffre-fort de choses mobilières, contre une rémunération forfaitaire. Le principe de déposer ses valeurs chez autrui, afin de s'en assurer la conservation, date de l'Antiquité. C'étaient alors les temples, les couvents et les églises qui remplissaient ce rôle, avant d'être remplacés par les banquiers comme les Trapézistes d'Athènes, et les banquiers de Babylone<sup>143</sup>. La location d'un coffre-fort est un acte d'administration du patrimoine suivant les dispositions du Code civil<sup>144</sup>. À cet égard, l'établissement de crédit est astreint à deux obligations principales :

- de surveiller l'accès au coffre-fort<sup>145</sup>, et
- d'assurer la sécurité du coffre<sup>146</sup>, et par conséquent la préservation de son contenu.

96. Mais à ces deux obligations, s'ajoute évidemment, en application des principes généraux du contrat de dépôt, le secret bancaire<sup>147</sup>, puisque le banquier doit tenir secrète l'identité des titulaires de coffres forts ouverts dans son établissement, en vertu de sa soumission à l'obligation au secret bancaire par sa vocation professionnelle, mais aussi en vertu des dispositions de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier. En plus de ces dispositions, dernièrement le ministère de l'économie et des finances, a arrêté à la date du 24 avril 2020 modification des articles 164 et suivants de l'annexe IV du code général des impôts<sup>148</sup>, imposant, non pas au banquier, mais à tous les clients qui louent un coffre dans leurs banques de les déclarer au fisc à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2020. Ce

---

<sup>143</sup> A. Teissier, Le secret professionnel du banquier, t. I, LGDJ, p. 11.

<sup>144</sup> Article 1931 du Code civil

<sup>145</sup> C. Meunier, Le contrôle de l'accès aux coffres-forts : une obligation de moyens, RBD, 1990, p. 218.

<sup>146</sup> Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 12 décembre 1955 : Bull. civ. I, n° 439 ; RTD com., 1956, p. 297, observation de Becqué et M. Cabrillac. ; Cass. com., 15 janvier 1985 : RB, 1985, p. 641, observation de J. L. Rives-Lange ; RTD com., 1985, p. 546, observation de M. Cabrillac et B. Teyssié ; CA Paris, 9 octobre 1986 : D., 1987, Somm., p. 304, observation de M. Vasseur ; RTD com., 1987, p. 236, observation de M. Cabrillac et B. Teyssié ; RJC, 1987, p. 145, note de Gallet.

<sup>147</sup> Fiches d'orientation, D., 24 avril 2017 et 13 avril 2018 ; CA Paris, 6 février 1975 : D., 1975, p. 318, note de J. Vézian ; Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 2 juin 1993.

<sup>148</sup> JORF n. 111 du 6 mai 2020

texte vient compléter la réglementation applicable aux services de location de coffre-fort comme étant une activité connexe, et s'inscrit dans une ligne de limitation du domaine d'application du secret bancaire, qui est applicable dans la matière.

### **c. Le cas des établissements de technologie financière (*FinTech*)**

97. Bénéficiant du développement des moyens technologiques, et leur emploi dans les activités bancaires traditionnelles, la technologie financière, aussi dénommée *FinTech*, est un secteur d'activité qui déploie la technologie pour améliorer les activités financières<sup>149</sup>. Depuis les années 2010, ce domaine est en pleine expansion car de nouveaux modèles disruptifs viennent concurrencer les banques et les assureurs traditionnels, comme le prêt entre particuliers mais aussi les systèmes de paiement (paiement par mobile, vérification des transactions financières...), d'échanges de devises et d'assurance habitation<sup>150</sup>.

98. Dans le domaine bancaire et financier, un des secteurs les plus régulés au monde, les établissements dit *FinTech* présentent des risques d'atteintes aux données personnelles et à la vie privée<sup>151</sup>. Lesdits établissements ne sont pas qualifiés des établissements de crédit au sens du Code monétaire et financier<sup>152</sup>, et de ce fait ne sont pas soumis au secret bancaire<sup>153</sup> au sens strict du terme. Pourtant, et pour le besoin de rendre leurs prestations, ils ont un accès aux données bancaires : l'exécution de ces prestations, tels que les paiements mobiles, leurs permettent de collecter et centraliser les données bancaires (compte, banque, somme déboursée et affectation de paiement) de la personne ayant recours à leur services. De plus, les clients multi bancarisés sont sujets d'une vision globale de leurs comptes sur une seule interface. Et encore, de nouvelles formes d'accès

---

<sup>149</sup> Selon la définition de la technologie financière figurant dans la résolution du Parlement européen du 17 mai 2017 indique que la technologie financière devrait être interprétée comme une activité financière rendue possible par de nouvelles technologies ou fournie par l'intermédiaire de ces technologies, touchant l'ensemble du secteur financier dans toutes ses composantes, des opérations bancaires aux assurances, en passant par les fonds de pension, le conseil en investissement, les services de paiement et les infrastructures de marchés. JOUE, 30 aout 2018.

<sup>150</sup> Les sociétés *FinTech* ont connu entre 2012 et 2014 un essor mondial<sup>5</sup>. En effet, les volumes investis dans les *FinTech* sont devenus importants, avec des montants levés passant de 2,5 milliards € en 2012 à 12,1 milliards € en 2014 et 20 milliards \$ en 2015<sup>6</sup>, et des sociétés parfois non cotées en Bourse valorisées plus de 1 milliard US\$. Cette vague de développement des *FinTech* a eu plus d'effet aux États-Unis qu'en Europe, avec l'apparition de sociétés comme *Lending Club*, *Square*, *Stripe* valorisées à plus d'un milliard de dollars malgré seulement quelques années d'existence. (Source PME finance, <http://www.pmefinance.org/documents/RapportFintech2020-reprendre!initiative-23OCT15.pdf>)

<sup>151</sup> J. Morel-Maroger, L'apport des *FinTech* au droit bancaire : les nouveaux risques La protection de la vie privée et des données personnelles de l'utilisateur du secteur bancaire, Revue de Droit bancaire et financier n. 1, Janvier 2017, dossier 8

<sup>152</sup> Art. L. 511-1 C. monét. fin.

<sup>153</sup> V. *Infra*, les contractants des établissements de crédit, p. 64 et Art. 511-33 (al.4) et L.521-5 et 521-6 C. monét. fin.

au crédit par le biais de la finance participative<sup>154</sup>, et nouveaux services de paiement qui sont exercés à travers les nouveaux statuts de prestataires de services de paiement créés par la directive DSP 2. Ces derniers étant autorisés à accéder au compte bancaire en ligne du client, avec son autorisation, soit pour récupérer les informations des comptes de paiement, soit pour initier un paiement<sup>155</sup>. Ces prestations permettent ainsi l'usage dit du grattage d'écran (*screen scraping*) qui consiste à demander au client son identifiant et mot de passe bancaire pour le stocker, et l'utiliser afin de lui permettre de se connecter au service offert. Cette technique implique ainsi non seulement l'accès d'un tiers aux données personnelles des clients mais aussi la renonciation de celui-ci au secret bancaire !

99. À ce titre, le législateur est intervenu dans la Directive européenne des services de paiement (DSP 2)<sup>156</sup>, sous l'influence du droit de l'Union européenne, afin d'imposer aux établissements de crédit gestionnaires de compte de collaborer avec les autres prestataires de services de paiement. Les articles L. 312-23 et L. 521-5 du Code monétaire et financier posent les principes directeurs. D'une part, « *les règles régissant l'accès des établissements de paiement (y inclus les établissements FinTech) et des établissements de monnaie électronique aux services de comptes de paiement tenus par des établissements de crédit au nom des autres prestataires de services de paiement doivent être objectives, non discriminatoires et proportionnées...* »<sup>157</sup>. D'autre part, « *les prestataires de services de paiement n'ont accès à des données à caractère personnel nécessaires à l'exécution de leurs services de paiement, ne les traitent et ne les conservent qu'avec le consentement exprès de l'utilisateur de services de paiement* »<sup>158</sup>. Ainsi, le législateur européen a imposé aux établissements *FinTech* une agrégation de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution («ACPR»), ainsi que l'agrément du

---

<sup>154</sup> Sur les nouvelles obligations imposées aux plateformes de la finance participative (*crowd funding*) par la loi pour une République numérique, V. N. Martial-Braz, L'impact de la loi pour une République numérique sur le droit bancaire, RD bancaire et fin. 2016, comm. 204

<sup>155</sup> J. Raguénès, Banques et FinTech face à la réglementation, Banque 2016, p. 42 s.

<sup>156</sup> Ord. n. 2017-1252, 9 août 2017, portant transposition de la directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur. V. J. Lasserre Capdeville, Nouvelle réforme des services de paiement : la « DSP2 » est transposée, JCP G 2017, 923 ; V. P. Storrer DSP 2, le futur du paiement, Banque et droit hors-série 2016 ; P. Storrer, Du droit de donner libre accès à son compte de paiement, Banque et Droit hors-série 2016, p. 14 s. T. Verbiest et E. Corcos, La directive révisée sur les services de paiement, RD bancaire et fin. 2016, étude 17

<sup>157</sup> Art. L. 312-23C. monét. fin.

<sup>158</sup> Art. L. 521-5 C. monét. fin.

prestataire de services de paiement mandant. Ils seront ainsi tenus à un certain nombre d'obligations, et entre autre la limitation de l'utilisation des données collectées strictement nécessaire à la fourniture de leur service<sup>159</sup>.

Malgré ces réglementations, l'accès des établissements *FinTech* aux données bancaires, et ainsi leur soumission aux prescriptions de l'obligation au secret bancaire demeure un domaine juridique peu solide. L'emploi des nouvelles technologies et des algorithmes de plus en plus puissants, conduisent ainsi à s'interroger sur leur comptabilité avec les principes de respect de la vie privée, avec une autorisation « précipitée » des ayants-droits aux informations bancaires lors du traitement des opérations de paiement. Pour cela, des rapports des groupes de travail préconisent « un changement de paradigme : il convient de passer d'une culture du secret à une culture de l'accès aux données dans le domaine bancaire et financier »<sup>160</sup>.

100. Dans ce contexte, il demeure nécessaire de préserver le respect de la vie privée et donc de limiter l'accès aux données à caractère personnel, sauf consentement desdites personnes. Surtout, quand ce consentement étant systématiquement demandé et « délibérément » consenti pour permettre l'accès aux services des *FinTech*, devenus banals et quotidiens.

## **B. Les établissements de crédit faisant partie d'un groupe de sociétés**

101. Avec la mondialisation des activités bancaires, les établissements de crédit se sont concentrés dans des structures de plus en plus complexes de groupe de sociétés, pour permettre d'un côté d'affecter chaque catégorie d'opérations dans une structure juridique indépendante, et d'un autre côté d'ouvrir de nouveaux marchés dans des filiales ou de succursales, toutes sous un même groupe de sociétés. Cette nouvelle mutation dans la structure des établissements de crédit a rencontré différents défis, parmi lesquels se

---

<sup>159</sup> Si le secret porte sur l'existence même du compte, mais également sur les mouvements constatés et les soldes, et si les professionnels du secteur bancaire sont tenus par le secret, le titulaire du compte en souscrivant aux services de paiement mobile peut y renoncer. En outre, l'article L 511-33 du Code monétaire et financier prévoit que : «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 ».

<sup>160</sup> FINTEC, Rapport du groupe, Paris Europlace, Les impacts des réseaux distribués et de la technologie Blockchain dans les activités de marché, 23 oct. 2017, spéc. p. 82.



trouve l'application du secret bancaire dans l'espace et au sein du même groupe et des sociétés y appartenant<sup>161</sup>.

102. À quel niveau de la structure juridique les informations confidentielles sont communicables sans pourtant violer leur confidentialité ? Qu'en serait-il pour les filiales et les succursales de l'établissement de crédit contractant ?

103. De principe, le secret bancaire est une obligation à la charge de l'établissement qui est en relation contractuelle avec son client. Donc, la charge de confidentialité qui y est imposée incombe à l'établissement, partie contractante avec le client. Celle-ci doit restreindre la communication des informations protégées par le secret bancaire à son personnel qui a fonction à les consulter. Mais cela inclut-il les dirigeants des sociétés qui détiennent contrôle de l'établissement contractant ? Et la transmission des informations confidentielles serait-elle ouverte entre la société-mère et sa succursale ou filiale ?

104. La solution dépend de l'indépendance juridique. Pour cela, le sujet de la délimitation du domaine d'application secret bancaire et de son opposabilité au sein d'un groupe sera traité successivement suivant les cas de la société holding (§a) où le rapport relationnel est vertical, mais aussi pour le cas des succursales ou filiales des banques étrangères (§b), où le rapport est horizontal.

#### **a. La société Holding**

105. Si l'établissement de crédit soumis à l'obligation au secret bancaire appartient à une structure juridique contrôlée par une société holding, celle-ci, et pour des raisons de surveillance et de gestion, doit communiquer des informations couvertes par le secret à la société mère<sup>162</sup>. Bien que tous les actes de contrôle ne nécessitent pas le partage d'informations précises sur la clientèle, certaines opérations de répartition de risques financiers nécessitent l'obtention de l'identité du client et de la valeur de son engagement.

---

<sup>161</sup> V. *Infra*, L'internationalisation des activités bancaires, p. 225

<sup>162</sup> A. Rappo, Le secret bancaire sa portée dans le temps, dans l'espace et dans les groupes de sociétés, Stampflfi 2002, p. 191.

106. Sur cette base, l'article L. 511-34 du Code monétaire et financier a soumis au secret professionnel prévu à l'article L. 511-33 du même code « les entreprises établies en France et qui font partie :

1. D'un groupe financier ou d'un groupe comprenant au moins une société de financement ;
2. Ou d'un groupe au sens de l'article L. 356-1 du Code des assurances ;
3. Ou d'un groupe mixte ou d'un conglomérat financier. »

Et a permis de leur divulguer :

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 entités réglementées ou sociétés de financement ;
2. Les informations nécessaires à l'organisation de la lutte contre le blanchiment des capitaux et contre le financement du terrorisme ;
3. Les informations nécessaires à l'organisation de la détection des abus de marché ;
4. Les informations nécessaires à la gestion des conflits d'intérêts au sens de l'article L. 533-10 du Code monétaire et financier ».

107. D'où, les personnes qui reçoivent ces informations en application de leur mission de contrôle et de gestion au sein d'un même groupe, 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.

108. En outre, en application du dernier alinéa de l'article L. 511-34 du Code monétaire et financier qui prescrit que « *ces dernières informations ne peuvent être communiquées à des personnes extérieures au groupe, à l'exception des autorités compétentes des États visés au premier alinéa...* ». Les informations confidentielles ne sauraient être communiquées aux personnes extérieures au groupe en confirmation de l'application des prescriptions du secret bancaire aux seules personnes du même groupe à l'exception des autorités compétentes » des États membres de l'Union européenne, des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans les États où l'ACPR ou l'AMF ont conclu des accords avec les autorités homologues. Toutefois, le secret bancaire reste applicable à l'égard des « autorités des États ou territoires dont la législation est reconnue insuffisante ou dont les pratiques sont considérées comme faisant obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux ou le financement du terrorisme par l'instance internationale de concertation et de coordination en matière de lutte contre le

blanchiment d'argent ». Si cette dernière précision relevant du texte de l'article L. 511-34 du Code monétaire et financier pose une limite aux échanges des informations couvertes par le secret bancaire aux autorités étrangères, mais elle demeure une appréciation incomplète si les éléments de qualification ne sont pas définis, mais aussi révisés et mises à jour, d'une façon précise.

### **b. La société filiale ou succursale**

109. Dans le cas de la relation de l'établissement de crédit soumis à l'obligation de secret bancaire avec ses filiales ou ses succursales, 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 hormis les cas des dérogations envisagées par l'article L. 511-33 dans son 6ème alinéa<sup>163</sup>. À l'inverse, la filiale ne peut pas transmettre de telles informations à sa société mère. En revanche, la succursale n'a pas de personnalité juridique propre. Elle ne constitue qu'une simple structure décentralisée. Le secret est dès lors inopposable entre l'établissement principal et la succursale, dans la mesure où il n'existe pas, par principe, d'obligation de discrétion à l'intérieur d'une même personne morale. Cette dernière solution devrait, néanmoins, pouvoir trouver une exception pour les succursales qui sont intégrées juridiquement à la société mère (banque étrangère). En vertu des principes du droit commercial, cette dernière répond de l'ensemble des dettes de la succursale et de ce fait, le secret bancaire ne pouvait lui être opposé.

110. À titre de comparaison, la Suisse a résolu cette problématique par une ordonnance sur les banques étrangères qui dispose que les succursales étrangères doivent bénéficier

---

<sup>163</sup> « Le personnel des établissements de crédit, des sociétés de financement, des compagnies financières holding, des compagnies financières holding mixtes et des entreprises mères de société de financement soumis au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, ainsi que le personnel des prestataires externes de ces personnes, peuvent signaler à l'Autorité les manquements et Infractions potentiels ou avérés au règlement (UE) no 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (Ord. n. 2017-1107 du 22 juin 2017, art. 5, en vigueur le 3 janv. 2018). Et « au règlement (UE) n. 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 », aux dispositions du présent titre et du titre III du présent livre ou d'un règlement pris pour leur application ou de toute autre disposition législative ou réglementaire dont la méconnaissance entraîne celle des dispositions précitées. Les signalements sont faits sous forme écrite et accompagnés de tout élément de nature à établir la réalité des faits signalés ».

d'une certaine autonomie qui leur permet d'assurer elles-mêmes leur gestion et leur surveillance<sup>164</sup> afin d'éviter toute violation du secret bancaire.

111. En Droit français, il n'y aucune disposition similaire, à part la soumission de toute personne recevant ces informations à la condition prévue de l'article L. 511-34 du C. monét. fin. « de respect du secret professionnel dans les conditions et sous les peines mentionnées à l'article L. 511-33 du C. monét. fin.», ce qui lierait les organes de la banque étrangère aux prescriptions du secret bancaire français. En vertu de cet article, le débiteur de l'obligation de secret bancaire, est l'établissement de crédit, l'établissement pratiquant des activités connexes au sens de l'article L. 311-2 du C. monét. fin. avec les limitations dans les cas des établissements pratiquant au sein d'un groupe de sociétés.

112. Que ce soit un établissement de crédit indépendant, ou faisant partie d'un groupe financier, il est le débiteur principal de l'obligation au secret bancaire. Mais, celle-ci est prescrite légalement aussi au personnel de ce dernier.

### **C. Le personnel des établissements de crédit**

113. Les dispositions de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier<sup>165</sup>, imposent aussi aux représentants et employés des établissements de crédit le respect de l'obligation au secret bancaire, au même titre que les entités auxquelles ils sont subordonnés. Sur fondement strictement contractuel, les effets du secret bancaire devraient se limiter aux parties contractantes<sup>166</sup> à savoir l'établissement de crédit et son client. Mais qu'en est-il des personnes qui agissent au nom de l'institution ? C'est cette brèche que le législateur a voulu combler par le texte en englobant le personnel de l'établissement de crédit sous la responsabilité du respect du secret bancaire par le texte de l'article L. 511-33 du C. monét. fin.

114. Parmi les représentants et employés du secret bancaire, il serait évident d'imposer l'obligation au secret bancaire aux seules personnes qui auront ou pourront avoir accès aux informations secrètes des clients. Ce qui excluent les actionnaires et les membres du conseil d'administration de l'établissement de crédit, du moment qu'ils ne participent

---

<sup>164</sup> Ordonnance de la commission fédérale des banques, RS 952-111, RO 1997, p. 92; Ordonnance du 14 septembre 1973, RO 1973, p. 1574.

<sup>165</sup> Article L.511-33 C. monét. fin: « 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 aux 5 et 8 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci, est tenu au secret professionnel. »

<sup>166</sup> Art. 1199 C. Civ. ; v. *Infra* le fondement du secret bancaire, p.130

pas à sa gestion et n'ont pas accès aux informations des clients. Cette obligation survit même après le terme de la mission du gestionnaire ou du contrat de travail de l'employé, et ce, par application des dispositions de l'article 226-13 du Code pénal, qui impose le secret professionnel aux personnes recevant « par profession » ou « en raison d'une fonction » les informations à caractère secret. Ainsi, par leur fonction, et à partir de la date de leur prise de fonction, le personnel et les représentants des établissements de crédit sont des débiteurs de l'obligation au secret bancaire leur obligeant de tenir secrètes les informations des clients des établissements de crédit auxquels ils sont subordonnés<sup>167</sup>, même après l'expiration de leur fonction<sup>168</sup> en raison de laquelle ils ont eu connaissances de ces informations. Il importe de souligner que la responsabilité des employés pour la violation du secret bancaire, en vertu des dispositions législatives susmentionnées, n'exclut pas la responsabilité civile de l'établissement qui y est tenu, par application des dispositions de l'article 1242 du Code civil (alinéa 5)<sup>169</sup>.

115. En plus de la responsabilité civile et pénale des employés et représentants des établissements de crédit, en vertu respectivement des articles L. 511-33 du Code monétaire et financier, et 226-13 du Code pénal, ceux-ci sont éventuellement soumis à une responsabilité disciplinaire au sein même de l'établissement auquel ils sont subordonnés, dans le cas de violation de leur obligation au secret professionnel.

### **a. Le directeur**

116. Comme précisé clairement dans l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, les directeurs des établissements de crédit sont les principaux débiteurs visés par l'obligation prescrite dudit texte. L'établissement de crédit comme personne juridique, étant le principal débiteur assujetti au secret bancaire, agit comme personne juridique par

---

<sup>167</sup> Ainsi pour les techniciens du service informatique qui, à raison de leurs fonctions, peuvent avoir accès ponctuellement à l'application, doivent être dûment avertis par une clause dans leur contrat de travail de leur obligation au secret professionnel et des conséquences en cas de non-respect de cette obligation, Avis CNIL 12 mai 1987 n. 87-50

<sup>168</sup> CEDH, 7 mars 2000, Séguin c/ France, n. 42400/98 § 4

<sup>169</sup> Le même texte que l'ancien article 1384 du Code civil : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. [...] Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés... »

le biais de ses représentants, qui, du fait de leur fonction, sont soumis au respect du secret bancaire.

117. La soumission des directeurs et gestionnaires des établissements de crédit aux prescriptions du secret bancaire ne fait aucun doute. Principalement par la clarté du texte de loi de l'article L. 511-33 C. monét. fin précité, mais surtout pour leur permettre d'exercer leurs fonctions et charges qui nécessitent leur accès au plus infime des données des clients et de leurs opérations bancaires. La soumission du directeur d'un établissement de crédit n'est pas limitée dans sa portée dans le temps par la durée de son mandat, puisque le débiteur y reste soumis même après l'expiration dudit mandat. La fonction de gestionnaire est qualifiée par l'autorité accordée à celui-ci d'agir au nom de l'établissement. Dès lors qu'un directeur, de par sa fonction, a eu connaissance des informations de nature discrète, il reste tenu de son obligation, même après le terme de sa mission de gestion.

#### **b. Les employés**

118. Bien que n'ayant pas de relation contractuelle avec les clients des établissements de crédit, les employés de ces derniers sont tenus au respect des prescriptions du secret bancaire, et ce suivant les termes de l'article L.511-33 précité, mais aussi du fait de leur relation contractuelle de préposé du débiteur principal de ladite obligation, à savoir les établissements de crédit. Les textes de lois du Code Pénal et du Code monétaire et financier, emploient l'expression « employé », ce qui, selon la définition du Code du travail, lie par une relation de subordination le préposé à son employeur.

119. De ce fait, tout contractant non soumis aux dispositions du droit du travail est en principe exclu de la portée de l'obligation au secret bancaire, sauf prescriptions législatives expresses et spéciales.

120. La confiance du secret tient obligation à celui qui l'a reçu. Celui-ci est tenu comme principal débiteur en application du texte de l'alinéa premier de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier.

121. À cet égard, les employés de banque qui prennent connaissance des informations couvertes par le secret bancaire, sont tenus de respecter leur obligation de confidentialité, même entre eux et « d'employé à employé<sup>170</sup>».

122. Si l'employé de l'établissement de crédit est sans aucun doute soumis à l'obligation au secret bancaire, qu'en est-il des employés à titre de bénévoles ou de stagiaires ? Le bénévole est « celui qui s'engage librement pour mener une action non salariée en direction d'autrui en dehors de son temps professionnel et familial<sup>171</sup> ».

123. À première lecture, certains pourraient penser que l'article 226-13 du Code pénal, remplaçant l'ancien article 378, n'a pas vocation à s'appliquer aux non-professionnels que sont les bénévoles. Pourtant, ledit texte impose le secret à toute « personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». Même sans rémunération, il peut arriver qu'un bénévole occupe une fonction qui entraîne son assujettissement au secret professionnel. Par exemple, dans le domaine du soin médical : « Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé [...] a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ; [...] ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes.<sup>172</sup> » Parmi les illustrations du champ d'application du secret peuvent être citées quelques fonctions bénévoles : juré de cour d'assises, représentant des parents d'élèves, accompagnant en soins palliatifs, éducateur sportif, etc. C'est pourquoi certains préconisent d'utiliser désormais l'expression de secret « fonctionnel » plutôt que professionnel, d'autant plus que l'obligation de respect pèse également sur les étudiants et les stagiaires qui ne sont pas non plus, *stricto sensu*, des professionnels.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> CE, 1<sup>er</sup> juin 1990, JCP, 1990, I, 20060 : « Les salariés de la banque ne doivent divulguer aucune information concernant les affaires de la banque ou les intérêts des tiers, autres membres du personnel compris. »

<sup>171</sup> CES, avis du 24 février 1993.

<sup>172</sup> CSP, article L. 1110-4, loi n. 2002-303 du 4 mars 2002.

<sup>173</sup> B. Py, Le secret professionnel : une obligation de se taire, JA, 2008, n. 386, p. 12 ; *idem*, Le secret professionnel, L'Harmattan, 2005, p. 23.

124. Sur base de la généralité du texte de l'article 226-13 du Code pénal, les bénévoles sont assimilés aux employés pour le respect de l'obligation au secret bancaire imposé à ces derniers, mais surtout à l'entreprise avec laquelle ils sont liés.

125. La catégorie des débiteurs à titre d'employés de l'obligation au secret bancaire étant déterminée, il est évident, et du fait de la loi, que peu importe si ladite obligation est mentionnée dans les contrats de travail des employés de banque, puisqu'elle relève du droit positif applicable à ces contrats.

126. Et dans la même logique juridique, la portée de cette obligation dans le temps survit après l'expiration du contrat de travail puisque la source de l'obligation de l'employé découle du texte législatif et non pas du contrat de travail, et donc tout avenant à la relation contractuelle n'affecte pas la portée de l'obligation de l'employé de l'établissement de crédit à cet égard.

### **c. Les lanceurs d'alerte**

127. Si l'article 226-13 du Code pénal, auquel l'article L.511-33 du Code monétaire et financier renvoie, fait partie de la section IV relative aux « atteintes au secret », du chapitre VI du livre II intitulé « Des crimes et délits contre les personnes » du Code pénal sanctionnant les « atteintes à la personnalité ».

128. Et si l'atteinte au secret bancaire est donc une atteinte à un droit au respect de sa vie privée. Le secret bancaire, qui n'est qu'une obligation de confidentialité, doit s'incliner face aux droits de l'homme. Le motif le plus important d'atteinte au secret du patrimoine reste la recherche des infractions. C'est à ce titre, que la mission de transparence<sup>174</sup> du lanceur d'alerte<sup>175</sup>, dans le but de la recherche des infractions, rentre en conflit avec le domaine de protection de la confidentialité imposée par l'obligation au secret bancaire. Ce conflit se dessine autour de la situation contradictoire dans laquelle se trouve le personnel de la banque, entre son obligation légale au secret bancaire et sa participation à la dénonciation des infractions, et l'appréciation délicate qu'il doit entreprendre à cet égard.

---

<sup>174</sup> V. *Infra*, Les intérêts de la limitation du champ d'application du secret bancaire, p.326

<sup>175</sup> Apparu aux États-Unis, le lancement d'alerte y est défini de manière stricte comme le fait que des membres d'une organisation rendent publiques des pratiques illégales, immorales ou illégitimes, qui sont de l'autorité de leur employeur, à des personnes ou à des organisations dont l'action peut changer la situation. Le lanceur d'alerte s'inscrit d'une part dans la tradition démocratique nord-américaine. La figure originelle du *whistleblower* apparaît comme un auxiliaire de l'État dans la lutte contre la fraude et la criminalité financière en contrepartie d'une rémunération. Les États-Unis ont ainsi consacré un statut protecteur des lanceurs d'alerte dès le XIXe siècle par le truchement du « False Claims Act » en 1863.



129. Basée sur le besoin renforcé de protection de la société, et dans le domaine bancaire de contrer les fléaux des activités de blanchiment d'argent, de financement du terrorisme, ou plus récemment de fraude fiscale<sup>176</sup>, la participation des membres de la société à cette mission publique a généré la catégorie des lanceurs d'alerte. La loi impose désormais à certaines professions d'adresser des « déclarations de soupçon » à un service spécial au ministère des Finances (TRACFIN) en cas de doute sur l'origine des fonds<sup>177</sup>.

130. Ces réformes s'inscrivent à la suite de l'affaire Cahuzac de 2012 et des scandales Luxleaks de 2014, et Swissleaks de 2015. Elles interrogent à la fois le statut des employés du secteur bancaire et du droit d'alerter. Les dispositifs d'alerte ont progressivement été mis en place en matière bancaire sous l'influence du droit européen. La directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement (directive CRD IV), transposée en droit français en 2014, impose la mise en place d'un dispositif de signalement à la fois externe et interne. Mais c'est la loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique qui a sensiblement renforcé le dispositif en matière d'alerte au sein des établissements de crédit<sup>178</sup> afin de stabiliser la situation financière mondiale grâce à l'identification rapide des comportements dangereux.

131. Ainsi, les employés du secteur bancaire et les prestataires externes peuvent signaler à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) « les manquements et infractions ». Et pour faciliter leur mission, une stricte confidentialité a été mise en place, et ceci dès la réception de l'information et pendant toute la durée de son traitement, sauf si le lanceur consent à la levée de son anonymat. Seules les personnes spécialisées de l'AMF et de l'ACPR ont accès à l'identité du salarié et de l'auteur désigné. De plus, deux immunités ont été créées pour éviter que le lanceur d'alerte ne se taise par peur de représailles : l'une protège son emploi, l'autre le préserve contre des poursuites pénales.

---

<sup>176</sup> V. *Infra*, les exceptions au secret bancaire pour des motifs d'intérêt général sécuritaire, p.206

<sup>177</sup> Article L. 561-2 du Code monétaire et financier. Passant ainsi d'une obligation passive, d'abstention de divulgation, le banquier doit assumer une obligation positive de révélation.

<sup>178</sup> Le dispositif s'impose aux entreprises du secteur bancaire et financier mentionnées aux 1 à 8 et 10 à 17 du II de l'article L. 621-9 du Code monétaire et financier, ainsi qu'à celles mentionnées à l'article L. 612-2 du même code lorsqu'elles exercent des activités soumises aux obligations fixées par les règlements européens ou le règlement général de l'AMF.

132. Ainsi, une disposition du Code monétaire et financier interdit les sanctions disciplinaires, licenciements, mesures discriminatoires, directes ou indirectes, ou toute autre mesure défavorable à l'encontre du lanceur d'alerte qui a signalé de bonne foi un manquement au sein de l'établissement de crédit<sup>179</sup>. Mais le plus important, une immunité pénale a donc été introduite à l'article 122-9 du Code pénal pour violation de l'obligation au secret bancaire, à condition que la divulgation soit « *nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause* ».

133. Si ces deux immunités placent l'intérêt général (consistant à prendre connaissance de faits délictueux) au-dessus de l'intérêt privé des clients des établissements de crédit au respect du secret bancaire. Néanmoins, ces immunités ne joueront que si certaines conditions sont respectées, à savoir qu'il agisse de bonne foi et que le signalement soit de manière désintéressée<sup>180</sup>. Ces conditions sont teintées d'une forte subjectivité qui peut conduire à un examen de cas par cas souvent délicat. De plus la notion du désintéressement est floue du fait qu'il peut être financier (le paiement d'une somme d'argent et la dénonciation par un concurrent) ou plus largement tout avantage personnel. Il reviendra aux juges de fonds de se prononcer sur la teneur de ces conditions, en espérant que leur interprétation ne sera pas excessivement restrictive de manière à vider la notion de son intérêt juridique, ni trop large pour rafler les derniers périmètres de l'obligation au secret bancaire<sup>181</sup>.

#### **D. Les cocontractants**

134. En plus des dirigeants et des employés, l'industrie bancaire requiert, de par sa fonction dans l'économie mais aussi de par la loi, le concours et l'intervention de personnes non subordonnées aux établissements de crédit, mais ayant des relations contractuelles avec ceux-ci, tels que les commissaires aux comptes, conseillers financiers, conseillers juridiques. Ces personnes sont les contractants indépendants qui exécutent une mission de consultation ou de support<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Art. L. 634-3 C. monét. fin.

<sup>180</sup> Art. L. 634-3 C. monét. fin.

<sup>181</sup> Fr. Barrière, Les lanceurs d'alerte, Rev. Sociétés 2017, p. 191, spéc. n. 32

<sup>182</sup> « Un établissement de crédit monégasque, auquel l'article L. 511-33 est applicable, ne viole pas le secret bancaire en transmettant des informations de nature confidentielle à une société avec laquelle il a conclu un contrat afin de bénéficier d'une assistance juridique, dans la mesure où cette communication est indispensable pour qu'un conseil pertinent puisse être délivré », CA Monaco, 30 mai 2011, JCPE, 2011, n° 1673, note de J. Lasserre-Capdeville.

135. Pour ce qu'il en est des contractants des personnes morales qui, par l'exercice de leur fonction, sont amenés à avoir connaissance des données confidentielles de leur client par les autorisations qui leur sont accordées à ce sujet, ils seront de ce fait liés par les règles légales de confidentialité des règles déontologiques leur interdisant de partager ces données avec quiconque, ainsi que de leur obligation générale de confidentialité prévue à l'article 1112-2 du Code Civil<sup>183</sup>. Dans le concours de leur mission, ces personnes, liées par des contrats de services, en général pour une période déterminée, se voient confier une mission déterminée. Elles ne sont pas soumises à l'obligation au secret bancaire, du simple fait que leur mission ne requiert pas, en général, une révélation des informations couvertes par le secret.

136. Les missions des contractants indépendants consistent souvent à conseiller le banquier lui-même, et sa structure propre, et ne touchent pas à la sphère de confidentialité des relations banque-client. C'est le banquier qui doit veiller, dans sa mission de discrétion, au strict respect de la confidentialité des informations relatives à ses clients.

137. En dépit du principe de non-inclusion des contractants indépendants dans la liste des débiteurs de l'obligation au secret bancaire, dans certains cas, ces contractants sont confrontés à des situations où les informations financières des clients des établissements de crédit, leur état d'endettement, leur défaut de paiement ou même leur enrichissement par des voies illégales, leur sont divulgués en vue de leur permettre d'accomplir la mission pour laquelle ils ont été embauchés.

138. Tel est le cas des avocats ou conseillers financiers qui représentent le banquier pour le recouvrement de sa dette envers le client, et qui donc sont des préposés du banquier dans un litige qui le confronte avec son client. Cet exemple figure parmi les cas d'inopposabilité du secret bancaire dressé par la jurisprudence stable<sup>184</sup>.

139. Mais le principe reste que les contractants indépendants auprès du banquier, n'ont pas accès aux informations des clients couvertes par le secret bancaire. Premièrement, par un motif de droit, celui de leur non-inclusion parmi les personnes assujetties au secret bancaire par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, et deuxièmement, du fait

---

<sup>183</sup> Art. 1112-2 C. civ. « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun »

<sup>184</sup> Cass. Com., 19 juin 1990, Bull. civ., IV, n. 179 ; D., 1992, Somm., p. 32, observation de M. Vasseur.

que l'accès aux informations secrètes n'est pas nécessaire pour l'accomplissement de leur mission, dédiée au banquier lui-même et à son administration. Ainsi, les prestataires des services de paiement, et en vertu des articles L.521-5 et 521-6 du Code monétaire et financier n'ont accès « à des données à caractère personnel nécessaires à l'exécution de leurs services de paiement, ne les traitent et ne les conservent qu'avec le consentement exprès de l'utilisateur de services de paiement ». De même, le commissaire aux comptes, comme organe indépendant chargé de s'assurer de la bonne conduite financière de l'établissement de crédit, n'aura pas accès aux informations des clients de celui-ci. Il en est de même pour les conseillers financiers.

140. Toutefois, l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier prévoit sous son alinéa 4 une condition *sine qua non* pour permettre au banquier de communiquer à des prestataires de services les informations couvertes par le secret, en citant expressément : « Dès lors que ces informations sont nécessaires à ceux-ci » pour l'accomplissement de leur tâche<sup>185</sup>. Le caractère confidentiel de ces informations reste préservé mais en étendant la sphère des personnes soumises à l'obligation au secret et en soumettant les personnes recevant les informations confidentielles à cette même obligation<sup>186</sup>. Par la structure de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, on peut affirmer que la question de la soumission des organes de contrôle et de leurs personnels aux impératifs de l'obligation au secret bancaire au même titre que les opérateurs cités à l'alinéa 3, ne saurait être assimilée au cas présent des contractants indépendants. Cette question sera traitée ultérieurement sous les exceptions au secret bancaire<sup>187</sup>, puisque l'exception accordée par le législateur aux organes de contrôle et autorités assimilées relève, d'un côté, d'un alinéa indépendant, et d'un autre côté, d'une référence exclusive de l'alinéa 4 « des opérations ci-dessus énoncées ».

141. En plus du dispositif législatif applicable aux prestataires de service décrit ci-dessus, le domaine d'application du secret bancaire est étendu à ceux-ci aussi par des contrats de non-divulgaration ou de confidentialité<sup>188</sup>. Par ces contrats préliminaires engagés avant toute fourniture de services, ou bien par des clauses insérées dans les

---

<sup>185</sup> J. Lasserre-Capdeville, Précisions utiles sur le secret bancaire français par les magistrats monégasques, JCPE, 22 septembre 2011, n. 38, p. 27 et s.

<sup>186</sup> Article L. 511-33 C monét. fin, alinéa 4 : « 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. »

<sup>187</sup> Voir *Infra* p. 162 s

<sup>188</sup> F. Testu, le contrat de confidentialité, D. référence Contrats d'affaires, 2010, p.268

contrats de service, un partage du secret est établi entre les établissements de crédits, débiteurs de l'obligation au secret bancaire. Par cette extension, la charge de l'obligation au secret bancaire est étendue aux prestataires de services cocontractants du banquier par une protection conventionnelle de la confidentialité, et engageant dans le cas de violation une responsabilité contractuelle en plus de la responsabilité pénale prévue à l'article 226-13 C. Pén.

## **Sous-section 2 : Le créancier de l'obligation**

142. Si le texte de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier a bien défini le débiteur de l'obligation au secret bancaire, son créancier n'a pas été désigné. Le législateur y a imposé une obligation à la charge du banquier, sans préciser qui en sera le bénéficiaire, ni qui dispose du droit de délier le banquier de sa charge. Est-ce une manière d'évoquer un droit absolu ouvert à tous, ou « le droit à l'anonymat<sup>189</sup> » en vertu du secret bancaire ?

143. En dépit de défaut de mention précise, l'obligation du banquier au secret bancaire n'est pas toutefois absolue dans sa teneur. Ainsi, et en puisant dans la source de l'obligation au secret bancaire, le créancier de cette obligation est le contractant de l'établissement de crédit<sup>190</sup>, qui rentre relation contractuelle avec cet établissement, le détenteur de l'information confidentielle, et à qui elle en profite. La qualification du créancier de l'obligation au secret bancaire tourne autour de son objet : l'information confidentielle. Celle ou celui qui détient une information confidentielle, telle que évoquée ci-après, et qui la confie à un professionnel sera créancier de l'obligation édictée à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier. Le créancier de l'obligation est toute personne juridique reconnue par la loi. Elle peut être, une personne physique comme une personne morale, nationale comme étrangère, et dès lors que celle-ci confie une information confidentielle au banquier, ce dernier sera tenu envers elle de protéger la confidentialité de ses données personnelles et pécuniaires. À titre de disposition du droit à la confidentialité, le créancier de l'obligation est le propriétaire de l'information, le

---

<sup>189</sup> J. Pousson-Petit, Le droit à l'anonymat, Mélanges Boyer.

<sup>190</sup> J. Lasserre Capdeville, Infractions relatives à l'activité exercée, Rép. D. Pén. et Pr. Pén., octobre 2018, n.243

principal ayant droit à la protection de la confidentialité de ses propres informations tenues par le banquier et l'ayant qualité juridique pour initier toute poursuite contre la violation du secret bancaire et toute réclamation de dédommagement. Bien que bénéfique dans ses effets au développement de la fonction du banquier, il faut préciser que le secret bancaire est institué dans l'intérêt du client, et non dans celui du banquier, et seul le premier peut y renoncer<sup>191</sup>. C'est un droit dont l'affectation est exclusive au client, et le banquier ne peut réclamer aucune attribution à cet égard. Si renonciation il y a, elle peut être limitée à certaines informations et/ou à certaines personnes, et/ou dans le temps. Le secret bancaire n'est pas opposable au client sur ses propres affaires, et du fait de son caractère aliénable, il peut y décharger le banquier de ses impératifs. Et sa teneur survit à la cessation des relations contractuelles avec le client<sup>192</sup> ou même après son décès<sup>193</sup>.

144. Mais, la qualification du créancier de l'obligation au secret bancaire dépend-elle d'un rapport contractuel avec le banquier ? Si, à première vue, la réponse est affirmative et l'obligation au secret bancaire est dépendante de l'existence d'un rapport contractuel, la qualification de créancier est attribuée aussi à des personnes avec lesquelles le banquier n'entretient aucun rapport contractuel. Ainsi le bénéficiaire du chèque tiré par son client, et par l'encaissement duquel le banquier prend connaissance d'informations confidentielles (nom, signature et numéro de compte bancaire du bénéficiaire du chèque) appartenant à celui-ci, a été reconnu par la jurisprudence comme créancier de l'obligation au secret bancaire sans que celui-ci entretienne de relation contractuelle avec le banquier<sup>194</sup>. Par cette interprétation, quoique critiquable, il est évident que la qualification du créancier de l'obligation au secret bancaire ne se limite pas au

---

<sup>191</sup> Cass. Com., 11 avril 1995, n° 92-20.985, Bull. civ. IV, n° 121, D. 199, p. 573, note de H. Matsopoulou ; RTD com., 1995, p. 635, observation de M. Cabrillac.

<sup>192</sup> Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 2 juin 1993, Bull. civ. I, n° 197.

<sup>193</sup> Cass. Com., 25 février 2003, Bull. civ. IV, n° 26 ; D., 2003, AJ 1162, observation d'V. Avena-Robardet ; RTD com., 2003, p. 343, observation de D. Legeais ; RTD civ., 2003, 477, observation de J. Hauser ; JCP, 2003, II, 10195, note d'E. Ayissi Manga ; RDBF, 2003, n° 59, observation de F. J. Crédot et Y. Gérard ; RBD, mai-juin 2003, p. 56, observation de Th. Bonneau ; RJDA, 2003, n° 756 ; RP, 2003, n° 135, observation de F. Perrot.

<sup>194</sup> Cass. Com., 8 juillet 2003, Bull. civ. IV, n° 119 ; D. 2003, AJ 2170, observation d'V. Avena-Robardet ; RTD com., 2003, p. 783, observation de M. Cabrillac ; JCPE, 2004, n° 27, p. 1109, note de D. Gibirila ; RDBF, 2004, n° 5, observation de F. J. Crédot et Y. Gérard ; RBD, janvier-février 2004, p. 54, observation de Th. Bonneau ; LPA, 15 janvier 2004, observation de E. C. ; RJDA, 2004, n° 210 ; RDPRO, 2004, p. 22, observation de O. Salati ; RBD, septembre-octobre 2004, p. 82, observation de Th. Bonneau ; RJDA, 2004, n° 1363 ; Orléans, 17 janvier 2007, JCPE, 2007, n° 46, p. 22. « Le secret professionnel autorise l'établissement de crédit à refuser la communication du verso d'un chèque demandée par les héritiers du tireur », Cass. com., 13 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 172 ; D., 1995, IR 166 ; RB, octobre 1995, p. 93, observation de D. Guillot (cassant CA Reims, 25 février 1993, RDB, 1993, p. 226, observation de F. J. Crédot et Y. Gérard ; TGI Paris, 21 mars 1991, D., 1992, Somm., p. 30, observation de M. Vasseur ; RB, 1991, p. 984, observation de J. L. Rives-Lange.

cocontractant de la banque, mais elle lui est opposable aussi ! Ce qui rappelle un droit « anonyme au secret »<sup>195</sup>.

145. Dans les deux cas, la catégorie de créancier du secret bancaire peut être une personne physique (*paragraphe A*), dans ses différents états de capacité juridique, ou une personne morale (*paragraphe B*).

### A. La personne physique

146. Partant de son attachement à la notion de vie privée<sup>196</sup>, la catégorie la plus évidente du créancier de l'obligation au secret bancaire reste le client personne physique. L'attachement à la confidentialité s'illustre surtout avec le client personne physique.

147. Dépositaire d'information confidentielle, le banquier devient lié envers son client cocontractant, par une obligation au secret bancaire même après l'achèvement de la relation professionnelle. Le droit de délier le banquier de son obligation est une prérogative découlant de la qualification de créancier qui appartient au seul client. Cette prérogative est le droit à la préservation de la confidentialité des informations. Seul son ayant-droit dispose du droit de s'en aliéner, par révélation des informations confidentielles ou en déliant le banquier, de façon expresse et spécifique. Même les membres de la famille du client ne sauraient y agir, voire entre époux. Le droit au respect de la confidentialité imposé par le secret bancaire est un droit indivis. Il ne saurait être exercé par un seul des ayant droits. Dans le cas du compte joint, où le respect du secret bancaire et le pouvoir de s'en défaire appartiennent indivisiblement aux titulaires du compte. Une seule volonté ne suffit pas, sauf délégation entre eux.

148. Par ailleurs, sauf volonté contraire du client, le secret bancaire n'est pas opposable aux héritiers et légataires universels<sup>197</sup>. Cette jurisprudence ne s'applique qu'aux héritiers et légataires universels qui perdent leur qualité de tiers en continuant la personne du défunt ; le principe reste que le secret ne disparaît pas au décès du client<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> V. J. Pousson-Petit, *Op.cité*

<sup>196</sup> V. *Infra*, le rattachement à la notion de vie privée, p.113

<sup>197</sup> TGI Paris, 10 juillet 1991, RB, 1991, p. 1088, observation de J.-L. Rives-Lange ; CA Reims, 25 février 1993, RDBF, 1993, p. 226, note de F.-J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>198</sup> Cass. Com., 25 février 2003, n° 00-21.184, Bull. civ. IV, n. 26.

149. De ce fait, bien que le client soit le principal intéressé par le secret bancaire, le droit au secret bancaire n'est pas rattaché à la personne de celui-ci, mais à la relation contractuelle qui lie le client au banquier, puisqu'il naît le jour de l'aboutissement des pourparlers précontractuels, et survit à sa cessation.

150. Dès lors que la personne physique acquiert la personnalité juridique<sup>199</sup> le client de l'établissement de crédit est qualifié de créancier de l'obligation au secret bancaire, et ainsi dispose de la faculté d'aliéner le droit au respect de la confidentialité de ses informations détenues par son banquier, que ce soit à propos de ses données personnelles (nom, adresse, éléments d'identité, etc.) ou ses données à caractère pécuniaire (numéro de compte, solde, opérations, etc.). Il pourra aussi en mandater le pouvoir à une tierce personne (*paragraphe a*), mais aussi agir par personne mandaté, en étant mineur (*paragraphe b*), ou majeur protégé (*paragraphe c*) dont il importe de faire l'étude comme de ces cas spéciaux, parmi la catégorie de personne physique créancier de l'obligation.

#### **a. La personne mandatée**

151. Comme tout droit, le droit au respect de l'obligation au secret bancaire peut être objet de mandat suivant les stipulations des articles 1984 et s. du Code civil français. Ainsi, la personne mandataire agira au nom du client de la banque, et dans les limites de son mandat, nécessairement exprès, mais verbal ou écrit<sup>200</sup>. Par ailleurs, les mêmes formalités requises pour le mandat de gestion sont applicables pour la procuration comprenant le droit de se renseigner sur toutes les informations protégées par le secret bancaire, mais dans les limites accordées par le mandant. Aucun texte n'exige qu'une procuration soit recueillie en la présence d'un représentant de l'établissement de crédit teneur du compte<sup>201</sup>. Le mandat peut être limité dans le temps comme dans son étendue, mais il faut que le mandataire soit désigné en personne ou en qualité, et qu'il soit apte à exercer sa fonction comme personne juridique majeure. À cet égard, et puisque le mandat pour agir et lever le secret bancaire dépend d'une tâche bien précise, et qui comporte le droit d'en délier de ses effets, il doit être spécial et sa mention doit être claire et précise<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> Même pour mineur V. C. civ art. 388 et 414

<sup>200</sup> « La validité d'une autorisation de prélèvement sur un compte bancaire n'est pas subordonnée à son établissement par écrit » : Cass. Com., 1<sup>er</sup> avril 1997, n° 95-12.965 P, RCCC, 1997, n° 112, note de L. Leveneur.

<sup>201</sup> Cass. Com., 28 avr. 2004, n° 02-13.591 P.

<sup>202</sup> C. civ., art. 1984 s.



152. Ainsi, le mandataire suivant les termes de l'autorité qui lui est accordée par son mandant, agira au nom du client du banquier et pourra se voir communiquer toute information ou document d'habitude couverts par la confidentialité imposée par le secret bancaire, et que son mandant avait pouvoir de consulter. Le secret bancaire a évidemment pour but de protéger la personne concernée et spécialement les éléments de sa vie privée, parmi lesquels les opérations bancaires ont leur place. Et sur cette base, le banquier agit avec précaution et précision et dans les limites des termes du mandat, et durant la période de sa validité.

153. Seulement, cette protection continue-t-elle alors que la personne protégée est décédée et s'étend-elle à ceux qui disposaient d'une procuration sur son compte<sup>203</sup> ? D'habitude, le mandat accordé au mandataire finit par révocation ou par disparition de l'une des deux parties concernées, suivant les dispositions des articles 2003 du Code civil français. Mais la Cour de cassation<sup>204</sup>, sur le double visa des articles L. 511-33 du Code monétaire et financier et 10 du Code civil, a décidé que le secret bancaire « ne cesse pas avec la disparition de la personne qui en bénéficie et s'étend aux personnes qui ont eu le pouvoir de faire fonctionner le compte ». Dans cette décision, le premier motif peut paraître étonnant car si effectivement le droit au secret se justifie pour les opérations effectuées avant le décès et qui dépendent de la protection de la vie privée, les opérations postérieures ne sauraient être couvertes par l'argument de la vie privée du défunt. Mais, c'est le second motif qui paraît plus convaincant, car il s'agissait, de l'identité même de celui qui, titulaire d'une procuration, était alors couvert par le secret bancaire à titre personnel. L'équilibre fragile entre les droits des créanciers et le droit au respect de la vie privée paraît bien ici en défaut.

154. Sur cette base, et bien que la formalité de l'écrit ne soit pas une condition nécessaire pour la validité du mandant en matière d'affaires couvertes par le secret bancaire, mais par nécessité de faire preuve de vigilance dans le respect des délimitations de la vie

---

<sup>203</sup> Telles étaient les questions posées dans l'affaire CNAV (Y. Paclot, Les diverses facettes du secret des affaires, RDPAT, n° 102, p. 70 et s.) : « Les faits étaient juridiquement intéressants puisque la CNAV, qui avait continué pendant plusieurs mois à verser des arrérages de retraite à une personne dont elle ignorait le décès, demandait au banquier teneur de compte de lui communiquer les coordonnées de la personne ayant procuration sur ce compte aux fins de restitution de l'indu. La cour d'appel avait refusé de voir ici un empêchement légitime dès lors que les seuls renseignements sollicités étaient relatifs à l'identité de la ou les personnes qui, après le décès du titulaire du compte, l'avaient fait fonctionner »

<sup>204</sup> Cass. Com., 25 février 2003, n° 00-21.184. D., 2003.AJ.1162, observation de V. Avena-Robardet ; J. Hauser, Secret bancaire et vie privée, RTD civ., 2003, p. 477.

privée du mandant, l'écrit et l'*instrumentum* semblent s'imposer comme une nécessité dans l'emploi du mandat dans des affaires couvertes par le secret bancaire.

## **b. Le mineur**

155. Une autre forme de représentation dans l'emploi du secret bancaire, figure le cas du mineur. Celui-ci, comme personne juridique, est reconnu comme ayant droit, sans pourtant pouvoir agir en son propre nom. Placé sous un régime d'incapacité générale d'exercice, le mineur se voit reconnaître dans certains domaines une véritable capacité qui, par définition, est incompatible avec son statut juridique. C'est pourquoi cette capacité exceptionnelle ne peut être que limitée et circonscrite à des cas très précis<sup>205</sup>. Selon l'article 1145 du Code civil, « toute personne physique peut contracter, sauf incapacité prévue par la loi ». Cet article exprime un principe simple : la capacité d'exercice est le principe ; l'incapacité, une exception qui doit être prévue par la loi, exception qui concerne particulièrement les mineurs de moins de 18 ans. L'administration des biens du mineur, y inclus ses avoirs bancaires et sa relation contractuelle avec son banquier, est confiée à ses parents, et ceux-ci, de l'autorité qui leur est accordée de par la loi, sont tenus d'agir en nom de leur enfant mineur et pour son propre compte. Les décisions relatives aux comptes bancaires du mineur se font rares pour que celle rendue par la cour d'appel de Versailles<sup>206</sup> retienne l'attention, en statuant la nullité d'une convention d'ouverture d'un compte de dépôt souscrite par un mineur qui n'en avait pas la capacité et a étendu des restitutions dues à la banque.

156. Sur ce, la capacité d'agir des mineurs en matière bancaire est subordonnée à la représentation de leurs administrateurs légaux, qui agissent en leur nom dans la gestion de leurs actifs bancaires, et dans « l'intérêt du mineur ». À ce sujet, ils peuvent lever le rideau de confidentialité des données bancaires ou requérir protection et y réprimander toute atteinte, mais dans tous les cas dans les limites de l'intérêt du mineur, sous peine d'engager leur responsabilité civile.

---

<sup>205</sup> C. Neirinck, *Enfance*, Répertoire de droit civil, octobre 2016.

<sup>206</sup> CA Versailles, 3<sup>e</sup> ch., 26 octobre 1990, D., 1993, p. 125.

### c. Le majeur protégé

157. Agir en matière bancaire, et en gestion du droit au respect du secret bancaire, relève des actes d'administration. Les majeures protégés au sens de l'article 425 du Code civil, est « toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles, de nature à empêcher l'expression de sa volonté », et de ce fait bénéficiant d'une mesure de protection juridique. Placé sous tutelle ou curatelle, le majeur protégé sera représenté dans les actes de gestion de son patrimoine<sup>207</sup>. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil, a dressé la liste des actes d'administration et celle des actes de dispositions. Du fait que la liste des actes d'administration est expressément qualifiée de non-exhaustive<sup>208</sup>, les actes juridiques relatifs à la protection de la confidentialité des données bancaires accordée par le principe du secret bancaire ne sont pas cités expressément mais relèvent des actes de gestion de patrimoine<sup>209</sup>. La communication des données protégées par le secret bancaire et relatives aux comptes et opérations de la personne incapable fait partie de la nature même de l'acte de gestion de patrimoine confiée au tuteur ou curateur. Le tuteur peut « obtenir communication de tous renseignements et documents nécessaires [...] auprès de toute personne publique ou privée sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret bancaire »<sup>210</sup>. Cette solution est confirmée par l'article 510 du C. civ. Tenu d'établir chaque année un compte de sa gestion, le tuteur est en droit d'obtenir des établissements auprès desquels un ou plusieurs comptes sont ouverts au nom du majeur protégé un relevé annuel de ses comptes, nonobstant le secret bancaire<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> Art. 496 du C. civ.

<sup>208</sup> Articles 1 et 2 du décret n° 2008-1484.

<sup>209</sup> Colonne 1 dans annexes 1 et 2 du décret n° 2008-1484.

<sup>210</sup> Art 503, al. 2 du C. civ. C. Robbe, Majeur vulnérable : protection judiciaire : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale, Dalloz action Droit de la famille, Chapitre 335, n. 335.182 ; G. Raoul-Cormeil et J. Lasserre Capdeville, Le droit de regard sur les comptes d'un majeur protégé, RDBF n. 3, Mai 2013, p. 26 ; F. BORDAS, Fascicule 141 : Devoirs professionnels des établissements de crédit – Secret bancaire, JCBCEB, 11 juin 2015 (mise à jour 27 septembre 2016)

<sup>211</sup> L. Pécaut-Rivolier – T. Verheyde, Majeurs protégés : mesures de protection juridique et d'accompagnement – Procédure applicable aux mesures de protection judiciaire des majeurs, Répertoire de procédure civile, Juin 2013 (actualisation : Décembre 2019), n. 186

## B. La personne morale

158. Reconnue comme personne juridique avec des droits complets, sauf limitations de par loi, la personne morale est un ayant droit au secret bancaire comme la personne physique. MM. Philippe Malaurie et Laurent Aynès<sup>212</sup> écrivent : « Par anthropomorphisme, la personne morale possède les droits de la personnalité attachés à la personne humaine ».

159. Toutefois, l'application du secret bancaire aux informations relatives aux personnes morales, que ce soit de droit privé ou de droit public, paraît plus complexe que le cas de la personne physique. D'un côté, Il est vrai que, depuis bien longtemps, on hésite sur les droits et obligations liés à la personnalité morale en tant que personne juridique. Soumise, de par la loi à des obligations légales de publication de ses bilans, pour des motifs de bonne gestion pour les personnes de droit public, et de transparence pour celles de droit privé, l'application de la protection de ses données confidentielles paraît inapplicable. Vu l'attendu principal de l'arrêt de la Cour de cassation<sup>213</sup>, et après plusieurs hésitations jurisprudentielles<sup>214</sup>, par la décision rendue le 17 mars 2016 la solution paraît tranchée. « *Si les personnes morales disposent, notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du Code civil, de sorte que la société ne pouvait invoquer l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant d'une telle atteinte* ».

160. Pourtant, la tentative de reconnaître aux personnes morales une sorte de vie privée n'est pas nouvelle<sup>215</sup>, mais on en imagine rapidement les limites. On admet en général que les personnes morales sont investies des mêmes droits que les personnes physiques, sauf ceux qui sont étroitement liés à la personne humaine, tels que le droit à l'image. Mais cette dernière expression laisse une large zone d'incertitude. Tout ce qui touche à la réputation peut être étendu, et l'on cite en général l'opinion de Kayser dans son article célèbre<sup>216</sup> remarquant « *que les personnes morales ont une vie intérieure, distincte de leur activité externe, qui doit être respectée* ». Pour les personnes morales de droit public,

---

<sup>212</sup> Droit des personnes, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2016, n° 441.

<sup>213</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 2016, n° 15-14.072, D., 2016, p. 707.

<sup>214</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 1997, inédit ; Cass. crim., 8 avril 1997, n° 96-82.351, Gaz. Pal., 1997, II, chronique criminelle, p. 162 ; Cass. Com., 12 octobre 2010, n° 09-70.740 ; Cass. soc., 5 mars 2008, CCE, 2008, commentaire de A. Lepage, n° 83.

<sup>215</sup> RTD civ., 1996, p. 130 ; et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2000, D., 2001, p. 2299, observation d'A. Lepage.

<sup>216</sup> RTD civ., 1971, p. 445, n° 35.

le Conseil d'État a jugé, dans un arrêt du 17 avril 2013<sup>217</sup>, que l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, selon lequel ne sont pas communicables à des tiers les documents administratifs, dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, inclut les personnes morales dans le champ de cette protection. Il a précisé que les documents recueillis par l'administration dans le cadre de la procédure de reconnaissance de la représentativité d'une organisation syndicale dans le champ d'une convention collective sont couverts par le secret de la vie privée et le secret en matière commerciale et industrielle.

161. Et d'un autre côté, la personne morale, en tant que personne juridique indépendante et disposant d'un patrimoine indépendant, agit toujours par le biais d'une personne interposée qui la représente, et de ce fait, elle est amenée à partager ses données bancaires confidentielles avec ses représentants, et leurs successeurs. Les représentants légaux de la personne morale, et selon les termes de leur mandat de représentation, ne peuvent se voir opposer le secret professionnel pour les informations relatives à l'entité qu'ils dirigent. La solution est certaine pour le gérant dès lors qu'il est encore en fonction<sup>218</sup>, et semble s'imposer pour le président du conseil d'administration<sup>219</sup>. Ce qui rend le secret bancaire sur lesdites informations opposable à l'ancien gérant de la personne morale, y compris lorsque celle-ci a été liquidée, et qu'il l'est également aux dirigeants en place à l'époque des faits, mais non au jour de la demande<sup>220</sup>. En revanche, la doctrine est plus partagée concernant les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Certains auteurs considèrent que le conseil d'administration, dans son ensemble, peut obtenir de l'établissement bancaire une information relative à la société<sup>221</sup>. Pour d'autres, il revient au président ou au directeur général dans « la SA classique », ou au directoire dans la société à directoire et conseil de surveillance, et non au banquier, de transmettre l'information utile pour les membres du conseil

---

<sup>217</sup> CE, 17 avril 2013, AJDA, 2013, p. 825.

<sup>218</sup> Pour le gérant de société commerciale ou de société civile, V. Cass. Com., 16 janvier 2001, n. 98-11.744, Bull. civ. IV, n. 12, D., 2001, AJ 545, observation d'A. Lienhard.

<sup>219</sup> Voir, en ce sens, Th. Bonneau, Président dissocié et secret bancaire : Des implications possibles de la NRE, RDS, janvier 2002, n.1.

<sup>220</sup> Cass. Com., 16 janvier 2001, n. 98-11.744, Bull. civ., 2001, IV, n. 12 ; Juris-Data n. 2001-007769 ; JCPE, 2003, p. 396, chronique de Stoufflet, § 3 ; RDBF, 2001, commentaire p. 40 ; D., 2001, p. 454, observation de A. Lienhard ; Bull. J.B., 2001, p. 491, note de Saintourens ; D., 2003, p. 340, observation de H. Synvet ; CA Paris, 14<sup>e</sup>ch. A, 26 septembre 2001, D., 2003, p. 340 ; Cass. Com., 23 octobre 2001, RDS, 2002, n. 22, p. 17.

<sup>221</sup> Th. Bonneau, *Op.cité*, p. 303, n. 415

d'administration<sup>222</sup>. Mais il en demeure certain que le secret bancaire est opposable aux associés non dirigeants<sup>223</sup> avec une modération pour les associés indéfiniment responsables devraient pouvoir obtenir des informations bancaires sur la société.

162. D'où, la personne morale peut évidemment être qualifiée d'ayant-droit de l'obligation de secret bancaire. La solution ne fait pas de doute<sup>224</sup> mais ce droit est toutefois exercé par ces représentants autorisés.

### **Sous-section 3 : L'objet de l'obligation**

163. L'information confidentielle confiée auprès de l'établissement de crédit est l'élément le plus important de sa définition. En plus d'être l'objet de l'obligation, elle est la plaque tournante de tous les éléments de l'obligation au secret bancaire. Par son existence, passe obligatoirement la qualification du créancier et du débiteur de l'obligation tel que évoquée aux sous-sections précédentes. Et par son transfert du déposant client au banquier dépositaire, l'obligation au secret bancaire produit ses effets.

164. Toutes les définitions législatives du secret bancaire citent « les informations », objet de l'obligation. La qualification des informations protégées par le secret bancaire (*paragraphe A*), permet de les distinguer de celles qui sont communicables (*paragraphe B*), avant d'évoquer les régimes des informations protégées sous le régime du RGPD<sup>225</sup> (*paragraphe C*) et les différentes formes que peut prendre les informations couvertes par le secret (*paragraphe D*).

#### **A. Les informations protégées**

165. Le texte de la loi n'a pas défini les informations « à caractère secret ». La doctrine a essayé d'en dresser les critères de qualification : les auteurs allemands qui se sont penchés sur la question ont adopté un système énumératif en dressant la liste exhaustive des différents faits et circonstances couverts par le secret<sup>226</sup> et de la mettre à jour avec le temps, en faisant passer des informations du domaine du secret au domaine dévoilé ou

---

<sup>222</sup> Ch. Gavalda et J. Stoufflet, RDB, p. 122, n. 175-2.

<sup>223</sup> CA Paris, 20 mars 1990, RDBB, n. 21, septembre-octobre 1990, p. 202, observation de F.-J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>224</sup> H. Lécuyer, L'évidence du secret bancaire, *Op.cité*

<sup>225</sup> Le règlement de l'Union européenne n. 2016/679, dit règlement général sur la protection des données (RGPD) qui constitue le texte de référence en matière de protection des données à caractère personnel, entré en vigueur le 24 mai 2016 et applicable à partir du 25 mai 2018.

<sup>226</sup> H. T. Schubert, Le secret bancaire (*Das Bankgheimis*), Berlin, 1929 ; H. Scheer, le secret bancaire (*Das Bankgheimis*), Leipzig, 1931.

*vice versa*. Cette méthode mérite d'être précise, mais demeure constamment insuffisante puisqu'elle nécessite un travail constant de mise à jour. Et, elle ne dégage pas un critère de qualification clair, et bien déterminé.

166. Les auteurs suisses, et particulièrement M. Capitaine, réfutent la théorie allemande et proposent un système de distinction à base de critères objectifs et subjectifs<sup>227</sup>. Seront couverts par le secret bancaire, les faits répondants aux doubles critères suivants :

1. Objectif, ayant sa source dans le rapport interne d'affaires :

- connu en raison de la relation d'affaires du banquier avec son client ;
- ignoré du public ;

2. Subjectif, résultant de la volonté du client de tenir confidentielles ses informations.

167. La notion du secret relève des diverses pratiques sociales, et diffèrent entre les différentes sociétés dont les valeurs et les mœurs évoluent avec le temps<sup>228</sup>. Ainsi, la question de l'intégration des informations du patrimoine sous la notion de vie privée de l'article 9 du Code civil ne faisait pas de doute auparavant<sup>229</sup>. Mais de nos jours, et en raison des évolutions sociales le patrimoine, et surtout celui des personnes publiques ou notoires, attire les convoitises. Et, de plus en plus de magistrats doutent de l'atteinte à la vie privée du simple fait de la publication de renseignements d'ordre patrimonial des particuliers<sup>230</sup>.

168. Selon une opinion qui avait été autrefois soutenue, basée sur l'emploi de la notion de « secret confié » par l'article 378 abrogé du Code pénal, la qualification de secret devait être appliquée à n'importe quel fait communiqué au banquier par le client sous le sceau du secret. Une telle interprétation est depuis longtemps unanimement condamnée pour être remplacée par une interprétation plus objective. Par décomposition des faits

---

<sup>227</sup> G. Capitaine, *Le secret professionnel du banquier en Suisse*, Genève, 1946.

<sup>228</sup> V. *Supra* Introduction, p 30

<sup>229</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 20 octobre 1976, Bull. civ., 1976, II, n. 279 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1984, Bull. civ., 1984, I, n. 176, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 1988 : D., 1988, info rapide, p. 184 ; CA Paris, 12 janvier 1987, D., 1987, Somm., p. 386, observation de R. Lindon et D. Amson.

<sup>230</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1990, n. 89-13.049, Juris-Data, n° 1990-002992 ; Bull. civ., 1990, I, n° 257 ; JCP G 1992, II, 21845, note de F. Ringel. Voir, dans le même sens, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1989, Bull. civ. 1989, I, n° 307 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, n° 89-19.818 : Juris-Data, n° 1991-001409 ; D., 1992, Jurisprud., p. 213, note de P. Kayser ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1993, n. 91-20.580 : Juris-Data, n° 1993-002228 ; D., 1994, Jurisprud., p. 594, note de Y. Picod ; CA Versailles, 17 mai 1995 : D., 1996, Jurisprud., p. 409, note de J. Ravanas.

susceptibles d'être couverts par le secret bancaire et peu importe la méthode d'interprétation, il faut que l'information :

- Soit portée à la connaissance du banquier dans l'exercice de sa profession (peu importe que ce soit délibérément tant que liée à la profession) ;
- Contienne des éléments de la vie privée du client (existence du compte, son numéro, ses solde et opérations) et les voies d'accès à ces derniers (les mots de passes) ;
- Soit non connue par le public<sup>231</sup>.

169. Dans tous les cas, et par principe, il faut un secret pour le protéger<sup>232</sup>. Il est nécessaire que l'information soit de caractère personnel et dont la divulgation puisse nuire aux intérêts de son propriétaire. Mais aussi qu'elle ait été obtenue dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle. La jurisprudence<sup>233</sup> a dégagé les critères de qualification des informations confidentielles ou à caractère secret : pour appliquer l'article 226-13 du Code pénal français, il est nécessaire que l'information soit :

- de nature confidentielle (§a), et
- qu'elle ait été obtenue dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle (§b).

#### **a. Les informations de nature confidentielle**

170. Si le deuxième critère ne pose pas de difficultés à déterminer les informations relationnelles du banquier avec son client, la qualification de la nature confidentielle paraît plus délicate, surtout avec une peine pénale en cas de mauvaise appréciation.

171. La notion même de confiance suppose une démarche spontanée de celui qui se confie envers celui qui la reçoit. Est une information de nature secrète, celle dont la perspective d'une divulgation par le confident risquerait de toucher à la vie privée, de compromettre la confiance dans le secret professionnel et le fonctionnement régulier de la profession.

---

<sup>231</sup> B. Py, Secret professionnel – Personnes assujetties, Rép. D. Pén. Proc. Pén., Février 2003 (actualisation : Février 2017), n. 51 - 59

<sup>232</sup> R. Routier, Obligations et responsabilité du banquier, D., 2011-2012, p. 625.

<sup>233</sup> Cass. crim., 7 mars 1957, Bull. crim., n. 241 ; 5 février 1970, *ibid.*, n. 56 ; D., 1970, p. 249 ; JCP, 1970, II, 16311 ; RSC, 1970, p. 652, observation de G. Levasseur ; 9 octobre 1978, Bull. crim., n. 263 ; D., 1979, p. 185, note de Chambon ; Gaz. Pal. 1979, I, p. 245 ; RSC, 1979, p. 560, observation G. Levasseur.



172. L'information confidentielle doit appartenir au client, créancier de l'obligation, et non pas au banquier<sup>234</sup>, débiteur. Ainsi, font partie intégrante du cercle de la confidentialité, les pensées profondes, l'intimité conjugale, les secrets de santé et de sentiment, les amours secrets, les croyances, les secrets de famille, et même les secrets de richesse et certains aspects du patrimoine. Font aussi partie intégrante de l'intimité les secrets de santé, les amours secrètes, les secrets de famille, et même certains aspects du patrimoine<sup>235</sup>.

173. Au fait, même si les éléments du patrimoine sont matériels de nature, et donc accessibles et partagés avec un certain milieu socio-économique, mais c'est leur affectation qui reste confidentielle. Elle doit rester invisible à toute personne non-intéressée. La source du revenu, ou l'utilisation des fonds, et les causes qui y sont rattachés sont des éléments de la vie privée, et plus ces causes sont rapprochées au cercle intime de la vie personnelle, plus elles font partie du corps de l'objet du secret bancaire.

174. On tend même à rattacher aux informations confidentielles le qualificatif de « l'intime ». Si l'expression de l'intimité est souvent liée avec des relations de l'amitié et de l'amour, mais elle aussi une expression de ce qui est intérieur et profond<sup>236</sup>. L'intimité provient du latin *intimus*<sup>237</sup> qui décrit ce qui est de plus profond de plus intérieur à soi-même<sup>238</sup>, et l'affectation des informations bancaires partagées avec le banquier, gestionnaire ou gérant, fait partie de cette intimité. Elle y est incluse, du moins pour les opérations d'affectation personnelle, à différencier de celles des relations d'affaires. C'est pour moins cette différenciation qui a remis en cause le rattachement de la notion de la vie privée pour les activités des personnes morales de droit. Nos pensées, nos arrière-pensées, le non-dit et la connivence, mais aussi les confidences, se matérialisent, parfois, par des opérations bancaires, dont certaines sont une expression de notre pensée politique (Don ou contribution pour parti politique ou association) ou de notre vie amoureuse (Cadeau d'amant ou de concubine)<sup>239</sup>. Par les transactions bancaires, elles

---

<sup>234</sup> V. *Infra*, le secret des affaires, p.107

<sup>235</sup> B. Py, Le secret professionnel : une obligation de se taire, JA 2008, n. 386, p. 12.

<sup>236</sup> Dictionnaire de langue française, Larousse

<sup>237</sup> Dictionnaire latin, Gaffiot, 1934, p.848

<sup>238</sup> Mme de Sévigné, Lettre du 15 novembre, éd. R. Duchêne, t. 3, p. 156

<sup>239</sup> L'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 interdit de collecter ou traiter des données qui font apparaître directement ou indirectement les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou encore les données relatives à la santé ou à la vie sexuelle des individus. Un client s'est par exemple

passent de l'ombre du secret à la vie et retrouvent leurs formes caractéristiques. C'est ce côté intime de la vie privée qui fait l'essence des informations scellées par la confidentialité et objet du secret professionnel<sup>240</sup>.

175. Le secret va de pair avec l'intime. Mais quelle est la nature de l'intime ? L'accès à l'intime, qu'il soit existentiel (confiance amicale), corporel (secret médical), spirituel (secret de la confession), économique (secret bancaire) ou juridique (secret de l'avocat) rend le secret nécessaire. L'information confidentielle ou intime appartient à l'espace intérieur du client, et le professionnel qui en prend connaissance en cours de son activité professionnelle, doit préserver cette connaissance et ne pas la rendre une vérité connue du public. Cette règle est édictée par éthique professionnelle, la stabilité des relations juridiques entre client et professionnel, mais aussi pour une sécurité sociale de la préservation des confidences. Le banquier n'échappe pas à ses prescriptions. Et les informations reçus par celui-ci sont protégées par l'art. 378 C. Pén. car confidentielles par nature, même si pécuniaires et matérielles.

176. La protection des informations reçus par le banquier suivant la règle de l'article 226-13 C. Pén. est générale et absolue, et doit recevoir application encore bien qu'il s'agisse d'un fait connu, ou simplement susceptible de l'être<sup>241</sup>. La connaissance des faits par d'autres personnes n'est pas de nature à leur enlever leur caractère confidentiel et secret<sup>242</sup>.

177. Et encore, l'information secrète dont la divulgation est interdite n'est pas uniquement celle qui a été confiée, mais aussi celle qui résulte de constatations ou de déductions que le professionnel n'aurait pu faire s'il n'avait exercé cette fonction. Par conséquent, l'information elle-même doit avoir un lien avec cette profession ou fonction. Dans ce sens, et pour le secret médical, l'article R. 4127-4 du Code français de la santé

---

plaint auprès de la CNIL que ses relevés de compte faisaient apparaître le nom d'une publication bénéficiaire d'un prélèvement. La CNIL a estimé que cette pratique permettait de connaître directement ou indirectement des opinions politiques, philosophiques ou religieuses. Considérant que le secret bancaire imposé aux employés des banques permettait de garantir la protection de l'individu, elle a toutefois considéré que si le client le demandait, la référence au nom de l'organisme pouvait être remplacée par les références bancaires de celui-ci, CNIL, 6e rapport d'activité, p. 30

<sup>240</sup> A. Petitat, *Secret et formes sociales*, PUF, 1998, p. 9

<sup>241</sup> Selon l'arrêt Watelet de la cour de Cass crim, 19 décembre 1885 (DP 1886-I, 347) : le secret professionnel recouvre « ce que le professionnel aura appris, compris ou deviné l'occasion de son exercice professionnel ; Cass. Crim. 12 avril. 1951 : Bull. Crim. n. 103 ; D. 1951. 363 ; 24 janvier 1957, Bull. Crim. n. 86 ; D. 1957. 298 ; S. 1957. 219 ; Gaz. Pal. 1957. 1. 412 ; 25 janvier 1968, Bull. Crim. n. 25 ; D. 1968. 153, Rapp. Costa ; JCP 1968. II. 15425 ; Gaz. Pal. 1968. 1. 164 ; RSC 1968. 344, obs. G. Levasseur ; 8 févr. 1994 : Gaz. Pal. 1994. 1. Somm. 298 ; Dr. pénal 1994. 134 ; Grenoble, 22 mai 1957 : JCP 1957. II. 10246, note Savatier. Le principe posé par l'art. 378 C. Pén. est général et absolu, même s'il s'agit d'un fait connu dans son ensemble, lorsque l'intervention du dépositaire du secret entraîne la divulgation de précisions qu'il était seul à connaître ; Cass. Crim. 7 mars 1989 : Bull. Crim. n. 109 ; RSC 1990. 73, obs. G. Levasseur.

<sup>242</sup> Cass Crim. 22 nov. 1994, Dr. pénal 1995. 64 ; Cass. Crim. 16 mai 2000, n. 99-85.304 P, D. 2002. Somm. 858, obs. Th. Blanchard ; Dr. pénal 2000. 127, obs. M. Véron.

publique dispose ainsi que « le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris »<sup>243</sup>. Il n'y a aucun empêchement d'appliquer le même raisonnement pour le secret bancaire.

178. Le fait que l'information soit déjà connue d'autres personnes ou même répandue par la rumeur n'autorise pas la divulgation, dès lors que celle-ci apporterait d'autres précisions ou qu'elle renforcerait sa crédibilité. Si celui qui a reçu la confiance d'un secret a toujours le devoir de la garder en confiance, la révélation de cette confiance ne le rend punissable que s'il s'agit d'une confiance liée à l'exercice de certaines professions.

#### **b. Les informations reçus dans l'exercice ou à l'occasion de l'activité professionnelle**

179. À titre d'exclusion, l'article 226-13 du Code pénal français ne vise que les faits parvenus à la connaissance d'une personne, dans l'exercice d'une profession ou d'une fonction, ou dans le cas où les mêmes faits lui ont été confiés sous le sceau du secret en raison d'une semblable profession ou fonction<sup>244</sup>.

180. Il faut le rappeler : ce que la loi a voulu garantir, c'est la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne, dont l'état ou la profession, dans un intérêt général et d'ordre public, fait d'elle un confident nécessaire<sup>245</sup>. Le droit pour l'individu d'être préservé de toute intrusion abusive dans l'intimité de sa vie privée figure parmi les prérogatives essentielles de la personne humaine qui appellent une protection juridique, mais la protection légale est soumise à la condition de les échanger dans le cadre d'une relation professionnelle.

181. Transposée dans le domaine d'activité du banquier, la finalité du secret bancaire est de protéger la confidentialité des informations recueillies par le banquier sur son client.

---

<sup>243</sup> Édouard Verny, La notion de secret professionnel, RDSS, 2015, p. 395.

<sup>244</sup> Cass. crim., 7 mars 1957, Bull. crim., n. 241 ; 5 février 1970, *ibid.*, n. 56 ; D., 1970, p. 249 ; JCP, 1970, II, 16311 ; RSC, 1970, p. 652, observation de G. Levasseur ; 9 octobre 1978, Bull. crim., n. 263 ; D., 1979, p. 185, note de Chambon ; Gaz. Pal. 1979, I, p. 245 ; RSC, 1979, p. 560, observation de G. Levasseur ; annotations de l'article 378 du Code pénal, p. 884.

<sup>245</sup> Cass. Crim., 19 novembre 1985, Bull. Crim., n. 364

Ce devoir est assujéti au banquier qui, du fait et durant l'exercice de ses fonctions, prend connaissance des informations relatives à son client de nature personnelle ou pécuniaire, sous le couvert de la confidentialité. Ainsi, les informations personnelles relatives à l'existence même du compte, celles du titulaire du compte bancaire ou des titulaires dans le cas du compte joint, et les informations relatives aux opérations faites au compte et le solde qui en résulte sont couvertes par le secret, et sont, du fait de la loi, objets de l'obligation au secret bancaire<sup>246</sup>.

182. Pour ce qui est de son bénéficiaire, le secret doit concerner directement la personne dont le professionnel a la charge. À titre de comparaison, un médecin, voyant une personnalité à la télévision, peut toujours se risquer publiquement à des déductions sur telle ou telle pathologie, sans que l'on puisse y voir la violation d'un secret. Un arrêt de cassation du 23 janvier 1996<sup>247</sup> a rappelé la règle selon laquelle l'obligation au secret ne s'impose que dans les relations entre le professionnel et son client ou patient. Il n'est pas nécessaire que le fait ait été, à proprement dit, confié, c'est-à-dire porté délibérément à la connaissance du banquier par le client. Il est des cas où certaines informations auront été révélées à l'insu de la personne qui en détient les droits<sup>248</sup>. « La communication d'une liste informatique nominative de personnes, clients de l'établissement de crédit, supposées présenter un risque quant à l'octroi d'un éventuel crédit » constitue une violation du secret bancaire<sup>249</sup> ».

183. Il arrive même que des faits de cet ordre soient constatés contre le gré de l'intéressé, notamment à l'occasion d'un contrôle exercé par les agents de telle ou telle administration<sup>250</sup>, mais dans les deux cas, le banquier reste tenu de garder lesdites informations confidentielles.

184. Est une information de nature secrète celle dont la perspective d'une divulgation par le confident risquerait de compromettre un élément intime de la vie privée du

---

<sup>246</sup> R. Routier, Obligations et responsabilité du banquier, D., 2011-2012, p. 625.

<sup>247</sup> Cass. Crim., 23 janvier 1996, n. 94-81.232, Bull. Crim., 1996 n. 37 p. 92

<sup>248</sup> Ex., investigation pour blanchiment d'argent

<sup>249</sup> CA Rennes, 13 janvier 1992, D., 1993, *Somm.*, p. 54, observation de M. Vasseur ; D., 1994, *Somm.*, p. 287, observation de Mais ; JCPE, 1993, II, 432, note de Ch. Gavalda.

<sup>250</sup> Ex. fisc ou douane

client<sup>251</sup>, et la confiance dans le professionnel, et, partant, le fonctionnement régulier de la profession.

185. Ainsi, le numéro de compte, les écritures de celui-ci, le solde, les bénéficiaires des opérations, sont objets du secret bancaire. Au contraire, les informations à caractère public ne sont pas couvertes par le secret professionnel. Il en est ainsi, par exemple, de l'état de cessation des paiements et du non-dépôt des comptes sociaux, qui ne sont pas des informations secrètes puisque figurant au registre du commerce<sup>252</sup>.

### **c. Les exemples d'informations confidentielles**

En application des critères de qualification susmentionnés, sont considérés des informations confidentielles, l'existence du compte bancaire et son titulaire, et les informations pécuniaires qui regroupent les opérations et les soldes des comptes.

#### ***i. L'existence du compte bancaire et son titulaire***

186. Parmi les éléments couverts par le secret bancaire, figurent les informations personnelles du client. Son nom, son lieu de naissance, pour la personne physique, et son lieu et numéro d'immatriculation, pour les personnes morales, sont ainsi couverts par le secret bancaire<sup>253</sup>. De même, les coordonnées du client sont couvertes par le secret professionnel du banquier<sup>254</sup>, et toute communication à de tierces personnes sera passible de la pénalité prévue à l'article 226-13 du Code pénal.

187. Il va de soi que nier ou confirmer à une tierce personne l'existence du compte bancaire d'un particulier, auprès d'un établissement de crédit, est interdite. Le simple fait de la tenue d'un compte bancaire relève de la vie privée du client. L'inclusion de cet élément de fait sous la protection du secret bancaire n'a pas fait l'unanimité et semble mal correspondre à la pratique et à l'état des relations économiques. Pour certains,

---

<sup>251</sup> Ex. existence d'un compte joint, ou éléments de fortune

<sup>252</sup> Cass. crim., 14 février 2001, n° 00-81.911, *inédit*.

<sup>253</sup> Cass. Com., 21 février 2012, RTD com., 2012, p. 380, observation de D. Legeais ; Gaz. Pal., 2012, p. 1556, observation de J. Rouaud ; RJDA, 2012, n. 523 ; RDBF, 2012, n. 75, observation de F. J. Crédot et Samin ; RBD, mai-juin 2012, p. 20, observation de Th. Bonneau ; RDPRO, octobre 2012, suppl. Droit du recouvrement, p. 25, observation de S. Piedelièvre ; LEDB, avril 2012, p. 3, observation de J. Lasserre-Capdeville.

<sup>254</sup> Cass. Com., 25 février 2003, n. 00-21.184, D., 2003, AJ 1162, observation de V. Avena-Robardet.

l'ouverture d'un compte est si banale que l'on voit mal comment elle pourrait être considérée comme confidentielle<sup>255</sup>. D'autres ont estimé que l'ouverture d'un compte était une information confidentielle<sup>256</sup>. Ainsi, la diffusion d'une liste informatique de clients a été considérée comme constitutive d'une violation du secret professionnel<sup>257</sup>, et de même, une diffusion de nom de clients ayant des comptes numérotés ou encore ouverts auprès de paradis fiscaux, est qualifiée relevant de la vie privée du client. Dans le même sens, les dispositions de la loi du 9 juillet 1991<sup>258</sup> portant réforme des procédures civiles d'exécution semble reconnaître un caractère confidentiel à cette information. Dans son article L. 40, elle permet au ministère public d'obtenir la liste des comptes ouverts auprès de certains organismes et des banques, au nom d'un débiteur. Et dans l'article L. 41 précise que ces informations ne peuvent être utilisées que dans la mesure nécessaire à l'exécution des titres pour lesquels elles ont été demandées, d'où leur caractère confidentiel. Cette solution est confirmée pour toute demande d'information émanant d'un juge civil, qui, bien qu'autorisé, sur fondement de l'article 10 du Code civil, d'ordonner à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité, trouve un empêchement pour toute information couverte par le secret bancaire<sup>259</sup>. Ce qui n'est pas le cas pour le juge pénal pour lequel l'exception de non-opposabilité en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, lui permet d'exiger la communication de toute information couverte par le secret de confidentialité pour les besoins de son instruction.

188. Sur ce fondement, et bien que non conforme au rattachement du secret bancaire à la relation contractuelle liant le banquier à son client, la confidentialité couvre aussi l'identité du bénéficiaire des opérations du compte. Sur cette base, le verso du chèque ne saurait être communiqué, même au titulaire du compte, pour cause d'entrave au secret bancaire<sup>260</sup>.

---

<sup>255</sup> M. Contamine-Raynaud, Le secret bancaire et le contrôle de l'État sur les opérations de change et sur leurs effets délictueux, RIDC, 1994, p. 489.

<sup>256</sup> R. Henrion, Le secret professionnel du banquier, Bruxelles, 1963.

<sup>257</sup> CA Rennes, 13 janvier 1992, JCP, 1993.E.432, note de Ch. Gavalda.

<sup>258</sup> JO n.163 du 14 juillet 1991 p. 9225

<sup>259</sup> Cass. Com., 13 juin 1995, n. 93-16.317 P, RTD civ., 1996, p. 166, et spécialement p. 169, observation de J. Mestre ; Cass. Com., 25 février 2003, n. 00-21.184 P, D., p. 414 ; RTD civ., 2003, p. 477, observation de J. Hauser ; Cass. Com., 8 juillet 2003, n. 00-11.993 P, D., p. 415 ; JCP, 2004, II, 10068, note de D. Gibirila ; RTD com., 2003, p. 783, observation de M.C. ; Cass. Com., 25 janvier 2005, n. 03-14.693 P, D., p. 324 ; D., 2005, AJ 485, observation d'V. Avena-Robardet ; JCPE, 2005, p. 1676, n. 6 et s., observation de A.S. ; RTD civ., 2005, p. 384, observation de J. Mestre et Fages ; RTD com., 2005, p. 395, observation de D. Legeais.

<sup>260</sup> Cass. Com., 8 juillet 2003, Bull. civ. IV, n. 119 ; D., 2003, AJ 2170, observation d'V. Avena-Robardet ; RTD com., 2003, p. 783, observation de M. Cabrillac ; JCPE, 2004, n. 27, p. 1109, note de D. Gibirila ; RDBF, 2004, n. 5, observation de F.J. Crédot et Y. Gérard ; RBD, janvier-février 2004, p. 54, observation de Th. Bonneau ; LPA, 15 janvier 2004, observation de

## ii. *Les informations pécuniaires*

189. En plus des informations personnelles et de l'existence du compte, les informations d'ordre pécuniaire figurent parmi les types d'informations confidentielles. Elles constituent même le corps de données couvertes par le secret et l'essence de son fondement.

190. À ce titre, les informations dont le banquier est tenu de garder la confidentialité sont les transactions que le client entreprend auprès de son établissement de crédit et leurs documents de support, ainsi que le solde de son compte. Peu importe si lesdites opérations soient débitrices ou créditrices<sup>261</sup>. La confidentialité imposée par le secret bancaire ne fait pas de distinction. La généralité du terme employé par le législateur dans l'article 226-13 du Code pénal, « information à caractère secret », ne fait aucun doute. Le texte ne visait, en aucun cas, à protéger la confidentialité des seules transactions lucratives, ou même les situations d'endettement, mais les deux à la fois et sur pied d'égalité.

191. Le motif de confidentialité s'impose pour toutes les informations des personnes, qu'elles se rapportent à leur insolvabilité ou à leur fortune. Et sur ce même motif, l'attachement à l'image de solvabilité en période d'endettement et la protection de l'intégrité physique en temps de prospérité ou de richesse ont une valeur identique pour l'application du secret bancaire. Les conditions à la clôture d'un compte et la révélation du découvert subsistant sont des renseignements couverts par le secret, et ne peuvent donc être divulgués<sup>262</sup>.

192. Il va de soi de confirmer que les documents, lettres et contrats qui servent de support auxdites opérations, sont aussi couverts par la confidentialité et le banquier doit s'assurer de ne les partager ni transmettre à des tiers, non ayant droits, sous peine d'être inculqué de la peine répressive et du dédommagement<sup>263</sup>.

---

E.C. ; RJDA, 2004, n. 210 ; RDPRO, 2004, p. 22, observation de Salati ; Cass. Com., 9 juin 2004, RBD, septembre-octobre 2004, p. 82, observation de Th. Bonneau ; RJDA, 2004, n. 1363 ; Cass. com., Orléans, 17 janvier 2007 : JCPE, 2007, n. 46, p. 22 ; TGI Paris, 21 mars 1991, n. XTGIP210391X.

<sup>261</sup> CA Poitiers, 12 mai 1993, JCP 1993. IV. 2697 : « Le refus d'une banque de communiquer l'historique et la position actuelle d'un compte bancaire n'est pas justifié par l'absence d'actif. L'ordonnance organisant la mesure d'information est exécutoire, quant à l'obligation d'en communiquer l'historique, quel que soit le solde du compte ».

<sup>262</sup> CA Toulouse, 6 février 1980, D., 1981, IR 18, observation de M. Vasseur sur l'obligation d'information du banquier ; Cass. Com., 9 avril 1973 : JCP, 1973, II, 17555, note de Ch. Gavalda ; voir aussi Ch. Gavalda et J. Stoufflet, JCP, 1981, I, 3048.

<sup>263</sup> Art 226-13 C. Pén ; Art L. 511-33 C. monét. fin

193. Si les opérations du compte sont couvertes par le secret, il en va de même pour leur synthèse. Le solde ou résultat du compte est évidemment protégé par le secret bancaire. Autant les opérations sont couvertes par la confidentialité, autant leur synthèse est assujettie à la même règle. Ainsi, la divulgation non-autorisée du solde de compte du client d'un établissement de crédit est considérée, par application simple des articles L. 511-33 du Code monétaire et financier et 226-13 du Code pénal, une violation du secret bancaire, répressible d'une peine criminelle. De ce fait, le relevé de compte, ou une partie, est couvert par l'obligation de confidentialité du banquier, qui ne pourra le divulguer à des tiers, sauf exceptions prévues par la loi ou autorisation du client, sans être en contravention légale. D'où la règle de la confidentialité des correspondances est imposée strictement à cet égard. De même, une attestation du banquier avec précision du montant du solde de compte de son client ne doit pas être émise sans autorisation expresse de ce dernier.

194. Par pratique commerciale, les établissements de crédit, souvent sur demande de leurs clients, émettent des attestations de solvabilité ou de bonne situation financière<sup>264</sup>, utilisées comme une lettre de recommandation du banquier à son client, mais jamais avec une mention du montant exact du solde du compte, ni même d'ordre approximatif, sauf approbation du client. Ces attestations sont généralement rédigées avec les termes les plus généraux possibles tels que « *ressources financières suffisantes* », « *solidité financière* », « *position satisfaisante* », etc., afin de satisfaire au besoin du demandeur de renseignement, mais sans divulguer les éléments relevant de la confidentialité.

195. Cette pratique diffère selon les pays, notamment dans les pays anglo-saxons et en Allemagne, où la fourniture des renseignements par les banques est une pratique constante cohabitant avec le secret bancaire<sup>265</sup>. À ce titre, et pour des motifs d'intérêt public, la divulgation par un banquier de renseignements relatifs à son client en réponse à la demande d'un intéressé n'est pas répréhensible pénalement, à condition que ces renseignements soient vrais, qu'ils se rattachent au sujet et que la divulgation en soit faite sans malveillance et pour des motifs raisonnables<sup>266</sup>. Et encore, et par pratique interbancaire, des informations de clients sont communicables entre établissements de

---

<sup>264</sup> Cass. Com., 18 septembre 2007, Bull. civ. IV, n. 195 ; D., 2007, AJ-2466, observation de X. Delpech ; JCPE, 2008, n. 24, p. 13, observation de J. Stoufflet ; RDBF, 2007, n. 213, observation de F. J. Crédot et Samin ; RBD, janvier-février 2008, p. 27, observation de Th. Bonneau ; RJDA, 2008, n. 80 ; RDPAT, mars 2008, p. 74, observation de H. Mattout et A. Prüm.

<sup>265</sup> Gulphe, Le secret professionnel du banquier, RTD com., 1948, p. 22.

<sup>266</sup> *London Association of Protection of Trade vs Greenlands*, 1916, 2 A.C, p. 15.



crédit. L'usage permet à un banquier d'obtenir des renseignements d'un autre banquier sur la « position générale » de l'un de ses clients, sans porter de précisions chiffrées ou bien explicites<sup>267</sup>. La jurisprudence a confirmé que ne seraient pas couvertes par le secret des indications objectives d'ordre général<sup>268</sup>.

### *iii. La problématique du verso du chèque*

196. En application des règles de qualification précitées, afin de différencier les informations confidentielles de celles communicables, la solution ne paraît pas toujours évidente. La question de la communication des informations du verso d'un chèque, aux tiers et au tireur même, a été longtemps un sujet de controverse<sup>269</sup>.

197. Au fait, les mentions portées au verso d'un chèque revêtent donc un caractère confidentiel. Elles permettent, notamment, de prendre connaissance de la domiciliation bancaire du bénéficiaire et du numéro de son compte bancaire. La question était de savoir si ces informations sont couvertes par le secret bancaire, et si elles seraient opposables même au tireur du chèque sur lequel sont apposées ces données.

198. La problématique se transposait au niveau du fondement juridique, puisque le banquier était confronté à son client, auquel il est lié par une relation contractuelle, et pour l'intérêt duquel il opposait le secret bancaire, afin de protéger les données d'un tiers bénéficiaire du chèque que le client de la banque a tiré !

199. Dans ce cas, faut-il privilégier la relation contractuelle avec le client et lui transmettre les données au verso du chèque qu'il a lui-même tiré, ou bien primer la confiance dans le secteur bancaire même et préserver la confidentialité des données du bénéficiaire dont le banquier a pris connaissance en cours d'exercice de sa fonction ?

200. Après une période d'hésitation, durant laquelle des décisions s'étaient prononcées en faveur d'une communication recto-verso du chèque<sup>270</sup>, la question semble bien avoir

---

<sup>267</sup> Cass. Com., 9 janvier 1978, D., 1978, IR 308, observation de M. Vasseur ; CA Paris, 23 avril 1976, RTD com., 1977, p. 346, observation de M. Cabrillac et J. L. Rives-Lange ; 9 juin 1980, D., 1981, IR 192, observation de M. Vasseur ; 24 novembre 1983, D. 1984, IR 707, observation de M. Vasseur ; RTD com., 1984, p. 321, observation de M. Cabrillac et B. Teyssié.

<sup>268</sup> Cass. Com. 5 février 1962, RB, 1962, p. 169 ; confirmé par CA Paris, 6 février 1975, D., 1975, p. 318, note de J. Veziar.

<sup>269</sup> V. A. Teissier, Le secret professionnel du banquier, *Op. cit.*, p. 114 et s.

<sup>270</sup> CA Paris, 17 octobre 1995, Gaz. Pal., 1996, 1 ; Somm., p. 126 ; T. com. Paris, 16 mai 1994, JCPE, 1995, I, n. 465, n. 8, observation de Ch. Gavalda et J. Stofflet ; CA Reims, 25 février 1993, RDBB, 1993, p. 226, observation critique de F. J. Crédot et Y. Gérard ; TGI Paris, 10 juillet 1991, D., 1993, Somm., p. 55, observation de M. Vasseur ; RB, 1991, p. 1088, observation de J. L. Rives-Lange ; T. civ., Monaco, 3 mai 1973, RTD com., 1973, p. 610, observation de M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange.

enfin trouvé une solution définitive : « *En divulguant les informations figurant au verso des chèques litigieux, la banque porte atteinte au secret dont bénéficient le ou les tiers bénéficiaires des titres*<sup>271</sup> ». La doctrine, pourtant, n'a pas toujours abondé en ce sens. Et les arguments ne manquaient pas :

- Le secret doit s'effacer devant l'intérêt du tireur de vérifier la régularité du titre<sup>272</sup> ;
- En effet, « le chèque, en tant que titre et pièce justificative de la libération du tiré, forme un tout sur lequel le tireur doit avoir légitimement un droit de regard pour vérifier que le titre n'a pas été entaché d'irrégularités<sup>273</sup> » ;
- Refuser la communication « aboutirait à stériliser *de facto* les différents recours dont peut disposer l'émetteur<sup>274</sup> » ;
- Le chèque est un moyen de preuve appartenant au tireur<sup>275</sup> ;
- « Il n'y a pas violation du secret bancaire à l'égard du bénéficiaire, dès lors que l'émission du chèque postule son encaissement et son retour à la banque tirée, prise en qualité de mandataire du tireur, auquel aucune confidentialité, à raison de l'exécution du mandat, ne peut être opposée<sup>276</sup> » ;
- Dans la mesure où « il n'apparaît plus comme indiscret de demander à une personne un relevé d'identité bancaire qui permet l'utilisation de ces instruments de paiement », il n'est plus vraiment opportun de soumettre les données qui y figurent au secret bancaire<sup>277</sup> ;
- « Le secret se justifie de moins en moins depuis que la plupart des chèques en circulation comportent une clause de restriction d'endossement », ce qui diminue d'autant le risque de voir divulguer le nom d'éventuels endossataires<sup>278</sup>.

201. La jurisprudence elle-même était auparavant assez divisée. Outre l'arrêt d'appel de Nîmes<sup>279</sup> que la Cour de cassation dans son arrêt du 8 juillet 2003<sup>280</sup> a censuré, beaucoup

---

<sup>271</sup> Cass. Com., 8 juillet 2003, Bull. civ. IV, n. 119 ; D., 2003, AJ 217 observation d'V. Avena Robardet.

<sup>272</sup> M. Cabrillac, *Le chèque et le virement*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 1980, n. 252.

<sup>273</sup> F.-J. Crédot et Y. Gérard, RDBF, mai-juin 2001, n. 99.

<sup>274</sup> M. Cabrillac et B. Teyssié, RTD com., 1991, p. 615.

<sup>275</sup> F. Chamoux, *La preuve dans les affaires de l'écrit au microfilm*, Litec, 1979.

<sup>276</sup> F.-J. Crédot et Y. Gérard, RDBF, mai-juin 2001, n. 99.

<sup>277</sup> M. Cabrillac, RTD com., 1995, p. 818.

<sup>278</sup> Ch. Gavalda et J. Stoufflet, JCP, 1999, p. 759.

<sup>279</sup> CA Nîmes, 9 décembre 1999, RDBF, mai-juin 2001, p. 151, observation de F. J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>280</sup> *Ibid*, note 246.

d'autres ont tranché dans le même sens. Mais, il faut bien le reconnaître, les décisions refusant la communication de la copie intégrale du chèque étaient tout aussi nombreuses<sup>281</sup>.

202. Après l'arrêt de la Cour de cassation de 2003, la jurisprudence semble avoir tranché définitivement en la matière : Seul le recto d'un chèque est librement communicable. Le verso reste couvert par le secret professionnel du fait qu'il contient la domiciliation bancaire et le numéro de compte du bénéficiaire, motif légitime opposable au juge civil lui-même en l'absence d'accord du bénéficiaire<sup>282</sup>. Suivant le même argument, si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité, ce pouvoir est limité « par l'existence d'un motif légitime tenant, soit au respect de la vie privée, sauf si la mesure s'avère nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui, soit au secret professionnel<sup>283</sup> ».

203. Cette solution a primé l'élément de la confiance dans le secteur bancaire et la confidentialité des données bancaires du bénéficiaire d'un chèque, et les a jugés opposables, même au tireur client du banquier opposant le secret.

204. Pourtant, il nous semble que cette solution manque de rigueur juridique, faute de fondement contractuel et de relation juridique entre le banquier tiré et le bénéficiaire. Elle peut aboutir « à stériliser *de facto* les différents recours dont peut disposer l'émetteur<sup>284</sup>, et « à paralyser l'éventuelle mise en jeu de la responsabilité du banquier tiré<sup>285</sup> », et a même favorisé le traitement du chèque par rapport à la lettre de change, qui est remise à celui qui la paie<sup>286</sup>. Enfin, l'argument de la confidentialité des données bancaires du bénéficiaire n'est pas vraiment fondé sur le titre du chèque, mais dans la relation qui lie le banquier à son client. Heureusement, La chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>287</sup> infléchit en 2019 sensiblement sa doctrine en la matière, en imposant la condition de « *rechercher si la communication aux tireurs des informations*

---

<sup>281</sup> TGI Paris, 21 mars 1991, D., 1992, Somm., p. 30, observation de M. Vasseur ; RB, 1991, p. 984, observation de J. L. Rives-Lange ; CA Nancy, 23 avril 1998, RBD, septembre-octobre 1998, p. 38, observation de M. Guillot ; RDBB, 1998, p. 142, observation de F.-J. Crédot et Y. Gérard ; JCPE, 1999, p. 759, observation de Ch. Gavalda et J. Stoufflet.

<sup>282</sup> *Op.cité.*

<sup>283</sup> Cass. Civ., 21 juillet 1987, Bull. civ. I, n. 248.

<sup>284</sup> TGI Paris, 21 mars 1991, RTD com., 1991, p. 165, note de M. Cabrillac et B.Teyssier.

<sup>285</sup> C. Gavalda et J. Stoufflet, JCPE, 1995, I, p. 465, n. 8.

<sup>286</sup> R. Routier, Obligations et responsabilité du banquier, D., 2018-2019, p. 656.

<sup>287</sup> Cass. Com. 15 mai 2019, n. 18-10.491, D. 2019. 1595, note H. Michelin-Brachet ; JCP 2019. 642, note Th. Bonneau

*figurant au verso des chèques qu'ils avaient émis n'était pas indispensable à l'exercice de leur droit à la preuve* ». Cette solution constitue un tempérament au droit au secret bancaire reconnu au bénéficiaire du chèque pour un balance des intérêts en question, entre le droit à la preuve d'un côté, protection du secret dû aux bénéficiaires de chèques de l'autre<sup>288</sup>.

## **B. Les informations non-protégées**

205. Si le secret bancaire couvre tous les renseignements d'ordre privé, il ne s'étend pas aux éléments purement factuels. Par opposition aux informations qualifiées de confidentielles, d'autres sont considérées communicables et ne faisant pas partie de la protection du secret bancaire. Les renseignements qui n'ont pas de caractère privé, qui ne relèvent pas de la sphère intime du client avec son banquier, ou dont l'accès est rendu possible par la consultation d'autres registres, ou même qui sont connus du public, ne sont pas objet de confidentialité. Ainsi, dans le cadre d'une demande de prêt, la situation médicale du client, les modalités précises du prêt et la réponse motivée donnée par la banque ne sont pas soumises à la même protection<sup>289</sup>. De même, si dans le cadre d'une procédure civile, le secret bancaire s'oppose à ce que le banquier communique des informations confidentielles d'ordre privé relatives aux clients de l'établissement, il n'en va pas de même des informations qui ne présenteraient qu'un caractère factuel<sup>290</sup>. Dans le même sens, l'état civil d'un client ne constitue pas une information confidentielle couverte par le secret professionnel du banquier<sup>291</sup>.

206. En plus des informations communicables, puisque de caractère factuel, certaines informations bancaires figurant au chèque, à la carte de crédit ou en cours d'exécution des opérations de bourse, présentent un caractère public et sont communicables.

207. Le chèque comme moyen de paiement, jadis employé à grande envergure, comporte des informations relatives au client de la banque. Ainsi, la nomination du compte, son

---

<sup>288</sup> H. Synvet, Droit bancaire, D. 2019, p.2009

<sup>289</sup> CA Versailles, 23 mars 1994, D., 1994, Somm., p. 328, observation critique de M. Vasseur ; RB, février 1995, p. 89, observation de M. Guillot : « ... pour un arrêt ayant jugé qu'était constitutif d'une violation de l'article 57 de la loi n. 84-46 du 24 janvier 1984 le fait, pour un banquier, d'avoir révélé les difficultés qu'il avait eues à joindre son client en vue d'une régularisation de situation... » ; CA Paris, 24 septembre 1996, RDB, 1997, p. 67, observation de F. J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>290</sup> TGI Carpentras, 17 septembre 1997, BICC, 1998, n. 263 ; D., 1998, p. 625, note O. Staes.

<sup>291</sup> CA Paris, 6 février 1998 : RDBB, 1998, p. 175, observation de Crédot et Gérard.

numéro, et la banque tirée sont clairement mentionnés. En plus, une fois émis, il comporte le nom du bénéficiaire et la somme à payer.

208. Par son arrêt du 10 décembre 1978<sup>292</sup>, le tribunal de grande instance de Paris a évoqué la question et a tranché en la matière en précisant que « *le chèque circulant entre particuliers n'est pas couvert par le secret bancaire, mais sa remise à une personne dépositaire (le banquier) change la donne* ».

209. Le chèque, comme instrument juridique de paiement, est dans sa nature transmissible, du tireur au bénéficiaire, au banquier tiré. Et comme le client de la banque, tireur du chèque, accepte de l'employer, il ratifie la divulgation d'une certaine partie de ses données confidentielles. Comme de principe, « il ne sert de rien de taire un secret lorsqu'on le montre<sup>293</sup> ». En circulation, le chèque ne fait pas partie des informations protégées. La protection du secret bancaire s'active au moment où le chèque est remis au banquier pour encaissement.

210. Cette même solution s'applique pour les cartes bancaires employées comme instrument de paiement. La carte bancaire, que ce soit de débit direct ou de crédit, est un instrument de règlement rapide, relativement fiable grâce à la technique informatisée, et notamment à un système de puce électronique, mais surtout stockant de nombreuses informations, à savoir le nom du client, son code secret sous forme cryptée, le montant du crédit accordé et la banque domiciliataire.

211. Pour l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009<sup>294</sup>, ayant refondu le chapitre III du titre III du livre I de la partie législative du Code monétaire et financier, chapitre intitulé « *Les règles applicables aux autres instruments de paiement* » (*le chèque, la lettre de change et le billet à ordre*), *la protection des données confidentielles relatives à la carte de crédit est en principe soumise aux mêmes règles que celles du chèque, sauf particularité de ce dernier* ». Le traitement de la confidentialité des informations confidentielles portées par une carte de crédit est soumis au même régime que les autres opérations bancaires. Le banquier est tenu de respecter la discrétion autour des

---

<sup>292</sup> TGI Paris, 10 décembre 1978, *inédit*.

<sup>293</sup> J.J. de Lingrée, *Les réflexions, pensées et maximes*, 1814.

<sup>294</sup> Relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement, JO, 16 juillet 2009, Art. L. 131-1 (s) C. monét. fin.

informations secrètes de son client, mais seulement quand ces informations sont en traitement par les réseaux de l'établissement de crédit<sup>295</sup>.

### **C. Le régime des informations protégées sous le RGPD**

212. Tel qu'évoqué auparavant, les informations personnelles et pécuniaires des clients forment l'essentiel de l'objet du secret bancaire<sup>296</sup>. Et, la protection des données à caractère personnel est aussi un droit fondamental. Elle est basée sur les principes du respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, ainsi que la liberté de pensée et d'expression<sup>297</sup>. L'importance de la sécurité de ces informations s'est accrue avec le développement de l'innovation numérique permettant une facilitée dans leur transfert, leur traitement et leur stockage. Grâce au RGPD<sup>298</sup>, et afin de faire face à l'hétérogénéité des règlements des différents pays européens en la matière, un dénominateur commun est créé pour tous les projets numériques européens, afin de réglementer les flux transfrontaliers de données à caractère personnel à l'ère des « méga-données<sup>299</sup> » (*Big data*). Le RGPD, qui a remplacé la directive européenne de 1995 sur la protection des données à caractère personnel<sup>300</sup>, a pour objectif principal d'accroître la protection des personnes concernées par un traitement de leurs données à caractère personnel, mais aussi la responsabilisation des acteurs de ce traitement. En réglementant la circulation des données personnelles, il a instauré au sein de l'Union européenne, une cinquième liberté de circulation des données non-personnelles, après celle des personnes, des biens, des services et des capitaux<sup>301</sup>. La nouvelle réglementation a été promulguée sous forme de règlement, pour éviter le long processus de transposition de la directive dans le Droit positif de chaque État membre. Le RGPD entré en vigueur le 25 mai

---

<sup>295</sup> À titre de transposition, TGI Paris, 10 décembre 1978, *inédit*

<sup>296</sup> J. Morel-Maroger, La protection des données personnelles des clients des banques : bilan et perspectives, RDBF n. 2, Mars 2011, étude 10

<sup>297</sup> Convention européenne de Droits de l'homme dans les articles 8-10 mise en référence au préambule du RGPD (1).

<sup>298</sup> Règlement de l'Union Européenne 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des données des personnes physiques, et abrogeant la directive 95/46/CE.

<sup>299</sup> Commission générale de terminologie et de néologie, JO du 22 août 2014

<sup>300</sup> La Directive 95/46/CE pour la protection des données à caractère personnel et publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 23 novembre 1995

<sup>301</sup> Selon la rapporteuse suédoise, Anna Maria Corazza Bildt ; Règlement 2018/1807 du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union Européenne.

2018<sup>302</sup>, impose au responsable de traitement<sup>303</sup> des données personnelles des personnes physiques<sup>304</sup>, la mise en place et l'utilisation de technologies répondant aux défis de sécurité dans un environnement ouvert du monde numérique, et ce dans un objectif de « *redonner aux citoyens le contrôle de leurs données personnelles, tout en simplifiant l'environnement réglementaire des entreprises* »<sup>305</sup>. Le règlement européen impose également au sous-traitant<sup>306</sup>, appelé également responsable conjoint, au même titre qu'au responsable de traitement, de mettre en œuvre des mesures garantissant la sécurité des données qu'il traite, que ce traitement ait lieu ou non dans les pays de l'Union Européenne<sup>307</sup>, d'où la tendance extraterritoriale du RGPD à souligner.

213. Par cette présentation, il apparaît qu'une intersection entre le domaine d'application du RGPD et celui du secret bancaire est évidente :

- Par leurs sujets :
  - o La personne dont les données sont visées par la protection peut être le client<sup>308</sup> de l'établissement de crédit et créancier de l'obligation au secret bancaire
  - o le « *responsable de traitement*<sup>309</sup> » ou « *le destinataire*<sup>310</sup> » peut être l'établissement de crédit, débiteur de l'obligation au secret bancaire, respectivement traitant les données personnelles de leur client, ou les recevant.

---

<sup>302</sup> Art 99.2 du RGPD

<sup>303</sup> Responsable de traitement : « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement » (RGPD, art. 4 (7)).

<sup>304</sup> Le traitement des données à caractère personnel qui concernent les personnes morales, et en particulier des entreprises dotées de la personnalité juridique, y compris le nom, la forme juridique et les coordonnées de la personne morale, est exclu du domaine d'application de la RGPD (réf. Article 1<sup>er</sup> du RGPD).

<sup>305</sup> Conseil européen, 11 avril 2016,

<sup>306</sup> Sous-traitant : « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement » (RGPD, art. 4 (8)).

<sup>307</sup> Art. 3 du RGPD (champ d'application territorial) ainsi que Art 44 (Transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales) soumettent aux responsables des traitements et leurs sous-traitants au champ d'application de la RGPD même s'ils sont en dehors du territoire de l'Union Européenne (UE), si leurs activités de ciblage portent sur des citoyens de l'UE.

<sup>308</sup> Réf. Art. 1<sup>er</sup> du RGPD : « des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel »

<sup>309</sup> Réf. Art. 4 alinéa 7 du RGPD «le responsable du traitement : la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement »

<sup>310</sup> Réf. Art. 4 alinéa 9 du RGPD : «le destinataire : la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui reçoit communication de données à caractère personnel, qu'il s'agisse ou non d'un tiers

- Par leurs objets : les données personnelles<sup>311</sup> de leur client peuvent être les informations protégées<sup>312</sup>, objet du secret bancaire.
- Mais aussi par leur effets : le RGPD impose au responsable de traitement une obligation de sécurité du traitement et de la sauvegarde de la confidentialité des données<sup>313</sup> avec la mise en œuvre « des mesures techniques et organisationnelles appropriées (...) destinées à mettre en œuvre les principes relatifs à la protection des données (...) et à assortir le traitement des garanties nécessaires afin de répondre aux exigences du présent règlement et de protéger les droits de la personne concernée ».

214. D'où, les établissements de crédit faisant traitement<sup>314</sup> des données personnelles de leurs clients, sont soumis aux dispositions du RGPD, qui viennent renforcer l'obligation au secret bancaire<sup>315</sup> en la matière. Les données personnelles sont au cœur de l'activité et les établissements bancaires étant d'importants producteurs, mais aussi consommateurs de données. Ils doivent recueillir les éléments d'identification de leurs clients, tels que leur situation personnelle (de l'identité, de la nationalité, du pays de résidence, du domicile, de la situation familiale et professionnelle de l'intéressé), professionnelle, économique ou financière<sup>316</sup>. Ils ont accès à l'état de santé dans le cas où le client demande à bénéficier d'un prêt. En effet, les clients doivent remplir des questionnaires santé, voire quelques fois transmettre des résultats d'analyse médicale. Or, les données de santé sont des données sensibles au sens du RGPD, et bénéficient à ce titre d'une protection renforcée. De même, les banques sont soumises à la réglementation de l'identification du client (KYC « *Know Your Customer*») relative à la lutte contre le blanchiment et du terrorisme<sup>317</sup>, ainsi qu'à la réglementation liée à la lutte contre le

---

<sup>311</sup> Réf. Art. 4 alinéa 1<sup>er</sup> du RGPD : « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ». F. Lesaulnier, La définition des données à caractère personnel dans le règlement général relatif à la protection des données personnelles, Dalloz IP/IT 2016 p.573

<sup>312</sup> V. *Supra* p.78

<sup>313</sup> Art. 25 et 32 du RGPD

<sup>314</sup> Réf. Art. 4 alinéa 2 du RGPD : « traitement : toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ».

<sup>315</sup> A. Chatellier-Chamoulaud, Th. Bonneau, Avantages et difficultés de la mise en œuvre du RGPD, Banque et Droit, Hors-Série, Mars 2019, p.31

<sup>316</sup> Article R. 312-2 du Code monétaire et financier.

<sup>317</sup> Procédure instituée dès le début des années 1990, sous l'impulsion du Groupe d'action financière (GAFI), afin de lutter contre les grands trafics, le législateur impose peu à peu des principes visant à généraliser les bonnes pratiques. Cette pratique s'est renforcée pour les établissements de crédit et s'est généralisée à autres secteurs par la Loi dite "Sapin 2" (entrée en vigueur le 1er juin 2017), pour inclure les grandes entreprises (100 millions de chiffre d'affaires et plus de 500 salariés) qui



blanchiment d'argent et de lutte contre la corruption, et à ce titre, elles recueillent un tas de données personnelles. Surtout que, les données personnelles visées par le RGPD ne sont pas limitées aux seules informations extrapatrimoniales. Les types de compte, le montant et le types de ses opérations, et même le solde de ce compte constitue aussi des données personnelles<sup>318</sup> au sens du RGPD.

215. Toutes ces informations sont indispensables pour la bonne exécution des opérations des clients, mais aussi peuvent servir pour une nouvelle relation d'affaires au sein du même établissement, ou pour un ciblage pour de nouveaux produits bancaires ou financiers, et c'est l'essence de la protection imposée par le RGPD.

216. Si les banques ont une relation étroite marquée d'intimité avec leurs clients du fait de l'ensemble des données qui sont collectées, elles doivent impérativement prendre en compte leurs attentes en termes de confiance, par l'obligation au secret bancaire mais aussi en application des dispositions du RGPD. Mais si les deux obligations ont une portée similaire, elles ne sont pas identiques. Pour articuler la réglementation du RGPD avec les dispositions du secret bancaire, il importe de signaler que :

- Le RGPD vise seulement les données personnelles (patrimoniales et extrapatrimoniales), ce qui exclut de son domaine d'application toute information non-personnelle.
- Le RGPD vise seulement les données personnelles propres aux personnes physiques, ce qui exclut toute application pour les personnes morales.

D'un autre côté :

- Le secret bancaire protège les informations confidentielles telles que décrites auparavant<sup>319</sup>, qu'elles soient patrimoniales ou extrapatrimoniales, et qu'elles appartiennent à des personnes morales ou physiques.

217. D'où, les informations qui seront protégées par le double régime du secret bancaire et du RGPD, sont seulement les données personnelles des personnes physiques, qu'elles

---

sont désormais concernées et doivent mettre en œuvre des mesures pour anticiper les risques de corruption et, en tout état de cause, mettre en place des dispositifs pour identifier leurs clients et leurs actionnaires (KYC – KYS)

<sup>318</sup> Réf. Art. 4 alinéa 1<sup>er</sup> du RGPD : « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par (...) un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité (...) économique, ... » ; Th. Bonneau, Les données à l'heure de la DSP 2 et du RGPD, Banque et Droit, Hors-Série, Mars 2019, p.5

<sup>319</sup> V. *Supra* p. 78

soient patrimoniale ou extrapatrimoniale. La confidentialité des données non-personnelles, et des informations relatives aux personnes morales, quoique exclue de la protection du RGPD reste couvertes par l'obligation au secret bancaire<sup>320</sup>. Et d'un autre côté, les données personnelles propres aux personnes physiques, clients de l'établissement de crédit, et recueillis par ce dernier, telles que leur situation médicale, n'est pas objet du secret bancaire, mais elles sont couvertes par la protection du RGPD.

218. Il faut noter toutefois que les données non-personnelles, et en dépit de leur protection par la confidentialité du secret bancaire, ont été objet du règlement 2018/1807<sup>321</sup> du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel<sup>322</sup> dans l'Union Européenne. Ce nouveau texte a érigé une liberté de circulation des données non-personnelles, avec la possibilité de soulever par restriction un motif de sécurité<sup>323</sup>. Il y a grand doute que le secret bancaire relève d'un tel type de motif<sup>324</sup>, ce qui impose une nouvelle exception au domaine de protection de confidentialité du secret bancaire, propre à cette catégorie d'information.

219. Après avoir qualifié les informations protégées par le secret bancaire, un examen des différentes formes que peuvent avoir ces informations sera nécessaire.

#### **D. Les formes des informations couvertes par le secret bancaire**

220. Par le texte de l'article L. 511-33 du Code monét. fin., et même par l'application jurisprudentielle du texte de l'article 226-13 du Code pénal, la forme des informations couvertes par le secret bancaire ne reste pas moins indéfinie. Dans les deux textes, l'expression d'« information » est reprise sans description. Par définition, l'information est l'indication, le renseignement ou le fait porté à la connaissance du public, plus ou moins large, sous forme d'images, de textes, de discours ou de sons<sup>325</sup>. Donc, l'information évoquée dans le texte de loi, peut revêtir une forme écrite, l'*instrumentum*,

---

<sup>320</sup> E. Jouffin et M. Roussille, Favoriser la libre circulation des datas (données non personnelles) : que vive le secret bancaire ! Banque et Droit. n. 183, 2019, p. 61

<sup>321</sup> JO Union Européenne, L 303, 28 novembre 2018, p. 59-68

<sup>322</sup> Réf. Art. 1<sup>er</sup> du Règlement 2018/1807 : « les données autres que les données à caractère personnel au sens de l'article 4, point 1 du RGPD ; V. *infra*, les tendances réglementaires, p. 307

<sup>323</sup> Réf. Art. 4-1 du Règlement 2018/1807

<sup>324</sup> E. Jouffin et M. Roussille, *Op.cité*.

<sup>325</sup> Dictionnaire Larousse

ou bien un simple contenu, *le negotium*, sur tout autre support matériel ou non-matériel, tel que l'ordre vocal.

221. Sous sa première forme, l'information ne pose pas de problème pour être repérée, et mise au secret, puisqu'elle est portée par un écrit, un message informatique ou un courrier électronique, ou même un message textuel de téléphone ou appareil portable. Mais c'est pour l'information sous forme verbale que la problématique se pose. Comment la protéger des indiscretions ? Comment faire la preuve de sa transmission – autorisée ou pas – surtout avec les progrès technologiques de transmission d'informations ?

222. Si la précision législative manque en la matière, la jurisprudence, elle, se fait rarissime.

223. Ce principe couvre aussi les formes intangibles de correspondances, de poste, facsimilé ou courrier électronique. De nos jours, les actes de transmission deviennent de plus en plus fluides : une simple manipulation d'un outil informatique ou d'un bouton de clavier, et même par ordre vocal<sup>326</sup>, peuvent suffire pour accomplir une transaction bancaire. Le code secret d'accès aux comptes est de plus en plus substitué par la reconnaissance faciale ou vocale. Les informations nécessaires à la réalisation des opérations de banque sont désormais essentiellement transmises par la voie informatique<sup>327</sup>. Mais cette facilité d'entreprendre n'enlève rien au principe de discrétion et au devoir de prudence imposés dans la transmission et la diffusion des documents relatifs aux opérations des clients des établissements de crédit. D'ailleurs, la CNIL constate qu'il s'agit d'un des secteurs qui enregistre le plus grand nombre de plaintes<sup>328</sup>. C'est une illustration du défi de la compatibilité des règles du Droit, et en la matière celles de respect de la confidentialité, avec les innovations technologiques<sup>329</sup>.

224. Ainsi, et en plus des actes de prudence requis dans la transmission, le devoir de confiance impose au banquier une mission de stockage des données et documents en

---

<sup>326</sup> V. Art L. 521-3-1 C. monét. fin. sur les opérations de paiement exécutées depuis un dispositif électronique

<sup>327</sup> Th. Bonneau, Droit bancaire, Montchrestien, 8e éd. 2009, n. 29 et s ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire : Litec, 8e éd. 2010, n. 16

<sup>328</sup> CNIL, 30e rapport d'activité 2009, p. 33

<sup>329</sup> Les principes fondamentaux relatifs à la protection des données personnelles sont posés par l'article 1er de la loi du 6 janvier 1978 qui proclame que « l'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »

support de leurs clients, qui soit la plus stricte possible en termes de préservation, et de cryptage<sup>330</sup>.

225. D'où les architectures en partition des locaux des établissements bancaires, et la ligne de distanciation entre clients en queue, sont entreprises afin de permettre le plus d'occultation possible pour éviter tout regard ou écoute indiscrets.

226. De même, les claviers des distributeurs de billets et des lecteurs des cartes bancaires sont enclavés par une bordure de discrétion, pour éviter tout accès non autorisé au code secret relatif à la carte bancaire.

227. Une même procédure s'applique pour le stockage informatique des opérations de compte, que ce soit les détails et valeurs des opérations entreprises, leurs causes et bénéficiaires, et même l'accès et la consultation sur écran<sup>331</sup>. Toute opération de compte couverte par le secret bancaire, quel que soit son mode de consultation possible, doit être tenue confidentielle.

228. Ces informations sont créées, traitées, transmises et stockées dans les réseaux des établissements de crédit, mais durant toutes les phases, elles prennent deux principales formes, tangibles (*paragraphe a*), et intangibles ou électroniques (*paragraphe b*).

#### **a. Forme tangible**

229. Comme déjà évoqué ci-dessus, la protection de l'information sous forme tangible ne pose pas grand problème, puisqu'elle est stockée en support écrit ou bien numérique, et bien souvent les logiciels d'administration des banques font trace de la consultation des documents ou fichier informatique. Et ainsi, toute transmission d'information protégée par le secret bancaire est liée à l'autorisation accordée à son titulaire.

230. Ainsi, les documents et les bases de données relatifs aux opérations des établissements de crédit, dans leurs formes instrumentales ou bien informatiques, sont sujet de la confidentialité à laquelle est tenu le banquier, et, de ce fait, font l'objet des

---

<sup>330</sup> À cet égard, la circulation des données informatisées des établissements de crédit en dehors des frontières de l'Union européenne pose de sérieuses difficultés. Les transferts de données bancaires par SWIFT vers les États-Unis ont ainsi révélé de nombreuses atteintes aux principes français et européens gouvernant la protection des données personnelles. D'importants transferts de données peuvent aussi être ordonnés dans le cadre des procédures américaines de découverte (*discovery*), M. Dubertret, Procédures américaines de découverte (*discovery*), Le transfert d'information d'ordre économique ou à caractère personnel, Banque et Droit janvier-février 2010 p. 3 s. Pour une synthèse de ces difficultés, V. E. Caprioli, Les flux transfrontières des données à caractère personnel en matière bancaire, RD bancaire et fin. 2010, dossier 3.

<sup>331</sup> Dictionnaire Larousse : « Un procédé de cryptographie grâce auquel on souhaite rendre la compréhension d'un document impossible à toute personne qui n'a pas la clé de (dé)chiffrement ». Sur le cryptage des informations bancaires ; V. É. A. Caprioli, Le régime juridique des paiements sur Internet in Internet saisi par le Droit, Éd. Des Parques, 1997, p. 92.

moyens de discrétion et de protection de toute transmission hasardeuse. Quant à sa forme intangible ou immatérielle, l'information confidentielle est dure à préserver. Dans les cas similaires, l'établissement de crédit, par le biais de son directeur, son employé ou même le logiciel informatique, reçoit l'information verbalement, par voie vocale ou par télétransmission, sans que cette réception soit documentée par un écrit.

231. À ce sujet, les établissements de crédit, dans la phase de stockage des informations, requièrent un écrit en confirmation de l'ordre vocal ou téléphonique, afin de constituer une preuve légale complète. Et encore, les appels téléphoniques auprès des établissements de crédit sont souvent enregistrés, pour éviter toute fuite d'information couverte par la confidentialité à laquelle est tenu le banquier.

232. On peut imaginer que, dans le proche futur, la question va se compliquer davantage et se complexifier avec les progrès technologiques qui bouleversent notre vie quotidienne ; comme, par exemple, les enceintes à commande vocale tel le *Google Home*, qui, par simple ordre vocal, permettra de consulter le compte bancaire, ce qui nécessitera une progression législative à ce sujet pour la consécration textuelle de la signature vocale après la signature électronique<sup>332</sup>.

### **b. Forme électronique**

233. L'information, objet de l'obligation au secret bancaire, peut aussi revêtir une forme numérique transmissible du banquier à ses clients par le biais de diffuseurs tels que les opérateurs téléphoniques ou les fournisseurs de services internet.

234. Avec les progrès technologiques, les ordinateurs sont devenus pour les banques des instruments de travail indispensables. Ils permettent de rassembler « un nombre de renseignements sur les personnes pratiquement illimitée, d'en obtenir de nouveaux par le traitement de ces renseignements, et de mettre les uns et les autres à la disposition d'utilisateurs en un temps record, et à un point quelconque de l'espace<sup>333</sup> ».

---

<sup>332</sup> À ce titre, le règlement délégué de la Commission du 27 novembre 2017 complétant la deuxième directive sur les services de paiement (DSP 2) par des « normes techniques de réglementation » (RTS) fixe les règles auxquelles devront se conformer dès le 14 septembre 2019 les établissements gestionnaires de comptes, afin de garantir l'authentification forte du client. L'authentification forte doit reposer sur au moins deux facteurs, appartenant à deux catégories distinctes : un élément de connaissance (mot de passe, code PIN), un élément de possession (*token*, mot passe sur mobile, carte) et un élément d'inhérence.

<sup>333</sup> P. Kayser, Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles, Mélanges Marty, p. 725.

235. Ainsi, par exemple, les transferts de fonds s'opèrent électroniquement et nécessitent l'identification des clients et des informations sur l'opération en cours, des renseignements qui sont susceptibles d'être indument utilisés.

236. De ce fait, en introduisant des informations soumises au secret professionnel à l'informatique, les informations relatives au client de la banque, protégées par la réserve du banquier, se trouvent propagées dans le monde de l'informatique.

237. Aux termes de l'article premier de la loi française du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers, et aux libertés, l'informatique ne doit porter atteinte « ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée ni aux libertés individuelles ou publiques ». Ce texte s'applique aux banques dans la garde et l'utilisation des fichiers informatiques contenant des informations couvertes par le secret bancaire.

238. Pour les opérations financières, le règlement général de l'AMF (Autorité des marchés financiers) impose une obligation de diffusion effective et intégrale de l'information réglementée par voie électronique<sup>334</sup>. La diffusion effective et intégrale s'entend comme une diffusion permettant, entre autres, « de transmettre l'information aux médias dans son intégralité et d'une manière qui garantisse la sécurité de la transmission, minimise le risque de corruption des données et d'accès non autorisé et apporte toute certitude quant à la source de l'information transmise ».

239. Bien qu'elle concerne textuellement la transmission des informations relatives aux sociétés cotées en bourse, la règle édictée par ladite réglementation fait preuve de la pratique bancaire de transmission d'informations et s'applique *de facto* à toutes les opérations du banquier.

240. Ainsi, le banquier doit observer une vigilance dans la transmission des informations qu'il détient, afin de minimiser le risque d'accès non autorisé, vigilance qui sous-entend une obligation au secret bancaire. L'importance de cette vigilance se manifeste par la réglementation des modalités de stockage des informations financières<sup>335</sup>, et le dressement d'une liste de diffuseurs professionnels agréés par l'AMF.

241. Pour cerner la forme électronique de l'information financière couverte par le secret bancaire, précisons qu'elle fait partie de l'information électronique professionnelle telle que l'information économique, de solvabilité, médicale, juridique, et bien sûr financière.

---

<sup>334</sup> Article 221-3 du règlement intérieur de l'Autorité des marchés financiers.

<sup>335</sup> Article 221-5 dudit règlement : « L'émetteur dépose l'information réglementée auprès de l'AMF sous format électronique simultanément dans les conditions fixées par une instruction de l'AMF. »

L'information dans sa forme électronique, comme toute information détenue par un professionnel, est couverte par le secret bancaire, mais sa particularité découle de son moyen de transmission et de ce fait de la nécessité de passer par des diffuseurs, qui très souvent ne relèvent pas de l'établissement de crédit concerné, mais par des prestataires de services au sens de l'article L. 511-33 du C. monét. fin. À ce sujet, les établissements de crédit soumettent leurs contractants professionnels à une obligation de discrétion, en vertu de l'article 511-33, alinéa 4, du Code monétaire et financier, et emploient des moyens de cryptage<sup>336</sup> des informations secrètes de leur client pour les rendre illisibles à tous les prestataires de services qui ne devraient pas y avoir accès.

242. En plus des moyens de discrétion et de protection de données employés par les banques pour sensibiliser leur personnel au secret, une organisation interne est mise en place pour permettre d'identifier clairement le poste responsable de toute fuite indument autorisée des informations secrètes, l'émetteur concerné, l'objet de l'information, ainsi que l'heure et la date de sa transmission par l'émetteur.

243. Après avoir déterminé les éléments de l'obligation au secret bancaire, et afin de compléter son étude comme notion juridique, il importe de déterminer sa nature (section 2) avant d'évoquer son fondement juridique (section 3). La première vise à classer l'obligation au secret bancaire parmi les obligations naturelles et les obligations civiles, et de déterminer ses contours. Le fondement juridique sert à déterminer la source d'obligation, contractuelle ou extracontractuelle.

## **SECTION 2 : NATURE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION AU SECRET BANCAIRE**

244. En général, une obligation peut revêtir deux formes. Elle peut être morale ou naturelle, et dans ce cas elle appartient au domaine de la conscience et constitue un devoir moral sans un pouvoir de contrainte juridique. Comme elle peut être une obligation civile

---

<sup>336</sup> Suivant la loi n. 90-1170 du 29 décembre 1990, la cryptologie consiste en des techniques de chiffrement et de codage qui assurent l'intégrité, l'authentification ou la confidentialité de données électroniques transmises par les réseaux télématiques.

ou juridique, qui est un lien de droit unissant deux personnes, en cas d'inexécution de la part du débiteur, est susceptible de faire l'objet d'une exécution forcée<sup>337</sup>.

245. L'obligation au secret bancaire est consacrée au Code monét. fin dans son article L. 511-33, et sa violation est réprimée par la peine privative de liberté prévue à l'article 226-13 C. Pén. Tout manquement à ses dispositions peut faire l'objet d'une exécution forcée. Et étant une obligation de faire ou de ne pas faire<sup>338</sup>, elle est ne peut faire l'objet d'exécution forcée en nature, mais par équivalent<sup>339</sup>. Si dans sa source<sup>340</sup>, elle s'apparente à des règles déontologiques, ses caractéristiques lui donnent la qualification d'une obligation civile. Elle se rapproche avec d'autres notions juridiques, mais garde ses caractéristiques de spécificité (*Sous-section 1*). Mais elle se caractérise par des traits de spécificité qui lui accorde un intérêt juridique et économique (*Sous-section 2*).

## **Sous-Section 1 : Comparaison avec des notions voisines**

246. La notion juridique du secret bancaire, se rapprochent avec d'autres notions juridiques. Dans ces éléments tels que décrits, elle partage des éléments communs avec des notions tels que le secret professionnel<sup>341</sup> (*paragraphe A*), le secret des affaires (*paragraphe B*), ou la notion de la vie privée (*paragraphe C*). D'où il importe de dresser les éléments de similitude et les traits de distinction du secret bancaire avec chacune de ces notions.

### **A. Le secret professionnel**

#### **a. Définition**

247. Le secret professionnel est le devoir du professionnel de tenir secrètes les informations qu'il a reçues en cours d'exercice de ses fonctions. Il vise à assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions<sup>342</sup>, et à garantir la

---

<sup>337</sup> Art. 1100 C. civ consacre, sans la nommer, l'obligation naturelle dans son alinéa 2 : « peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui » ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949, LGDJ, n. 47 s.

<sup>338</sup> V. Art 1101 C. civ. V. *Infra* les formes de l'obligation au secret bancaire, p. 150

<sup>339</sup> Art 1217 et 1221 C. civ (Ancien Art 1146 C. civ. « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur »

<sup>340</sup> V. *Supra*, les origines du secret bancaire, p.29

<sup>341</sup> V. *Supra*, Introduction, p. 28

<sup>342</sup> Cass. crim., 15 décembre 1885, DP, 1886, 1, p. 347 ; 9 novembre 1901 : *ibid.*, 1902, 1, p. 235 ; 9 mai 1913 : S., 1914, 1, p. 169, note de J. A. Roux ; DP, 1914, 1, 206.



sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à un professionnel, comme confident nécessaire<sup>343</sup>. Dans certains cas, il est imposé en raison de règles de déontologie, comme pour l'avocat. Le secret professionnel est applicable à tout professionnel qui reçoit des informations confidentielles. L'article 226-13 du Code pénal est le texte de consécration législative du secret professionnel. Il interdit de révéler une information à caractère secret, mais ne définit pas les faits couverts par le secret professionnel. La notion même de confiance suppose des informations de nature confidentielle, et transmise dans l'exercice d'une profession. La disposition de l'article 226-13 du Code pénal est générale et absolue et les règles qu'il édicte doivent recevoir application, encore bien qu'il s'agisse d'un fait connu ou simplement susceptible de l'être<sup>344</sup>. Et cela, même si la preuve de la connaissance est potentielle, « lorsque l'intervention du dépositaire du secret entraîne la divulgation de précisions qu'il était seul à connaître<sup>345</sup> ». La connaissance par des tiers ou par d'autres moyens des faits confiés au professionnel n'est pas de nature à leur enlever leur caractère confidentiel et secret<sup>346</sup>.

### **b. Les éléments de similitude**

248. Le secret bancaire s'apparente au secret professionnel dans sa consécration textuelle<sup>347</sup>, et par la terminologie employée. Mais aussi dans sa cause, puisque dans les deux cas, c'est une expression de la confiance déposée auprès du professionnel.

249. Le banquier, dans sa profession, est considéré comme un professionnel assujéti aux prescriptions de l'article 226-13 du Code pénal, qui s'applique à tous ceux auxquels leur état ou leur profession impose l'obligation au secret en ce qui concerne les faits dont la connaissance leur est parvenue en raison de l'exercice de leur profession<sup>348</sup>.

---

<sup>343</sup> Cass. crim., 19 novembre 1985, Bull. crim., n.364.

<sup>344</sup> Cass. crim., 12 avril 1951, Bull. crim., n. 103 ; D., 1951, p. 363 ; 24 janvier 1957 : Bull. crim., n. 86 ; D., 1957, p. 298 ; S., 1957, p. 219 ; Gaz. Pal., 1957, 1, p. 412 ; 25 janvier 1968, Bull. crim., n. 25 ; D., 1968, p. 153, rapport de Costa ; JCP, 1968, II, 15425 ; Gaz. Pal., 1968, 1, p. 164 ; RSC, 1968, p. 344, observation de Levasseur ; 8 février 1994 : Gaz. Pal., 1994, 1, Somm., p. 298 ; RDP, 1994, p. 134 ; TGI Grenoble, 22 mai 1957, JCP, 1957, II, 10246, note R. Savatier.

<sup>345</sup> Cass. crim., 7 mars 1989, Bull. crim., n.109 ; RSC, 1990, p. 73, observation de G. Levasseur.

<sup>346</sup> Cass. crim., 22 novembre 1994, RDP, 1995, 64 ; 16 mai 2000, n. 99-85.304 P, D., 2002, Somm., p. 858, observation de Th. Blanchard ; RDP, 2000, p. 127, observation de A. Véron.

<sup>347</sup> V. Art L. 511-33 C. monét. Fin

<sup>348</sup> Cass. crim., 17 juillet 1936, DH, 1936, 494 ; 12 avril 1951, Bull. crim., n.103 ; D., 1951, p. 363 ; 24 janvier 1957, *ibid.*, n. 86 ; D., 1957, p. 298 ; S., 1957, p. 219 ; Gaz. Pal., 1957, 1, p. 412.

250. Le secret professionnel, comme le secret bancaire, est une obligation à la charge du professionnel de tenir confidentielles les confidences portées à sa connaissance et de s'opposer à toute demande de renseignement les concernant.

251. Les textes législatifs de consécration du secret bancaire emploient l'expression « le secret professionnel », et même les exceptions<sup>349</sup> à ces injonctions emploient les mêmes termes. D'où l'assimilation législative des deux notions, ce qui n'est pas à négliger, au moins dans la terminologie.

252. Les exceptions au secret professionnel et au secret bancaire sont similaires et, outre l'autorisation ou dans les cas imposés par la loi, elles sont citées respectivement dans les articles 226-14 du Code pénal et 511-34 du Code monétaire et financier.

253. De nos jours, une obligation de dénonciation<sup>350</sup> s'impose pour les types d'obligations de secret, créant une nouvelle exception *de jure* qui vient s'ajouter à celles qui étaient prévues auparavant.

254. Un autre élément de similitude entre le secret bancaire et le secret professionnel, est le fondement contractuel, puisque les deux notions tirent leur application des contrats entre le professionnel - ou le banquier - et le client. Mais c'est le champ d'application de chacune des deux notions qui se distingue.

### **c. Les éléments de distinction**

255. S'ils s'apparentent dans leur désignation législative, dans leur fondement et leur protection pénale de l'article 226-13 C. Pen., les notions de secret bancaire et de secret professionnel gardent des traits de distinctions. Le premier élément de distinction entre le secret professionnel et le secret bancaire est leur domaine d'application. Le secret professionnel trouve application entre les parties en question, à savoir le professionnel et le confident. Il tire principalement ses origines du contrat qui lie le confident au client, et occasionnellement des règles de déontologie, tel le cas de l'avocat. Pour le secret bancaire, la jurisprudence a décidé autrement et imposé une distinction avec le secret professionnel à cet égard. La consécration jurisprudentielle de la confidentialité des données confidentielles du bénéficiaire du chèque<sup>351</sup>, et l'obligation du banquier tiré à

---

<sup>349</sup> Voir notamment Art L. 511-33, L.511-34 et L. 612-1 C. monét. fin

<sup>350</sup> Art 226-14 C. Pén.

<sup>351</sup> Voir *Supra*, la problématique du verso du chèque, p. 89

son égard et opposable au tireur, même en dehors de toute relation contractuelle entre les parties, distingue le domaine d'application des deux notions.

256. Aussi, le secret bancaire, à la différence du secret professionnel du médecin ou de l'avocat, est un devoir qui pèse sur le banquier et non pas un droit qui lui profite. Le secret bancaire n'est pas, à la différence de celui qui est reconnu au médecin ou à l'avocat, de l'essence même de la profession de banquier. Et ce, bien qu'il soit nécessaire et extrêmement utile à tous, on peut, en effet, y renoncer et il est lui-même susceptible d'être remis en cause, ce qui impose d'être vigilant. Le secret bancaire est un secret de protection, et il se distingue d'autres secrets professionnels, ceux-ci considérés absolus<sup>352</sup>, car imposés par une raison supérieure, souvent de déontologie, ou de nature à permettre au professionnel l'exercice de son métier. Le secret n'appartient pas au banquier pour lui-même ; il le partage avec d'autres personnes auxquelles il ne peut l'opposer et qui peuvent éventuellement l'en délier<sup>353</sup>. Le secret bancaire, en effet, à la différence du secret médical, n'est pas absolu mais relatif<sup>354</sup>.

257. Le dépositaire du secret professionnel peut voir sa responsabilité pénale engagée en cas de manquement à son obligation de se taire. Il peut également faire l'objet de poursuites disciplinaires. Ce qui n'est pas le cas pour le banquier débiteur de l'obligation au secret bancaire, où il est tenu, même à l'insu de son créancier de le dénoncer notamment dans les cas d'investigation pour blanchiment d'argent<sup>355</sup>. Il est même amené de dévoiler les informations confidentielles de ce dernier contre le gré de l'intéressé, notamment à l'occasion d'un contrôle exercé par les agents des services fiscaux ou douaniers.

## B. Le secret des affaires

258. Le secret d'affaires figure aussi parmi les notions qui s'apparentent au secret bancaire Si le secret bancaire tend à la protection de la personne concernée par des

---

<sup>352</sup> Tout secret professionnel est considéré en jurisprudence comme un obstacle absolu à une demande de preuve. En d'autres termes, une preuve dévoilant un tel secret est systématiquement déclarée irrecevable ; Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 21 juill. 1987, n. 85-16.436, Bull. civ. I, n. 248

<sup>353</sup> Par exemple, l'administration fiscale ; Cass. Com., 13 janv. 1998, n. 96-30.097, 96-30.098 et 96-30.099, Quot. Jurid, 1998, n. 27, p. 2

<sup>354</sup> Lamy. Droit du financement, n.2767 ; G. Lardeux, Preuve : règles de preuve - les principes fondamentaux, Rép. D civ. - Octobre 2018, n. 342

<sup>355</sup> Art L. 561-1 C. monét. fin

informations de nature confidentielle parvenues à la connaissance du banquier, le secret des affaires dans sa définition, retient les faits qui, par nature et dans l'intérêt de l'entreprise, doivent rester confidentiels<sup>356</sup>.

259. À la différence du secret bancaire, l'information confidentielle dans le secret des affaires appartient et relève de l'intérêt du banquier, et non pas du client. À cet effet, les employés du banquier doivent tenir secrète, les informations confidentielle de leur employeur dans l'intérêt de ce dernier et en vertu de leur devoir de discrétion issu de leur contrat de travail.

### **a. Définition**

260. Suivant la définition de l'article L. 151-1 du C. com. font partie des secret des affaires, toute information répondant aux critères suivants :

- Elle revêt un caractère secret, et qui «elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments » n'est pas généralement connue ou aisément accessible ;
- Elle revêt, du fait de son caractère secret, une valeur commerciale ;
- Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection<sup>357</sup>.

261. L'identification d'un secret d'affaires suppose de tenir compte, d'une part, de la nature de l'information, et, d'autre part, de son origine<sup>358</sup>.

262. La définition du secret d'affaires a été introduite par la directive européenne n. 2016/943<sup>359</sup> transposée par la loi n. 2018-670<sup>360</sup>.

263. Elle a établi des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, la divulgation et l'utilisation illicites. Une protection qui suppose trois éléments pour pouvoir bénéficier de ladite protection<sup>361</sup> : un secret, une valeur commerciale et un contrôle sur ce secret.

---

<sup>356</sup> D. Kling, Le monde des affaires et le secret, *in* M.-A. Frison-Roche, Secrets professionnels, 1999, Autrement-Essais, p. 167

<sup>357</sup> CA Limoges, 30 mai 1985, D. 1985, IR 501 : « le secret des affaires, institué dans l'intérêt particulier du titulaire, devient sans objet quand la révélation ne cause aucun préjudice ».

<sup>358</sup> N. Binctin, Savoir-faire, Rep. com. D., janvier 2018.

<sup>359</sup> Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Elle fut insérée en appendice au Code de la propriété intellectuelle.

<sup>360</sup> JO n. 174 du 31 juillet 2018

<sup>361</sup> J.-M. Garinot et S. Grayot-Dirx, Secret des affaires et principe du contradictoire : l'impossible conciliation ?, *Gaz. Pal.*, 12 avril 2016, n. 14, p. 23 ; voir, aussi, G. Decocq et A. L. des Ylouses, Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles, *JCPE*, 2016, n. 35, p. 1456 ; *CE*, 10 octobre 2014, RLDA, 2014, n. 99, p. 35, note N. Leloir.

264. L'élément le plus important pour la qualification reste le secret : l'information doit, pour relever du régime du secret d'affaires, être secrète, non connue de personnes appartenant aux milieux en question. C'est une notion très similaire à celle retenue pour la mise en œuvre du régime du savoir-faire.

265. Mais le secret n'est pas une fin en soi dans la Directive n. 943/2016. Au contraire, il est abordé de façon fonctionnelle, car c'est lui qui permet d'obtenir le deuxième caractère de l'information secrète, sa valeur commerciale et économique. En effet, ce n'est pas le secret qui fournit la valeur économique à l'information, c'est parce qu'elle a une valeur économique que l'on cherche à la conserver secrète. Une information sans intérêt, même tenue secrète, n'aura aucune valeur économique. Une information présentant une valeur économique perd sa valeur une fois divulguée.

266. La dernière condition arrêtée pour que l'information relève du champ d'application de la Directive 943/2016, est qu'elle fasse l'objet « de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes ». Le secret ne doit pas être fortuit et ouvert au public, mais maintenu et défendu. Cette organisation dépend de l'information, des opérateurs et des circonstances. La présence de mots de passe, de serveurs sécurisés, de restrictions d'accès, militent pour reconnaître la volonté de contrôler l'information afin de la garder secrète.

267. « Le secret des affaires est un savoir-faire à ne pas faire savoir »<sup>362</sup>. Et la Directive du 8 juin 2016 avait énoncé que les secrets d'affaires tendent à constituer un autre moyen de s'approprier les résultats de l'innovation visant à protéger l'accès aux connaissances qui ont une valeur pour l'entité et qui sont peu connues, et à exploiter ces connaissances<sup>363</sup>.

268. Pour la protection du secret d'affaires, les dispositions de la Directive n. 2016/943 prête une attention particulière à la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires, sans nécessité de brevet<sup>364</sup>, mais aussi au cours des procédures judiciaires<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> O. de Maison Rouge, Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée, Dalloz IP/IT 2018 p.659

<sup>363</sup> Directive UE 2016/943 du 8 juin 2016, préambule 1

<sup>364</sup> O. de Maison Rouge, *Op.cité*: « Il s'agit de pouvoir recourir à un mode de protection efficace pour sécuriser à court, moyen et parfois long terme les connaissances de son titulaire (...) s'oblige donc à mettre en œuvre des procédés raisonnables destinés à le garder secret, par occultation, ce qui fonde son droit en tant qu'exclusivité de fait, en l'absence de tout titre public »

<sup>365</sup> Art. L.152-2 C.Com.

Ainsi, les autorités judiciaires compétentes peuvent, à la demande dûment motivée d'une partie, prendre les mesures nécessaires pour protéger le caractère confidentiel de tout secret d'affaires ou secret d'affaires présumé, utilisé ou mentionné au cours de la procédure judiciaire. Mesures telles qu'une restriction, en tout ou en partie, de l'accès à tout document contenant des secrets d'affaires qui a été soumis par les parties ou par des tiers, ou d'en restreindre l'accès aux audiences. Enfin, les dérogations au secret d'affaires sont mentionnées à l'article 5 de la Directive n. 943/2016<sup>366</sup>. Le secret d'affaires est levé dans le cadre d'exercice de la liberté d'expression, principalement pour révéler un acte répréhensible par la loi, ou pour protéger un intérêt légitime. Il faut signaler, que les dispositions de la Directive 943/2016, même durant les discussions parlementaires de son adoption, ont soulevé beaucoup de critiques, notamment leur atteinte potentielle au droit de s'informer et à la liberté de se renseigner. Après son intégration au droit positif, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'une information, regroupant les éléments d'un secret d'affaires sera illégale. Certains auteurs ont même estimé que le texte adopté est une réplique aux affaires d'intérêt public révélées par la presse : *Luxleaks*, HSBC, Monsanto, *Gardasil*<sup>367</sup>... Ainsi, les lanceurs d'alerte, ou même les salariés, qui dénoncent une information relevant du caractère de secret d'affaires, seraient en position de fébrilité nerveuse et d'infériorité psychologique<sup>368</sup>. Bien que, théoriquement, protégés par loi car exerçant « un droit à la liberté d'expression et d'information<sup>369</sup> » ou révélant « un acte répréhensible<sup>370</sup> », ils soient en position de défense pour démontrer au juge que la divulgation des faits a un intérêt général».

269. Visant à protéger un secret et à réprimer sa divulgation, les deux notions du secret bancaire et secret des affaires, se ressemblent mais gardent des traits de différence.

---

<sup>366</sup> « Les États membres veillent à ce qu'une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive soit rejetée lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires a eu lieu dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

- a) Pour exercer le droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ;
- b) Pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général ;
- c) La divulgation par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime par ces représentants de leur fonction conformément au droit de l'Union ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice ;
- d) Aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national.

<sup>367</sup> V. Marquet, Directive Secret des affaires : Quand la liberté d'expression devient une exception, ou une vision européenne de la transparence, *Légipresse*, 12 janvier 2016.

<sup>368</sup> Voir, Secret des affaires et intérêt général, *Revue Lamy droit des affaires*, n. 147

<sup>369</sup> Voir *Supra*, p. 64

<sup>370</sup> *Ibid.*

## **b. Les éléments de similitude**

270. Comme le secret bancaire, le principe général de protection des secrets d'affaires vise à protéger un secret et s'oppose à ce qu'un tiers, même plaignant, reçoive communication des documents qui contiennent des informations confidentielles<sup>371</sup>. La notion de secret d'affaires recouvre les informations sur l'activité professionnelle d'une entreprise, dont la divulgation peut gravement léser ses intérêts. Les deux notions visent la protection d'une information confidentielle : pour le secret bancaire, l'information qui appartient au client de l'établissement de crédit et confiée à celui-ci, pour le secret d'affaire, l'information secrète de l'entreprise appartient à celle-ci qui en est aussi dépositaire.

271. Le secret, dans les deux hypothèses, prime sur tout autre motif. Il doit être protégé, avec tous ses documents ou éléments, de toute divulgation ou transmission non autorisée. De même que pour la violation du secret bancaire, celle du secret d'affaires est réprimandée, quoique par une responsabilité de nature différente, pénale pour le premier et civile pour le second. Ladite information ne saurait être protégée sous l'égide du secret d'affaires. D'où le principal trait de distinction entre les deux notions.

## **c. Les éléments de distinction**

272. Le principal trait de distinction entre le secret bancaire et le secret d'affaires est au niveau de son ayant droit.

273. Pour le premier, son ayant-droit est le client qui confie, au cours d'exécution d'opérations, des informations au dépositaire et insiste à les tenir discrètes. Alors que pour le second, et selon la Directive n. 943/2016, le dépositaire des informations secrètes en est le bénéficiaire lui-même<sup>372</sup>.

274. Le secret d'affaires n'implique pas un droit privatif : « Un tel secret n'est protégé que contre les manœuvres fautives d'employés de la firme qui le détient ou de

---

<sup>371</sup> CJCE, 24 juin 1986, AKZO Chemie c. Commission, affaire 53/85, D., 1965.

<sup>372</sup> Directive UE 943/2016, article 2 : « Est détenteur légitime d'un secret des affaires celui qui en a le contrôle de façon licite. »

concurrents de celle-ci et à la charge pour elle de prouver l'existence de fautes de ceux-ci<sup>373</sup> ».

275. Le secret bancaire est, en effet, une obligation pour le professionnel de la banque, et non un droit. Les établissements de crédit sont tenus de communiquer à des tiers les informations de nature confidentielle dès que « les personnes concernées leur ont expressément permis de le faire ». Le secret d'affaires, même détenu par une banque, ne saurait être levé par celle-ci que si elle y détient le contrôle de façon licite<sup>374</sup>.

276. La valeur commerciale de l'information couverte par le secret bancaire, si valeur il y a, appartient à son déposant et non pas au banquier qui la détient au profit de celui-ci. En dehors des cas prévus par la loi, il lui revient exclusivement le droit de l'aliéner et de divulguer son contenu

277. Ainsi, même si le banquier détient une information secrète sur un client, et qui comporte une valeur commerciale pour lui, telle qu'une opportunité d'investissement lucrative, il la protège et peut imposer le silence à ses employés, mais pour le profit de son client.

278. En plus de la distinction entre les deux notions au niveau de leur ayant-droit, la violation du secret bancaire est réprimée pénalement<sup>375</sup> à la différence de la seule responsabilité civile en cas de violation du secret des affaires.

### **C. Le rattachement à la notion de vie privée**

279. Le secret bancaire a été souvent rattaché à la notion de vie privée, et considérée comme une expression<sup>376</sup>. La peine de la violation du secret bancaire de l'article 226-13 du Code pénal fait partie de la section première du quatrième chapitre dudit code, intitulée « Atteinte à la vie privée ».

280. La notion de vie privée est consacrée législativement dans l'article 9 du Code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». Pourtant cette consécration adoptée par la loi n. 70-643 du 17 juillet 1970 est relativement récente par rapport à l'application de la notion du secret bancaire en Droit français datant depuis l'ordonnance de Colbert de 1673<sup>377</sup>.

---

<sup>373</sup> CA Paris, 3 juillet 1975, PIBD, 1976, III, p. 219.

<sup>374</sup> Art L. 151-1 C. Com. et art. 2 de la Directive EU 943/2016

<sup>375</sup> Art. 226-13 C. Pén.

<sup>376</sup> J. Lasserre Capdeville, Infractions relatives à l'activité exercée - Banque, Rép. D. Pén proc. Pén., Oct. 2018, n.237

<sup>377</sup> V. *Supra*, Les origines du secret bancaire, p. 30



281. Pourtant le droit à la vie privée érigé comme un droit fondamental de la personne, fait partie de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>378</sup> et la Convention européenne des droits de l'homme<sup>379</sup>, d'où sa valeur juridique supérieure, voire constitutionnelle. La protection de la vie privée, sur base de l'article 9 précité, donne vocation à la protection du droit à l'image, à la vie affective et aussi à des éléments de la vie privée d'ordre matériel, tels que le salaire<sup>380</sup> ou la fortune<sup>381</sup>, et ce dans les limites des lois applicables.

282. Ce sont ces derniers éléments qui sont les plus primordiaux pour pouvoir situer la notion du secret bancaire par rapport à la vie privée. Selon les termes de l'article 9 du Code civil, le législateur n'a donné aucune précision au sujet des informations protégées par le secret de la vie privée. C'est la doctrine qui a œuvré à la détermination du contenu de la vie privée pour l'application de ladite règle. Elle a été confrontée à la difficulté qu'a esquivée le législateur. Elle a parfois essayé de cerner la notion de vie privée en l'opposant à celle de la vie publique<sup>382</sup>. Tout ce qui n'est pas public relève de la vie privée. Une définition *a contrario*. R. Lindon écrivait que « dans bien des cas, [...] la vie privée n'est qu'un contraire », par exemple, par rapport à la vie politique, qui est un aspect de la vie publique. La vie privée, donc, c'est tout ce qui n'est pas la vie publique de l'intéressé.

283. Le même auteur, dans son article précité, a tenté de cerner la notion de vie privée en énumérant les éléments : vie familiale, loisirs, photographie des personnes, ressources financières d'un individu... Et de dire, qu'« ainsi, on le voit, la vie privée d'un homme c'est, en principe, sa vie au foyer [...] ou en dehors du foyer, sa vie au travail, ses loisirs, son image, son bulletin de paie et sa feuille d'impôts ». La liste est manifestement incomplète, et le restera toujours avec les changements de coutumes et de pratiques sociales. Lindon a aussi ajouté un contour dynamique et variable, en fonction de la notoriété de la personne intéressée : « Tout change dès lors qu'on a affaire à un homme public, à un élu ou à un candidat à des fonctions politiques. »

---

<sup>378</sup> Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948.

<sup>379</sup> Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950.

<sup>380</sup> Cass. Civ. 1re, 15 mai 2007, n. 06-18.448, Bull. civ. I, no 191; JCP 2007. II. 10155, note J. Lasserre-Capdeville

<sup>381</sup> Cass. Civ. 1re, 9 décembre 2003, n. 01-11.587, Bull. civ. I, n. 254 ; RTD civ. 2004. 264, obs. J. Hauser

<sup>382</sup> R. Lindon, La presse et la vie privée, JCP, 1965, II, 1887.

284. Cette approche doctrinale a le mérite d'essayer de cerner la sphère de la vie privée. Mais elle demeure incomplète puisque la notoriété de la personne intéressée ne relève pas de la détermination de cette sphère, mais de la légitimité de l'atteinte portée à la vie privée : la révélation, même non autorisée, d'une information appartenant à une personne publique sera tout à fait légitime du fait du droit de s'informer sur celle-ci.

285. Une autre approche doctrinale alternative<sup>383</sup>, plus récente, a été proposée. L'auteur voit dans la vie privée un ensemble d'informations présentant un caractère personnel. Mais l'auteur reconnaît lui-même que cette qualification connaît des limites. Et il reprend la définition d'un auteur sud-africain, R. Wacks, qui définit les informations personnelles au cœur de la vie privée comme « *ces faits, communication ou opinions qui concernent l'individu et dont il serait raisonnable d'attendre de lui qu'il les considère comme intimes ou sensibles, et qu'il veuille en conséquence en empêcher ou au moins en restreindre leur collecte, usage ou circulation*<sup>384</sup> ».

286. La définition de la notion de vie privée est une tâche assez dure, tant son contenu demeure en constante évolution, restrictive mais aussi extensive. Il importe de préciser que le contenu de la vie privée est loin d'être une sphère figée, c'est une notion à géométrie variable, qui évolue en symbiose avec la société dans laquelle elle se développe.

287. Si certains faits relèvent certainement de la vie privée, telle la vie affective dans toutes ses composantes<sup>385</sup>, ainsi que le corps humain<sup>386</sup>, la mort<sup>387</sup>, et le domicile<sup>388</sup>, pour les éléments de la vie privée d'ordre patrimonial, la jurisprudence, quoique abondante en la matière, n'a pas été homogène. Il a été jugé que les informations relatives à l'importance d'un héritage que pourrait recueillir une personne relevaient de la vie

---

<sup>383</sup> V. D. Gutmann, Le sentiment d'identité, LGDJ, 2000, p. 247.

<sup>384</sup> A. Lepage, Droits de la personnalité, in Répertoire de droit civil, septembre 2009 (actualisation : avril 2018).

<sup>385</sup> TGI Paris, 2 juin 1976, D., 1977, 364, 2<sup>e</sup> espèce, note de R. Lindon ; CA Paris, 21 décembre 1970 : JCP, 1971, II, 16653, note de R. Lindon ; TGI Paris, 3 juillet 1971, D., 1972, Somm., p. 47 ; Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1976, Bull. civ. II, n. 3 ; remariage d'une femme divorcée : Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1976, Bull. civ. II, n. 3 ; rumeurs sur un futur mariage ; Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 18 mars 2004, n. 02-13.529 ; détails sur la célébration d'un mariage religieux : TGI Paris, 9 février 2005, Légipresse, 2005, I, p. 54 ; TGI Nanterre, 20 juin 2005, Légipresse, 2005, I, p. 127 ; détails sur le concubinage : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 octobre 1998, n. 96-13.600, D., 1999, Somm., p. 376, observation de J.-J. Lemouland ; RTD civ., 1999, p. 62, observation de J. Hauser.

<sup>386</sup> TGI Paris, 14 mai 1974, D., 1974, p. 766, note de R. Lindon ; CA Paris, 14 mai 1975, D., 1976, p. 291 ; 5 juin 1979, JCP, 1980, II, 19343.

<sup>387</sup> TGI Paris, 7 août 1986, D. 1987, Somm., p. 138, observation de R. Lindon ; CA Paris, 28 janvier 1991, Juris-Data, n. 020834.

<sup>388</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2004, n. 02-18.081, Bull. civ. III, n. 41, D., 2004, Somm., p. 1631, observation de Ch. Caron, et 2005, Pan. DA., p. 753, observation de Damas ; Defrénois, 2004, p. 1721, observation de J.-L. Aubert ; RJPF, 2004-5/12, note de E. Garaud ; RTD civ., 2004, p. 482, observation de J. Hauser, et p. 729, observation de J. Mestre et B. Fages ; RDC, 2004, p. 988, observation de J.-S. Seube.

privée<sup>389</sup>, ainsi que celles concernant la situation de fortune attribuée à un parlementaire et sa déclaration au fisc<sup>390</sup> qui relèvent de la vie privée. De même, les dettes peuvent être considérées comme un élément de la vie privée<sup>391</sup>. Voilà pourquoi il a été jugé que l'exigence, comme condition d'attribution d'une prime par un comité d'entreprise, de la communication par le salarié de sa déclaration de revenus, constituait une atteinte à sa vie privée, puisqu'elle contient la situation de fortune ou l'existence de dettes<sup>392</sup>.

288. En revanche, dans un revirement net de la tendance jurisprudentielle, la chambre civile de la Cour de cassation en 1989 a jugé que « *le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial exclusifs de toute allusion à la vie privée et à la personnalité de l'auteur*<sup>393</sup> ». Une solution qui a été confirmée par la même chambre en 1993, en statuant que « *ne constitue nullement une immixtion dans intimité de la vie privée et familiale protégée par l'article 9 du Code civil, la publication dans un journal de textes contenant des indications chiffrées de la participation de personnes à des sociétés cotées en Bourse ...*<sup>394</sup> ». De même, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « *les questions patrimoniales concernant une personne menant une vie publique, tel un dirigeant d'une grande entreprise, ne relevaient pas du domaine de la vie privée*<sup>395</sup> ».

289. Cette exclusion des questions patrimoniales de la sphère de la vie privée, et du rattachement des seuls droits à la personne avec la notion de vie privée, n'est pas pleinement convaincante, et du moins pas suffisamment stable. Tant l'affectation des éléments patrimoniaux demeurent rattachés à la vie privée de la personne. Sur cette base, la Cour de cassation a assoupli sa position, en admettant que portait atteinte à la vie privée d'un chanteur la publication d'informations portant « *non seulement sur la situation de fortune, mais aussi sur le mode de vie et la personnalité* » de l'intéressé<sup>396</sup>.

---

<sup>389</sup> CA Paris, 12 janvier 1987, D., 1987, Somm., p. 386, observation de R. Lindon et D. Amson.

<sup>390</sup> CA Paris, 19 juin 1989, D., 1989, IR 240.

<sup>391</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 octobre 1976, JCP, 1978, II, 18989.

<sup>392</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1984, Bull. civ. I, n. 176 ; D., 1985, IR 17, observation de R. Lindon.

<sup>393</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1989, Bull. civ. I, n° 257 ; dans le même sens : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, D., 1992, p. 213, note de P. Kayser ; JCP, 1992, II, 21845, note de C. Ringel.

<sup>394</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1993, n. 91-20.580, Bull. civ. I, n. 295 ; D., 1994, p. 594, note de Y. Picod ; RTD civ., 1994, p. 77, observation de J. Hauser.

<sup>395</sup> CEDH, 21 janvier 1999, n. 2918395, Calvet, D., 1999, Somm., p. 272, observation de N. Fricero ; JCP, 1999, II, 10120, note de E. Derieux, et 1999 : I, p. 149, observation de B. Teyssié ; RTD civ., 1999, p. 909, observation de J.-P. Marguénaud.

<sup>396</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n. 98-14.610, Bull. civ. I, n. 167 ; D., 2001, Somm., p. 1989, observation de L. Marino ; CCE, 2000, commentaire p. 107, observation de A. Lepage ; RTD civ., 2000, p. 801, observation de J. Hauser ; JCP, 2001, II, 10524,

La portée de l'arrêt est importante par son énonciation des différents éléments qu'elle a placés sur le même plan, promouvant ainsi la situation de fortune dans le cercle de la vie privée. Cette solution a été confirmée par l'inclusion du salaire de celui « qui n'est pas une personne publique et ne jouit d'aucune notoriété particulière » de la vie privée<sup>397</sup>.

290. Selon nous, les éléments du patrimoine doivent être inclus dans le domaine de la vie privée, vu la cohérence de celle-ci, et de la consistance de l'application de la pénalité prévue à l'article 226-13 du Code pénal sur la révélation des informations protégées sous son seuil. De ce fait, leur inclusion par nature dans la sphère de la vie privée doit être le principe.

291. Le droit à l'information du public dans un intérêt général<sup>398</sup>, bien qu'il puisse justifier dans certains cas la révélation des éléments du patrimoine de personne politique ou de notoriété, même sans l'autorisation de celle-ci, doit rester l'exception, et de ce fait interprété restrictivement. Dans ce cas, « le mur de la vie privée<sup>399</sup> » s'abaisse exceptionnellement devant le droit de s'informer, pour certaines personnes et pour certains éléments bien déterminés, au motif de l'intérêt général en question à savoir les exigences de morale fiscale, financière ou politique.

292. Bien que les deux notions de la vie privée et du secret bancaire aient comme finalité commune la protection des données, principalement patrimoniales, des personnes en question, elles ne se confondent pas.

293. Le secret bancaire ne vise que les informations – patrimoniales et extrapatrimoniales - que le banquier a pris connaissance au cours de l'exercice de ses fonctions. La notion de vie privée, quant à elle, vise à protéger la confidentialité face à toute intrusion visant toutes les informations, et notamment patrimoniales, qu'elles soient en possession du banquier ou non. Sa violation entraîne une responsabilité civile, alors que la violation de l'obligation au secret bancaire est assujettie, en plus, à une responsabilité pénale en vertu de l'article 226-13 du Code pénal.

---

note de B. Montels ; Voir aussi, dans cette affaire, Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 23 septembre 2004, CCE, 2005, commentaire p. 49, observation de A. Lepage.

<sup>397</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, n. 06-18.448, Bull. civ. I, n. 191, D., 2007, AJ 1603, observation de C. Delaporte-Carré, et Pan. DA., p. 2773, observation de Ch. Bigot ; JCP, 2007, II, 10155, note de J. Lasserre-Capdeville ; RJPF, 2007-9/14, observation de E. Putman ; CCE, 2007, commentaire, p. 127, observation de A. Lepage ; RTD civ., 2007, p. 546, observation de J. Hauser.

<sup>398</sup> CEDH, 24 juin 2004, Von Hannover c. Allemagne : CCE, 2004, commentaire p. 147, observation de A. Lepage ; D., 2004, IR 2011, Somm., p. 2538, observation de J.-F. Renucci, et 2005, p. 340, note de J.-L. Halpérin ; Légipresse, 2004, III, p. 209.

<sup>399</sup> P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, PUAM, 1995, 3<sup>e</sup> éd., n. 153.

294. En dépit des éléments de similitude avec les notions du secret professionnel et du secret des affaires, le secret bancaire est une obligation qui vise à protéger les éléments du patrimoine, en respect du droit à la vie privée. Cette dernière est la finalité et la cause de l'obligation au secret bancaire.

## **Sous-section 2 : La spécificité du secret bancaire**

295. Le secret bancaire, qu'il soit assimilé à un secret professionnel ou à une expression de la sphère de la vie privée, retient des traits de spécificité par rapport à chacune des deux notions. Dans sa désignation textuelle, il est un secret professionnel, et dans sa cause il vise la protection de la vie privée, et ainsi la création d'un certain ordre social<sup>400</sup>.

296. Mais le secret bancaire est plus qu'un secret professionnel. Bien qu'institué en faveur du client et en expression de son droit au respect de sa vie privée comme tout secret professionnel, il engendre aussi une confiance dans l'industrie bancaire qui la propulse au rang de moteur de l'économie, et ce à une échelle plus importante que peut générer tout autre secret à son milieu professionnel. Son objet comprend, principalement, des informations de nature pécuniaire portant des expressions de la fortune ou de désarroi. Cette spécificité dans son objet a fait du secret bancaire une notion juridique institutionnalisée dans son régime. Les éléments pécuniaires tiennent un poids important dans les relations d'affaires mais aussi dans l'imminence du contrôle étatique des opérations pécuniaires, et de ce fait la nécessité de l'accès aux informations relatives. De ce fait, un dispositif réglementaire important a été dressé afin de cadrer la notion du secret bancaire.

297. De plus, et à la différence de l'objet d'autres secrets professionnels, ses éléments relèvent des relations d'affaires chiffrées et monétisées, ce qui nécessitent une certaine « transparence<sup>401</sup> ». Cette transparence est justifiée par la nécessité de la preuve de la « crédibilité » financière mais aussi contrôles des services de fiscalité ou des pouvoirs de justice. En outre, des textes soumettent les professionnels de l'industrie bancaire à des

---

<sup>400</sup> E. Garçon, code pénal annoté, Sirey

<sup>401</sup> B. Bouloc, Transparence du patrimoine et secret professionnel, Revue Lamy droit des affaires, n. 68, 1<sup>er</sup> février 2012

obligations de révélations. Il en est ainsi dans le cas de suspicion de blanchiment d'argent.

298. Si le secret professionnel œuvre à contresens de la transparence, dans le domaine bancaire le conflit revêt une plus grande envergure tant la valeur monétaire et économique des informations en jeu sont plus importants<sup>402</sup>. Et encore, la place qu'occupe le professionnel banquier dans l'économie est plus prédominante.

299. D'où, la spécificité du secret bancaire se base sur la particularité de l'objet de son obligation (*paragraphe A*), et de la profession du banquier (*paragraphe B*). Cette spécificité a engendré une réglementation particulière de la part des législateurs et des organes de contrôle, lui hissant au rang des notions juridiques suscitant un grand intérêt, voire une institution juridique.

### **A. L'objet du secret bancaire : les informations pécuniaires**

300. Objet principal de l'obligation au secret, les informations pécuniaires, qu'ils soient excédentaires ou déficitaires, sont de nature matérielle. Ces informations, censées être couverte par le secret, se matérialisent par des actes juridiques avec des tierces personnes. Et ce, à la différence des autres secrets professionnels dont l'objet garde sa nature abstraite et son caractère confidentiel. Tel est le cas des confidences déposées auprès de son avocat ou son médecin. Cette nature de l'objet du secret bancaire lui a donné cette spécificité mais aussi, lui a apporté un intérêt accru comparé à d'autres secrets.

301. Les informations portant sur des éléments du patrimoine ont soulevé des doutes de leur appartenance à la sphère de la vie privée. Instrument universel d'échange, la monnaie a, entre autres, un sens purement objectif : elle est l'objet de l'économie. Cette approche, qui n'est pas sans rappeler l'approche marxiste<sup>403</sup> du patrimoine, conçoit la fortune, et ses éléments qui sont couverts par le secret du banquier, hors de tout attachement émotionnel de celui qui les a produits, et hors de lien avec la notion de vie privée : les biens personnels sont ramenés et réduits à une valeur d'échange, et par conséquent ils ne requièrent pas de discrétion dans leur traitement.

---

<sup>402</sup> Rapport OCDE, Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, 2000, p.8

<sup>403</sup> K. Marx, Fondements de la critique de l'économie politique, éd. Anthropos, coll. 10-18, 1973, t. 1, chap. I, « De l'argent », p. 119 et s.

302. Selon J. Ravanas, « *la richesse personnelle est changée en richesse exclusivement matérielle au mépris d'une pudeur et d'une discrétion respectables. Les choses ne sont plus ce qu'elles sont mais ce qu'elles valent (...) Le bien n'est plus considéré par la jouissance qu'il donne, encore moins par les sentiments qu'il procure ou entretient. Pareille conception est la négation et la suppression de toute individualité, de toute personnalité. Elle exclut naturellement toute possibilité d'atteinte à l'intimité de la vie privée*<sup>404</sup> ». Une telle approche visait à démunir les informations, objet du secret bancaire, de tout attachement à la sphère de la vie privée, et ainsi de protection par la confidentialité. Et les arguments ne manquaient pas à cet égard :

- L'appartenance du banquier à une profession institutionnalisée, nécessitera une levée du secret pour cause de bonne gestion et de contrôle, au profit de différents organes et à de multiples personnes, à la différence du secret des autres professionnels tel le médecin ou l'avocat.
- Lesdites informations sont transmissibles, du moins par nécessité institutionnelle : l'argent déposé auprès du banquier et dont l'existence est couverte par le secret bancaire transitera par l'intermédiaire d'un autre établissement ou institution, comme le traitement de compensation des chèques, ou l'exécution de transferts, et à cet effet le secret sera dévoilé ou du moins partagé.
- Les informations pécuniaires sont matérielles de nature, et l'état d'endettement ou d'enrichissement du client se matérialise par l'expression diverses du style de vie de leur propriétaire, mais aussi par des actes matériels. Tel est le procédé du renversement de la charge de la preuve employé lors d'un contrôle fiscal, qui déduit les recettes imposables en déchiffrant les dépenses des contribuables.
- Et enfin, le degré de notoriété de la personne ayant droit aux informations confidentielles remet le plus souvent en question cette protection, pour cause de transparence (personnage politique), ou par exercice du droit à s'informer (célébrité).

---

<sup>404</sup> J. Ravanas, L'argent et le respect dû à la vie privée, D., 1996, p. 409.

303. Cette approche a trouvé écho dans une tendance jurisprudentielle qui s'est instaurée durant la période allant de 1989 à 1994<sup>405</sup>, et niant le rattachement à la vie privée aux éléments de la personnalité de nature pécuniaire. Les informations dites confidentielles et objet de protection sont-elles trop évidentes pour être sous le couvert de la discrétion ?

304. Certains auteurs ont même proposé la « dépenalisation » du secret bancaire, en qualifiant la peine pénale de cause principale du manque de souplesse du régime du secret bancaire, et de l'excès de restriction dans la circulation des informations confidentielles pour des besoins professionnels<sup>406</sup>, en allant jusqu'à évoquer qu'« *il n'y a pas, derrière le secret bancaire, de raison supérieure<sup>407</sup> justifiant, contrairement au secret professionnel imposé au médecin ou à l'avocat, un rattachement au Code pénal* ».

305. La Cour de cassation, dans son arrêt du 20 octobre 1993, a statué que « *la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial, exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité des intéressés, ne porte pas atteinte à l'intimité de la vie privée<sup>408</sup>* ». C'est en ce sens aussi que se prononce la Cour de Versailles, statuant comme dernière cour de renvoi sur le fondement de l'article 9, alinéa 2, du Code civil. Le rideau de la vie privée s'entrouvre partiellement à l'égard des personnes soumises aux feux de l'actualité<sup>409</sup>. Les conditions d'équilibre que postule la vie sociale se déplacent sous la poussée de l'intérêt légitime du public à être informé<sup>410</sup>. Il apparaît, de la décision précitée et du courant jurisprudentiel dans lequel elle s'inscrit, que l'approche objective du patrimoine durant ladite période, détaché de tout lien avec celui qui l'a produit, a primé.

306. Heureusement, cette approche a été vite corrigée<sup>411</sup>, puisque contraire à un ensemble de dispositions soulignées par la doctrine<sup>412</sup>, et loin de la théorie d'Aubry et

---

<sup>405</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1989, Bull. civ. I, n. 257 ; dans le même sens : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, D., 1992, p. 213, note de P. Kayser ; JCP, 1992, II, 21845, note de C. Ringel ; CEDH, 21 janvier 1999, n. 2918395, Calvet, D., 1999, Somm., p. 272, observation de N. Fricero ; JCP, 1999, II, 10120, note de E. Derieux, et 1999 : I, p. 149, observation de B. Teyssié ; RTD civ., 1999, p. 909, observation de J.-P. Marguénaud.

<sup>406</sup> B. Fatier, La réforme du secret bancaire, LPA, 2008, n. 194, p. 4.

<sup>407</sup> B. Bouloc, « Le secret professionnel du banquier : principe et limites », Gaz. Pal., 29 juin 2004, n. 181, p. 15, évoque « la raison d'être de l'admission de ce secret du banquier ne pouvait pas être l'intérêt général, lequel justifie le secret du médecin ou de l'avocat, puisque le premier doit tout savoir sur les antécédents afin d'apporter les soins les plus appropriés au patient, tandis que le second doit pouvoir organiser au mieux la défense de son client face à la justice. »

<sup>408</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1993 : Bull. civ. I, n. 295 ; D., 1994, section Jurisprudence, p. 594, note d'Y. Picod ; observation de J. Hauser RTD civ., 1994, p. 77, n. 5.

<sup>409</sup> P. Bertin, Affaire Calvet : l'argent des autres, Gaz. Pal., 1989, 2, doctrine p. 549 ; sur « les deux cents familles citées comme ayant tenu les rênes de l'économie française (et en fait de la vie politique française) entre les deux guerres », V.P. Birnbaum, Le peuple et les gros, histoire d'un mythe, Grasset, 1979, p. 17.

<sup>410</sup> P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, PUAM, 3<sup>e</sup> éd., n. 153.

<sup>411</sup> V. *Supra*, Le rattachement à la notion de vie privée, p. 112

<sup>412</sup> P. Kayser, *Op.cité*.



Rau, du XIX<sup>e</sup> siècle, décrivant le patrimoine, entre autres, comme une émanation de la personnalité<sup>413</sup>. Et le plus important, le patrimoine fait partie, et l'étude des mœurs le prouve, des secrets de la personne, de sa vie privée<sup>414</sup>. L'argent appartient à la sphère du confidentiel<sup>415</sup>.

307. Les informations pécuniaires ne sont pas limitées à leur valeur objective, leur affectation et leur affectivité, subjective de chacun, tiennent un rôle primordial. C'est ce côté qui les rattache à la sphère de la vie privée<sup>416</sup>. La valeur économique et valeur affective sont toujours associées l'une à l'autre dans l'essence fondamentale de toute valeur<sup>417</sup>. Le professeur Lécuyer affirmait aussi que « *l'argent doit intégrer la sphère privée. La protection de la vie privée implique et impose le secret bancaire*<sup>418</sup> ».

308. Ce conflit entre les deux courants juridiques, et dont chacun tient ses arguments, fait preuve de la spécificité de l'objet du secret bancaire. Un objet qui porte sur des informations qui, quoique matérielles de nature, ne se privent pas de rattachement à la sphère protectrice de la vie privée.

309. Et de ce point de vue, est une atteinte à la liberté de la vie privée, la divulgation d'informations, tel un classement, susceptibles de stigmatiser les personnes et de les enfermer dans les catégories de « surendetté », de « RMiste<sup>419</sup> », de « bénéficiaire d'aides publiques », mais également de « riche » ou de « ploutocrate » en vertu du principe constitutionnel d'égalité devant la loi<sup>420</sup>. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes le confirme<sup>421</sup>. La Commission nationale informatique et

---

<sup>413</sup> Cours de droit civil, 5<sup>e</sup> éd., t. 9, par E. Bartin, § 573 ; J. Carbonnier, Droit civil, t. 3 : Les biens, PUF, 15<sup>e</sup> éd., 1992, p. 23 : « Le secret du patrimoine », et du même auteur, « Transparence » in Flexible droit, LGDJ, 2001, 10<sup>e</sup> éd., p. 320.

<sup>414</sup> Général de Gaulle : « Les questions d'argent sont impudiques. Si les nouveaux riches étalent leurs richesses, c'est qu'ils n'ont pas eu le temps d'apprendre les bonnes manières » (rapporté par G. Vincent in Histoire de la vie privée, t. 5, p. 582 ainsi que la note 7).

<sup>415</sup> Le secret professionnel est lui-même qualifié par la doctrine de « forme traditionnelle de respect de la vie privée », J. Rivero, Les libertés publiques, 4<sup>e</sup> éd., PUF, 1989, p. 80. Sur « les liens étroits entre le secret de l'intimité personnelle et le secret des affaires », voir C. Gavaldà, « Le secret des affaires », in Mélanges Savatier, p. 294 ainsi que la note 3.

<sup>416</sup> Passage extrait du rapport d'enquête : « Attitudes des Français à l'égard des successions », in revue Sondages, 1970, n. 4, p. 12 : « À la valeur marchande des biens, s'ajoute une valorisation affective. Non seulement les biens prolongent l'être des individus, mais, de leur vivant, ils participent activement à leur vie et s'y mêlent au point qu'entre eux et leurs biens se créent des liens affectifs »

<sup>417</sup> L. Lavelle, Traité des valeurs, PUF, 1995, p. 128 : « les valeurs économiques sont chez la personne sous la dépendance du besoin et du désir qui appartiennent déjà à l'affectivité. La personnalité intime tisse les mailles et l'armature économique pécuniaire de la personne ».

<sup>418</sup> H. Lécuyer, L'évidence du secret bancaire, *Op.cité*,

<sup>419</sup> Revenu minimum d'insertion : allocation accordée aux personnes sans ressources ou ayant des ressources inférieures à un plafond fixé par décret

<sup>420</sup> V. notes de L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 6<sup>e</sup> éd., n. 21-9 et n. 27-14.

<sup>421</sup> CJCE, 12 novembre 1969, affaire 29-69, Recueil de la CJCE, 1969, p. 419 : « Pour obtenir du beurre à prix réduit, le bénéficiaire devait présenter au commerçant un bon qui porte son nom, indiquant par là même qu'il bénéficie d'une aide sociale

libertés s'efforce, quant à elle, d'assurer le secret de l'identité des bénéficiaires du revenu minimum d'insertion, ainsi que les informations relatives aux incidents de paiement<sup>422</sup>.

310. La protection du secret bancaire par l'incrimination de sa violation est justifiée par la nécessité de sauvegarder la stabilité des relations contractuelles entre le banquier et son client, et l'intérêt général que cela assure. Un intérêt général de sécurité sociale qui est une expression des libertés personnelles et des droits fondamentaux. Cette liberté de pouvoir affecter nos biens dans le sens le plus opportun, mais aussi un droit fondamental de respect de dignité dans la société nonobstant des moyens financiers. Le secret bancaire vise à protéger ce côté personnel des informations pécuniaires plus que les informations mêmes.

311. Le banquier est un confident nécessaire, qui ne peut en effet accomplir sa tâche efficacement envers son client que si ce dernier a l'assurance qu'il peut se confier sans risque. Telle est l'idée qu'exprimait Emile Garçon dans une note, sous l'ancien article 378 du Code Pénal<sup>423</sup> sur l'incrimination de la violation du secret professionnel. Cette note fait encore autorité aujourd'hui, dans la mesure où le caractère d'ordre public du secret professionnel y a été mis en évidence pour la première fois : « *Le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social. Sans doute, sa violation peut causer un préjudice aux particuliers, mais cette raison ne suffirait pas à en justifier l'incrimination. La loi la punit parce que l'intérêt général l'exige. Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur, un défenseur, le catholique, un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable (...)* ».

312. Et dans le domaine bancaire, le secret professionnel est le droit à la maîtrise des données personnelles inclut le droit pour chacun de fixer la partie de sa vie patrimonial qu'il souhaite partager avec le public. Et ce, même si la transparence des patrimoines a « *le vent en poupe* »<sup>424</sup>.

---

et par conséquent qu'il est matériellement pauvre. M. Stauder soutient que cette exigence de se dévoiler est contraire à sa dignité. »

<sup>422</sup> Le rapport d'activité du CNIL, 1979, p. 17, qui souligne les risques pour la protection de la vie privée de la prolifération des fichiers d'incidents de paiement ; voir aussi le 11<sup>e</sup> rapport, 1990, p. 22 et 118 : « Il n'est pas admissible que pour un incident de paiement mineur, on puisse perdre un emploi ou se voir refuser une embauche... »

<sup>423</sup> E. Garçon, *Code pénal annoté*, article 378, n. 7.

<sup>424</sup> J. Ravanas, *L'argent et le respect dû à la vie privée*, D., *Op.cité*, p. 102.

## B. La profession du banquier

313. En plus de leur nature matérielle, les informations protégées par le secret bancaire et que tient en confidence le banquier, sont transmissibles dans le réseau des activités bancaires<sup>425</sup>. Les établissements de crédit, et par nécessité d'accomplir leur mission, font circuler et se partagent les informations confidentielles. Ainsi, une opération de transfert, ou de paiement de chèque, nécessite le partage entre l'établissement du bénéficiaire et celui du donneur d'ordre, l'identité des parties en question, le numéro de compte de chacun, et la valeur de la somme transférée. À cela s'ajoute, le motif de l'opération, voire parfois les documents justificatifs<sup>426</sup> pour des fins de lutte contre le blanchiment d'argent.

314. En plus de la particularité du secret bancaire en raison de la transmissibilité des informations, s'ajoute l'institutionnalisation du métier de banquier. À la différence des autres secrets professionnels, le secret bancaire est pratiqué dans un environnement plus institutionnalisé que tout autre milieu professionnel. L'accès à la profession de banquier est sujet d'un agrément<sup>427</sup>, et l'exercice de la profession est soumis aux organes de contrôle. De plus, l'objet des informations confidentielles détenues par l'établissement de crédit, portent des éléments de nature pécuniaires qui sont sujet de contrôle fiscal et douanier.

315. Ces particularités de la profession de banquier ont conduit à l'extension du domaine des personnes qui se partagent le secret des informations confidentielles reçus par le banquier. Et ce, à la différence de l'application d'autres secrets relevant de la profession, comme le secret détenu par l'avocat ou le médecin, et qui reste confiné entre les cloisons de son étude ou de sa clinique.

316. Malgré l'évidence de la transmission des informations secrètes, la protection de leur confidentialité doit garder un seuil minimum de protection. Or, les établissements de crédit ont besoin, en permanence de faire circuler des informations confidentielles qu'ils détiennent relatives à leur client, parfois dans leur intérêt, mais dans d'autres cas dans

---

<sup>425</sup> Cass. Crim., 18 oct. 2000, n. 99-85.563, inédit, Légifrance : « la circulation au sein d'un établissement bancaire de la photocopie d'un chèque qui n'avait pas pour conséquence directe ou indirecte de faire connaître à un tiers un fait confidentiel en dehors de la sphère bancaire ».

<sup>426</sup> Art L. 561-5 C. monét. fin

<sup>427</sup> Art L. 511-9 C. monét. fin

l'intérêt de l'établissement. Il en est ainsi pour des besoins d'assurance sur le crédit ou de sous-traitance. Or le devoir de secret est imposé dans l'intérêt du client et non dans celui du banquier. Lorsque la circulation d'information intervient pour les seuls besoins de l'établissement de crédit, il est nécessaire d'obtenir le consentement préalable du client et pour chaque opération, ce qui n'était pas acquis.

317. En vertu du texte de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, dans son alinéa quatrième<sup>428</sup> établi par la loi n. 2008-776 sur la modernisation de l'économie, les établissements de crédit seront autorisés de partager les informations confidentielles de leur client à deux conditions :

- toutes les personnes recevant des informations classées « confidentielles » seront tenues de respecter ce caractère, et ce, indépendamment de l'issue de l'opération pour laquelle la divulgation a été faite. Et, si l'opération aboutit, le partage pourra s'étendre de nouveau avec ses sous-traitants dans les mêmes conditions afin d'assurer son exécution.
- la communication des informations n'est permise que pour autant qu'elles sont « nécessaires » à la réalisation de l'opération.

318. Ce partage du secret s'applique pour les agences de notation et pour les personnes qui entreprennent une des sept opérations listées dans l'article précité<sup>429</sup>. Ce nouveau texte a institué un partage du secret bancaire, et est venu combler un besoin des établissements de crédit de partager des informations confidentielles sur leur client. Ainsi, et par ce partage du secret tant que l'opération opérée par un banquier aboutit, le démembrement des actes de son traitement, ou tout simplement sa sous-traitance seront permises, tout en respectant la confidentialité des informations du client. Le partage du

---

<sup>428</sup> L'article 154 de la loi n. 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ajoutant un quatrième alinéa à l'art. L. 511-33 C. monét. fin. : « 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. »

<sup>429</sup> À savoir :

- 1 – les opérations de crédit effectuées, directement ou indirectement, par un ou plusieurs établissements de crédit ou sociétés de financement
- 2 – les opérations sur instruments financiers, de garanties ou d'assurance destinées à la couverture d'un risque de crédit
- 3 – les prises de participation ou de contrôle dans un établissement de crédit, une entreprise d'investissement ou une société de financement ;
- 4 – les cessions d'actifs ou de fonds de commerce ;
- 5 – les cessions ou transferts de créances ou de contrats ;
- 6 – les contrats de prestations de services conclus avec un tiers en vue de lui confier des fonctions opérationnelles importantes ;
- 7 – 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.

secret<sup>430</sup> institué par la loi n. 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie est en la preuve du caractère transmissible des informations confidentielles objet du secret bancaire, et ce à la différence de tout autre secret professionnel.

319. En plus de la particularité des informations objet de l'obligation au secret bancaire, celui-ci est pratiqué dans des établissements, de crédit, de paiement ou de financement, qui sont soumis au contrôle de la Banque de France et l'ACPR<sup>431</sup>. Les établissements de crédit sont soumis à des contrôles pour des fins de respect des réglementations des opérations bancaires, mais aussi pour des fins de sauvegarde et de bonne gestion des dépôts bancaires. Durant cette mission de contrôle, elle veille au respect, par les établissements visés des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables. Et pour exercer son contrôle et son pouvoir de son sanction de manière efficace, le secret bancaire ne saurait lui être opposable. Les termes de l'article L.612-1 du C. monét. Fin. sont venus confirmer cette inopposabilité du secret bancaire face aux autorités de l'ACPR. Toutefois, en application de l'article L. 612-17 du C. monét. fin, toute personne qui participe ou a participé à l'accomplissement des missions de contrôle est tenue au secret professionnel. Une extension du domaine des personnes tenues au secret, reconnue sous le partage de secret<sup>432</sup>, mais aussi autorisées à consulter les informations confidentielles, et ce à titre de contrôle.

320. Ces caractéristiques propres au secret bancaire par rapport à tout autre secret professionnel, que ce soit dans la nature de ses informations pécuniaires, ou dans leur transmissibilité, et par la structure de la profession du banquier et l'organisation à laquelle il est soumis, lui ont conféré une spécificité. Certains auteurs<sup>433</sup> ont même qualifié le secret bancaire de « *notion juridique institutionnalisée* », avec ses particularités et son envergure, régissant le secteur bancaire, et visant dans son point de départ à protéger les intérêts du client, tout en engendrant simultanément une confiance dans le secteur bancaire et cherchant à générer un intérêt économique général. Si le secret

---

<sup>430</sup> Sur le secret partagé v. JO Sénat 15 mai 1991, p. 957 et s. lors de la réforme du Code Pénal de 1992 : « Le Parlement a par ailleurs refusé de consacrer la notion de secret partagé, comme le prévoyait le projet du gouvernement, en estimant que cette notion présentait aujourd'hui un caractère encore trop imprécis pour faire l'objet d'une définition législative »

<sup>431</sup> Art. L.612-2 C. monét. fin.

<sup>432</sup> V. *Infra* p. 351

<sup>433</sup> A. Teissier, Le secret professionnel du banquier, T. I, p. 114 ; R. Farhat, Le secret bancaire, étude de droit comparé, France, Suisse, Liban, LGDJ, p. 53 et s.

bancaire protège les intérêts privés du client, il est une expression de la confiance dans le système bancaire<sup>434</sup>. Le respect du secret bancaire est donc essentiel pour un intérêt général de prospérité de l'industrie bancaire et de l'économie, même s'il connaît certaines dérogations<sup>435</sup>. À cet égard, l'exemple du régime juridique du secret bancaire employé au Liban est idéal à décrire. L'argument économique est d'ailleurs le seul qui a été officiellement invoqué, en 1956, au moment de la présentation au Parlement de la proposition de loi du secret bancaire par le député Raymond Eddé. Le législateur n'a pas hésité à mettre en relief son intérêt économique, souligne l'avocat Paul Morcos dans son ouvrage sur le secret bancaire libanais<sup>436</sup>.

321. « *Heureux pays que le Liban qui, par les dix articles d'une loi sur le secret bancaire, peut provoquer un enrichissement et une prospérité si réels qu'ils ne sont sans doute pas sans susciter l'envie de certains ! Quel exemple aussi ce pays d'expérience ne donne-t-il pas aux pays dits du « Vieux Monde » ! De Phénicie leur vient cette suprême leçon que la fortune est promise aux États qui savent dominer leurs appétits fiscaux et que le libéralisme économique – le vrai – et la prospérité peuvent trouver leur source dans l'art de se taire.* » C'est en ces termes que le professeur Michel Vasseur, dans sa préface d'un ouvrage de droit comparé sur le secret bancaire en France, en Suisse et au Liban<sup>437</sup>, résumait la portée de la loi libanaise sur le secret bancaire, promulguée le 3 septembre 1956 et considérée depuis lors comme la principale caractéristique du droit bancaire libanais.

322. En Suisse, malgré les multiples défis auxquels les banques sont confrontées, à savoir les coûts croissants liés à la réglementation, la persistance des taux d'intérêt négatifs, les incertitudes politiques et juridiques dans le contexte du *Brexit*, et des tensions commerciales internationales, le total consolidé des bilans de toutes les banques en Suisse s'est inscrit en hausse en 2017, passant de 3 100 milliards à 3 249,4 milliards de francs suisses (+ 4,8 %) <sup>438</sup>. Un économiste de renom, Urs Müller, de l'Institut BAK *Economics*, interrogé sur l'impact de la disparition du secret bancaire sur l'économie

---

<sup>434</sup> C. Gavalda et J. Stofflet, *Op.cité.*, p. 123, n. 177.

<sup>435</sup> H. Aubry, Banque et établissement de crédit, mai 2006, Rep. D. com, n. 163 (actualisation : juin 2018).

<sup>436</sup> P. Morcos, Le secret bancaire face à ses défis, ISBN 978-2-8027-2456-8 : « De par sa position géographique et grâce à sa politique libérale, le Liban pourrait devenir à brève échéance le banquier des États arabes et le refuge des capitaux étrangers. Pour assurer au Liban cette situation privilégiée, il faudrait instituer le secret professionnel des banques à l'instar de ce qui existe en Suisse »

<sup>437</sup> R. Farhat, Le secret bancaire – Étude de droit comparé : France, Suisse, Liban, LGDJ, 1970.

<sup>438</sup> Réf. : Association suisse de banques (<http://www.abps.ch>)

suisse, confirme que le secteur bancaire et financier représente plus de 10 % du PIB du pays. Cela est certainement dû en partie au secret bancaire.

### C. La synthèse

323. Ces traits susmentionnés, et surtout l'objet portant sur les informations pécuniaires, ont fait du secret bancaire une notion juridique d'un intérêt spécial. L'abondance des législations et réglementations en la matière, surtout par rapport à tout autre secret professionnel fait preuve de l'institutionnalisation de la notion.

324. Le secret bancaire est une obligation imposée au banquier dans le cadre de l'exercice de sa fonction et en sa qualité de professionnel, lui imposant de tenir discrètes les informations qui sont portées à sa connaissance. De ce fait, il est soumis au régime juridique du secret professionnel dans les limites des exigences du métier du banquier ; c'est une expression de la notion de vie privée dans sa valeur de droit fondamental.

325. C'est aussi une obligation au secret professionnel, guidée par les dispositions de la notion de vie privée et visant à protéger le secret des affaires du banquier.

326. Mis en étude comparative avec le secret professionnel, le secret des affaires et la notion de vie privée, il emprunte des traits à chacune de ces trois notions, ce qui le rend spécifique sans vraiment le classer dans une catégorie *sui generis* des obligations au secret.

327. Le secret bancaire est un principe séculaire<sup>439</sup>. Ainsi, les apprentis de Thomas Gresham s'engageaient à respecter le secret professionnel et à ne pas se marier sans l'assentiment du maître<sup>440</sup>. C'est un principe qui trouve sa source dans le désir et le besoin humain de protéger sa vie privée. Il répond à un double objet :

- Le premier est la protection des libertés individuelles du client, à savoir la protection des informations concernant la fortune, les affaires ou la vie privée de celui-ci ;

---

<sup>439</sup> F. Bordas, Devoirs professionnels des établissements de crédit, JCBCB, 2014, fasc. 141.

<sup>440</sup> G. Petit-Dutaillis, Portraits de banquiers, éd. Banque, 1983, p. 123 ; Thomas Gresham était un marchand anglais et surtout un financier qui travailla pour le roi Édouard VI, puis pour sa demi-sœur, la reine Élisabeth I<sup>re</sup>. Son savoir-faire dans le domaine de la gestion des devises et des équilibres financiers en ont fait l'un des premiers praticiens des questions monétaires. À ce titre, il est connu pour avoir formulé, en reprenant également les constatations antérieures de Nicolas Copernic, la « loi dite de Gresham », in B. Ducros, « Gresham, sir Thomas (1519-1579) », Encyclopædia Universalis.

– Le second tend à la protection des intérêts publics : la sécurité des affaires, tout comme le bon fonctionnement du secteur bancaire, reposant principalement sur la confiance.

328. Pour ce qui est de son intérêt, il reste privé et appartenant au client qui peut délier à tout moment son obligataire de ses devoirs à cet égard.

329. Dans ses conséquences, le secret bancaire a suscité la confiance dans le métier de banquier, participé au développement de l'industrie bancaire et généré des résultats économiques positifs.

330. Malgré tout le dispositif de ses atouts, l'intérêt privé du secret bancaire institué au bénéfice du client et la simple décharge de ses obligations de la part de son ayant droit restent sa qualité la plus substantielle. Il faut rappeler que la relation entre le client et son banquier est basée sur un fondement contractuel du contrat de dépôt et/ou du mandat. Le régime juridique des deux contrats impose au banquier discrétion et confidentialité. Les qualités d'homme de confiance requises pour le dépositaire ont initié le secret bancaire, et une fois instauré, celui-ci a créé une relation de confiance entre le client et son banquier.

331. Expression du respect de la vie privée, le secret bancaire permet au client d'un établissement de crédit de trouver chez ce dernier un refuge pour tous les atouts patrimoniaux de sa vie personnelle. Le montant de son salaire, ses dépenses et leurs affectations sont en bonne garde et protection. Sa fortune ou même ses déboires financiers sont à l'abri des infiltrations indiscretes. Ainsi, le secret bancaire suscite une stabilité dans la relation entre particuliers. Les confidences que le client déposerait auprès de son banquier seront tenues discrètes, même à l'encontre des plus proches membres de sa famille. Les relations patrimoniales entre particuliers, aux niveaux personnel, matrimonial et sociétaire, sont désormais bien définies, et leur régime juridique bien déterminé. Le droit de propriété desdites confidences est sauvegardé, et toute aliénation en la matière reviendrait au seul propriétaire, sauf les cas de divulgation prescrits par la loi.

332. La liaison entre la vie privée et le secret bancaire est l'expression des conséquences de ce dernier répercutées sur le plan personnel du client. Par la pratique du secret bancaire, une situation de stabilité juridique est instaurée. En définissant les devoirs et obligations du banquier, un régime juridique des relations entre le banquier et son client est mis en place. Ainsi, le banquier ne saurait partager les informations relatives aux opérations et comptes de son client que dans les cas définis par la loi. Avec le



développement dudit régime juridique, le client agit en fonction des limites des privilèges de discrétion que lui a accordée le secret bancaire.

333. Le secret bancaire est seulement institué dans la perspective de la protection des intérêts du client et n'a pas strictement pour but de protéger la comptabilité interne de l'établissement bancaire<sup>441</sup>. Le secret bancaire ne peut être détourné de sa finalité qui est de protéger la confidentialité des informations recueillies par le banquier ; même si cette obligation, profitant au client, est également bénéfique au banquier par la protection de son secret des affaires et le renforcement de la confiance dans le système bancaire<sup>442</sup>.

334. En guise de synthèse, les éléments d'ordre patrimoniaux, objet et corps de protection du secret bancaire, et en dépit de leur caractère matérialiste et de ce fait leur « surréglementation », reste une composante principale de la délimitation de la vie privée de quiconque en vertu de son droit fondamental. Elle est un précepte du choix affectif que fait chacun de nous dans la détermination des traits confidentiels de sa vie personnelle, et dans le degré de révélation de son contenu. C'est cet élément de la notion juridique du secret bancaire, qui lui a donné une spécificité. Et, elle en a fait du secret bancaire sujet de nombreuses législations qui visaient à contrôler et réglementer sa « matière première », qu'est la monnaie. Surtout que cette même matière a permis au professionnel qui la gère d'avoir un statut plus important que tout autre professionnel tenu au secret. Une combinaison d'éléments faisant du secret bancaire une institution juridique. Si le secret bancaire a permis au client de la banque d'être protégé dans le secret de ses affaires, il est devenu aussi pour le banquier un secret des affaires.

### **SECTION 3 : LE FONDEMENT JURIDIQUE**

335. Suivant l'origine du secret bancaire, tel qu'il a été évoqué dans l'introduction de la présente étude, son application a précédé de longues années sa toute première consécration textuelle.

---

<sup>441</sup> CA Poitiers, 2 novembre 2005, BICC, 2006, n. 1334.

<sup>442</sup> TGI Nanterre, 25 mai 2010, RBD, septembre-octobre 2010, p. 37, observation de Th. Bonneau.

336. Selon M. Chambost, le secret bancaire est un concept juridique relevant de la morale professionnelle<sup>443</sup>. Et la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre que le banquier est tenu d'une obligation civile de discrétion<sup>444</sup>, nonobstant toute consécration législative ou contractuelle. Qu'il puise sa source dans la pratique de la profession, dans le contrat entre le banquier et le client, ou dans les stipulations des textes de la loi, l'évidence d'application du secret bancaire n'a jamais fait de doute.

337. D'ailleurs, son inclusion dans la première consécration textuelle des normes juridiques qu'ait connue l'humanité<sup>445</sup> fait preuve de son ancienne consécration normative. Même de nos jours, dans un certain nombre de pays, l'obligation a trouvé application avant toute consécration législative, puisque considéré découlant d'un usage constant. On cite, à cet égard, les cas de la Suisse<sup>446</sup> ou du Liban<sup>447</sup>. Le banquier respecte le secret bancaire par « instinct »<sup>448</sup>. Si le secret bancaire a pour objectif final de protéger la personne qui a besoin de se confier à un professionnel, a-t-il une autre vocation ?

338. Deux positions s'affrontent sur son fondement : est-ce une obligation contractuelle, ou une obligation d'ordre professionnel ? Son intérêt est-il purement privé ou relève-t-il d'un ordre plus général voir public ? Est-ce le client qui peut autoriser le professionnel à dévoiler les éléments de sa vie privée couverts par le secret bancaire ou faut-il réunir d'autres conditions ?

339. Si le secret bancaire protège primordialement les intérêts de son ayant-droit, le secret bancaire comme tout secret professionnel a aussi pour objectif d'assurer la crédibilité de certaines professions qui ont une fonction sociale <sup>449</sup>:

- le droit à la santé suppose que chacun puisse s'adresser à un médecin et lui révéler sa vie intime, ses erreurs et ses douleurs, sans risquer que ces informations soient divulguées ;
- le droit à la défense suppose que l'avocat tiendra secret ce que le client lui révèle et ne l'utilisera pas sans son accord ;

---

<sup>443</sup> E. Chambost, *Le guide mondial des secrets bancaires*, Seuil, 1980, p. 7.

<sup>444</sup> Lamy, *Droit du financement*, 1993, p. 1170.

<sup>445</sup> Article 106 du Code Hammourabi : <http://remacler.org/bloodwolf/erudits/amourabi/code.htm>

<sup>446</sup> G. Capitaine, *Le secret professionnel du banquier en Suisse*, Genève, 1946, p. 93-99.

<sup>447</sup> C. Fabia, *L'institution du secret bancaire au Liban*, RTD com., 1957, p. 53-71.

<sup>448</sup> F. Collin, cité dans R. Henrion, *Le secret professionnel du banquier*, *Op.cité*, p. 25.

<sup>449</sup> Le rapport de Madame le Conseiller Collomp, Rapport annuel de la Cour de Cassation française, 2004, p.41

- le droit à garder en confidence une opération financière, mais aussi de protéger la confiance que doit avoir le public dans le système bancaire.

340. Cet acte « d'instinct<sup>450</sup> » trouve son fondement, principalement dans la relation contractuelle qui lie le banquier à son client, et dans l'absence de relation contractuelle, dans les règles de la profession du banquier. Cette dualité accentue l'ambiguïté de la notion du secret bancaire, d'autant que, suivant le fondement, dépendra le régime de responsabilité applicable en cas de sa violation, mais aussi de l'intérêt en question.

341. À maintes reprises, les juges se sont interrogés sur le fondement du secret bancaire pour résoudre les problèmes qui leur étaient soumis, et y trancher par jugement. Le choix de la sphère contractuelle ou extracontractuelle sert à déterminer le régime juridique du secret bancaire, la pénalité de sa violation, et le pouvoir de transiger de ses effets. Si le fondement est extracontractuel, la responsabilité du banquier à son égard sera donc délictuelle, et s'il est contractuel, la responsabilité sera alors contractuelle, avec des règles différentes de la charge de la preuve dans chaque cas<sup>451</sup>. D'où les prochaines pages vont servir à faire l'étude du fondement de l'obligation au secret bancaire, dans sa forme extracontractuelle (*Sous-section 1*), et contractuelle (*Sous-section 2*), avant d'évoquer l'obligation au secret bancaire dans sa consécration légale (*Sous-section 3*).

### **Sous-section 1 : L'obligation extracontractuelle**

342. Comme évoqué auparavant, historiquement, le secret bancaire a trouvé application même avant toute référence réglementaire. Si le rattachement entre l'obligation au secret bancaire et la relation contractuelle entre le banquier et son client paraît évident, certains évoquent l'existence de cette obligation même en dehors de tout rapport contractuel<sup>452</sup>. Tel est le cas où les informations confidentielles sont confiées durant la phase précontractuelle. C'est aussi le cas où l'obligation au secret bancaire existe au profit du bénéficiaire du chèque alors qu'aucun rapport contractuel ne le lie au banquier tiré<sup>453</sup>.

---

<sup>450</sup> F. Collin, *Op.cité*

<sup>451</sup> Art 1353 C. Civ.

<sup>452</sup> F. Grua, *Contrats bancaires*, Economica, 1990, p. 22, n.17

<sup>453</sup> V. *Supra*, le verso du chèque, p.89 ; C. Winandy, *La vie privée et le patrimoine*, Annales de la faculté de droit de Louvain, 1984, p. 115

Ainsi, les faits confidentiels confiés en phase précontractuelle<sup>454</sup> demeurent couverts par le secret bancaire, peu importe si le contrat est conclu ou pas. De même, le banquier est lié par l'obligation au secret bancaire envers son client, même après la fin de la relation contractuelle, qu'elle s'établisse par résiliation volontaire ou suite au décès du client<sup>455</sup>. Quant aux personnels des organes de contrôle, ils sont soumis aux stipulations de l'obligation au secret bancaire sans entrer en aucune relation contractuelle avec le client de la banque, en vertu de dispositions législatives précises.

343. La loi du 3 janvier 1973 (art. 39) astreignait les agents de la Banque de France au secret. De même, « les personnes recevant des informations couvertes par le secret professionnel, qui leur ont été fournies pour les besoins d'une des opérations (mentionnées aux articles L. 511-33 et 511-34 du Code monétaire et financier), doivent les conserver confidentielles, que l'opération susvisée aboutisse ou non ».

344. Les détracteurs du fondement contractuel du secret bancaire s'appuient sur l'ensemble de ces arguments, et ajoutent qu'une notion civile ne peut servir de soutien à un texte pénal<sup>456</sup>, celui de l'article 226-13 du Code pénal. Ces mêmes partisans du fondement extracontractuel de l'obligation au secret bancaire, s'appuyant sur les critiques susmentionnées, estiment que cette obligation ne serait pas de caractère contractuel, sauf si le contrat conclu entre le banquier et son client ne l'a pas stipulée expressément<sup>457</sup>. Et de ce fait, la violation du secret bancaire sera soumise aux règles de la responsabilité extracontractuelle. De même, ils évoquent qu'indépendamment de toute mention contractuelle expresse, l'obligation au secret bancaire trouve application, par coutume de profession. Pour fonder la responsabilité extracontractuelle en matière de secret bancaire, référence est faite au droit au respect de la vie privée. Par cette approche, le droit au secret bancaire est conçu comme une expression de la vie privée<sup>458</sup>. En droit positif, la protection de la vie privée est assurée par l'article 9 du Code civil et la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique.

345. D'un côté, le texte de l'article 9 du Code civil, tel que établi par la loi n. 70-643 du 17 juillet 1970 – « Chacun a droit au respect de sa vie privée » –, est une expression des droits de l'Homme tels que mentionnés dans la Déclaration universelle des droits de

---

<sup>454</sup> C. Winandy, La vie privée et le patrimoine, Annales de la faculté de droit de Louvain, 1984, p. 115.

<sup>455</sup> Cass. com. 25 février 2003, n. 00-21.184, Bull. civ. IV, n. 26.

<sup>456</sup> R. Nerson, Les droits extrapatrimoniaux (thèse, Lyon), 1939, p. 151.

<sup>457</sup> R. Abdel Hamid, Le secret bancaire – Étude de droit comparé : France, Égypte, Thèse, Rennes.

<sup>458</sup> P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, 3<sup>e</sup> éd., 1995, Economica.

l'homme<sup>459</sup>, et dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>460</sup>. L'inclusion du secret bancaire dans la sphère de la protection de la vie privée est une question qui soulève de nombreuses controverses, et la comparaison faite à ce sujet dans le sous-chapitre précédent de la présente étude en fait preuve<sup>461</sup>. Qu'elle serve de preuve du fondement extracontractuel du secret bancaire est une solution douteuse. Et encore, l'application de l'article 9 du Code civil aux personnes morales n'a pas fait unanimité<sup>462</sup>.

346. D'un autre côté, une autre source légale du fondement extracontractuel du secret bancaire, c'est la loi du 7 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Suivant son article premier, l'informatique ne doit porter atteinte « ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». Ce texte s'applique aux banques ; il protège le secret bancaire et réprime les révélations des informations sous leur forme informatique. Mais ici encore, la particularité de l'objet de ladite loi, traitant d'une forme spécifique des informations couvertes par le secret, ainsi que la date relativement récente du texte de loi, ne suffisent pas à donner une base solide à un fondement extracontractuel du secret bancaire.

347. En plus des fondements basés sur les droits fondamentaux, la particularité du secret bancaire à ce sujet, est que sa notion juridique s'est approprié des supports relevant de l'éthique professionnelle ou du droit des obligations. Ainsi, à titre comparatif, en Droit Allemand, le secret bancaire est considérée une pratique professionnelle et a été explicitement intégré dans les Conditions générales bancaires, émises par l'Association de banques allemandes<sup>463</sup>. Mais, aussi pour la plupart des régimes juridiques dérivés du Droit romain, le secret bancaire a été évoqué en expression du devoir de confidentialité

---

<sup>459</sup> Article 12

<sup>460</sup> Article 8, alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>461</sup> Voir *Supra*, La notion de vie privée, p. 112

<sup>462</sup> P. Kayser, *Op.cité*

<sup>463</sup> A. Wink, Le secret bancaire en Allemagne, *Gaz. Pal.*, mai-juin 2005, p. 1665.

dans les relations du banquier avec son client<sup>464</sup>, et du droit du client de la banque à la discrétion<sup>465</sup>, indépendamment de l'existence d'un rapport contractuel.

348. Une certaine doctrine a même recherché le fondement juridique du secret bancaire, et elle a exploré à ce sujet plusieurs voies, du secret d'État<sup>466</sup> au même une expression d'un principe constitutionnel<sup>467</sup>. La conception statutaire de réglementation de la profession du banquier, s'inspire des règles professionnelles auxquelles est soumis ce dernier. Cette dernière vision prévaut dans la plupart des systèmes juridiques continentaux :

- la Suisse avec l'article 47 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934,
- le Luxembourg avec l'article 16§1 de la loi bancaire du 23 avril 1981,
- en France avec l'article 57 de la loi bancaire du 24 janvier 1984, devenu l'article L.511-33 du Code monétaire et financier ;
- de même, en Espagne les dispositions n. 1 de la loi organique n. 26/1988 du 29 juillet 1988, portant sur la discipline et l'intervention des établissements de crédit, soumettent ces derniers à une obligation de garder les informations relatives aux soldes et transactions de leurs clients.
- De même, en Italie, où le législateur n'a pas édicté de règles générales sur le secret bancaire, bien qu'il y ait fait référence dans diverses dispositions, et ce, depuis l'ancienne loi bancaire n. 141 de 1938, visant à protéger les intérêts des clients à la confidentialité des informations confiées à la banque, mais aussi des établissements de crédit dans la préservation de leur image de confident dépositaire<sup>468</sup>.

349. Dès lors, suivant sa conception statutaire, le secret bancaire est un impératif qui régit la relation entre le banquier et son client, nonobstant et indépendamment de tout contrat qui le réglemente ou l'impose.

---

<sup>464</sup> En droit italien, l'ancienne loi bancaire n° 141 de 1938 ainsi que la loi n° 675 du 31 décembre 1996 sur la protection de la vie privée précise que « dans les rapports des banques avec leur clientèle, le secret bancaire est mentionné comme une obligation de respecter la confidentialité sur les opérations, les comptes et les positions concernant les utilisateurs des services bancaires ». En droit suisse, le secret bancaire, se base sur le droit des obligations et plus précisément du devoir de discrétion entre contractants prévu à l'article 398, alinéa 2 du Code suisse des obligations; G. Capitaine, La question du secret des banques en droit suisse, 1933 . R. Farhat, Le secret bancaire – Étude de droit comparé : France, Suisse, Liban, LGDJ, 1970, p. 44 ; A. Rappo, Le secret bancaire, 2002, éd. Stampfli, p. 20

<sup>465</sup> Cass. Civ., 30 novembre 1973, 18 juillet 1974, n. 2147, Banca Borsa Titoli di Credito, 1974, II, p. 143.

<sup>466</sup> D. Corapi -A. Diurni, Le secret bancaire en Italie, Gaz. Pal., mai-juin 2005, p. 1680.

<sup>467</sup> Arrêt de la Cour constitutionnelle du 26 novembre 1984, A. de Montagut, Le secret bancaire en Espagne, Gaz. Pal., mai-juin 2005, p. 1678 : « le secret bancaire ne peut être fondé que sur le droit à l'intimité du client, reconnu par l'article 18-1 de la Constitution »

<sup>468</sup> D. Corapi, Le secret bancaire en Italie, Gaz. Pal., mai-juin 2005, p. 1680.

## **Sous-section 2 : L'obligation contractuelle**

350. De manière générale, la doctrine et la jurisprudence françaises ont toujours reconnu un fondement contractuel du secret bancaire<sup>469</sup>, en relevant son intérêt privé. Le secret bancaire vise avant tout la protection de l'individu contre le dommage, moral ou matériel, que pourrait lui causer la révélation par son banquier confident d'une information portant atteinte à sa réputation, à son honneur ou à sa paix familiale<sup>470</sup>. C'est ce même intérêt privé de l'obligation au secret bancaire qui permet à son ayant droit de décharger son débiteur de ses effets. Cependant, cette analyse du fondement contractuel du secret bancaire ne doit pas faire illusion, puisqu'elle recouvre deux possibilités, voire deux réalités : d'une part, le secret bancaire peut résulter d'une clause contractuelle, et d'autre part, il peut exister en l'absence de toute clause expresse.

### **A. La clause contractuelle tacite ou sous-entendue**

351. Très souvent, les contrats bancaires ne contiennent pas de clause spécifique de secret bancaire. Cette lacune ne doit pas conduire à penser que ce contrat ne peut pas servir de base juridique à l'obligation de discrétion<sup>471</sup>. Le secret bancaire a ainsi été considéré comme une concrétisation du devoir de discrétion entre contractants, prescrit par le droit des obligations. Dans d'autres cas, il était une application rattachée à l'exercice de la profession du banquier, sous forme d'obligation sous-entendue ou tacite dans le contrat de dépôt ou d'ouverture et la gestion du compte bancaire. D'où la distinction entre les conceptions contractuelle et professionnelle du secret bancaire.

352. Suivant la première, l'obligation de confidentialité dont le banquier est débiteur à l'égard de son client est issue de la relation contractuelle qui les lie. En d'autres termes, elle est une obligation découlant du contrat qui lie le banquier au client, par la qualité du premier, peu importe qu'elle y soit mentionnée expressément ou pas. Ainsi, par les contraintes d'exécution de bonne foi de ses obligations, prévues à l'article 1104 du Code civil français, le dépositaire ou gestionnaire de fonds est tenu d'observer une discrétion

---

<sup>469</sup> F. Grua, Contrats bancaires, I, I, *Economica*, 1990, p. 22.

<sup>470</sup> R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – t. 1 : Problèmes généraux de la science criminelle, Droit Pénal Général*, Cujas, 6<sup>e</sup> édition, 1988 ; M. Godart, *La nature du secret professionnel*, *Chronique sociale de France*, 1930, p. 338.

<sup>471</sup> M. Aubert, J.P. Kernen, H. Schonle, *Le secret bancaire suisse*, éd. Staempli, Berne, 1982, p. 35.

concernant les informations de son contractant. Pour le contrat nommé de dépôt, acte auquel la fonction du banquier était jadis limitée, le devoir de confiance était mentionné explicitement comme une obligation de dépositaire<sup>472</sup>.

353. Cette conception contractuelle du secret bancaire, si fondée, impliquera des conséquences pratiques. Le secret sera limité au client, par l'effet *inter partes*, pour les seules informations dont le banquier a eu connaissance pendant la durée du contrat. Cette forme de secret bancaire est toujours en vigueur au Royaume-Uni, depuis l'arrêt Tournier de 1924 qui a créé le « devoir de confidentialité » (*Duty of Confidentiality*<sup>473</sup>), par lequel il a été admis que tout contrat bancaire contient, même implicitement, une obligation générale de confidentialité.

354. Dans une autre hypothèse, et selon la conception professionnelle de l'obligation au secret bancaire, celle-ci est non réglementée par une législation spéciale, mais s'analyserait comme une obligation à laquelle le banquier, confidant nécessaire, consentait tacitement du fait de sa profession, ce qui réfère à la notion du secret professionnel. Ainsi, l'article 226-13 du Code pénal qui incrimine toute violation du secret bancaire fait référence au dépositaire, « par état ou par profession » de l'information confidentielle<sup>474</sup>.

355. En application de cette conception, le professionnel est tenu au secret pour toutes les informations qu'il obtient dans le cadre de son activité professionnelle. Dès lors, peu importe que le client ait effectivement conclu un contrat avec le banquier ou pas, ou que soit consignée la date à laquelle le banquier a reçu les informations, ou même que le client soit en vie ou non. Un cas d'application de l'obligation à la confidentialité similaire à celui de l'avocat ou du médecin.

356. Les contrats du banquier avec son client peuvent varier suivant l'opération en question. S'agissant de l'ouverture d'un compte courant, et après plusieurs propositions variant du louage au mandat, c'est la théorie du dépôt qui a été admise en jurisprudence par l'arrêt Watelet<sup>475</sup>. Pour l'escompte, le service s'assimile au contrat de prêt ou à celui de cession de créances, suivant les conditions de la convention en vigueur. La mission

---

<sup>472</sup> Article 1931 du Code civil français : « Il ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée. »

<sup>473</sup> Tournier vs National Provincial and Union Bank of England, 1924, 1 K.B. 461.

<sup>474</sup> Art 226-13 C. Pénal : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

<sup>475</sup> Cass. Civ., 19 décembre 1885, S., 1886.1.86, rapport de Tanon, cité dans A. Teissier, *Le secret professionnel du banquier*, *Op.cité*.



de gestion de portefeuille, quant à elle, s'assimile au mandat<sup>476</sup>. Et enfin, pour la location de coffre-fort, et après plusieurs hésitations entre le contrat de dépôt et celui de location<sup>477</sup>, la majorité de la doctrine a adopté la qualification de contrat de garde<sup>478</sup>.

357. Dans cette variété des contrats, existe-t-il, dans chacune des qualifications, une obligation de discrétion imposée par le droit positif ?

358. Si la réponse est affirmative pour le contrat de dépôt, en se basant sur le texte de l'ancien article 378 du Code pénal, qui fait référence à la notion de « personnes dépositaires de secrets qu'on leur confie », et sur les articles 1921 et 1930 du Code civil, elle apparaît critiquable pour les divers types de contrats susceptibles d'être invoqués comme support des différentes obligations bancaires.

359. Se basant sur les règles du droit des contrats, et aux termes de l'article 1194<sup>479</sup> du Code civil, l'obligation au secret est considérée une suite nécessaire de tout contrat bancaire<sup>480</sup>, ou un accessoire de tout contrat bancaire « reposant sur une présomption de volonté des parties<sup>481</sup> ».

360. Dans les pays où le législateur n'a pas institué une obligation au secret bancaire, et où antérieurement à son institution, cette obligation semble trouver fondement dans les rapports particuliers de confiance entre les contractants : le client qui contracte avec le banquier considère que celui-ci est son confident, et que la discrétion est indissociable

---

<sup>476</sup> J. Veizian, note sous CA Paris, 6 février 1975, D., 1975 ; JCP, n° 318-322.

<sup>477</sup> L'article 1722 du Code civil n'est pas applicable au contrat par lequel la banque loue à un client un compartiment ou un coffre-fort dont elle assume la surveillance et auquel le client ne peut accéder qu'avec le concours du banquier. Cass. Com., 11 octobre 2005, Bull. civ. IV, n° 206 ; D., 2005, AJ 2869, observation de X. Delpech ; RTD com., 2006, p. 177, observation de D. Legeais ; JCPE, 2005, n° 46, p. 1915 ; LPA, 23 décembre 2005, p. 13, note de F. Rouvière ; RDBF, 2005, n° 197, observation de F.J. Crédot et Y. Gérard ; RBD, janvier-février 2006, p. 62, observation de Th. Bonneau ; RCCC, 2006, n° 19, observation de L. Leveneur ; RJDA, 2006, n° 183 ; RDC, 2006, p. 335, observation de A. Bénabent ; *ibid.*, p. 402, observation de J. S. Seube ; *ibid.*, p. 422, observation de Puig ; AJDI, 2006, p. 118 ; RLC, 2006, n° 28, observation de Vial-Pedroletti.

<sup>478</sup> F. Dekeuwer-Defossez, S. Moreil, Droit bancaire, D., 11<sup>e</sup> éd. p. 219 : « Une banque manque à son obligation concernant la garde du coffre en laissant celui-ci être ouvert en raison d'une confusion entre deux clientes. » ; CA Aix-en-Provence, 7 juin 2012, LEDB, octobre 2012, p. 4, observation de J. Lasserre-Capdeville : « La banque qui met un coffre-fort à la disposition d'un client est tenue d'une obligation de surveillance qui lui impose d'établir qu'elle a accompli toutes les diligences utiles pour en contrôler l'accès par un tiers, fût-il muni d'une clé. » ; Cass. Com., 9 février 2016, n° 14-23.006 P, D., 2016, Pan. DA., p. 2310, observation de D.R. Martin ; JCPE, 2016, n° 1143 ; RJDA, 2016, n° 726 ; LPA, 20 juin 2016, note de G. Viney ; Gaz. Pal., 7 juin 2016, p. 56, observation de Houin-Bressand ; RBD, mai-juin 2016, p. 24, observation de Th. Bonneau ; RDBF, 2016, n° 102, observation de F. J. Crédot et Samin.

<sup>479</sup> Ancien article 1135 du Code civil : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

<sup>480</sup> P. Le Tourneau, La responsabilité civile, 1976, p. 460.

<sup>481</sup> P. Grua, Les contrats bancaires, *Op.cité*

de la bonne exécution de son contrat<sup>482</sup>. Une exécution qui doit être guidée par le principe de bonne foi, suivant les stipulations des articles 1104<sup>483</sup> du Code civil français.

361. En l'absence de clause spécifique, et notamment avant la loi de 1984<sup>484</sup>, la jurisprudence<sup>485</sup>, par le fondement contractuel implicite du secret bancaire, précise que l'obligation de discrétion « est l'une des obligations particulières auxquelles, à raison de ses rapports contractuels, le banquier est tenu envers ses clients ». Le secret relève bien de la nature de l'obligation au sens de l'article 1194 du Code civil, et il s'infère d'évidence de la discrétion.

## **B. La clause contractuelle expresse**

362. Dans le contrat liant le banquier au client, les parties, en vertu de la liberté contractuelle, peuvent insérer une clause en référence à l'obligation au secret bancaire. Ou même convenir d'une convention spéciale au secret bancaire. En application du principe de la liberté contractuelle<sup>486</sup>, les contractants peuvent parfaitement inclure dans un contrat bancaire une clause relative au secret. Aucune exigence légale ne paraît susceptible de s'y opposer. S'agissant d'une obligation accessoire de faire, la détermination de son objet, à savoir le besoin de protéger la confidentialité des informations du client, est tolérante, et la responsabilité du banquier peut être étendue<sup>487</sup> ou limitée<sup>488</sup>.

363. Cependant, la consultation des contrats bancaires montre que les clauses de secret bancaire se font rares, sauf en matière de gestion de portefeuille. Dans ce dernier cas, c'est le Code de déontologie de l'Association française des sociétés de gestion de portefeuille qui le prévoit expressément<sup>489</sup>. Généralement, il est rare que l'obligation au secret bancaire fasse l'objet d'une convention spéciale écrite<sup>490</sup>.

---

<sup>482</sup> A. Teissier, Le secret professionnel du banquier, *Op.cité*, t. I, p. 40.

<sup>483</sup> Ancien article 1143 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

<sup>484</sup> Article 57 de la loi n. 84-46 du 24 janvier 1984.

<sup>485</sup> CA Paris, 6 février 1975, D., 1975 ; JCP, n. 318-322, note J. Vezian.

<sup>486</sup> Article 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

<sup>487</sup> G. Legier, Responsabilité civile, Encyclopédie Dalloz-Droit civil, 1989, n. 236.

<sup>488</sup> A. Weill et F. Terre, cité dans A. Teissier, Le secret professionnel du banquier, *Op.cité*., p. 39 ; G. Legier, *Op.cité*

<sup>489</sup> A. Pezard, Droit des marchés monétaire et boursier, collection Droit et stratégie des affaires, éd. JNA, 1994, p. 457.

<sup>490</sup> A. Sacker, Du secret professionnel du banquier (thèse, Paris), 1933, p. 14.

364. Malgré cette liberté, les conventions bancaires rendent l'insertion, voire l'abrogation, d'une telle clause une tâche relativement théorique. En fait, la portée du principe de la liberté contractuelle en matière bancaire est atténuée par l'inégalité qui règne entre les deux parties, et les contrats bancaires sont souvent des contrats d'adhésion ; inégalité entre le banquier, jouissant d'une supériorité économique et le client, souvent plus faible et disposant d'une marge très limitée de manœuvre et de négociation juridique. Dans le plus souvent des cas, le banquier peut profiter de sa situation dominante pour réduire, voire écarter, ses obligations et responsabilités. Toutefois, la liberté contractuelle ne doit pas réduire à néant une obligation essentielle. Cette solution est admise de façon claire en Belgique<sup>491</sup> et en Angleterre<sup>492</sup>. De l'autre côté de la Manche, la jurisprudence anglaise a développé la théorie de la rupture fondamentale du contrat (« *Fundamental breach of contract* »), selon laquelle les clauses insérées dans un contrat ne peuvent lui enlever toute signification<sup>493</sup>. Cette solution de principe est retenue en France, et elle peut être transposée à l'obligation au secret bancaire, puisqu'elle constitue l'une des obligations essentielles du contrat<sup>494</sup> et qu'elle fonde la confiance sans laquelle il ne saurait y avoir de contrat bancaire. Finalement, une directive communautaire du 5 avril 1993<sup>495</sup> a prévu que toute clause rédigée préalablement sans que le consommateur ait pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans les contrats d'adhésion, est considérée abusive dès lors qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

365. Par conséquent, toute clause éliminant totalement les prescriptions du secret bancaire ne saurait être valable et devrait être annulée. Cette obligation de discrétion du banquier, est transposée dans la relation entre ce dernier et ses employés, sous un fondement également contractuel. Dans le secteur privé, le fondement de l'obligation émane du contrat de travail et de la nécessaire confiance de l'employeur dans la discrétion de ses collaborateurs. Un manquement à la discrétion peut conduire à une rupture de la relation de travail et à un licenciement pour faute.

---

<sup>491</sup> P. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats (thèse, Aix-en-Provence), 1981, p. 183.

<sup>492</sup> P. Delebecque, *Op.cité*, p. 177.

<sup>493</sup> P. Delebecque, *Op.cité*, p. 181.

<sup>494</sup> R. Abdel Hamid, Le secret bancaire – Étude de droit comparé : France, Égypte, Thèse, Rennes, § 824.

<sup>495</sup> Directive UE n° 9-13, JOCE, L95, 21 avril 1993.

## C. La synthèse

366. En guise de synthèse, et sur la base de l'exposition des fondements du secret bancaire, et bien que certains auteurs aient évoqué que les deux fondements (contractuel et extracontractuel) peuvent être retenus cumulativement car ils ne se contredisent pas<sup>496</sup>, il paraît plus logique et fondé de rattacher l'obligation au secret bancaire au contrat du banquier avec son client. L'obligation au secret bancaire prend effet avec l'initiation du rapport contractuel et l'intérêt privé est dominant dans son régime d'application.

367. Qu'elle soit expresse, tacite, ou même induite, l'obligation de discrétion du banquier relève de l'essence et de la nature de la fonction de celui-ci, et du contrat qui le lie avec son client. Elle prend effet avec l'établissement de la relation contractuelle avec le client, et dès le dépôt de la toute première confiance auprès du dépositaire.

368. Son lieu de genèse est le contrat client-banquier, d'où sa nature purement et exclusivement contractuelle.

369. La discrétion imposée pour la phase précontractuelle et pour la période post-contractuelle, ne serait qu'une évidence, en vertu des termes de l'article 1194 du Code civil, comme étant une « dérivée » des obligations contractuelles. À l'instar de l'avocat et du médecin, le banquier doit tenir discrètes toutes les informations portées à sa connaissance en raison de sa profession. Et sur ce même fondement, le devoir du banquier de respecter la confidentialité des informations de l'encaisseur du chèque découle aussi de l'exercice de sa fonction, tout en soulignant que la consécration jurisprudentielle à cet égard reste sujette de revirement possible.

370. Le caractère contractuel de l'obligation au secret bancaire ne fait aucun doute, tant le bénéficiaire peut délier son débiteur de sa charge à tout moment. Et la responsabilité qui découle de sa violation est contractuelle. Quant aux différentes consécration législatives du secret bancaire, elles ne changent pas son fondement ni sa nature ; au contraire, elles viennent renforcer la protection accordée aux informations confidentielles du client, en expression de leur valeur constitutionnelle (droit de l'homme et droit au respect de la vie privée) et de son impact économique phénoménal, décrit précédemment.

---

<sup>496</sup> La doctrine suisse va en ce sens : F. Guggenheim, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 2<sup>e</sup> éd., p. 44, Genève, 1986, cité dans F. Grua, *Contrats bancaires*, t. I, *Economica*, 1990, p. 17.

### Sous-section 3 : L'obligation légale

371. En confirmation de la valeur juridique du secret bancaire, considéré comme expression des droits de l'homme, et spécialement le droit au respect de la vie privée, l'obligation au secret bancaire a fait l'objet de consécration législative. Les textes de lois sont venus écarter toute hésitation sur son application, et en accompagnement du développement de l'industrie bancaire. Une obligation qui a fait l'objet d'une foison d'étude, de réglementations en vertu de son application assez large, et en vertu de la place dominante de l'industrie bancaire dans l'économie, que ce soit à l'échelle nationale qu'internationale. Le secret bancaire, et son obligation envers les clients des établissements de crédit, constitue la pierre d'angulaire de l'environnement de confiance nécessaire pour l'exercice et le développement de leurs activités. Le secret bancaire consacré en règle législative constitue aussi une émanation d'une valeur sociale de la protection de droit fondamental du respect à la vie privée.

372. En droit français, la reconnaissance légale du secret bancaire est relativement récente. En effet, c'est la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, dite « loi bancaire », qui est venue, par son article 57, encadrer expressément ce secret. La « jeunesse » du secret bancaire demeure néanmoins à relativiser : la doctrine<sup>497</sup> comme la jurisprudence<sup>498</sup> admettaient déjà, antérieurement à la loi, l'existence de ce principe. Elles le fondaient alors sur l'article 378 de l'ancien Code pénal régissant le secret professionnel. L'existence d'une obligation civile de discrétion à la charge des banquiers n'était en outre pas contestée.

373. Aujourd'hui, le secret bancaire est encadré par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier. Il fait régulièrement l'objet de légères modifications. Ce fut notamment le cas avec la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, ou plus récemment encore avec la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires. Ces modifications tendent le plus souvent à prévoir de nouvelles exceptions au principe.

---

<sup>497</sup> 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.

<sup>498</sup> Voir, notamment, T. corr. Pau, 23 octobre 1963, RB, 1964, p. 117, observation de X. Marin ; T. corr. Lure, 4 novembre 1970 : D., 1971, p. 276, note Ch. Gavalda.

374. Dans d'autres systèmes juridiques tels que celui de la Suisse et du Liban, la consécration législative de l'obligation au secret a eu des motivations économiques claires. Au Liban, le secret bancaire a été instauré, par inspiration de son homologue suisse suite à l'approbation, le 3 septembre 1956<sup>499</sup>, du projet de loi présenté par le député M. Raymond Eddé. Souhaitant bénéficier du contexte géopolitique de la région du Moyen-Orient durant l'après Deuxième Guerre mondiale, et des mouvements de nationalisation dans les pays de la région. Le secret bancaire consacré législativement a permis au Liban de se positionner en tant que place financière régionale attirant les capitaux du monde arabe, et imposant une opposabilité absolue à toute autorité, nationale ou étrangère. Avant le vote de ladite loi, l'obligation au secret bancaire était considérée induite par la relation contractuelle du banquier avec son client<sup>500</sup>.

375. En Suisse, l'introduction du secret bancaire est souvent associée à l'adoption de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934. En effet, l'article 47 de cette loi assortit la violation du secret bancaire d'une peine pénale. Cette disposition ne définit pourtant pas le secret bancaire. En réalité, il n'est pas tout à fait exact d'associer la création du secret bancaire à l'entrée en vigueur de cette loi. En effet, le secret bancaire existait déjà auparavant, mais il trouvait uniquement sa source en droit civil. Tout d'abord, les articles 27 et 28 du Code civil garantissent la protection des droits de la personnalité, en particulier le droit au respect de la vie privée et de la sphère intime. La consécration législative du secret bancaire suisse est survenue dans un contexte économique européen spécial. À partir de la seconde moitié de 1931, et suite à la crise qu'ont connue les banques suisses en conséquence de la crise financière mondiale de 1929, une loi sur les banques a vu son adoption définitive par les Chambres, en novembre 1934. Et selon l'article 47 de ladite loi, la violation du secret bancaire tombait désormais sous le coup du droit pénal, et plus seulement du droit civil. Le secret bancaire est désormais reconnu comme un droit d'intérêt public, et lui conférait en quelque sorte le statut de bien public pour l'attraction des capitaux et la prospérité économique : « le secret le plus strict soit préservé » dans le but de « préserver la stricte discrétion vis-à-

---

<sup>499</sup> La loi libanaise du secret bancaire du 3 septembre 1956.

<sup>500</sup> C. Fabia, L'institution du secret bancaire au Liban, in RTD com., 1957, p. 53-54 ; R. Farhat, Le secret bancaire – Étude de droit comparé : France, Suisse, Liban, LGDJ, 1970, p. 40.

vis de toutes les autorités politiques et en particulier vis-à-vis des organes et offices fiscaux<sup>501</sup> ».

376. Même si le secret bancaire suisse a connu quelques replis durant la période de l'après Seconde Guerre mondiale, suite aux contestations françaises, soulevées surtout par le général de Gaulle soutenu par les États-Unis, la Suisse est parvenue à neutraliser en grande partie les revendications américaines en accordant des crédits à la France et au Royaume-Uni, divisant ainsi les alliés. En Suisse, les aspects d'ordre économique d'une personne physique ou morale ont toujours été considérés comme relevant de la sphère privée, voire même de la sphère intime. À partir de 2009, le secret bancaire suisse a subi plusieurs revers, : le 13 mars 2009, le conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz annonce la fin du secret bancaire, après avoir été forcé à écarter son application et à remettre quelque 250 noms de clients de l'Union des banques suisses (UBS) au Département de la justice des États-Unis, pour éviter une inculpation d'UBS pour complicité de fraude fiscale, qui entraînerait un arrêt de ses activités aux États-Unis<sup>502</sup>. Le 13 mars 2009, la Confédération doit abandonner la distinction entre la fraude et l'évasion fiscale, qui mettait les fraudeurs à l'abri des poursuites de leurs autorités fiscales nationales. En décembre 2009, une dernière tentative des banquiers suisses n'a pas pu aboutir : ils ont essayé de convaincre leur gouvernement de passer à la contre-offensive, en offrant une contre-proposition baptisée « *Rubik* »<sup>503</sup>, visant à prélever un impôt sur les comptes de leurs clients et à en reverser le produit à leurs États de domicile.

## CHAPITRE II : LES EFFETS JURIDIQUES DU SECRET BANCAIRE

377. Une fois ses éléments tels que décrits auparavant réunis, l'obligation au secret bancaire produit ses effets juridiques complets. Ainsi, et à titre d'exemple, l'entrée de

---

<sup>501</sup> AFB, E 6520(A)/1/2, Propositions de révision du code des obligations en matière de contrôle bancaire (*Vorschläge zur revision des Obligationenrechts hinsichtlich der Banken-Kontrolle*), Adolf Jöhr, 24 janvier 1932 ; AFB, E 6520(A)/1/2, Projet de loi fédérale sur le siège des banques et bourses suisses (*Entwurf B. Bundesgesetz über die schweizerische Bank- und Börsen-Zentrale*), Fritz Zimmermann-Locher, 3 février 1932.

<sup>502</sup> L'affaire UBS/ USA du 18 Février 2009 : La justice américaine ouvre une première brèche dans le secret bancaire suisse dans le cadre de l'affaire UBS, en menaçant la banque d'un retrait de son agrément aux Etats-Unis, *Case N. 09-60033-CR-COHN, February. 18, 2009, Deferred Prosecution Agreement.25 No. 4 International Enforcement Law Reporter, p. 134*

<sup>503</sup> *Bulletin for International Taxation (IBFD)*, Volume 69, n.2

relation contractuelle entre un particulier et un établissement de crédit, et la réception de ce dernier des informations confidentielles de son cocontractant, crée une obligation au secret bancaire. Par cette obligation, le banquier est tenu de tenir confidentielle lesdites informations, au profit de son client, et de ne les pas partager sauf autorisation ou dans les cas prévus par la loi et au profit d'organismes désignés. Ces effets ont une portée plus au moins large, mais aussi des formes d'expression. La portée de l'obligation (*Section 1*) détermine l'étendue des parties et autorités auxquelles le droit au secret sera opposable, et les formes de l'obligation (*Section 2*) désignent les différents actes d'expression du secret bancaire.

## **SECTION 1 : LA PORTEE DE L'OBLIGATION AU SECRET BANCAIRE**

378. L'obligation au secret bancaire comprend deux actes : un acte positif, qui est une obligation de faire, de porter et de garder secrètes les informations du client, et un autre, négatif, celui de la non-communication aux tiers des informations protégées.

379. Le respect de l'acte positif est réprimandé en vertu de l'article 226-13 du Code pénal français, par la peine privative de liberté du crime spécial de violation du secret bancaire. Et celui qui entrave à ses devoirs sera passible de poursuite en la matière. Quant à l'acte négatif, et le pouvoir accordé au banquier de refuser de répondre à une quelconque demande, cela dépendra de la personne ou de l'autorité demandeuse, selon les exceptions émises par le législateur au secret bancaire.

380. Bien sûr, les exceptions sont variables dans le temps et selon chaque système juridique. Mais dans tous les cas, le banquier est toujours tenu de respecter son acte positif, qui est de tenir toutes les démarches de confidentialité nécessaires. Les exceptions au secret bancaire portent sur l'acte négatif en déliant le banquier de son obligation vis-à-vis certaines autorités ou personnes sans être en violation de son obligation. En fonction du degré d'opposabilité du secret bancaire, on y relève deux types, le simple et l'absolu.

381. Quand la liste des personnes auxquelles le secret bancaire est inopposable est restreinte, celui-ci s'apparente à l'absolutisme. Cette version du secret bancaire absolu demeure d'exception par rapport au régime normal simple, et elle a été employée dans certains systèmes juridiques, notamment au Liban et en Suisse. De la liste des personnes admises à partager le secret, dépendra la portée du secret.



382. Le droit positif n'a pas évoqué expressément les deux versions du secret bancaire, ni dressé les caractères de qualification de chacune ou une ligne de démarcation, mais le terme de secret bancaire absolu a été employé par la doctrine pour évoquer le caractère sauvagement opaque de certains secrets bancaires. Selon Derruau, les critères de distinction du secret absolu et du secret relatif sont en plus des limites que connaissent chaque type, mais en ajoute aussi la base légale en évoquant que seul le secret absolu a pour source un texte de loi<sup>504</sup>. Bien sûr, la qualification d'« absolu » n'implique aucun droit absolu au sens juridique du terme, puisque même dans les systèmes juridiques qui pratiquent sa version la plus opaque (Suisse, Luxembourg, Panama et Liban), l'intérêt privé de son désistement ne fait aucun doute.

### **Sous-section 1 : Le secret bancaire relatif**

383. Dans sa version relative ou simple, le secret bancaire impose une sphère de confidentialité autour des informations de son client, qui est plus au moins limitée. La plupart des auteurs considèrent, à titre d'exemple, que le secret bancaire est un secret bancaire relatif en raison des nombreuses exceptions qu'il comporte<sup>505</sup>.

384. Pourtant, un secret bancaire ne saurait pas être opposable au juge pénal, chargé de la mission de protection de l'intérêt général contre une infraction ou un crime<sup>506</sup>.

385. Dans une procédure de conciliation, 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-ci, y inclus l'opposition du secret bancaire<sup>507</sup>.

---

<sup>504</sup> P. Derruau, *Le secret professionnel bancaire*, p. 34 ; A. Teissier, *le secret professionnel du banquier*, *Op.cité*, p.28

<sup>505</sup> M. Fallot, *Le secret bancaire*, *Après demain*, n.182, mars 1976, p.9 ; C. Gavalda, note sous TGI Lure, 4 novembre 1970, D. 1971, JP, p.279 et note sous Cass. Crim. 30 janvier 1975, JCP, 1975, II, 18137

<sup>506</sup> 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 ».

<sup>507</sup> Article L. 611-6 C. com.

386. En matière de procédures collectives, ces experts sont le juge-commissaire<sup>508</sup>, l'administrateur judiciaire si celui-ci assiste ou prend en charge l'administration de l'entreprise<sup>509</sup> ou le liquidateur judiciaire<sup>510</sup>.

387. En matière de saisie-attribution et en vertu de l'article L. 211-3 du Code français des procédures civiles d'exécution, le tiers saisi, y inclus le banquier, 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<sup>er</sup>, 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<sup>511</sup> ».

388. En cas de surendettement, la commission de surendettement des particuliers qui a pour mission de traiter la situation de surendettement des personnes physiques, bénéficie d'une dérogation au secret bancaire<sup>512</sup>.

389. En plus des cas susvisés, le secret bancaire est écarté au profit des agents de la Banque de France et des autorités de contrôle, suivant l'alinéa 2<sup>e</sup> de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier. Par l'examen des cas de non-opposabilité du secret bancaire, auxquels s'ajoute le cas d'autorisation du client, les exigences du secret bancaire sont écartées, une fois qu'un intérêt plus primordial se manifeste. Suivant cette version du secret, on ne peut concevoir que le devoir de silence du banquier l'emporte sur une procédure d'action publique de poursuite pénale, ou sur la saisie en exécution d'un jugement judiciaire définitif, ou encore sur une situation de faillite touchant le principe de confiance dans le commerce.

390. Dans les systèmes juridiques de secret bancaire dit « simple », l'intérêt du client porte valeur juridique, mais aux limites des abords d'autres intérêts plus primordiaux. Alors que dans le cas du secret bancaire absolu, ces intérêts sont regardés d'un œil plus restrictif.

---

<sup>508</sup> Article L. 623-2. C. com. ; CA Toulouse, 8 février 1993, D., 1994, Somm., p. 328.

<sup>509</sup> Cass. Com., 11 avril 1995, Bull. civ. IV, n. 121 ; D., 1996, p. 573, note de H. Matsopoulou.

<sup>510</sup> Article L. 641-9 C. com.

<sup>511</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1999, Bull. civ. II, n. 129 ; D., 1999, IR 210 ; Dalloz Affaires, 1999, p. 1362, observation de J. F. ; Gaz. Pal., 6-8 février 2000, p. 11, observation de A. Véron ; RBD, mai-juin 2000, p. 50, observation de D. Guillot ; RDBF, 2000, n. 24, observation de V. Delleci.

<sup>512</sup> Article L. 712-8 du Code de la consommation ; CA Toulouse, 8 février 1993 ; D., 1994, Somm., p. 328.

## Sous-section 2 : Le secret bancaire absolu

391. Dans le cas d'un secret bancaire absolu, la liste des autorités auxquels le secret bancaire est inopposable, est restreinte. Le secret bancaire est opposable à tous, ou presque. Des systèmes juridiques ont optés pour une telle version du secret bancaire, par choix d'avoir une opacité accrue pour motifs économiques, et principalement afin d'attirer des capitaux<sup>513</sup>. On note parmi les systèmes juridiques adoptant un secret bancaire absolu, celui du Liban et de la Suisse.

392. Ainsi, l'article 2 de la loi libanaise de 1956 énumère expressément pour les exclure, en plus de tout particulier<sup>514</sup>, les autorités publiques administratives (y compris les autorités fiscales et douanières), les autorités militaires et les autorités judiciaires<sup>515</sup>.

393. C'est cela, en réalité, qui fait la spécificité du secret bancaire libanais et qui le distingue notamment du droit français. En effet, la loi française prévoit que le secret professionnel du banquier ne peut être opposé « à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale »<sup>516</sup>, ni, en outre, à l'administration fiscale et au service des douanes. Le secret bancaire au Liban est un secret d'absolu, « absolu quant à l'étendue de l'information protégée, absolu quant à la qualité de la personne protégée, et surtout absolu quant à l'opposabilité de ce secret *erga omnes*, y compris aux autorités judiciaires, militaires, fiscales ou douanières »<sup>517</sup>. Dans un tel système, toute personne a droit à la discrétion totale concernant son argent, reconnu comme droit fondamental de la personne ne trouvant pas de limites, ou alors très minimes. Ce souci de discrétion extrême en matière d'argent est-il lié au contexte historique des Phéniciens, anciens habitants du pays du Cèdre et adorateurs du dieu Mammon, le dieu de l'argent<sup>518</sup> ? Pour Mme Zein, cette perception est due à l'attachement à la liberté plutôt qu'à l'attachement à l'argent<sup>519</sup>.

---

<sup>513</sup> V. *Supra*, les intérêts du secret bancaire, Introduction p.32

<sup>514</sup> Y compris les proches du client, conjoint, enfants majeurs, employés ; voir R. Farhat, Le secret bancaire, *Op.cité*, p. 94, et sur l'obligation au secret après la mort du client, *ibid.*, p 97 et s.

<sup>515</sup> Le juge unique pénal (Metn), 11 mars 1983, revue *AI Adl*, 1988, p. 271. Sur l'opposabilité du secret bancaire, notamment à l'administration fiscale et aux autorités judiciaires, voir R. Farhat, *op. cit.*, p. 93 et s., et p. 103 et s ; note de S. Chantas sous T. civ. Beyrouth (ch. com.), 28 février 1974 ; C. Fabia, L'institution du secret bancaire au Liban, *Op.cité*, p. 60 ; R. Farhat, Rapport sur le secret bancaire en droit libanais, p. 288 et s.

<sup>516</sup> Voir *Supra*, article 511-33 du Code monétaire et financier.

<sup>517</sup> Y. Zein, Le secret bancaire au Liban face à la lutte contre le blanchiment de capitaux, RDBF, n° 4, juillet 2005, étude 12.

<sup>518</sup> J. Carbonnier, Approches générales : le droit et l'argent, in *Archives de philosophie du droit*, 1942, S., 1998, p. 7 et s.

<sup>519</sup> Y. Zein, *Op.cité*

394. Le secret bancaire suisse, source d'inspiration de son homologue libanais, revêt aussi un caractère absolu. Il est regardé comme un droit de la personne et le garant de la sphère privée<sup>520</sup>. Son domaine s'étend, au-delà des affaires proprement dites du client, à sa situation personnelle. En outre, la pratique bancaire suisse utilise des comptes dits numérotés, sur lesquels le nom du titulaire est remplacé par un numéro. Ce procédé protège, semble-t-il, plus efficacement les intérêts du client et constitue un bouclier contre la violation du secret bancaire.

395. Les exceptions d'inopposabilité demeuraient très limitées. Contrairement à certaines idées reçues, le secret bancaire suisse n'a jamais eu pour vocation de protéger des actes pénaux. Mais seul un magistrat est autorisé à lever le secret bancaire, non les autorités de police. Selon le droit suisse, le secret bancaire n'est pas opposable aux autorités de poursuite pénale car sa levée fait partie des instruments dont elles disposent pour accomplir leur mission. À la demande d'autorités étrangères, la Suisse peut donc accorder l'entraide internationale en matière pénale, lever le secret bancaire et bloquer des avoirs, à deux conditions cependant :

- L'État requérant doit assurer la réciprocité à la Suisse si le délit visé par la requête est également punissable en Suisse (principe de la double incrimination) ;
- Les informations qui seront transmises à l'État requérant ne devront pas être utilisées directement ou indirectement pour poursuivre des infractions pour lesquelles la Suisse n'octroie pas l'entraide (principe de la spécialité). C'est cette seconde condition qui fait en général obstacle à la communication, au profit d'autorités fiscales étrangères, d'informations émanant d'établissements bancaires suisses.

396. En matière de lutte contre le blanchiment d'argent, ce dernier acte constitue en droit suisse une infraction pénale grave<sup>521</sup>. Mais c'est la définition du blanchiment d'argent en droit suisse qui dévie du droit communautaire. Elle est basée à l'origine sur la notion du recel et vise tout acte propre à entraver l'identification ou la confiscation du produit d'un crime. Deux conditions sont requises :

---

<sup>520</sup> Code civil suisse, Dispositions générales relatives à la protection de la personnalité, article 27 et s ; voir Département fédéral des finances, Le secret bancaire en Suisse, thèmes clés du DFF, juillet 2003 : <http://www.efd.admin.ch>

<sup>521</sup> Code pénal suisse, article 305 bis.

- La première concerne l’infraction sous-jacente, qui doit être, soit un crime, soit une infraction passible d’une peine privative de liberté de plus de trois ans<sup>522</sup>. Tel est notamment le cas de l’escroquerie, du faux dans les titres, du trafic de stupéfiants, de l’appartenance à une organisation criminelle, de la corruption d’agents publics étrangers ou du financement du terrorisme ;
- La deuxième condition concerne le lien de provenance. Les valeurs patrimoniales doivent provenir du crime sous-jacent. Le Tribunal fédéral exige un lien de causalité direct et étroit.

397. Partant de ce préalable, il est facile de comprendre pourquoi la Suisse a beaucoup de peine à associer le blanchiment d’argent aux infractions fiscales. D’abord, il n’existe aucun lien de provenance direct : une infraction fiscale ne génère pas un produit, mais elle constitue une économie de la charge fiscale. De plus, le patrimoine a été acquis de manière licite. Ensuite, les infractions fiscales ne constituent pas des crimes en droit suisse. Il n’existe qu’une seule exception, à savoir l’escroquerie fiscale qualifiée en matière d’impôts indirects, plus communément appelée « contrebande douanière organisée » ou « fraude carrousel » en matière de TVA<sup>523</sup>.

398. Il faut noter que l’échange d’informations entre les autorités suisses et étrangères a été fortement restreint aux cas avérés de fraude fiscale ou d’escroquerie, l’évasion fiscale n’y étant pas pénalement répréhensible. La pratique du secret bancaire « absolu » a montré ses limites dans une économie mondialisée, avec notamment l’affaire « USB » et celle des « listes HSBC », toutes deux impliquant la Suisse : la version absolue du secret bancaire ne peut entraver aux droits des États étrangers dans une industrie bancaire mondialisée<sup>524</sup>. Toutes ces raisons ont mis en exergue la nécessité d’une coopération internationale en matière d’échange d’informations bancaires à des fins fiscales<sup>525</sup>.

399. Le secret bancaire dit « absolu » est d’une portée très large et qui garantit la confidentialité des informations qui forment son objet, même face à la plus haute des autorités. Dans cette version, il défie les intérêts les plus élevés et s’oppose à l’action

---

<sup>522</sup> Code pénal suisse, article 10, alinéa 2.

<sup>523</sup> Loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA), article 14, alinéa 4.

<sup>524</sup> V. *Infra*, le rattachement de l’obligation de secret bancaire, p. 251

<sup>525</sup> Coopération fiscale 2009 : Vers l’établissement de règles du jeu équitables – Évaluation par le forum mondial sur la transparence et l’échange de renseignements 2009, publié le 14 octobre 2009, OCDE ([www.oecd.org/ctpl/pfd/coopération](http://www.oecd.org/ctpl/pfd/coopération)).

publique de poursuite pénale, au devoir civique de participation aux charges de la société, et même à l'exécution-saisie d'un jugement judiciaire émis au nom du peuple.

400. C'est cette version qui, ralliée au besoin humain de satisfaction économique exponentielle par la recherche de l'enrichissement continu, a endommagé l'institution du secret bancaire, après un équilibre raté entre « l'absolutisme » du secret bancaire et le courant de transparence dans les affaires bancaires.

## **SECTION 2 : LES FORMES DE L'OBLIGATION AU SECRET**

### **BANCAIRE**

401. Dans son application, l'obligation au secret bancaire comprend deux actes : un acte positif, qui est une obligation de faire, de porter et de garder secrètes les informations du client, et un autre, négatif, celui de la non-communication aux tiers des informations protégées. Traditionnellement, l'obligation de ne pas faire, comme l'obligation de faire, n'est, en principe, pas susceptible d'exécution forcée<sup>526</sup>. Ce constat s'explique par le fait qu'en dépit de son obligation de ne pas faire, il est impossible d'empêcher une personne d'agir ou d'entreprendre ou acte. Même s'il est tenu à une abstention, le débiteur peut très bien œuvrer, mais il sera passible de condamnation civile, de réparation ou coercitive. Le droit civil ne permet pas des mesures de coercition telles que celles pratiquées en droit pénal. Par exemple, veiller à la non-concurrence ne doit pas conduire à l'emprisonnement ou à l'interdiction absolue d'exercer toute activité<sup>527</sup>, mais à une amende contraignante. En effet, veiller au respect d'une abstention suppose une séquestration du débiteur, ce que n'autorise pas le droit civil.

402. Dans le cas du secret bancaire, le respect de l'acte positif est réprimandé en vertu de l'article 226-13 du Code pénal français, par la peine privative de liberté du crime spécial de violation du secret bancaire. Et celui qui entrave à ses devoirs sera passible de poursuite en la matière. Quant à l'acte négatif, et le pouvoir accordé au banquier de refuser de répondre à une quelconque demande, cela dépendra de la personne ou de l'autorité demandeuse, selon les exceptions émises par le législateur au secret bancaire.

---

<sup>526</sup> J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, Les obligations – Volume I : L'acte juridique, Sirey, 12<sup>e</sup> éd., 2006, n. 42, p. 26.

<sup>527</sup> Cass. Civ., 4 juin 1924, DH 1924, p. 469.

403. Il faut noter que les décisions de jurisprudence ayant prononcé les sanctions pénales prévues pour violation du secret bancaire, tout comme le prononcé de sanctions disciplinaires, demeurent rares et les tribunaux se contentent, en règle générale, de peines d'amende pour des montants dérisoires. Néanmoins, l'existence même d'une sanction pénale, le caractère personnel de l'infraction, le risque d'interdiction professionnelle et les quelques décisions existantes<sup>528</sup> justifient la préoccupation et la vigilance constante des établissements assujettis en la matière. Dans ce contexte, force est de constater que l'appréhension du périmètre précis d'application du secret bancaire n'est facilitée ni par la dissémination dans les textes des nombreuses dérogations au secret bancaire, ni par le manque de précisions sur les informations couvertes par le secret. Cette situation demeure source d'insécurité juridique, tant pour les établissements assujettis (et les personnes personnellement responsables) que pour les personnes protégées.

404. Ces diverses applications du secret bancaire sont ses formes d'actes. Des composantes qui sont divisées entre les actes d'abstention (à savoir le droit de silence et le droit de refuser communication des informations confidentielles aux tiers), et ceux de faire et d'entreprendre les démarches et précautions en vue du respect de ses prescriptions (à savoir la confidentialité et la discrétion).

### **Sous-section 1 : L'obligation de la confidentialité**

405. Selon son origine latine de *confidentia*, la confidentialité est une expression de la confiance<sup>529</sup> et pour le secret bancaire c'est la confiance que porte le client à son banquier, de préserver les informations portant ou en relation avec sa vie privée.

406. La confidentialité est l'objet et l'essence de l'obligation de secret bancaire qui lie le banquier à son client. La source de cette obligation est la relation contractuelle entre les deux parties<sup>530</sup>. Elle est le substantif du secret gardé, mais aussi la qualité que doit entretenir le banquier envers son client, en vertu de son obligation civile. Elle vise à souligner le devoir de respect de la confiance que porte le client en son banquier

---

<sup>528</sup> CA Bourges, 31 octobre 1991, n. 048594 (condamnation à une amende de 5 000 francs) ; CA Rennes, 13 janvier 1992, RG n° 48/92 (condamnation de 10 000 francs) ; CA Toulouse, 2 décembre 1999, RG n. 99/00155, JCP 2000. IV. 2369 ; Cass, Crim. 30 janvier 2001, n. 00-80.367 (condamnation à une amende de 15 000 francs)

<sup>529</sup> F. Gaffiot, Dictionnaire illustré latin-français, p. 385 : Confidentialité vient du latin *confidere* : se fier, compter sur

<sup>530</sup> V. *Supra*, le fondement juridique du secret bancaire p. 129

confident. Le secret porte sur des informations relatives à l'état et aux opérations bancaires du client portées à la connaissance dans le cadre de ses fonctions. Et la confidentialité est la protection scellée sur le caractère personnel de ces informations, et que doit assurer le banquier à cet égard. Cette mission vise à protéger les intérêts matériels et moraux des particuliers, de garder ces confidences secrètes. Et en signe de la relation de confiance instaurée, cette confidentialité ne peut être levée que sur autorisation de la personne concernée par l'information, ou dans les cas prévus par la loi<sup>531</sup>. De ce fait, toutes les informations relatives à l'identité de leur client, l'existence d'un compte bancaire, le numéro et solde de ce dernier, les opérations qui y sont opérées, doivent être préservées et gardées secrètes<sup>532</sup>.

407. Ainsi, le banquier en tant qu'établissement et personne juridique doit respecter le caractère secret desdites informations et les tenir confidentielles. Pratiquement, cet acte positif se concrétise par les démarches et procédés de sauvegarde de ce caractère secret : la réception complète des informations et des documents, leur classement dans des dossiers et des fichiers électroniques, de façon à préserver leur caractère confidentiel. Et surtout, la mise en place des clefs et procédés de sécurité pour y accéder, et la limitation d'accès aux personnes autorisées, jusqu'à leur archivage puisque l'obligation de confidentialité survit même après l'extinction de la relation professionnelle entre le banquier et son client. Cet acte comprend aussi la prise des mesures préventives de protection de toutes lesdites informations marquées par la confidentialité, et éviter qu'elles ne tombent sous des regards curieux ou qui n'ont pas la latitude de les consulter. Ainsi, il doit restreindre l'accès aux informations aux employés, préposés et contractants, qui ont, du fait de leur fonction, habilité et nécessité d'en prendre connaissance ou de les traiter, et pour la limite nécessaire d'accès<sup>533</sup>:

- un fonctionnaire auprès du département de ressources humaines d'un établissement de crédit ne doit pas avoir d'accès aux opérations de caisse du client de la banque ;
- l'avocat qui représente la banque pour le recouvrement d'un crédit auprès des tribunaux, ne prend connaissance que des informations relatives au client en question et que pour la dette, sujet de recouvrement ;

---

<sup>531</sup> Art L. 511-33 C. monét. fin et art. 9 al. 2 du C. civ

<sup>532</sup> V. *Supra*, Objet de l'obligation de secret bancaire, p. 78

<sup>533</sup> Art. L. 521-5 C. monét. fin.



- Les lettres et correspondances de la banque à ses clients doivent être adressées avec la plus grande précision, pour ne pas tomber entre de mauvaises mains ;

408. Ces moyens préventifs, destinés à la sauvegarde de la confidentialité des informations de leurs clients, exigent de la part des établissements de crédit, pour éviter toute inculpation, des mesures et des coûts importants pour leur implantation. Et, en outre, des frais pour les maintenir et les protéger, d'où l'obligation accordée et même imposée au banquier de déployer tout moyen nécessaire afin d'assurer le respect de la confidentialité et de consolider la confiance que lui accorde son client. La confidentialité nécessite l'emploi des moyens de protection des informations confidentielles que ce soit, sous leur forme tangible, sur support d'un *instrumentum*, document écrit ou courrier électronique, ou sous forme intangible, communiquée par voie verbale ou téléphonique par sauvetage des conversations téléphoniques.

409. Cette confidentialité l'oblige à préserver ces critères et à prendre toutes les mesures et précautions nécessaires pour le respect du caractère confidentiel des informations relatives à ses clients. La confidentialité est une obligation contractuelle découlant du rapport contractuelle qui lie le banquier avec son client<sup>534</sup>, qui est différente dans son fondement juridique du devoir de discrétion qui est plutôt édicté par le code de travail des employés de l'établissement de crédit.

## **Sous-section 2 : Le devoir de la discrétion**

410. Outre l'obligation de préserver la confidentialité des informations de son client, qu'il reçoit ou dont il prend connaissance, et de préserver le caractère secret desdites informations, le banquier est tenu à faire respecter ses employés et représentants un devoir de discrétion. Les représentants et employés du banquier, et agissant en son nom sont tenus, en application de la prescription légale du secret bancaire<sup>535</sup>, mais aussi par leur relation de subordination juridique, d'observer une attitude de discrétion et de réserve vis-à-vis des informations qui leur sont transmises, ou de celles dont ils prennent connaissance durant l'exercice de leurs fonctions. Si dans un milieu social, « il faut qu'il

---

<sup>534</sup> N. Hage-Chahine, La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé. Thèses, Éditions Panthéon-Assas, p. 172 s.

<sup>535</sup> Art. L. 511-33 C. monét. fin

y ait des âmes discrètes pour que le spectacle du monde puisse exister »<sup>536</sup>, dans un milieu de travail cette nécessité s'avère plus importante.

411. La discrétion est avant tout une qualité humaine<sup>537</sup> consistant à garder les secrets. Le *discernement*, c'est-à-dire la faculté d'isoler et de choisir, sens original de la *discretio*, est au fondement du droit humain. Et de ce fait, bien que les notions de la confidentialité et de la discrétion s'apparentent des caractéristiques communes et se ressemblent, mais elles ne se confondent pas :

- Par ses sujets : Le devoir de discrétion suivant sa description ci-dessus, est une qualité des personnes physiques par son attachement au discernement, employés ou représentants de l'établissement de crédit, banquier. Alors que la confidentialité est une obligation qui peut être contractée par une personne physique ou morale.
- Par sa source : le devoir de discrétion a pour source juridique non pas un lien juridique contractuel avec le client de la banque, mais dans le contrat de travail ou de prestations de services entre avec le banquier principal débiteur de l'obligation de secret bancaire, est ses préposées, mais si les deux notions ont un support légal. L'obligation de confidentialité quant à elle, découle directement du lien contractuel entre les sujets du secret bancaire<sup>538</sup>.

412. La discrétion constitue une forme de l'obligation de secret bancaire, mais spéciale aux agents et représentants qui agissent au nom de l'établissement de crédit, son débiteur principal. La discrétion est un savoir-faire. C'est un comportement, une attitude à entreprendre dans le cours de traitement des informations confidentielles de son client, et une tonalité basse de parler en discutant ces dernières, alors que la confidentialité, est l'acte de circuler, entendre, traiter et garder des informations, sous le seuil du secret. L'obligation de discrétion concerne les faits, informations ou documents non communicables aux usagers et dont l'agent a eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Elle est applicable pour tous les employés dans les domaines d'activité qui requièrent un secret professionnel, tel dans les hôpitaux en respect du secret médical, dans les cabinets d'avocats pour le secret professionnel, et elle

---

<sup>536</sup> P. Zaoui, La discrétion, ou l'art de disparaître, Collection Les Grands Mots, octobre 2013,

<sup>537</sup> Ayant son origine latine *discretio*, défini par la faculté de discernement propre à l'homme, V. F. Gaffiot, Dictionnaire illustré latin-français, p.537.

<sup>538</sup> Le banquier et son client, V. N. Hage-Chahine, *Op.cité* n.71, p. 177- 178.

devient particulièrement stricte pour certaines catégories d'agents tels les militaires pour les secrets de défense.

413. Cette obligation s'applique à l'égard des administrés, mais aussi entre agents, et à l'égard de collègues qui n'ont pas, du fait de leurs fonctions, à connaître les informations en cause.

414. Suivant la discrétion, les employés et représentants des établissements de crédit doivent veiller à garder les documents portant des informations secrètes d'un client à l'abri de toute fuite ou indiscretion, lors de la réception d'un autre, les opérations des clients sont traitées séparément et individuellement, et un espace de discrétion sépare les clients en attente auprès d'un guichet de banque pour éviter toute infiltration de données entre les clients.

415. Cet environnement de discrétion, constitue une facette de l'obligation au secret bancaire, et le banquier comme étant son débiteur principal, doit veiller à ce que ses préposés tiennent et respectent cette attitude réserviste. Ainsi, une attitude réservée et une ligne de conduite éthique, sont exigées de la part des préposés du banquier, en raison du secret bancaire, sous réserve de sanction disciplinaire et civile, en plus de la sanction édictée par le législateur.

416. Le respect de ce devoir de discrétion est exigé même pour les outils de travail, tous les éléments reflètent une image de discrétion : les bureaux de travail des employés sont cloisonnés pour éviter tout regard curieux, les écrans des ordinateurs sont tournés hors de la vue du public, une ligne de discrétion est dressée entre les guichets de banque et la file d'attente des clients. Même l'architecture et les éléments de décoration de certaines banques ne sont pas sans rappeler le cloisonnement et les accès sous surveillance entre les bureaux, soulignant par cela l'importance de la discrétion nécessaire dans ce lieu de travail<sup>539</sup>. Les équipements et outils de travail sont conçus avec une empreinte de discrétion : les claviers des postes de paiement par carte bancaire et des distributeurs de billets, sont cloisonnés pour éviter les regards indiscrets lors de la saisie des mots de

---

<sup>539</sup> A. Teissier, le secret professionnel du banquier, t. 1, LGDJ, p.10 : « l'architecture de certaines banques n'est pas sans rappeler celles des temples et le silence qui y règne rappelle le silence monastique (.....) Tout comme la moquette étouffe le bruit, on chuchote, on murmure dans les banques ».

passes. Tout un environnement de travail et d'opération avec une empreinte de discrétion.

417. Pourtant, faire les démarches nécessaires susmentionnées, édictées par son obligation au secret bancaire, ne délivre pas le banquier de son obligation envers son client. Puisque, en plus des actes positifs à accomplir, ceux de tenir l'information et d'y limiter l'accès aux personnes ayant intérêt et dans les limites nécessaires, le banquier est tenu d'observer une attitude passive et d'opposition envers toute infiltration indiscrete et demande non autorisée.

### **Sous-section 3 : Le devoir de silence**

418. Par ce devoir, le banquier est tenu de s'abstenir de communiquer spontanément des informations relatives à son client. En vertu de cette facette de l'obligation au secret bancaire, le banquier est tenu d'une attitude réserviste et passive. Il doit d'abstenir de répondre à toute demande d'information portant sur les données confidentielles de son client. C'est sous cette égide que le banquier entreprend son « Art de se taire »<sup>540</sup>. Or, le devoir du silence n'est pas le seul incombant au banquier. Il a sa charge d'autres devoirs qui peuvent se mettre en opposition à son devoir de silence en vertu de sa profession, à savoir le devoir de conseil et devoir d'information<sup>541</sup>, mais aussi en vertu de ses obligations de droit commun à savoir le concours à la justice<sup>542</sup> :

- Par son statut de professionnel, le banquier est tenu d'un devoir d'informer<sup>543</sup> son contractant sur des opérations, et notamment de crédit, à entreprendre. Mais si l'accomplissement de ce devoir envers son contractant pourrait enfreindre à son devoir de protéger la confidentialité des informations d'un autre client, le secret bancaire fait interdiction au banquier de délivrer des informations présentant un tel degré de précision. Ainsi, les établissements de crédit ne peuvent fournir, sous peine de violer le principe du secret bancaire, « *des renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité* »<sup>544</sup>.

---

<sup>540</sup> V. *Supra*, Introduction, p. 22

<sup>541</sup> C. consom., Art. L. 312-12 et C. Mon. Fin., art. L. 313-22

<sup>542</sup> Article 10 du C. Civil

<sup>543</sup> Sur la distinction entre un devoir ou une obligation d'information du banquier, V. F. Pasqualini, Responsabilité du banquier dispensateur de crédit de l'entreprise, Rép. D Com., Fév. 2019

<sup>544</sup> Cass. Com. 18 Sept. 2007, n. 06-10.663 P, D. 2007. AJ 2466, obs. X. Delpech; JCP E 2008, no 24, p. 13, obs. J. Stoufflet; RDBF 2007, n. 213, obs. F.J. Crédot et Samin; Banque et Dr. 1-2/2008. 27, obs. Th. Bonneau ; RJDA 2008, n. 80 ; Droit et Patrimoine. 3/2008. 74, obs. J. P. Mattout et A. Prüm ; CA Rennes, 13 janv. 1992, D. 1993. Somm. 54, obs. M. Vasseur ; D. 1994. Somm. 287, obs. Mails ; JCP E 1993. II. 432, note Ch. Gavalda

- Par son devoir civique, mais aussi légal de participation à la manifestation de la vérité le banquier est tenu d'apporter son concours à la justice sauf motif légitime. À cet égard, le banquier doit respecter le secret professionnel auquel il est tenu, et son participation à la manifestation de la vérité ne doit pas sacrifier son respect de la confidentialité à laquelle il est tenu envers son client. Confronté à deux obligations contradictoires, la jurisprudence a tranché que le secret bancaire constitue pour l'un établissement de crédit un empêchement légitime opposable au juge civil<sup>545</sup>.

419. Du principe de secret bancaire, le banquier doit se restreindre de divulguer ou donner des précisions à des discussions portant sur des informations confidentielles de son client. Ses réponses à toute requête ou question doivent demeurer de nature générale, d'un caractère factuel. La publicité qu'il doit entreprendre par la loi, ou même le partage des informations avec les autorités de contrôle doit rester autant que possible anonyme, et couvert par la confidentialité, sauf si la procédure d'investigation nécessite par son fonds la divulgation des dans les cas de nécessité de la procédure d'investigation. C'est le principe de la proportionnalité qui fait application<sup>546</sup>.

420. Par ce devoir de silence, le banquier est tenu de rester muet sur toutes les demandes émanant des tiers non-autorisées par son client, ou non prescrites par la loi. Ainsi, le banquier est tenu de ne pas répondre à la demande du conjoint, ou le descendant d'un titulaire de compte bancaire, à défaut d'autorisation expresses à recevoir ou connaître aucune des informations couvertes par le voile de la confidentialité.

421. D'autre part, les demandes ou tentatives de toute personne d'essayer d'obtenir ou de se voir communiquer des informations relatives aux dépositaires ou clients de banque, doivent être catégoriquement rejetées et déboutées, sauf autorisation expresse de leur ayant-droit. De même, le banquier doit faire preuve de réserve et de mesure dans l'expression écrite et orale portant sur lesdites informations, et dans les limites autorisées

---

<sup>545</sup> Cass. Com. 13 juin 1995, n. 93-16.317 RTD civ. 1996. 166, spéc. 169, obs. J. Mestre

<sup>546</sup> M. Kebir, Droit à la preuve et levée du secret bancaire : contrôle de proportionnalité, Dalloz Actualité 17 juin 2019, commentaire sous Cass. Com. 15 mai 2019, n. 18-10.491 : « Ce contrôle consiste à opérer un rapprochement, une pesée entre des choses singulières mais comparables. C'est en somme une mise en balance destinée à départager des intérêts concurrents. En censurant pour défaut de base légale, la Cour de cassation souligne qu'elle entend opérer un contrôle et qu'elle attend du juge du fond qu'il examine la proportionnalité de l'atteinte au secret pour se prononcer sur l'octroi de la mesure d'instruction *in futurum*. Ce dernier doit opérer une balance des droits en cause pour déterminer si le droit d'établir la preuve doit ou non l'emporter sur le droit au secret professionnel ; V., en ce sens, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2017, n. 15-27.845 P, Dalloz actualité, 7 juill. 2017, obs. M. Kebir ; D. 2017. 1370 ; ibid. 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dalloz IP/IT 2017. 543, obs. O. de Maison Rouge ; RTD civ. 2017. 661, obs. H. Barbier ; RGDA 2017. 529, note P. Schulz.

par la loi ou le client, que ce soit pendant et hors du temps de travail, pendant et après la période de sa fonction.

422. Si, le secret bancaire s'oppose à ce que le banquier communique des informations confidentielles d'ordre privé relatives aux clients de l'établissement, il n'en va pas de même d'informations qui n'auraient pas ce caractère, et qui ne présenteraient qu'un caractère factuel. Dans ce cas, les informations seront considérées d'ordre commercial et communicable, et l'opposition du secret bancaire sera déchué puisque la condition de la confidentialité des informations fait défaut. Le devoir qui pèse sur le praticien est donc à la fois : « une obligation de se taire et un droit au silence »<sup>547</sup>. S'il est assez facile d'exposer aux professionnels qu'il leur est interdit de prendre l'initiative de révéler à un tiers ce que la confiance de leur interlocuteur leur a permis de connaître, il est plus délicat de définir l'attitude à avoir lorsque la justice ou toute autre administration souhaite avoir accès au secret qu'il détient. La puissance du secret professionnel relève de l'opposabilité du secret par le professionnel à un tiers.

#### **Sous-section 4 : Le droit de refuser la communication aux tiers**

423. La quatrième forme composante du secret bancaire, accorde au banquier un droit de refuser de communiquer toute information confidentielle de son client, à toute autorité ou personne non-autorisée par ce dernier, ou non habilitée par la loi<sup>548</sup>. L'assujettissement au secret bancaire suppose une capacité de résister à la plupart des sollicitations extérieures<sup>549</sup>.

424. Ce droit d'opposabilité du secret bancaire se base du texte de l'article L. 511-33 du Code Mon. Fin qui évoque dans son deuxième alinéa une opposabilité du secret bancaire « outre les cas où la loi le prévoit » ainsi que dans son cinquième alinéa la communication des informations couvertes par le secret professionnel « au cas par cas et uniquement lorsque les personnes concernées leur ont expressément permis de le faire ».

425. Si l'autorisation du client ne pose pas de problème à déterminer, les cas prévus par la loi sont ceux cités dans l'alinéa deuxième de l'article L. 511-33 du C. monét. Fin et sont notamment « les cas où la loi le prévoit, (...) à l'Autorité de contrôle prudentiel et

---

<sup>547</sup> J.-L. Baudoïn, Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve, 1965, LGDJ

<sup>548</sup> L'obligation générale au secret professionnel, *in* P. Gulphe, le secret professionnel du banquier en Droit français et en Droit comparé, RTD com. 1948, p.19-29

<sup>549</sup> B. Py, Secret professionnel – Opposition du secret, Rép. D. Pén. et Pr. Pén., Fév. 2003

de résolution, ni à la Banque de France, ni à l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, ni à l'Institut d'émission d'outre-mer, ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale, ni aux commissions d'enquête (...) relative au fonctionnement des assemblées parlementaires ».

426. Sur ce, et en application dudit texte *a contrario*, toute personne, de droit privé ou de droit public, autorités administratives, gouvernementales et même judiciaires non citées ci-dessus, ou non autorisée par le client, ou non habilitée par un autre texte de loi, ne pourra se voir communiquer des informations confidentielles détenues par le banquier. À l'exception des demandes émanant desdites parties ou autorités, le secret bancaire est opposable, et le banquier est en droit de refuser d'y répondre. Les cas d'applications dans cette composante du secret bancaire sont variés et nombreux<sup>550</sup>, et concernent le public, et tierce personne non-mentionnée parmi les exceptions à l'obligation au secret bancaire<sup>551</sup>. Ainsi, le juge civil ou les autorités étrangères en font partie et le secret bancaire leur sera opposable.

427. Pour le banquier, cette forme de l'obligation au secret bancaire est un cas de justification légale le motif légitime tel qu'évoqué par l'article 10 du C. Civil. C'est le cas de figure de l'opposabilité du secret bancaire, et le droit pour le banquier de refuser de répondre à toute demande de renseignement sans être considéré en contravention avec la loi ou en obstruction à son application<sup>552</sup>.

428. Cette forme de l'obligation au secret bancaire gère la relation du banquier avec les tierces personnes autour des informations confidentielles de son client. La gestion de ces informations est toujours limitée par le seuil de la confidentialité imposée par le secret bancaire. Conforté a des requêtes émanant d'autorités publiques, le banquier est excusé

---

<sup>550</sup> Sur l'opposabilité du secret bancaire par le banquier partie au procès V. Cass. Com. 25 janv. 2005, n. 03-14.693 D. 2005. AJ 485, obs. V. Avena-Robardet; RTD com. 2005, p.395, obs. D. Legeais; RTD civ. 2005, p. 384, obs. J. Mestre et Fages; JCP E 2005, n. 47, p. 1971, obs. A. Salgueiro; LPA 16 janv. 2006, obs. E. C. ; RDBF 2005, no 31, obs. F.J. Crédot et Y. Gérard ; Banque et Dr. 5-6/2005. 70, obs. Bonneau ; RJDA 2005, no 607. Pour un arrêt refusant d'ordonner la communication du dossier de l'analyse faite par la banque lors de la mise en place du financement, au motif que la charge de la preuve incombait à la caution, CA Versailles, 19 févr. 1998 : Banque et Dr. 9-10/1998. 34, obs. D. Guillot

<sup>551</sup> V. *infra* les exceptions à l'obligation au secret bancaire, p. 161

<sup>552</sup> Pour le contrôle douanier, Cass. crim., 30 janvier 1975, Bull. crim., n° 36 ; JCP, 1975, II, 18137, note de ch. Gavalda ; Gaz. Pal., 1975, I, p. 389 ; RSC, 1975, p. 1011, observation de A. Vitu ; Cass. crim., 25 janvier 1977 : Bull. crim., n° 32 ; D., 1977, p. 666, note de M. Levasseur ; JCP, 1977, II, 18651, note de Ch. Gavalda ; Gaz. Pal., 1977, 2, p. 362 ; RSC, 1977, p. 575, observation de A. Vitu ; Cass. crim., 11 juin 1979 : Bull. crim., n° 199.

et justifié légalement de n'y pas répondre par emploi du motif légitime qu'est le secret bancaire.

429. De même, toutes les demandes d'information émanant de toute personne, non autorisée, par la loi ou par le titulaire du compte, sont rejetées et le banquier, en vertu de son obligation de secret bancaire, est en plein droit d'y refuser communication. La jurisprudence constante a renforcé ce droit : « si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité; ce pouvoir n'est limité que par l'existence d'un motif légitime tenant soit au respect de la vie privée, soit au secret professionnel »<sup>553</sup>. Pourtant, ce droit n'est pas absolu. Surtout dans le cas où l'établissement financier est partie à un procès, mais aussi dans le cas du droit pour une caution d'obtenir des informations sur l'existence et le montant de la créance dont la banque lui réclame le paiement. Le secret bancaire ne saurait être opposé<sup>554</sup>.

430. Cette composante de l'obligation au secret bancaire est la plus confrontée aux relations avec les tierces personnes. Les exceptions apportées au secret bancaire visent à neutraliser le droit à refuser communication des informations confidentielles détenues par le banquier. Une neutralisation qui permet aux établissements de crédit de partager lesdites informations avec des autorités ou des personnes autorisées par la loi sans être en violation de leur obligation au secret bancaire. D'où la nécessité d'examiner ces exceptions.

---

<sup>553</sup> Cass, Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juillet 1987, n. 85-16.436 Gaz. Pal. 1988. 1. 322, note A. Renard ; Defrénois 1987. 1253, Rapp. Sargos ; RTD civ. 1988. 393, obs. Perrot ; Cass. Com. 13 Juin 1995, n. 93-16.317 RTD civ. 1996. 166, spéc. 169, obs. J. Mestre ; Cass. Com. 25 février. 2003, n. 00-21.184 RTD civ. 2003. 477, obs. J. Hauser

<sup>554</sup> V. *infra*, les limitations du secret bancaire face au juge civil p. 175 ; Cass. Com. 16 déc. 2008, n. 07-19.777, D. 2009. AJ 163, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2009. 784, note J. Lasserre-Capdeville ; LPA 29 mai 2009, note G. Chabot ; Banque et Dr. 1-2/2009. 44, obs. N. Rontchevsky ; RLDC 2009/57, n. 3299, obs. G. Marraud des Grottes ; Dr. et patrimoine 2009. 171, note Y. Picod ; RTD civ. 2009. 147, obs. P. Crocq



## **TITRE DEUXIEME : LES EXCEPTIONS A L'OBLIGATION AU SECRET BANCAIRE**

431. L'obligation au secret bancaire est imposée dans l'intérêt du client de l'établissement de crédit<sup>555</sup>. Mais, l'intérêt de ce dernier de sauvegarder la confidentialité de ses informations et opérations bancaires ne prime pas toujours, et droit au secret bancaire « n'est pas absolu »<sup>556</sup>. Ainsi, il est nécessaire parfois de communiquer ou de partager les informations couvertes par la confidentialité afin de répondre à des intérêts divers, y inclus l'intérêt du banquier, débiteur de cette obligation. L'obligation au secret bancaire s'applique dans un milieu de relations d'affaires, un environnement juridique qui doit tenir en compte de tous les intérêts en cause : l'intérêt du client mais aussi celui du banquier induit en justice, l'intérêt des organes de contrôle des établissements de crédit, et encore l'intérêt des services publics de douanes et d'impôt. L'équilibre entre les intérêts en question vise à faire une application saine du secret bancaire. Une confidentialité excessive aurait des effets sociaux et juridiques néfastes face aux impératifs de la justice pénale ou bien de la lutte contre le blanchiment d'argent, et même de l'équité civique et fiscale entre les citoyens.

432. Par ces motifs, sont engendrées les exceptions à l'application au secret bancaire. Ces exceptions opèrent par une neutralisation des effets de l'obligation de la confidentialité en déliant le banquier de son obligation, et neutralisant son droit de refuser communication des informations couvertes par le secret aux tierces personnes. Techniquement, il faut souligner que l'exception au secret bancaire vise à neutraliser les formes de l'obligation au secret qui le refreinent de communiquer les informations secrètes, celles qui touchent aux relations avec les tierces parties, à savoir son obligation de ne pas faire. Il reste cependant tenu de faire les démarches nécessaires pour le respect de la confidentialité et du devoir de discrétion envers son client<sup>557</sup>. L'institution des exceptions délègue le banquier d'une partie des formes de son obligation envers son client.

---

<sup>555</sup> Cass. Com. 11 avril 1995, n. 92-20.985, Bull. civ. IV, n. 121, D. 1996. 573, note H. Matsopoulou ; RTD com. 1995. 635, obs. M. Cabrillac

<sup>556</sup> H. Aubry, Banque et établissement de crédit, mai 2006, Rep. D. com, n.170

<sup>557</sup> V. *Supra*, Les formes de l'obligation au secret bancaire, p. 150

En vertu des exceptions il lui sera permis de divulguer les informations secrètes qu'il détient afin de répondre à des intérêts jugés primordiaux.

433. Les exceptions se distinguent des cas du partage du secret<sup>558</sup>. Dans ce dernier cas, le secret n'est pas levé face à une exception pour un des cas cités par la loi, ou par consentement de son ayant-droit, mais la portée du secret bancaire est étendue à de nouvelles personnes qui « 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 »<sup>559</sup>. À la différence du cas des exceptions, les personnes recevant les informations couvertes par le secret bancaire seraient elles-mêmes soumises à ses dispositions. Par le partage, le secret est étalé par extension de son domaine aux personnes recevant les informations. Une procédure qui a été nécessitée par le développement et l'institutionnalisation des activités bancaires et financières. Ainsi, en plus des autorités de contrôle (Banque de France, TRACFIN et ACPR) et leurs personnels, l'article 154 de la loi n. 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a sensiblement modifié les règles applicables en matière de secret bancaire. Ces règles sont désormais étendues aux entreprises d'investissement. Cet amendement « a pour objet d'apporter des améliorations techniques ou rédactionnelles, pour préserver l'effet utile du secret bancaire, qui a vocation à protéger le client qui se trouverait en position de faiblesse»<sup>560</sup>. Un partage du secret qui n'est pas sans rappeler les doutes soulevés du fondement contractuel du secret bancaire<sup>561</sup>. Le domaine du secret est étendu à tout établissement ou personne, non lié contractuellement à l'ayant-droit du secret, mais simplement recevant les informations confidentielles dans le cadre des opérations visées. Pour certains auteurs<sup>562</sup>, ces personnes se voient imposer non pas le respect du secret bancaire mais à une obligation civile de confidentialité, dont la violation est simplement sanctionnée par des sanctions de nature civile. Ils évoquent à l'appui le défaut de relation contractuelle entre le client et la personne ou établissement recevant les informations confidentielles. Il reviendra très certainement à la jurisprudence de clarifier ce point.

---

<sup>558</sup> V. *Supra*, Le secret partagé p. 351

<sup>559</sup> Art. L. 511-33 C. monét. Fin alinéa 6ème établi par l'ordonnance 2013-544 du 27 juin 2013, art. 4, en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014

<sup>560</sup> Art. L. 531-12 dans le titre III C. monét. Fin consacré aux services d'investissement établi par l'amendement n. 948 présenté par M. Jean-Jacques Jégou au Sénat le 4 juillet 2008, et l'amendement n° 1066 présenté par Madame Lagarde de la part du Gouvernement.

<sup>561</sup> V. *Supra*, Le fondement du secret bancaire p.129

<sup>562</sup> J. Lasserre Capdeville, le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition, AJ Pénal 2009, p.184

434. Il faut rappeler que cette réforme est intervenue dans un contexte de nécessité institutionnelle : l'établissement de crédit doit garder confidentiels tous les faits qui lui ont été spontanément confiés par son client ou qu'il a connus ou surpris dans l'exercice ou à l'occasion de son activité. La jurisprudence avait auparavant jugé que le banquier ne pouvait partager ce secret avec des fournisseurs agréés même si ceux-ci y sont autorisés, selon des modalités bien précises<sup>563</sup>. L'objectif de la législation antérieure à la loi du 4 août 2008 était de protéger les clients des établissements de crédit contre la diffusion induite d'informations confidentielles les concernant<sup>564</sup>.

435. Cette nouvelle législation est intervenue sur la base d'une idée relativement ancienne du «secret partagé». Selon cette théorie, il existerait une possibilité de partager le secret entre personnes soumises à la même obligation professionnelle. Il s'agit de « la possibilité pour le professionnel de transmettre dans l'exercice de ses fonctions des informations confidentielles à un autre professionnel tenu, lui aussi au secret, dans l'intérêt de la personne visée par les informations »<sup>565</sup>. Cette théorie, issue de la pratique, ne repose sur aucune base légale. Lors de la réforme du Code pénal français, en 1992, des tentatives avaient été faites pour appréhender ce secret partagé<sup>566</sup>. Ces tentatives ont échoué devant l'Assemblée nationale<sup>567</sup>, puisque « Le Parlement a par ailleurs refusé de consacrer la notion de secret partagé, comme le prévoyait le projet du gouvernement, en estimant que cette notion présentait aujourd'hui un caractère encore trop imprécis pour faire l'objet d'une définition législative ».

---

<sup>563</sup> C. monét. Fin., art. L. 519-1 et L. 519-2 ; CA Rennes, ch. corr., 13 janv. 1992, JCP G 1993, II, 432, obs. Ch. Gavalda

<sup>564</sup> Le Livre blanc du Comité de droit financier de Paris Europlace, Décembre 2003 : Le Comité avait constaté que même si des opérations d'analyse ne peuvent être menées que par un autre établissement bancaire qui est également tenu au secret bancaire, l'atteinte au secret bancaire semble inévitable, à moins que le client n'ait autorisé expressément cette transmission d'informations préalablement à la cession de créances. Cette situation bloque le marché secondaire du crédit, alors que les droits du client ne seraient pas atteints pour autant si une dérogation à la règle du secret bancaire était autorisée. En effet, sa créance peut déjà être cédée sans son consentement, et la banque propriétaire de la créance peut changer de contrôle sans qu'il n'intervienne. Le Livre Blanc (p. 13) proposait donc de compléter l'article L. 511-33 du Code Monétaire et Financier en ajoutant un dernier alinéa disposant que : « *Les dispositions de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier ne font pas obstacle à la transmission des informations strictement nécessaires à la conclusion, la réalisation et à la mise en œuvre, par des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement, d'une relation de sous-traitance, d'opérations de cessions de créances, de sous-participation, de couverture de risques, notamment sous forme d'assurances ou d'opérations sur instruments financiers à terme, ou encore de prises de participation ou de contrôle dans un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement ou de cession de fonds de commerce d'un tel établissement ou entreprise, dès lors qu'un accord de confidentialité a été signé entre les parties concernées. Les personnes à qui sont transmises ces informations sont, lorsqu'elles n'ont pas le statut d'établissement de crédit ou d'entreprise d'investissement, soumises aux dispositions de l'article 226-13 du Code pénal* »

<sup>565</sup> J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire, Étude de droit comparé : France, Suisse, Luxembourg, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006

<sup>566</sup> JO Sénat, 15 mai 1991, p. 957 et s.

<sup>567</sup> JO AN, 3 juill. 1992, p. 3138

436. En plus des cas de « partage » du secret, les exceptions - proprement dites - à l'obligation au secret bancaire se distinguent par le fait que la personne ou l'autorité pour laquelle le secret est inopposable n'est plus lui-même tenu au secret, à la différence des personnes recevant le secret en application de la notion du « secret partagé ». Les deux catégories, et à évoquer ci-dessous, sont des cas de communication des informations confidentielles couvertes par le secret bancaire, et forment des exceptions à son principe. Ces cas peuvent relever de motifs d'ordre privé ou général, et la plus évidente reste le consentement de son créancier pour lever le secret bancaire.

437. Dans les deux cas, l'exercice de ces dérogations doit rester limité. Il ne peut concerner que l'un des domaines du secret, « celui de la matérialité des actifs, voire des opérations, sans pénétrer dans d'autres domaines tel celui des confidences, projets, renseignements divers dont le banquier a été le récepteur par voie orale ou écrite »<sup>568</sup>. Dans les deux cas, la levée du secret doit être « limitée et appropriée à la défense stricte des intérêts que la société aura estimé de nature à faire fléchir la règle »<sup>569</sup>. Les exceptions au secret bancaire sont prescrites dans le but de répondre à des motifs d'ordre privé (*Chapitre 1*), mais aussi à des motifs d'intérêt général (*Chapitre 2*).

## **CHAPITRE I : LES EXCEPTIONS POUR DES MOTIFS D'ORDRE PRIVE**

438. Par les exceptions au secret bancaire, les informations confidentielles reçues par le banquier sont divulguées pour répondre à des intérêts privées. Ces intérêts peuvent être ceux des parties en relation, à savoir l'ayant-droit au secret (*section 1*) et le banquier (*section 2*), ou même à ceux des tierces parties ayant intérêt avec l'un des deux, notamment le conjoint divorcé et la caution (*section 3*).

### **SECTION 1 : L'INTERET DU CREANCIER DU SECRET BANCAIRE**

439. Institué dans l'intérêt du client, celui-ci peut à tout moment délier le banquier de l'obligation au secret bancaire. En application de l'intérêt privé du secret bancaire, il est évident que son ayant-droit puisse à tout moment libérer son débiteur de ses prescriptions. L'article L. 511-33 C. monét. fin dans son avant-dernier alinéa prescrit

---

<sup>568</sup> R. Henrion, *Le secret professionnel du banquier*, Université libre de Bruxelles, Institut de sociologie, 1963, p.65

<sup>569</sup> R. Henrion, *Op.cité*, p.7

expressément que « ...les établissements de crédit et les sociétés de financement 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 ». Le caractère aliénable du droit au secret bancaire est indiscutable. Ainsi, un client peut toujours délier sa banque de son obligation au secret à son égard<sup>570</sup>. Les informations que le banquier est tenu de garder et de préserver leur confidentialité, appartiennent au client qui peut en disposer librement<sup>571</sup>, et de les partager de la façon et dans l'étendue qui lui semble opportune, et ce en expression du principe de l'autonomie de la volonté. Il en est ainsi à chaque fois que l'intérêt du client le nécessite, et plus généralement quand ce dernier en décide. Et en étant maître du secret, il est le seul à juger le caractère opportun de son intérêt à divulguer les informations couvertes par le secret, et le banquier ne dispose d'aucun droit d'appréciation à cet égard.

440. Ainsi, le client par libre volonté, et par acte personnel d'expression notoire ou écrit, lève le secret sur les informations relatives à ses opérations et comptes bancaires, et partage les opérations de son compte bancaire, d'habitude couverte par le secret, pour faire preuve de sa position financière, dans le cadre des demandes de crédits ou de cautionnement. Ou même, il peut partager ses coordonnées bancaires (relevé d'identité bancaire) pour accomplir une opération de virement ou de réception de fonds bancaire. Pourtant, la levée du secret bancaire est soumise, suivant les termes de l'article L. 511-33 C. monét. fin, à des conditions de forme du consentement (*sous-section 1*) et de la personne émettant ledit consentement (*sous-section 2*).

### **Sous-section 1 : La forme du consentement du client**

441. Suivant le texte de l'article L. 511-33 C. monét. fin, la levée du secret bancaire est opérée par le consentement exprès du client. Par commodité, l'expression « levée du secret bancaire » sera ici utilisée, même si comme le fait remarquer le Conseiller Pierre Leclercq<sup>572</sup>, l'expression « levée du secret bancaire », doit être évitée, parce qu'une

---

<sup>570</sup> Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droit du crédit, T. 1, n. 623 ; Cass. Com., 19 juin 1990, D. 1992, Somm. p. 32, obs. M. Vasseur ; RD bancaire et bourse 1991, n. 27, p. 197, obs. F.J. Crédot et Y. Gérard

<sup>571</sup> Sur la propriété des données personnelles, V. N. Ochoa, Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition, RFDA, 2015, p.1157

<sup>572</sup> Un an d'application de la législation « informatique et liberté » : Com. Électron. 2006, chronique 6, n. 8

information de nature bancaire ne devient jamais diffusable généralement, elle ne peut qu'être partagée pour des finalités précises entre professionnels respectueux de la confidentialité.

442. Depuis la loi n. 2008-776 du 4 août 2008, la communication à des tiers les informations de nature confidentielle dès que « *les personnes concernées leur ont expressément permis de le faire* »<sup>573</sup>. Avant la loi de 2008 la jurisprudence admettait cette même solution<sup>574</sup>, et la renonciation au secret bancaire est faite par demande de communication des pièces « émanant de l'administrateur de la société en redressement judiciaire, qui avait reçu du tribunal les pleins pouvoirs de gestion ». Suivant le caractère exprès requis par la loi, le consentement peut être émis verbalement ou par acte écrit, mais il doit être exprès (*paragraphe A*) mais aussi spécial (*paragraphe B*).

### **A. Un consentement exprès**

443. L'approbation de la levée du secret sur les informations confidentielles ne peut revêtir un caractère tacite, ni être déduit d'un comportement passif. Le consentement doit revêtir un caractère exprès. Il s'agit là d'une modification importante par rapport au texte initial de la loi de modernisation des activités financières<sup>575</sup>. L'amendement initial du Sénat à cet égard prévoyait que « *les établissements de crédit peuvent communiquer des informations couvertes par le secret professionnel chaque fois que les personnes concernées leur auront expressément ou tacitement permis de le faire* ». Le sous-amendement n. 1066 du Gouvernement a créé un cadre beaucoup plus contraignant puisqu'il prévoit que cette communication s'effectuera « *au cas par cas et uniquement lorsque les personnes concernées leur auront permis de le faire* ». Durant les discussions parlementaires, Madame Lagarde<sup>576</sup> a indiqué que cette suppression avait pour objet « *de préserver l'effet utile du secret bancaire, qui a vocation de protéger le client qui se trouverait en position de faiblesse* ».

---

<sup>573</sup> CE, 30 déc. 2009, req. n. 306173, Gaz. Pal. 2010. 896, note J. Lasserre Capdeville ; Gaz. Pal. 2010. 3057, obs. S. Piedelièvre ; CCE 2010. Com. 36, obs. A. Lepage ; RD banc. fin. 2010. Com. 86, obs. N. Mathey. ; TGI Metz, 20 novembre 2014, n. 12/00644, LEDB janvier 2015, p. 1, obs. J. Lasserre Capdeville

<sup>574</sup> Cass. Com. 11 avril 1995, n. 92-20.985, Bull. civ. IV, n. 121 ; D. 1996. 573, note H. Matsopoulou ; RTD com. 1995. 635, obs. M. Cabrillac

<sup>575</sup> La loi n.2008-776 du 4 août 2008

<sup>576</sup> Ministre de l'Economie du gouvernement français entre 2007 et 2011.

444. En imposant que l'accord du client soit donnée de manière expresse et au cas par cas, la loi semble remettre en cause la pratique de certains établissements de crédit qui consistaient, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation du 11 avril 1995<sup>577</sup> à insérer des clauses générales de levée du secret bancaire<sup>578</sup>.

445. L'intention derrière le sous-amendement est de préserver l'effet utile du secret bancaire mais aussi, être rapproché de celui de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL). Cette autorité considérait, en effet, que la clause de levée de secret bancaire incluse dans des conventions ayant le caractère de contrat d'adhésion ne permettait pas de s'assurer que la personne a donné un consentement libre et éclairé, compte tenu du faible pouvoir de négociation du particulier.

446. L'étendue de l'autorisation consentie par le client peut varier, qu'il s'agisse des informations précises, tel un solde à une date précise ou une opération bancaire, comme elle peut porter sur tous les rapports de client avec la banque pour une période déterminée, sous forme de relevé de compte d'opérations de débit et de crédit pour une certaine période. La pratique de la levée volontaire du secret bancaire est fréquente. Toute ouverture de compte, ou demande de crédit nécessite une évaluation de la situation financière du demandeur, et de ce fait une divulgation des informations bancaires<sup>579</sup>, ainsi que la souscription d'une de « levée du secret bancaire » pour des conventions ayant le caractère de contrats d'adhésion. L'autorisation doit être donnée préalablement par la personne, imposant ainsi aux établissements de prévoir des clauses dites « de levée du secret bancaire » les plus précises et claires possible, tant sur la portée de l'engagement de la personne, que sur les informations pour lesquelles la personne protégée renonce au secret ou sur les opérations pour lesquelles le secret est levé et de ce fait sanctionnant toute levée générale du secret bancaire ou même toute clause abusive<sup>580</sup>. Cette pratique ne permet pas d'assurer que la personne a indubitablement donné son consentement, de façon libre et éclairé, compte tenu du faible pouvoir de négociation du particulier et de

---

<sup>577</sup> Cass. Com., 11 avr. 1995, *Crédit Lyonnais c/ Noël*, D. 1996, jurisp. p. 573, note H. Matsopoulou ; RD bancaire et bourse 1995, p. 145, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard ; RTD com. 1995, p. 635, obs. Cabrillac ; V. aussi Th. Bonneau, *Communication de pièces et secret bancaire*, RD bancaire et bourse 1995, n. 49, p. 94.

<sup>578</sup> J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition?*, A. J. Pénal 2009, p. 165

<sup>579</sup> V. *Supra*, La spécificité du secret bancaire, p.117 sur le caractère matériel de l'objet du secret bancaire

<sup>580</sup> Cass. Com. 11 avril 1995, n. 92-20.985, Bulletin 1995 IV n. 121 p. 107 : l'impossibilité de prévoir une clause générale de levée du secret bancaire dans un contrat ; CA Douai, 27 février 2008, 1re chambre, 2e section, n. 06/07192 : nullité d'une clause de levée du secret bancaire incluse dans une convention d'ouverture d'un compte de dépôt considérée abusive.

l'impossibilité d'exercer son droit d'opposition, puisque que tout refus pour le client de lever le secret bancaire aurait pour conséquence, dans la plupart des cas, le refus d'ouverture de compte.

## **B. Un consentement non-général**

447. En plus du consentement exprès, la levée du secret bancaire doit être spéciale. L'autorisation ne peut être générale, faute de quoi elle équivaudrait à une négation du devoir professionnel imposé à l'établissement de crédit, et une violation d'une stipulation législative obligatoire. La renonciation du client à la protection du secret bancaire est une expression de son intérêt privé. Mais cette renonciation doit y consentir librement et de manière expresse au vu d'une information complète, lui permettant de prendre sa décision de manière éclairée<sup>581</sup>. En revanche un client peut autoriser un banquier à communiquer, d'une façon continue, une ou plusieurs informations déterminées à des tiers<sup>582</sup>.

448. L'article L. 511-33 C. monét. fin dans son 4<sup>e</sup> alinéa prévoit expressément que « lorsque ces informations (de caractère confidentiel) constituent des données à caractère personnel soumises à la loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, leur transmission doit s'effectuer dans les conditions prévues par la même loi, d'où la soumission de la transmission des informations couvertes par le secret bancaire aux prescriptions de la loi du 1978. En effet, l'article 116-I de la loi du 6 janvier 1978 prévoit que « *la personne auprès de laquelle sont recueillies des données à caractère personnel la concernant est informée, sauf si elle l'a été au préalable, par le responsable du traitement ou son représentant* », notamment « *de la finalité poursuivie par le traitement auquel les données sont destinées* », ainsi que des « *destinataires ou catégories de destinataires des données* ». La CNIL recommande donc de faire figurer dans la convention de compte une information relative aux finalités de traitement mis en œuvre. En ce qui concerne la communication d'informations à des tiers, la CNIL recommande aussi que le client soit informé de la possibilité d'obtenir communication,

---

<sup>581</sup> CE, 30 déc. 2009, n. 306173, AJDA 2010. 460 ; JCP E 2010, no 1470, spéc. n. 11, obs. Vivant, Mallet-Poujol et Bruguière ; Gaz. Pal. 2010. 896, note J. Lasserre Capdeville ; ibid. 3057, obs. S. Piedelièvre ; CCE 2010, no 36, obs. A. Lepage ; RDBF 2010, n. 86, obs. N. Mathey

<sup>582</sup> Rapport de M. Philippe Nogrix, Communication sur l'obligation faite aux banques d'établir une convention de compte de dépôt, communication présentée en séance plénière le 3 juin 2004 : l'occasion de s'interroger à plusieurs reprises sur la portée de la faculté offerte au client d'autoriser le banquier à révéler certaine des informations détenues à des tiers désignés, CNIL,



sur simple demande de sa part, de la liste des différents destinataires d'informations le concernant. À ce titre, la CNIL relève qu'aucune des conventions ne prévoit par exemple une case à cocher en fin de contrat qui permettrait de recueillir le consentement des personnes selon les règles posées dans la directive 95/46 de 24 octobre 1995<sup>583</sup>. Ce point est d'autant plus important que pourraient se développer, demain, des pratiques nouvelles de recueil de consentement des personnes, s'agissant par exemple des questions relatives à la prospection par voie électronique ou même par ordre vocal. Dans tous les cas, le consentement doit être libre et éclairé, et du cas par cas.

## **Sous-section 2 : Le client sujet de l'autorisation**

449. La forme de l'acte d'autorisation du client étant déterminé, ce processus dépend aussi de son auteur, le client. Le client est la personne juridique qui peut accorder l'autorisation de lever le secret bancaire et ainsi délier le banquier de son obligation à cet égard, dans les formalités susmentionnées. Il dispose d'un pouvoir unilatéral de disposition, qui est le plus souvent authentifié par écrit, et vérifié dans sa légalité au titre de la capacité de son auteur. Dans le cas du client du client personne physique, la question ne pose pas de difficultés, elle devient plus épineuse pour les personnes morales.

450. Le client, personne physique, peut unilatéralement disposer de la confidentialité qui entoure ses opérations bancaires. Il délie ainsi le banquier de son obligation, par un simple écrit adressé à son banquier, ou même par instruction verbale. Ce droit est étroitement lié à son auteur. Du temps de sa vie, ses héritiers ne disposent d'aucun droit à cet égard. Le secret bancaire peut être opposé même aux membres de la famille du client. Il en est ainsi même dans les relations entre époux. Après sa disparition, le droit à la protection instauré en vertu du secret est transmis à ses légataires universels. Ils seront désormais considérés les créanciers de l'obligation du banquier au secret bancaire, et peuvent autoriser la banque de lever le secret bancaire<sup>584</sup>. Cette jurisprudence ne s'applique qu'aux héritiers et légataires universels qui perdent leur qualité de tiers en

---

<sup>583</sup> Le consentement est toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que les données la concernant fassent l'objet d'un traitement.

<sup>584</sup> TGI Paris, 10 juill. 1991, Banque 1991. 1088, obs. J.-L. Rives-Lange ; CA Reims, 25 févr. 1993, RD bancaire et financier 1993. 226, note F.-J. Crédot et Y. Gérard.

continuant la personne du défunt ; le principe reste que le secret ne disparaît pas au décès du client<sup>585</sup>.

451. Le client peut de même mandater toute personne pour le représenter à cet égard, tant que la procuration en question contienne le pouvoir spécial de la levée du secret bancaire, en vertu de la nécessité de délégation spéciale pour tout acte de disposition<sup>586</sup>.

452. Pour le compte joint, le principe en matière de secret bancaire, est celui de l'autonomie bancaire des titulaires du compte. Le banquier opposera, par conséquent, le secret bancaire au titulaire du compte, en l'absence de procuration spéciale donnée par chaque titulaire du compte<sup>587</sup>. Mais par application contractuelle, et pour des raisons de gestion du compte, la convention de compte-joint souvent contient une clause de levée du secret entre les titulaires du compte. La convention de compte joint ou indivis est une convention aux termes de laquelle chaque titulaire est habile à faire fonctionner le compte de dépôt sous sa seule signature, sauf désignation d'un seul mandataire et, par suite, à demander à la banque teneur du compte et entre autre, l'autorisation de la divulgation des informations couvertes par le secret bancaire<sup>588</sup>.

453. Pour le compte joint entre époux, chaque conjoint est, au regard de la banque, un étranger pour le titulaire du compte et, par conséquent, ne dispose d'aucun droit de regard sur les avoirs inscrits au compte, à moins d'une procuration spéciale ou d'un compte joint. Mais si le principe reste l'autonomie des époux en matière bancaire, et de ce fait l'opposabilité du secret à l'époux, ce secret peut être partagé avec d'autres personnes qui peuvent faire valoir les mêmes droits que le client notamment dans le cas du compte joint et le compte collectif. Le compte joint étant fondé sur la solidarité active est un bien en indivision ou chaque titulaire dispose des mêmes droits en matière de secret bancaire. La Cour de cassation a considéré que, pour de tels comptes bancaires, « les sommes figurant sur un compte joint ouvert aux noms de deux époux séparés de biens sont présumées leur appartenir en indivision, sauf preuve contraire »<sup>589</sup>. Chacun des différents titulaires a une créance, à l'encontre de l'établissement de crédit, pour l'intégralité de la somme disponible. En principe, l'information relative à ce compte est adressée au titulaire

---

<sup>585</sup> Cass. Com. 25 février. 2003, n. 00-21.184, Bull. civ. IV, n. 26 ; M. Vasseur, D. 1993, p.55

<sup>586</sup> Art. 1988 C. Civ

<sup>587</sup> V. pour le cas de compte-joint entre époux, Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2009, n. 08-17.300, D. 2009. 1970, obs. V. Egéa ; AJ fam. 2009, p. 404

<sup>588</sup> P. Bouteiller, les comptes en banque, J Cl. Banque - Crédit - Bourse, 22/12/2017 fasc. 141, III

<sup>589</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2004, n. 02-20.398, Bull. civ. I, n. 179 ; JCP 2005. I. 128, n. 19, obs. Storeck ; RTD civ. 2006, 362, obs. Vareille.

désigné par la convention. Pour autant, le secret bancaire ne peut être opposé aux autres co-titulaires. Cette faculté est cependant limitée aux écritures du compte et à la communication des pièces y afférentes.

454. Le compte indivis ou collectif repose sur une communauté d'intérêts. Et de fait, toute disposition sur le compte suppose le consentement de tous les titulaires. Il n'en est autrement que si un mandataire commun a été désigné. Quoi qu'il en soit, il semble difficile que l'établissement de crédit puisse refuser de renseigner sur les opérations du compte l'un quelconque des indivisaires ou associés, titulaires du compte.

455. Pour la levée du secret bancaire sur les informations bancaires du client personne morale, que ce soit société ou association, la solution est plus délicate. Étant une personne juridique agissant par représentation, cette autorité appartient à l'organe qui la représente, en vertu de la loi ou des statuts, et qui est habilitée à disposer du droit au secret bancaire. Les représentants de la personne morale devraient avoir l'autorité de demander la levée du secret professionnel pour les informations relatives aux comptes qu'ils gèrent. La solution est certaine pour le gérant dès lors qu'il est encore en fonction<sup>590</sup> et semble s'imposer pour le président du conseil d'administration<sup>591</sup> pour les sociétés. En revanche, la doctrine est plus partagée concernant les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Certains auteurs considèrent que le conseil d'administration, dans son ensemble, peut obtenir de l'établissement bancaire une information relative à la société<sup>592</sup>. Par ailleurs, le secret bancaire étant opposable aux associés non dirigeants<sup>593</sup>, ceux-ci ne peuvent pas se voir communiquer les informations confidentielles ni autoriser la levée de leur rideau de confidentialité. Toutefois, pour nombre d'auteurs, les associés indéfiniment responsables dans les sociétés de personne devraient pouvoir lever le secret des informations bancaires des comptes de la société<sup>594</sup>.

---

<sup>590</sup> Cass. Com. 16 janvier 2001, n. 98-11.744, Bull. civ. IV, n. 12, D. 2001, AJ 545, obs. A. Lienhard

<sup>591</sup> Th. Bonneau, Président dissocié et secret bancaire. Des implications possibles de la NRE, Dr. sociétés, janv. 2002, n. 1

<sup>592</sup> Th. Bonneau, *Op.cité*, p. 303, n. 415

<sup>593</sup> CA Paris, 20 mars 1990, RD bancaire et bourse n. 21, sept.-oct. 1990, p. 202, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard

<sup>594</sup> Th. Bonneau, *Op.cité*

## SECTION 2 : L'INTERET DU BANQUIER DEBITEUR DU SECRET BANCAIRE

456. Parmi les différents cas où le secret bancaire est écarté d'application, et en plus évidemment celui du consentement du client puisque institué dans son intérêt, un seul cas est imposé dans l'intérêt du banquier. La particularité de ce cas d'exception à l'obligation au secret bancaire en question, réside dans son fondement, sa raison d'être, à savoir l'intérêt de son propre débiteur.

457. Dans ce cas le banquier est autorisé à se faire délier lui-même de son obligation au secret bancaire. Il est autorisé à « se faire justice lui-même », et à divulguer les informations couvertes par le secret alors qu'il est tenu du devoir de leur confidentialité, et ce pour son propre intérêt. Ce cas d'exception bien particulier, trouve sa source et son fondement dans le sacré motif de défense en justice.

458. Relatif et instauré dans l'intérêt du client, le secret bancaire est un moyen vigoureux pour le banquier pour refuser de communiquer des informations relatives à celui-ci. Il est toutefois écarté si l'intérêt en question est supérieur, voir primordial. Entre la protection de l'intérêt du client demandeur en justice et l'exercice du banquier de son droit à la défense en justice, étant accusé ou défendeur, le secret bancaire est écarté. Dans une telle situation, il va de soi que le banquier est autorisé à des révélations en justice, sans autorisation du client<sup>595</sup>, à défaut de quoi il sera démuné de moyens de se défendre contre la demande de son inculpation. Il n'y a pas de secret bancaire qui vaille lorsqu'il s'agit d'établir la responsabilité du banquier<sup>596</sup>.

459. Reste à trouver comment articuler le droit au secret dont bénéficie le client, avec la reconnaissance de la légitimité de l'intérêt du banquier à la divulgation dudit secret. La présente exception au secret bancaire est conditionnée par l'appartenance des informations en question, et de l'identité des parties au procès.

460. D'un côté, il faut souligner que si ces informations couvertes par le secret concernent des tiers qui ne sont pas parties au procès, la banque, même défenderesse ne saurait pas autoriser à révéler une information confidentielle intéressant un tiers<sup>597</sup>. On sait en effet que l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 10 du Code civil assigne à chacun le devoir de

---

<sup>595</sup> CA Monaco, 30 mai 2011, LEDB (l'essentiel du droit bancaire) sept 2011, p. 7, n.124, obs. J.M. Canac

<sup>596</sup> Cass. Com. 11 octobre 2011, n. 10-10.490, Dalloz actualité 25 octobre 2011, obs. V. Avena-Robardet

<sup>597</sup> TGI Metz, 20 novembre 2014, LEDB janvier 2015 p.1, n.1, obs. J. Lasserre Capdeville.

concourir à la manifestation de la vérité, qu'il soit partie ou tiers au procès. Ceci implique concrètement que la partie ou le tiers sollicité fournisse tous documents utiles à l'établissement de la vérité. La difficulté survient quand cette même partie ou ce même tiers est une personne, comme le banquier, tenue au secret professionnel. Dans cette situation, il convient de savoir si le secret bancaire peut constituer un « motif légitime », tel qu'énoncé par l'alinéa 2 de l'article 10 du Code civil, faisant exception à l'obligation de concourir à la manifestation de la vérité.

461. Pour la Cour de cassation, et après une interprétation critiquable<sup>598</sup>, sa position commençait à se redresser quoique de façon assez discrète en 2003<sup>599</sup>. La Cour déclarait pourtant que le banquier, même partie au procès civil, n'est pas libéré du secret professionnel, dès lors que son contradicteur (débitur cédé dans le cadre d'une cession Dailly et qui demandait la production de documents concernant les relations du banquier cessionnaire avec la société cédante et une autre société) n'est pas le bénéficiaire du secret auquel le client n'a lui-même pas renoncé.

462. En 2005, cette solution ne fait plus aucun doute<sup>600</sup>. Dans le litige en question, la règle postule que le procès soit entamé mais ne peut donc être exploité par les organes d'un redressement judiciaire qui agissent sur l'opportunité d'agir en responsabilité contre un banquier de l'entreprise débitrice, pour obtenir de ce dernier des documents qui les éclaireraient sur les conditions dans lesquelles un concours a été octroyé, mais couvertes par le secret bancaire. Admettre un tel motif, neutralisera le secret bancaire de tout effet, et toute personne se voyant opposer le secret bancaire, induira le banquier en justice pour le contraindre de divulguer les informations confidentielles qu'il détiendrait. Le Professeur Bouloc le soulignait clairement en évoquant qu' « *il serait souhaitable que la jurisprudence ne permette pas aux créanciers qui ne sont pas [...] clients du banquier de se procurer des éléments couverts par le secret professionnel, et que, sans texte, le juge*

---

<sup>598</sup> Cass. Com., 19 juin 1990, D. 1992, Somm. p. 32, obs. M. Vasseur ; RD bancaire et bourse 1991, n. 27, p. 197, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard : la Cour de cassation a reconnu qu'il puisse être imposé au banquier la production des pièces nécessaires à la solution du litige, sans que celui-ci puisse se retrancher derrière le secret professionnel.

<sup>599</sup> Cass. Com., 13 nov. 2003, n. 1505 F-D, Banque et droit mars-avr. 2004, p. 57, obs. Th. Bonneau ; JCP E 2004, n. 20-21, p. 812, obs. J. Stoufflet ; RD bancaire et financier 2004, n. 152, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard. V. également de façon moins évidente Cass. Com., 10 déc. 2002, D. 2003, AJ p. 134 ; RTD com. 2003, p. 147, obs. D. Legeais ; Banque et Droit mars-avr. 2003, p. 58, obs. Th. Bonneau

<sup>600</sup> Cass. Com., 25 janv. 2005, Financière du forum c/ Résidence Prestige : Juris-Data n. 2005-26588 ; RD bancaire et fin. 2005, p. 12, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard ; Banque et Droit mai-juin 2005, n.101, p.70 ; D. 2005, p.485

*ne peut lever*<sup>601</sup>». La question rapportée illustre, une fois de plus, le conflit qui peut naître lorsque le secret professionnel bancaire fait obstacle à la recherche de la vérité.

463. D'un autre côté, dès lors qu'il n'y avait pas de procès en cours entre le banquier et son client, il ne serait pas possible de lever le secret professionnel. L'empêchement légitime résultant du secret bancaire ne cesse pas du seul fait que l'établissement financier est partie à un procès, dès lors que son contradicteur n'est pas le bénéficiaire du secret auquel le client n'a pas lui-même renoncé<sup>602</sup>. Lorsqu'un procès en responsabilité a été engagé contre un banquier, ce dernier ne peut se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser une communication de pièce, car il n'a pas alors la qualité de tiers confident mais celle de partie au procès<sup>603</sup>, et a même intérêt à présenter tout document pour faire valoir sa cause, même si tel document est d'habitude protégé par le secret bancaire.

464. La banque ne peut invoquer le secret, que pour faire échec à la transmission d'une information lorsqu'elle est en position de « tiers confident » pour reprendre les termes employés dans l'arrêt rapporté. Or, ce n'est pas le cas quand la banque était directement concernée par une éventuelle action en responsabilité.

465. Cette solution semble opportune en ce qu'elle évite que l'établissement ne se réfugie derrière le secret bancaire auquel il est soumis et qu'il l'érige en moyen de défense. Cela contreviendrait au sens premier du secret bancaire « (qui) n'existe pas dans l'intérêt du banquier »<sup>604</sup>. La cour suprême l'a confirmée<sup>605</sup>. Dans un certain nombre d'hypothèses, « le secret recule devant des intérêts jugés supérieurs »<sup>606</sup>, au rang desquels se trouve certainement le droit à la défense en justice mais aussi la preuve dans des cas précis.

---

<sup>601</sup> B. Bouloc, Les limites du secret bancaire, Mélanges AEDF France, 1997, p. 71

<sup>602</sup> Cass. Com., 10 février 2015, n. 13-14.779, D. 2015, p. 959 ; dans le même sens, Cass. Com. 29 novembre 2017, n. 16-22.060, D. 2018, p.603, JCP E 2017, n. 49, Actu. 877 ; D. actualité, 8 décembre 2017, obs. M. Kebir ; JCP E 2018, n. 4, p. 1038, note J. Lasserre Capdeville ; D. 2017. AJ 2420 ; LEDB janvier 2018, p. 2, obs. N. Mathey ; dans le même sens, Cass. Com. 24 mai 2018, n. 17-27.969 ; Cass. Com. 11 octobre 2011, n. 10-10.490, Bull. civ. IV, n. 153 ; D. 2011. AJ 2532, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2011. 780, obs. D. Legeais ; JCP 2011. 1388, note J. Lasserre Capdeville ; Banque et Droit janv.-févr. 2012, p. 34, obs. Th. Bonneau

<sup>603</sup> Cass. Com. 19 juin 1990, D. 1992. Somm. 32, obs. M. Vasseur

<sup>604</sup> M. Vasseur, D. 1992, p. 32,

<sup>605</sup> Cass Com. 29 novembre 2017, n. 16-22.060, Dalloz actualité 8 décembre 2017, Obs. M. Kebir

<sup>606</sup> V. Preuve, par F. Ferrand, Rép. Procéd. civ. n. 532

### SECTION 3 : L'INTERET DE TIERCES PERSONNES

466. Dans les deux sections précédentes, il est admis que la protection du secret bancaire soit écartée. Si le secret bancaire, institué au bénéfice privé du client, est écarté toutefois que celui-ci y trouve intérêt. Mais il est aussi écarté dans l'intérêt du banquier, exceptionnellement pour lui permettre de se défendre à chaque fois que sa responsabilité envers son créancier est mise en question. Dans ces cas précités, la mécanique du secret bancaire agit exclusivement entre les parties en question, à savoir son créancier, le client et son débiteur, le banquier.

467. Mais, il peut aussi être écarté au profit de tierces personnes, non-partie de la relation juridique entre le banquier et son client. Il en est ainsi, afin de répondre aux intérêts du conjoint du client dans le cadre d'une procédure de divorce (*sous-section 1*), ceux de sa caution pour le paiement d'une dette (*sous-section 2*), et de la demande émanant des autorités judiciaires (*sous-section 3*).

#### Sous-section 1 : Cas du conjoint en procédure de divorce

468. En cours de relation matrimoniale, les époux prélèvent et déposent l'un et l'autre sur leurs comptes bancaires sans se soucier ni des règles du droit bancaire ni de celles qui gouvernent la matière des régimes matrimoniaux. Il est acquis qu'un banquier n'a pas à informer un époux emprunteur sur l'état du compte personnel de son conjoint co-emprunteur<sup>607</sup>. Le secret bancaire doit prévaloir dans ce cas-là.

469. À l'heure de la séparation, il est souvent difficile de faire une séparation exacte des revenus et patrimoine de chaque conjoint. La transparence en ce domaine n'est bien souvent qu'illusion et, en application des règles du régime matrimonial en question, il faut alors penser à mettre en œuvre tous les moyens y compris la demande de levée du secret bancaire pour déterminer les droits de chaque conjoint.

470. De principe, en vertu de l'article 221 C. Civ, l'autonomie bancaire des époux est la norme. Et chaque conjoint est, au regard de la banque, étranger à l'autre et, par

---

<sup>607</sup> CA Paris, 26 octobre 2007, JCP E 2008, n. 48, p. 10, obs. R. Routier

conséquent, ne dispose d'aucun droit de regard sur les avoirs inscrits au compte de ce dernier<sup>608</sup>. Mais en cas de divorce, ce sont les règles du régime matrimonial qui entrent en opposition avec l'obligation du banquier au secret bancaire.

471. En application de l'article 259-3 du code civil, le juge civil bénéficie, dans le cadre d'une procédure de divorce, « de faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé »<sup>609</sup>. Ainsi, le banquier, nonobstant les prescriptions du secret bancaire, doit répondre aux demandes du juge familial, de lui fournir toutes les informations qu'il détient à propos des comptes du ou des époux. Mais l'art. 259-3 C. Civ doit être interprété strictement et ne recevoir application qu'à l'égard des débiteurs des époux ou banquiers détenteurs de valeurs pour leur compte, et non à l'égard du banquier d'un des débiteurs des époux<sup>610</sup>.

472. Les termes de l'article 259-3 C. Civ mettent l'accent sur le pouvoir du juge en la matière, aux fins d'édification d'une solution de divorce équitable : si les conditions de l'article 259-3 C. Civ sont réunies, la banque ne peut opposer le secret à l'égard du juge aux affaires familiales. Celui-ci peut rendre une ordonnance enjoignant à la banque de lui faire connaître certains renseignements concernant les avoirs de l'un ou l'autre époux. De défaut de production, autrement dit la dissimulation de « renseignements utiles », peut servir de fondement à une demande en dommages- intérêts contre le banquier. Le banquier se fera préalablement communiquer la décision de justice prononçant la mesure provisoire et désignant l'expert ou le notaire en charge de l'affaire, ainsi qu'un certificat de non-recours contre cette décision. Avant toute communication d'information à l'autre époux, la banque s'assurera que la décision de justice dont il se recommande est définitive, et est bien fondée sur l'un des articles précités<sup>611</sup>. En plus de l'application de l'article 259-3 C. Civ, il existe un autre moyen de recherche d'informations relatives aux époux basé, sur le droit commun de l'utilisation de fichiers des comptes bancaires. Bien qu'assimilée à une immixtion dans la vie privée et donc à une entrave à la liberté de chacun, mais elle reste malgré tout un outil nécessaire qu'il ne faut pas négliger dans le cadre du divorce, et une exception au secret bancaire. À cet égard, et en relation avec le

---

<sup>608</sup> F.-J. Crédot, Le secret bancaire entre époux, AJ Famille, 2009. 378

<sup>609</sup> V. L. Gebler, La production et la communication des pièces, AJ Famille 2009, p. 368

<sup>610</sup> Cass. Com. 18 février 2004, n. 01-11.728, JCP 2004. I. 176, n. 23, obs. A. Tisserand-Martin ; AJ fam. 2004 146, obs. S. Deis-Beauquesne ; LPA 27 juill. 2004, note E. C.

<sup>611</sup> F.-J. Crédot, *Op.cité*.



domaine d'application du secret bancaire, un outil de recherche pourrait être ainsi utilisé le FICOBA (Fichier national des comptes bancaires et assimilés). Le fichier FICOBA créé par un arrêté du 14 juin 1982 recense les comptes de toute nature (bancaires, postaux, d'épargne, etc.) et fournit aux personnes habilitées des informations d'ouverture et de fermeture des comptes détenus par une personne ou une société, en métropole et dans les départements d'outre-mer (hors Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon, qui disposent du FICOM, fichier géré par l'Institut d'émission d'outre-mer). Le FICOBA contient des informations provenant des déclarations fiscales incombant aux organismes qui gèrent des comptes (établissements bancaires et financiers, centres de chèques postaux, sociétés de bourse, etc.). Ces déclarations d'ouverture, de clôture ou de modification de compte comportent les informations suivantes :

- nom et adresse de l'établissement qui gère le compte ;
- numéro, nature, type et caractéristique du compte ;
- date et nature de l'opération déclarée (ouverture, clôture, modification) ;
- nom, prénom, date et lieu de naissance adresse du titulaire du compte ainsi que le numéro SIRET des entrepreneurs individuels.

473. Mais le FICOBA a ses limites. Il ne fournit aucune information sur les opérations effectuées sur le compte ou sur le solde de celui-ci. Et donc, elle peut s'avérer insuffisante ou décevante, les renseignements fournis par les établissements détenteurs de fonds à FICOBA étant malheureusement souvent incomplets.

474. Dans le processus de divorce, chacun des conjoints aura des droits envers l'autre en application du régime matrimonial en question. Même le juge peut ainsi procéder à toutes recherches utiles auprès des tiers sans que le secret professionnel puisse lui être opposé, y inclus le pouvoir d'interroger les fichiers FICOBA<sup>612</sup>. Sur ce, le secret bancaire sera écarté, mais dans les limites de l'article 259-3 C. Civ<sup>613</sup>.

---

<sup>612</sup> P.-J. Claux – S. David – A. Boiché, Divorces contentieux – tronc commun procédural : mesures provisoires, Dalloz référence Droit et pratique du divorce, chapitre 152, 2018-2019, n. 152.252 ; C. Plot, Pouvoirs du juge aux affaires familiales dans le cadre d'une séparation et autonomie bancaire, AJ famille, p.403.

<sup>613</sup> V. Chariot-Lécuyer, La collecte des informations : les fichiers- AJ famille 2009, p. 373.

## Sous-section 2 : Cas de la caution du client de la banque

475. Une autre exception au secret bancaire en faveur de personnes étrangères à la relation contractuelle entre le banquier et son client, figure celle de la caution du dernier. Dans la mesure où le secret bancaire est destiné à protéger les intérêts du client, cette obligation de confidentialité est confrontée à une situation où le client ne peut imposer le secret au banquier, lorsqu'il est tenu par des obligations légales, notamment à l'égard des cautions<sup>614</sup>. En exécution du contrat de cautionnement entre le client du banquier et sa caution, ce dernier est en droit d'être informé régulièrement de l'état de son obligation, à savoir la garantie et paiement de l'obligation du débiteur principal, et son montant. Le secret bancaire est écarté d'application au motif de sauvegarder la légalité de l'obligation de la caution, aux termes de la détermination de l'entendue de son obligation à cet égard.

476. En effet, grâce à 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. Cet article prévoit une dérogation légale au secret bancaire au bénéfice de la caution<sup>615</sup>. Cette obligation d'information ayant été étendue par la suite à un plus grand nombre de cas. Les banques sont, en outre, tenues d'informer la caution, lorsque le crédit, dont elle garantit le bon remboursement, enregistre des impayés et ce, dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de son exigibilité<sup>616</sup>. Il leur revient enfin d'informer au moins annuellement, la caution personne physique, de l'évolution de la créance garantie et de ses accessoires, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités<sup>617</sup>.

477. Cette dérogation s'étend aussi aux ayant-droits de la caution. La chambre commerciale de la Cour de cassation a prévu l'inopposabilité du secret bancaire aux ayants droit d'une caution auxquels le banquier réclame un paiement<sup>618</sup>. En effet, selon l'attendu de principe de cet arrêt, « *dès lors qu'il appartient au banquier 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*

---

<sup>614</sup> G. Legrand, Le secret bancaire ou la théorie de la relativité, JCP E, n. 26, 30 Juin 2005, p. 999

<sup>615</sup> CA Montpellier, 1er avril 2008, Juris-Data n. 2008-005283

<sup>616</sup> C. Cons., art. L. 341-1

<sup>617</sup> C. civ., art. 2016, al. 2

<sup>618</sup> Com. 16 déc. 2008, D. 2009. AJ. 163, obs. V. Avena-Robardet ; JCP E 2009. 1037, note Th. Bonneau ; RD banc. fin. 2009, commentaire 14, obs. D. Legeais ; Banque et droit 2009, p. 45, obs. N. Rontchevsky ; D. 2009 p. 784, note J. Lasserre Capdeville

*concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire ».*

478. Cette décision est intéressante qu'elle fait prévaloir l'information de la caution, et de ses ayants droit sur le secret bancaire du débiteur principal, lorsque la banque en question réclame un paiement à cette caution, ou à ces ayants droit, même si elle a pour effet d'écarter l'application d'une infraction pénale de violation du secret professionnel<sup>619</sup>. La solution semble opportune, car « *nul ne peut être contraint de payer en aveugle* »<sup>620</sup>. Il est donc légitime de déclarer que le banquier réclamant le paiement d'une dette doit la prouver, et non pas se cacher derrière le secret bancaire auquel il est également tenu. Celui-ci ne saurait être utilisé comme bouclier permanent par le banquier ne souhaitant pas répondre aux questions qui lui sont posées. Une caution, comme ses ayants droit si elle est décédée, doit pouvoir s'assurer qu'aucune dette non garantie n'a été mise à tort à sa charge.

479. L'innovation incarnée dans ladite décision a toutefois fait objet de scepticisme pour manque de fondement légal<sup>621</sup>. Mais il semble que le fondement contractuel de l'obligation de client débiteur envers sa caution semble prôner<sup>622</sup> face à son droit au secret bancaire dont il bénéficie envers son banquier, dès lors que les mesures ordonnées de lever le secret bancaire procèdent d'un motif légitime et contractuel, et sont nécessaires à l'exécution des obligations du débiteur qui les a sollicitées envers sa caution à protection des droits des parties.

### **Sous-section 3 : Cas de la demande émanant des autorités judiciaires**

480. Le secret bancaire n'est pas un obstacle absolu à la manifestation de la vérité. En Droit français, le secret bancaire protège l'intérêt privé du client de l'établissement mais

---

<sup>619</sup> J. Lasserre Capdeville, Inopposabilité du secret bancaire aux ayants droit d'une caution auxquels le banquier réclame un paiement, D 2009, p.784

<sup>620</sup> Com. 16 déc. 2008, JCP E 2009, p.1037, note T. Bonneau.

<sup>621</sup> J. Lasserre Capdeville, *Op.cité* : « Si l'arrêt étudié prône la levée du secret bancaire au bénéfice de la caution à laquelle le banquier demande un paiement, on peut regretter que la décision ne soit pas plus explicite quant à son fondement légal »

<sup>622</sup> Colmar, 7 juin 2007, D. 2008. Pan. 2820, obs. J.-D. Bretzner ; Juris-Data, n. 348142 ; JCP 2007. II. 10178, note P. Simler ; *ibid.* E 2008. 2224 ; Banque et Droit 2007. 59, obs. N. Rontchevsky

à limites, et entre autres « à l'autorité judiciaire dans le cadre d'une procédure pénale »<sup>623</sup>. La solution ne pose pas de problèmes.

481. Inopposable au seul juge pénal, *a contrario* le secret bancaire est opposable au juge civil, sauf dans les hypothèses où un texte délie le banquier de son obligation au silence. Toutefois, l'opposabilité du secret bancaire au juge civil est discutable, et le secret bancaire est mis en opposition avec l'obligation faite à chacun, dans l'art. 10 C. Civ., de participer à la manifestation de la vérité sous réserve du « motif légitime ». Si la définition de cette excuse comprend certainement le secret professionnel et plus particulièrement le secret bancaire, la délimitation en est fluctuante<sup>624</sup>.

482. L'opposabilité du secret bancaire au juge civil doit s'apprécier au regard de sa finalité de préserver la confidentialité des informations dont le banquier a eu connaissance durant l'exercice de sa profession. En aucun cas le secret bancaire ne doit être détourné de sa finalité pour couvrir des finalités illégitimes : le secret bancaire n'est pas une immunité, mais une mesure de protection.

483. Les rapports entre le secret bancaire et la manifestation de la vérité sont délicats car, si le secret bancaire n'est pas une immunité, la manifestation de la vérité ne doit pas être un prétexte pour limiter l'application du secret bancaire et s'immiscer dans les affaires des particuliers jugées confidentielles.

484. Traiter la question mérite de faire une distinction des cas où la demande de l'autorité judiciaire et mis en confrontation avec le secret bancaire, émane d'un juge pénal (*paragraphe A*) ou bien civil (*paragraphe B*). Même si dans le premier cas, l'inopposabilité édictée par le législateur ne fait pas de doute, quitte à encadrer son domaine d'application.

## **A. Juge pénal**

485. Les exigences de recherche et de preuve de la vérité autour des infractions justifient logiquement la levée du secret des correspondances au profit des enquêteurs, ou des juges agissant au nom du peuple pour réprimander et pénaliser<sup>625</sup>.

486. La justice pénale agissant au nom de la sauvegarde de l'intérêt de la société, ne peut se voir opposer le secret bancaire. Cette solution est ainsi expressément mentionnée à

---

<sup>623</sup> Art L. 511-33 C. monét fin aliéna 2

<sup>624</sup> J. Mestre, RTD civ. 1996, p. 169

<sup>625</sup> J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire face au juge pénal en droit français, RLDA mai 2010, p.64.

l'article L. 511-33, alinéa 2, du Code monétaire et financier, ce dernier prévoyant une levée du principe en faveur de « l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale ». Et elle a été déjà admise antérieurement à la loi bancaire du 24 janv. 1984<sup>626</sup>. Le secret peut constituer une entrave à la manifestation de la vérité, pour motif de raison supérieur. Cela étant, le principe d'une levée du secret en matière pénale logiquement admis, les modalités sont en réalité assez variées, en fonction des circonstances. Elles dépendent de la phase durant laquelle se déroule cette levée (phase policière ou judiciaire – instruction) et de l'autorité de laquelle elle émane. Les officiers de police judiciaire agissant sur réquisitions du procureur de la République dans le cadre d'une enquête préliminaire ne peuvent se voir opposer le secret bancaire<sup>627</sup> ; Et encore, la violation éventuelle d'un tel secret serait sans incidence sur la régularité de la procédure<sup>628</sup>. L'art. L. 511-33 C. monét. fin. ne dispense pas le banquier de répondre aux demandes d'informations des services de police agissant sur commission rogatoire<sup>629</sup>.

487. Le juge pénal étant chargé d'une mission de répression de toute infraction à l'encontre de la société dont il est chargé de protéger, l'intérêt en question étant plus primordial que celui du client au secret bancaire<sup>630</sup>. Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal saisi peuvent obtenir des parties, de toute administration, de tout établissement financier, ou de toute personne détenant des fonds du prévenu, la communication des renseignements utiles de nature financière ou fiscale, sans que puisse être opposée l'obligation au secret<sup>631</sup>.

488. En se basant sur cet argument, la primauté de l'argument de la recherche de la vérité d'un acte incriminé dans le cadre d'une procédure pénale justifie l'écartement du secret bancaire. Avec la libéralisation des échanges au sein de l'Europe, la libre prestation de services, l'internationalisation des activités bancaires, et la lutte contre le financement

---

<sup>626</sup> T. corr. Pau, 23 octobre 1963, Banque 1964. 117, obs. X. Marin. ; T. corr. Lure, 4 novembre 1970, D. 1971. 276, note Ch. Gavalda

<sup>627</sup> C. Pén., Art. 132-2, 2

<sup>628</sup> Cass. Crim. 27 avril 1994, n. 93-82.976 P: D. 1994 402, note Ch. Gavalda; BJB 1994. 469, note Th. Bonneau; T. corr. Tarbes, 7 octobre 1997: JCP E 2009, p. 760, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet.

<sup>629</sup> T. corr. Tarbes, 7 octobre 1997 : JCP E 1999, no 17, p. 760, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet

<sup>630</sup> J. Lasserre Capdeville, Banque – Infractions relatives à l'activité exercée, Rép. D. Pén. et de procédure pénale, Octobre 2018, n. 255

<sup>631</sup> Art 132-22C. Pén. applicable à compter du 1<sup>er</sup> mars 1994

des activités terroristes, la question de la levée du secret bancaire en matière pénale est devenue plus complexe, quant à sa mise en vigueur face à un banquier étranger.

489. Pour certaines infractions, la preuve de leur réalité pourra être rapportée par des écrits. Et certains de ces écrits peuvent être objet de protection par le secret bancaire. Dans l'hypothèse d'une opération de blanchiment transfrontalière, ce sont les documents bancaires (sur support papier ou par voie électronique) qui peuvent être utiles. Ils appuieront les opérations mentionnées dans les écritures. Ainsi, on pourra voir si, comment et par quel procédé, telle ou telle opération s'est déroulée. Lorsqu'il s'agit d'une perquisition devant être accomplie dans un établissement bancaire, le droit français ne prévoit rien de particulier. Pourtant, au titre des enquêtes de flagrance, l'article 56, alinéa 3, du Code de procédure pénale dispose que l'on peut perquisitionner et saisir tous documents utiles, mais l'officier de police judiciaire doit prendre toutes mesures nécessaires pour que soit assuré *le respect du secret professionnel et des droits de la défense*. Ces formules sont bien vagues, car c'est essentiellement en ce qui concerne les avocats, les médecins, les notaires, avoués, huissiers et entreprises de presse. En matière bancaire, il n'existe pas de dispositions semblables. Le principe du respect du secret professionnel semble tenir, mais sans aucune garantie.

## **B. Juge civil**

490. Par interprétation *a contrario* de l'alinéa 2 de l'article L. 511-33 C. monét. fin, le secret bancaire inopposable au seul juge pénal, il serait donc opposable au juge civil<sup>632</sup>. L'opposabilité du secret bancaire au juge civil est l'interdiction de la communication des informations couvertes par le secret bancaire au juge civil, sauf pour le cas de divorce tel que évoqué auparavant. Le souci de concilier la finalité du secret bancaire et la manifestation de la vérité, à laquelle est chargé le juge civil, commande de retenir une conception étroite de l'opposabilité du secret bancaire.

491. Le secret bancaire doit être concilié avec le principe de la manifestation de la vérité par lequel « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Ce principe posé par l'art. 10 c. civ. ne souffre d'exception qu'en présence d'un motif légitime. Semblable restriction se trouve, par ailleurs, affirmée à l'art. 11 NCPC, puisque, si le juge « *peut, à la requête de l'une des parties, demander*

---

<sup>632</sup> R. Routier, Le secret bancaire face au juge civil et commercial en droit français : RLDA 2010/5, p. 55

*ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers, à la condition qu'il n'existe pas d'empêchement légitime* ». Or, précisément, le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constitue cet empêchement légitime opposable au juge civil<sup>633</sup>.

492. Cela étant, l'opposabilité du secret professionnel à la justice civile n'est pas sans limite. Ce n'est que lorsque le caractère confidentiel de l'information nécessaire à la manifestation de la vérité ne peut être préservé que le problème de la levée judiciaire du secret bancaire se pose.

493. Dans son expression relative, tel le secret bancaire français, il s'écarterait face à l'obligation de participer à la manifestation de la vérité en procès civil en vertu de l'article 10 C. Civ. sauf empêchement légitime<sup>634</sup>. Pour autant, cette solution ne doit pas être généralisée, sinon le secret bancaire sera écarté dans le cadre de toute procédure civile. Il serait en effet excessif d'écarter son opposabilité au nom de la manifestation de la vérité alors que le législateur a reconnu sa légitimité en consacrant son opposabilité au juge civil, en tant que « motif légitime »<sup>635</sup> en vertu de l'article 10 Code Civil.

494. N'étant qu'une mesure de protection du client, « sa levée ne se justifie que dans la mesure où les intérêts qu'il protège sont l'objet ou la cause du litige »<sup>636</sup>. Ainsi, on peut songer que le secret bancaire ne saurait dissimuler la fraude du bénéficiaire du secret, ni couvrir la preuve de l'inexécution de ses obligations ou de son comportement illicite. Pour le banquier opposé à la demande d'un juge civil, la situation dépend s'il est tiers confident ou partie au procès :

- i. Lorsque le banquier est tiers-confident au procès, la levée du secret bancaire est déterminée par la légitimité des intérêts du bénéficiaire du secret. C'est

---

<sup>633</sup> Cass. com., 13 juin 1995, Bull. civ. IV, n. 172; RTD civ. 1996, p.169, obs. J. Mestre

<sup>634</sup> B. Moreau, Secret bancaire et communication de pièces, Gaz. Pal. Rec. Mai-Juin 2004, p.1817

<sup>635</sup> Cass. Com., 25 février 2003, n. 00-21.184, Juris Data n. 2003-017925 ; Bull. civ. IV, n. 26 ; JCP G 2003, II, 10195, note E. Ayissi Manga ; RTD com. 2003, p. 343, obs. D. Legeais ; RD bancaire et fin. 2003, commentaire. 59, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Banque et droit mai-juin 2003, p. 56, obs. Th. Bonneau ; Cass. Com., 13 novembre 2003, n. 00-19.573, Juris Data n. 2003-021015 ; JCP E 2004, 736, n. 2, obs. J. Stoufflet ; Banque et droit mars-avr. 2004, p. 57, obs. Th. Bonneau ; Cass. Com., 25 janv. 2005, n. 03-14.693 ; Juris Data n° 2005-026588 ; Bull. civ. IV, n. 13 ; Banque et droit 2005, n. 101, p. 70, obs. Th. Bonneau. - Cass. Com., 23 janvier 2007, n. 05-18.368 ; Bull. civ. IV, n. 7 ; Juris Data n. 2007-037050 ; Constr.-urban. 2007, commentaire 136 ; RD imm. 2007, p. 268 ; RTD com. 2007, p. 432, obs. D. Legeais. Le secret doit donc prévaloir. La même solution se retrouve pour les mesures d'instruction *in futurum* qui sont ordonnées en dehors de tout procès au fond en vue d'un éventuel litige ; Cass. Com., 16 janv. 2001, n. 98-11.744 ; Juris Data n. 2001-007769 ; Bull. civ. IV, n. 12. - CA Versailles, 26 oct. 2011, n. 11/06040 et 11/06349 ; D. 2012, p. 2826, obs. J.-D. Bretzner. - D. Chemla et E. Bouretz, Référé probatoire et secret bancaire : un secret si bien gardé ; RD bancaire et fin. 2004, p. 205.

<sup>636</sup> O. Staes, Secret bancaire et impératif de justice, D. 1998, p. 625

le cas type de son application. De principe, le secret n'est neutralisé que sur approbation du client<sup>637</sup>. Si le bénéficiaire, impliqué dans le litige, peut se prévaloir du secret bancaire, le banquier, tiers-confident, doit suivre son client et se justifie d'un empêchement légitime<sup>638</sup> opposable au juge civil pour se soustraire à la communication des pièces confidentielles. En revanche, lorsque le bénéficiaire ne peut se retrancher derrière le secret, le banquier doit produire les pièces confidentielles sinon on aboutit à une situation paradoxale selon laquelle le banquier oppose au juge un secret institué dans l'intérêt d'une personne qui, elle, ne peut s'en prévaloir.

- ii. La question se pose en des termes similaires lorsque le banquier est partie au procès<sup>639</sup>. Demandeur au procès, le banquier n'est délié de son secret que si les intérêts du bénéficiaire du secret sont l'objet ou la cause du litige. Défendeur au procès intenté par un tiers, le banquier ne saurait détourner le secret bancaire de sa finalité pour couvrir des buts illégitimes. Cette solution se conçoit d'autant plus que le banquier n'étant pas le bénéficiaire du secret, il serait pour le moins paradoxal qu'il bénéficie d'une immunité refusée, à juste titre, au bénéficiaire du secret. Mais le problème n'est pas aussi simple car le banquier peut toujours invoquer une raison légitime pour se soustraire à la communication des pièces confidentielles : la protection des intérêts de ses clients.

495. Le secret bancaire serait à géométrie variable<sup>640</sup>, et son intensité varierait selon le type d'instance et le degré de confidentialité des informations demandées. Cette caractéristique rend la tâche du juge plus difficile. La conciliation de l'impératif de la manifestation de la vérité du litige en procès, et le respect de la finalité du secret bancaire en préservant la protection des informations relatives à l'intimité de la vie privée. D'où la tâche délicate de la jurisprudence de concilier les deux impératifs.

---

<sup>637</sup> V. *Supra*, L'intérêt du banquier, p. 172

<sup>638</sup> «L'empêchement légitime visé aux articles 11, al. 2, et 141 NCPC est considéré une notion plus large que celle de motif légitime. L'empêchement légitime prend en considération les devoirs du tiers envers les autres », J. J. Daigre, La production forcée de pièces dans le procès civil, Publication de la Faculté de droit de Poitiers, 1979, p. 226 et 230 ; dans le même sens, Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, t. III., n. 653, p. 563.

<sup>639</sup> V. *Supra*, L'intérêt du banquier, p. 165

<sup>640</sup> O. Staes, *Op.cité*.



496. Jusqu'à l'arrêt du 29 novembre 2017<sup>641</sup> rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le pouvoir du juge civil à ordonner la levée du secret bancaire était très limité. Le fondement de l'article 9 du code civil relatif au droit au respect de la vie privée prônait<sup>642</sup>. Un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) de 2015<sup>643</sup> laissait toutefois présager que l'ère de changement de la position de la Cour de cassation est amorcée.

497. L'arrêt du 29 novembre 2017<sup>644</sup> l'affirme à son tour dans son attendu de principe. Suivant les termes de l'attendu principal : « *Le secret bancaire institué par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier ne constitue pas un empêchement légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile lorsque la demande de communication de documents est dirigée contre l'établissement de crédit non en sa qualité de tiers confident, mais en celle de partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité dans la réalisation de l'opération contestée* ».

498. Ainsi, le secret bancaire connaît de nouvelles limites devant le juge civil basé sur le droit à la preuve protégé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Dans ce retournement de jurisprudence de la Cour de cassation qui autrefois considérait que « le secret bancaire est opposable au juge civil » fondé sur le droit au respect de la vie privée<sup>645</sup>, et constitue un « empêchement légitime » au sens de l'article 11 du code de procédure civile, qui dispense celui qui s'en prévaut de prêter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Ledit raisonnement se basait sur l'interdiction faite aux dirigeants et employés de banque de révéler des informations

---

<sup>641</sup> Cass. Com. 29 novembre 2017, n. 16-22.060, D. 2017. 2420 ; V. Th. Bonneau, Le banquier peut-il faire obstacle, en se fondant sur le secret bancaire, à une demande de communication de pièces sollicitées en vue de rechercher sa responsabilité?, JCP 2018. 54 ; Bull. Joly 2018. 109, note A. Reygrobelle ; JCP 2018. 1038, note J. Lasserre Capdeville ; LPA 2018, n. 32, p. 6, obs. G. Lardeux ; J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire face au droit de la preuve, RDBF, n. 6, Novembre 2018, dossier 38 ; Dans le même sens, Cass. Com., 24 mai 2018, n. 17-27.969, inédit.

<sup>642</sup> À l'exception de quelques arrêts dont celui de Com. 11 avr. 1995, n. 92-20.985, D. 1996. 573, note H. Matsopoulou ; RTD civ. 1996. 166, obs. J. Mestre ; RTD com. 1995. 635, obs. M. Cabrillac

<sup>643</sup> CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-580/13, D. 2015. 2168, note C. Kleiner, et 2016. 396, obs. C. Zolynski ; AJ pénal 2015. 544, note J. Lasserre Capdeville ; AJCA 2016. 147, obs. G. Parléani ; RTD civ. 2016. 128, obs. H. Barbier ; RTD euro. 2016. 358, obs. F. Benoît-Rohmer ; RD banc. fin. 2016. Repère 4, obs. Th. Bonneau ; CCC 2015 commentaire. 66, obs. C. Caron ; Europe 2015 commentaire. 389, note L. Idot ; V. aussi G. Lardeux, Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée, D. 2016. 96

<sup>644</sup> M. Kebir, Ordonnance sur requête : le secret bancaire n'est pas toujours un empêchement légitime, Dalloz actualité 08 décembre 2017

<sup>645</sup> Th. Bonneau, Droit bancaire, LGDJ, 12e éd., 2017, n. 586 ; E. Bouretz et C. Hemla, RD banc. Fin. 2004. 205

sur leurs clients, édictée uniquement en vue de protéger le client<sup>646</sup> et n'a pas pour objet de protéger la banque elle-même assignée en justice.

499. De même, dans un arrêt du 13 novembre 2003, non publié<sup>647</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation confirmait que le secret bancaire « ne cesse du seul fait que l'établissement de crédit est partie au procès, dès lors que son contradicteur n'en est pas le bénéficiaire ». Un établissement de crédit, partie à un litige, ne pouvait donc pas se voir forcé de produire une information lorsque la personne sollicitant l'élément de preuve n'était pas le bénéficiaire du secret. Or, comme l'affirme Hervé Synvet<sup>648</sup>, « *ce à quoi fait absolument obstacle le secret bancaire, c'est à la communication d'informations par le banquier dans un procès opposant un tiers à l'un de ses clients. En revanche, dans un litige auquel un établissement de crédit est partie, des nuances sont nécessaires. Comme le dit très justement la Cour de cassation, le fondement du secret bancaire est la protection du client. Ce serait le dévoyer que de permettre au banquier de s'abriter derrière lui pour échapper à ses propres responsabilités* ».

500. Sur cette base, en opposition avec le droit fondamental à la preuve, protégé par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (EDH)<sup>649</sup>, le secret bancaire trouve limite face au juge civil. Toutefois que la demande de communication de documents couverts par le secret bancaire est dirigée contre un établissement de crédit partie au procès intenté contre lui (première condition) dans le but de rechercher son éventuelle responsabilité dans la réalisation d'une opération contestée (seconde condition), le secret bancaire n'est pas opposable par la banque au juge civil ou commercial. Cette solution mérite son importance pour son intérêt d'éviter que des banquiers fautifs n'échappent trop facilement à l'engagement de leur responsabilité civile en opposant le secret bancaire au juge civil. Cette jurisprudence devrait avoir des

---

<sup>646</sup> J. Lasserre Capdeville, M. Storck, R. Routier, M. Mignot, J.-P. Kovar et N. Éréséo, *Droit bancaire*, Dalloz, 2017, n. 293 ; V. aussi T. Bonneau, *Op.cité*, n. 584 s ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Op.cité*, n. 305 s.

<sup>647</sup> Cass. Com. 13 nov. 2003, n. 00-19.573. Dans le même sens, Cass. Com. 21 févr. 2012, n. 11-10.900, RTD com. 2012. 380, obs. D. Legeais ; RD banc. fin. 2012. commentaire 75, obs. F.-J. Crédot et T. Samin ; 5 févr. 2013, n. 11-27.746, RD banc. fin. 2013. commentaire 119, obs. F.-J. Crédot et T. Samin ; Cass Com. 10 févr. 2015, n. 13-14.779, D. 2015. 959, note J. Lasserre Capdeville, et 2016. 167, obs. J.-D. Bretzner ; Just. & Cass. 2017. 143, avis P. Mollard, et 153, avis R. Weissmann ; RDT 2015. 191, obs. P. Adam ; D. avocats 2015. 158, obs. F. Taquet

<sup>648</sup> H. Synvet, *Le juge civil face au secret bancaire*, D. 2003, p.340

<sup>649</sup> Art 6.3 Convention européenne des Droits de l'Homme : « Tout accusé a droit notamment à :

- a. être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- b. disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- d. interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- e. se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

incidences en pratique, notamment en matière de demande de production de photocopies de versos de chèques lorsque l'action en question est exercée contre le banquier pour manquement à son devoir de vigilance, un domaine où la jurisprudence mérite une révision sur base du fondement contractuel du secret bancaire<sup>650</sup>.

501. Le principe de l'opposabilité du secret bancaire devra toujours être applicable pour la demande du au juge civil ou commercial lorsque celle-ci sera dirigée contre l'établissement de crédit en sa qualité de tiers confident, et, d'une façon générale, chaque fois que les deux conditions mentionnées précédemment ne seront pas cumulativement réunies.

502. Dans une évolution récente de la jurisprudence de la chambre commerciale de cour de cassation par deux arrêts de 2018<sup>651</sup> et de 2019<sup>652</sup>, les principes applicables permettant la conciliation du secret bancaire avec le droit à la preuve ont été redéfinis, en posant deux conditions cumulatives pour la production de document couverts par le secret bancaire devant le juge civil dans un litige opposant un établissement de crédit, à savoir :

- La production doit être indispensable à l'exercice du droit à la preuve
- La production doit en outre être proportionnée aux intérêts antinomiques en présence.

503. La première condition relève du droit à la preuve tiré de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et qui constitue donc un droit fondamental. Et si la partie concernée doit indiquer les faits sur lesquels ses prétentions sont fondées, encore faut-il que ces faits soient réellement « nécessaires au succès de ses prétentions ». Le plaideur n'aura aucune raison valable de produire des éléments de preuve s'ils ne sont pas susceptibles d'avoir une influence sur la décision attendue. Dans ce contexte, le terme de pertinence « s'entend, essentiellement, de la pertinence de l'allégation des faits qui doit tomber directement sur l'espèce et de la pertinence de la preuve qui doit conduire

---

<sup>650</sup> Voir *Supra*, le fondement contractuel du secret bancaire p. 135

<sup>651</sup> Cass. Com., 4 juill. 2018, n. 17-10.158 ; N. Mathey, *Chronique Droit bancaire* n. 1596, JCP E, p.36 ; J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire face au droit à la preuve*, JCP E, n. 40, 4 oct. 2018, 1507 ; *RD banc. Fin.*, n. 6, nov.-déc. 2018, *Droit bancaire*, comm. T. Samin et S. Torck ;

<sup>652</sup> Cass. Com., 15 mai 2019, n. 18-10.491 ; Th. Bonneau, *Le secret bancaire face au « droit à la preuve »*, JCP G, n. 24, 17 juin 2019, p.1143 ; H. Michelin-Brachet, *Droit à la preuve et secret bancaire : le délicat arbitrage*, D. 2019, p.1595 ; M. Kebir, *Droit à la preuve et levée du secret bancaire : contrôle de proportionnalité*, D. actu. 17 juin 2019 ; *Chronique sous la direction de Nicolas Mathey*, JCP E, n. 47, 21 nov. 2019, 1528, n° 4, p.3 ; D. R. Martin et H. Synvet, *Droit bancaire juillet 2018 – septembre 2019*, D. 2019, p. 2009

à une démonstration appropriée », étant précisé que « la pertinence est, dans les deux cas, souverainement appréciée par le juge ». Certains auteurs ne manquent pas de relever que « si cette règle est évidente, la notion de pertinence manque néanmoins de précision »<sup>653</sup> et c'est d'ailleurs bien la raison pour laquelle son appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond lorsque leur conviction dépend du fait considéré.

504. Non seulement la production envisagée doit porter sur une preuve pertinente, mais encore faut-il, selon la chambre commerciale, qu'elle soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve. Cela signifie que la production doit constituer pour le plaideur le seul moyen d'apporter la preuve du fait allégué de sorte qu'il « ne suffit pas que la preuve produite soit utile ; elle doit être la seule possible »<sup>654</sup>.

505. En plus, la production des éléments couverts par le secret bancaire doit en outre être proportionnée aux intérêts antinomiques en présence. Il appartient alors de procéder à une mise en balance d'une part de l'intérêt à la protection des informations protégées par le secret bancaire et d'autre part de l'intérêt matériel défendu par le droit à la preuve. La chambre commerciale de la Cour de cassation ne fournit toutefois aucune précision sur les modalités de mise en œuvre de ce contrôle de proportionnalité.

506. En l'absence de mode d'emploi, il semble que l'établissement bancaire astreint au secret est invité à procéder à une appréciation *in concreto* des intérêts antinomiques en présence selon des critères non explicités fortement liés à l'espèce considérée.

507. Le contrôle proposé par la chambre commerciale se démarque donc par une grande subjectivité, ce qui prédirait un prochain ajustement de la jurisprudence à ce sujet<sup>655</sup>.

## **CHAPITRE II : LES EXCEPTIONS POUR DES MOTIFS D'INTERET GENERAL**

508. Afin de compléter la délimitation du champ d'application du secret bancaire, marqué par des limitations dans l'intérêt privé des sujets de l'obligation (à savoir le créancier client, le banquier débiteur, mais des tierces personnes déterminées), il importe d'évoquer ses exceptions émises dans un intérêt plus général. Le secret bancaire est une obligation de confidentialité applicable dans un milieu professionnel structuré en termes d'hierarchie, et soumis à des organes de contrôle. Si les entités de la hiérarchie bancaire

---

<sup>653</sup> G. Lardeux, Preuve : règles de preuve, Répertoire de droit civil, n. 71

<sup>654</sup> G. Lardeux, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, RTD Civ. 2017, p.1

<sup>655</sup> V. à ce sujet, le rapport sur le Secret bancaire du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HJCP), 6 juillet 2020, p. 34 (s)

font, en principe, partie des sujets de l'obligation au secret bancaire<sup>656</sup>, les organes de contrôle sont des entités publiques indépendantes chargées de surveiller la bonne gestion des activités des établissements de crédit. Il faut le rappeler, l'intérêt de la bonne gestion vise à protéger la réputation de la profession bancaire, mais aussi la sauvegarde des dépôts et épargnes des particuliers. Ainsi en va-t-il des fichiers mettant en place un système d'information relatif aux incidents de paiement et aux incidents de remboursement des crédits aux particuliers. Ces informations sont régulièrement transmises à la Banque de France et alimentées par les établissements bancaires<sup>657</sup>. Si l'utilisation de ces fichiers constitue une indéniable exception au secret bancaire, ces informations ont pour objectif la protection des dépôts, mais aussi la confiance dans l'industrie bancaire, et le contrôle de son activité<sup>658</sup>. À ce titre, l'article L. 511-33, alinéa 2, du code monétaire et financier indique que le secret professionnel ne peut être opposé ni à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, ni à la Banque de France.

509. Et encore, l'objet de l'obligation au secret bancaire, et spécialement les informations pécuniaires, sont des données de « grand intérêt » à l'échelle nationale. Les contrôles des autorités fiscales et douanières, pour des fins d'équité sociale et d'efficacité des recettes étatiques, mais aussi le contrôle des commissions d'enquêtes parlementaires, portent sur les informations bancaires et apportent ainsi des limites au domaine d'application du secret bancaire. Sur ce, les motifs d'intérêt général faisant exceptions au secret bancaire, sont divisées entre le motif de contrôle (*section 1*), et le motif d'intérêt national (*section 2*).

## **SECTION 1 : LES MOTIFS D'INTERET GENERAL DE CONTROLE**

510. La mission de contrôle des activités des établissements de crédit est partagée entre les organes de contrôle (*sous-section 1*) et les banques centrales (*sous-section 2*). Dans l'exercice de leur fonction, et afin de leur assurer un pouvoir de contrôle efficace, le secret bancaire ne saurait leur être opposable.

---

<sup>656</sup> V. *Supra*, Les établissements de crédit faisant partie d'un groupe de sociétés, p. 56

<sup>657</sup> Art. L. 751-1 C. Cons.

<sup>658</sup> M. Cabrillac, Fichier national des incidents de paiement, RTD com. 1996, p 505

## Sous-section 1 : Les autorités de contrôle

511. Le secret bancaire, étant un devoir du professionnel banquier, doit rester en respect des règles applicables à sa profession. Et parmi celles-ci, les règles de contrôle du système bancaire nécessaires à sa sauvegarde, et sa protection. Le banquier, en plus de son activité professionnel, est chargé d'une mission qui doit s'assurer de la sauvegarde des dépôts des particuliers et de la solvabilité du secteur bancaire<sup>659</sup>. Cette garantie s'opère par l'intermédiaire d'un contrôle prudentiel des établissements de crédit. Pour réaliser celui-ci, les autorités de contrôle sont dans la nécessité de bénéficier d'une dérogation en matière de secret bancaire.

512. L'article L. 511-33 C monét. fin. cite expressément dans son aliéna deuxième<sup>660</sup>, les organes contrôle parmi les autorités auxquelles le secret professionnel du banquier n'est pas opposable. Il en va ainsi, pour l'Autorité de contrôle prudentiel reconnu sous le nom d'«Autorité de contrôle prudentiel et de résolution»<sup>661</sup> (ACPR) et la Banque de France. Selon l'art. L. 612-1 C. monét. Fin l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution est une autorité administrative indépendante qui veille 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 succède à la commission bancaire, et même si elle n'est pas liée hiérarchiquement à la Banque de France, mais elle y reste « adossée »<sup>662</sup>. Elle veille à ce que les établissements qui sont soumis à sa sphère de contrôle, et notamment les établissements de crédits, respectent les normes de gestion garantissant leur liquidité et leur solvabilité ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Cette mission est accomplie via des pouvoirs d'agrément d'accès au métier, et du contrôle périodique du respect de ces conditions, mais surtout pour ce qui vise le secret bancaire, par un pouvoir de contrôle de la gestion desdits établissements.

---

<sup>659</sup> L'activité bancaire n'est pas une activité comme une autre. Son dysfonctionnement est susceptible de causer des désordres majeurs : Le risque systémique de défaillance d'établissements en cascade peut entraîner la chute d'une économie nationale, régionale ou mondiale ; le risque d'inefficacité est celui d'un accès coûteux et/ou insuffisant au financement nécessaire économiquement (investissement des entreprises et innovation) et socialement (consommation), V à ce sujet A. Sala, M. Leroy et L. Posocco, Banque, Répertoire de droit européen, Juin 2020, n.2

<sup>660</sup> « Outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, ni à la Banque de France, (Ord. n. 2015-859 du 15 juill. 2015, art. 15) ni à l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, ni à l'Institut d'émission d'outre-mer ».

<sup>661</sup> L. n. 2013-672 du 26 juillet 2013, art. 24-I

<sup>662</sup> H. Causse, Droit Bancaire et Financier, éd. Mare et Martin, p. 235 : Le Budget de l'ACPR constitue un budget annexe de la Banque de France (Art. 612-18 C. monét Fin) et le personnel de l'ACPR ont pour employeur la BDF (Art. 612-19 C. monét. fin)

513. Cette tâche de bonne garde du système bancaire ne pourra pas s'accomplir, efficacement, sans lever le secret bancaire autour des opérations bancaires. L'ACPR peut demander tous renseignements ou documents nécessaires à sa mission<sup>663</sup>, et dûment requérir communication de tout document à cet égard, sans que le secret bancaire puisse faire opposition à cet égard.

514. En vertu de l'article L. 612-17 du code monétaire et financier prévoit une obligation au secret professionnel à destination des agents de l'ACPR<sup>664</sup>, qui sont eux-mêmes soumis aux peines prévues à l'article 226-13 du code pénal pour toute violation du secret professionnel<sup>665</sup>.

515. Sur fond de parallélisme de procédure, les mêmes formalités sont appliquées pour les opérations de bourse<sup>666</sup>. Si le contrôle des opérations de banques s'opère par les organes compétents, celui des opérations financières s'opèrent par l'autorité de marchés financiers. Créée par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 relative à la sécurité financière, l'Autorité des marchés financiers (AMF), autorité publique indépendante remplace la commission des opérations de bourse (COB)<sup>667</sup>, le conseil des marchés financiers (CMF) et le conseil de discipline de la gestion financière (CDGF). Dotée de la personnalité morale, elle veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. Elle apporte aussi son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international.

516. En vertu de son pouvoir d'enquête, il serait évident que le secret bancaire ne soit pas opposable aux organes de l'AMF<sup>668</sup>. Ainsi, il appartient au secrétaire général de l'AMF de décider d'enquêter une opération spécifique, et afin d'assurer un contrôle efficace, il ne serait pas concevable de lui faire opposer le secret bancaire, et le banquier

---

<sup>663</sup> Art L. 612-23 et 612-34 C. monét. fin.

<sup>664</sup> Art. L. 612-17 C. monét. fin. : « Toute personne qui participe ou a participé à l'accomplissement des missions de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L. 641-1 »

<sup>665</sup> Art. L. 641-1 C. monét fin.

<sup>666</sup> Art. L. 621-4 C. monét fin : « Les membres, les personnels et préposés de l'Autorité des marchés financiers ses experts mandatés,» ainsi que les experts nommés dans les commissions consultatives mentionnées au III de l'article L. 621-2 sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L. 642-1 »

<sup>667</sup> La loi du 1<sup>er</sup> août 2003 relative à la sécurité financière

<sup>668</sup> Art. L. 621-9-3 C. monét Fin

ne pourra s'abriter derrière le secret bancaire pour toute demande d'information<sup>669</sup>. Sinon, le pouvoir de contrôle perdrait toute efficacité.

517. Quant aux personnes auxquelles le secret bancaire ne pourra être opposable, elles englobent le personnel de l'AMF, tels les enquêteurs, et les personnes qui les assistent. Cette dernière catégorie englobe tous les intervenants, même extérieur à l'AMF. Pour les besoins de l'enquête, l'assistance d'experts judiciaires ou comptables sera nécessaire. De ce fait, le cercle des personnes envers qui le secret professionnel est inopposable s'avère particulièrement large. Cependant, et en vertu de l'article 621-4 C. monét. Fin, toutes les personnes recevant des informations confidentielles sont eux-mêmes astreintes au secret professionnel<sup>670</sup>. Il s'agit donc d'un « partage de secret »<sup>671</sup>.

518. Mis en opposition face au secret bancaire, le processus d'enquête de l'AMF ne saurait rendre publique les rapports qui en découlent, sauf si d'éventuels délits sont identifiés. À ce titre, la cour de cassation par son arrêt du 7 janvier 2004<sup>672</sup>, et dans le cadre d'un recours contre une décision du CMF, a édicté que même si la régularité de la décision du CMF s'apprécie au vu des documents examinés de celui-ci, « *il existe un intérêt légitime à ce que des informations mettant en jeu le secret des affaires demeurent confidentielles et que la connaissance de celles-ci n'est pas nécessaire à l'exercice effectif du recours* ».

519. Quoique la Cour suprême ait essayé de dresser un contour de la sphère de confidentialité dans le cours de contrôle exercé par l'AMF, le caractère effectif du contrôle de la motivation des décisions rendues en la matière est difficilement compatible avec la protection du secret professionnel<sup>673</sup>. La réplique ne s'est fait pas attendre, et cette fois par la Cour de justice de l'Union Européenne<sup>674</sup>. Dans cette affaire, la Cour rappelle que la mise en œuvre efficace du régime de surveillance prudentielle des établissements de crédit requiert que tant les établissements de crédit surveillés que les autorités compétentes doivent être sûrs que les informations confidentielles fournies

---

<sup>669</sup> R. Kleiman – V. Bouthinon-Dumas, Secret bancaire et transparence des opérations boursières : rôle et pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers, Gaz. Pal. Rec. Mai-Juin 2004, p.1821

<sup>670</sup> Art. L. 642-1 C. monét fin. : « Est puni des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal le fait, pour tout membre, tout membre du personnel ou préposé de l'Autorité des marchés financiers, ainsi que pour tout expert nommé dans une commission consultative mentionnée au III de l'article L. 621-2, de violer le secret professionnel institué par l'article L. 621-4, sous réserve des dispositions de l'article 226-14 du code pénal ».

<sup>671</sup> V. *infra*, le partage du secret bancaire, p. 347

<sup>672</sup> Cass. Com., 7 janvier 2004, Banque et droit 2004, n. 94, p.36, obs. Vauplane et Daigre

<sup>673</sup> Les autorités de régulation doivent justifier des pièces sur lesquelles elles ont fondé leur décision : CA Paris, 3 mai 2001, Banque et droit 2001, n.77, p.36

<sup>674</sup> CJUE, 13 septembre 2018, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n. 38, 20 Septembre 2018, actu. 700



conserveront en principe leur caractère confidentiel. C'est donc afin de protéger non seulement les intérêts spécifiques des établissements de crédit directement concernés, mais aussi l'intérêt général lié à la stabilité du système financier au sein de l'Union que la directive du 26 juin 2013 impose, en tant que règle générale, une obligation de secret professionnel.

520. Les opérations de bourse sont des opérations connexes, suivant les termes de l'article L. 311-2 du Code monétaire et financier. À ce titre, elles sont couvertes par la confidentialité du secret bancaire, et toute divulgation à cet égard sera punissable.

521. Bien que relevant d'un domaine boursier où la transparence prime, la protection de la confidentialité des opérations de bourse du client de la banque est primordiale. Et la confidentialité des informations sur les opérations personnelles doit être assurée.

522. C'est pourquoi la plupart des établissements ne confient la gestion des portefeuilles de leurs clients qu'à des personnes tenues au secret professionnel et à la confidentialité, en vertu de l'article 511-33 du Code monétaire et financier.

523. Et encore, en marge des contrôles nécessaires des opérations de bourse, et en exception au principe de confidentialité, l'article L. 621-4 al. 2 du Code monétaire et financier prévoit l'inopposabilité du secret professionnel à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre, soit d'une procédure pénale, soit d'une procédure de liquidation judiciaire.

524. De même, la levée du secret professionnel est envisagée en faveur du procureur de la République, en vertu de l'article L. 620-20-1, alinéa 2, du Code monétaire et financier, ainsi que dans le cas d'échange d'information prévue dans l'article 631 du même code.

525. D'autres cas d'inopposabilité du secret bancaire à l'AMF, s'ajoutent à celui des enquêtes entreprises par celle-ci. C'est le cas des enquêtes à la demande d'autorités étrangères exerçant des compétences analogues, et leurs demandes de communication d'information. L'obligation de secret professionnel ne peut pas faire obstacle à cette communication<sup>675</sup> sous condition de réciprocité.

526. En plus desdites autorités, d'autres jouissent aussi de l'inopposabilité du secret bancaire dans le domaine de leurs activités et pour assurer l'efficacité de leur mission :

---

<sup>675</sup> Art L. 632-1. C. monét et fin.

- i. La société de gestion du fonds de garantie de l'accession sociale à la propriété (SGFGAS) qui contrôle le respect de l'ensemble de la réglementation relative aux prêts conventionnés et à la collecte des informations statistiques sur la distribution de ces crédits par les établissements affiliés ne peut se voir opposer le secret bancaire<sup>676</sup>.
- ii. La Cour des comptes<sup>677</sup> habilitée à accéder à tous documents, données et traitements, de quelque nature que ce soit, relatifs à la gestion des services et organismes soumis à son contrôle ou nécessaires à l'exercice de ses attributions, et à se les faire communiquer.
- iii. Le Ministère de l'économie et des finances bénéficie également d'une dérogation du secret bancaire aux termes de l'article L.562-12, alinéa 1<sup>er</sup> du Code monétaire et financier qui permet aux services de l'État, en charge de la mise en œuvre des mesures de gel des avoirs (en particulier, le Trésor), de vérifier l'identité des personnes concernées auprès des établissements de crédit avant la publication desdites mesures de gel.
- iv. L'Autorité de la Concurrence, dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête, de saisie et de visite<sup>678</sup>.
- v. Les agents habilités et disposant des pouvoirs d'enquête listés aux articles L.511.1 et suivants du Code de la consommation<sup>679</sup>
- vi. La Commission Européenne notamment dans le cadre de ses pouvoirs d'investigations dans les affaires de concurrence intracommunautaires afin de déceler les infractions commises par les entreprises<sup>680</sup>.
- vii. La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) conformément aux dispositions de l'article 19 III de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée.

---

<sup>676</sup> Art L.315-5-1 du Code de la construction et de l'habitation

<sup>677</sup> Art L141-5 et L.141-9 du Code des juridictions financières

<sup>678</sup> Articles L.450-1 à 450-8 du Code de commerce

<sup>679</sup> Le Code de la consommation énonce en son article L.512-8 que « Les agents habilités peuvent exiger la communication de documents de toute nature propres à faciliter l'accomplissement de leur mission. Ils peuvent les obtenir ou en prendre copie, par tout moyen et sur tout support, ou procéder à la saisie de ces documents en quelques mains qu'ils se trouvent. ». De même, l'article L.512-3 du même code prévoit explicitement que le secret professionnel ne puisse leur être opposé : « Le secret professionnel ne peut être opposé aux agents agissant dans le cadre des pouvoirs qui leur sont conférés par le présent livre »

<sup>680</sup> Règlement n. 1/2003 du conseil, 16 décembre 2002 : articles 17 à 28

- viii. Le Fonds de garantie des dépôts et de résolution (FGDR) aux termes de l'article L.312-15, I du Code monétaire et financier qui dispose que le secret bancaire ne lui est pas opposable dans le cadre de sa mission d'indemnisation.
- ix. La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique qui « peut se faire communiquer, sur pièce, par les représentants d'intérêts, toute information ou tout document nécessaire à l'exercice de sa mission, sans que le secret professionnel puisse lui être opposé <sup>681</sup>».

## Sous-section 2 : La banque centrale

527. En plus des organes de contrôle, chargés de veiller au respect par les établissements de crédit et des institutions financières de leurs réglementations respectives dans la gestion de leurs affaires, l'obligation au secret professionnel du banquier est aussi écartée, vis-à-vis des organes de la Banque de France<sup>682</sup> pour lui permettre de contrôler la bonne application de la politique monétaire à l'échelle nationale. Cette dérogation importante repose sur une double nécessité : la Banque de France a besoin d'informations précises d'une part, sur la situation des concours consentis par les établissements de crédit, et d'autre part, en matière de surveillance des chèques et des effets impayés. Ainsi, la Banque de France centralise des informations relatives aux clients des établissements de crédit. Elle peut communiquer tout ou partie des renseignements qu'elle détient sur la situation financière des entreprises aux autres banques centrales, aux autres institutions chargées d'une mission similaire à celles qui lui sont confiées en France et aux établissements de crédit et établissements financiers<sup>683</sup>.

528. Selon les dispositions de l'article L. 142-9 du C. monét. Fin, les agents de la Banque de France sont tenus au secret professionnel. Toute violation par un membre du conseil général de la Banque ou de l'un de ses agents, est punissable des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal<sup>684</sup>.

---

<sup>681</sup> Art 25 de la Loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « Sapin 2 »

<sup>682</sup> Art. L. 511-33 C. monét et fin.

<sup>683</sup> Art. L 144-1 C. monét. fin.

<sup>684</sup> Art. L164-1 C. monét. fin.

529. Chargé d'une mission, au profit du système européen de banques centrales (SEBC)<sup>685</sup> de participer à l'accomplissement des missions de ce dernier, et notamment à la politique monétaire, et au respect des objectifs qui sont assignés à ce système, telle la stabilité des prix, le secret bancaire ne serait pas opposable aux agents et organes de la banque centrale. Bien que, depuis la loi n. 93-980 du 4 août 1993, la compétence des missions d'intérêt général de la Banque de France, ont été transférées profit du Système européen de banques centrales (SEBC), et que la Banque de France n'est pas chargée par la loi de surveiller et de contrôler les établissements de crédit au profit de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), mais les liens particulièrement étroits qu'entretient la Banque de France avec l'ACPR relativise la question. Rappelons ainsi que le Gouverneur de la Banque de France en est le président, et que l'ACPR bénéficie des services et des personnels de la Banque de France, et que son budget inclut celui de l'ACPR. La décentralisation du contrôle des établissements de crédit en France, n'entache pas l'exception de l'inopposabilité du secret bancaire face aux agents de la banque centrale. Ainsi, tout membre de service de la Banque de France reste soumis au secret professionnel. Il est tenu de respecter la confidentialité des informations qu'il reçoit ou prend connaissance en cours de son exercice de sa mission.

530. En synthèse, la Banque centrale, dans sa fonction de banque de l'État mais surtout la Banque des banques, est habilitée à recevoir « tous documents et renseignements qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses missions fondamentales »<sup>686</sup>. Elle est citée parmi les premières exceptions au secret bancaire<sup>687</sup>, quoiqu'elle soit elle-même, soumise aux dispositions de la même confidentialité des informations.

531. Ce même partage du secret est appliqué entre les organes et entités qui exercent un contrôle commun ou relationnel. Ainsi, la Banque de France, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation, et les agences de notation<sup>688</sup> se communiquent les renseignements utiles à l'exercice de leurs missions respectives afin d'assurer le respect du règlement de l'Union Européenne n. 260/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012

---

<sup>685</sup> Institué par l'article 8 du traité de Rome tel qu'il a été modifié par le traité de Maastricht signé 7 février 1992 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993 instituant la Communauté européenne [art. 282 TFUE]

<sup>686</sup> Art. L. 141-6 du C. monét. fin.

<sup>687</sup> Art. 511-33 C. monét. fin, al.2

<sup>688</sup> Uniquement pour les besoins de la notation des produits financiers. V. le Règlement (CE) n. 1060/2009 du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit, tel que modifié par le Règlement (UE) n. 513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011

établissant des exigences techniques et commerciales pour les virements et les prélèvements en euros. À ce titre, les renseignements recueillis seront couverts par le secret professionnel en vigueur dans les conditions applicables à l'organisme qui les a communiqués, ainsi qu'à l'organisme destinataire.

## **SECTION 2 : LES MOTIFS D'INTERET GENERAL NATIONAL**

532. Écarté pour des motifs propres à ses sujets, ou de contrôle de l'industrie bancaire, le secret bancaire est aussi mis en opposition face à des intérêts de caractère plus général. Quel intérêt prévaloir entre la sauvegarde du droit au respect de la confidentialité du client sur ses opérations bancaires, et la mise en œuvre d'une instruction administrative publique pour la collecte de recette fiscale ou douanière ?

533. Si l'état de droit et l'égalité entre les contribuables semble pencher vers la deuxième pour motif d'intérêt général, le doute est semé dans certains régimes juridiques par l'introduction de réglementations intransigeante et incohérente envers la justice sociale. Au fait, le secret bancaire dans sa portée simple, valorise l'intérêt relatif du secret bancaire à son ayant-droit, le client, et même si il reconnaît un certain intérêt pour le banquier lui-même, mais la confidentialité est écartée une fois confrontée à un intérêt plus primordial. Ainsi, le secret bancaire, écarté par simple consentement du client, il ne saura être opposable, une fois confronté à des motifs d'équité entre les contribuables ou de respect des réglementations douanières, et des instructions qui en dérivent. Un simple intérêt privé de confidentialité ne saurait prévaloir devant un intérêt plus général d'égalité devant les charges publiques et de l'intérêt de l'État.

534. Au contraire, le secret bancaire dans sa portée absolue prime la protection de l'intérêt du client et la sauvegarde et la protection de la confidentialité de ses informations et opérations bancaires, quel que soit l'intérêt en face. Le droit à la protection de l'intimité patrimoniale de sa vie privée, étant un droit fondamental, prime devant tout autre droit en opposition.

535. D'où les exceptions au secret bancaire à évoquer sous la présente section, sont celles imposées par les commissions d'enquêtes parlementaires (*sous-section 1*), les autorités fiscales (*sous-section 2*), et les autorités douanières (*sous-section 3*).

## Sous-section 1 : les commissions d'enquête parlementaires

536. Les commissions d'enquête parlementaires sont prévues par l'article 51-2 de la Constitution. La loi fondamentale détermine leurs règles d'organisation et de fonctionnement. Si le premier alinéa de l'article 24 de la Constitution définit le rôle du Parlement à « voter la loi (et) contrôle l'action du Gouvernement, (et) évalue les politiques publiques ». À ce titre, l'ordonnance n. 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires prévoit la création de commissions d'enquête ayant un double pouvoir :

- se faire communiquer des documents de services,
- entendre des personnes susceptibles de leur apporter des informations utiles au cours d'auditions.

537. Si l'opposabilité du secret bancaire aux commissions d'enquête parlementaire était incertaine, en dépit de certains indices en ce domaine<sup>689</sup>, la question a été toutefois tranchée, par la réforme opérée par l'article 31 la loi n. 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

538. Le motif de cette réforme est donné dans le premier Rapport de l'Assemblée nationale<sup>690</sup>: « *Cet amendement vise à mettre fin à la possibilité d'opposer le secret bancaire aux commissions d'enquêtes parlementaires, comme cela s'est produit à deux reprises au moins : la première fois en 1994 au sujet du Crédit Lyonnais, la seconde lors des travaux de la commission d'enquête menée par MM Bartolone et Gorges sur les emprunts toxiques, même si nos collègues sont finalement parvenus à recueillir certaines informations* ». Elle a eu des conséquences aussi bien en matière d'audition que de communication de documents.

---

<sup>689</sup> Le rapport parlementaire effectué en 1994 (Rapport AN n. 1480, Président Ph. Seguin, Rapporteur F. d'Aubert) sur le Crédit Lyonnais. La question s'était, en effet, posée à l'occasion du Rapport fait par l'Assemblée nationale en 1994 sur le Crédit Lyonnais (Rapport n. 1480, t. 1, p. 9). « La Commission a estimé dès l'origine que ses investigations tiraient leur légitimité de ce que les finances publiques – dont la représentation nationale est garante – étaient appelées à compenser les effets de l'évolution financière du Crédit lyonnais. Pour autant, elle n'a pas pu ne pas manifester sa perplexité sur les critères et la nature même du jugement qu'elle avait à formuler. Cette perplexité tient au fait que les différences entre une banque privée et une banque publique apparaissent fort ténues ; elles se limitent au fait que celle-ci est soumise au contrôle a posteriori de la Cour des comptes et non celle-là, et que le président d'une banque publique est seul mandataire social, alors que cette responsabilité est partagée avec le directeur général dans une banque privée ». Il y avait, en effet, deux motifs d'intervention pour une Commission d'enquête parlementaire : la banque, à l'époque, était nationalisée, et l'État devait intervenir pour la renflouer.

<sup>690</sup> Rapport AN n. 707 du 7 février 2013, fait au nom de la commission des Finances, de l'Économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires, par Madame Karine Berger, p. 177

539. Avant ladite réforme, l'article 6, II, de l'ordonnance n. 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires prévoit que les personnes dont la commission d'enquête a jugé l'audition utile sont « *tenues de déposer, sous réserve des dispositions des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal* », c'est-à-dire sous réserve des textes protégeant le secret professionnel. En d'autres termes les personnes obligées au secret professionnel sont donc tenues de comparaître et de prêter serment devant une commission d'enquête, sauf leur droit, au moment où des questions leur seront posées, de déclarer s'il leur est ou non possible de répondre. Chaque professionnel apprécie lui-même l'étendue de son obligation et l'appréciation du bien-fondé du refus de témoigner est alors opérée par le juge. Dans le cas d'espèce, c'est ce qu'avait déclaré, très clairement, le Président du Crédit Lyonnais Jean Peyrelevade, lors de sa première audition<sup>691</sup>.

540. Désormais, il ne sera plus possible d'opposer le secret bancaire dans le cadre d'une audition. En effet, l'article 31 de la loi de séparation et de régulation bancaire a modifié le II de l'article 6 de l'ordonnance de 1958. Le secret bancaire est expressément visé par la nouvelle rédaction de cet article. Les rapporteurs des commissions d'enquête sont habilités, en vertu du II de l'article 6 de l'ordonnance précitée « *à se faire communiquer tous documents de service, à l'exception de ceux revêtant un caractère secret et concernant la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'État, et sous réserve du respect du principe de la séparation de l'autorité judiciaire et des autres pouvoirs* ». Une commission d'enquête parlementaire peut donc se faire communiquer tous documents de service à l'exception de ceux « concernant la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'État ».

541. Le secret bancaire et financier qui ne figurant plus dans la liste de ces exceptions. Tout doute est désormais levé. Le deuxième alinéa de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier prévoit désormais qu'« outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé (...), ni aux commissions d'enquêtes créées en application de l'article 6 de l'ordonnance n. 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires ».

---

<sup>691</sup> Rapport AN n. 707 du 7 février *Op.cité*. Vol. II, Auditions, p. 37

542. Sur fond de la présente exception, et cette fois pour le motif de sauvegarde des intérêts de l'État, une nouvelle limitation du domaine d'application du secret bancaire s'impose à chaque fois, que des informations bancaires bien que couvertes par le secret bancaire, sont d'une envergure importante nécessitant leur partage pour besoin d'enquête.

## **Sous-section 2 : Les autorités fiscales**

543. Opposé au pouvoir d'enquête de l'administration fiscale, le secret bancaire n'est pas opposable : le banquier ne peut opposer le secret bancaire à l'administration fiscale<sup>692</sup>. L'équité fiscale et l'efficacité des contrôles fiscaux prime sur l'intérêt des particuliers de sauvegarder la confidentialité de leur information bancaires. Toutefois, cette inopposabilité opère suivant un droit de communication qui n'est pas sans limites. L'article L. 83 C. Procédure Fiscale ne prévoit la communication que de « documents de service ». Il s'agira, le plus souvent, des correspondances, des dossiers de clientèle, des différentes procurations données par les clients à des tiers, ou encore les fiches d'ouverture de compte. En vertu dudit droit, l'administration fiscale peut requérir, sans l'accord du contribuable, des bordereaux de comptes bancaires personnels qui lui ont été communiqués par une banque, et de demander à une banque la communication des tableaux d'amortissement d'un emprunt souscrit en vue de l'acquisition d'une habitation principale<sup>693</sup>. Le banquier fait la déclaration spontanément (ouverture de compte, clôture de compte, décès du client)<sup>694</sup>, mais aussi répond à une demande de l'administration (délivrance de formules de chèques non barrées, transfert de sommes à l'étranger)<sup>695</sup>.

544. Les requêtes fiscales revêtent leur importance des recettes fiscales pour l'État, surtout avec l'ampleur actuelle des récents déficits budgétaires dans différents pays. Ces recettes de l'État dépendent de la véracité des déclarations faites des contribuables, et l'efficacité des contrôles qui sont entrepris, et où le secret bancaire ne saurait primer. L'efficacité du contrôle fiscal ne peut se voir opposer le secret bancaire, afin de diminuer

---

<sup>692</sup> Art. L. 83 C. Procédure Fiscale : « 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 » ; V. aussi V. Cass. Com., 13 janv. 1998, *Quotidien Juridique*, 1998, n. 27, p. 2

<sup>693</sup> CA Nancy, 22 mai 1990, n. 430 : *RJF* 1990. 711; *Dr. fiscal* 1991, comm. 841 et 1944

<sup>694</sup> Art. 806-I et Art. 1649-A, al. 1 CGI

<sup>695</sup> Art. L. 96 (A) CGI



le «fossé fiscal» (*tax gap*)<sup>696</sup>, pointant la différence entre les prévisions fiscales et la réalité des recettes fiscales.

545. Pour cela, l'efficacité de tout contrôle fiscal, nécessite la recherche du renseignement fiscal tant au niveau national qu'au niveau international. Comme l'a précisé le ministre du budget M. Eric Woerth en juin 2009, la recherche du renseignement fiscal est le premier maillon de la chaîne du contrôle fiscal<sup>697</sup>. Le contrôle fiscal poursuit trois grands objectifs :

- Le pouvoir dissuasif qui consolide le civisme fiscal de tous les contribuables ;
- Un rendement budgétaire qui vise à recouvrer avec rapidité et efficacité l'impôt éludé ;
- Un pouvoir répressif qui sanctionne les comportements frauduleux, sur le plan financier voire sur le plan pénal.

546. La mission de renseignement fiscal est de détecter les mécanismes de fraude, collecter, centraliser et enrichir des renseignements extérieurs et les informations dispersées dans les services pour proposer l'engagement de contrôles fiscaux.

547. Si l'inopposabilité du secret bancaire à l'administration fiscale ne fait pas de doute, encore faut-il que cette recherche se fasse dans les principes de nos démocraties.

548. Cependant, le pouvoir reconnu à certaines administrations ne justifie pas toutes les investigations. Les informations doivent être obtenues loyalement et dans le respect des procédures prévues. La jurisprudence veille au respect d'une certaine loyauté<sup>698</sup>.

549. Les procédures fiscales et douanières fondées sur des informations obtenues frauduleusement sont frappées de nullité par la jurisprudence. Ainsi, la Cour de Paris a annulé une procédure dans laquelle l'administration douanière avait poursuivi des particuliers sur la base de listings bancaires dérobés par des employés d'une banque helvétique<sup>699</sup>. La jurisprudence française est même allée au-delà en exigeant de

---

<sup>696</sup> Terme employé par les services du trésor américain : *Internal Revenue Service (IRS)*

<sup>697</sup> Etudes fiscales internationales, 4 avril 2008.

<sup>698</sup> J. Létang, Dénonciation et loyauté de la preuve en droit fiscal et douanier, Gaz. Pal, 24-25 déc. 1993, p. 3.

<sup>699</sup> CA Paris, 26 avr. 1990, J.C.P. 1991. E.II. 15935, Pannier ; Cass. Com., 28 oct. 1991, R.J.D.A. 1/92, n.113.

l'administration des douanes la preuve de la provenance régulière des informations<sup>700</sup>. De même, le juge vérifie que les procédés d'investigations en matière fiscale ont été utilisés de manière régulière. Ainsi, les visites domiciliaires doivent être autorisées par le juge et ce dernier, pour ce faire, ne peut se fonder que sur des documents détenus par l'administration de manière licite<sup>701</sup>.

550. Ainsi, même si l'intérêt général justifie les atteintes qui sont portées au secret bancaire, encore faut-il que les moyens mis à la disposition de l'administration restent en conformité avec le Droit.

551. À titre de comparaison, le système suisse, qui a subi des modifications très importantes au cours des dernières années, et bien que n'admettant pas une opposabilité sans condition du secret bancaire face aux injonctions des services fiscaux, et pose des conditions bien strictes en la matière<sup>702</sup>. La fiscalité suisse repose sur la sacro-sainte distinction entre la soustraction d'impôt et la fraude fiscale. La première se définit comme l'omission de déclarer des éléments imposables afin d'échapper à la taxation ou d'obtenir une taxation insuffisante. La fraude fiscale est, quant à elle, caractérisée par des circonstances aggravantes, d'emploi d'un faux dans les titres, d'une tromperie astucieuse ou d'une construction mensongère. L'intérêt de la distinction est, que dans le premier cas, le secret bancaire pleinement sera opposable aux autorités qui ne disposent pas de moyens d'investigation étendus, ni de mesures de contrainte (droit de communication, audition de témoins, perquisitions, séquestre, etc.). Alors que pour la fraude fiscale, et après dénonciation par l'autorité fiscale au juge pénal, et seul dans le cadre de la procédure pénale, le secret bancaire ne sera plus opposable, alors que cette même procédure servira de base pour l'amende fiscale.

552. Le système suisse présente des incohérences, de plus que la Suisse accorde depuis 2010 l'assistance administrative aux autorités fiscales étrangères, même dans le cadre de la taxation, permettant l'accès aux données bancaires, alors qu'au plan interne, la levée du secret bancaire reste limitée.

553. Finalement, il importe à signaler que le secret bancaire dans sa version libanaise, et bien qu'il soit opposable aux autorités fiscales selon les termes de l'article 2 de la loi 3 septembre 1956, une controversée note d'information du ministère des finances du 7

---

<sup>700</sup> Chambéry, 30 mai 1990, J.C.P. 1991.E.II.15935, Pannier pour un document résultant du décodage d'une bande magnétique provenant d'une banque de Genève.

<sup>701</sup> CA Toulouse, 27 nov. 1991 (Michaut) Bull. 1991, IV, n. 363 - Concurrence.

<sup>702</sup> Art. 59 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts

novembre 2017 a créé polémique dans les milieux bancaires, avant d'être annulée deux semaines plus tard. Elle a imposé aux contribuables l'obligation d'inclure dans leurs déclarations fiscales annuelles, la valeur des intérêts perçus sur leurs dépôts bancaires durant l'année dévolue, ce qui divulguera par simple calcul, l'estimation de la valeur des dépôts des contribuables auprès des banques, et dévoilera une information couverte par le secret bancaire. Bien que vite annulé sur pression de l'association des banques, cette approche ministérielle fait preuve de l'environnement de banalisation de l'atteinte au secret bancaire dans un pays où le caractère sacro-saint secret bancaire régnait amplement.

### Sous-section 3 : Les autorités douanières

554. Sous le même fondement de l'efficacité du contrôle fiscal, et en vertu de la mission des agents de douanes chargés d'appliquer les réglementations douanières afin d'assurer les recettes étatiques en la matière, le secret bancaire ne saurait être opposé aux requêtes douanières<sup>703</sup>. La raison de cette inopposabilité du secret bancaire à l'administration des douanes a été parfaitement décrite par le Professeur Vitu<sup>704</sup> : « *Si le secret médical puisse aller jusqu'à braver même la justice pénale, il n'en va pas de même pour le secret bancaire. Mais aux prérogatives fiscales de l'État, l'on ne peut alors opposer que les intérêts d'ordre pécuniaire. Vouloir protéger ces derniers par un secret de la même nature que celui qui entoure l'intimité physique ou psychique est proprement inadmissible et traduit une véritable confusion dans l'échelle des valeurs à protéger* ».

555. En vertu de l'article 64 Code des Douanes, le droit de communication des douanes ne peut s'exercer que pour les agents y autorisés et qu'à la condition que les documents

---

<sup>703</sup> Art. 64 A C. Douanes : « En aucun cas, les administrations de l'État, les départements et les communes, ainsi que les entreprises concédées par l'État, les départements et les communes, de même que tous les établissements ou organismes quelconques soumis au contrôle de l'autorité administrative ainsi que les organismes et caisses de sécurité sociale et les organismes gestionnaires du régime d'assurance-chômage». Ils ne peuvent opposer le secret professionnel aux agents des douanes ayant au moins le grade de contrôleur qui, pour établir les impôts institués par les lois existantes, leur demandent communication des documents de service qu'ils détiennent, quel qu'en soit le support. Les agents des douanes de catégorie C peuvent exercer le droit de communication susvisé lorsqu'ils agissent sur ordre écrit d'un agent des douanes ayant au moins le grade d'inspecteur» ; V. aussi Crim. 3 mai 2001, n. 00-81.691 P, D. 2001. IR 2875 ; RTD com. 2001. 992, obs. B. Bouloc

<sup>704</sup> Obs. sous CA Paris, 11e ch., 30 oct. 1975 : Revue sc. Crim. 1975, p. 1011

demandés se rapportent à des opérations régulières ou irrégulières relevant de la compétence du service des douanes<sup>705</sup>.

556. Ce texte de base pour le droit de communication particulier à l'administration des douanes est complété par l'article 65 du Code des douanes, autorisant les agents ayant au moins le grade d'inspecteur ou d'officier et ceux chargés des fonctions de receveur à «exiger la communication des papiers et documents de toute nature relatifs aux opérations intéressant leur service ». Contesté lors de sa promulgation, l'article 65 a été jugé conforme à la Constitution<sup>706</sup>.

557. L'étendue du champ d'application dudit article se mesure par la formule très large employée qui vise « et, en général, (...) toutes les personnes physiques ou morales directement ou indirectement intéressées à des opérations régulières ou irrégulières relevant de la compétence du service des douanes ».

558. L'administration des douanes peut se faire communiquer pratiquement tout document bancaire (copie de chèques, de relevés de compte, comptabilité, factures, carnets de chèques, traites, copies de lettres ...). L'article 65-4b précise que « par documents, on entend l'ensemble des livres, registres, notes et pièces justificatives (comptabilité, registres, factures, correspondances, copies de lettres, etc.) relatives à l'activité professionnelle de l'entreprise, quel qu'en soit le support». La jurisprudence considère que la notion de « documents de service » est applicable aux établissements de crédit, y inclut la liste des titulaires de coffres<sup>707</sup>.

559. En plus de la non-opposabilité du secret bancaire face aux requêtes douanières, les établissements de crédit ont aussi à leur charge une obligation de communication prévue par l'article L. 152-3 du Code monétaire et financier<sup>708</sup>.

560. Le pouvoir d'enquête des services douaniers est large, et l'obligation de secret du banquier envers son client ne peut y tenir obstacle. L'intérêt général étatique étant prévalable. Ce pouvoir se trouve élargi dans son domaine d'application, puisque l'article 455 du Code des douanes, étend le droit de communication de l'administration des

---

<sup>705</sup> Cass. Crim., 25 janv. 1977, D. 1977. 666, note M. Vasseur ; RTD com. 1977. 770, obs. M. Cabrillac et J. L. Rives-Lange ; JCP 1977. II. 18651, note Ch. Gavaldà.

<sup>706</sup> Cons. Constitutionnel, 27 janv. 2012, déc. N. 2011-214 QPC, JO 28 janv. 2012 ; Juris Data n. 2012-001572 ; AJ Pénal 2012, 167, obs. F. Roussel ; Dr. Pénal 2012, n. 40, obs. J.-H. Robert

<sup>707</sup> Cass. Crim., 30 janv. 1975 : Banque 1975, p. 142

<sup>708</sup> « Les établissements de crédit (...) 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 »

douanes aux relations financières avec l'étranger. Le premier alinéa de l'article 455 du Code des Douanes prévoit que l'Administration des douanes bénéficie des mêmes droits de communication que l'Administration fiscale « pour le contrôle de l'application de la législation et de la réglementation des relations financières avec l'étranger ».

### SECTION 3 : LES MOTIFS D'INTERET GENERAL SECURITAIRE

561. Avec le développement et l'internationalisation des activités bancaires, et la mondialisation des échanges monétaires, le réseau bancaire a été utilisé dans des opérations de légalisation des fonds de sources illégales, et ce dès les années 1980, par les stupéfiants dans des activités illégales (spéculations illégales, activités mafieuses, trafic de drogue, d'armes, extorsion, corruption, fraude fiscale, etc.)<sup>709</sup>. Ces derniers ont trouvé dans le réseau bancaire un outil afin de canaliser les fonds y générés, et de les blanchir<sup>710</sup> permettant de les réutiliser pour des opérations de trafic. Le blanchiment de capitaux est un procédé de dissimulation des origines illégales des capitaux qui se réalise par une opération économique en trois phases :

- le placement (préblanchiment), c'est-à-dire l'introduction des bénéfices illégaux dans le circuit bancaire ;
- la conversion ou l'empilement (blanchiment), destiné à éloigner les fonds de leur source délictueuse ;
- l'intégration (essorage), consistant à réintroduire les fonds par le biais d'activités économiques licites.

562. L'activité de blanchiment d'argent, s'est développée et les actes illégaux se sont diversifiés, et sans le blanchiment, les criminels ne pouvaient pas utiliser de façon massive ces revenus illégaux sans être repérés.

---

<sup>709</sup> « Au prix de détail, il s'est vendu en 1996 aux États-Unis pour 30 milliards de dollars de cocaïne, 18 milliards de dollars d'héroïne. En billets de 5, 10 et 20 dollars, ces 48 milliards pèsent au total 6 200 tonnes. Les trafiquants doivent donc absolument transformer leur cash en argent électronique : un million de dollars dans une banque, c'est une ligne de crédit qui ne pèse rien et qui peut s'investir dans l'économie honnête. Ainsi, le blanchiment prend désormais l'allure d'une « lessiveuse mondiale pour l'argent sale » dans Marie-Christine Dupuis, *Finance criminelle, Comment le crime organisé blanchit l'argent sale*, PUF, juin 1998.

<sup>710</sup> L'expression « blanchiment d'argent » vient du fait que l'argent acquis illégalement est appelé finance noire et provient souvent de trafics d'armes, de drogue, d'êtres humains ou d'autres activités mafieuses, mais surtout du fait que la famille Biron (clan d'une famille mafieuse) aurait racheté en 1928, à Chicago, une chaîne de blanchisseries : les *Sanitary Cleaning Shops*. Cette façade légale lui permettait ainsi de recycler les ressources tirées de ses nombreuses activités illicites

563. Cela a mené à une montée en puissance du pouvoir des acteurs des trafics, mais aussi compromettait la sécurité des sociétés et l'autorité des pouvoirs publics, ainsi que la stabilité de l'industrie bancaire même, d'où la nécessité d'une réaction pour lutter contre ce fléau<sup>711</sup>.

564. Le blanchiment est lié à une infraction sous-jacente, à savoir une activité dont le revenu est considéré comme de l'argent sale, de source illégale. Ce n'est qu'en 1996 que le blanchiment a été défini comme une infraction indépendante du crime ou délit sous-jacent<sup>712</sup>.

565. La lutte commençait par définir, et de mettre constamment à jour la liste des infractions source de blanchiment listées de la part du Groupe d'action financière (GAFI). Créé par lors du Sommet du G7 qui s'est tenu à Paris en 1989, et reconnaissant la menace pour le système bancaire et les institutions financières, le GAFI a pour mission d'examiner les techniques et tendances du blanchiment de capitaux, de considérer les actions existantes aux niveaux national et international et de présenter les mesures qui doivent encore être prises pour lutter contre le blanchiment de capitaux.

566. Tant les activités criminelles sont en constante mutation, les moyens de lutte doivent subir une évolution parallèle aussi, que ce soit dans le domaine de définition des crimes, ou des moyens employés de lutter contre les trafiquants. D'où, et à la suite des attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, le GAFI a émis neuf nouvelles recommandations spéciales, qui ont pour but de prévenir et de lutter contre le financement du terrorisme, et dernièrement et suite à la crise financière de 2008, le crime de la fraude fiscale a été ajouté aux infractions sujettes de blanchiment de capitaux.

567. L'essence du travail du GAFI se base sur le renseignement et le pouvoir de s'informer, et si possible avant la réalisation de l'acte criminel. Et comme, le renseignement suppose divulgation des informations, le secret bancaire ne pouvait plus tenir obstacle face aux besoins de s'informer pour le motif de l'intérêt général sécuritaire de lutter contre les activités illégales et la confiscation des leurs moyens financiers, limitant ainsi leur pouvoir.

---

<sup>711</sup> Selon le rapport de l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime, le blanchiment de l'argent sale est estimé à 1 600 milliards dans le monde en 2009, soit 2,7 % du PIB mondial.

<sup>712</sup> La loi du 31 décembre 1987 modifiée par la loi du 13 mai 1996 intègre à l'article 324-1 C. Pén définit le délit de blanchiment en France : « Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des fonds ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion de produit indirect ou indirect d'un crime ou d'un délit ».

568. L'étude des limites apportées à cet égard à la notion de secret bancaire, passera par la détermination de la notion du blanchiment de capitaux et son évolution (*sous-section 1*), les obligations du banquier en vertu de ses dispositions (*sous-section 2*), afin de déterminer les effets sur le domaine d'application du secret bancaire (*sous-section 3*).

## **Sous-section 1 : La notion de blanchiment de capitaux et son évolution**

569. Le domaine d'application du secret bancaire a été le plus affecté par les dispositions propres à la lutte contre le blanchiment de l'argent, tant les exceptions qui sont émises sous son égide sont variées, entre le délit sous-jacent de l'acte de blanchiment et le délit du blanchiment même<sup>713</sup>.

570. La sphère de confidentialité que pouvait se prévaloir le client de la banque se trouve réduite de plus en plus, et la fonction du banquier se mute de confident en dénonciateur.

571. Le dispositif légal mis en place pour lutter contre les opérations de blanchiment, a connu des évolutions, incombant au banquier au début des simples mesures de vigilance<sup>714</sup>, mais vite tournées vers une obligation de dénonciation à sa charge, entachée d'une sanction<sup>715</sup>. Dans tous les cas, par l'introduction des moyens de lutte contre le blanchiment, le champ d'application du secret bancaire se trouve de plus en plus étouffé d'exception, et le processus de divulgation des informations confidentielles s'est standardisé.

572. La notion du blanchiment des capitaux a connu son évolution<sup>716</sup>, tant dans la détermination des actes délictuelles sous-jacent de la notion de blanchiment que de la nature de devoirs qui incombe à la charge du banquier. Sans étoffer la présente étude par une dissection des éléments du délit du blanchiment, mais afin de déterminer les implications des moyens de lutte contre le blanchiment de capitaux et de lutte contre le financement du terrorisme sur la sphère d'application du secret bancaire, il convient de déterminer les devoirs à la charge du banquier dans le domaine, après avoir cité les actes

---

<sup>713</sup> V. Art. L. 561-1 (s) C. monét. fin.

<sup>714</sup> Les lois du 12 juillet 1990 et du 29 janvier 1993 instaurant la déclaration de soupçon et également l'obligation de vigilance

<sup>715</sup> À défaut de déclaration, le législateur français a prévu une sanction disciplinaire à l'encontre du banquier, qui n'exclurait pas une poursuite pour délit de blanchiment si son intention est établie.

<sup>716</sup> Rapport ACPR 2017 : [https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/11/06/cb\\_ra\\_1996\\_03.pdf](https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/11/06/cb_ra_1996_03.pdf)

sous-jacents dudit délit, comme étant la cause du devoir de divulgation imposé au banquier.

573. Après la création de TRACFIN en 1990, les lois du 12 juillet 1990 et du 29 janvier 1993 instaurent la déclaration de soupçon et également l'obligation de vigilance. Les déclarations de soupçon concernent le recyclage de l'argent issu du trafic de drogue depuis 1990<sup>717</sup>, et du crime organisé depuis 1993<sup>718</sup>. Les défauts de vigilance sont sanctionnés par la Commission Bancaire<sup>719</sup>, sur un plan disciplinaire.

574. La loi du 15 mai 2001 introduisant l'obligation de la déclaration automatique pour les banques, élargit aussi le champ de la déclaration de soupçon, pour inclure les sommes et opérations qui « pourraient » provenir du trafic de stupéfiants ou « d'activités criminelles organisées » et non plus « de l'activité d'organisations criminelles », qui ne font d'ailleurs pas l'objet d'une définition juridique. La criminalité est désormais appréhendée en termes de comportement et non plus structurellement. Désormais, un simple doute sur l'éventualité d'un trafic de drogue ou d'activités criminelles organisées doit donner lieu à une déclaration, même en l'absence d'indices précis ou probants.

575. Aussi, la loi du 11 février 2004 sur les professions judiciaires et juridiques transpose les principales mesures de la deuxième directive sur la lutte anti-blanchiment<sup>720</sup>. Elle étend le champ de la déclaration de soupçon aux sommes et opérations qui pourraient provenir de la corruption et de la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes. Le champ de la déclaration de soupçon a été élargi pour inclure les sommes et opérations qui pourraient participer au financement du terrorisme<sup>721</sup>.

576. Les lois de 1990, 1993, 2001 et 2004 seront codifiées dans la partie législative du Code monétaire et financier aux articles L. 561-1 et suivants.

577. Suivant la troisième directive sur la lutte contre le blanchiment de 2005<sup>722</sup> le champ de la déclaration de soupçon se trouve encore plus élargi, et porte désormais sur le produit de toute infraction grave, ce que la directive définit comme la participation au trafic de stupéfiants, à la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, à la

---

<sup>717</sup> La Convention du 20 décembre 1988, dite Convention de Vienne, conclue dans le cadre de l'ONU, contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes

<sup>718</sup> La Convention du 15 novembre 2000 la Convention « dite de Palerme » sur la criminalité transnationale organisée

<sup>719</sup> Substituée par l'ACPR

<sup>720</sup> La Directive n. 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001, transposée en droit français par la loi n. 2004-130 du 11 février 2004 et son décret d'application n. 2006-736 du 26 juin 2006

<sup>721</sup> La loi du 9 mars 2004, dite loi Perben 2

<sup>722</sup> La Directive n. 2005/60/CE du Parlement européen adoptée le 26 octobre 2005 assortie d'une directive d'application n. 2006/70/CE de la Commission du 1er août 2006.



corruption, au terrorisme et la participation à toute infraction réprimée par une peine d'emprisonnement d'une durée maximale supérieure à 1 an.

578. De façon plus générale, la loi n. 2013-1117 du 6 déc. 2013<sup>723</sup>, a inclut sous le seuil du blanchiment, tous « les biens ou les revenus (...) que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus ».

579. Cette généralisation de l'acte criminel source de l'acte de blanchiment, quoique découle d'une recherche de facilité par le législateur, mais elle généralise l'incrimination des actes dont le résultat ou le revenu est objet de blanchiment, et de ce fait étend le champ d'application des devoirs du banquier dans sa participation à la lutte contre le blanchiment.

580. Cette nouvelle définition recouvre tous les délits économiques et financiers, y compris la fraude fiscale, pour lesquels les banques devraient faire des déclarations de soupçon, et de ce fait rendant le banquier un dénonciateur du fisc.

581. Récemment, la Directive n. 2015/849/UE du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, dite quatrième directive blanchiment, révisé notamment la liste des professionnels tenus de participer à la lutte contre le blanchiment et redéfinit la catégorie des personnes politiquement exposées créée en 2005. Elle met également en place un dispositif nouveau d'identification des bénéficiaires effectifs des sociétés off-shore, des fiducies/trusts et des constructions juridiques de même type, qui instaure plus de transparence pour ces instruments de portage d'actifs.

582. Bien que la liste des professions devant émettre des déclarations de soupçon a été étendue aux responsables de casinos et aux marchands de biens de grande valeur (pierres précieuses, matériaux précieux, antiquités et œuvres d'art) et aux professions juridiques, les entreprises bancaires y figurent sans aucun doute<sup>724</sup>. Le banquier est même considéré

---

<sup>723</sup> Intégrée au C. Pénal à l'article 324-1-1

<sup>724</sup> Art. L. 561-1 C Mon. Fin : Les personnes autres que celles mentionnées à l'article L. 561-2 qui, dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, sont tenues de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance et qui portent sur des sommes qu'elles savent provenir de l'une des infractions mentionnées à l'article L. 561-15

le premier visé par les obligations par le dispositif juridique de lutte contre le blanchiment<sup>725</sup>.

## Sous-section 2 : Les obligations du banquier

583. Le banquier est le principal acteur du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux. À sa charge, figure une triple obligation de vigilance (*paragraphe A*), une obligation de déclaration (*paragraphe B*), mais aussi un devoir de dénonciation (*paragraphe C*).

### A. Une obligation de vigilance

584. L'obligation de vigilance consiste à détecter des anomalies qui pourraient faire l'objet d'investigations et déboucher, le cas échéant, sur une déclaration de soupçon<sup>726</sup>.

585. En signe de vigilance, le banquier est tenu de vérifier l'identité de leur client ainsi que de se renseigner sur l'identité véritable des personnes au bénéfice desquelles le compte est ouvert, ou l'opération est réalisée, le bénéficiaire économique<sup>727</sup>, le processus consacré par les services de Banque Privée (*Private banking*) d'identification des clients (*Know Your Customer* ou *KYC*)<sup>728</sup>.

586. L'article L. 561-5 C. monét. fin. dispose qu'avant d'entrer en relation d'affaires avec lui, ou de l'assister dans la préparation ou la réalisation d'une opération, le professionnel doit identifier son client et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation nouée ou de l'opération sollicitée. À cet effet, le banquier doit alors se faire présenter « tout document écrit probant » pour s'assurer de l'exactitude des éléments d'identification recueillis avec des « moyens adaptés » prévus par décret<sup>729</sup>. De même, le professionnel est tenu de recueillir « les informations relatives à l'objet et à la nature » de la relation d'affaires et tout autre élément pertinent sur son client<sup>730</sup>. D'autres modalités

---

<sup>725</sup> Notamment l'article 22 de la Directive (UE) 2015/849 JOUE n. L 141, 5 juin 2015 PE ; RD bancaire et fin. 2016, commentaire 38, obs. A. Gourio et M. Gillouard

<sup>726</sup> La Cour de cassation a précisé que cette obligation n'avait pour seule fin que de lutter préventivement contre le blanchiment, Cass. Com. 28 avr. 2004, n. 02-15.054, Bull. civ. n. 72 ; D. 2004. 1380, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2006. 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; RTD com. 2004. 577, obs. M. Cabrillac ; JCP 2004. II. 10105, note C. Cutajar.

<sup>727</sup> Art. L. 561-2-2 C. monét. fin. : Le bénéficiaire effectif d'une opération la personne physique qui contrôle, directement ou indirectement, le client ou la personne pour laquelle une opération est exécutée ou une activité réalisée

<sup>728</sup> Sur le même fond, une décision de la Banque du Liban n° 8488 du 17 septembre 2003 contient le règlement relatif au contrôle des opérations financières et bancaires destiné à lutter contre le blanchiment de capitaux, et notamment l'obligation pour les banquiers de vérifier l'identité de leurs clients aussi bien lors de l'ouverture d'un compte qu'au cours du fonctionnement de celui-ci

<sup>729</sup> Les articles R. 561-5 et R. 561-6 C. monét. Fin.

<sup>730</sup> Art. L. 561-6 C. monét. Fin.

d'identification du bénéficiaire effectif sont expressément prévues par les articles R. 561-7 à R. 561-9 du code.

587. Après l'établissement de la relation d'affaires, cette obligation se prolonge durant toutes les opérations qui en découlent. L'obligation consiste en une double exigence de « connaissance actualisée », qui se manifeste par une mise à jour et actualisation des formulaires du *KYC* du client, et d'« examen attentif des opérations effectuées», afin que le banquier soit toujours en mesure d'évaluer la cohérence des opérations en question au regard de la connaissance qu'il a du client.

588. Si les prescriptions de ladite obligation de vigilance ne sont pas mis en place, le banquier doit s'abstenir d'exécuter aucune opération « quelles qu'en soient les modalités », et ne doit établir ni poursuivre aucune relation d'affaires<sup>731</sup>.

589. Le degré de vigilance imposé par cette obligation est ajusté en fonction du risque de blanchiment. Elle peut être atténuée et simplifiée<sup>732</sup> mais aussi renforcée<sup>733</sup>.

590. En vertu d'une approche basée sur le risque, les mesures de vigilance doivent être renforcées lorsque le client est une personne politiquement exposée et peuvent être allégées lorsque le client est une société cotée soumise à certaines exigences de publicité.

## **B. Une obligation de déclaration**

591. En plus de son obligation de vigilance, le professionnel banquier est tenu, d'opérer une déclaration au service du TRACFIN la cellule du droit français de lutte contre le blanchiment. Cette déclaration était pendant longtemps une seule déclaration de soupçon, elle a été récemment accompagnée d'une information systématique imposée dans des cas bien déterminés.

592. Avant l'ordonnance n. 2009-104 du 30 janvier 2009, réformant l'obligation de déclaration, l'article L. 562-2 du code monétaire et financier imposait de déclarer au TRACFIN, les sommes inscrites dans leurs livres et les opérations portant sur des sommes, qui pourraient « provenir du trafic de stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, de la corruption ou d'activités criminelles

---

<sup>731</sup> Art. L. 561-8 C. monét. Fin.

<sup>732</sup> Art. L. 561-9 C. monét. Fin

<sup>733</sup> Art. L. 561-10-1 et 561-10-2 C. Mon. Fin

organisées ou qui pourraient participer au financement du terrorisme ». Par l'entrée en vigueur de ladite ordonnance<sup>734</sup>, le champ d'application de la déclaration de soupçon est étendu aux infractions graves, passibles « d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participant au financement du terrorisme ». Or, la quasi-totalité des infractions susceptibles de générer des profits sont punies d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an (escroquerie, vol, abus de confiance, extorsion, etc.). En outre, 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 de telles infractions sanctionnées de plus d'un an d'emprisonnement doit également entraîner une déclaration de soupçon de la part du professionnel assujéti. Au sujet de l'inculpation de la tentative de blanchiment, une exception a été faite par le blanchiment de fraude fiscale<sup>735</sup>, qui bien que sanctionnée de cinq ans de prison, n'est toutefois pas soumise à la déclaration de soupçon de fraude fiscale, que si la fraude en question revêt au moins l'un des seize critères définis par l'article D. 561-32-1 du code monétaire et financier<sup>736</sup>.

593. Cette disposition réglementaire accorde au banquier un grand pouvoir d'appréciation, et de ce fait implique une marge d'erreur, mais certainement au détriment de la sphère de confidentialité accordée par le secret bancaire. En exerçant son pouvoir d'appréciation pour déclarer une opération suspecte, il serait peu probable que le banquier adopte une approche restrictive de dénonciation, et qui pourrait potentiellement inculper sa responsabilité ce qui rendra, *de facto* la déclaration de nature systématique<sup>737</sup>.

594. Cette uniformisation s'est vite mutée *de jure*. L'article L. 561-15-1 a été par la suite modifié par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 afin de l'étoffer d'un nouveau régime spécifique de transmission automatique d'informations. On parle alors de Communications systématiques d'informations (COSI). Il en va ainsi en cas « *d'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* ». Bien qu'encadré pour les

---

<sup>734</sup> L'ordonnance n.2009-104 du 30 janvier 2009 est ratifiée par l'article 140 I de la loi n. 2009-526 du 12 mai 2009.

<sup>735</sup> Art. L. 561-15, II C. monét. fin

<sup>736</sup> Des critères portent sur des techniques juridiques permettant d'organiser l'opacité, comme l'utilisation de sociétés écran, de prête-noms, de comptes de passages, 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.

<sup>737</sup> Le nombre de déclarations soumises au TRACFIN, dont la grande majorité provenait des établissements de crédit est, en 2014 de 36 715 déclarations (dont 464 sont transmis en justice), contre 27, 477 en 2013 (dont 458 sont transmis en justice), 26 011 en 2012 (dont 522 sont transmis en justice), 22 856 en 2011 (dont 495 sont transmis en justice), 19 208 en 2010 (dont 404 sont transmis en justice) : TRACFIN, Rapport d'activité 2014, p. 37.

versements en espèces effectués et les retraits d'espèces dont le montant cumulé sur un mois calendaire dépasse une somme de 10 000 €<sup>738</sup>, cette disposition paraît, a priori, excessivement large et donc de nature à réduire considérablement le champ d'application du secret bancaire.

595. L'obligation de déclaration à la charge du banquier s'est, à l'image du devoir de mise en garde, considérablement densifiée. Son champ d'application s'est étendu, mais en plus elle s'est trouvée complétée par une obligation d'information et dénonciation. Il suffit de tracer la chaîne des organes<sup>739</sup> qui seront habilités à recevoir les informations transmises du banquier sur les opérations susceptibles de blanchiment, pour mesurer l'impact du dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent sur le secret bancaire.

### C. Une obligation de « dénonciation »

596. Le banquier dépositaire du secret et confident de son client, est désormais partagé entre la confidentialité des affaires de son client dont il a connaissance, et l'impératif de divulgation de ce secret au nom de sa participation d'un intérêt général de lutte contre le blanchiment d'argent, et ce, en vertu de son obligation civique de concours à la participation de la vérité<sup>740</sup>. Comment concilier les deux obligations ? Entre la protection

---

<sup>738</sup> Article R. 561-31-2 C. monét. fin.

<sup>739</sup> Art. L. 561-31 C. monét. Fin.: Outre l'application de l'article L. 561-30-1 et de l'article 40 du code de procédure pénale, le service est autorisé à transmettre des informations qu'il détient aux autorités judiciaires et aux services de police judiciaire sous réserve qu'elles soient en relation avec leurs missions. Il peut également transmettre aux services de renseignement spécialisés des informations relatives à des faits qui concernent les finalités mentionnées à l'article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure. Il peut aussi transmettre à l'administration fiscale, qui peut les utiliser pour l'exercice de ses missions, des informations sur des faits susceptibles de relever de l'infraction définie à l'article 1741 du code général des impôts ou du blanchiment du produit de cette infraction.

Pour l'exercice de leurs missions respectives, le service peut également transmettre des informations :

1. Aux juridictions financières, par l'intermédiaire de leur ministère public ;
2. A la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ;
3. A l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ;
4. A l'Autorité des marchés financiers ;
5. Aux services spécialisés de lutte contre la corruption ;
6. A l'administration des douanes ;
7. Aux services de l'État chargés de préparer et de mettre en œuvre une mesure de gel ou d'interdiction de mouvement ou de transfert des fonds, des instruments financiers et des ressources économiques ;
8. Aux services de l'État chargés de la politique publique en matière de protection et de promotion des intérêts économiques, industriels et scientifiques de la Nation ;
9. Aux services de l'État chargés de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;
10. Au service de police chargé du contrôle et de la surveillance des courses et des jeux ;
11. Aux organismes mentionnés à l'article L. 114-12 du code de la sécurité sociale.

<sup>740</sup> Art. 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 lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts ».

du secret bancaire et l'enjeu de sa levée lorsqu'il y a risque de blanchiment d'argent ou de financement de terrorisme, faut-il sacrifier l'intérêt privé face à l'intérêt général ? Si la hiérarchie des intérêts en question ne fait aucun doute, la situation du banquier est désormais contradictoire, puisque tenu à une obligation de confidentialité envers son client, et, en cas de soupçon de blanchiment, à une obligation de « dénonciation » (par une déclaration de soupçon) de ce même client !

597. Certains auteurs évoquent même à cet égard, une obligation de « dénonciation » du banquier<sup>741</sup> dans son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. L'obligation de déclaration de soupçon fait du banquier le délateur de son propre client. Dans sa thèse sur la transparence commerciale, le professeur Garaud résume toute l'ambiguïté du banquier : « comment faire prévaloir la transparence sans pour autant sacrifier la confidentialité ?<sup>742</sup> »

598. Si l'obligation au secret bancaire est, sans aucun doute, éliminé par disposition légale<sup>743</sup>, c'est le déséquilibre de responsabilisation du banquier en cas de violation de chacune de ses deux obligations précitées qui est inopportun :

- Envers son client, sa responsabilité est difficilement retenue, puisque l'article 561-22 du Code Mon. Fin, élimine toute sanction à l'encontre du banquier qui fait une déclaration de suspicion « de bonne foi » dans le cadre du dispositif législatif de lutte contre le blanchiment d'argent. Et encore, il en est de même au regard de la responsabilité civile et en cas de préjudice résultant directement d'une telle déclaration ou communication, l'État répondra du dommage subi<sup>744</sup>.
- Envers les autorités de lutte contre le blanchiment, tout manquement du banquier à son obligation de vigilance ou de déclaration de suspicion engagera à son encontre une procédure disciplinaire, mais aussi sa

---

<sup>741</sup> J. Lasserre Capdeville, secret bancaire et obligation de dénonciation du banquier en droits français et Suisse, RSC 2005 p.21

<sup>742</sup> E. Garaud, la transparence commerciale, thèse de doctorat, Limoges, 1995, p.337

<sup>743</sup> Art 511-33 C. mon. fin

<sup>744</sup> H. Matsopoulou, L'obligation de déclaration : du secret à la révélation, Gaz. Pal. 2004, Mai-Juin, p.1825 : « ... on ne sait pas devant quelle juridiction agir, ni si c'est pour faute prouvée ou pour risque. Il nous semble que, puisque la déclaration se rattache à une opération de lutte contre la criminalité, la compétence devrait être la compétence judiciaire, et on pourrait retenir une responsabilité sans faute. Somme toute, ce serait une extension de l'application de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, et il est permis d'admettre une responsabilité fondée sur les principes du droit administratif, comme, d'ailleurs, la Cour de cassation l'a déjà affirmé (Cass., 1ere civile, 9 mars 1999, JCP 1999, G. II, 10069, rapport Sargos, D. 2000, p.398, note H. Matsopoulou)

poursuite pour le délit de blanchiment s'il est établi qu'il ait participé sciemment à l'opération suspecte<sup>745</sup>.

599. La protection de l'intérêt général comme justificatif de ce déséquilibre, place le banquier dans une situation d'infériorité et le pousse à procéder à la déclaration « tous azimuts »<sup>746</sup>, surtout qu'en ce cas, il n'encourt aucune responsabilité, et il est même délié de toute responsabilité civile.

600. Pour concilier les deux obligations du banquier diamétralement opposées, M. Garaud propose de les mettre en harmonie en limitant les déclarations en les subordonnant à une exigence de nécessité et de proportionnalité. Suivant cette théorie<sup>747</sup>, il faut limiter les révélations aux informations nécessaires à la procédure en question, et écarter les moyens d'informations disproportionnés, tels que les mesures d'enquêtes en droit de concurrence, et d'occulter les données surabondantes<sup>748</sup>. Cette théorie a le mérite de dresser (ou d'essayer) des critères objectifs afin de permettre au banquier de distinguer, en cas de déclaration de suspicion, les informations communicables de celles pas nécessairement communicables. Mais, la tâche d'appréciation des critères de distinction est laissée au banquier, et non pas à une autorité neutre, alors que sa propre responsabilité pourra être mise en question en cas de mauvaise appréciation, ce qui *de facto* va le pousser à une déclaration systématique, ce qui nous amène à évoquer les effets des motifs d'exceptions relatifs à la lutte contre le blanchiment d'argent sur le domaine d'application du secret bancaire.

### **Sous- section 3 : Les effets des moyens de lutte contre le blanchiment de capitaux**

601. Parmi les exceptions apportées au secret bancaire, celles relevant du motif de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, furent les plus abondantes en effets, et ont le plus, démarqué le champ de son application. Et elles

---

<sup>745</sup> H. Matsopoulou, *Op.cité*

<sup>746</sup> M.R. Tcheumaliou Fansi, le secret bancaire : L'entrée d'un principe au purgatoire, Banque et Droit, Mars-Avril 2015, p.23

<sup>747</sup> E. Garaud, *Op.cité*

<sup>748</sup> F. Boucard, Les obligations d'information et de conseil du banquier, Presses universitaires Aix- Marseille, 2002, p. 170

continuent de l'affecter tant que la notion de blanchiment de capitaux et les infractions sous-jacentes sont en constante évolution.

602. La déclaration du banquier aux services du TRACFIN, mentionnée à l'article L. 561-15, est établie par écrit. Depuis 2005, le TRACFIN propose à l'ensemble des professionnels concernés un service simple, souple et sécurisé de déclaration en ligne : la télé-DS.

603. La déclaration doit en outre être faite de bonne foi ce qui suppose que le soupçon soit étayé, documenté et fondé sur des données fiables et vérifiées, et doit être nourrie par les éléments ayant permis la détection des anomalies et ceux de l'analyse approfondie conduisant au soupçon. En accompagnement de la déclaration de soupçon, l'établissement de crédit est tenu d'opérer un gel des fonds et a une interdiction de leur mis à disposition<sup>749</sup> pour une durée de six mois, renouvelable, de tout ou partie des fonds sur décision du ministre de l'économie et des finances. Et par motif de coopération, les personnes ou organismes mentionnées à l'article 561-2 Code monétaire et financier doivent coopérer avec les services de l'État, et ne pourront pas opposer le secret professionnel ou le secret bancaire en la matière<sup>750</sup>.

604. Pour mesurer l'efficacité des moyens de lutte contre le blanchiment, il importe de souligner que l'éparpillement des textes nationaux applicables en matière de blanchiment et de financement du terrorisme. Cela est à la fois, le signe de l'intérêt porté à la question par les pouvoirs publics, mais aussi celui de l'incapacité du législateur à éviter le cumul, au fil des années, de textes de plus en plus confus, et entre lesquels il est parfois difficile de démêler les solutions applicables à telle ou telle situation. Aussi bien, les intéressés devront-ils jongler entre les dispositions contenues dans le code des douanes, le code pénal, le code monétaire et financier, sans compter les textes divers, et les directives découlant de la coopération internationale, dans un système juridique devenu tellement lourd à assimiler, mais surtout à appliquer.

605. Par le dispositif législatif et réglementaire mis en place pour la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant des actes criminels, de terrorisme ou de corruption, densifiés et variés, le secret bancaire est mis à l'épreuve de la vérité. L'obligation du

---

<sup>749</sup> Art. L. 562-1 C. monét. fin.

<sup>750</sup> Art. 562-12 C. monét. fin.



banquier de déclaration systématique de suspicion a emporté une « désacralisation du secret bancaire »<sup>751</sup>.

606. L'effet dilatoire du secret bancaire pour les motifs relevant de la lutte contre le blanchiment d'argent, est marqué par l'évolution constante et continue, des actes incriminés sous-jacents du crime de blanchiment, qui est passé des trafics de stupéfiants à la violation des lois de finances et de l'évasion fiscale, à l'échelle nationale et même internationale, et finalement la corruption. Les cas de déclaration de suspicion se multiplient à vitesse grandissante. Si le dispositif de la lutte contre le blanchiment de l'argent a été le plus influant dans la restriction du champ de confidentialité que bénéficiait jadis le client auprès de son banquier, son efficacité reste douteuse<sup>752</sup>. Est-ce dû à l'inefficacité des moyens employés ou à l'innovation des procédés de blanchiment ? Certes, un mélange des deux.

607. Pour conclure, il faut noter que le dispositif mise en place de lutte contre le blanchiment de capitaux, qui suppose une infraction sous-jacente, exprime son incapacité à contrer cette dernière. Le secret bancaire n'est pas le point de départ de la régularisation des failles du système juridique de lutte contre les défauts de responsabilité contre les infractions de la notion du blanchiment et de ses infractions sous-jacentes, mais bien sa dernière étape. Et si cet acte incriminé n'a pas été pénalisé ni au point de concertation, ni durant sa matérialisation, et non plus lors de la collecte des fonds qui en découlent, la faille est bien plus répandue pour viser seul l'acte de dissimulation dans des comptes bancaires.

---

<sup>751</sup> M.R. Tcheumaliou Fansi, *Op.cité*

<sup>752</sup> Malgré un dispositif réglementaire Européen strict d'application, le secteur bancaire danois a été secoué par la découverte d'opérations suspectes de la valeur de 200 milliards d'euros qui ont été transigées entre 2007 et 2015 auprès de la Dansk Bank, après notification de la part des autorités des États-Unis. L'officier de la lutte contre le blanchiment chez *Transparency International EU* a exprimé sa satisfaction de la découverte « mais cela rester inquiétant de voir que ce sont les États-Unis qui nous les ont signalées, L. Brillaud, *Transparence internationale EU (Transparency International EU)*, 4 décembre 2019, <https://transparency.eu/the-case-for-an-eu-anti-money-laundering-agency-is-clear-will-the-eu-take-action/>;

## DEUXIEME PARTIE : LE DECLIN DE LA NOTION DU SECRET BANCAIRE

---

608. En guise de synthèse de la première partie de la présente étude, le secret bancaire est une notion juridique, variante du secret professionnel et d'une nature juridique distinctive<sup>753</sup>. Ce traité de l'obligation au secret bancaire dans ses éléments, sa nature juridique, ses effets ainsi que de ses exceptions a mené à sa consécration comme notion juridique institutionnalisée. Le secret bancaire est composé de plusieurs éléments<sup>754</sup> qui, réunis, donneront effets à une protection des informations de natures confidentielles et d'opposition aux demandes de renseignement émanant des tiers non-autorisés<sup>755</sup>, et ce suivant les termes décrits par la loi et par la pratique bancaire. Dans ses effets, il octroie confidentialité et sécurité juridique au client, mais exprime aussi confiance de la clientèle envers une profession.

609. En plus de sa spécificité juridique, c'est une notion qui suscite un intérêt économique majeur, et ce à la différence de tout autre secret professionnel<sup>756</sup>. Pour le secret bancaire, l'intérêt économique a été omniprésent par son objet<sup>757</sup>, et grandissant avec le développement des activités bancaires<sup>758</sup> en expression de la confiance et de la sécurité des rapports juridiques en question, mais aussi par sa vocation à attirer des capitaux.

610. Si la notion a été employée en expression du droit fondamental du respect à la vie privée reconnu en vertu des Droits de l'Homme<sup>759</sup>, elle a suscité un intérêt juridique progressif. Comme toute pratique sociale ou économique, son envergure juridique est liée à la fréquence et à l'importance de son emploi. Cet intérêt s'est manifesté par l'abondance des textes réglementaires et juridiques qui ont régi le domaine d'application du secret bancaire, et surtout édictés ses exceptions, et font preuve de son institutionnalisation.

---

<sup>753</sup> Par sa consécration législative par la loi du 24 janvier 1984, ainsi que par sa longue liste d'exceptions.

<sup>754</sup> V. *Supra*, les éléments de l'obligation au secret bancaire, p. 47

<sup>755</sup> V. *Supra*, les effets de l'obligation au secret bancaire, p.143

<sup>756</sup> Le secret professionnel de l'avocat ou du médecin. V. *Supra* Introduction, l'intérêt économique p. 33

<sup>757</sup> V. *Supra*, La spécificité du secret bancaire, p.117

<sup>758</sup> V. *Supra*, Introduction, Introduction, Les intérêts du secret bancaire, p. 32

<sup>759</sup> Art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui instaure le respect de la vie privée

611. L'institutionnalisation du secret bancaire<sup>760</sup> est l'état de droit établi autour des règles et pratiques sociales et professionnelles qui régissent son application, limitent son domaine et déterminent ses cas d'exceptions à chaque instant T, et surtout dans un milieu social X. Ce régime juridique est édicté et révisé en fonction de l'évolution des normes sociales, afin de régir les rapports entre particuliers d'un milieu social spécifique, dans la gestion des informations confidentielles dans le domaine de l'activité bancaire<sup>761</sup>. En la matière, le droit régissant le secret bancaire est voué à la promotion de la démocratie, de la justice et de la constitution de l'humain dans ses rapports avec son banquier, et de la confiance qu'il doit inspirer, ainsi que de la sécurité juridique<sup>762</sup>, et ce en vue de :

- 1) définir un équilibre social général à vocation opératoire, à savoir la mise en œuvre du droit au secret bancaire, et
- 2) d'être imposé par une contrainte contrôlée génératrice de la confiance, à savoir la sanction, disciplinaire, civile ou pénale pour toute violation des contours du droit secret bancaire, et
- 3) d'être remis en cause, au moins dans une certaine mesure, dans le cadre de procédures déterminées, à savoir la mise en application des exceptions au droit au secret bancaire.

612. Ces normes sont donc dépendantes des valeurs de chaque société, et l'institutionnalisation du secret bancaire s'opère au niveau national. Certains auteurs évoquent la territorialité de l'obligation au secret<sup>763</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, et se basant sur la pratique du XIXe siècle de la libre consultation des registres fiscaux, l'administration fiscale norvégienne, par une décision ministérielle du 5 novembre

---

<sup>760</sup> P. Morcos, *Le secret bancaire face à ses défis*, ISBN 978-2-8027-2456-8, p.59 ; Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946, n. 66, p. 155

<sup>761</sup> V. à ce sujet, P. J. Bohannan, la théorie de la double institutionnalisation : « le passage de l'institution sociale à l'institution juridique s'opère par le mécanisme de la double institutionnalisation. Toute institution (sociale ou juridique) génère des coutumes, c'est-à-dire des règles de comportements qui doivent être respectées pour le bon fonctionnement des institutions. Les coutumes purement sociales sont fondées sur la réciprocité, celles qui deviennent juridiques sur la ré-institutionnalisation. Il y a passage du social au juridique dans la mesure où certaines coutumes sont choisies parmi d'autres par les institutions juridiques pour fournir les critères de décision permettant de résoudre les conflits qui portent atteinte au bon fonctionnement des autres institutions sociales », cité dans N. Rouland. *Anthropologie juridique (« Legal Anthropolgy »)*. Athlone presse, p.123

<sup>762</sup> J. Van Meerbeeck, F. Ost, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, coll. *Penser le droit*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 77, n. 2, 2016, p. 398

<sup>763</sup> J. Stoufflet, *L'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales*, *Gaz. Pal.*, Mai-juin 2005, p.1661

2019<sup>764</sup>, met à disposition des citoyens, les registres de déclarations de revenus des contribuables - qui contiennent évidemment le déchiffrement de leurs opérations bancaires - consultables en toute légalité, et ce nonobstant tout secret, y inclus le secret bancaire. Une preuve de la subordination de la règle juridique aux dictes sociaux, et une pratique qui ne qui saura donc trouver écho dans d'autres pays sauf contexte social similaire.

613. Sur ce, et tant l'acte de légiférer est une expression de la souveraineté nationale en expression des valeurs sociales nationales, chaque pays a choisi d'institutionnaliser son secret bancaire en délimitant son domaine d'application, et en dressant les limites de ses exceptions, suivant ses propres règles sociales et les coutumes des professionnels de son industrie bancaire. Cette institutionnalisation du secret bancaire est établie par un régime juridique propre, et suivant les normes et valeurs de chaque société.

614. Cette variété des applications de la notion, souvent choisies et établies suivant des contextes socio-économiques<sup>765</sup> propre à chaque pays, a donné naissance à une panoplie de versions de secret bancaire au niveau international : une institutionnalisation internationale, mais « hétérogène » du secret bancaire.

615. Cette littérature juridique des différentes versions de secret bancaire est intéressante. Elle est une expression du « conflit » entre les diverses valeurs sociales de chaque pays, mais elle comporte aussi un volet économique qui se manifeste par la concurrence internationale entre les différents systèmes bancaires pour l'attrait de capitaux entre les secteurs bancaires nationaux<sup>766</sup>. Si cette concurrence s'est accrue avec l'internationalisation des activités bancaires, elle s'est surtout manifestée par l'extension du domaine des activités bancaires, que ce soit géographiquement par l'internationalisation des activités bancaires et l'établissement de succursales internationales des établissements de crédit, ou même objectivement par le développement des services bancaires transfrontaliers. Cette concurrence, manifestée par des réglementations en opposition voire en confrontation, a mené à une course entre un courant cherchant à étendre son application pour bénéficier de ses effets financiers et économiques en dehors des limites territoriales de son régime d'adoption, et d'un autre menant à son neutralisation pour des fins progressifs d'ordre sécuritaire et fiscal. Et chaque courant a été porté par des valeurs sociales, propres à chaque pays. Une

---

<sup>764</sup>Décision du directeur de l'Office des impôts, Hans Christian Holte, afin d'inciter les citoyens à payer leur taxes sur le revenu, le quotidien le Monde numéro du 06 novembre 2019.

<sup>765</sup> Voir *Supra*, p.219 et Introduction, p. 33

<sup>766</sup> Voir *Supra*, L'intérêt économique du secret bancaire p.32 et le secret bancaire absolu p.147

concurrence qui s'est exprimée surtout autour des centres financiers offshores qui, cherchant à attirer des capitaux, ont adopté des réglementations strictes de secret bancaire, lésant de ce fait les centres financiers à plus haute ou plus stricte taxation<sup>767</sup>. Les pratiques des centres offshores, à caractère « parasitaire »<sup>768</sup>, et qui sont voués à attirer des activités bancaires et financières de l'étranger, ont soulevé la question de la détermination de la loi applicable à l'obligation au secret bancaire avec les différents éléments de rattachement internationaux en question<sup>769</sup>. Une problématique qui, avec le développement des activités bancaires offshores ou transfrontalières, a rendu les contours de l'obligation au secret bancaire, complexes à appréhender du fait d'une multitude de caractéristiques, mais aussi des exceptions disséminées dans les réglementations des différents pays en relation, ainsi que d'évolutions jurisprudentielles nationales régulières.

616. De point de vue juridique, cette concurrence a donné naissance à un conflit de lois au sens du droit international privé entre les différentes règles juridiques régissant la notion et ses exceptions : ainsi, le secret imposé par la législation dont relève une banque doit-il être observé en dehors du pays d'établissement de la banque ? Une banque peut-elle, et doit-elle, communiquer aux autorités du pays dont elle dépend des informations détenues par une succursale ou une filiale située à l'étranger ? Pour la violation du secret bancaire, faut-il considérer l'application de la loi du lieu où la révélation de l'information protégée s'est produite ou bien de la juridiction de la loi du pays du siège social de la banque ?

617. Ainsi que d'autres diverses problématiques juridiques qui sont restées non-résolues, et une fois abordées ont été mal résolues, laissant la place à une hétérogénéité juridique des règles régissant la question du secret bancaire dans les relations internationales<sup>770</sup>.

618. Ce conflit de lois, causé par une articulation irrégulière des règles du secret bancaire avec les règles de rattachement du droit international privé, a constitué le point de départ

---

<sup>767</sup> A. Bourgain, Vers la fin du secret bancaire dans les centres financiers *offshore* : une question d'éthique et de concurrence fiscale, *Revue d'économie financière*, 2015/3 n.119, p. 287 - 302

<sup>768</sup> J. Slemrod et J. Wilson, la compétition fiscale et les paradis fiscaux parasites, («*Tax Competition with Parasitic Tax Heavens*»), *Journal of Public Economics*, vol. 93, n. 11-12, p. 1261-1270.

<sup>769</sup> À savoir le lieu d'exécution du contrat, le lieu de domicile du client, le lieu du siège de la banque, et la nationalité du client

<sup>770</sup> P. Neau Leduc, Secret bancaire et frontières, *RDBF*, n.1, Janvier 2010, dossier 2 évoquant « Une confrontation du secret bancaire versus frontières ».

du déclin du secret bancaire. Un conflit qui a dégénéré pour laisser la place à une confidentialité hétérogène, voire déformée et dénaturée. Un déclin qui s'est opéré par la transposition des règles juridiques du secret bancaire, de législation nationale, dans un contexte international, mais sans adaptation adéquate.

619. Dans la transition de l'institutionnalisation de la notion juridique du secret bancaire au niveau national, à l'internationalisation des activités bancaires, l'appréhension du périmètre précis d'application du secret bancaire est devenue source d'insécurité juridique, par manque d'application adéquate des règles de rattachement juridique. La situation actuelle a débouché à un secret bancaire d'une version minimaliste dont le domaine d'application ne cesse de se rétrécir. Entre les deux mouvements, la notion du secret bancaire est en phase de déclin !

620. Sur ce, le premier courant marqué par une évolution du secret bancaire (*Titre premier*) a bénéficié de l'expansion de l'activité bancaire (*Chapitre I*), avant de trouver des limites dans l'intérêt grandissant de restreindre le domaine couvert par la confidentialité par le biais de lois d'application extraterritoriale (*Chapitre II*).

621. Le deuxième courant a surfé sur la vague de la transparence dans le monde des affaires, mais aussi pour répondre à des limitations de fins fiscales, pour donner naissance à une version nouvelle de la confidentialité (*Titre Deuxième*), établissant une nouvelle dimension de la confidentialité qui éclipse la notion juridique du secret bancaire par son partage extensif (*Chapitre I*), mais qui aussi manque de rigueur juridique et de légitimité (*Chapitre II*).

## **TITRE PREMIER : L'EVOLUTION DU CHAMP D'APPLICATION DU SECRET BANCAIRE**

622. L'évolution de la notion de secret bancaire a surtout bénéficié de l'expansion des activités bancaires à l'échelle internationale, menant à sa consécration comme un moyen d'attirer les capitaux et un atout économique indiscutable<sup>771</sup>. Mais, la pratique excessive de la confidentialité, surtout dans les centres offshores, et le manque d'adaptation de la sphère de cette dernière face à la standardisation des opérations bancaires

---

<sup>771</sup> S Guex, Les origines du secret bancaire suisse et son rôle dans la politique de la Confédération au sortir de la Seconde Guerre mondiale, Genèses, vol. 34, p. 4-27 ; V. *Supra*, Introduction, Les intérêts du secret bancaire, p.32

transfrontalières, ont provoqué une action commune de la part des pouvoirs étatiques et bancaires, afin de corriger ses méfaits<sup>772</sup>. En plus, les différentes versions du secret bancaire, mais surtout les différentes approches du concept de la confidentialité dans le milieu des affaires, sont entrés en compétition juridique menant à des conflits de lois. Entre un courant plaidant à étendre le champ d'application du secret bancaire, et un autre œuvrant pour sa limitation, l'expansion des activités bancaires qui a été l'atout de l'essor de la notion du secret bancaire, s'est avéré aussi la cause de son déclin.

623. Le secret bancaire s'inscrit tout d'abord dans un repère national<sup>773</sup>. Il est une expression de la confiance de la clientèle dans la profession bancaire, dont l'activité participe à l'intérêt du public et, « dans une large mesure, l'intérêt public »<sup>774</sup>, une notion à dimension principalement nationale.

624. Même s'il est reconnu et protégé dans de nombreux pays à des titres et des degrés divers<sup>775</sup>, ses limitations n'ont pas trouvées la même reconnaissance sur la scène internationale. L'articulation entre les différentes règles nationales déterminant le domaine d'application du secret bancaire a mené à un conflit de lois au sens du droit international privé. Si le champ d'application de l'obligation au secret bancaire s'est élargi avec l'expansion des activités bancaires, les règles qui régissent le secret bancaire n'ont pas été harmonisées, avec celles de la profession bancaire réalisées. À titre d'exemple, dans l'Union européenne l'unification du marché des services bancaires opérés par la seconde directive bancaire du 15 décembre 1989 n'a pas englobé les règles de la confidentialité. Et la cause réside dans la diversité des conceptions des différents pays quant à la nature du devoir de secret, mais aussi en raison de la diversité des conceptions quant à la nature du devoir de secret<sup>776</sup> et surtout quant à l'étendue des exceptions et dérogations qui y sont apportées. Le résultat était un décalage d'harmonisation des règles du secret bancaire par rapport à celle d'organisation des activités bancaires.

---

<sup>772</sup> N. Johannsen et G. Zucman, La fin du secret bancaire ? Une évaluation du G20 sur la répression des paradis fiscaux (« *The End of Bank Secrecy? An Evaluation of the G20 Tax Haven Crackdown* »), *American Economic Journal*, 6 février 2014, p. 65-91; M. A. Young, Le secret bancaire et les centres financiers offshores (« *Banking Secrecy and Offshore Financial Centers. Money Laundering and Offshore Banking* »), Routledge, 2013.

<sup>773</sup> Consacré législativement en France par la loi du 24 janvier 1984, ainsi que dans nombreux pays

<sup>774</sup> J. Stoufflet, *Op. Cité*, p.1661

<sup>775</sup> P. Neau Leduc, *Secret bancaire et frontières, Op.cité.*

<sup>776</sup> V. *Supra*, Le fondement de l'obligation au secret bancaire, p.130

625. Si les nouvelles démarcations transfrontalières ont été imposées au secret bancaire en fonction du régime juridique des succursales ou filiales des établissements de crédit établies à l'étranger, ainsi que du régime applicable aux opérations bancaires internationales, et le traitement des informations bancaires au niveau international (*Chapitre I*). Mais aussi, la notion du secret bancaire a subi un revers dans son domaine d'application en fonction du régime juridique des lois, règlements déterminant ses exceptions et aussi des injonctions extraterritoriales (*Chapitre II*).

## **CHAPITRE I : L'EXPANSION DES ACTIVITES BANCAIRES**

626. L'expansion des activités bancaires s'est opérée à travers la multiplication des points d'exploitation physique par le biais des succursales et filiales bancaires, mais aussi par les différents services transfrontaliers de la banque. De ce fait, une circulation matérielle ou électronique des documents ou données des clients s'opère entre plusieurs juridictions. Les règles du secret bancaire doivent faire face à cette réalité nouvelle. Une transaction bancaire opérée par le client entre deux établissements bancaires, ou même au sein d'un seul établissement et sa succursale, transite par plusieurs juridictions. Et encore, le client qui navigue sur les services de banque en ligne, transmet ces données confidentielles du site de sa banque vers le serveur de stockage des données du banquier, le plus souvent localisé dans un autre État<sup>777</sup>.

627. Intégré dans le statut légal des établissements de crédit, le secret bancaire est censé avoir un champ d'application territorial qui devrait être calqué sur celui du statut de l'établissement bancaire. Or la solution n'est pas aussi simple, suivant l'étalement des informations couvertes par le secret, que ce soit par le passage entre plusieurs entités, ou par exécution d'une opération transfrontalière. D'où il importe de faire l'étude de l'expansion des activités bancaires (*Section 1*), que ce soit de point de vue structurel du développement international de l'industrie bancaire (*Sous-Section 1 – l'internationalisation des activités bancaires*). Mais aussi de point de vue objectif avec l'extension du marché des services bancaires (*Sous-Section 2 – les activités bancaires transfrontalières*), avant d'examiner l'impact de cette expansion sur l'obligation au secret bancaire et son régime juridique (*Section 2*).

---

<sup>777</sup> Le Livre blanc de la Banque de France, Internet, quelles conséquences prudentielles ?, 2000, p.17 (s).



## SECTION 1 : L'INTERNATIONALISATION DES ACTIVITES BANCAIRES

628. L'activité bancaire s'est considérablement internationalisée depuis la fin de la seconde guerre mondiale. En outre de l'intensification des relations industrielles et commerciales à l'échelle mondiale<sup>778</sup>, les innovations technologiques et la nécessité de créer de la valeur pour les actionnaires, ont conduit les banques à développer leur activité, ainsi que de recourir à des prestataires de services, à l'étranger. L'essor des échanges internationaux serait le prolongement naturel de la croissance des économies nationales<sup>779</sup>, une approche qui s'applique aussi aux activités bancaires. Du côté de la réglementation, ce processus a été mis en place par le biais d'un dispositif réglementaire encourageant. Ainsi, l'Union Européenne, inspirée du Traité de Rome de 1957<sup>780</sup>, a fait du principe de la liberté de circulation des capitaux un catalyseur de l'internationalisation des activités bancaires. Selon la définition de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>781</sup>, les mouvements transfrontières de capitaux comprennent :

- les investissements directs étrangers (IDE) ;
- les investissements ou achats immobiliers ;
- les placements en titres (actions, obligations, bons, unit trusts,) ;
- l'octroi de crédits et de prêts ;
- d'autres opérations effectuées avec des établissements financiers, y compris les transactions à caractère personnel : dots, legs, dotations, etc.

629. Pour les services bancaires, la directive du 15 décembre 1989<sup>782</sup> définit les grands principes de l'accès et l'exercice de l'activité bancaire :

---

<sup>778</sup> Notamment par la création de la BFCE et de la Coface par la loi n. 45-015 du 2 décembre 1945.

<sup>779</sup> A. Smith, Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations, 1776 cité dans J. Adda, Les origines internationales du capitalisme marchand - Dans La mondialisation de l'économie (2012), p. 11 : « l'histoire d'un mouvement progressif d'intégration des marchés, depuis une base locale, villageoise, jusqu'au marché planétaire actuel, en passant par les marchés régionaux, nationaux, puis internationaux ».

<sup>780</sup> Conseil CEE : première directive pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (JO 43 du 12.7.1960, p. 921) complété par le traité de Maastricht de 1993 a fait de la libre circulation des capitaux une liberté protégée par les traités. Aujourd'hui, les articles 63 à 66 du traité sur le FUE (traité sur le fonctionnement de l'union européenne (1957) puis modifié à plusieurs reprises jusqu'au traité de Lisbonne de 2009) interdit toutes les restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements entre les États membres ainsi qu'entre les États membres et les pays tiers

<sup>781</sup> Annexe à la directive 88/361/CEE

<sup>782</sup> Directive UE n.89-646 du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77780 CEE, JOUE du 30 décembre 1989.

- faciliter la libre prestation de services des établissements de crédit ;
- permettre la liberté d'établissement des banques ;
- harmoniser les règles prudentielles

630. En dehors de l'Union Européenne, le processus a été similaire, et en fonction des conventions internationales d'agrément, et sous condition de réciprocité<sup>783</sup>. Le phénomène de l'internationalisation des activités bancaires a pris des formes multiples :

- implantation des banques hors des frontières du pays de leur établissement principal,
- création de filiales ou de succursales,
- prise de contrôle de banques étrangères ou association avec des banques étrangères,
- participation au financement d'un commerce international, et
- opérations sur le marché international des capitaux<sup>784</sup>.

631. Auquel s'ajoute le recours fréquent à la sous-traitance de certaines activités connexes auprès des prestataires de services.

632. Ce mouvement de libéralisation suscite inévitablement des incidents juridiques de conflits bancaires et interbancaires. En dépit de l'internationalisation des activités bancaires, les principes juridiques qui gouvernent les transactions du banquier doivent être maintenus et respectés. Ni la multiplication des entités d'exploitation bancaires, ni le développement des services bancaires en ligne ne devraient conduire à remettre en cause les principes des règles juridiques de gestion de la relation contractuelle du client avec son banquier, et *inter alia* l'obligation de secret bancaire. De plus, les liens structurels des groupes bancaires multinationaux imposent un minimum de parallélisme des contrats et d'usages<sup>785</sup>.

633. Il pouvait sembler séduisant de songer à rattacher systématiquement les opérations de la banque à une loi unique, celle de la loi du siège social de la banque<sup>786</sup>. Cette solution simple aurait le premier mérite d'assurer l'égalité de traitement entre les clients d'une banque. Mais en pratique la réalité juridique est différente, et soulève des

---

<sup>783</sup> Directive UE n. 89-646 du 15 décembre 1989, art. 8 et 9

<sup>784</sup> B. Moschetto et A. Planiol, Les activités bancaires internationales : PUF, coll. *Que sais-je ?*, n. 1635. ; J. Roussillon, B. Moschetto, La Banque et ses fonctions : PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2003.

<sup>785</sup> Les techniques bancaires, malgré d'indéniables ont à travers le monde une naturelle parenté : *La lex bancaria*, V. à ce sujet, C. Gavaldà, Conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales, Répertoire de droit international, Décembre 1998 (actualisation : Janvier 2015)

<sup>786</sup> A. Pillet, Traité pratique de droit international privé, t. 2, Paris, 1924, Sirey, n. 498

problématiques surtout pour un sujet tel que le secret bancaire : les succursales bancaires, qu'il s'agisse des succursales de banques étrangères en France ou des succursales de banques françaises à l'étranger, sont-elles au regard du secret professionnel soumises aux dispositions de la loi locale ou à celles de la loi du pays de leur siège ? Une transmission irrégulière à distance des données couvertes par le secret vers une succursale où le secret bancaire n'a pas le même régime juridique, peut-il constituer le délit français de violation du secret bancaire<sup>787</sup>, surtout si cet élément matériel sera imputable à une personne visée par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier<sup>788</sup>.

634. L'article L. 511-34 du Code monétaire et financier a traité la question de l'échange d'informations au sein d'un groupe, quoique partiellement pour des opérations spécifiquement mentionnées<sup>789</sup>, et sans viser spécialement le secret bancaire, mais a eu une incidence sur l'application internationale des règles de ce secret.

635. Le régime juridique du secret bancaire est mis à l'épreuve face à l'internationalisation des activités bancaires. De même, cette gestion des informations confidentielles diffère selon la nature des entités en question. Mais aussi, il est difficile de garder le régime de gestion des informations confidentielles sous le règne d'une seule loi, tant l'activité bancaire internationalisée est en effet « protéiforme »<sup>790</sup>. Un conflit de lois s'impose *de facto* par opposition des textes régissant le secret bancaire, pour les opérations bancaires internationales mais aussi pour les entités bancaires transfrontalières. Une articulation est nécessaire entre les règles de secret bancaire de source d'inspiration nationale avec les activités et les opérations internationales des établissements de crédit.

---

<sup>787</sup> L'article L. 113-2 du Code pénal

<sup>788</sup> Personne participant à un titre quelconque à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit, ou employée par l'un de ceux-ci

<sup>789</sup> L'article L. 511-34 du Code monétaire et financier, bien qu'il ne concerne pas exclusivement les établissements de crédit et ne traite pas directement du secret bancaire, évoque la transmission à des entreprises du même groupe :

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 entités réglementées ou sociétés de financement ;
2. Les informations nécessaires à l'organisation de la lutte contre le blanchiment des capitaux et contre le financement du terrorisme ;
3. Les informations nécessaires à l'organisation de la détection des abus de marché mentionnés à l'article 16 du règlement (UE) no 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 ;
4. Les informations nécessaires à la gestion des conflits d'intérêts au sens du 3o du I et [du] 3o du II de l'article L. 533-10 (Ord. no 2016-827 du 23 juin 2016, art. 26, en vigueur le 3 janv. 2018)

<sup>790</sup> C. Gavaldà, Conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales, *Op.cité.* : La diversité des situations juridiques naissant entre une entreprise bancaire et sa clientèle implique l'intervention éventuelle de législations multiples entre le droit commun civil, commercial et celui des sûretés

636. L'intérêt de la question réside dans la détermination des règles de secret bancaire applicable en cas d'opérations bancaires internationales et/ou entre des sujets établis dans des juridictions différentes, et encore plus important les règles de dérogations au secret bancaire dans de tels cas. La réponse suppose une étude du régime juridique des succursales et des filiales bancaires sous le principe de la liberté d'établissement (*Sous-section 1*), ainsi que des opérations bancaires transfrontalières sous le principe de la liberté de prestation de services<sup>791</sup> (*Sous-section 2*), pour pouvoir faire le rattachement juridique adéquat de l'obligation au secret bancaire<sup>792</sup> (*Section 2*) dans un contexte de plus en plus mondialisé.

### **Sous-section 1 : Les succursales et filiales bancaires**

637. L'internationalisation des marchés bancaires et financiers a entraîné la naissance des groupes bancaires transfrontaliers. Ces derniers engagent leurs activités via des filiales ou des succursales étrangères, en considération des critères choisis de gestion, mais dans les deux cas dans le but d'ouverture sur de nouveaux marchés. Si les banques entreprennent des activités de banque de dépôts, banque d'affaires, ou établissement de crédit<sup>793</sup>, elles s'internationalisent, principalement, sous la forme de succursales ou de filiales bancaires<sup>794</sup>. Dans les deux cas, et nonobstant le droit auquel elles seraient soumises, il est certain que, malgré leur implantation à l'étranger, les techniques et règles de gestion de ces établissements de crédit seront *de facto* inspirées de celles de la maison mère. Même pour le client, le choix d'une banque étrangère pourrait laisser entendre qu'il recherche une certaine forme de confiance, et une technique bancaire particulière. Ainsi, la clientèle des banques étrangères est surtout composée de ses propres nationaux vivant à l'étranger ou des nationaux appelés à négocier avec le pays dont relève la banque étrangère. Mais d'un autre côté, et du fait que l'activité des établissements de crédit est

---

<sup>791</sup> L'article 33 de la Directive UE n. 2013/36/UE : «Les États membres prévoient que les activités visées à l'annexe I peuvent être exercées sur leur territoire (...), soit au moyen de l'établissement d'une succursale soit par voie de prestation de services par tout établissement de crédit agréé et surveillé par les autorités compétentes d'un autre État membre, sous réserve que ces activités soient couvertes par l'agrément ».

<sup>792</sup> V. les Lignes directrices ACPR relatives aux échanges d'informations au sein d'un groupe et hors groupe (mars 2011)

<sup>793</sup> Avant l'adoption de la déspecialisation et à l'universalisation de l'activité bancaire française par la réforme Debré, par les décrets du 25 janvier 1966 (JORF u 28 janvier 1966). Et du 29 décembre 1966 (JORF 30 décembre 1966) autorisent les banques de dépôts à recevoir des dépôts de plus de 2 ans, et les décrets du 2 juillet 1967 (JORF 13 juillet 1967) et du 28 septembre 1967 (JORF 29 septembre 1967) permettent le développement des banques de crédit à moyen et long terme en organisant le crédit-bail mobilier et immobilier de 1967

<sup>794</sup> En écartant les bureaux de représentation qui n'ont pas vocation à entreprendre des activités bancaires ou de financement V., en ce sens, J. Stoufflet, Banque et opérations de banque en droit international, Juris Cl. banque et crédit, fasc. 120, n. 45 et s.

réglementée<sup>795</sup>, son exercice nécessite un agrément qui respecte les lois du pays de son lieu d'activité. Une certaine dualité de régime juridique s'impose.

638. Si la filiale d'un établissement bancaire étranger est une personne de droit certainement soumise par son activité, au Droit du pays de son lieu d'immatriculation et d'activité nonobstant la qualité et nationalité de ces actionnaires et dirigeants, la question devient plus compliquée pour les succursales. En effet, la succursale est dépourvue de la personnalité morale<sup>796</sup>, et l'entité est considérée une continuation de la personnalité juridique de sa société-mère de nationalité étrangère.

639. Sous quel régime juridique exercera une entité bancaire en dehors de son lieu de son principal établissement ? Quelles règles de confidentialité sera-t-elle tenue d'appliquer, surtout quand celles-ci divergent dans leurs prescriptions ? Celles de son siège auquel il est affilié ou celle du lieu d'activité ?

640. Pour y répondre, un traitement du régime juridique applicable aux succursales et filiales bancaires sera nécessaire (§ A), avec détermination des cas d'application des lois de son principal établissement et de son lieu d'activité, ainsi que le régime de la consolidation des deux sources de règles (§ B).

## A. Régime juridique

641. Un établissement bancaire qui vise à s'établir en dehors de l'espace juridique de son lieu d'établissement principal, et profiter de l'export de son expertise bancaire et de l'ouverture de nouveau marché, se heurte à des obstacles juridiques. Dans un souci d'homogénéité des réglementations de gestion, il doit chercher à adapter les règles de son propre régime juridique, et *inter alia* celles relatives au secret bancaire, avec celle de son nouveau lieu d'établissement. Et dans la plupart des cas, ces règles édictées en fonction de valeurs sociales et/ou économiques propre à chaque pays, mais aussi en expression d'une souveraineté nationale, sont difficilement conciliables. Dans son

---

<sup>795</sup> A. Sala, M. Leroy et L. Posocco, Banque, Répertoire de droit européen, Juin 2020 : « Les banques tiennent une place centrale entre les agents économiques qui investissent et ont un besoin d'argent (entreprises et emprunteurs) et les agents qui sont en capacité d'en offrir (épargnants, déposants et investisseurs). Elles créent de la monnaie, gèrent les moyens de paiement, collectent des dépôts et de l'épargne ».

<sup>796</sup> Art. L. 511-21, 4 bis du Code monétaire et financier : « Le mot « succursale » désigne un siège d'exploitation qui constitue une partie dépourvue de personnalité juridique d'un établissement de crédit ou d'un établissement financier et qui effectue directement, en tout ou en partie, les opérations inhérentes à l'activité d'un établissement de crédit »

ouvrage, le Droit bancaire européen<sup>797</sup>, Mme Blanche Sous-Roubi, évoque le « labyrinthe » des textes, décisions et arrêts en la matière des services financiers.

642. Les établissements de crédit visant à s'établir en dehors de leur pays de principal établissement obtiennent leur agrément d'accès à la profession de banquier auprès des autorités compétentes de leur pays d'origine, et en France par l'ACPR<sup>798</sup>. À présent, le cadre général applicable à l'activité bancaire, y inclus l'établissement de succursale, est principalement établi par deux textes adoptés à la date du 26 juin 2013 :

- les règles relatives à l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement sont prévues par la directive 2013/36/CE, appelée CRD IV<sup>799</sup>, et
- les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement indiquées par le règlement (UE) n. 575/2013, nommé CRR<sup>800</sup>.

643. Dans la logique de l'Acte unique européen du 17 février 1986 et du Traité sur l'Union européenne de 1992, visant à édifier un marché dit unique, la liberté d'établissement et de prestation de services vise le secteur bancaire. Sous le signe de la construction de ce marché unique répondant à des normes de libre concurrence au sein du territoire européen, et visant des opportunités d'exercice égalitaire, mais aussi sous un contrôle unique, un encadrement juridique unifié<sup>801</sup> est adopté au sein de l'Union européenne visant les établissements de crédit.

644. Selon leur définition<sup>802</sup> introduite par le Règlement n. 575/2013, l'établissement de crédit est « *l'entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte* »<sup>803</sup>. Et comme la bonne gestion de ces établissements doit constamment répondre à la sauvegarde des

---

<sup>797</sup> B. Sous-Roubi, Droit bancaire européen, 1<sup>re</sup> éd., 1995, Précis, Dalloz, n. 5, 40 et 41

<sup>798</sup> Art. L. 511-10 du C. monét fin.

<sup>799</sup> Directive UE n. 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013, JOUE, n. L 176, 27 juin

<sup>800</sup> Règlement (UE) no 575/2013 du Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013). Les normes prudentielles ont encore été renforcées en 2019 par le règlement (UE) 2019/876 du 20 mai 2019 connu comme le CRR II, JOUE, n. L 150, 7 juin 2019

<sup>801</sup> Via la première directive du 12 décembre 1977 (Directive UE n. 77/780 du Conseil, 12 déc. 1977, JOCE, n. L 322, 17 déc.) visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, ainsi que La deuxième directive de coordination bancaire, du 15 décembre 1989 (Directive n. 89/646 du Conseil, 15 déc. 1989, JOCE, no L 386, 30 déc.), est allée plus loin en établissant le principe d'un agrément unique et en renforçant les exigences de capitaux propres et les règles prudentielles.

<sup>802</sup> Art. L 511-1 du code monétaire et financier établi par l'article 4 du règlement du 26 juin 2013 (Règlement n. 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, art. JOUE, n. L 176/1, 27 juin), qui a harmonisé les réglementations nationales et a imposé en France la modification de la définition issue de la loi bancaire de 1984 (loi n. 84-46 du 24 janv. 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit). La définition des établissements de crédit y mentionnée est issue de la première directive du 12 décembre 1977 (Directive UE n. 77/780 du Conseil, 12 déc. 1977, JOCE, n. L 322, 17 déc.).

<sup>803</sup> V. à ce sujet l'ordonnance n. 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement.

intérêts des déposants mais aussi la disponibilité des moyens de financements<sup>804</sup>, et ainsi la stabilité du marché commun, cet encadrement a été initié depuis la première directive du 12 décembre 1977<sup>805</sup> visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice. Cette directive a été suivie par une deuxième au sujet de la coordination bancaire, du 15 décembre 1989<sup>806</sup> établissant le principe d'un agrément unique et en renforçant les exigences de capitaux propres et les règles prudentielles.

645. En vertu de la liberté d'établissement<sup>807</sup>, et en application des règles de la directive 2013/36/CE, le passeport européen accorde aux établissements de crédit des pays communautaires, un droit d'accès au marché commun pour exercer les activités dont ils sont agréés, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un agrément exprès auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil<sup>808</sup>. Une simple notification aux autorités du pays d'accueil sera suffisante, et ce, suivant les termes décrits à l'article 39 de la Directive n. 2013/36/UE.

646. Cependant, cette solution ne vise que l'établissement de crédit établi sous forme de succursale, et relevant des pays de l'UE. En effet, tout établissement de crédit désireux d'établir une filiale dans un autre État membre peut solliciter, auprès de l'autorité de ce dernier, un agrément sous les conditions requises pour les établissements nationaux de ce pays d'accueil. La filiale en question est une société ayant son siège social sur le territoire de l'État membre d'accueil, portant la nationalité de ce dernier et soumises à son Droit : la filiale sera donc « nationale »<sup>809</sup>. Certes, cet agrément ne saurait lui être refusé en raison d'une discrimination fondée sur sa nationalité. Même si le principe de liberté d'établissement s'applique conformément au droit communautaire, cette liberté ne délie pas l'obtention d'un agrément pour une filiale du seul fait que son actionnaire

---

<sup>804</sup> Les dysfonctionnements des sources de financement sont susceptibles de causer deux risques : le risque systémique d'une défaillance d'établissements en cascade qui entraîne la chute d'une économie nationale, régionale ou mondiale, et le risque d'inefficacité est celui d'un accès coûteux et/ou insuffisant au financement nécessaire économiquement (investissement des entreprises et innovation) et socialement (consommation) réf. Art 76 à 87 de la Directive 2013/36/UE

<sup>805</sup> JOUE du 17 décembre 1977

<sup>806</sup> JOUE du 30 décembre 1989

<sup>807</sup> Articles 49 à 55 TFUE

<sup>808</sup> « Les États membres prévoient que les activités visées à l'annexe I peuvent être exercées sur leur territoire, soit au moyen de l'établissement d'une succursale soit par voie de prestation de services par tout établissement de crédit agréé et surveillé par les autorités compétentes d'un autre État membre, sous réserve que ces activités soient couvertes par l'agrément »

<sup>809</sup> A. Sala, M. Leroy et L. Posocco, Banque, *Op.cité* n.112

principal soit un établissement de crédit<sup>810</sup> qui bénéficie d'un agrément dans un autre État membre : une certaine restriction à la portée de la liberté d'établissement. Cependant, cela est amplement justifié en droit, par l'absence de reconnaissance mutuelle des filiales et, par l'objectif supérieur du droit bancaire communautaire consistant à garantir la sécurité de l'espace financier européen. Au sujet du secret bancaire, les règles imposées par la loi locale à la filiale doivent être observés au regard de la société-mère. Celle-ci n'est qu'un associé et les associés en tant que tels ne peuvent bénéficier d'une dérogation au secret dont est tenue une société<sup>811</sup>. Le secret ne fait cependant pas obstacle au contrôle par la société-mère de sa filiale ; mais le droit de contrôle d'un associé majoritaire n'implique pas la connaissance de faits particuliers couverts par le secret.

647. L'essentiel de la directive 2013/36/CE dans son Titre V concerne donc les entités établies sous forme de succursale. En étant une structure sans personnalité morale propre, suivant la définition introduite à l'article L. 511-21, 4 bis du Code monétaire et financier, la succursale d'un établissement de crédit agréée bénéficie amplement du passeport européen tel que décrit auparavant. Néanmoins, l'obtention d'un agrément spécial à cet égard dans le pays d'accueil sera indispensable si l'activité à exercer au pays d'accueil n'est pas incluse dans son agrément du pays d'origine<sup>812</sup>. En raison de l'absence d'une harmonisation de l'intégralité des activités exercées par un établissement de crédit, il a été nécessaire de déterminer le contenu des activités bénéficiant de la liberté d'établissement en vertu du passeport bancaire européen. En effet, un établissement peut être autorisé dans son État d'origine à exercer une activité qui n'est pas permise aux établissements de crédit dans l'État d'accueil ou vice versa<sup>813</sup>.

648. Même la multiplicité, dans un même État membre d'accueil, de plusieurs sièges d'exploitation<sup>814</sup> répondant à cette définition, constituent « une seule succursale »<sup>815</sup>, à

---

<sup>810</sup> Cependant la prise de participation appelée, selon les modalités générales prévues à l'article 14 au Titre III de la Directive 2013/36/UE, une autorisation préalable.

<sup>811</sup> En ce sens M. Aubert, J.-P. Kernen et H. Schönle, *Le secret bancaire suisse : Staempli et Cie*, Berne 2e éd. 1982, p. 289 ; V. *Supra*, le débiteur de l'obligation au secret bancaire, p. 48

<sup>812</sup> Cass. Com. 28 nov. 2006, Banque et Dr. 2007. 30, n. 112, obs. Th. Bonneau

<sup>813</sup> B. Sous-Roubi. *Op.cité*, n.262 évoquant « deux conditions cumulatives : l'inscription de l'activité sur la liste en annexe étant une condition générale, sa mention dans l'agrément considéré constituant une condition particulière »

<sup>814</sup> Pour la notion de « siège d'exploitation » V. CJCE, 22 nov.1978, Somafer c/ Saar-Ferngas affaire n. 33/78, Rec. 2183. « *La notion de succursale [...] implique un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci* ». « ...tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement .. ». V. aussi L. Roeges, *L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la Deuxième directive bancaire*, RDBB 1994. 21.

<sup>815</sup> Article 38 de la Directive UE n. 2013/36/UE, *Op.cité*



condition que leurs activités soient incluses dans l'agrément de la maison mère. Ainsi, les modalités d'ouverture de multiples succursales – ou siège d'exploitation - dans l'État membre d'accueil ne nécessitent pas de nouvelle notification sauf exercice de nouvelle activité non-prévue dans l'agrément précédent<sup>816</sup>.

649. D'où, à partir de son agrément de son pays d'établissement principal, la succursale pourra exercer ses activités dans le pays d'accueil, et ce dans les limites des services autorisés dans son agrément<sup>817</sup>. Et de ce fait, la succursale, bien que établie dans un pays d'accueil, reste soumise aux lois de son pays d'origine pour son régime d'agrément d'accès à la profession sur ce nouveau marché. Mais, cela ne la délie pas de respecter les lois de son lieu d'activité surtout celles en relation de sa gestion et de sa relation avec ses clients<sup>818</sup>, notamment les règles de secret bancaire.

650. Pour les succursales d'établissements de crédit ayant leur siège hors de l'Union européenne, la directive du 26 juin 2013 traite dans ses articles 47 et 48 de la question des relations des entreprises des pays tiers avec les États membres. À leur égard, deux types de règles sont instaurées : d'une part celles relatives aux notifications relatives aux succursales d'établissements de crédit de pays tiers et aux conditions d'accès pour les établissements de crédit possédant ces succursales et d'autre part celles relatives à la

---

<sup>816</sup> Art 39 de la de la Directive UE n. 2013/36/UE, *Op.cité* évoque au sujet de la notification de l'agrément l'expression « pour la première fois » mais dans le cadre de la liberté de prestation de service, qui devait être appliquée par analogie pour les cas de la liberté d'établissement.

<sup>817</sup> La liste des activités qui peuvent être permise en vue de l'agrément est fort large. V. Annexe I de la Directive UE 2013/36/UE

- 1) la réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables ;
- 2) les prêts (y compris notamment : le crédit à la consommation, le crédit hypothécaire, l'affacturage avec ou sans recours, le financement des transactions commerciales ;
- 3) les opérations de crédit-bail ;
- 4) les services de paiement au sens de l'article 4, point 3), de la directive n. 2007/64/CE ;
- 5) l'émission et la gestion de moyens de paiement (cartes de crédit, chèques de voyage, lettres de crédit) ;
- 6) l'octroi de garanties et la souscription d'engagements ;
- 7) les transactions pour le compte propre de l'établissement ou pour le compte de sa clientèle sur : a) les instruments du marché monétaire (chèques, effets, certificats de dépôts, etc.), b) les marchés des changes, c) les instruments financiers à terme et les options, d) les instruments sur devises ou sur taux d'intérêt et e) les valeurs mobilières ;
- 8) la participation aux émissions de titres et prestations de services y afférents ;
- 9) le conseil aux entreprises en matière de structure de capital, de stratégie industrielle et des questions connexes et les conseils, ainsi que les services dans le domaine de la fusion et du rachat d'entreprises ;
- 10) l'intermédiation sur les marchés interbancaires ;
- 11) la gestion ou le conseil en gestion de patrimoine ;
- 12) la conservation et l'administration de valeurs mobilières ;
- 13) les renseignements commerciaux ;
- 14) la location de coffres ;
- 15) l'émission de monnaie électronique.

<sup>818</sup> V. *Infra*, Application de la loi du lieu d'activité, p.261

coopération avec les autorités de surveillance des pays tiers en matière de surveillance sur une base consolidée.

651. Dans les deux cas, une répartition de rôles et de juridictions législatives s'impose entre le pays d'origine (§a) et le pays d'accueil (§b). Et une dualité de régime juridique règlera les activités des succursales des établissements de crédit établies dans les pays communautaires. Bien que le rôle de la BCE (Banque Centrale Européenne) ait été mis en avant<sup>819</sup>, une répartition des rôles et d'autorité de la loi du principal établissement et celle du lieu d'activité demeure notable.

#### **a. Application de la loi du lieu de l'établissement bancaire principal**

652. De principe, et par l'agrément émis par les autorités compétentes du pays de leur siège principal<sup>820</sup>, les succursales des établissements de crédit restent soumises aux règles, quoique harmonisées, édictées par ce dernier. Ainsi, elles sont agréées en fonction de critères de fonds propres, dirigeants, d'actionnariat<sup>821</sup>, ainsi que de contrôle financier<sup>822</sup>. De ce fait, elles seraient tenues de se soumettre aux dispositions de la législation du pays de leur siège, ainsi qu'à l'autorité des organes de contrôle de celui-ci, sur la structure financière de l'entreprise (capital minimum)<sup>823</sup>, sur la gestion financière (observation des ratios de solvabilité, de liquidité<sup>824</sup>...), sur la comptabilité, sur la spécialisation professionnelle (limitation des cumuls d'activités) et, bien entendu, à la réglementation du crédit (encadrement du crédit, réserves obligatoires...)<sup>825</sup>.

653. Il faut noter que l'harmonisation entre les règles des différents pays de l'Union est devenue fort avancée visant à créer des règles de base concernant l'accès et l'exercice de l'activité bancaire, mais aussi avec celles des Etats tiers. Si l'agrément obtenu des autorités du pays d'origine permet l'exercice des activités agréées, tant sous forme de bureau de représentation, de succursale ou de filiale<sup>826</sup>, la compétente de ces autorités a

---

<sup>819</sup> V. le règlement n. 1024/2013/UE du Conseil du 5 octobre 2013 ont apporté des modifications aux conditions et à la procédure d'agrément et la mise en place du mécanisme de surveillance unique (MSU)

<sup>820</sup> Art L. 511-10 C. monét. fin

<sup>821</sup> Art. 14 de la Directive n. 2013/36/UE

<sup>822</sup> Art L. 511-12-1 C. monét. fin

<sup>823</sup> Art. 511-11 C. monét. fin. et fixé entre 1 à 5 millions euros selon l'article 12 de la Directive 2013/36/UE

<sup>824</sup> Art. 111 Règlement (UE) n. 575/2013 du Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013

<sup>825</sup> Art R. 511-2-1 C. monét. fin.

<sup>826</sup> V. arrêté du 4 décembre 2017 (JO n. 0285 du 7 déc. 2017, texte n. 24) relatif à l'agrément, aux modifications de situation et au retrait de l'agrément des établissements de crédit détaille les exigences du droit français en la matière

subi une importante restriction, sans pour autant l'écarter. Le Règlement n. 1024/2013 du 15 octobre 2013<sup>827</sup>, et le Règlement (UE) cadre associé n. 468/2014 de la Banque centrale européenne du 16 avril 2014<sup>828</sup> a transféré le pouvoir de supervision des établissements de crédit de la zone euro à la Banque centrale européenne (BCE). Elle délivre et retire les agréments bancaires, évalue les notifications d'acquisitions et de cessions de participations qualifiées des établissements de crédit, veille au respect des exigences prudentielles, applique des exigences de gouvernance et mène des contrôles prudeniels, mais tous sur proposition de l'ACPR – ou autorités similaires du pays du siège. Une compétence qui est préservée à la loi du siège principal<sup>829</sup> et sous l'autorité de son organe compétent, mais désormais exercée par la BCE. Cette compétence de l'autorité de l'organe de contrôle du pays membre d'origine trouve confirmation à l'article L. 632-14 Code monét. fin. qui reconnaît un pouvoir de contrôle effectué en application des articles L. 632-12 et L. 632-13 sur les succursales des groupes bancaires établies sur le territoire du pays d'accueil.

654. Une autorité de la loi du principal établissement qui se confirme dans la Directive 2013/36/UE, à travers le pouvoir de surveillance prudentielle des succursales qui demeure aux autorités compétentes de l'État membre d'origine, sans préjudice des dispositions qui confèrent une responsabilité aux autorités compétentes de l'État membre d'accueil<sup>830</sup> à cet égard. Dans ce cas, le contrôle effectué par les autorités compétentes du pays d'origine ne saurait être efficace, sans une inopposabilité du secret professionnel selon les termes de l'article 53 de la Directive 2103/36/UE.

En plus de son application obligatoire dans les cas évoqués auparavant, l'application de la loi du principal établissement est aussi admissible suivant les dispositions de l'article

---

<sup>827</sup> Art 4 du Règlement (UE) n. 1024/2013, 15 octobre 2013, art. 4, § 1er, JOUE, n. L 287, 29 oct. confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit

<sup>828</sup> Règlement de la Banque centrale européenne n. 468/2014, 16 avril 2014, JOUE, n. L 141, 14 mai

<sup>829</sup> Art L. 511-10 C. monét. fin alinéa 2 : « En application des articles 4 et 14 du règlement (UE) no 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, l'agrément d'établissement de crédit est délivré par la Banque centrale européenne, sur proposition de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (...) dans les conditions définies par arrêté du ministre chargé de l'économie, l'identité des apporteurs de capitaux et le montant de leur participation ». Art 4 alinéa 3 du Règlement (UE) n. 1024/2013 : « Aux fins de l'accomplissement des missions qui lui sont confiées par le présent règlement, et en vue d'assurer des normes de surveillance de niveau élevé, la BCE applique toutes les dispositions pertinentes du droit de l'Union et, lorsque celui-ci comporte des directives, le droit national transposant ces directives. Lorsque le droit pertinent de l'Union comporte des règlements et que ces règlements laissent expressément aux États membres un certain nombre d'options, la BCE applique également la législation nationale faisant usage de ces options »

<sup>830</sup> Art. 49, § 1<sup>er</sup> et 50 de la Directive UE n. 2013/36/UE du 26 juin 2013

7 §1 du Traité de Rome. À ce titre, l'application des lois de police étrangères est, en effet, admise au pays d'accueil quand elles revendiquent une compétence dans une situation déterminée, et qu'elles ne soient pas en contradiction avec la réglementation de police de la loi du for<sup>831</sup>. Ainsi, il n'y a pas de raison de refuser l'application aux succursales de banques étrangères en France de règles comptables ou de règles de gestion financière édictées par la loi du siège de la banque destinées à assurer la solvabilité de l'établissement dans la mesure où elles sont compatibles avec la loi française<sup>832</sup>.

655. En vertu de l'agrément du passeport européen, et de l'autorité d'accorder ou de retrait de l'agrément d'accès à la profession de banquier<sup>833</sup>, ainsi que du pouvoir de surveillance, la soumission des succursales établies dans un Etat d'accueil membre de l'Union, à la loi du pays du principal établissement reste le principe. Mais la compétence de celle-ci n'exclut pas complètement celle de l'État membre d'accueil : l'autorité de régulation de celui-ci peut procéder à des contrôles sur place des succursales<sup>834</sup>.

#### **b. Application de la loi du lieu d'activité**

656. Même si l'application de la loi du pays du principal établissement garde son emprise tel qu'évoqué au paragraphe précédent, la loi du lieu d'activité n'est pas exclue d'une manière absolue.

657. Dans une approche pragmatique, la proximité immédiate de l'autorité du pays d'accueil et la nécessité de respect des réglementations obligatoires ou relatives aux droits des consommateurs ainsi que des règles relatives à l'égalité de traitement de ceux-ci sur son territoire, rend cette dernière parfaitement apte et justifiée à imposer son application. Cette règle est consacrée dans l'article 44 de la Directive n.2013/36/UE permettant les États membres d'accueil de faire usage des pouvoirs qui leurs sont

---

<sup>831</sup> Art 7, paragraphe 1 de la convention de Rome envisageait la possibilité pour le juge de « donner effet » aux lois de police étrangères. Sur la distinction entre les règles de droit public et les lois de police, V. P. Mayer, Les lois de police étrangères, JDI 1981, 301 et s ; V. *Infra*, Le fait du prince étranger, sous le rattachement juridique de la notion de secret bancaire, p.264

<sup>832</sup> P. Mayer, Les lois de police étrangères, Répertoire de Droit international, Décembre 1998 (actualisation : Mars 2009) n. 28 à 31

<sup>833</sup> Art. L 511-15-1 Code monét. Fin. : « Le retrait de l'agrément d'une société de financement est prononcé par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution à la demande de la société. Il peut aussi être décidé d'office par l'Autorité si la société a obtenu l'agrément au moyen de fausses déclarations ou par tout autre moyen irrégulier ou si elle ne remplit plus les conditions ou les engagements auxquels était subordonné son agrément ou une autorisation ultérieure, ou si elle n'a pas fait usage de son agrément dans un délai de douze mois ou lorsqu'elle n'exerce plus son activité depuis au moins six mois ».

<sup>834</sup> Art 44 et 159 de la Directive 2013/36/CE : « Les États membres d'accueil prévoient que, lorsqu'un établissement agréé dans un autre État membre exerce son activité par le moyen d'une succursale, les autorités compétentes de l'État membre d'origine peuvent, après en avoir informé les autorités compétentes de l'État membre d'accueil, procéder elles-mêmes ou via un intermédiaire à un contrôle sur place des informations visées à l'article 50 »

conférés en vertu de la présente directive pour prendre des mesures appropriées visant à prévenir ou sanctionner les infractions commises sur leur territoire en violation aux règles qu'ils ont adoptées en vertu de la présente directive ou pour des raisons d'intérêt général. Cette formule est assez large pour englober l'éventuelle législation de l'État membre d'accueil relative au secret bancaire<sup>835</sup>.

658. Outre qu'il est légitime qu'elle puisse procéder à une surveillance minimale des activités de crédit qui sont menées à partir de son territoire. En application des dispositions de l'art. 52, § 3 de la Directive n. 2013/36/UE du 26 juin 2013, les autorités compétentes de l'État membre d'accueil ont le pouvoir d'effectuer, au cas par cas, des contrôles et des inspections sur place des activités exercées par les succursales d'établissements établies sur son territoire. Elles peuvent exiger d'une succursale des informations sur ses activités ainsi qu'à des fins de surveillance, lorsqu'elles l'estiment pertinent aux fins de la « stabilité de leur système financier » et ce « conformément au droit de l'État membre où le contrôle ou l'inspection est menée ». Si ce contrôle est conduit conformément au droit de l'État membre d'accueil et après consultation des autorités du pays du principal établissement, le motif du contrôle précisé est « la stabilité du système financier » du pays d'accueil. Une notion large d'application<sup>836</sup> et d'appréciation qui ouvre la voie à une large autorité de contrôle puisque ladite stabilité dépend de plusieurs facteurs, dont entre autre la sécurisation des fonds propres, la solvabilité et liquidité<sup>837</sup> et la gestion de risques des activités<sup>838</sup> de ces succursales. Ce qui ouvre la voie à une doublure de contrôle entre les autorités du pays d'accueil à côté de celui du pays du principal établissement.

659. En plus de l'autorité des organes de contrôle du pays d'accueil, les succursales des établissements de crédit sont tenues de respecter les lois de ce dernier. Les lois et règlements d'ordre public et d'un intérêt général s'imposent par respect de la souveraineté du pays d'accueil, mais aussi pour égalité de traitement du régime juridique

---

<sup>835</sup> V. Directive UE 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (JO L. 126, p. 1).

<sup>836</sup> Une notion qui inclut toutes les règles prudentielles de gestion selon les principes de la Directive UE 2013/36/UE réf. art 49 et 50

<sup>837</sup> Art. 156 de la Directive 2013/36/UE

<sup>838</sup> Par analogie la même mission confiée à La Banque de France veille, conjointement avec le Haut Conseil de stabilité financière, et à la stabilité du système financier selon art. L. 141-5-1 C. monét. fin, ainsi que l'APCR selon la combinaison des dispositions de l'art. L. 612-1 avec les dispositions des articles L. 521-1, L. 521-2, L. 521-3 et L. 522-6 C. monét. fin

des opérations réalisées sur son territoire. Et parmi ces règles se trouvent celles relatives aux devoirs du banquier et notamment le secret bancaire<sup>839</sup>. Le caractère dominant de sa territorialité et son attachement étroit à la relation du banquier avec son client, et en France ainsi que d'autres pays sa consécration par un texte législatif<sup>840</sup>, et dont la violation est réprimée pénalement<sup>841</sup>, en fait une règle d'ordre public<sup>842</sup>. Mais ceci n'exclut pas le contrôle d'autorité bancaire étrangère du pays d'origine au sujet de respect des dispositions du secret bancaire sous réserve d'accord ou de convention, notamment quand elle est plus stricte dans ses dispositions que celles du pays d'accueil<sup>843</sup>.

660. Et encore, et selon les dispositions de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 632-14 Code monét. fin., et en dépit de la reconnaissance de la compétence de l'autorité du pays d'origine à effectuer le contrôle sur les succursales des groupes bancaires établies en France, le pouvoir de sanction est réservé à l'ACPR. Une preuve supplémentaire de la compétence préservée à la loi du pays d'accueil<sup>844</sup>.

661. Dans le même sens, les dérogations au secret bancaire admises à certaines conditions par la loi française en faveur de l'autorité judiciaire ne sont pas applicables à un juge étranger qui peut seulement mettre en œuvre la procédure de communication d'informations prévues par les conventions de La Haye du 1er mars 1954 et du 18 mars 1970. La solution se fonde à la fois sur l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier et sur l'article 1 bis modifié de la loi n. 68-678 du 26 juillet 1968 (loi de blocage)<sup>845</sup>. En vertu de la territorialité du devoir de secret, les autorités du pays du siège principal de la banque ou du siège de la société-mère de peuvent se procurer des informations dans le cadre de leur contrôle des établissements affiliés à l'étranger, à l'exception de celles

---

<sup>839</sup> Le secret professionnel du banquier figure à la section V du chapitre I du C. monét. fin relatif aux dispositions générales applicables aux prestataires des services bancaires, V. *Infra* le rattachement juridique de la notion de secret bancaire, p.251

<sup>840</sup> Art L. 511-33 C. monét. fin

<sup>841</sup> Art 226-13 C. Pénal

<sup>842</sup> J. Stoufflet, l'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales, Gaz. Pal. Mai Juin 2005, n. 5 p.1662

<sup>843</sup> Bien entendu, les dirigeants de la succursale ne pourraient se prévaloir de la loi du siège de l'établissement pour se soustraire à une obligation de communication de certaines informations aux autorités locales, V. J. Stoufflet, l'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales, *Op.cité.*, n.17

<sup>844</sup> Pour les succursales dépourvues d'existence juridique autonome, le secret bancaire ne devrait pas être opposable aux dirigeants et aux membres du personnel de l'établissement principal de la banque. Mais agréées en sociétés de droit local et imposant une organisation autonome (dotation propre en capital, comptabilité propre, dirigeants distincts), l'opposabilité du secret bancaire lui confère une autonomie et justifie l'application de l'obligation au secret au sein d'une entreprise qui est unique. V. MM. Aubert, Kernén et Schönle, *Op.cité.*, p. 292.

<sup>845</sup> T. Com. Paris, ch. vacations, 20 juill. 2005, Sté Trafigura Beheer c/ BNP Paribas, Juris-Data n. 2005-288978

couvertes par le secret et dont les autorités locales interdisent la communication à une autorité étrangère.

## **B. La consolidation des régimes juridiques : dualité de régimes juridiques pour un même établissement**

662. Malgré la grande harmonisation entreprise et les modalités de coopération en matière de surveillance établies entre les autorités compétentes, le régime juridique applicable aux établissements de crédit établis dans des pays étrangers reste un régime « hybride ». En dépit des efforts consentis, il est largement mais pas complètement unifié. Les efforts menés par les autorités communautaires dans la consolidation du régime juridique des succursales des établissements de crédit ont réussi à le rendre plus homogène quoique des éléments de divergence subsistent. Il est clair de l'étude du régime juridique applicable aux succursales<sup>846</sup> que celles-ci sont soumises dans leur agrément, exercice et surveillance à des règles, dont la plupart relèvent du Droit du pays de leur principal établissement, mais aussi à d'autres du Droit du pays d'accueil. Une dualité de régimes juridiques subsiste toujours. Tel qu'évoqué dans les pages précédentes, les entités établies en dehors de leur pays d'origine se trouvent toujours confrontés à une diversité de règlements. Un régime juridique qui est consolidé<sup>847</sup>, fortement harmonisé mais contenant toujours de disparités. Des divergences qui relèvent du domaine de la compétence de l'autorité de la loi de chaque pays en question, à savoir le pays d'origine et celui d'accueil. Le premier réclame « parenté » juridique et financière de la succursale établie au pays d'accueil. Et le dernier vise à imposer son autorité et son contrôle sur les opérations et activités menées sur son territoire<sup>848</sup>. Ce régime hybride et consolidé est basé sur les principes suivants :

- L'harmonisation réglementaire
- la reconnaissance mutuelle

---

<sup>846</sup> V. *Supra*, p.229

<sup>847</sup> La Directive UE 2013/36/CE et le règlement (UE) n. 575/2013.

<sup>848</sup> H. Aubry, Banque et établissement de crédit, Répertoire de droit commercial, Mai 2006 (actualisation : Mars 2020), n.134 et s. sur les dispositions communautaires et la réglementation française

- le contrôle unique

663. Mais aussi et d'un moindre degré, le respect du pouvoir de contrôle et des intérêts propres aux autorités de chacun des pays d'accueil et d'origine.

664. La Directive n. 2013/36/UE a largement participé par ses dispositions à l'harmonisation des règlements applicables aux succursales des établissements de crédit par l'unification de la procédure d'agrément et de ces conditions. Désormais, tout établissement de crédit des pays communautaires qui vise à bénéficier de la libre prestation de service ou de la liberté d'établissement et notamment à s'établir dans l'un des pays de l'Union, doit répondre aux mêmes conditions et exigences<sup>849</sup> quel que soit son lieu d'établissement ou son pays d'origine.

665. Et pour compléter le processus d'harmonisation<sup>850</sup>, la reconnaissance mutuelle des agréments émis par les pays de l'Union est venue consacrer l'agrément unique donnant droit au passeport européen<sup>851</sup> des banques pour pouvoir accéder au marché unique. En vertu du principe de la reconnaissance mutuelle<sup>852</sup>, l'agrément unique accordé pour les établissements de crédit de chaque pays sera reconnu valide dans tous les pays de l'Union de l'agrément<sup>853</sup>, ce qui apparaît évident puisqu'il est émis en vertu d'une réglementation désormais unifiée. Cela permettra la levée convoitée des obstacles à la libre circulation des biens, des services, des capitaux ou des personnes. Sous réserve d'hypothèses très limitées, les différences entre les réglementations relevant de droits nationaux ne pourront plus faire obstacle à la libre circulation des biens, des services, des personnes

---

<sup>849</sup> Titre V de la Directive UE 2013/36/UE

<sup>850</sup> Dans un premier temps, les directives du 28 juin 1973 (Directive UE n. 73/183, 28 juin 1973, JOCE, n. L 194, 16 juill.) et du 12 décembre 1977 (Directive n. 77/780, 12 déc. 1977, JOCE, n. L 322, 17 déc.) avaient d'abord harmonisé les conditions d'agrément des 12 États membres. La deuxième directive du 15 décembre 1989, applicable à compter du 1er janvier 1993, a profondément modifié les conditions juridiques de l'activité dite transfrontalière des établissements de crédit communautaires.

<sup>851</sup> Le principe dit de l'agrément unique ou le « permis unique », dit parfois passeport unique, délivré par les autorités de l'État d'origine ouvre sur l'ensemble du marché la faculté d'établissement principal et secondaire ainsi que de prestations de services ; V. C. Gavalda, Établissement de crédit et banque, Répertoire de droit international, Décembre 1998 (actualisation : Janvier 2015), n. 42 ; V. *Supra*. Le régime juridique des succursales, p.229

<sup>852</sup> Sur le principe de la reconnaissance mutuelle ou « principe d'origine » V. P. Van Ommeslaghe, V. Piessevaux, Marché intérieur, Répertoire de droit européen, Décembre 1992 (actualisation Novembre 2020), n.16-18 ;

<sup>853</sup> Le principe de la reconnaissance mutuelle a été consacré pour la première fois dans l'arrêt de principe rendu dans l'affaire Cassis de Dijon (CJCE, 20 févr. 1979, Rewe-Zentral AG c/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon], Aff. 12/78, Rec. 649). Il a été confirmé dans nombre d'autres arrêts notamment CJCE, 26 juin 1980, Gilli et Andres, Aff. 788/79, Rec. 2071 ; 28 janv. 1986, Commission c/France [machines à bois], Aff. 188/84, Rec. 419 ; 6 mai 1986, Ministère public c/Muller, Aff. 304/84, Rec. 1511 ; 12 mars 1987, Commission c/Allemagne, Aff. 178/84, Rec. 793 ; 17 mai 1988, Warner Brothers et autres c/Christiansen, Aff. 158/86, Rec. 2605 ; 14 juill. 1988, 3 Glocken et autres c/USL Centro-sud et autres, Aff. 407/85, Rec. 4233 ; 14 juill. 1988, Procédure pénale c/Zoni, Aff. 90/86, Rec. 4285 ; 20 sept. 1988, Commission c/Danemark, Aff. 302/86, Rec. 4607 ; 16 mai 1989, Buet et autres c/Ministère public, Aff. 382/87, Rec. 1235 ; 23 nov. 1989, Torfaen Borough Council c/B & Q plc, Aff. C-145/88, Rec. 3851 ; 7 mars 1990, GB-INNO-BM c/Confédération du commerce luxembourgeois, Aff. C-362/88, Rec. I.667 ; 25 juill. 1991, Säger c/Dennemeyer, Aff. C-76/90, non publié ; 25 juill. 1991, Commission c/Pays-Bas, Aff. C-353/89, non publié ; V. aussi : Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour le 20 févr. 1979, Rewe c/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Aff. 120/78, JOCE, no C 256, 3 oct. 1980).



ou des capitaux et les États d'accueil devront accepter le régime institué dans l'État d'origine, sans pouvoir appliquer en outre leur propre réglementation. Les réserves relevant des législations nationales relatives ne seront acceptables que dans la seule mesure où ces prescriptions nationales sont reconnues nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives des États membres tenant, notamment, à l'intérêt public national, la stabilité du marché, l'efficacité des contrôles et à la défense des consommateurs, mais aussi aux dispositions de secret bancaire.

666. En plus de la reconnaissance mutuelle pour les agréments accordés par les pays membres, cette acceptation s'applique aussi pour la compétence des autorités d'origine pour la surveillance des succursales établies sur le territoire d'un autre pays membres<sup>854</sup>. Une reconnaissance en vertu de laquelle, le pays d'accueil accepte de déléguer sa compétence de surveillance et de contrôle sur les activités entreprises sur son territoire aux autorités du pays d'origine, dans le seul but de l'harmonisation et la consolidation du régime juridique.

667. En vue de la même consolidation, la directive n. 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, dite « CRD4 », et suivi par le règlement n. 1024/2013/UE du Conseil du 5 octobre 2013 (art. 4) ont apporté des modifications aux conditions et à la procédure d'agrément, avec une mise en avant du rôle de la BCE. Sans remettre en cause le principe de reconnaissance mutuelle, la répartition des rôles entre le pays d'origine et le pays d'accueil est adaptée par la centralisation du contrôle et de la mise en place du mécanisme de surveillance unique (MSU)<sup>855</sup> pour les succursales des établissements relevant des pays de l'Union Européenne<sup>856</sup>. Désormais, la délivrance et le retrait des agréments ainsi que la surveillance prudentielle sont confiés au sein de la zone euro à la BCE<sup>857</sup>. Cette mesure a pour objectif de faire de la BCE un organe central et par la même de permettre l'émergence effective de l'union bancaire. La BCE est en charge de la surveillance prudentielle. Au titre de cette mission, elle délivre et retire les agréments bancaires, évalue les notifications d'acquisitions et de cessions de

---

<sup>854</sup> Art 41-43 de la Directive UE 2013/36/UE.

<sup>855</sup> M. Devoluy et R. Kovar, Union économique et monétaire (Européenne), Dalloz, n. 975 s

<sup>856</sup> Le contrôle des succursales des établissements relevant des pays tiers de l'Union Européenne relève de l'ACPR en France ou autorité du pays d'accueil similaire dans les autres pays V. C. monét. fin. Art. L. 511-10, I, al. 3 modifié par Ord. n. 2015-558, art. 1, 3°, a

<sup>857</sup> Art. 6 du Règlement n. 1024/2013 du 15 octobre 2013

participations qualifiées des établissements de crédit, veille au respect des exigences prudentielles, applique des exigences de gouvernance et mène des contrôles prudentiels par la réalisation de tests de résistance<sup>858</sup>.

668. Toutefois, et en dépit de l'harmonisation réalisée et du contrôle unique de la MSU de la BCE jadis du ressort des autorités compétentes du pays d'origine, l'autorité des lois du pays d'accueil n'est pas, et ne doit pas être écartée complètement. En fait, la proximité de son contact avec la succursale de l'établissement de crédit ayant agrément unique et exerçant sur son territoire, rend sa compétence plus qu'évidente. Malgré le développement des relations économiques transfrontalières, il n'est donc pas envisageable, de laisser un établissement exercer sur un territoire d'un pays d'accueil sans contrôle de son activité, et suivant les lois de ce dernier. Même si elle est restreinte dans son domaine, les dispositions de la directive 2013/36/UE ouvre la voie à une possibilité d'un contrôle effectif de la part des autorités du pays d'accueil, et ce en dépit du contrôle reconnu quasi exclusif aux autorités du pays d'origine, et en dépit du MSU. À commencer par l'article 40 de ladite directive qui permet une simple demande d'un rapport sur l'activité de la succursale sur son territoire, et l'article 41 qui ouvre la voie de recours à l'ABE (Autorité bancaire européenne) si les mesures prises par les autorités compétentes de l'État membre d'origine s'avèrent insuffisantes. Mais c'est surtout l'article 44 qui laisse une brèche considérable de contrôle de la part des autorités de l'État membre d'accueil. En vertu de cette dernière disposition, la compétence de la loi de l'État d'accueil exercée par l'autorité de celui-ci inclut la prononciation de sanctions pour la violation des règles de la présente directive ou pour des raisons « d'intérêt général ». Une notion d'une portée assez large et d'approche « nationaliste » qui ouvre la voie à un contrôle d'une marge assez considérable. Cette compétence évidente et indispensable est la justification et la cause de l'hétérogénéité du régime juridique des succursales des établissements de crédit établie à l'étranger. Une disparité qui peut viser plusieurs domaines dont le secret bancaire sous le titre de ce même « intérêt général ». Cette diversité des règles du régime juridique applicable aux établissements de crédit établis à l'étranger en vertu du principe de la liberté d'établissement<sup>859</sup> se retrouve aussi dans les

---

<sup>858</sup> Art. 14-16 du Règlement n. 1024/2013 du 15 octobre 2013

<sup>859</sup> Articles 43 à 48 CE et articles 49 à 55 TFUE

cas des activités bancaires transfrontalières exercées quant à elle en vertu du principe de la liberté de prestation.

## **Sous-section 2 : Les activités bancaires transfrontalières**

669. En application du principe de la liberté de prestation<sup>860</sup> dans l'industrie bancaire, tout établissement de crédit dispose de la faculté d'offrir ses services bancaires à une clientèle résidant sur le territoire d'un autre État membre sans être présent et établie matériellement dans ce dernier. Encore plus libéral que la liberté d'établissement vue la facilité de l'exécution du service, elle permet une transition plus volatile des informations confidentielles liées à ces activités entre plusieurs juridictions législatives : une nouvelle épreuve de la transposition des règles du secret bancaire sur la scène internationale.

670. Les dispositions de la directive 2013/36/UE<sup>861</sup>, un seul et unique article (art. 39) traite de la question. Tout établissement de crédit qui désire exercer pour la première fois ses activités agréées sur le territoire d'un autre État membre, doit seulement notifier aux autorités compétentes de l'État membre d'origine celles des activités comprises dans la liste figurant à l'annexe I de la Directive 2013/36/UE qu'il envisage d'exercer. Ces autorités se bornent ensuite à communiquer aux autorités compétentes de l'État membre d'accueil cette notification dans un délai d'un mois à compter de la réception de celle-ci. Ni de présence matérielle, ni de condition de fonds propres ni de ratio de liquidité ne seront requises : preuve du caractère « ultra-libéral » des activités établies en vertu de la liberté de prestations de services. La liberté de prestation de services se définit ainsi comme « l'antithèse du libre établissement »<sup>862</sup>. Son application relève d'un régime juridique (§A) assez libéral ce qui nous ramène dans la détermination de la loi applicable à ces activités, aux règles classiques de Droit commun de rattachements des obligations qui en découlent (§B).

---

<sup>860</sup> Articles 49 à 55 CE et articles 56 à 62 TFUE

<sup>861</sup> Directive n. 2013/36/UE *Op.cité*

<sup>862</sup> M.-É. Ancel, Opérations de banque intra-communautaires-Aspects statutaires, *Juris Classeur Banque - Crédit - Bourse*, 28 Juillet 2003, n. 80 (mise à jour : 15 Novembre 2013) ; B. Sous- Roubi, *Droit Bancaire européen*, *Op.cité*, n.68.

## A. Régime juridique

671. À la différence de la liberté d'établissement, la liberté de prestation de service ne nécessite pas l'établissement d'une entité (filiale ou succursale) en vue d'ouverture de nouveau marché. Elle suppose que le prestataire du service bancaire agréé soit établi dans un État membre autre que celui du destinataire dudit service. La CJCE a confirmé ce principe à plusieurs reprises : il y a prestation de services au sens du Traité dès lors que les intéressés sont établis dans deux États membres distincts<sup>863</sup>. Dès lors, à défaut d'autre condition spécifique, l'accomplissement des activités en libre prestation de services peut se faire selon plusieurs éventualités :

- l'établissement de crédit se déplace vers le destinataire ou,
- le destinataire qui se déplace dans l'État d'origine de l'établissement de crédit ou,
- aucun déplacement des parties n'a lieu et l'activité est conclue à distance (courrier papier ou électronique...) ou,
- les parties se rencontrent dans un État membre qui n'est ni celui du prestataire ni celui du destinataire.

672. Pour la CJCE, il importe peu si le prestataire ou le destinataire se déplace à l'occasion de la fourniture du service, ou que chacun reste chez soi, il y a prestation de services au sens du Traité dès lors que les intéressés sont établis dans deux États membres distincts<sup>864</sup>.

673. Pour déterminer les conditions d'exercice de la libre prestation de services par un établissement de crédit, et par application du principe de la reconnaissance mutuelle<sup>865</sup>, la Directive 2013/36/UE ne prévoit qu'une procédure de notification à partir du pays d'origine, c'est-à-dire du pays ayant accordé l'agrément à l'établissement de crédit<sup>866</sup>. Par cette notification l'établissement de crédit indique les activités comprises dans la liste figurant à l'annexe I de la Directive 2013/36/UE qu'il envisage d'exercer sur le territoire de l'autre État membre. Cette notification est nécessaire uniquement dans la mesure où l'établissement de crédit souhaite exercer pour la première fois ses activités sur le

---

<sup>863</sup> CJCE, 31 janv. 1984, Aff. 286/82, Luisi et Carbone : Rec. CJCE p. 377. ; CJCE 2 févr. 1989, Aff. 186/87, Cowan : Rec. CJCE, I, p. 195. ; CJCE 26 févr. 1991, Aff. C-180/89, Commission c/ Italie : Rec. CJCE, I, p. 709 ; Aff. C-98/89, Commission c/ Grèce : Rec. CJCE I, p. 727 ; Aff. C-154/89 Commission c/ France : Rec. CJCE, I, p. 659

<sup>864</sup> CJCE, 31 janv. 1984, *Op.cité*

<sup>865</sup> V. *Supra* sur le principe de la reconnaissance mutuelle, p. 240

<sup>866</sup> Art. 39 §1 de la Directive n. 2013/36/UE

territoire d'un autre État membre<sup>867</sup>. À cet égard, le règlement rattaché à la Directive n. 2013/36/UE<sup>868</sup> précise les informations à communiquer aux autorités compétentes du pays d'accueil (§ 4 et 5 de l'article 39). À part les formalités susmentionnées, la directive ne précise aucune autre exigences ou condition : il suffit qu'un établissement de crédit détienne un agrément délivré par les autorités de son pays d'origine, et qu'il notifie à ces mêmes autorités son intention de livrer des prestations bancaires dans un autre membre pour accéder au marché unique.

674. Le droit bancaire européen ne détermine pas ce qu'il faut entendre par libre prestation de services, alors qu'il précise amplement la mise en œuvre de la liberté d'établissement<sup>869</sup>, et le pouvoir des autorités de chacun des Etats en question. Les articles 33 à 38 de la Directive n. 2013/36/UE sont dédiés à la liberté d'établissement contre un seul pour la liberté de prestation de services (Art 39). À défaut de détermination d'autres conditions, et notamment les critères de choix de la loi applicable, il faut donc pour y répondre avoir recours à la notion générale du droit communautaire<sup>870</sup>, et dans le fond se référer à la liste des activités agréées mentionnées à l'annexe I de ladite Directive.

675. D'où, ces activités sont exercées sous le principe de la libre prestation de services sous quatre critères :

- un prestataire établi dans un État membre distinct de celui du destinataire,
- un prestataire nécessairement établi dans un État membre,
- une prestation fournie contre rémunération<sup>871</sup>, et
- une activité temporaire (à défaut de quoi, il s'agit d'un établissement)<sup>872</sup>.

---

<sup>867</sup> En effet, l'article 39 de la Directive UE de 2013 vise l'hypothèse selon laquelle un établissement de crédit « désire exercer pour la première fois ses activités sur le territoire d'un État membre », de sorte qu'il est possible d'en déduire que seule est visée (i) la première démarche qui (ii) consiste en un déplacement de l'établissement de crédit vers un client situé dans un autre État membre ; idem

<sup>868</sup> Règlement n. 1151/2014 de la Commission, 4 juin 2014, JOUE, n. L 309, 30 oct.

<sup>869</sup> V. *Supra*, Sous-section 1, les succursales et filiales bancaires, p.228

<sup>870</sup> Article 57 du TFUE précise au sens des traités, les prestations fournies normalement contre rémunération régies par les dispositions relatives à la libre prestation de service notamment :

- a) des activités de caractère industriel,
- b) des activités de caractère commercial,
- c) des activités artisanales,
- d) les activités des professions libérales.

V. aussi B. Sousi-Roubi, Droit bancaire européen, *Op.cité*, n. 272

<sup>871</sup> Art. 57 TFUE ; V. aussi J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise et L. Idot, Droit européen des affaires, t. 2, 5e éd., 1999, PUF, p. 561

<sup>872</sup> A. Sala, M. Leroy et L. Posocco, Banque, *Op.cité*. n. 106

676. À défaut de détermination de conditions de fonds, la liberté de prestation de services portera sur des conditions au sens de l'activité bancaire selon les règles de Droit commun (TFUE). Comme toute autre activité commerciale, elle est régie suivant les règles de rattachement du droit international privé afin de déterminer la loi applicable, et entre autre celle relative au secret bancaire, avec prise en considération des spécificités relevant des opérations bancaires<sup>873</sup>. À cet égard, certains auteurs<sup>874</sup> suggère de procéder à une distinction selon laquelle « *le régime de la libre prestation de services dépend de l'origine de l'entrée en relation : si c'est l'établissement de crédit qui a pris l'initiative de la négociation, la libre prestation de services relève du régime de la [...] directive ; si c'est le client, elle relève du régime des dispositions générales du Traité* (TFUE) ».

677. Il nous semble que la distinction ne tient pas de place, puisque l'objectif de l'article 39 de la Directive n. 2013/36/UE, en ne précisant aucune condition de fonds renvoie tacitement aux règles de Droit commun (communautaire). L'article 39 précité se borne à imposer une condition de forme de notification dans le seul but d'aviser un État membre qui voit « son » marché bancaire directement investi par un opérateur non établi sur son territoire et qu'il ne contrôle pas *ab initio*. Une formalité de notification qui est imposée par la Directive par souci de sécurité juridique et de prévisibilité, sans organiser plus spécialement le contenu de la liberté de prestation, qui n'est autre que celle du Droit commun. Et pour confirmer cette idée, l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle de la Directive n. 2013/36/UE concerne seulement les agréments d'exercice, et ne vise pas du tout le Droit matériel de chacun des Etats membres, qui reste régit par sa propre législation.

678. La portée de la libre prestation de services dans le cadre des services bancaires doit être interprétée dans le sens le plus large possible. Et cela en vertu des principes de la liberté contractuelle<sup>875</sup> mais aussi des textes communautaires. L'article 56 du TFUE a interdit toutes les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union. Ainsi il a été jugé que « *devait être interprété comme s'opposant à la liberté de prestations de services qu'un État membre impose à un établissement de crédit, déjà agréé dans un autre État membre, d'obtenir un agrément pour pouvoir accorder un prêt hypothécaire à une personne résidant sur son territoire, en introduisant quelques*

---

<sup>873</sup> V. *Infra*, Les conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales, p.247

<sup>874</sup> B. Sousi-Roubi, Droit bancaire européen, *Op.cité*, n.272

<sup>875</sup> Sauf restriction pour respect d'ordre public.

*tempéraments qui n'ont plus guère de sens aujourd'hui au regard de l'harmonisation des règles relatives à l'accès à l'activité* »<sup>876</sup>.

679. Les atteintes à la liberté de prestation de services par les lois du pays d'accueil ne peuvent être justifiées que par une raison impérieuse d'intérêt général<sup>877</sup>, telle la lutte contre le blanchiment de capitaux, et elles doivent toutefois restées proportionnées à cet objectif<sup>878</sup>.

680. Il en résulte que par sa formulation, la liberté de prestation de services en matière bancaire est appliquée et interprétée dans le sens le plus large. De ce fait, elle entraîne des incertitudes dans la détermination de la loi applicable en matière de services bancaires intra-communautaires<sup>879</sup>, et entre autre celle relative à l'obligation de secret bancaire. La Commission, en vue d'apaiser les esprits et de stimuler les prestations de services bancaires transfrontières, s'est donc trouvée obligée de publier une communication interprétative en 1997<sup>880</sup>. Mais il en demeure une seule certitude : Afin de déterminer la loi applicable, il faut faire recours aux règles classiques du droit international privé<sup>881</sup>.

## **B. Les conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales**

681. À défaut de détermination de la loi applicable aux opérations internationales exercées suivant la libre prestation de service de la Directive n. 2013/36/UE, il fallait se retourner aux règles de Droit commun applicables. La question de la détermination de la

---

<sup>876</sup> CJCE 9 juill. 1997, *SCI Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et Cie*, Aff. C-222/95 ; J.-G. Huglo, Liberté d'établissement et libre prestation de services, RTD européen, 1998, n. 573

<sup>877</sup> M.-É. Ancel, Opérations de banque intra-communautaires-Aspects statutaires *op. Cité* n. 6 : La prédominance des libertés fondamentales dont la liberté de prestation de services ne s'exerce pas d'une façon hégémonique. Les États membres peuvent porter atteinte aux libertés de circulation mais à condition que l'atteinte réponde à une série d'exigences définies par la Cour de justice sous le titre de « l'intérêt général » ; V J. Biancarelli, L'intérêt général et le droit applicable aux contrats financiers : *Revue Banque* n. 533, déc. 1992, p. 1090 ; CJCE 17 déc. 1981, *Webb*, Aff. 279/80 : *Rec. CJCE*, I, p. 3305 ; CJCE 4 déc. 1986, Aff. 205/84, *Commission c/ Allemagne* : *Rec. CJCE*, I, p. 3755. – CJCE 25 juillet 1991, Aff. C-76/90, *Säger* : *Rec. CJCE*, I, p. 4221 ; CJCE 10 mai 1995, C-384/93, *Alpine Investments BV* : *Rec. CJCE* 1995, I, p. 1141.

<sup>878</sup> CJUE, 25 avril 2013, *Jyske Bank Gibraltar*, Aff. C-212/11, *Gaz. Pal.* 2013. 2374, obs. Morel-Maroger ; *Banque et Droit* 7-8/2013. 29.

<sup>879</sup> D. George, *Activité bancaire transfrontalière et la deuxième Directive bancaire : l'incertitude de l'exigence de notification (Cross-border banking business and the second banking directive: legal uncertainty resulting from the notification requirement)* : *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* septembre 1994, p. 373

<sup>880</sup> Communication 20 juin 1997, *Libre prestation de services et intérêt général dans la Deuxième directive bancaire*, JOCE, 10 juillet 1997, p.6

<sup>881</sup> C. Gavalda, *Conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales*, *Op.cité*

loi applicable à la convention bancaire et aux opérations bancaires internationales, et ainsi les règles de secret bancaire en relation, s'impose en présence d'un élément d'extranéité du rapport bancaire. La nationalité étrangère du client, le statut étranger de la banque, la différence de lieu des divers éléments de l'opération bancaire, et évidemment l'exercice d'une activité bancaire en vertu de la libre prestation de services<sup>882</sup> y font partie.

682. Selon le principe de la liberté contractuelle<sup>883</sup>, déduit de la théorie de l'autonomie de la volonté, les parties aux conventions ou opérations bancaires internationales ont en principe le choix de la législation compétente, et ainsi de la réglementation de secret bancaire applicable. Si en Droit interne c'est l'article 1102 du C. Civil qui consacre ladite théorie, en Droit international, c'est l'article 3 de la Convention de « Rome I »<sup>884</sup> remplaçant celle de Rome datant du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Suivant les dispositions de cette Convention, la loi dite d'autonomie de volonté est le principe de base en matière bancaire, comme en matière commerciale ou civile<sup>885</sup> de Droit commun. Ce système appelle à l'application du choix formel et exprès des parties de la loi applicable sur la totalité ou à une partie seulement de leur contrat<sup>886</sup>, et dans leur silence, la loi relevant de la localisation objective<sup>887</sup>. Le cas de choix exprès des parties ne soulève pas de difficulté, sauf limitation de cette liberté de choix pour motif d'ordre public<sup>888</sup> ou par restriction jurisprudentielle<sup>889</sup>. La situation devient plus

---

<sup>882</sup> Sur le caractère international des conventions, V. Cass. Com., 27 avr. 1964, Revue crit. DIP 1965. 346, note J.-P. Eck

<sup>883</sup> Art 1102 du Code civil dispose que : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. (...) »

<sup>884</sup> Le règlement (CE) n. 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, surnommé « Rome I » JOUE n.177 du 4 juillet 2008

<sup>885</sup> Art 1<sup>er</sup> §1 de la Convention de Rome I

<sup>886</sup> Art.3 §1 de la Convention de Rome I : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

<sup>887</sup> Art.4 §1 de la Convention de Rome I : « À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit :

- a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ;
- b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle (...)

2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.

3. Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.

4. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

<sup>888</sup> Notamment en cas de lois de police V. *Infra*, Section 2, le rattachement de l'obligation de secret bancaire, p.251

<sup>889</sup> TGI Seine, réf., 13 avr. 1967, Revue crit. DIP 1969. 68 ; C. GAVALDA, Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire « Intra Bank », Revue crit. DIP 1969. 1 et s ; *Adde* : T. civ. Seine, 9 juill. 1963, JCP 1963. II. 13434, 2e esp., note P. Level : dans le cas d'espèce, l'opération concernait un ordre d'achat de titres donné par une Libanaise à la succursale d'Égypte d'une banque française et du dépôt de ces titres en Afrique du Sud et à Londres ; les parties avaient déclaré, d'un commun



délicate à traiter dans l'absence de référence expresse des parties à une loi déterminée. À défaut de choix exprès, la Convention de Rome I prévoit désormais l'application de la loi du pays avec lequel, le contrat ou opération bancaire présente les liens les plus étroits. Dans ce cas, la loi dite de la banque trouve alors une vocation naturelle à s'appliquer. Cette solution trouve son fondement au point b), §1 de l'article 4 de la Convention qui prévoit l'application de la loi du pays de la résidence habituelle<sup>890</sup> de l'établissement de crédit, en étant le prestataire du service bancaire, la prestation « la plus caractéristique ». Cette compétence de la loi de la banque est souvent admise par la pratique, et permet une cohérence de gestion des services pour le banquier entre ces différents clients<sup>891</sup>. De plus, la loi d'autonomie sera évidemment la loi de la banque, s'agissant d'opérations accomplies sur le territoire de celle-ci par des banques établies sur le même sol.

683. Pourtant le lieu de localisation de la banque n'est pas un critère exclusif. Il s'agirait pour le juge de retrouver le choix adéquat et licite des parties, au moyen d'indices résultant de l'économie de l'acte<sup>892</sup>. Et à cet égard, la solution n'est pas simple à appliquer et la loi de la banque n'est pas d'application intuitive : si dans une opération de crédit, c'est celui qui fournit le crédit (donc la banque) qui exécute la prestation caractéristique, mais lorsqu'un banquier demande un cautionnement, c'est celui qui se porte caution (donc la caution) qui exécute cette prestation caractéristique, et encore dans les opérations de dépôts c'est le déposant (donc le client) qui fournit la prestation caractéristique.

684. De plus, l'ouverture des réseaux mondiaux et la multiplication des opérations financières internationales planent un doute sur cette solution. Des négociations et des opérations bancaires conclues par des moyens « distanciels » se développent vite, et sans

---

accord, vouloir soumettre le litige à la loi française, au motif notamment que le Crédit Lyonnais était une banque française. Le tribunal de la Seine a déclaré en l'espèce « n'être pas liée par la désignation volontaire de la loi française complétée par la référence faite au rattachement que pouvait constituer la « nationalité » de la société mère » ; T. com. Nice, 18 janv. 1984, Nassuel c/ Crédit Lyonnais.

<sup>890</sup> Art. 19 de la Convention de Rome I : « ... la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale ».

<sup>891</sup> C. Gavalda, Conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales, *Op.cité* n.89 : « Cette gestion sera d'autant plus satisfaisante que les divers contrats passés avec la clientèle pourront être groupés en masses de contrat juridiquement homogènes ».

<sup>892</sup> H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé, LGDJ, n. 572 : « La loi d'autonomie est celle qui se déduit de la localisation du contrat, telle qu'elle résulte de la volonté des parties quant à la répartition territoriale et à l'importance respective des différents éléments de leur opération ». Dans la pratique, une série d'indices, objectifs et subjectifs, convergent et désignent la loi de la banque. Et tout d'abord, cette loi correspond en général à la loi du lieu de formation ainsi qu'à celle du lieu d'exécution de la convention bancaire.

doute susciteront des changements de localisation. Ainsi, cette réserve trouve évidemment application pour les crédits consortiaux consentis dans un État par plusieurs banques, même si le chef de file est implanté dans ce pays. Ou même pour les opérations interbancaires internationales<sup>893</sup> qui se rattachent de façon égalitaire avec plusieurs banques, chacune localisée dans un pays différent<sup>894</sup>. Dans de tels cas de multitude des critères de rattachements sont possibles dans les situations internationales : la loi du lieu de résidence du client, loi de la banque, loi du contrat ou de son lieu de conclusion, loi de lieu où la banque a eu connaissance de l'information sont les principaux critères de rattachement. Par la pratique, dans des opérations bancaires internationales le choix des parties de la loi applicable est le plus souvent expressément désigné : L'envergure économique d'une opération bancaire impliquant plusieurs banques dans différents pays, ne laisse pas au hasard le choix de la loi applicable. En cas de défaut de choix, ça sera la loi de la banque qui, parmi les banques participantes à l'opération, fournit la ou les prestations les plus caractéristiques, même s'il y a prestations réciproques<sup>895</sup>.

685. Encore plus, la complexité de l'internationalisation de l'opération bancaire de confirme dans le cas d'un contrat ou opération bancaire conclu avec la succursale. Faut-il appliquer la loi du siège social ou du lieu d'activité de celle-ci ? Malgré l'absence de personnalité morale, on peut admettre alors pour une succursale la compétence de la loi du pays de l'établissement secondaire. Le rattachement à la territorialité de l'opération est dans ce cas prédominant<sup>896</sup>.

686. La solution de principe de la liberté d'autonomie, quoique déjà admise<sup>897</sup>, a été consacrée et officialisée par la Convention de Rome de 1980 et celle de Rome I de 2008 (*Op. Cité*). Si cette solution a mené le plus souvent à l'application de la loi de la banque,

---

<sup>893</sup> Portant sur des sujets uniformisés V. les Conventions internationales de Genève du 7 juin 1930 portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre, et du 19 mars 1931 portant loi uniforme sur les chèques, Effet de commerce et chèques internationaux. Plus récemment, on évoquera les Conventions d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international ; V. Affacturage et sur le crédit-bail international ;

<sup>894</sup> J.-P. Mattout, Droit bancaire international, 1987, Revue Banque illustre bien l'impossibilité de résoudre le problème, en évoquant diverses opérations de swaps ou de change où chaque banque « remplit une fonction bancaire égalitaire ». *Idem* sur la question des garanties internationales à première demande dans les relations de la banque garante et de la banque contre-garante V. L. Simont, L'actualité des garanties à première demande, Journées d'études du 14 novembre 1996, organisées par l'Association luxembourgeoise des juristes de banque, 1997, Bruylant.

<sup>895</sup> P. Fouchard, La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale, RJ com., no spécial, févr. 1984 ; V. pour un récent exemple de combinaison d'une opération bancaire internationale et d'un regroupement de sociétés, Cass. Com., 30 janv. 1996, SA Cogespa et autres c/ Marlin, Bull. Joly 1996, p.386

<sup>896</sup> V. T. civ. Seine, 9 juill. 1963, JCP 1963, *Op.cité*, statuant de la compétence de la loi du pays de la succursale en dépit du choix des parties de la loi du pays de la maison-mère de celle-ci. ; V. *Supra*, Le débiteur de l'obligation, p.48

<sup>897</sup> J. Foyer, Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JDI 1991. 601 ; H. Lesguillons, Loi applicable aux obligations contractuelles : entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, RD Aff. internationale. n. 2, 1991, p. 267

mais des hésitations subsistent toujours. Ainsi, il faut noter que de multiples opérations bancaires s'analysent en une série plus ou moins complexe d'opérations, dont chacune peut dépendre de lois différentes ; entre le contrat de compte, aux cas de la loi applicable aux sûretés et/ou garanties des financements, en passant par les lois de police et celles de protection de consommateurs. La loi de la banque n'est pas « irrésistible »<sup>898</sup>. Et dans cette situation, la question du rattachement de l'obligation de secret bancaire devient plus épineuse<sup>899</sup>. Un conflit de lois s'impose autour des opérations bancaires internationales pour la détermination du domaine d'application de cette obligation, mais surtout pour la détermination du domaine d'application des dérogations à cette obligation.

687. La problématique juridique de l'internationalisation des activités bancaires, tant pour les structures que pour les activités bancaires internationales suivant la description de cette présente Section 1, exige et mène au traitement du rattachement de l'obligation de secret bancaire dans les opérations bancaires internationales, dans un environnement où l'internationalisation est de plus en plus accrue, et relève du quotidien des établissements bancaires.

## **SECTION 2 : LE RATTACHEMENT JURIDIQUE DE LA NOTION DE SECRET BANCAIRE**

688. Si au fil des pages précédentes, la détermination de la loi applicable aux entités et activités bancaires internationales est apparue difficile à cerner avec précision, le rattachement de l'obligation de secret bancaire, au cours d'exercice de ces activités, s'avère une opération hasardeuse. En plus des critères susmentionnés de rattachement de la loi applicable de ces activités, le rattachement de l'obligation de secret bancaire qui en découle est encore ardu à déterminer puisqu'il dépend, en plus desdits critères, de la loi applicable à son propre domaine d'application.

689. Le domaine d'application du secret bancaire est déterminé en fonction de ses effets<sup>900</sup>, et suivant les exceptions qui lui sont imposées<sup>901</sup>. Au niveau national, ce

---

<sup>898</sup> C. Gavalda, Conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales, *Op.cité*

<sup>899</sup> B. Sousi-Roussi, La Convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires, Recueil Dalloz, p.183

<sup>900</sup> V. *Supra*, Les effets du secret bancaire, Partie I, p.143 s

<sup>901</sup> V. *Supra*, Les exceptions du secret bancaire, Partie I, p.161 s

domaine d'application ne saurait, en principe, être perturbé tant l'attachement à la loi nationale et ses dispositions est direct et simple. Mais transposant ce processus sur le plan international va impliquer une complexité, du fait de l'interposition de l'éventuelle et évidente application des lois de pays d'accueil ou d'exécution de l'activité. Un contexte juridique où il faut déterminer et tenir compte de la loi applicable :

- à l'entité juridique qui pratique l'activité bancaire en dehors de son pays de principal établissement, et
- à l'opération ou contrat bancaire entrepris par cette entité, et
- à l'obligation de secret bancaire qui découle de cette opération.

690. Un exercice de rattachement juridique à trois niveaux qui peut déboucher à aligner une seule et même loi, dans l'option la plus optimiste, ou bien à trois législations différentes dans des situations réellement envisageables : Une vraie « labyrinthe de textes » pour reprendre l'expression de Mme Sousi-Roubi<sup>902</sup>.

691. Ainsi, à titre d'exemple, un établissement de crédit français agissant sous forme de succursale au Royaume d'Espagne sera agréé selon la loi française<sup>903</sup> et soumis au contrôle des autorités françaises, mais avec un droit de contrôle pour des motifs d'« intérêt général » des autorités locales espagnoles<sup>904</sup>. Le contrat d'ouverture et de gestion de compte de dépôt ouvert auprès de cette succursale, suivant la libre prestation de service, pour un ressortissant portugais établis au Portugal est soumis, selon l'accord des parties et le critère objectif de rattachement, à la loi espagnole<sup>905</sup>. L'obligation de confidentialité des informations relevant de la tenue et la gestion de ce compte est soumise aux dispositions de la loi de l'Espagne, par application de la loi du contrat de compte. Mais, les autorités du Portugal investiguant une activité criminelle suspecte du titulaire du compte requiert l'application de sa propre loi, comme loi de police des activités bancaires entreprises sur son territoire, et invoque une inopposabilité du secret à son égard, afin de s'informer sur les opérations du compte de son ressortissant. Une « insolite » situation de rattachement juridique pour une même opération !

692. Sur ce même sujet de la détermination de la loi applicable sur l'obligation de secret bancaire, la pratique a donné lieu à une jurisprudence intéressante, bien que inaboutie,

---

<sup>902</sup> B. Sousi-Roubi, *Le droit bancaire européen*, *Op.cité*

<sup>903</sup> Quoique harmonisé avec le Droit communautaire. V. Art 35 de la Directive 2103/36/UE

<sup>904</sup> V. *Supra*, *Le régime juridique des succursales*, p. 229

<sup>905</sup> V. *Supra*, *Les conflits de lois en matière d'opération bancaire internationale*, p. 247 Art.4 de la Convention de Rome I, *Op.cité*

dans une affaire portée devant la Haute justice européenne en matière de libre prestation de services bancaires. La justice belge voulant interroger un salarié d'une banque luxembourgeoise, en tant que témoin, sur des opérations exercées en libre prestation de service sur son territoire et soupçonnées d'être illicites, s'est heurtée au refus de celui-ci pour motif de secret bancaire, tel que conçu par le droit luxembourgeois. Saisie par le juge d'instruction belge, la Cour de justice a été interrogée sur la compatibilité avec l'article 49 du Traité de la règle belge imposant aux employés de banques agréées dans d'autres États membres de témoigner dans une procédure pénale en Belgique, mais aussi de la règle luxembourgeoise interdisant aux employés des banques luxembourgeoises de témoigner à l'étranger<sup>906</sup>. Malheureusement, la Cour n'a pas traité la question dans le fond, et a jugé irrecevable la question préjudicielle estimant notamment que celle-ci reposait sur une interprétation discutable du droit luxembourgeois et de sa portée extraterritoriale. Il faut cependant retenir de l'arrêt que le gouvernement luxembourgeois a indiqué dans ses observations que si le principe du secret bancaire a une portée extraterritoriale, les exceptions qui l'assortissent ont cette même portée<sup>907</sup>.

693. Cette situation illustre le grand vide dans l'harmonisation souhaitée des règles du secret bancaire au niveau communautaire : un pas manqué durant le processus de l'internationalisation des activités bancaires<sup>908</sup>. Il faut le rappeler, les dispositions du TFUE de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services sont muettes sur le secret bancaire. Elles ne font pas état de la nécessité d'harmoniser les conceptions nationales en la matière, mais se limitent à s'y référer<sup>909</sup>. Ainsi, l'exercice devra se faire par application des règles de rattachement classiques.

694. Le rattachement de l'obligation de secret bancaire dépend donc de l'application du secret bancaire suivant la conception nationale dans l'espace, ainsi que de son opposabilité aux autorités des pays étrangers d'accueil de l'activité, ou de

---

<sup>906</sup> CJCE, 10 décembre 2002, Aff. C-153/00, Juris-Data n. 2002-207389, Comm. P.E. Partsch, Gaz Pal. Mai-Juin 2005, p.1691

<sup>907</sup> Plus précisément, le droit luxembourgeois lève l'obligation au secret quand le détenteur de ce secret est appelé à témoigner devant "les autorités judiciaires". Pour le gouvernement luxembourgeois, cette levée du secret est permise également en faveur des autorités judiciaires des autres États membres (V. conclusion. Av. général, arrêt précité, pts. 28 à 30)

<sup>908</sup> V. la seconde Directive bancaire n. 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 et la Directive 2013/36/UE du 26 juin 2013

<sup>909</sup> P.-E. Partsch, Le secret bancaire et le droit communautaire : réflexions sur la jurisprudence de la CJCE, Gaz. Pal. 9 juin 2005, p. 31, n. 5-6. ; J. Stoufflet, L'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales, *Op.cité*, n.3

l'établissement. Or, la situation de l'application de l'obligation de secret bancaire au niveau international est confrontée, à chaque fois qu'un établissement de crédit s'établit ou exerce une libre prestation de service dans un autre pays d'accueil.

695. D'où, la loi à laquelle cette obligation est rattachée dépend de la loi applicable aux succursales<sup>910</sup> mais aussi de celle qui régit les activités bancaires internationales<sup>911</sup>. Et encore, elle dépend de son opposabilité face aux réglementations émises par les autorités des pays d'accueil de ses établissements et d'exercice de ces activités, en vertu de leur pouvoir de sauvegarder la « stabilité de leur système financier » et ce « conformément au droit de l'État membre où le contrôle ou l'inspection est menée »<sup>912</sup>, mais aussi « pour des raisons d'intérêt général »<sup>913</sup>.

696. En conséquence, la détermination du régime juridique applicable à l'obligation de secret bancaire (*Sous-section 1*), passera par un essai de son rattachement avec la loi de la banque, celle de l'opération et enfin avec la loi du lieu de l'activité. Mais aussi de mesurer les effets des exceptions apportées par les autorités du pays d'accueil par « le fait de prince étranger » (*Sous-section 2*).

## **Sous- Section 1 : La détermination de la loi applicable à l'obligation de secret bancaire**

697. Pour savoir quelle loi sera applicable à l'obligation de secret bancaire, il importe de déterminer sa source. Le régime juridique d'une obligation dépend largement de son fondement, qu'il soit contractuel, statutaire ou légal. L'intérêt de la question, surtout dans un environnement bancaire internationalisé, est de savoir si l'obligation de secret bancaire sera opposable dans les limites de l'État dans lequel sa source a été érigée, ou s'il sera possible de l'invoquer dans d'autres pays d'accueil<sup>914</sup>. Et au contraire, si ces pays d'accueil pourront imposer leurs exceptions à des obligations de secret bancaire ayant leur fondement dans des États tiers, en fonction de leur fondement invoqué.

698. En se basant sur l'examen fait dans la présente étude sur le fondement de l'obligation de secret bancaire<sup>915</sup>, il est clair que le débat au plan national n'est pas si

---

<sup>910</sup> V. *Supra*, Les succursales et filiales, p. 228 s

<sup>911</sup> V. *Supra*, Les activités bancaires transfrontalières, p. 243 s

<sup>912</sup> Art. 52, § 3 et 4 de la Directive n. 2013/36/UE du 26 juin 2013

<sup>913</sup> Art. 44 de la Directive n. 2013/36/UE du 26 juin 2013

<sup>914</sup> L'extraterritorialité des effets du secret bancaire, V. L'arrêt de la CJCE Der Weduwe du 10 décembre 2002, *Op.cité*

<sup>915</sup> V. *Supra*, Le fondement de l'obligation de secret bancaire, p. 129 s

simple. Et l'hésitation est encore plus permise au niveau international, entre une source contractuelle, statutaire relevant de la profession du banquier, ou légale imposé en vertu d'un texte législatif. Il est donc indispensable de trouver le raisonnement approprié de droit international qui permettra de déterminer quelle législation définira le périmètre d'application de l'obligation au secret bancaire et à ses dérogations. Un regard international sur le secret bancaire fait apparaître des conceptions divergentes. En application des règles communautaires relatives sur la liberté d'établissement<sup>916</sup> et la liberté de prestation<sup>917</sup>, le critère de rattachement de l'obligation de secret bancaire peut varier entre la loi du pays d'origine<sup>918</sup> pour la première catégorie, et la loi choisie par les parties, voire la loi de banque pour la deuxième<sup>919</sup>. Mais la loi applicable à l'obligation de secret bancaire doit-elle s'aligner sur la même loi qui régit l'établissement de crédit qui en est tenu ? Ou bien à la loi qui régit l'opération bancaire couverte par le secret ?

699. En d'autres termes, quel sera le critère de rattachement le plus prédominant pour la détermination de la loi de l'obligation au secret bancaire, entre la loi du contrat (§A), la loi de l'établissement de crédit (§B), et la loi du lieu de l'activité (§C) ?

### **A. La loi du contrat (*lex contractus*)**

700. Suivant cette première approche, l'activité bancaire s'exerce avant tout dans un cadre contractuel<sup>920</sup>. Les opérations avec la clientèle et celles conclues avec d'autres établissements de crédit (opérations interbancaires) sont régies par les principes généraux du droit des contrats. Au plan international, et selon les dispositions du Traité de Rome I du 17 juin 2009, les conflits de lois sont normalement réglés en faveur de la loi d'autonomie et, à défaut, selon les méthodes dégagées par la jurisprudence pour le règlement des conflits de lois en matière de contrats. Ladite Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles couvre les contrats bancaires. Suivant cette approche de rattachement, l'obligation de confidentialité dont le banquier en est débiteur à l'égard de son client, est issue de la relation contractuelle qui les lie. Ce rattachement

---

<sup>916</sup> V. *Supra*, Les succursales et filiales bancaires, p. 228

<sup>917</sup> V. *Supra*, Les activités bancaires internationales, p. 245

<sup>918</sup> Art 33 de la Directive UE n. 2013/36/UE

<sup>919</sup> Art 3§1 du Traité de Rome I de 2008

<sup>920</sup> J. Stoufflet, E. Bouretz, Statut bancaire en droit international – Conflits de lois, JCBCB, Fasc. 120, 15 Mars 2007

contractuel trouve application, que l'obligation au secret soit express ou tacite. Elle s'analysait comme une obligation à laquelle le banquier, «confident nécessaire», consentait dans tout contrat bancaire. De ce fait, elle retrouve corrélation avec le devoir de confidentialité (« *duty of confidentiality* ») toujours en vigueur au Royaume-Uni depuis l'arrêt Tournier de 1924<sup>921</sup>.

701. En étant une clause implicite ou explicite de la convention bancaire, le secret bancaire est étroitement attaché à la convention entre le banquier et son client<sup>922</sup>, et il serait donc régi par la même loi applicable au contrat, comme toutes les obligations qui en découlent. Cette classification a le mérite de la proximité du rattachement de l'obligation de secret bancaire avec son cadre contractuel face à l'expansion des engagements de confidentialité<sup>923</sup>, ou dans de nombreuses opérations, l'usage impose à la banque une obligation renforcée de secret. Cette conception contractuelle du secret bancaire implique des conséquences pratiques comme son effet *inter partes*, et tient compte des seules informations dont le banquier a eu connaissance pendant la durée du contrat, et fait liaison avec le fondement contractuel évoqué auparavant.

702. Cependant, cette approche de rattachement contractuel ne peut pas couvrir la confidentialité durant la période précontractuelle ou post-contractuelle, alors que la doctrine et la jurisprudence la retiennent en évidence<sup>924</sup>. Mais aussi elle retient une disparité face à son application en dépit de défaut de contrat<sup>925</sup>.

703. Et encore, il importe de noter, le secret bancaire n'est pas simplement une norme d'intérêt privé bien que cet intérêt est prédominant. Il s'agit également d'une règle professionnelle qui intéresse à la fois les clients de la banque, certains tiers à cette rapport contractuel<sup>926</sup>, quelquefois la justice, et souvent le fisc. Dans cette perspective, l'obligation ou le devoir de secret puisera sa force obligatoire en dehors du seul contexte contractuel<sup>927</sup>, et la loi qui lui est applicable divergera de celle du contrat banquier-client. Cela se confirme par sa consécration législative. La loi bancaire du 24 janvier 1984 a rangé l'exercice d'une activité bancaire dans la liste des professions soumises au secret

---

<sup>921</sup> *Op.cité*, Décision Tournier v National Provincial and Union Bank of England [1924] 1 K. B. 461

<sup>922</sup> V. *Supra*, Le fondement de nature contractuel de l'obligation de secret bancaire, p. 135

<sup>923</sup> F.-X. Testu, La confidentialité conventionnelle, Droit et Patrimoine, mars 2002, p. 81

<sup>924</sup> V. *Supra*, Les effets du secret bancaire, p. 143 et le fondement de l'obligation de secret bancaire p.130

<sup>925</sup> V. notamment le cas du verso du chèque, p. 89 Cass. com., 8 juillet 2003 : Bull. civ. IV, n. 119 ; D., 2003, AJ 217 observation d'Avena Robardet.

<sup>926</sup> Le bénéficiaire du chèque endossé ou le prestataire de services bancaires en relation avec seul le banquier sans le créancier de l'obligation

<sup>927</sup> V. *Supra*, La spécificité du secret bancaire, p. 117



professionnel. Ses dispositions sont désormais énoncées à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, et dont la violation est réprimée pénalement. « La loi de 1984 a marqué sur ce point une véritable rupture »<sup>928</sup> avec le rattachement contractuel du secret bancaire. D'où, cette obligation ne peut avoir son rattachement dans le seul contrat qui lie la banque à son client, et sa soumission à la loi du contrat est fortement doutée.

704. En domaine international, le rattachement de l'obligation de secret bancaire a abouti suivant l'exercice de la liberté de choix de loi dans les opérations bancaires internationales suivant les dispositions de la Convention de Rome I, et conduit systématiquement à la loi de la banque<sup>929</sup>. La *lex contractus* se confond et serait par application, la loi de la banque. La loi de la banque domine dans les relations contractuelles que la banque entretient avec ses clients, et cela en conséquence de la domination économique et de la standardisation des contrats bancaires<sup>930</sup>. Ainsi, par choix des parties, mais aussi à défaut de choix, la loi qui régit la relation contractuelle sera celle de la partie dominante qui est de même celle du débiteur de la prestation caractéristique. Pour un prêt, c'est la banque qui assure la mise à disposition, pour un virement, c'est la banque qui effectue l'opération, pour une négociation, c'est encore la banque qui fournit le service. Et toujours c'est le client qui paye un prix. La banque sera toujours le débiteur de la prestation caractéristique, et sa loi s'appliquera. D'où la loi de la banque a une attraction quasi-systématique dans les opérations de clientèle internationales, même suivant le rattachement contractuel. Elle a vocation naturelle à s'appliquer lorsque le secret bancaire est créé par le contrat, en vertu des règles de droit international privé. Et cela trouve justification évidente par la pratique. Le minimum d'uniformité dans les conditions des opérations est nécessaire au bon fonctionnement des établissements de crédit. Or, l'application d'une loi unique qui ne peut être que la loi du banquier, contribue puissamment à cette uniformité. De même, par application des critères de rattachement de la loi du contrat, la loi de la banque se confond souvent avec

---

<sup>928</sup> J. Stoufflet, L'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales, *Op.cité*

<sup>929</sup> P. Arminjon, Précis de droit international privé commercial, n. 218 ; Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, Droit du commerce international, n. 655 ; Ph. Fouchard, La loi française et l'activité internationale des entreprises, RJ com. 1984, p. 71 ; J.-P. Mattout, Droit bancaire international : Revue Banque éd., 3e éd. 2004, p. 28 ; Th. Bonneau, Droit bancaire, 6e éd., 2005, n. 92 ; J. Morel-Maroger, Les opérations de banque en droit international privé, Thèse Paris I, 2003, p. 113

<sup>930</sup> BatiFFol et Lagarde, Droit international privé, T. II, 7e éd., n. 607 ; Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international privé, 6e éd., n. 381.

celle du lieu d'exécution de la prestation caractéristique à laquelle est reconnue une compétence privilégiée en l'absence de choix par les parties au contrat d'une autre loi<sup>931</sup>. Et suivant le critère du lieu de conclusion du contrat, celui-ci se situe également dans la majorité des cas, chez le banquier, et cette circonstance confère un titre supplémentaire à la loi de la banque.

705. Cette première approche de rattachement de l'obligation de secret bancaire à une loi déterminée perd d'intérêt. Il est évident que tous les critères mènent par le jeu du rattachement contractuel de l'obligation de secret bancaire, à l'application de la loi de la banque. Cela a pour avantage de faire coïncider dans la plupart des cas la *lex contractus* avec « les lois de police contractuelle nationales qui revendiquent une compétence pour toute l'activité des établissements bancaires établis sur le territoire »<sup>932</sup>. Les rares des décisions judiciaires en ce sens, sans que l'on puisse parler d'une jurisprudence affirmée viennent confirmer cette solution<sup>933</sup>, et mène ainsi à la loi de la banque.

## **B. La loi de la banque**

706. Par ce deuxième essai de rattachement, la soumission de l'obligation de secret avec la loi de la banque confirme une vision statutaire de la relier à la même loi applicable à son débiteur, l'établissement de crédit. Suivant cette approche, le secret bancaire est issu d'une réglementation d'ordre public qui s'applique aux établissements rattachés à la profession de banquier exercée sur un territoire donné. On peut y voir une application de la souveraineté économique de l'État qui contrôle l'accès au monopole bancaire grâce à l'agrément délivré par son autorité administrative compétente<sup>934</sup>, et par cette autorité soumet au même titre aux règles de secret bancaire prévues par la loi de la banque. Le secret bancaire serait soumis au même titre que l'agrément, les interdictions d'exercer, les règles comptables et prudentielles, aux règles de la loi applicable au banquier. En confirmation de cette approche, certains auteurs relatent que l'article L. 511-24 du C. monét. fin n'excepte pas les dispositions relatives au secret bancaire des règles auxquelles

---

<sup>931</sup> Art 4 de la Convention de Rome I du 17 juin 2008

<sup>932</sup> H. Synvet, Les lois de police applicables aux opérations bancaires : Banque et droit 1993, n. hors-série, p. 15 à 18

<sup>933</sup> CA Paris 26 octobre 1933 : RDIP 1934, p. 465 ; CA Paris, 29 mars 1938 : JDI 1938, p. 1017, obs. Tager ; T. com. Seine, 14 mars 1888 : Gaz. Pal. 1888, p. 632. – T. com. Seine, 25 mai 1925 : Revue crit. DIP 1926, p. 30, note Chamcommunal ; V. toutefois Cass. 1re civ. 29 oct. 1974 : Bull. civ. 1974, I, n. 287 ; JCP G 1974, IV, 407, écartant la loi de la banque parce que les juges du fond l'avaient estimée inappropriée au contrat. L'opération litigieuse, à vrai dire, n'était pas spécifiquement bancaire.

<sup>934</sup> Le secret professionnel figure parmi les obligations des prestataires de services bancaires (Livre V, Titre I du C. monét. fin)

les établissements, agissant en France, dans le cadre tant de leurs implantations que de leurs activités exercées en libre prestation de services<sup>935</sup>. De ce fait, le rattachement de l'obligation de secret bancaire imposé par l'ordre public, est nécessairement celui de la loi du pays où la banque est agréée. Cette solution s'impose lorsque le client est en relation avec la banque, mais aussi avec sa filiale ou succursale locale dans un pays d'accueil en vertu de la liberté d'établissement prévue par le TFUE et de la Directive 2013/36/UE. Une banque établie en dehors de l'État de son siège principal est agréée localement et doit donc respecter le secret bancaire tel que défini par la loi locale du pays d'origine<sup>936</sup>. Le principe de la reconnaissance mutuelle des agréments bancaires au sein de l'Union européenne, et d'équivalence des agréments bancaire des pays tiers consolide cette approche. Et encore, le système européen actuel du contrôle du pays d'origine, dit *home country control*, implique la compétence législative du pays d'origine de la banque pour définir les règles statutaires<sup>937</sup>.

707. La présente approche de rattachement de l'obligation de secret bancaire avec la loi de la banque a le mérite de respecter la loi de la banque et de permettre à celle-ci d'exercer sous un régime juridique homogène administrant son statut, ainsi que ses opérations par et suivant une seule et même loi. Même en libre prestation de services, la loi de la banque s'impose en étant la loi du principal prestataire de service<sup>938</sup>. Mais, il faut le souligner, cette solution s'applique dans ce dernier cas seulement, à défaut de choix d'une autre loi par les parties en application du principe de la loi d'autonomie prévu à l'article 3 de la Convention de Rome I. Ce qui est déjà une première limitation de cette approche de rattachement institutionnel ou statutaire de l'obligation de secret bancaire avec la loi de la banque. De plus, en vertu des dispositions de la Directive 2013/36/UE dans ses articles 44 et 52, la loi du pays d'accueil n'est pas écartée. Elle est en principe appliquée lorsqu'il s'agit de la sauvegarde de la « stabilité du système financier » ou d'une question « d'intérêt général »<sup>939</sup>. Or l'obligation au secret bancaire,

---

<sup>935</sup> J-P Mattout, Le secret bancaire dans l'ordre international, Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 15<sup>e</sup> année, 2000-2002. 2004. p. 175-193

<sup>936</sup> Art. 33 de la Directive n. 2013/36/UE

<sup>937</sup> Art. 49 de la Directive n. 2013/36/UE

<sup>938</sup> Art.4 §1 de la Convention de Rome I ; V. *Supra*, la loi du contrat, p.255

<sup>939</sup> Sur le contrôle exercé par l'État d'accueil sur les activités des succursales des établissements de crédit en vertu de « l'intérêt général », il est généralement admis que l'État membre d'accueil ne peut faire usage de cette faculté que dans le respect de la jurisprudence de la Cour de justice sur la compatibilité avec le traité de restrictions nationales aux libertés de circulation, V.

et surtout ses dérogations, peut être une des causes de sauvegarde de l'intérêt général, surtout si l'on songe à la question de son inopposabilité à l'administration fiscale ou aux tribunaux pénaux<sup>940</sup>. L'intérêt général est une notion de dimension principalement nationale<sup>941</sup>. Il demeure incontestablement évident que la banque qui exerce en dehors du pays de son principal établissement, ne pourra, selon les règles nationales du pays d'accueil, refuser de communiquer les informations confidentielles pour motif de secret bancaire relevant de leur pays d'origine. Le droit d'inopposabilité est motivé par un intérêt général de contrôle, d'efficacité de justice pénale, ou de lutte contre le blanchiment d'argent. Dès lors, c'est surtout l'inopposabilité de l'obligation au secret bancaire face aux autorités locales d'accueil ou d'exercice des activités bancaires, qui dénie ou doute du rattachement de l'obligation de secret bancaire avec la loi de la banque.

708. En conclusion, et même si la loi de la banque tient son rang dans le processus de rattachement juridique de l'obligation de secret bancaire, mais ce rattachement demeure secondaire. Selon la conception du for saisi, le rattachement à prendre en compte de façon primordial sera celui de la *lex rei sitae* du lieu d'activité. L'intérêt général primordial de surveillance des opérations de nature pécuniaire, objet de l'obligation de secret bancaire<sup>942</sup>, est une notion étroitement liée au lieu de l'activité. Malgré l'autorité reconnue par le principe de l'autonomie de la volonté de choisir la loi du secret bancaire par la *lex contractus*, et malgré l'aspiration du banquier de voir sa propre loi régir son obligation de secret, le rattachement territorial de cette obligation demeure prédominant. Cette idée est résumée parfaitement par le Doyen Stofflet : « Conçu comme une condition de la confiance dans le système bancaire français, intégré dans le statut bancaire, le secret est d'application strictement territoriale »<sup>943</sup>. La loi du lieu d'exécution de l'activité bancaire garde vocation naturelle à régir l'obligation de secret bancaire qui en découle, ce qui n'exclut pas un rôle de la loi de la banque, mais en cas de conflits avec la loi de l'activité, cette dernière prédominera. Il importe de signaler que l'intérêt de la

---

CJCE, 4 juillet 2000, Hami, Aff. C-424/97, Rec. p. I-5123, et CJCE 15 janvier 2002, Commission c/ Italie, C-439/99, Rec. p. I-305), la Cour admet la possibilité de justifier une telle interdiction pour des raisons impérieuses d'intérêt général *in* CJCE, 5 octobre 2004, Aff. C-442/02, Caixa Bank c/France, D. 2004, p. 2770, chron. S. Piedelièvre

<sup>940</sup> V. *Supra*, les exceptions au secret bancaire, p.161 notamment pour le Droit français

<sup>941</sup> La notion d'intérêt général ne peut être définie objectivement, mais depuis Jean-Jacques Rousseau, une rhétorique banale du discours politique oppose les exigences altruistes de l'intérêt général à la satisfaction égoïste des intérêts particuliers dans une société déterminée, *in* J.C. Douence, Services publics, Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre I (folio n.6025), Février 2007, n.30 ; D. Truchet, La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit, *Légicom* 2017 p.5.

<sup>942</sup> V. *Supra*, L'objet de l'obligation de secret bancaire, p.78 et la spécificité du secret bancaire, p.117

<sup>943</sup> J. Stofflet, L'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales, *Gaz. Pal.*, 9 juin 2005, p.4, n.3

distinction entre les différentes approches est minimisée. Les États s'engagent vers l'échange d'information automatisé avec l'administration fiscale, sous l'impulsion du FATCA<sup>944</sup> américain et du modèle OCDE d'échange automatique d'informations<sup>945</sup>, ce qui marque le début d'une convergence mondialisée, marginalisant la portée pratique de la loi applicable au secret bancaire.

709. Partant de ces principes, les règles du secret bancaire applicables seront primordialement celles du pays d'accueil de l'établissement ou de l'activité, surtout en cas de contradiction entre la loi de la banque et celle de l'État d'exercice de l'activité.

### **C. La loi du lieu de l'activité (*lex rei sitae*)**

710. Parmi tous les critères de rattachement de l'obligation de secret bancaire, le lieu de l'exercice de l'activité bancaire apparaît être le prédominant. Dans un contexte d'activité bancaire internationalisée, la compétence de la loi du pays de son exercice demeure intouchable, et l'obligation de secret bancaire sera principalement régie par cette dernière. Le principe de la « territorialité du devoir du secret »<sup>946</sup> est consacré. Cette solution est justifiée par le rattachement territorial du secret bancaire avec l'environnement juridique et économique et les bénéfices de son emploi<sup>947</sup>. Ladite compétence n'est pas cependant exclusive, et peut laisser place à l'application d'une autre loi, tant qu'elle ne lui soit pas contradictoire. Ainsi, rien n'empêche une succursale d'un établissement de crédit de s'engager envers ses clients d'une obligation contractuelle de secret bancaire en vertu de la loi de son pays d'origine, ou une loi choisie par les parties, jugée plus stricte en termes de discrétion que celle édictée par la loi de l'État d'accueil ou d'exercice de l'activité. Cependant, cette exception ne pourra trouver application si elle se trouve contradictoire avec la loi du lieu d'exercice. Les dispositions contractuelles ne peuvent prévaloir face aux ordonnances de la loi.

711. Cette primauté de la loi du pays de l'activité se cristallise surtout dans les dérogations à son domaine d'application. C'est l'inopposabilité de l'obligation de secret

---

<sup>944</sup> V. *Infra*, Les lois d'application extraterritoriales, p.296

<sup>945</sup> V. *Infra*, Les Directives OCDE, p.285

<sup>946</sup> J. Stoufflet, *Op.cité*

<sup>947</sup> V. *Supra*, Introduction, les intérêts économiques du secret bancaire, p.32

bancaire aux dispositions de la loi d'accueil qui justifie le plus son rattachement à la loi du lieu d'activité. Le caractère de la territorialité des dérogations au secret bancaire impose respect de ladite loi. L'obligation pour les établissements de crédit de communiquer certaines informations aux institutions et services qui en sont bénéficiaires, s'inscrit évidemment dans une logique de territorialité. Les États d'accueil ou du lieu de l'activité exercent une juridiction exclusive sur leur territoire<sup>948</sup>. Et entre les trois catégories de juridictions<sup>949</sup> :

- la juridiction prescriptive (de promulgation de lois et réglementations),
- la juridiction décisionnelle, et
- la juridiction d'exécution.

712. Il est incontesté que les juridictions d'exécution et décisionnelle sont liées au territoire, et leurs compétence est exclusive aux autorités du lieu de leur exercice. La compétence des autorités du pays d'accueil en charge de contrôle des opérations des établissements de crédit ne peut, en principe, être extraterritoriale, sauf accord d'échanges ou de coopération. Ce fondement théorique de rattachement des dérogations au secret bancaire est consolidé, par le caractère précité de la territorialité de l'obligation même de secret bancaire. Le domaine d'application du secret bancaire est déterminé en fonction des limites de l'obligation de secret, mais aussi de ses dérogations. Les deux éléments dudit domaine d'application sont tellement indissociables, d'où la nécessité de les soumettre à un seul régime juridique. Cet argument consolide le rattachement étroit de la notion de secret bancaire avec le lieu de son application.

713. Ce caractère de territorialité « par nature » du secret bancaire n'est pas dû au seul lien avec ses propres dérogations. Il faut le rappeler, l'obligation de secret est consacrée par l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984<sup>950</sup>. Depuis, le secret bancaire dans sa version de Droit français appartient à la catégorie des lois de police<sup>951</sup> qui écarte toute autre loi en cas de conflits. Elle est la conséquence de la nature de loi de police de la règle suivant les termes de l'article 3 du Code civil<sup>952</sup> qui accorde une application exclusive. La territorialité de l'obligation de secret n'est pas directement la conséquence des sanctions

---

<sup>948</sup> M. Shaw, *International Law* (1999), p. 62

<sup>949</sup> Le concept de juridiction vise la compétence des États, reconnue par le droit international public, à réglementer la conduite des personnes physiques et/ou morales et à imposer des conséquences, par le biais de sanctions, en cas de conduite enfreignant les prescriptions de l'État qui les a promulguées, V. Ph. Athanassiou, M. Prokop et A. Theodosopoulou, *Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines, une vue d'ensemble*, RDBF 2014, études n.20

<sup>950</sup> Intégré dans l'article L. 511-33 C. monét. fin

<sup>951</sup> J. Stoufflet, *L'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales*, *Op.cité*

<sup>952</sup> Art 3 C. civil : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

pénales encourues par le banquier en cas de violation de son obligation<sup>953</sup>. La loi pénale, en l'occurrence est une norme accessoire<sup>954</sup>.

714. Au regard du droit international privé, la qualification de loi de police confirme une application territoriale de la règle. La définition donnée aux lois de police par la CJCE dans le cadre européen, à savoir « *les dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État Membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* »<sup>955</sup> conduit au même rattachement. Ainsi, un banquier luxembourgeois en prospection commerciale, sous libre prestation de service ou libre établissement en France serait alors soumis au Droit français du secret bancaire. La loi française est dans ce domaine une loi de police conçue comme une condition de la confiance dans le système bancaire français, intégré dans le statut bancaire. Et au contraire, la loi française sur le secret bancaire de saurait trouver application pour les opérations bancaires entreprises en dehors du sol français. Le domaine de loi de police s'impose mais connaît des limitations dans l'espace<sup>956</sup>. Pour autant, cette loi de police de secret bancaire prévoit expressément que ses dispositions peuvent être levées par approbation de son bénéficiaire. « Étonnante loi de police ! »<sup>957</sup>.

715. En pratique, cela signifie que l'obligation de secret bancaire à laquelle est soumis le banquier pour toutes les informations qu'il obtient dans le cadre de son activité professionnelle, sera régie par la loi du lieu d'exercice de cette activité. Et sa violation sera réprimée pénalement selon les termes du Droit français. Dès lors, il sera tenu de respecter les dérogations imposées à cette obligation suivant les dispositions de cette loi. Cette solution consolidera la pratique du secret bancaire dans un environnement juridique et économique homogène avec les opérations conclues dans son lieu d'activité.

---

<sup>953</sup> Article 113-2 du Code pénal

<sup>954</sup> Il est notable d'ailleurs caractéristique que la sanction pénale de la violation du secret bancaire soit définie par un renvoi inscrit à l'article L. 571-4, alinéa 2 du Code monétaire et financier qui ne fait référence aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal que pour fixer le quantum de la peine

<sup>955</sup> CJCE, 23 novembre 1999, Clunet2000, 493, obs. Luby ; RCDIP 2000, 710, obs. Fallon ; B. Audit, Droit international privé, Economica, Paris, 2008, p. 102, n° 117 et s : « on parle de loi de police pour désigner le mécanisme d'application d'une règle interne à une situation internationale en fonction de sa volonté d'application et indépendamment de sa désignation par une règle de conflit »

<sup>956</sup> Réf. Art. 3 C. civ.

<sup>957</sup> P. Neau – Leduc, Secret bancaire et frontières, RDBF, n.1, Janvier 2010, dossier 2

Le banquier qui se lance dans une activité bancaire internationale doit être prêt à sacrifier, partiellement ou totalement, la compétence de sa propre loi afin de respecter les dispositions de son nouveau marché. Et le plus important, cette solution évitera des éventuelles réclamations de juridictions extraterritoriales de lois de secret bancaire, telles que le cas qui a été référé à la Cour de justice (CJCE) dans l'affaire Der Weduwe du 10 décembre 2002<sup>958</sup>.

716. Il importe de signaler qu'en pratique, l'éventuelle application de toute autre loi (loi de la banque ou du contrat) n'est pas écartée, au moins de réclamation, dans le jeu de conflits des lois de police et d'autorité du for du droit international privé<sup>959</sup>. Cet éventuel conflit de lois de police entre loi du lieu de l'activité et celle d'un autre lieu de rattachement, pose le problème des lois qui s'autoproclament un effet extraterritorial. Une « extraterritorialité prescriptive » dont on constate, au cours des dernières années, une augmentation, des deux côtés de l'Atlantique, de l'adoption de lois et réglementations aux effets hors du territoire de l'État qui les a promulguées<sup>960</sup>. Ces dispositions prennent la forme de fait de prince étranger ou des lois d'application extraterritoriale<sup>961</sup> qui visent à imposer leur compétence<sup>962</sup> en proclamant un critère de territorialité dans le monde d'affaires internationalisé. Cette réclamation se base sur le principe même de la compétence de la loi du lieu de d'exécution, mais sur un fond de démembrement de ce lieu entre plusieurs juridictions. Comme quoi le secret bancaire appartient « à ces notions sulfureuses qui inhibent généralement l'esprit d'analyse »<sup>963</sup> dans l'essai laborieux de leur rattachement à un régime juridique propre, dans un environnement d'exercice bancaire dissipé par l'internationalisation.

## **Sous- section 2 : Le fait du prince étranger**

717. Si la relation du banquier avec son client n'est pas d'exécution instantanée, c'est parce qu'elle s'inscrit dans des séries d'actes continus et consécutifs durant une période

---

<sup>958</sup> CJCE, 10 décembre 2002, *Op.cité* Comm. P.E. Partsch Gaz. Pal Mai- juin 2005 n. 32

<sup>959</sup> C. Latiil, Lois de police, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 552-100, 2 Septembre 2019, n. 62 s

<sup>960</sup> V. *Infra*, Les lois d'application extraterritoriales, p. 296

<sup>961</sup> V. *Infra*, Le fait du prince étranger p.268

<sup>962</sup> Les lois de police qui visent à protéger directement des intérêts publics d'un pays sous des aspects divers comme le fonctionnement des marchés, la protection de l'environnement ou de la santé publique, la lutte contre la corruption ou encore la levée du secret bancaire pour cause judiciaire ou d'embargo V. M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers* : LGDJ-Lextenso, coll. Domat Droit privé, 2e éd., 2016, n. 192, p. 167.

<sup>963</sup> P.-E. Partsch, *Le secret bancaire et le droit communautaire : réflexions sur la jurisprudence de la CJCE*, Gaz. Pal. 9 juin 2005, p. 31



de temps. Elle commence d'habitude par un contrat d'ouverture de compte bancaire<sup>964</sup>, et se poursuit par une série d'actes. L'encaissement de chèque, le dépôt puis le retrait de fonds, et l'opération de transfert en sont les illustrations les plus simples. Tout au long de cette continuité d'actes, l'obligation du banquier au secret bancaire doit être préservée et ses dispositions respectées, et même après son achèvement<sup>965</sup>, et ce suivant les règles de rattachement susmentionnées.

718. Dans le cadre de cette relation, des opérations internationales peuvent avoir lieu tel qu'un virement de fonds à l'étranger à titre d'exemple. À travers l'application du secret bancaire dans ces opérations, la notion acquiert, en plus de sa dimension dans le temps, une dimension dans l'espace<sup>966</sup> mais d'une envergure plus vaste. Et si suivant ses règles de rattachement précitées auparavant, le régime du secret bancaire pratiqué est régi par la loi de l'État du lieu d'exercice de son activité, la continuité de la relation dans le temps, et son application dans un espace international va le rendre plus difficile à cadrer sous un seul et unique régime. Tout au long de cette relation, l'opération bancaire étalée dans le temps va toucher à un certain moment, à la compétence de lois étrangères, en plus de celles édictées en vertu des règles de règlements de conflits de loi. Le lieu de l'exercice ou plus spécifiquement d'exécution de l'activité bancaire va toucher à plusieurs « juridictions prescriptives »<sup>967</sup>. Du fait du caractère protéiforme de l'activité bancaire internationalisée<sup>968</sup>, la loi du lieu d'exécution de l'activité est en fait la combinaison de plusieurs lois, toutes relevant du même critère du lieu d'exécution. Le principe de la compétence de la loi du lieu d'exécution est préservé, mais c'est ce lieu qui est démembré en plusieurs localisations en conséquence du caractère international de l'opération. Ainsi, l'exécution d'une opération de virement international va toucher à la compétence du lieu d'exécution de l'opération de la banque donnant l'ordre, mais aussi à celle recevant l'ordre aussi. Les deux compétences sont qualifiées comme loi du lieu

---

<sup>964</sup> C. Gavalda, Conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales, Répertoire de droit international, Décembre 1998 (actualisation : Janvier 2015), n. 119 s

<sup>965</sup> La portée du secret bancaire dans le temps V. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2004, n. 00-19.245, Gaz. Pal. 2004. 1, p. 1918, conclusion Sainte-Rose

<sup>966</sup> V. *Supra*, le rattachement de l'obligation de secret bancaire, p.251

<sup>967</sup> V. Ph. Athanassiou, M. Prokop et A. Theodosopoulou, *Op.cité*

<sup>968</sup> C. Gavalda, Conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales, *Op.cité*. : La diversité des situations juridiques naissant entre une entreprise bancaire et sa clientèle implique l'intervention éventuelle de législations multiples entre le droit du lieu d'initiation de l'opération et celui de son achèvement.

d'exécution suivant les règles de conflits de lois décrites auparavant. Dans une telle situation et en cas de contradiction, laquelle des deux lois devrait prévaloir ? Et sera-t-il possible de tracer avec clarté et précision la limite de la compétence de chaque loi sur une partie de la transaction, sans pourtant enfreindre le domaine d'application de l'autre ? Par application pratique, et selon le même exemple du virement international ci-dessus, à quel point la banque donnant l'ordre initiant l'ordre de virement peut-elle opposer le secret bancaire suivant les termes du lieu d'initiation de son exécution aux banques correspondantes, ainsi que la banque recevant l'ordre ? Et les dérogations au secret bancaire suivant les termes de la loi de cette dernière seront-elles applicables par la banque donnant l'ordre ?

719. Pour le pays du for, la compétence de la loi étrangère est certainement prise en considération durant le processus de traitement de l'opération bancaire internationale, tant qu'elle ne contredit pas son ordre public. Elle fait partie de la qualification de loi d'exécution de l'opération décrite dans la section précédente. Et l'intérêt de la réalisation et succès de l'opération bancaire internationale justifie sa prise en compte. Sa compétence reconnue est un « point de pénétration »<sup>969</sup> indirecte de la norme étrangère qui impose ses propres dérogations au secret bancaire de l'opération en question. La compatibilité d'application entre les deux lois paraît facile à employer en cas d'harmonie des deux textes, mais la solution devient conflictuelle en cas de leur incohérence ou contradiction.

720. Ce mécanisme se fait toujours par le canal d'une notion-cadre qui perturbe l'application de la loi compétente<sup>970</sup>. Et en matière de secret bancaire, cette notion-cadre réside dans une dérogation au secret en vertu de cette loi étrangère compétente en vertu de l'internationalisation, et qui peut avoir un effet exonératoire de l'obligation du banquier de tenir à sa confidentialité suivant la loi normalement compétente. Cet effet libératoire reconnu aux normes contraignantes étrangères interdit ou empêche l'exécution de l'obligation de secret bancaire pourtant viable selon la loi déclarée compétente. Une certaine « force majeure de droit » qui vient s'intercaler dans le processus de l'exécution de l'opération bancaire internationale avec un caractère d'insurmontabilité et d'extériorité !

---

<sup>969</sup> P. Kinsch, *Le fait du prince étranger*, LGDJ, 1994, n. 252

<sup>970</sup> H. Muir Watt : *Le fait du prince étranger*, *Revue critique de droit international privé*. p.241

721. Cette méthode de « la prise en considération » de la loi étrangère, et son éventuel effet libératoire sur l'obligation du banquier au secret bancaire, rappelle la thèse du « fait du prince étranger » suivant le mécanisme évoquée par Patrick Kinsch dans son ouvrage portant le même titre, pour les obligations contractuelles en général<sup>971</sup>. Son application sur l'obligation de secret bancaire dans les opérations internationales paraît parfaitement réaliste et évidente.

722. Ce mécanisme de prise en considération de la loi étrangère, a trouvé déjà application pour les obligations contractuelles devant la justice française<sup>972</sup> mais sur une base juridique différente. Selon les termes du Traité de Rome I de 2008<sup>973</sup>, et dans un cas de justice relatif à une loi d'embargo, la loi de police étrangère est prise en compte, mais n'est pas appliquée en tant que règle juridique de fondement et d'office par le juge<sup>974</sup>. Elle intervient, comme un rouage de fait relevée par les parties au procès, en élément d'évaluation de la possibilité matérielle d'exécution de l'obligation contractuelle<sup>975</sup>. Cette solution intervient en application des termes de l'article 9 du Traité de Rome I qui évoque la possibilité de donner « *effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées* ». Cependant, l'application par le juge du for de la loi de police étrangère est conditionnée par l'intérêt objectif de l'État qui en est l'auteur à la voir appliquée, et surtout à l'intérêt de la réalisation de l'opération internationale en question<sup>976</sup>. Tenir compte de la loi étrangère « en tant qu'élément de fait » reste en dehors de la technique habituelle de résolution des conflits de lois par désignation du droit compétent, et est laissé à l'appréciation des

---

<sup>971</sup> *Op.cité*

<sup>972</sup> Cass. Com., 16 mars 2010, n. 08-21.511, Sté Moller Maersk c/ Sté Viol frères, Juris-Data n. 2010-002032, Note D. Bureau et L. d'Avout, La Semaine Juridique Edition Générale n. 19-20, 10 Mai 2010, 530, et sous le même arrêt Note A. Marchand, Journal du droit international (Clunet) n. 1, Janvier 2011, n. 2

<sup>973</sup> Art 9 §3 du Règlement (CE) n. 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : « Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ».

<sup>974</sup> V. A. Marchand, L'embargo en droit du commerce international, Thèse, Nancy 2, 2009, spécif. n. 257 et s

<sup>975</sup> E. Fohrer-Dedeurwaerder, La prise en considération des normes étrangères, Thèse LGDJ, 2008

<sup>976</sup> Cette application fait état de la nécessité d'un lien étroit entre la situation litigieuse et les règles impératives qui prétendent l'appréhender. Il y a lien étroit et réel entre l'opération et la loi du pays autre que celui auquel le contrat est soumis lorsque le contrat doit être exécuté dans cet autre pays ou lorsqu'une partie a sa résidence ou son centre d'affaires dans cet autre pays ; V. Lamy contrats internationaux, Paris, éd. Techniques, division 2, § 183 ; A. Marchand, Journal du droit international (Clunet) n. 1, Janvier 2011.

pouvoirs des juges au regard du critère de compatibilité des lois de police étrangère avec les valeurs essentielles internes du for<sup>977</sup>.

723. Dans le cas de l'obligation de secret bancaire dans les opérations internationales, cette intervention de la loi étrangère dans son régime juridique est matériellement applicable et suivant le même raisonnement, mais en tant que règle de droit faisant partie intégrante de son régime juridique, et non pas un élément de fait. La loi étrangère en la matière, est souvent qualifiée une loi de police<sup>978</sup> qui impose ses propres dérogations à l'obligation de secret bancaire, et s'introduit ainsi en « un fait de prince étranger » et ainsi intègre son régime juridique. Il reste à savoir l'aptitude des autorités du pays du for à « lui donner effets » suivant les mêmes termes applicable en vertu de l'article 9 du Traité de Rome I<sup>979</sup>.

724. Tenant des similarités avec la théorie du fait de prince du droit administratif, la notion de fait de prince étranger dans le présent cas du secret bancaire se distingue par des éléments propres (§ A). Prise en compte, elle affectera le domaine d'application de l'obligation de secret bancaire dans les opérations et activités bancaires internationales et elle vient ajouter une dérogation au secret bancaire de la loi d'exécution compétente, ou d'imposer une inopposabilité de ses dispositions aux autorités étrangères (§ B).

## A. La notion

725. D'origine, la théorie jurisprudentielle du fait du prince<sup>980</sup> est *stricto sensu* propre aux contrats administratifs. Suivant ces prescriptions, les mesures prises par l'autorité administrative contractante, y compris les mesures de portée générale, lorsque celles-ci affectent les considérations en vertu desquelles les parties avaient contracté, ouvre la voie à une révision du contrat, et une indemnisation intégrale du préjudice subi par le cocontractant de l'administration<sup>981</sup>. En vertu de cette théorie, lorsque des mesures imprévisibles, prises par la collectivité publique cocontractante, ont pour objet ou pour effet de causer un dommage au cocontractant, en affectant une donnée dont « la prise en

---

<sup>977</sup> V. en ce sens R. Freitag, IPRAX de Droit Allemand 2/2009, 109, p. 111

<sup>978</sup> V. *Supra*, la loi du lieu de l'activité, p. 261

<sup>979</sup> V. Cass. Com., 16 mars 2010, n. 08-21.511, *Op.cité*

<sup>980</sup> G. Cornu, Association. H. Capitant, Vocabulaire juridique : PUF, Quadrige, 8e éd., 2007, V. Fait du prince, a)

<sup>981</sup> V. CE 9 avril 1897, Gaz de Montluçon, Recueil Lebon p. 305 ; CE 28 novembre 1924, Tanti, Recueil Lebon p. 940. ; A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, t. 1 : LGDJ, 1983, n. 1292.

considération » a été déterminante dans la conclusion du contrat, il y aura révision des obligations contractuelles et l'administration doit indemniser intégralement ce préjudice. 726. En droit privé, la théorie de fait du prince est appliquée et définie comme « une décision de l'autorité publique qui a pour conséquence de porter atteinte à l'équilibre financier de situations contractuelles et qui, en matière civile, peut constituer un cas de force majeure libérant le débiteur de son obligation »<sup>982</sup>. Fondé sur les articles 1147 et 1148 du Code civil, le fait du prince en droit privé désigne ainsi un acte des pouvoirs publics constituant un obstacle absolu et insurmontable à l'exécution d'obligations conventionnelles ou légales.

727. En domaine bancaire, l'intervention des autorités publiques dans le contrôle et la surveillance des opérations bancaires est une réalité certaine. Le fait du prince à ce sujet pourra évoquer un texte de loi, un règlement ou une instruction<sup>983</sup> des autorités du pays du lieu d'exécution de l'opération bancaire créant une dérogation, ou imposant de lever le secret bancaire. Au niveau national, ce « fait du prince » fournit une nouvelle illustration de l'intérêt public des activités bancaires<sup>984</sup> et de l'unité des deux branches du droit public et privé à cet égard<sup>985</sup>, et caractérise les lois émises en la matière en loi de police puisqu'elle vise à protéger un certain intérêt public<sup>986</sup>. Ce mouvement s'explique sans doute en partie par les exigences communes auxquelles sont soumis le droit privé et le droit public en la matière : exigence de performance économique et de ratio de liquidités, contrôle des flux de capitaux, contractualisation fine des risques, impératif de rapidité des transactions, essor des nouvelles technologies, etc.

728. Transposé en domaine internationale, les exigences et mesures des pouvoirs étatiques étrangers, afin de contrôle des flux de capitaux et surtout de lutte contre le blanchiment d'argent constitue une illustration et terrain fertile<sup>987</sup> et évident d'exercice

---

<sup>982</sup> G. Cornu, *Op.cité* ; V. F. Luxembourg, Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public, La Semaine Juridique Edition Générale n. 8, 20 Février 2008, doctrine 119

<sup>983</sup> En cas d'enquête pour blanchiment d'argent V. Art. L 561-15 C. monét. fin.

<sup>984</sup> V. *Supra*, Introduction, l'intérêt du secret bancaire, p. 30 ; A. Teissier, le secret professionnel du banquier, *Op.cité*,

<sup>985</sup> R. Drago, L'unité du droit, Mélanges en l'honneur de R. Drago : Economica, 1996

<sup>986</sup> La définition classique, due à P. Francescakis, Répertoire Dalloz de droit international, V. Conflit de lois, n. 137 et reprise par ledit article 9 du Traité de Rome I : « des dispositions dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique »

<sup>987</sup> D. Hascher, Comité français de droit international privé, Revue crit. DIP 2003, p.165

du fait de prince étranger<sup>988</sup>. Un exercice qui s'inscrit dans l'expression d'un ordre public financier international recherché, mais souvent contradictoire entre les différentes souverainetés nationales.

729. En s'inspirant de l'application du fait de prince en droit privé<sup>989</sup>, plusieurs conditions sont requises afin d'appliquer le fait du prince étranger sur les obligations de secret bancaire, à savoir :

- Un fait de prince qui soit étranger
- Un fait de prince étranger compétent selon le critère de la loi d'exécution qui a corrélation avec l'opération internationale en vue
- Un fait de prince étranger dont la prise en considération est indispensable pour l'exécution effective de l'opération bancaire internationale

730. Un triptyque cumulatif de conditions qui rappelle, et fait connotation, avec celles de la force majeure, d'extériorité et d'irrésistibilité<sup>990</sup>, avec à la clef le même effet de neutralisation des effets de l'obligation.

#### **a. Un fait de prince étranger**

731. Le fait du prince s'entend, premièrement, d'une mesure ou réglementation émise par une autorité publique étrangère<sup>991</sup>. La mesure en question relève de fait du prince, par des obstacles imprévisibles et irrésistibles constitués par la volonté du souverain étranger. L'autorité étrangère auteur de la mesure peut être une autorité législative ou administrative comme elle peut être une autorité judiciaire<sup>992</sup>. Et la mesure sujet du fait de prince, peut être un ordre de justice en relation avec les sujets ou l'objet de l'opération

---

<sup>988</sup> Art. 14 de la loi n. 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux (JORF n. 162 du 14 juillet 1990). Abrogé par Ordonnance 2000-1223 2000-12-14 art. 4 (JORF 16 décembre 2000) prévoyait dans son alinéa 3° : « l'organisme financier doit s'assurer que les obligations définies par l'alinéa précédent sont appliquées par ses succursales ou sociétés filiales dont le siège est à l'étranger, à moins que la législation locale y fasse obstacle ».

<sup>989</sup> V. F. Luxembourg, *Op.cité*

<sup>990</sup> F. Gréau, Les caractères de la force majeure, Répertoire de droit civil, Juin 2017 (actualisation avril 2018), n.26 s

<sup>991</sup> Pour la différence entre l'acte *jure gestionis* et l'acte *jure imperii* de la puissance publique, V. P. Kinsch, le fait du prince étranger, *Op.cité*, p.166 s

<sup>992</sup> G. Parléani, Le secret bancaire face aux injonctions civiles anglo-américaines, Banque et Droit, n.165, Janvier-Février 2016, p.20

bancaire<sup>993</sup>. Comme elle peut revêtir la forme d'un texte de loi<sup>994</sup> ou même un acte administratif, émanant de l'autorité étrangère de contrôle de la légalité de l'exécution de l'opération en vue, d'une enquête pour blanchiment d'argent en relation avec l'opération bancaire en question, à titre d'exemple.

732. Cette mesure étrangère peut être personnelle comme c'est le cas des injonctions judiciaires portant sur une opération d'un client spécifique de la banque par lesquelles le banquier destinataire doit divulguer les informations couvertes par le secret bancaire<sup>995</sup>. Comme elle peut être abstraite et d'ordre général, telle que les lois d'embargos émises contre des pays déterminées<sup>996</sup> suivant lesquelles le banquier doit lever la confidentialité des informations des opérations en relation avec ces pays, afin de confirmer leur respect aux prescriptions de l'embargo.

733. Quoiqu'il en soit leurs formes ou leurs destinataires, ces mesures cristallisent les oppositions entre les systèmes juridiques autour de la notion du secret bancaire. Il y a d'abord l'obligation « civique » de contribuer à la manifestation de la vérité<sup>997</sup> pour les faits de prince émanant d'ordre judiciaire<sup>998</sup> ou de l'expression de la souveraineté étrangère pour les lois et règlements. Il y a ensuite l'exigence de protection de la confidentialité de la relation bancaire, avec, en arrière-plan, la protection de la vie privée des personnes physiques et morales<sup>999</sup> pour le pays du for. La difficulté est d'autant plus grande que le secret bancaire est conçu de diverses manières en droit comparé. Certains États, dont la France, en font une exigence impérieuse, légale, et fondamentale où

---

<sup>993</sup> V. par ex. les injonctions Mareva, issues de l'affaire Mareva Compania Naviera, CA 23 juin 1975. Court of Appeal, civil division [1980] 1 All ER 213 : Elles sont aujourd'hui dénommées les ordres de gel de ne pas céder certains actifs (« *freezing order* »), dans les « *Civil Procedure Rules* » britanniques de 1998 au Royaume-Uni *Supreme Court Act* de 1981 ; G. Cuniberti, C. Normand et F. Cornette, Droit international de l'exécution, LGDJ, n° 828 ; V. pour l'équivalent américain, le « *prejudgment with attachment* », ou le « *temporary restricting order* ».

<sup>994</sup> V. *Infra* la loi FATCA p. 299 ainsi que les lois d'embargos : Les opérations financières liées à l'exportation d'une marchandise soumise à l'embargo peuvent être affectées par ce dernier. V. H. Synvet, L'embargo : aspects de droit bancaire, in L'embargo : actes de la journée d'études du 1er décembre 1995 organisée par l'Association européenne pour le droit bancaire et financier - Belgique (AEDBF- Belgique), 1996, Bruxelles, Bruylant, p. 213 s, cité in R. Chemain, Sanctions économiques : contre-mesures, boycott, embargo, blocus, Embargo, Répertoire de droit international, Mai 2017 (actualisation : Mai 2018), n.193.

<sup>995</sup> G. Parléani, *Op.cité*

<sup>996</sup> V. par ex. Le pays ou territoire objet de sanctions financières, d'embargos ou de mesures liées au terrorisme, au financement du terrorisme ou à la prolifération imposés par les Nations unies ou par l'Union européenne.

<sup>997</sup> V. par ex. les articles 8 à 11 du Code français de procédure civile ; V. M.A. Frison-Roche, J. Cl. Procédure, fasc. 620.

<sup>998</sup> L'autorité de la loi et des décisions administratives étatiques ne font pas obstacle puisque l'inopposabilité du secret bancaire à leur égard ne pose pas problème dans tous les systèmes juridiques.

<sup>999</sup> V. pour la mise sur le même plan des objectifs de la justice civile et du secret bancaire, tous deux reposants au fond sur des intérêts privés, ce qui empêcherait de faire primer les premiers sur le second, Th. Bonneau, Droit bancaire, Montchrestien, 11e éd., n. 556

l'intérêt public est prédominant<sup>1000</sup>. Il est également considéré comme indispensable à la confiance que doit avoir le public dans le système bancaire, et de ce fait régi par une loi qualifiée de police. Or de l'autre côté de l'Atlantique, et dans la grande majorité des pays de *Common Law*, le secret bancaire est essentiellement défini légalement *a contrario*, par des lois spéciales qui permettent aux autorités publiques de bénéficier de droits de communication étendus<sup>1001</sup>. Sur le fond, le secret bancaire n'est pas nié par nature, mais il est limité, et se limite à une valeur contractuelle, ce qui le fait céder devant des exigences d'intérêt public dans lequel s'inscrit un ordre du juge.

734. Ces divergences expliquent en grande partie l'hétérogénéité sur la scène internationale des solutions proposées pour la question de l'opposabilité du secret bancaire, surtout aux autorités judiciaires civiles. Les injonctions judiciaires prononcées par des juridictions civiles américaines, et, dans une moindre mesure, britanniques<sup>1002</sup> qui admettent que les banques de l'une des parties soient attirées dans la procédure, et qu'il leur soit enjoint de divulguer des informations précises en leur possession l'une des parties, voire sur des tiers.

735. Bénéficiant du contexte largement internationalisé des activités bancaires, ces « faits du prince étrangers » visent la banque, débiteur et dépositaire du secret, et non pas le client, son ayant-droit et principal intéressé<sup>1003</sup> comme l'évidente logique l'aurait proposé. Dans ce contexte, la banque visée est appréhendée en entité économique, comme une succursale locale, mais parfois, elle l'est aussi au travers d'une de ses filiales, voire au travers de la maison mère pour atteindre par ricochet les sièges des filiales ou succursales locales. Ces injonctions sont aussi nécessairement destinées à produire leurs effets au lieu d'exécution de l'opération internationale qui demeure leur point de rattachement. Mais elles visent parfois aussi le siège social relevant du pays du for où sont détenues ou enregistrées les opérations effectuées par la banque, d'où leur aspiration

---

<sup>1000</sup> V. J. Lasserre Capdeville, *Le Secret bancaire*, PUAM ; E. Collomp, *Le secret bancaire*, in *Rapport de la Cour de cassation*, 2004, p. 41

<sup>1001</sup> V. par ex. pour les Etats-Unis d'Amérique le *Bank Secrecy Act* du 26 octobre 1970, modifié par le *Patriot Act* du 26 octobre 2001, et l'affaire Tournier

<sup>1002</sup> Encore que les juridictions britanniques se montrent souvent assez respectueuses de la souveraineté des autres Etats V. les arrêts Grossmann, relatif à la souveraineté en cette matière de l'île de Man, 1981, 73 cr, App. R. 302, et Mackinnon c/ Donaldson, 1986, ch.482, sauf circonstances exceptionnelles et les conditions exposées notamment dans l'arrêt Eram Shipping Company c/ HSBC, 13 juin 2003, 2003, UKLH 30.

<sup>1003</sup> V. à ce sujet, un palliatif, malheureusement non généralisé, employé par la justice américaine de l'État de Californie du *good faith effort consent* visant à persuader le client à lever le secret bancaire de ses avoirs dans une banque suisse sous peine d'obstruction à la justice. V. *Grand jury proceedings, Yanagihara Grand Jury*, 709, F. Supp. 192 (CD. Cal, 1989), et procédé validé par la Cour Suprême des Etats-Unis comme ne méconnaissant pas la protection de l'inculpé de l'auto-incrimination. V. *Doe v. United States*, 487 U.S. 201 (1989).



extraterritoriale<sup>1004</sup>, et la nécessité d'un rattachement de compétence de ces faits de prince.

736. Ce caractère d'extranéité du fait de prince étranger par rapport à la loi du for normalement applicable, rappelle la condition d'extériorité au débiteur de l'obligation invoquant la force majeure comme cause exonératoire. Dans les deux cas, le défaut de rapport de l'élément externe avec le régime normalement applicable au débiteur de l'obligation ainsi que la réclamation de l'effet libératoire de l'obligation sont omniprésents. Mais, il importe de le rappeler, leurs fondements demeurent différents. La cause extérieure dans le cas de la force majeure demeure un élément de fait laissé à l'appréciation du juge<sup>1005</sup>, alors que la mesure étrangère du fait de prince étranger relève d'un fondement de droit qui intègre le régime juridique de l'opération ou l'activité bancaire en question.

### **b. Un fait de prince compétent**

737. Dans le cas de l'obligation de secret bancaire, le fait du prince étranger intervient tout d'abord par sa fonction. Il réclame compétence, en se fondant sur des liens réels avec la situation envisagée pour imposer son intervention indirecte dans le règlement du litige, alors que par sa vocation il demeure une loi inapplicable au regard de la règle de conflit. Le fait de prince étranger s'impose par son rattachement le plus souvent avec un certain lieu de l'exécution de l'opération bancaire, qui lui accorde une vocation particulière à se faire entendre. À ce titre, le banquier du for ne saurait, sans compromettre l'effectivité de l'opération, ne peut ne pas tenir compte des prohibitions ou restrictions édictées par la loi territoriale étrangère<sup>1006</sup>. La prise en considération de la norme contraignante étrangère en matière de secret bancaire demeure exceptionnelle : une loi tierce à portée

---

<sup>1004</sup> Une extraterritorialité infirmant le principe reconnu par la Cour permanente de Justice internationale dans son arrêt Lotus du 7 septembre 1927, selon lequel « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État » ; V. L. D'Avout, L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires, JCP, 2015.II. 1112.

<sup>1005</sup> La Cour de cassation a écarté l'existence d'un cas de force majeure, et énoncé que « ne constitue pas un cas de force majeure pour celle qui le subit, faute d'extériorité, le gel des avoirs d'une personne ou d'une entité qui est frappée par cette mesure en raison de ses activités » Cass., Ass. Plén, 10 juill. 2020, n. 18-18.542 note J.-D. Pellier, Dalloz Actualité, 20 juillet 2020.

<sup>1006</sup> Elle est de nature à constituer pour le débiteur de l'obligation contractuelle un obstacle à l'exécution dont il serait déraisonnable, en présence du risque de sanctions, de ne pas tenir compte, V. H. Muir Watt : Le fait du prince étranger, Revue critique de droit international privé. p.241

extraterritoriale a rarement l'effectivité requise pour constituer un véritable empêchement à l'exécution. Pourtant la loi étrangère s'impose dès qu'il y a un élément d'extranéité inévitable. Cette extranéité est souvent la conséquence du contexte international de l'opération. Elle constitue l'élément de rattachement de la loi ou injonction étrangère. Le lieu d'exécution du virement international pour la banque recevant l'ordre constitue une réclamation légitime de compétence sur cette opération<sup>1007</sup>.

738. En droit positif, les commandements extraterritoriaux n'ont, en eux-mêmes, rien de nécessairement exorbitant. Même là où les limites que le droit international trace à la compétence des Etats sont le plus nettement définies, tel en matière de droit pénal, le territoire n'est pas le seul chef de compétence. À côté de cette compétence territoriale il existe au moins, et dans tous les cas, une compétence personnelle à l'égard des nationaux de l'État, même s'ils séjournent et agissent à l'étranger<sup>1008</sup>.

739. Pour le secret bancaire, si le droit pénal français qui, pour le rappeler, est applicable pour la violation du secret bancaire dans sa version française, retient la compétence du territoire. Et si l'application des règles traditionnelles de conflits de lois, autour des entités et sur des opérations, mène aussi la compétence de la loi du lieu de l'activité. Le territoire n'est pas le seul chef de compétence bien que le plus prédominant pour les opérations bancaires internationales<sup>1009</sup>. D'autres systèmes juridiques et notamment l'américain, réclame leur compétence pour des chefs, du moins contestables. Ainsi, le législateur américain s'est déclaré compétent en raison de la nationalité des sociétés<sup>1010</sup> ou des « biens »<sup>1011</sup>, ou plus récemment de chefs de compétence extraterritoriale relevant de la nature de l'acte, tel que pour le cas de fraude<sup>1012</sup>, et plus généralement du caractère

---

<sup>1007</sup> Le cloisonnement territorial du secret bancaire est confirmé dans les cas de l'exercice de liberté d'établissement ainsi que la libre prestation de service, et la clientèle qui a choisi de recourir à des établissements bancaires localisés dans un pays doivent se soumettre à ses dispositions de secret bancaire, V G. Parléani, *Le secret bancaire face aux injonctions civiles anglo-américaines* (1/2), Banque & Droit n.165, p.24

<sup>1008</sup> V. Art. 113-1 à 113-14 C. Pénal

<sup>1009</sup> V. *Supra*, Le rattachement juridique de la notion de secret bancaire, p.251

<sup>1010</sup> Sur la notion de « *person subject to the jurisdiction of the United States* » qui peut inclure les filiales étrangères des sociétés américaines, V. *Restatement, Third*, paragr. 414, Reporters's note

<sup>1011</sup> S. Marcus, E. Richard, « *Extraterritorial Jurisdiction in the United States Laws* », 20 Colum. J. Transnat'l L. 439 (1981) ; V. à cet égard, le chef de compétence admis par la loi FATCA est l'emploi quasi-constant de la monnaie américaine dans les opérations internationales, V. *Infra*, la Loi FATCA, p. 299

<sup>1012</sup> Le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977 : une loi fédérale américaine pour lutter contre la corruption d'agents publics à l'étranger. Cette loi a un impact international et concerne l'ensemble des actes de corruption commis par des entreprises ou des personnes, américaines ou non, qui sont soit implantées aux États-Unis, soit simplement cotées en bourse sur le territoire américain ou qui participent d'une manière ou d'une autre à un marché financier régulé aux États-Unis. Elle réclame application par le simple fait d'avoir établi une communication téléphonique ou envoyé un courriel transitant via le territoire américain. V. R. Gauvain, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Paris, Assemblée Nationale, 26 juin 2019, p. 101

« universel »<sup>1013</sup> de sa monnaie. Cette diversité de chefs compétence ouvre la voie à la réclamation de prise en considération de la loi étrangère sous différents motifs dans un monde des affaires bancaires amplement internationalisé. Ainsi, la loi américaine FATCA de 2010, visant directement le secret bancaire dans ses versions nationales, réclame une compétence extraterritoriale en vertu de la nationalité ou de la résidence des titulaires des comptes bancaires ouverts auprès des établissements de crédit établis et opérant à l'étranger<sup>1014</sup>. Une pratique extraterritoriale qui est apparemment d'application de longue date : une opinion dissidente annexée à un récent arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis relève une longue liste de situations où un étranger agissant à l'étranger est susceptible de poursuites pénales aux Etats-Unis, et note que « *les trois plus importants articles d'exportation de notre pays sont maintenant la musique rock, les blue-jeans et la loi américaine* »<sup>1015</sup>.

740. Pourtant ce conflit de compétence ne devrait pas être problématique. Le fondement de critères de compétence parfois fort ténus, aux procédures internationales. Elles sont encore préférées, en pratique, au recours à l'entraide internationale. Ainsi, les Etats-Unis sont partie à la Convention de la Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale et à des traités bilatéraux d'entraide judiciaire, notamment en matière pénale. Mais en procédure civile, la Cour Suprême des Etats-Unis a décidé que l'application de la Convention de La Haye de 1970 est « souhaitable certes, mais non impérativement prescrite au juge américain ». Une

---

<sup>1013</sup> B. Théret, La dollarisation : polysémie et enflure d'une notion, *Revue Critique internationale* 2003/2 (n. 19), p. 62

<sup>1014</sup> À ce titre, le rattachement de l'application extraterritoriale la loi FATCA pour les « américains accidentels » se fait pour les personnes qui :

- (1) ont acquis la nationalité américaine à la naissance
- (2) ont bénéficié dès la naissance d'une autre nationalité transmise par l'un des deux (ou les deux) parents qui n'est pas (ou ne sont pas) citoyen(s) américain(s) et à laquelle il n'a jamais été renoncée depuis la naissance ;
- (3) ont quitté les États-Unis au cours de leur enfance (parfois quelques semaines après leur naissance) et
- (4) qui n'ont jamais travaillé ou, plus largement, résidé de façon permanente aux États-Unis après leur majorité.

V. R. Bismuth, L'extraterritorialité du FATCA et le problème des « américains accidentels », *Journal du droit international (Clunet)* n. 4, Octobre 2017, doctrine 11

<sup>1015</sup> *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 281 (1990) (op. diss. Brennan), citant V.R. Grundman, « *The New Imperialism: The Extraterritorial Application of United States Law* », 14 *Int'l Law*. 257 (1980). Des auteurs se sont récemment interrogés sur la compatibilité de certaines dispositions législatives, revendiquant une compétence extraterritoriale, avec les droits individuels garantis aux destinataires de ces normes par la Constitution des Etats-Unis : L. Brilmayer/C. Norchi, « *Federal Extraterritoriality and Fifth Amendment Due Process* », 105 *Harv. L. Rev.* 1217 (1992), in P. Kinsch, *Le Fait de prince étranger*, *Op.cité*, p.131 ;

décision d'autant plus remarquable qu'elle traitait précisément, en l'espèce, d'un conflit avec une loi de blocage<sup>1016</sup>.

741. Cette réclamation de compétence par le souverain étranger par un fait de prince est une réalité juridique que le banquier doit tenir « en considération » pour reprendre le terme de M. Kinsch. Mais cette réclamation ne lui accorde pas application certaine sans effectivité dans le pays du for. D'où le rattachement de cette mesure étrangère par un certain chef de compétence demeure une condition nécessaire mais pas suffisante.

### **c. Un fait de prince effectif**

742. Pour être pris en considération, le fait du prince étranger doit relever d'une compétence qui soit effective, sans quoi sa prise en compte demeure douteuse<sup>1017</sup>. Une condition *sine qua non* du fait de prince étranger. L'effectivité d'une injonction extraterritoriale dépend des chefs de compétence décrits à la section précédente. Elle relève surtout de la résidence d'une des parties, ou de la présence de biens saisissables, appartenant au créancier de l'obligation, sur le territoire de l'État étranger qui l'invoque. Dans ce cas, le domaine d'exercice de sa souveraineté lui justifie sa compétence. Mais elle peut relever aussi de l'intérêt individuel du débiteur de l'obligation<sup>1018</sup>.

743. Cette condition d'effectivité du fait de prince étranger rime avec le caractère substantiel de l'irrésistibilité de la force majeure<sup>1019</sup>. Elle est le noyau dur du fait de prince, l'élément incontournable vers lequel les deux précédents conditions doivent permettre de converger, et constitue l'obstacle insurmontable contre lequel le banquier ne peut ignorer sa prise en compte<sup>1020</sup>. Par la consécration de cette condition, le banquier

---

<sup>1016</sup> Société Nationale Industrielle Aéronautique y. U.S. District Court, 482 U.S. 522 (1987) ; Jurisdiction, *An Annotated Collection of Legal Materials*, Cambridge, 1983, p. 79 et s. *Adde* l'aperçu traduction française à la R. 1988. 559, note Dyer (conflit avec la loi française du 16 juillet 1980) dans laquelle la Cour Suprême a attribué un caractère facultatif au recours à la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la recherche et de l'obtention de preuves à l'étranger en matière de droit civil et d'affaires.

<sup>1017</sup> V. à cet égard, réponse ministérielle (J.O. débat, Sénat, 4 juin 1987, p. 890 ; également R. 1987. 639) : la loi de blocage française du 16 juillet 1980 aurait effet « extraterritorial » pour une personne de nationalité française et résidant en France, en visite dans un Etat étranger communiquait, dans le cadre de procédures judiciaires de cet Etat, des renseignements répondant aux critères définis par les dispositions ... de la loi du 16 juillet 1980 mais dont le pouvoir coercitif à l'étranger est resté limité.

<sup>1018</sup> Il serait injuste et déraisonnable de forcer le débiteur à encourir les sanctions prévues en cas de transgression de la norme étrangère. Ce souci ne perd pas sa valeur du seul fait que la norme en question est une norme extraterritoriale : si le débiteur réside sur le territoire de l'Etat étranger, des mesures coercitives pourront atteindre sa propre personne et ses propres biens. V. à ce sujet, la potentielle poursuite pour obstruction à la justice (*contempt of court*) V. affaire *Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. (Interhandel)* de la Cour Internationale de la Justice du 21 mars 1958 ; V. P. Kinsch, le fait du prince étranger, LGDJ, 1994, p.198 n. 166

<sup>1019</sup> F. Gréau, Les caractères de la force majeure, Répertoire de droit civil, Juin 2017 (actualisation avril 2018), n.66 s

<sup>1020</sup> En matière contractuelle, l'article 1218 al. 1<sup>er</sup> du code civil au sujet de la force majeure évoque l'événement qui « empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

sera forcé d'appliquer ou de « prendre en considération » les prescriptions du fait de prince étranger, et se trouvera « involontairement » en violation des dispositions de son obligation de secret bancaire, telle que décrites par la loi du lieu d'exécution normalement compétente. Ainsi à titre d'exemple, il sera tenu de produire des documents relatifs à son client couverts par le secret puisqu'un tribunal étranger vient de lui intimer l'ordre de produire ces documents dans un procès qui se déroule à l'étranger. Ou plus simplement, à titre d'exemple il sera forcé d'adapter, tant que possible, les dispositions de son régime de secret bancaire avec celui du pays de l'exécution de l'opération bancaire internationale en vue, afin de réaliser avec succès une opération de virement international.

744. De principe, la considération d'application d'une norme extraterritoriale étrangère n'est pas admise. Le respect de la souveraineté étrangère n'est pas transposable au cas d'une norme extraterritoriale, puisque tout simplement il va enfreindre à la souveraineté nationale. Il n'existe certainement pas de règle de droit international public ou même de « courtoisie internationale »<sup>1021</sup> qui exigerait, dans un conflit de compétences, qu'un État s'incline et écarte le champ de sa souveraineté, devant l'exercice de la compétence extraterritoriale d'un État étranger<sup>1022</sup>. La prise en considération des prescriptions de cette loi étrangère repose sur des considérations tirées à la fois de la souveraineté extraterritoriale de l'État étranger et de son pouvoir coercitif, et de l'intérêt individuel du débiteur de l'obligation de secret bancaire à y obéir, et dans les deux cas, elle est faite en relation avec le lieu d'exécution de l'obligation.

745. À cet égard, le banquier sera confronté à deux obligations contradictoires émises par deux États différents : celui du lieu d'exécution (*lex rei sitae*) compétente en vertu des règles de conflits<sup>1023</sup>, et celui de l'État étranger qui vient imposer son effet

---

<sup>1021</sup> CJCE 27 septembre 1988, Ahlström, Aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Rec., p. 5193, : « ... lorsque deux États ont compétence pour édicter et pour exécuter des normes et que leurs normes aboutissent à ce qu'une personne se voit imposer des ordres contradictoires quant au comportement qu'elle doit adopter, chaque Etat serait tenu d'exercer sa compétence avec modération .... »

<sup>1022</sup> La Loi n. 68-678 du 26 juillet 1968, telle que modifiée par la Loi n. 80-538 du 16 juillet 1980 (Loi de Blocage), est la plus connue des législations tendant à restreindre la communication de documents et renseignements dans le cadre de procédures judiciaires à l'étranger. Les lois de blocage reflètent d'importantes différences dans les conceptions juridiques des systèmes issus du droit civil et ceux issus du droit commun, et a été votée en réaction aux procédures de *discovery* à l'américaine s'apparentant à une « pêche à l'information » à la fois inutile et intrusive.

<sup>1023</sup> V. *Supra*, La détermination de la loi applicable à l'obligation de secret bancaire, p.254

extraterritorial<sup>1024</sup>. L'anecdote dans la matière est que le banquier va être confronté à choisir deux attitudes différentes :

- réfuter d'appliquer une des deux prescriptions et choisir librement le souverain aux ordres duquel il entend se conformer, et serait de ce fait puni par l'autre<sup>1025</sup> : une attitude de chercher volontairement une des deux punitions, qui ne correspond pas au droit positif.
- Une deuxième possibilité serait d'appliquer un critère territorialiste<sup>1026</sup> : une des deux normes prohibitives territoriales est libératoire plus que l'autre. Normalement les normes extraterritoriales sont moins libératoires que celle du pays du for. Suivant cette approche il s'agit « d'apprécier » dans des situations concrètes, laquelle des deux normes prévaudra en fonction du lieu d'exécution, mais aussi de l'intérêt du banquier débiteur de l'obligation.

746. Dans tous les cas, la mise à l'épreuve de balance de l'applicabilité des deux normes en conflit est laissée à la seule appréciation du banquier. Une épreuve qu'il entreprendra dans l'intérêt de l'opération en vue, mais aussi partiellement ou totalement, en fonction de son propre intérêt personnel<sup>1027</sup>. Une solution étrange mais pourtant pratiquement évidente en matière de secret bancaire.

747. Le caractère coercitive du fait de prince étranger vise principalement le débiteur de l'obligation dépositaire de l'information confidentielle, et non pas son créancier propriétaire de ladite information, et principal intéressé par la mesure étrangère !<sup>1028</sup>

748. Le banquier, et dans un second plan les autorités de son pays du for, seront dans un état de nécessité de déroger à l'obligation de confidentialité, par le fait d'une dérogation imposée non pas de la loi applicable au régime du secret bancaire, mais d'un État tiers.

749. Cet état de nécessité est justifié par la revendication de compétence de l'État tiers. Une compétence qui est effective puisque incontournable et irrésistible, et applicable sur un territoire tiers ou encore sur le territoire même du for.

---

<sup>1024</sup> P. Kinsch, *Op.cité*, Section II : Effectivité du fait de prince étranger p.196

<sup>1025</sup> Ainsi certaines décisions américaines en matière de *discovery* internationale- conscientes sans doute du fait que l'attitude inflexible des tribunaux américains risque de causer préjudice à un tiers innocent simple détenteur de renseignements couverts par le secret professionnel étranger - ont tenté de se justifier par la considération que le risque d'obligations contradictoires n'est que la contrepartie des avantages économiques que permet d'obtenir une participation au commerce international : V. United States vs. First National City Bank, 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968).

<sup>1026</sup> P. Kinsch, le fait du prince étranger, *Op.cité*. n. 165

<sup>1027</sup> Le fait d'échapper à possible poursuites criminelles pour non-coopération avec la justice (« contempt of court »), V. A. Garapon, P. Servan-Schreiber, Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée, PUF, p. 66 s ; P. Kinsch, *Op.cité* n. 166

<sup>1028</sup> V. *Infra*, le nouveau régime du secret bancaire, p.323

750. Si l'effectivité du fait de prince étranger retrouve son évidente application du fait de la présence des biens ou du débiteur même, et ce indépendamment de sa légitimité. Un principe qui est reconnu par l'arrêt *Lotus* dans sa reconnaissance de la compétence étatique<sup>1029</sup>. Mais une solution qui est aussi applicable en vertu de conflit de compétences suivant le droit public international et le pouvoir de chaque souverain à faire respecter ses mesures, dans les pays étrangers. D'où, le critère objectif de l'effectivité n'est pas facilement déterminable puisqu'il dépend de plusieurs éléments juridiques, mais aussi de certains relevant du droit public international, et du pouvoir de coercition et d'habilité de résistance des autorités des États en question.

751. Mais il demeure certain, que l'effectivité est ce qui rend le fait du prince étranger irrésistible. Du point de vue individuel ce n'est pas simplement l'impossibilité matérielle de désobéir aux commandements, mais le risque de sanctions et aussi l'impossibilité de se soustraire à ces sanctions pour violation de ses dispositions dès qu'elles viennent à être prononcées. Vu sous cet angle, le fait du prince étranger relève très littéralement de la contrainte étatique<sup>1030</sup>. Une effectivité, qui selon M. Kinsch, est « présumée du seul fait de l'existence de la norme étrangère »<sup>1031</sup>, et ce indépendamment de sa légitimité.

## **B. Les effets du fait de prince étranger sur le domaine d'application du secret bancaire**

752. Un fait de prince étranger qui intervient et s'impose par son effectivité, va affecter le domaine d'application du secret bancaire. En la matière, il peut advenir que pour la satisfaction de l'opération du client de la banque et créancier du secret, la loi régissant

---

<sup>1029</sup> L'arrêt rendu, en 1927, par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire du Lotus, *Op.cité* reste la contribution fondamentale de la jurisprudence internationale à la question des compétences étatiques : « ... il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes des biens et des actes hors du territoire et si par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de se faire dans des cas spécialement déterminés... »

<sup>1030</sup> V. P. Kinsch, le fait de prince étranger, *Op.cité*, n. 133

<sup>1031</sup> Le défendeur qui invoque le fait du prince n'a pas à prouver que des mesures individuelles de contrainte ont été prises à son encontre en application d'une réglementation générale. La Cour d'Appel de Paris a eu l'occasion de le décider en estimant que la législation soviétique confisquant les pierres et métaux précieux exonérait par elle-même des bijoutiers dépositaires, « sans qu'il soit besoin d'exiger d'eux la démonstration que ces prescriptions d'ordre général ont été suivies de mesures effectives appliquées spécialement à la maison Marchak à Kiev », CA Paris 15 février 1933, J.D.I. 1933. 959, 961

cette obligation se trouve contrecarrée en raison des modalités de la prestation attendue, par la loi d'un autre pays où l'exécution doit intervenir proscrit, pour des motifs d'intérêt général. Le domaine de l'obligation de secret est pourtant bien déterminé, en vertu de la loi qui lui est applicable, et scellé par une incrimination pénale en cas de sa violation<sup>1032</sup>. Il est alors pris en tenaille par deux impératifs contradictoires, enfermé dans un nouveau conflit de lois accouché de la résolution du premier et les prescriptions de la deuxième loi compétente. Les mesures d'embargo, les réglementations des changes, les restrictions du commerce extérieur, le contrôle de la communication des informations de nature économique, fournissent les plus d'exemples de cette figure particulière de conflit de systèmes.

753. La principale conséquence de l'application du fait de prince étranger est son effet sur le domaine d'application du secret bancaire. Par son intervention, il impose une dérogation au domaine de secret bancaire, tel que défini par la loi compétente en vertu des règles de conflits. En vertu de cette dérogation imposée par le fait de prince étranger, le banquier, débiteur d'obligation de secret envers son client, se trouvera délié de son devoir de confidentialité envers son client en vertu d'un état de nécessité imposé par une norme étrangère. Et il sera exonéré de sa responsabilité civile ou administrative pour non-respect des dispositions de l'obligation de secret. Ainsi, un ordre judiciaire de témoignage sur des faits couverts par le secret<sup>1033</sup>, ou même un ordre de communication de documents confidentiels<sup>1034</sup>, seront libératoires des effets l'obligation au secret.

754. Cet effet libératoire du fait de prince étranger constitue une exonération de responsabilité du banquier envers son créancier, et un fait justificatif de se délier de la responsabilité en la matière. Mais cette solution pour être admise doit trouver un fondement et une justification juridique pour être validé par l'État du for, surtout que pour le secret bancaire dans sa version française, sa violation est réprimée pénalement.

755. Pour son fondement, en matière de secret bancaire, l'article L.511-33 dans son alinéa 2° du C. monét. fin. prévoyait déjà dans son texte cette exonération pour « les cas

---

<sup>1032</sup> Art. L. 571-4 C. monét. fin renvoyant à l'article 226-13 C. Pénal.

<sup>1033</sup> V. en particulier les cas de la justice anglaise *Re Spencer and the Queen* (1983) 145 D.L.R (3d) 344, à propos du secret bancaire des Bahamas et le jugement de la *High Court anglaise S.E.C. vs. Certain Unknown Purchasers* 23 LL.M. 512 (1984), à propos du secret bancaire luxembourgeois. Pour ce dernier cas, le juge britannique a estimé que le risque pour les employés luxembourgeois de se voir poursuivis au Luxembourg pour s'être pliés aux ordres judiciaires de témoigner passait « du domaine de l'improbable à celui de l'extrêmement fantaisiste ».

<sup>1034</sup> La notion du secret bancaire aux États-Unis ne relève point de la vie privée, et est considérée comme une expression de la vie d'affaires des particuliers ouvertes à la consultation *United States c/ Miller*, 425.U.S.435, 96 S. Ct 1619, 1976 ; D. Blache, *Le droit bancaire aux Etats-Unis*, Revue Banque éd., 2006, n. 552 et s.



où la loi le prévoit »<sup>1035</sup>. Mais cet effet de libération de l'obligation n'est reconnu que pour les textes de nature législative et non pas à tout autre type de normes relevant du fait de prince étranger. De plus, la loi visée par l'article L.511-33 est la loi nationale<sup>1036</sup> applicable à l'obligation de secret bancaire<sup>1037</sup> ce qui interdit en principe toute prise en considération d'une loi ou mesure étrangère, non consacrée par une loi ou une convention internationale, telle qu'une mesure administrative<sup>1038</sup> ou une injonction judiciaire<sup>1039</sup>.

756. Mais rappelons-le, à part les cas reconnus par l'État du for, l'intervention du fait de prince étranger se fait par une effectivité relevant d'élément relatif avec l'intérêt de l'opération bancaire internationale en cours, ou de l'intérêt du débiteur, mais dépend surtout du pouvoir coercitif du souverain étranger à imposer l'application de la mesure qu'il a édictée. Par cette panoplie d'éléments, l'efficacité du pouvoir étatique étranger n'est pas définie précisément, et dépend du degré de rattachement de sa compétence avec un bien ou partie à l'opération en cours<sup>1040</sup>. Le fondement de la prise en considération du fait de prince étranger réside dans le résultat du jeu de conflits de loi, et l'appréciation du juge en fonction des intérêts en jeu, et n'est pas textuel.

757. Le fondement est surtout jurisprudentiel<sup>1041</sup>, malgré la rarissime jurisprudence en matière de secret bancaire, et se base sur la « mécanique » des conflits de compétence<sup>1042</sup>. Cette solution se justifie par le défaut de caractère objectif de l'effectivité du fait de prince étranger<sup>1043</sup> en matière de secret bancaire.

758. À partir de ce point, la question des effets du fait de prince étranger sur le domaine du secret bancaire est laissée aux solutions jurisprudentielles. La situation de base est, à

---

<sup>1035</sup> V. *Supra*, les exceptions du secret bancaire, p.161

<sup>1036</sup> Le secret bancaire a été instauré par la loi du 24 janvier 1984 et ne saura être limité d'application que par un texte législatif.

<sup>1037</sup> V. *Supra*, La loi du lieu de l'activité p. 261

<sup>1038</sup> V. Art. L.632-3 C. monét. fin.

<sup>1039</sup> V. La Convention de La Haye de 1970 sur la coopération judiciaire en matière d'obtention des preuves à l'étranger

<sup>1040</sup> V. à ce sujet, la notion de « blocus effectif » en expression du pouvoir de contrainte étatique, P. Kinsch, le fait de prince étranger, *Op.cité*, n 19 s : un souverain étranger dont l'effectivité de ces faits de prince a portée extraterritoriale est limitée sera de portée dérisoire et ne sera pas prise en considération.

<sup>1041</sup> V. P. Kinsch, le fait de prince étranger, *Op.cité*, n. 24

<sup>1042</sup> Le législateur n'a ni défini la force majeure ni déterminé ses effets .... Ce silence ne saurait être imputé à un oubli .... Il ne serait inséré dans la loi aucune disposition sur l'exception relative à la force majeure et les tribunaux décideraient dans quel cas de force majeure pouvait relever le débiteur de la déchéance encourue, et si une mesure de police d'un gouvernement étranger, pouvait constituer un cas de force majeure. *Ibid.* CA Paris 25 avril 1862 qui admet « que l'obstacle créé par cette mesure pourrait ... être invoqué par le comptoir d'escompte, comme un cas de force majeure, tout en décidant que l'obstacle était, en l'espèce, prévisible et que le retard était donc imputable au porteur négligent ».

<sup>1043</sup> V. *Supra*, le caractère effectif du fait de prince étranger, p. 276

quelques détails près, toujours la même. Un créancier entend engager la responsabilité contractuelle de son banquier débiteur, qui se dit libéré de son obligation de secret bancaire par le fait de prince étranger : la loi d'un État étranger lui interdit la prestation contractuellement promise. Mais la violation de l'obligation de secret emporte une sanction civile mais aussi pénale. Si l'effet libératoire de la peine civile est apprécié par les juges en fonction de la situation de l'impossibilité d'exécution de l'obligation de secret. Une solution admise par les systèmes de tradition de droit civil mais aussi par ceux de tradition anglo-américaine<sup>1044</sup>. Cet effet libératoire devient plus complexe pour la peine criminelle édictée par l'article 226-13 C. Pénal.

759. La peine pénale est prononcée pour violation de secret bancaire est la conséquence d'une action publique qui n'est éteinte que dans les cas citées par la loi à l'article 226-14 C. Pénal pour le secret professionnel en général, et aux articles L. 511-33 et L. 511-34 et L. 562-8<sup>1045</sup> du code monétaire et financier pour le secret bancaire. Et de ce fait, l'effet libératoire du fait de prince étranger de la peine criminelle est difficilement concevable, tant la compétence du juge pénal est rattachée à la souveraineté étatique. Pourtant, invoqué par le débiteur de l'obligation de secret bancaire comme fait justificatif au sens de l'article 122-4 C. Pénal, le fait de prince étranger peut exonérer la responsabilité pénale de ce dernier qui s'est trouvé dans l'impossibilité matérielle de respecter son devoir de confidentialité<sup>1046</sup>. Le fait du prince étranger doit pouvoir exonérer le prévenu banquier de sa responsabilité pénale, s'il justifie son acte par un acte de nécessité dont il a été soumis en vue de la réalisation de l'opération bancaire en vue. Son argument devrait être moins justificatif s'il invoque son propre intérêt personnel et la nécessité d'écarter une potentielle inculpation pour non obéissance à un ordre émis par une autorité étrangère. Il est regrettable que la jurisprudence ne s'est pas prononcée pour la qualification du fait de prince étranger comme étant un fait justificatif de délit de violation du secret bancaire, mais il nous semble que le principe est envisageable et applicable en fonction de l'état de nécessité dans lequel se trouverait le banquier.

---

<sup>1044</sup> V. P. Kinsch, le fait de prince étranger, *Op.cité*, n. 11 s

<sup>1045</sup> Pour l'échange des informations et les actes de gel de fonds pour dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux

<sup>1046</sup> V. P. Kinsch, le fait de prince étranger, *Op.cité*, n. 69 : « Même en matière pénale, le fait du prince étranger est susceptible d'avoir un effet libératoire ». Cette solution a été admise en tant de guerre : L'ordonnance du 29 mars 1945 relative à la répression du commerce avec l'ennemi dans les territoires occupés dans son article 5 : « Il n'y a ni crime, ni délit lorsqu'il est établi que les rapports économiques avec l'ennemi sont intervenus sous l'empire de la contrainte » V. Trib. Corr. du Havre 25 février 1946, D. 1946. 211, relaxant un entrepreneur de travaux publics qui avait dû participer à la construction du « Mur de l'Atlantique » ; mais aussi en temps de paix V. Cass. Crim. 13 juillet 1951, S. 1952. 1. 118.

760. Le caractère délicat de la question se manifeste incontestablement par des conflits particulièrement fréquents et particulièrement aigus : ceux auxquels peut donner lieu une procédure judiciaire ou administrative au for, lorsqu'elle implique l'obtention de renseignements dont la communication est interdite ou réglementée par la législation du pays étranger dans lequel se situent les documents recherchés, ou dont les témoins potentiels y sont ressortissants. La gravité de ces conflits pourra être due à l'importance qu'attachera au fond du litige l'Etat du for, et qu'attribuera au secret à garder l'Etat étranger<sup>1047</sup>. Une situation qui, surtout en vue de la jurisprudence américaine en la matière<sup>1048</sup>, est devenu source de conflits étatiques de souverainetés. Des réactions, notamment diplomatiques, viennent périodiquement le rappeler. Et une situation qui met la pression au banquier dépositaire du secret et encombre les conflits étatiques de compétence, malgré des indices de palliatifs plus orthodoxes qui viserait le propriétaire du secret<sup>1049</sup>.

## CHAPITRE II : LES LIMITES EXORBITANTES AU SECRET BANCAIRE

761. Face à l'ouverture des marchés financiers, l'internationalisation des opérations bancaires, et la libre circulation internationale des capitaux, un courant de coopération internationale a été initié. En plus de ces exceptions relevant du droit interne<sup>1050</sup>, et l'ajustement du domaine d'application du secret bancaire appliqué dans un contexte international<sup>1051</sup>, le secret bancaire subit des dérogations, cette fois par des conventions internationales. La coopération internationale se justifie par des motifs de sauvegarde de l'ordre public international afin de protection du système bancaire international, contre les capitaux provenant de trafics de stupéfiants, de terrorisme, ou même résultant d'une fraude fiscale à l'échelle internationale. Le domaine du secret bancaire français a été

---

<sup>1047</sup> V. P. Kinsch, le fait de prince étranger, *Op.cité*, n. 81 s

<sup>1048</sup> G. Parléani, le secret bancaire face aux injonctions civiles anglo-américaines, *Op.cité*

<sup>1049</sup> Les documents de consentement de levée de secret (*consent directives*), dont la jurisprudence américaine a validé l'application sous peine d'obstruction à la justice (*contempt of court*). V. re Grand Jury Subpoena, Two Grand Jury Contemnors y. United States, 826 F.2d 1166 (2d Cir. 1987); Grand Jury Proceedings, Yanagihara Grand Jury, 709 F. Supp. 192 (C.D. Cal. 1989). *Cour Suprême* des Etats- Unis, Doe y. United States, 487 U.S. 201 (1988).

<sup>1050</sup> V. *Supra*, les exceptions à l'obligation de secret bancaire, p. 161

<sup>1051</sup> V. *Supra*, Le rattachement juridique de la notion de secret bancaire et le fait du prince étranger p. 251 s

affecté par des conventions internationales<sup>1052</sup> qui font, sans doute, partie du droit positif national<sup>1053</sup>. Ce courant d'harmonisation du droit autour de la notion de secret bancaire s'est surtout manifesté en domaine pénal où l'hétérogénéité des infractions sous-jacentes du phénomène du blanchiment<sup>1054</sup> était évidente. Mais ces règles « prescrites » par des autorités étrangères ou des organes internationaux, au titre de l'intérêt général international ont entaché le secret bancaire d'importantes exceptions. Et pour une notion de secret bancaire de repère national, certaines de ces exceptions sont de nature exorbitante. Dans le cas de figure, si la coopération est, de principe, admise entre les États, elle est souvent reçue avec suspicion par les États tiers réceptifs<sup>1055</sup>, quand elle est imposée par des mécanismes de pression, voire d'intimidation, politique et économique<sup>1056</sup>, et visant la limitation du champ d'application du secret bancaire<sup>1057</sup>. Parmi ces exceptions, on retrouve les Directives de l'OCDE (*Section 1*) et des lois d'application extraterritoriale (*Section 2*).

---

<sup>1052</sup> La présente étude ne portera pas sur l'ensemble des traités bilatéraux et multilatéraux surtout dans le domaine d'entraide internationale ratifiés par la France, et affectant le domaine d'application du secret bancaire. Parmi les conventions ratifiées par la France et écartant l'application du secret bancaire :

1. La convention entre la France et la Suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune signée le 9 septembre 1966 modifiée par les avenants du 3 décembre 1969, du 22 juillet 1997 et du 27 août 2009
2. Art 18 alinéa 7 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990 et signée par la France le 5 juillet 1991, JO 4 mars 1997 ;
3. Art. 12 alinéa 5 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, JO 13 septembre 2003 ;
4. Art. 7 du protocole du 16 octobre 2001 de la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, JOCE, n. 326, 21 novembre 2001 ;
5. Art. 4 alinéa 5 de l'Accord européen du 25 juin 2003 entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'extradition, JOUE n° L 291, 7 novembre 2009 ;
6. Art 40 de la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 Contre la corruption, JO 6 septembre 2006 ;
7. Art 12 de la Convention du 5 octobre 2016 d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire, signée à Paris, JO, 6 juin 2018 ;

<sup>1053</sup> Arrêt Nicolo du Conseil d'État du 20 octobre 1989 par lequel a été pleinement reconnue la supériorité des traités du droit international sur le droit national et l'intégration des conventions internationales ratifiées le droit positif national, (Conseil d'Etat, Assemblée, du 20 octobre 1989, 108243, publié au recueil Lebon, p. 149). Complété par l'arrêt de la cour de Cassation acceptant de contrôler la compatibilité d'une loi postérieure à un traité (Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, Société des cafés Jacques Vabre, D. 1975.497).

<sup>1054</sup> Y. Mersch, La Coopération européenne et internationale des autorités de supervision en matière bancaire et financière, Colloque organisé par l'AEDBF, 15 novembre 2019

<sup>1055</sup> M. Lehmann, La Coopération européenne et internationale des autorités de supervision en matière bancaire et financière, Colloque organisé par l'AEDBF, 15 novembre 2019

<sup>1056</sup> Par le mécanisme de classification des pays selon leur degré de coopération en matière d'échange d'informations dans le domaine fiscal entre une liste noire, grise et blanche, V. J. Lasserre Capdeville, Le Secret bancaire, Approche nationale et internationale, RB édition p. 114

<sup>1057</sup> G. Molo, Du secret bancaire à la transparence fiscale, Dossiers de droit européen, 2017, ISBN 978-3-7255-8653-0, p. 167

## SECTION 1 : LES DIRECTIVES OCDE

762. Les préoccupations de la communauté internationale à l'égard de la fraude fiscale et de la détermination de normes visant la transparence et l'échange de renseignements en la matière, se sont exprimées de façon relativement tardive par rapport à l'exercice de la libre circulation des capitaux et l'internationalisation des activités bancaires. L'ouverture des marchés et la libre circulation des capitaux ont donné naissance à une concurrence entre les régimes fiscaux préférentiels afin d'attirer les capitaux mobiles<sup>1058</sup>. La concurrence fiscale s'est avérée dommageable et a entraînée des distorsions dans les échanges et les investissements, et a sapée les bases d'imposition nationales et déplacé une partie de la charge fiscale vers des bases d'imposition plus avantageuses<sup>1059</sup>. L'échange de renseignements constitue un moyen efficace pour les États de conserver la souveraineté sur leurs propres bases d'imposition et de garantir la bonne affectation des droits d'imposer entre les parties aux conventions fiscales. Or, les traités pour éviter les doubles impositions et prévenir l'évasion et la fraude fiscale s'étaient avérés nettement insuffisants pour diminuer la fraude fiscale internationale, puisqu'ils sont limités d'effets entre les signataires mais aussi dépendent du choix d'y adhérer, et des longues négociations et processus de ratification.

763. Créée en vertu de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, et succédé à l'Organisation européenne de coopération économique (OECE)<sup>1060</sup>, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a eu un rôle prépondérant dans le traitement de la question du secret bancaire au niveau international. Ayant pour objectif de promouvoir des politiques visant à réaliser une expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays membres, elle œuvre pour la stabilité financière, et la contribution au développement de l'économie mondiale.

---

<sup>1058</sup> A. Bourgain, Vers la fin du secret bancaire dans les centres financiers offshore : une question d'éthique et de concurrence fiscale, *Revue d'économie financière* 2015/3 n. 119 p. 287

<sup>1059</sup> OCDE, *Concurrence fiscale dommageable : Un problème mondial*, 1998, ISBN 9789264262942

<sup>1060</sup> OECE issue du plan Marshall et de la Conférence des Seize (Conférence de coopération économique européenne) qui a existé de 1948 à 1960

764. Sur cette base, l'OCDE s'est prise à évoquer explicitement et largement le sujet du secret bancaire, et les moyens de contourner ses effets, depuis 1996 suite à la décision des chefs des pays du G7 et sur leur demande. Les chefs réunis en sommet à Lyon, ont officiellement soulevé le problème des dommages que cause l'évasion fiscale au fonctionnement de l'économie mondiale et des pays membres du G7<sup>1061</sup>. Et à cet égard, le secret bancaire est considéré vis-à-vis des autorités fiscales un obstacle à l'échange de renseignements effectif et peut encourager la fraude fiscale.

765. Appuyé par son poids économique<sup>1062</sup>, le rôle de l'OCDE a été prépondérant dans l'institutionnalisation d'un courant juridique de neutralisation du secret bancaire pour limiter ses effets dans le domaine de coopération en matière fiscale. Ce rôle a œuvré entre les pays membres de l'OCDE dans un premier temps avant d'étendre ses règles à d'autres pays non-membres. Une « coopération » qui s'est imposée sous forme de recommandations afin d'établir un échange d'informations couvertes par le secret bancaire, dans un premier temps sur demande avant de se transformer en échange automatique. Partant du principe que le refus d'accès aux informations bancaires aux autorités fiscales pour motif du secret bancaire, est certainement dommageable bien au niveau national mais surtout international, le comité des affaires fiscales de l'OCDE a examiné la question du secret bancaire, et ce depuis 1985<sup>1063</sup>. À cette fin, les gouvernements des pays de l'OCDE ont mis au point des « principes directeurs sur les régimes fiscaux préférentiels dommageables ». Ces principes directeurs décourageront la prolifération des régimes fiscaux préférentiels dommageables et encourageront les pays dotés de tels régimes à les éliminer. Au sujet du secret bancaire, ces principes encouragent les pays membres à réexaminer les mesures et les pratiques qui empêchent l'administration fiscale d'avoir accès, directement ou indirectement, à des renseignements bancaires pour l'échange de tels renseignements dans les affaires fiscales

---

<sup>1061</sup> P. Michaud, *Le Contrôle fiscal, la lutte contre la fraude et la recherche du renseignement*, Études fiscales internationales, mars 2010, p. 19

<sup>1062</sup> Le 14 décembre 1960, vingt pays ont signé la Convention relative à l'Organisation de coopération et de développement économiques. Les membres de l'OCDE sont : Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus Membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996) et la Corée (12 décembre 1996). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE). L'ensemble formé par ces pays représente 80 % du PNB mondial en 2009

<sup>1063</sup> Le rapport *Fiscalité et usage abusif du secret bancaire in L'évasion et la fraude fiscales internationales : Quatre études*, OCDE publications, 1987.

impliquant des actes intentionnels qui sont l'objet de poursuites pénales, de manière à modifier, si besoin est, leur législation, leur réglementation ou leurs pratiques administratives.

766. Et afin d'étendre le domaine d'application de leur efforts pour la lutte à la fois contre les régimes fiscaux préférentiels dommageables et encourager les mesures visant l'accès aux renseignements détenues par les banques, les gouvernements membres conviennent également de nouer un dialogue avec les pays non membres. En 1998, dans son rapport de référence intitulé « Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial »<sup>1064</sup>, l'OCDE a analysé la situation résultant à la fois de l'existence de régimes préférentiels mis en œuvre au sein de certains États membres de l'Organisation et des pratiques anticoncurrentielles de nombreux pays non-membres qui pouvaient être qualifiés de « paradis fiscaux »<sup>1065</sup>. À partir de cette date, l'OCDE a fait au sein des pays membres des efforts considérables pour lutter contre la fraude fiscale, et a même imposé comme une condition la signature de ces conventions comme élément nécessaire dans ses négociations avec les États candidats à l'entrée dans l'organisation, dont le Chili, la Russie, l'Estonie, Israël et la Slovénie. Récemment, le scandale des « Documents Panaméens » (*Panama Papers*)<sup>1066</sup> a montré qu'en dépit des progrès considérables réalisés au cours des dernières années dans la mise en place de normes internationales solides en matière de transparence fiscale, le secret bancaire continue de trouver sa place dans les sociétés. Et parfois, il a été pointé comme facilitant la fraude fiscale et d'autres délits financiers graves tels que le blanchiment de capitaux à caractère fiscal<sup>1067</sup>, ce qui

---

<sup>1064</sup> OCDE, Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial, 19 Mai 1998, ISBN 978-9264-262942

<sup>1065</sup> Afin d'identifier ces derniers, quatre critères ont été définis par l'OCDE, Rapport 1998 *Op.cité* :

1. des impôts directs insignifiants ou inexistants ;
2. l'absence de transparence sur le régime fiscal ;
3. la rareté d'activités économiques substantielles ;
4. enfin et surtout, l'absence de transmission de renseignements aux administrations fiscales des autres pays, jugée par le rapport précité comme critère essentiel permettant de caractériser les pratiques fiscales dommageables.

<sup>1066</sup> Les Panama Papers (« documents panaméens ») désignent la fuite de plus de 11,5 millions de documents confidentiels issus du cabinet d'avocats panaméen Mossack Fonseca, détaillant des informations sur plus de 214 000 sociétés offshore ainsi que les noms des actionnaires de ces sociétés, A la Une: les Panama Papers, scandale planétaire », Radio France internationale, avril 2016.

<sup>1067</sup> Sans être à l'origine de ces évolutions normatives, l'affaire des *Panama Papers* a assurément permis d'en asseoir la portée. La pression médiatique et diplomatique mise sur les États récalcitrants est en effet devenue trop forte. Ainsi, par exemple, Panama s'est engagée en mai 2016 à respecter les standards de l'OCDE, quelques jours seulement après les révélations de la presse sur les pratiques de *Mossack Fonseca* à l'origine du scandale. V. M. Collet, *Panama Papers* : quelles conséquences un an après ?, Recueil Dalloz 2017 p.1184

a facilité le processus de renforcement de la pression pour l'instauration des limitations « hors-norme » et exorbitants au secret bancaire<sup>1068</sup> .

## **Sous-section 1 : Le domaine d'application**

767. L'effet de l'application des Directives de l'OCDE sur le secret bancaire a été considérable. En avril 2000, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a visé le champ d'application du secret bancaire et publié le rapport : « Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales »<sup>1069</sup>, dans lequel il encourage les pays membres à notamment, exiger l'identification des clients des banques ainsi que des bénéficiaires effectifs des comptes. Et, il œuvre à réexaminer les politiques et pratiques qui empêchent l'accès aux renseignements bancaires à des fins d'échanges de renseignements dans le cas d'affaires fiscales pénales, et à prendre les mesures appropriées pour permettre l'accès aux renseignements bancaires pour la vérification des responsabilités fiscales et autres cas d'administration fiscale.

768. Partant de ce point, et si la lutte contre l'évasion fiscale au niveau national relevait de la compétence souveraine des États, au niveau international il fallait innover pour créer un mécanisme permettant la neutralisation, à des fins fiscales, des effets de la mondialisation des services bancaires et de la libre circulation des capitaux. À cet effet, l'OCDE a émis en 2002 une convention modèle d'accord-cadre pour favoriser l'échange de renseignements entre les pays membres à des fins fiscales avec un processus de stigmatisation des centres non-coopératifs<sup>1070</sup>. Depuis fin 2010, plus de 700 accords d'échange d'informations ou conventions de double imposition ont ainsi été, soit signés, soit révisés afin de les aligner sur les normes fiscales les plus strictes<sup>1071</sup>. De surcroît, ils poursuivent également la même finalité de mise en œuvre du principe de transparence fiscale, pour des fins de prévenir la fraude et l'évasion fiscales.

769. À cette fin, le principal véhicule proposé par l'OCDE réside dans le modèle d'accord d'échange de renseignements adopté en 2002 et, surtout, dans les termes de l'article 26

---

<sup>1068</sup> La classification des pays suivant leur degré de coopération, V. J. Lasserre Capdeville, *Le Secret bancaire, Approche nationale et internationale*.

<sup>1069</sup> Rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE, 24 mars 2000, OCDE publications, 2000

<sup>1070</sup> P. Neau-Leduc, *Secret bancaire et frontières*, RDBF n. 1, Janvier 2010, dossier 2, n. 7 : « Le moyen de pression principal retenu pour pousser les centres off-shore à se mettre en conformité avec les recommandations et les normes internationales a consisté à la fin des années 1990 à privilégier une politique de stigmatisation à leur égard selon la technique du (*Name and shame*)»

<sup>1071</sup> Réf. OCDE, [www.oecd.org](http://www.oecd.org)



du modèle de convention fiscale relatif à l'assistance administrative. Le remarquable article 26 du modèle de convention fiscale OCDE mis à jour en juillet 2005 avec l'ajout de deux paragraphes indique :

- d'une part, qu'un État ne peut refuser de répondre à une demande de renseignements uniquement parce que ces renseignements ne présenteraient pas d'intérêt pour cet État dans le cadre national (art. 26 § 4)
- d'autre part, parce que ces renseignements seraient détenus par une banque ou un établissement financier (art. 26 § 5).

770. Un État signataire ne peut donc refuser de transmettre des informations au seul motif que cette information serait détenue par une banque ou une institution financière, ou que l'administration de l'État n'aurait pas besoin de cette information pour établir ses propres impôts<sup>1072</sup> sur l'échange de renseignement. Par ces conventions, les autorités fiscales des États contractants « *échangent les renseignements nécessaires pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou celles de la législation interne*

---

<sup>1072</sup> Le modèle type est le suivant :

1. 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 ou dénomination perçus pour le compte des États contractants, de leurs subdivisions politiques ou de leurs collectivités locales dans la mesure où l'imposition qu'elles prévoient n'est pas contraire à la Convention. L'échange de renseignements n'est pas restreint par l'article 1 et 2.
2. Les renseignements reçus en vertu du paragraphe 1 par un État contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet État et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts mentionnés au paragraphe 1, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts, par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts, ou par le contrôle de ce qui précède. Ces personnes ou autorités n'utilisent ces renseignements qu'à ces fins. Elles peuvent révéler ces renseignements au cours d'audiences publiques de tribunaux ou dans des jugements.
3. Les dispositions du paragraphe 1 et 2 ne peuvent en aucun cas être interprétées comme imposant à un État contractant l'obligation :
  - a. de prendre des mesures administratives dérogeant à sa législation et à sa pratique administrative ou à celle de l'autre État contractant ;
  - b. de fournir des renseignements qui ne pourraient être obtenus sur la base de sa législation ou dans le cadre de sa pratique administrative normale ou de celles de l'autre État contractant ;
  - c. de fournir des renseignements qui révéleraient un secret commercial, industriel, professionnel ou un procédé commercial ou des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public.
4. Si des renseignements sont demandés par un État contractant conformément à cet article, l'autre État contractant utilise les pouvoirs dont il dispose pour obtenir les renseignements demandés, même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales. L'obligation qui figure dans la phrase précédente est soumise aux limitations prévues au paragraphe 3 sauf si ces limitations sont susceptibles d'empêcher un État contractant de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci ne présentent pas d'intérêt pour lui dans le cadre national.
5. 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 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. »

*des États contractants relative aux impôts visés par la Convention dans la mesure où l'imposition qu'elle prévoit n'est pas contraire à la Convention »<sup>1073</sup>.*

771. À cette étape, pour l'OCDE, le modèle d'accord ne traite que de l'échange de renseignements sur demande, même si les parties contractantes peuvent convenir d'étendre leur coopération en prévoyant la possibilité d'un échange automatique ou spontané. En conséquence, et jusqu'à ce stade, le principe du secret bancaire ne serait pas incompatible avec l'échange de renseignements mis en œuvre par l'article 26 du modèle OCDE qui n'envisage que des exceptions limitées soumises à des règles strictes de confidentialité. Il en serait ainsi pour les échanges entre administrations fiscales. Le principe d'un échange de renseignements suppose que les administrations aient accès aux informations bancaires et puissent les divulguer à leurs partenaires étrangers. Cette méthode implique une véritable capacité juridique d'accès à l'information qui induit une capacité pratique de se procurer des informations exhaustives et pertinentes et, surtout, une volonté d'échanger. C'est, toute proportion gardée, une sorte de droit d'ingérence fiscal et financier. Courant 2008, il existait encore un certain nombre de réticences à la levée du secret bancaire à des fins fiscales sur des places importantes, y compris dans les pays membres de l'OCDE<sup>1074</sup>.

772. Ayant réussi à imposer ce modèle de l'article 26 à l'ensemble de ses membres<sup>1075</sup>, mais aussi à des pays non membres de l'OCDE<sup>1076</sup>, l'OCDE a imposé une grande traçabilité des flux financiers internationaux, en répit de tout obstacle relevant de réglementations nationales et notamment de secret bancaire.

---

<sup>1073</sup> P. Neau-Leduc, *Secret bancaire et frontières*, *Op.cité*

<sup>1074</sup> Ainsi en suisse, le Conseil fédéral a brusquement ouvert la brèche en mars 2009, en acceptant d'accorder l'entraide administrative en matière fiscale aux conditions de l'article 26 du Modèle de convention OCDE (MC-OCDE). Toutes les conventions de double imposition ont été renégociées avec les États qui en ont fait la demande. Dans un premier temps, la Suisse adoptait une interprétation très restrictive des conditions d'entraide. À l'origine, la Suisse posait des conditions très strictes. L'assistance ne devait être fournie que dans des cas individuels. Les principes de spécialité et l'interdiction de toute recherche systématique de sujet d'incrimination (« *fishing expeditions* ») étaient présentés comme des conditions absolues. Aujourd'hui, l'assistance est accordée très largement, non seulement dans le cadre de l'application de la convention considérée (petite entraide), mais aussi pour les besoins de taxation de tous les impôts internes aux États signataires (grande entraide). Conformément à l'article 26 alinéa 5 MC-OCDE, le secret bancaire n'est pas opposable et les banques sont tenues de collaborer, même à des fins de taxation. La situation est paradoxale, puisqu'en droit interne, les autorités cantonales n'ont pas accès aux données bancaires dans le cadre d'une procédure de taxation ou de soustraction simple. V.

<sup>1075</sup> Les 4 pays de l'OCDE qui s'étaient opposés à l'article 26 de la Convention (la Suisse, l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg), ont levé en 2009 leurs restrictions. En mai 2010, tous les États s'étaient engagés, selon l'OCDE, à se mettre en règle

<sup>1076</sup> La France a signé de nombreux accords d'échange de renseignements qui ont été votés par le parlement et publiés au JO en 2010 notamment avec Jersey, Bahamas, Îles Turques et Caïques, Bermudes, Îles Caïmans, Gibraltar, Saint-Marin, Liechtenstein, Principauté d'Andorre, Guernesey, Île de Man, Îles Vierges, Antigua et Barbuda, La Grenade, Sainte-Lucie, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, L'Uruguay, Le Vanuatu.

773. Si l'échange de renseignements est obligatoire, mais il demeure sur demande. Il existe des situations où les parties contractantes ne sont pas tenues de fournir les renseignements demandés si sa justification n'est pas validée par le pays membres recevant la demande.

774. La dernière « mise à jour de l'article 26 du modèle de Convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant » a été adoptée par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2012<sup>1077</sup>. Par ailleurs, l'OCDE réfléchit à un modèle standardisé qui permettrait un échange automatique d'informations. Le 19 avril 2013, les ministres des Finances du G20 et les Gouverneurs des banques centrales ont considéré que l'échange automatique d'informations devait constituer une norme sur laquelle devait travailler l'OCDE. L'OCDE a alors présenté le 18 juin 2013 un rapport d'étape au sommet du G8 concernant la fourniture d'un modèle standardisé et mondial d'échange automatique d'informations.

775. Initiée par l'engagement des pays du G20, à Londres en 2009, les échanges automatiques d'informations à des fins fiscales visent à établir la transparence fiscale mondiale. Elles franchissent une étape supplémentaire en 2014 avec la mise au point de la Norme commune de déclaration (NCD)<sup>1078</sup> pour l'échange automatique de renseignements<sup>1079</sup>, que 101 juridictions se sont engagées à appliquer à partir de 2017. Cette norme commune réduira les coûts de conformité pour les pouvoirs publics et les institutions financières, et se traduira par une amélioration de la discipline volontaire, comme en témoignent les 107 milliards de dollars d'ores et déjà recouverts en recettes fiscales supplémentaires<sup>1080</sup> grâce aux programmes de régularisation volontaire qui encouragent les contribuables à déclarer leurs revenus et avoirs auparavant dissimulés à leur administration fiscale<sup>1081</sup>. En 2019, près d'une centaine de pays ont échangé des

---

<sup>1077</sup> Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, Publications OCDE, 2010,

<sup>1078</sup> Devant le succès de la loi FATCA pour *Foreign Account Tax Compliance Act*, la loi fiscale sur la déclaration des avoirs américains investis à l'étranger, l'Europe s'est également initiée à cette pratique en mettant au point la nouvelle réglementation CRS (*Common Reporting Standard*) ou Norme Commune de Déclaration).

<sup>1079</sup> Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, publications OCDE, 2014, ISBN 9789264222090 (PDF)

<sup>1080</sup> Certains auteurs et sources doutent de l'efficacité déclarée de la norme NCD V. notamment les rapports et documents sous [http://ec.europa.eu/axation\\_customs/taxation/personal\\_tax/savings\\_tax/savings\\_directive\\_review/index/en](http://ec.europa.eu/axation_customs/taxation/personal_tax/savings_tax/savings_directive_review/index/en) ; A. Prüm, Th. Bonneau, Th. Baums, L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, du secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur, *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, 2010, p.37. V. aussi, T. Fensby, L'échange automatique de renseignements en matière fiscale : pourquoi la survie des normes FATCA et CRS ne tient qu'à un fil, *Revue Droit fiscal* n. 20, 18 Mai 2017, 301

<sup>1081</sup> OCDE, La communauté internationale accomplit de nouvelles avancées dans la lutte contre la fraude fiscale internationale, *Rapport 30/6/2020*.

renseignements de façon automatique, permettant à leurs administrations fiscales d'obtenir des données sur 84 millions de comptes financiers détenus à l'étranger par leurs résidents, ce qui représente des actifs d'une valeur totale de 10 000 milliards euros<sup>1082</sup>.

776. Pour assurer une mise en œuvre cohérente et universelle de la norme d'échange automatique de renseignements, l'OCDE s'emploie désormais, aux côtés des pays du G20 et du Forum mondial, à doter l'ensemble des juridictions participantes, riches et pauvres, des outils et des orientations pratiques nécessaires. Le Forum de l'OCDE sur l'administration fiscale (FTA) vient d'adopter un Système commun de transmission (SCT) qui constitue le premier système mondial d'échange bilatéral visant à rendre opérationnels les échanges automatiques selon des modalités véritablement novatrices<sup>1083</sup>. La sécurité des données constitue la pierre angulaire du SCT, et repose sur un mécanisme avancé de cryptage de chaque transmission. Les membres du FTA ont financé son élaboration mais le rendront disponible aux pays en développement.

777. Ces réglementations visent à renforcer la transparence et l'échange automatique d'informations entre les pays<sup>1084</sup>. Elles permettent donc aux administrations fiscales d'avoir la connaissance des avoirs financiers détenus par leurs résidents fiscaux à l'étranger. Ce processus apporte une exception considérable au domaine d'application du secret bancaire, même pour les opérations bancaires nationales, pour les comptes détenues par des étrangers.

---

<sup>1082</sup> OCDE, Documents de travail de l'OCDE sur la fiscalité, ISSN 22235558 (en ligne)

<sup>1083</sup> La Norme Commune de Déclaration (NCD/CRS) qui a été développée en réponse à la demande des dirigeants du G20 et approuvée par le Conseil de l'OCDE le 15 juillet 2014, invite les juridictions à obtenir des informations de leurs institutions fiscales et à échanger automatiquement ces informations chaque année avec les autres juridictions. Elle définit les informations de comptes financiers à échanger, les institutions financières qui sont en demeure de les déclarer, les différents types de comptes et les contribuables concernés, ainsi que les procédures communes de diligence raisonnable qui doivent être suivies par les institutions financières. Cette publication comprend les quatre éléments suivants : Un Modèle d'Accord entre Autorités (AAC) pour l'échange automatique de renseignements NCD ; la Norme Commune de Déclaration l'échange d'informations fiscales Ce mécanisme vise à lutter contre les excès de l'optimisation fiscale. V. OCDE, Échange automatique de renseignements : Ce que recouvrent l'échange automatique, son mode de fonctionnement, ses avantages et les progrès restant à accomplir, 2012.

<sup>1084</sup> En France, le fondement législatif de l'échange automatique d'informations est constitué par l'article 1649 AC du Code général des impôts, créé par la loi n. 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires. Les institutions financières doivent fournir à l'administration fiscale les données sur les revenus et les actifs financiers des contribuables dont elle a besoin pour répondre aux demandes d'assistance administrative émanant des États avec lesquels de tels échanges sont prévus. L'article 56 de la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017 a organisé le contrôle et les sanctions des règles applicables aux institutions financières et aux titulaires de comptes financiers, en vue de permettre à la direction générale des finances publiques (DG Fip) d'envoyer aux autorités compétentes des États et territoires étrangers les informations sur les comptes financiers détenus directement ou indirectement par leurs résidents fiscaux.

## Sous-section 2 : Les effets

778. Les effets du mécanisme d'échange de renseignements établi par les Directives de l'OCDE sur la notion juridique du secret bancaire, et sur son champ d'application a été considérable. Désormais, chaque État signataire est tenu de collecter et de transmettre les renseignements<sup>1085</sup> détenus auprès des établissements de crédit et relatifs aux comptes et opérations des ressortissants étrangers ouverts sur son territoire, et ce aux autorités compétents de son pays. La transmission se fera une fois par année, et les renseignements en question porteront massivement sur tous les ressortissants, et d'une façon indifférenciée et sans besoin d'une demande, motivation ou une cause. Dès lors, les informations confidentielles couvertes par le secret bancaire de la loi du lieu d'exercice, en dépit des libertés fondamentales d'établissement et de prestations de services et de leurs régimes juridiques respectifs<sup>1086</sup>, seront classées suivant la nationalité de leur ayants-droits. Et le secret bancaire couvrant les informations confidentielles détenues par les banquiers, se voit « imposé » une dérogation via un mécanisme de persuasion et de stigmatisation. Cette dérogation est subjective et dépend de la nationalité de l'ayant droit de l'information, mais portera sur le tout et l'essentiel du secret bancaire, d'où son caractère exorbitant.

779. Si les autorités de l'OCDE se félicitent des succès du processus imposé sous le titre de la transparence<sup>1087</sup> et ce, au titre de l'augmentation des recettes fiscales, mais de point de vue juridique, la réalité n'a pas été florissante.

780. Par une politique annoncée qui vise à contrer l'abus de l'emploi du secret bancaire sur le marché bancaire mondial, les mesures employées sont tombées dans « un excès de zèle » et un empressement juridique ! Un échange, massif et indifférencié, des renseignements détenus par les établissements bancaires, ne sont pas seulement des transgressions au domaine de la vie privée de chacun de ses clients<sup>1088</sup>, même si le

---

<sup>1085</sup> Noms, numéros de comptes, et balance des comptes

<sup>1086</sup> V. *Supra*, l'internationalisation des activités bancaires et le régime juridique applicable, p. 244

<sup>1087</sup> Le secrétaire général de l'OCDE déclare que « La découverte, grâce à l'échange automatique de renseignements, de comptes jusqu'alors dissimulés a permis et permettra de mobiliser des milliards de recettes fiscales supplémentaires » (...) « Les résultats impressionnants de nos travaux sur la transparence fiscale prouvent qu'en unissant nos forces, nous sommes tous gagnants. La coopération fiscale internationale est une des clés du succès », in F. Perrotin, L'échange automatique d'informations s'accélère, Petites Affiches, n.190 du 22 septembre 2020.

<sup>1088</sup> La vie privée établie par l'article 8 paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi qu'aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

processus ne vise que les nationaux des États bénéficiant de l'échange. Mais constitue aussi une atteinte à la souveraineté des États accueillants lesdits établissements, dans leur pouvoir de règlementer leur secteur bancaire<sup>1089</sup> suivant leurs normes nationales.

781. Les échanges d'information préconisées se fondent sur un double intérêt public clair : la perception par les États des impôts qu'ils ont instaurés et la justice fiscale entre contribuables. La protection de cet intérêt implique la mise en place de contrôles fiscaux efficaces pour lutter contre la fraude fiscale, impératifs que la CJCE reconnaît comme étant des « raisons impérieuses d'intérêt général »<sup>1090</sup>. Mais quelle que soit toutefois son importance, cet intérêt doit compter avec d'autres valeurs essentielles. Et si le secret bancaire ne constitue pas, par lui-même, un argument qui peut prévaloir sur les intérêts publics sous-jacents à cet échange. En revanche, les fondements sur lesquels il s'appuie, et entre autre le droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, ne doivent pas être ignorés<sup>1091</sup>.

782. De toute évidence, le droit fondamental de toute personne à sa liberté recouvre le respect de sa vie privée<sup>1092</sup> ainsi que sa protection à l'égard des traitements impersonnels et de la circulation indifférenciée de ses données à caractère personnel. Et la cour européenne des droits de l'Homme veille et insiste au respect de la vie privée dont le secret bancaire forme une expression. Sa jurisprudence témoigne d'une sensibilité de tout système qui « *risque de saper voire de détruire la démocratie au motif de la défendre* »<sup>1093</sup>. Une telle communication doit être justifiée par un aspect primordial de l'intérêt public, et d'une nécessité d'une motivation par cause concrète ou enquête – pour fraude fiscale dont le cas présent – à défaut de laquelle des abus seront possibles<sup>1094</sup>. Cette limitation contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans sa vie privée, se base sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

---

<sup>1089</sup> Office de Coordination bancaire française (OCBF), Secret bancaire, *in* bulletin d'information n. 612, avril 2000 ; A. Prüm, Th. Bonneau, Th. Baums, L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, du secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur, *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, 2010, p.30

<sup>1090</sup> V CJCE, 18 décembre 2007, A, C-101/05, Rec. P. 1-11531 point 555 et CJCE, 11 octobre 2007, ELISA, C-451/05, Rec. P. 1-8251, point 81) et auxquels le traité CE fait également une certaine place (art. 58. lb).

<sup>1091</sup> A. Prüm, Th. Bonneau, Th. Baums, L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, du secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur, *Op.cité*, p.35

<sup>1092</sup> Ces droits sont consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 dans son article 8 paragraphe 1 : « Toute de son personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

<sup>1093</sup> CEDH, 6 septembre 1978, Klass/Allemagne A. 29. 2000 ; CEDH, 5 mai 2000 Rotaru c/ Roumanie 1978 au sujet de la mémorisation et/ de la communication de données à caractère personnel qui peuvent aboutir à des systèmes de surveillance secrète des citoyens.

<sup>1094</sup> CEDH, 25 février 1997, Z. c/ Finlande : JCP G 1998, I 107, n. 35, chron. F. Sudre

fondamentales dans son article 8 paragraphe 2<sup>1095</sup>. Si la lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt constituent assurément des buts légitimes selon cette règle, mais la nécessité doit être démontrée de manière concrète et ne saurait résulter d'un postulat<sup>1096</sup>. D'où la nécessité de proportionnalité de la mesure d'intérêt général et de l'équilibre entre la recherche de dernier et l'intérêt de l'individu, qui est assurément raté dans l'échange automatique massif.

783. Et encore, l'échange automatique de renseignements détenus par les établissements de crédit interroge aussi sur sa compatibilité avec les libertés d'établissement et de libre circulation des capitaux<sup>1097</sup> en droit communautaire. L'instauration d'une mesure par laquelle les banques, qui acceptent de gérer l'épargne de non-résidents, doivent mettre en place un dispositif d'échange automatique d'informations rend plus difficile pour elles la prestation de services transfrontaliers. Une telle mesure soulève un obstacle au principe du marché intérieur unique d'une clientèle européenne. Et aussi le placement par des citoyens européens d'une partie de leur épargne auprès d'un établissement de crédit installé dans un État membre différent de leur résidence induit des flux de capitaux et va à contresens du principe de la libre circulation des capitaux. Cet échange qui s'étend par des restrictions indirectes qui, sans paralyser ni le transfert financier ni l'opération juridique liée à ce transfert financier, peuvent dissuader l'opérateur d'y procéder, notamment en rendant plus onéreux les mouvements de capitaux envisagés. Le simple risque d'une telle dissuasion est considéré comme suffisant<sup>1098</sup>.

784. Le coup porté au respect de la vie privée par un système « aveugle »<sup>1099</sup> d'échange automatique d'informations devient d'autant plus intolérable, puisque la retombée de son emploi ne saura pas être de la même efficacité pour tous les pays. Seuls les pays développés, ou une partie, seraient en mesure de traiter le grand volume des

---

<sup>1095</sup> « 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure que dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, de la défense de l'ordre et de la prévention des infractions pénales, de la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

<sup>1096</sup> Une restriction des droits fondamentaux ne doit pas s'appuyer sur « une présomption générale d'évasion ou de fraude fiscale », CJCE, 17 juillet 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Rec. P. I-4161, point 44.

<sup>1097</sup> Art. 49 à 62 TFUE

<sup>1098</sup> CJCE, 16 mars 1999, Manfred Trummer et Peter Mayer, Aff. C-222/97 : Rec. CJCE, p. I-1661 ; CJCE, 26 septembre 2000, Commission/ Belgique

<sup>1099</sup> A. Prüm, Th. Bonneau, Th. Baums, L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, du secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur, *Op.cité*, p. 39

renseignements collectées avec utilité. D'autant plus, que cette efficacité fiscale et la sécurité des informations sera douteuse pour les pays sous-développés partie au système<sup>1100</sup> surtout en cas de défaut de réciprocité : D'où le déséquilibre incontestable des conventions-cadres de l'OCDE<sup>1101</sup>.

785. Les Directives de l'OCDE établissant un échange automatique de renseignements détenus auprès des établissements de crédit, forment une limitation exorbitante au domaine d'application du secret bancaire, au contraire des dérogations mentionnées auparavant, relevant d'une expression de la souveraineté nationale<sup>1102</sup> ou de l'utilité de l'opération internationale<sup>1103</sup>. Le mécanisme de son instauration n'a pas été d'un processus démocratique, mais basé sur un monde d'activité bancaire internationalisé où l'activité bancaire les pratiques employée en cours de son exercice - et parmi ces pratiques le secret bancaire, reste règlementée au niveau national. Cette limitation reste une ingérence manifestement disproportionnée par rapport à l'intérêt public poursuivi.

## SECTION 2 : LES LOIS D'APPLICATION EXTRATERRITORIALE

786. En plus des directives de l'OCDE, une deuxième série de règles viennent imposer au secret bancaire des limitations exorbitantes à son domaine d'application. Les lois d'application extraterritoriale sont des exceptions outrancières à l'obligation de secret bancaire par le défaut de rapport de leur domaine d'application avec celui du secret. Elles sont une expression d'une « supranationalité » juridique qui vient imposer son application de ses règles avec l'opération ou l'activité bancaire en dépit du défaut chef de compétence direct<sup>1104</sup>.

---

<sup>1100</sup> Association des Banques Privées Suisses (ABPS), Déclaration de Mars 2017, [www.abps.chk](http://www.abps.chk) sur les soucis de l'échange automatique d'informations : « Il convient de garder à l'esprit la nécessité d'améliorer l'accès au marché dans les Etats auxquels la Suisse accordera l'EAR. Il est en effet vital pour les intermédiaires financiers helvétiques de pouvoir offrir leurs prestations au domicile de leurs clients. A défaut, les risques de délocalisation de postes de travail ne sauraient être sous-estimés » ...

« Les soucis de nombreux clients, notamment en Amérique latine et en Asie, ne sont pas d'ordre fiscal. Ils concernent leur intégrité physique, en raison des risques de corruption et des jeux politiques dans leur pays. ».

<sup>1101</sup> Il importe de noter que Les États-Unis sont le seul État membre de l'OCDE à ne pas avoir accepté le CRS et ils ne peuvent en l'état pas y adhérer car leur législation nationale ne permet pas de mettre en œuvre l'échange de renseignements résultant de la norme de l'OCDE, ce qui crée un déséquilibre dans le flux de renseignements, V. <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/crs-mcaa-signatories.pdf>

<sup>1102</sup> V. *Supra*, Les exceptions à l'obligation de secret bancaire, p. 161

<sup>1103</sup> V. *Supra*, Le fait du prince étranger, p. 264

<sup>1104</sup> V. les réglementations dont le but est de renforcer les objectifs de la politique étrangère américaine, notamment en temps de guerre, en imposant des sanctions ou des restrictions concernant les échanges commerciaux avec des entités ou des pays étrangers élaborés par L'*Office of Economic Sanctions Policy and Implementation* (EB/TFS/SPI) qui épaulé le *Department of Treasury and Commerce* aux Etats-Unis d'Amérique ; V. H. Synvet, Rapport de Synthèse, RDBF, Juillet 2015, n. 4, p. 41



787. La compétence est la sphère d'exercice d'un pouvoir juridique reconnu par le droit international à un État d'adopter une décision ou un acte, et à imposer des conséquences, par le biais de sanctions, en cas de conduite enfreignant les prescriptions de l'État qui les a promulguées.<sup>1105</sup> Pour être licite, ce pouvoir doit se rattacher à l'un des titres de compétence de l'État par une relation objective, territoriale en relation avec le territoire sur lequel elle va être appliquée, ou personnelle en relation avec la personne sujet de cette relation<sup>1106</sup>. En dehors de ces deux chefs de compétence, le rattachement devient plus flou et le fondement juridique de l'application d'une loi devient sa seule extraterritorialité. D'après ses « manifestations » multiples<sup>1107</sup>, et au regard du concept, il y a extraterritorialité de l'application d'une norme, si tout ou partie du processus d'application se déroule en dehors du territoire de l'État qui l'a émise.

788. À ce titre, l'extraterritorialité du droit américain fournit de bonnes illustrations de l'application de lois votées aux États-Unis à des personnes physiques ou morales de pays tiers. Elle repose sur des liens parfois ténus avec les États-Unis comme l'utilisation du dollar ou du système financier américain. L'exemple de la BNP est instructif à cet égard. Selon le chef de compétence réclamé, la BNP s'est elle-même soumise à la juridiction prescriptive des EU en réalisant des opérations de compensation libellées en dollars américains (dollars US) aux États-Unis<sup>1108</sup>.

789. Pourtant, l'extraterritorialité n'est, ni un phénomène nouveau, ni un phénomène spécifique à la législation financière. Nombre de législations relevant du droit de la concurrence, de et du droit pénal notamment, et plus récemment de la lutte contre la corruption<sup>1109</sup>, ou encore les données numériques<sup>1110</sup>, et qui revendiquent une portée qui dépasse le territoire ou les nationaux des États qui les ont promulguées<sup>1111</sup>. Elles ne sont

---

<sup>1105</sup> La compétence est divisée en trois catégories prescriptive, décisionnelle et d'exécution, V. P. Athanassiou M. Prokop et A. Theodosopoulou, Extraterritorialité - effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines, RDBF, septembre 2014, n.5, étude n. 20

<sup>1106</sup> V. à titre d'exemple la compétence personnelle de la loi pénale.

<sup>1107</sup> J.-M. Jacquet, La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international, JDI 1985, spéc. p. 348 s ; B. Stern, Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale Revue Québécoise Droit Internat. 1986, 5

<sup>1108</sup> Pour réaliser ces opérations, la BNP s'est servie du *Fedwire*, le système de la *Federal Reserve Bank of New York* traitant des transactions financières de valeur importante. Même si les transactions de la BNP provenaient de l'étranger, elles étaient compensées par la succursale de New York de la BNP, c'est-à-dire par l'intermédiaire du système financier américain, ce qui a suffi pour les amener dans le giron de la juridiction américaine.

<sup>1109</sup> Notamment la loi américaine de *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977 et le *Global Magnitsky Act* de 2012

<sup>1110</sup> La *Cloud Act* (*Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*) de 2018

<sup>1111</sup> G. Affaki, L'extraterritorialité en droit bancaire, RDBF, n. 6, Novembre 2015, dossier 50

pas non plus propres à un État, même si les États-Unis sont souvent pointés du doigt<sup>1112</sup>, d'autres « États », comme l'Union européenne, ont également une même propension<sup>1113</sup>. Mais en droit bancaire, l'extraterritorialité soulève des questions complexes et fréquentes de conflits de lois et de juridictions, d'ordre public, de lois de police et d'organisation des opérations internationales de banque.

790. En raison de la globalisation et de l'ouverture des marchés, l'établissement de normes extraterritoriales à vocation universelle a été employé fréquemment. Il paraît un outil indispensable afin d'exercer une compétence dans la sphère universelle réclamée, dans le monde des affaires financières.

791. Toutefois, le phénomène ne fait pas acceptation unanime. Si les États sont membres des organismes à l'origine des normes, principes, recommandations, standards et outils, en expression de leurs souverainetés nationales. Par la pratique supranationale de lois étrangères, ils se voient privés de leurs pouvoirs, ce qui pose des questions de souveraineté et de démocratie. En se basant sur la solution de l'arrêt faisant autorité sur l'Affaire du Lotus<sup>1114</sup>, le principe de l'adoption de lois ayant un effet extraterritorial est consacré. Il reste à déterminer la sphère de l' « extraterritorialité prescriptive »<sup>1115</sup>.

792. Au sujet du secret bancaire, plusieurs lois d'application extraterritoriale sont venues limiter son champ d'application. L'extraterritorialité est elle-même la caractéristique outrancière et exorbitante de la dérogation qu'elle apporte au secret bancaire. Au-delà du cas de la protection des données et des relations de droit privé qui en découlent, les questions de territorialité et d'extraterritorialité interrogent au niveau des principes du droit international public.

793. Ainsi, si la *Bank Secrecy Act* exige depuis une période de temps, des institutions financières étrangères qu'elles assistent les agences du gouvernement américain dans la

---

<sup>1112</sup> Ph. Athanassiou, M. Prokop et A. Theodosopoulou, Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines *Op.cité* ; Y. Quintin, Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas : RDBF 2014, études 21

<sup>1113</sup> Le règlement *European Market Infrastructure Regulation (EMIR)*, Règl. (UE) n. 648/2012, 4 juill. 2012 : JOUE n. L 201, 27 juill. 2012, p. 1 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux : La réglementation comporte une dimension extraterritoriale renforcée : les succursales basées dans l'Union européenne (UE) d'entités hors UE ainsi que les succursales basées hors UE d'entités européennes seront dans de nombreux scénarios obligées de déclarer à un référentiel central ; V. aussi le RGPD (Le règlement UE 2016/679 du 27 avril 2016) ; Pour des exemples récents, V. Cons. (UE), Régl. n. 833/2014, 31 juill. 2014 et Cons. (UE), Régl. n. 269/2014, 17 mars 2014, concernant tous deux des mesures restrictives vis-à-vis de la Russie par rapport à ses actions menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine.

<sup>1114</sup> Cour permanente de justice internationale, Aff. Lotus (France c/ Turquie), 7 septembre 1927, Série A., n. 10 (1927)

<sup>1115</sup> Le droit de la concurrence américain et européen est le principal exemple d'extraterritorialité prescriptive. L'application extraterritoriale du droit de la concurrence américain est basée sur la "théorie des effets". Son équivalent européen possède également une application extraterritoriale, bien qu'il soit fondé sur une théorie différente. V. Ph. Athanassiou, M. Prokop et A. Theodosopoulou, Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines *Op.cité*

détection et la prévention du blanchiment d'argent<sup>1116</sup>, la tendance récente de l'extraterritorialité prescriptive s'est accrue avec un effet exorbitant au domaine du secret bancaire. Les plus marquantes furent la loi FATCA de 2010 (*Foreign Account Tax Compliance Act*) ainsi que le *Cloud Act* de 2018 pour les informations numériques. En plus de deux textes précités, de nouvelles tendances réglementaires d'aspiration extraterritoriale se proposent et pourraient affecter davantage le domaine d'application du secret bancaire.

### **Sous-section 1 : La loi FATCA**

794. Le Foreign Account Tax Compliance Act (*FATCA*) est une loi fédérale américaine<sup>1117</sup> qui a été promulgué dans le cadre de la lutte contre l'évasion fiscale des contribuables américains par le biais de comptes étrangers. Elle consacre l'extraterritorialité du droit fiscal américain selon son sens de l'imposition basée sur la citoyenneté et non sur la résidence. Elle établit une primauté *de facto* sur le droit des autres pays du monde, y compris dans l'Union européenne. Suivant ses prescriptions, les intermédiaires financiers et notamment banques, dans le monde devront traiter directement avec les services fiscaux américains (*Internal Revenue Service - IRS*) sur les comptes des personnes en question, et ce exclusivement selon les termes du droit fiscal ou pénal américain<sup>1118</sup>. Elle est appliquée en fonction d'un régime spécifique (§A), et donne lieu à des effets incontournables sur le domaine d'application du secret bancaire (§B).

#### **A. Le régime d'application**

795. Le FATCA contraint les institutions financières étrangères (IFE) à conclure un accord avec l'IRS américain, et à devenir des « institutions financières étrangères

---

<sup>1116</sup> Via le mécanisme de sanctions du département de justice américain, V. l'affaire BNP Paribas S.A. du 30 Juin 2014 par laquelle la BNP a accepté de plaider coupable de deux chefs d'accusation et de s'acquitter d'une amende de 8 milliards de dollars dans le cadre d'un accord avec les autorités judiciaires américaines

<sup>1117</sup> Adoptée dans le cadre de la loi du Congrès *Hiring Incentives to Restore Employment Act* signée par le président Barack Obama le 18 mars 2010. Sa date d'entrée en vigueur initialement prévue était le 1<sup>er</sup> janvier 2013 puis repoussée une première fois au 1<sup>er</sup> janvier 2014

<sup>1118</sup> En juillet 2020, 113 pays ont signé un IGA avec les États-Unis et 77 000 banques étrangères ont des accords avec l'IRS, <https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>

participantes » (IFEP) soumises aux obligations de signalement et de retenue. Les institutions financières étrangères qui n'acceptent pas cet accord (appelées « institutions financières étrangères non-participantes » (IFENP)) seront sanctionnées par une retenue de 30 %<sup>1119</sup> appliquée aux flux financiers perçus sur ces comptes et dont la source se situerait *a priori* aux États-Unis. Par conséquent, les institutions financières non-américaines sont confrontées à un choix difficile : soit devenir une IFEP et se conformer au FATCA en dépit du régime de gestion auquel elles sont soumises et entre autre les règles de secret bancaire, ou faire face à une retenue à la fois de la part de leurs équivalents américains<sup>1120</sup>. Et à cet égard, il sera inconcevable de se passer du système financier américain, vue l'universalité de sa monnaie, et de se faire classer dans la catégorie des IFENP.

796. Afin d'atténuer les effets extraterritoriaux du FATCA, l'IRS a développé un modèle d'Accords intergouvernementaux (AIG) où une juridiction partenaire accepte soit de signaler à l'IRS les informations spécifiées sur les comptes américains entretenus par toutes les IFE concernées situées dans la juridiction (Modèle 1 AIG) ou d'ordonner et de permettre à toutes les IFE pertinentes situées dans la juridiction de signaler directement à l'IRS les informations spécifiées sur leurs comptes américains (Modèle 2 AIG). Cela signifie cependant que la seule façon d'alléger les problèmes de mise en conformité avec le FATCA pour les IFE dans une juridiction particulière, est que les autorités dans cette juridiction deviennent des agents de l'IRS, mais aussi qu'elles suppriment les exigences indispensables de restriction de données.

797. Ce transfert des informations vers les États-Unis concernerait notamment les américains (*US persons*)<sup>1121</sup> :

- Les nationaux américains y inclus ceux ayant la double nationalité.
- Les étrangers vivant aux États-Unis ainsi que leurs conjoints et les membres de leur famille qui auraient des comptes à l'étranger.
- Les titulaires d'une carte de résident permanent aux États-Unis.

Les comptes à déclarer seront ceux détenus par :

---

<sup>1119</sup> La retenue s'applique non seulement pour ce qui concerne les paiements à la source américaine mais, également, les paiements en transit.

<sup>1120</sup> F. Bordas, Les devoirs professionnels des établissements de crédit secret bancaire– personnes et organismes auxquels le secret professionnel est inopposable – Personnes publiques, 13 Février 2020, Actualisé par S. Maouche, Juris Classeur Banque - Crédit – Bourse, Fasc. 141-5.

<sup>1121</sup> Accord FATCA entre la France et les États-Unis, Juris Classeur Droit international, 1<sup>er</sup> octobre 2015, Fasc. 3141, n.107

- des nationaux ou des résidents fiscaux des États-Unis (*US persons*).
- une "entité étrangère non financière passive non américaine" dont une ou plusieurs des personnes en détenant le contrôle sont des nationaux ou des résidents fiscaux des États-Unis<sup>1122</sup>.

798. Ainsi, les institutions financières non-américaines engagées dans des transactions libellées en dollar américain ce qui demeure inévitable dans un monde internationalisé, sont effectivement contraintes à relever de la juridiction américaine extraterritoriale de la loi FATCA. Et de ce fait, elles doivent rentrer dans des accords d'échange directs avec l'IRS des informations confidentielles en leur possession, que ce soit directement ou bien en transitant par leur administration fiscale nationale.

799. L'extraterritorialité de la FATCA est apparemment souple dans la forme en laissant le choix de coopération ou pas avec l'IRS. Mais la gravité de la pénalité imposée de retenue à la source à concurrence de 30%, appliquée aux flux financiers perçus sur ces comptes et dont la source se situerait a priori aux États-Unis, en cas de « choix » de non coopération, ne laissait pas réellement de marge de choix libre, et constitue ainsi l'outil dissuasif du mécanisme<sup>1123</sup>. La loi FATCA s'inscrit dans un schéma punitif destiné à discipliner les institutions financières redoutant d'être exclues de l'accès au marché américain et de se voir appliquer la retenue de 30 %. Comme le souligne un spécialiste de la coopération fiscale internationale, la crainte d'être classée comme une institution financière étrangère non coopérative » incite les IFE à « sur-déclarer », c'est-à-dire à déclarer également toutes les personnes non identifiées<sup>1124</sup>.

800. Cette manœuvre du législateur américain a réussi à imposer l'efficacité de sa loi extraterritoriale devenue universelle d'application<sup>1125</sup>, en usant de la puissance

---

<sup>1122</sup> Accord FATCA entre la France et les États-Unis, Juris Classeur Droit international, *Op.cité* n. 75

<sup>1123</sup> Sénat, Rapport de Mme André sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA), Rapp. n. 751, 17 juill. 2014, p. 56-57 : La loi FATCA est « un dispositif américain unilatéral et extraterritorial ». Sa force vient de ce que toute institution financière qui n'accepterait pas de s'y plier est menacée dans son développement en raison de la retenue à la source sur tous les paiements d'origine américaine, et in fine d'éviction du marché bancaire et financier américain, ce qui est un risque inacceptable pour les groupes de dimension internationale. Il est utile de rappeler que l'accord FATCA a été examiné par le Parlement quelques jours seulement après la conclusion d'un accord entre les autorités américaines et la banque BNP Paribas imposant des pénalités d'un montant sans précédent de près de 9 milliards de dollars, *Department of the Treasury, Settlement Agreement – BNP Paribas SA*, COMPL-2013-193659, 30 juin 2014

<sup>1124</sup> T. Fensby, L'échange automatique de renseignements en matière fiscale : Pourquoi la survie des normes FATCA et CRS ne tient qu'à un fil ? : Dr. fisc. 2017 *Op.cité* note 31, pt 2.

<sup>1125</sup> En juillet 2020 seule la Russie figure parmi les pays non-adhérents au dispositif de la FATCA, <https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>

économique américaine ainsi que de la prééminence de leur système financier et de leur devise universelle, afin d'assurer une efficacité optimale de ces dispositifs extraterritoriaux<sup>1126</sup>.

801. En France, et en dépit des dispositions du secret bancaire prévues à l'article L. 511-33 C. monét. fin, et de son rattachement territorial<sup>1127</sup>, la FATCA a imposé une dérogation à ses dispositions à tous les établissements de crédit agréés en France, et ce pour tous les comptes des clients considérés américains selon la définition qui leur a été accordée<sup>1128</sup>. Bien que le secret bancaire n'ait pas été évoqué expressément dans le dispositif législatif adopté par l'intégration des accords échanges prévues par la FATCA. D'autres organismes financiers, non assujettis au secret bancaire, y étaient visés (comme par exemple les assureurs), et le destinataire de l'information confidentielle demeure l'administration fiscale française, mais en application de l'accord gouvernemental conclu, celle-ci transmettra lesdites informations à l'IRS.

802. Ainsi, la loi FATCA impose une obligation aux pour les institutions financières françaises, et *mutatis mutandis* étrangères, de fournir à l'IRS, des informations sur les comptes bancaires détenus directement ou indirectement par des contribuables américains et les flux financiers concernant ces comptes. Également, lesdits établissements sont également dans l'obligation de clôturer le compte d'un client qui refuserait, à l'issue d'une période raisonnable, de fournir les informations sollicitées, dans ce cadre, par l'IRS<sup>1129</sup>.

803. Cette extraterritorialité suscite des questionnements du point de vue du droit international. La FATCA soulève en effet de sérieuses interrogations quant à sa compatibilité avec le régime juridique national de l'obligation au secret bancaire puisqu'elle a eu un impact direct sur son domaine. Mais elle aussi soulève des questions

---

<sup>1126</sup> R. Bismuth, L'extraterritorialité du FATCA et le problème des «américains accidentels», *Journal du droit international* (Clunet) n. 4, Octobre 2017, doctrine n. 11.

<sup>1127</sup> V. *Supra*, le rattachement juridique de l'obligation au secret bancaire, p. 251

<sup>1128</sup> Le ministre de l'Économie et des Finances, a signé, le 14 novembre 2013, avec l'ambassadeur des États-Unis d'Amérique en France, l'accord en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi FATCA ([www.economie.gouv.fr/files/usa\\_accord\\_fatca\\_14nov13.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/usa_accord_fatca_14nov13.pdf)). Le dispositif législatif a été intégrée par modification apportée à l'article 1649 du Code général des impôts : « Les teneurs de compte, les organismes d'assurance et assimilés et toute autre institution financière mentionnent, sur une déclaration déposée dans des conditions et délais fixés par décret, les informations requises pour l'application ... des conventions conclues par la France permettant un échange automatique d'informations relatives aux comptes financiers en matière fiscale... » (L n. 2014-1098 du 29 septembre 2014 publiée par le décret n° 2015-1 du 2 janvier 2015). V. C. P. Tello et J. Malherbe, *Le Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales : *Dr. fisc.* 2014, n. 3, p. 72 ; C. P. Tello, J. Malherbe, T. Kiessig et G. Galéa, La régularisation fiscale des contribuables américains : *Dr. fisc.* 2014, n. 42, p. 586. ; T. Lambert, La lutte contre l'évasion fiscale internationale : l'offensive américaine en matière d'échange automatique d'informations : *Dr. fisc.* 2014, n. 51-52, p.697.

<sup>1129</sup> Bulletin officiel des finances publiques – Impôts, BOI-INT-AEA-10-10, 5 août 2015, § 10

sur le droit fondamental à la vie privée ainsi que le droit européen de la protection des données personnelles. Et encore, il génère par ailleurs des discriminations fondées sur la nationalité vraie ou supposée difficilement justifiables.

## B. Les effets d'application

L'application de la loi FATCA a eu un impact juridique sur le domaine du secret bancaire, mais aussi des conséquences juridico-commerciales en imposant une discrimination dans l'accès aux services financiers.

### a. La discrimination fondée sur la nationalité dans l'accès aux services financiers

804. Sur ce point, de nature davantage commercial que juridique, si le dispositif a été institué pour cibler l'évasion fiscale de contribuables américains fortunés, il a fini par atteindre soudainement et indistinctement des personnes qui n'avaient aucun lien substantiel avec les États-Unis, qui n'y avaient jamais véritablement vécu, étudié ou travaillé mais qui, hasard ou non, sont nés sur le territoire américain et ont ainsi automatiquement acquis la nationalité américaine, sous la catégorie des « américains accidentels »<sup>1130</sup>.

805. Tel que cela sera précisé, les effets extraterritoriaux sans précédent du FATCA reposent sur la combinaison de trois éléments :

- une acquisition automatique de la nationalité par *jus soli*,
- une imposition des revenus des personnes physiques fondé sur la nationalité et,
- enfin, une discipline imposée aux institutions financières du monde entier consistant à identifier et déclarer toute personne présentant des indices d'américanité, en premier lieu desquels une naissance sur le territoire américain

---

<sup>1130</sup> V. R. Bismuth, L'extraterritorialité du FATCA et le problème des « américains accidentels », *Op.cité* L'expression renvoie à un ensemble d'éléments factuels permettant de caractériser le très faible degré de rattachement d'un individu avec les États-Unis, et ce, en dépit de la reconnaissance par cet État d'un lien de nationalité permettant de le considérer comme l'un de ses contribuables. Peuvent ainsi être considérés comme des américains accidentels des personnes qui ont :

- (1) acquis la nationalité américaine à la naissance par *jus soli* compte tenu de leur naissance sur le territoire des États-Unis ;
- (2) bénéficié dès la naissance d'une autre nationalité transmise par l'un des deux (ou les deux) parents qui n'est pas (ou ne sont pas) citoyen(s) américain(s) et à laquelle il n'a jamais été renoncée depuis la naissance ;
- (3) quitté les États-Unis au cours de leur enfance et n'ont jamais travaillé ou, plus largement, résidé de façon permanente aux États-Unis après leur majorité,

806. Le mécanisme de la FATCA a ainsi imposé une discrimination de traitement des clients de établissements de crédit basée sur la nationalité. La mise en œuvre du FATCA a conduit à des transformations significatives des pratiques commerciales des institutions financières établis en dehors des EU, instituant une discrimination des *US persons* ou des américains accidentels en comparaison aux autres clients. Ces nouvelles pratiques peuvent être classées en deux catégories : les institutions financières qui refusent *de plano* d'offrir des services financiers aux clients américains<sup>1131</sup>, ou présentant un indice d'américanité et celles qui imposent à leurs clients les contraintes déclaratives impliquées par le FATCA. Nombreuses ont été les références relatives aux coûts de mise en conformité résultant du FATCA pour les banques, couplés d'ailleurs avec les risques de sanctions financières en cas d'erreur dans les déclarations<sup>1132</sup>. Cette nouvelle réalité commerciale a donné lieu à une discrimination d'accès aux services bancaires nationaux, et de traitement des opérations, des citoyens américains ainsi que des binationaux. Une approche quoique peu orthodoxe dans la pratique bancaire, mais elle est compréhensible. Tellement les coûts de mise en conformité sont trop significatifs, ainsi que des risques financiers démesurés résultant de la retenue de 30 % pour les institutions financières non coopératives en cas de fausse gestion.

807. Et les effets discriminatoires n'ont pas été seulement de nature commerciale, mais aussi aux regards des droits fondamentaux.

### **b. La discrimination fondée au regard des droits fondamentaux**

808. En application de l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) l'origine nationale (...) ». La Convention EDH crée en effet des obligations à la charge des États et il ne fait pas de doute que l'article 14 impose des obligations négatives aux États, à savoir de ne pas opérer de discrimination *de jure* ou *de facto* qui ne puisse être justifiée, pour répondre à

---

<sup>1131</sup> Ainsi, Axa Banque annonçait dès février 2014 qu'elle avait pris la décision de fermer en France les comptes de ses clients américains, A. de Guigné, Axa Banque ferme les comptes de ses clients américains : Le Figaro Bourse, 4 févr. 2014 ; pour le groupe BNP, V. Convention de compte de dépôt – Conditions générales, éd. mai 2015, [www.hellobank.fr/rsc/contrib/pdf/conditions-generales-compte-de-depot.pdf](http://www.hellobank.fr/rsc/contrib/pdf/conditions-generales-compte-de-depot.pdf) ; Conditions générales – Produit d'épargne et d'investissement, juill. 2013, [www.ingdirect.fr/data/pdf/leo/conditions-generales.pdf](http://www.ingdirect.fr/data/pdf/leo/conditions-generales.pdf).

<sup>1132</sup> V. par ex., AN, Rapport de Mme Grelier sur le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord FATCA, Rapp. n. 2195, 10 sept. 2014, p. 32 soulignant que « pour les banques françaises, le coût de la mise en œuvre de FATCA est estimé à 200 à 300 millions d'euros pour les cinq plus grands établissements bancaires français » ; Sénat, Rapport de Mme André sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA), Rapp. n. 751, 17 juill. 2014, p. 42 et s



une « justification objective et raisonnable d'un but légitime »<sup>1133</sup>. Cela implique d'identifier précisément la nature des relations pouvant résulter des comportements discriminatoires des banques consistant à exclure des clients de leur droit au respect à la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention EDH des clients américains. Or, par application de la loi FATCA ce comportement même s'il n'est pas exigé par les dispositions FATCA, mais il résulte de son application<sup>1134</sup>. Les clients américains d'un établissement de crédit européen, ainsi que les *US accidentels*, seront soumis à des dispositions discriminatoires de protection de secret bancaire, par rapport aux autres clients du même établissement. Une différence de traitement sur un même compte joint entre un client *US persons* avec leur conjoint affecte selon nous le droit à la vie privée et familiale au sens de l'article 8 et de l'article 14 Convention EDH. Il convient de même, de l'impossibilité de désigner un citoyen américain comme gérant au sein d'une entreprise impliquant un pouvoir sur les comptes bancaires de la société, sans la soumission de ces comptes aux dispositions de déclaration de la loi FATCA.

809. Ces discriminations et l'exclusion *de facto* des clients des établissements de crédit relevant des critères d'américanité, de l'accès aux services financiers, a pu en effet générer pour eux des situations d'angoisse et d'incertitudes, accentuées par la passivité des autorités nationales qui sont quant à elle prises en compte dans le cadre de l'article 8 Convention EDH. Dans le même sens, la Directive n. 2014/92<sup>1135</sup> fait peser une obligation positive de ne pas tolérer des discriminations dans le cadre de l'accès au compte fondées sur la nationalité et, en conséquence, de prendre toutes les mesures nécessaires afin de mettre fin à l'illicéité de ces exclusions systématiques de clients fondées sur une nationalité réelle ou supposée<sup>1136</sup>.

---

<sup>1133</sup> CEDH, gr. ch., 29 avr. 2008, n° 13378/05, *Burden c/ Royaume-Uni*, § 60 : Juris-Data n. 2008-010479.

<sup>1134</sup> J.-F. Akandji-Kombé, Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme : Précis sur les droits de l'homme n. 7, 2006, p. 38 et s. et 56 et s.

<sup>1135</sup> Parlement Européen et Conseil UE, Directive 2014/92/UE, 23 juill. 2014 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base : JOUE n. L 257/214, 28 août 2014.

<sup>1136</sup> V. à cet égard que dans le cadre d'une affaire qui lui a été soumise par une franco-américaine affectée par le FATCA et dont les comptes ont été unilatéralement clôturés, le Défenseur des droits a considéré « [qu]'aucune disposition n'a été prise par le gouvernement pour prévenir tout comportement discriminatoire fondé sur la nationalité [...] américaine » (Défenseur des droits, Décision MLD-2016-2017, 12 févr. 2016, § 21).

### c. L'effet sur le domaine de l'obligation de secret bancaire

810. Et encore, la loi FATCA affecte le domaine de l'obligation de secret bancaire. En plus des exceptions à cette obligation<sup>1137</sup>, une nouvelle exception s'impose au profit des services de fiscalités américains, pour les comptes des *US persons*. Par le biais de l'article 4 de l'accord franco-américain qui s'intitule très explicitement « Application de la loi FATCA aux institutions financières françaises », les institutions financières entrant dans le champ d'application de l'accord. Et l'obligation de secret bancaire dont elles sont soumises se trouve neutralisée afin de « recenser les comptes déclarables américains », et de collecter des renseignements exigés qui seront transmis à l'administration fiscale puis communiqués à l'IRS. Les données collectées dans le cadre du FATCA (identité du titulaire du compte, adresse, numéro de compte, solde, etc.)<sup>1138</sup> entrent dans le champ d'application du droit à la protection des données bancaires confidentielles, et donc du domaine du secret bancaire<sup>1139</sup>. Si l'objectif de l'évasion et la fraude fiscale constitue sans nul doute un objectif d'intérêt général justifiant une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée ou une exception au droit au secret bancaire, l'ingérence ne peut être justifiée si elle n'a pour effet que de satisfaire l'intérêt exclusif d'un État tiers, il pourrait ainsi être considéré que le traitement des données ne répond pas à un objectif d'intérêt général souverain<sup>1140</sup>.

811. De plus, l'exception relevant de la FATCA impose aussi une exception au régime de rattachement de l'obligation de secret bancaire normalement régie par la loi *Rex sitae*<sup>1141</sup>. À la différence de Norme Commune de Déclaration des directives de l'OCDE qui reposent sur le principe de transparence<sup>1142</sup>, et sur le principe de la résidence fiscale comme « le principe d'imposition communément admis au niveau international »<sup>1143</sup>, La FATCA s'applique aux contribuables américains qui sont identifiés à la fois sur le critère

---

<sup>1137</sup> V. *Supra*, Première partie, Titre II, Les exceptions au secret bancaire, p.161

<sup>1138</sup> Accord FATCA France/États-Unis, art. 2(2) (a).

<sup>1139</sup> V. *Supra*, L'objet de l'obligation de secret bancaire, p.78

<sup>1140</sup> V. la non-réciprocité de l'accord FATCA France/États-Unis, R. Bismuth, L'extraterritorialité du FATCA et le problème des « américains accidentels », *Op.cité* n. 86 ; C. P. Tello et J. Malherbe, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales* : Dr. fisc. 2014, n. 14

<sup>1141</sup> V. *Supra*, Le rattachement de l'obligation au secret bancaire, p.251

<sup>1142</sup> V. Rabault, Analyse des trois mécanismes d'échanges automatiques de renseignements, *Études Fiscales Internationales*, 2015, [www.etudes-fiscales-internationales.com/media/01/02/3376462412.pdf](http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/01/02/3376462412.pdf) ; Assemblée Nationale, Rapport de Mme Grelier sur le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord FATCA, *Op.cité*, p. 22

<sup>1143</sup> *Ibid.*

de leur résidence fiscale, mais aussi sur le critère de la nationalité<sup>1144</sup>. Et ce nonobstant tout autre règle de rattachement de l'obligation avec la loi du lieu de l'activité telle que décrite auparavant. En guise de conclusion, la FATCA contribue à imposer concrètement l'inopposabilité du secret bancaire aux autorités fiscales des États-Unis<sup>1145</sup>, et ce nonobstant toute réglementation nationale de protection de la confidentialité.

## Sous-section 2 : La *Cloud-Act*

812. Une deuxième loi d'application extraterritoriale vient imposer une limitation exorbitante au domaine d'application du secret bancaire, la *Cloud Act*. De nos jours, les données numériques forment la majorité écrasante des informations relatives aux opérations de banque<sup>1146</sup>. Les systèmes d'information sont « un élément stratégique du bon fonctionnement et de la stabilité des secteurs de la banque »<sup>1147</sup>. Le sujet pose des questions notamment en matière de protection des données. Par l'accroissement de recours aux services numériques dans la gestion des opérations de banques, et les innovations technologiques rapides dans le domaine, les établissements de crédit recourent de manière croissante à l'externalisation de stockage des informations détenus par les banques, à l'utilisation des services de nuages numériques, dits « *Cloud* ». Pour des questions de coûts<sup>1148</sup>, de flexibilité et de la qualité de services, ces établissements ne conservent plus les données, ni n'utilisent des applications, qui étaient auparavant localisées sur des serveurs locaux, mais privilégient le recours à un prestataire de services. Ces services *Cloud* consistent « à déporter chez un prestataire le traitement de masse de données et/ou logiciels, et à y accéder par le réseau Internet »<sup>1149</sup>. Dans ce contexte, le législateur américain a adopté le 23 mars 2018 la loi « *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* », plus couramment dénommée sous le nom de « *Cloud*

---

<sup>1144</sup> Les États-Unis étant le seul État avec l'Érythrée à mettre en œuvre une imposition des revenus mondiaux fondée sur la nationalité (*Citizenship-Based Taxation ou CBT*) in, R. Bismuth, L'extraterritorialité du FATCA et le problème des «américains accidentels», *Op.cité*

<sup>1145</sup> P. Saint-Amans, La transparence et l'échange d'informations en matière fiscale, *Dr. fisc.* 2010, n. 14, 257.

<sup>1146</sup> V. *Supra*, Les formes des informations couvertes par le secret bancaire, p. 98

<sup>1147</sup> ACPR, Les risques associés au *Cloud Computing*, Analyses et synthèses n. 16, 26 juill. 2013, p. 5.

<sup>1148</sup> En recourant à l'externalisation dite « *Cloud Computing* », l'établissement a ainsi à supporter dans une moindre mesure le coût d'acquisition du matériel informatique, voire à ne pas supporter les coûts d'approvisionnement et de maintenance, de licence de logiciel, d'installation et de support informatique.

<sup>1149</sup> ACPR, Les risques associés au *Cloud Computing*, *Op.cité*.

*Act* »<sup>1150</sup>. Elle vise les conditions d'accès des autorités américaines aux masses de données stockées auprès des prestataires de services relevant de la juridiction américaine. Cette action s'établit suivant un régime juridique propre (§A), et donne lieu à des effets indirects sur le domaine d'application du secret bancaire, en visant cette fois non pas l'établissement de crédit dépositaire des informations confidentielles, comme c'est le cas de la FATCA, mais son prestataire de services (§B).

### A. Le régime d'application

813. D'application extraterritoriale, elle vise la possibilité pour les autorités américaines de demander aux prestataires de communications électroniques ainsi qu'aux prestataires des services informatiques à distance, la communication des données de leurs clients, y compris lorsqu'elles ne sont pas hébergées aux États-Unis. Le chef de compétence employée à cet égard relève de la soumission desdits prestataires de services à la juridiction américaine. Rappelons qu'antérieurement à l'adoption du *Cloud Act*, l'obtention des preuves électroniques se situant à l'étranger pouvait être faite par trois moyens :

- les commissions rogatoires internationales<sup>1151</sup>,
- les traités d'entraide judiciaire, tel que l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis en matière d'entraide judiciaire<sup>1152</sup>, et
- les réquisitions directes des données par les autorités américaines auprès des prestataires sur le fondement du *Stored Communications Act (SCA)*<sup>1153</sup>.

814. Contrairement aux dispositions du *SCA*, qui prévoyait la possibilité pour les autorités américaines de demander l'accès direct aux données détenues par les prestataires de communications électroniques et des prestataires de services informatiques à distance, mais sans aucune précision sur la localisation des données, le *Cloud Act* a disposé dans la matière un pouvoir de réquisition même en dehors du territoire des États-Unis<sup>1154</sup>. En précisant la possibilité pour les autorités américaines de

---

<sup>1150</sup> Cloud Act (H.R. 4943) avec une date d'entrée en vigueur le 25 mai 2018.

<sup>1151</sup> Article 730 du code de procédure civile

<sup>1152</sup> JOUE n. L 181, 19 juill. 2003, p. 34.

<sup>1153</sup> *Stored Communications Act (SCA)*, 18 U.S. Code § 2701 et seq.

<sup>1154</sup> Dans l'affaire opposant entre 2013 et 2018 Microsoft aux autorités américaines, le Département of Justice américain souhaitait dans le cadre d'une enquête pénale pour trafic de drogues obtenir, par le biais d'un mandat, la communication du contenu des courriels qui étaient stockés par Microsoft sur un serveur localisé en Irlande via sa filiale irlandaise. Une demande à laquelle Microsoft a refusé de répondre au motif que les mandats (warrants) émis par les autorités américaines n'avaient pas une portée extraterritoriale. In *The Matter of Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled and Maintained by*

réquisitionner des données hébergées en dehors des États-Unis, dès lors que lesdits prestataires sont soumis à la juridiction américaine, la *Cloud Act* constitue une expression de l'extraterritorialité des lois américaines. Pour l'intérêt de notre étude, cette nouvelle législation, et bien qu'elle ne vise pas directement application aux établissements de crédit, mais leurs indispensables et incontournables prestataires de communications électroniques et les prestataires de services informatiques à distance<sup>1155</sup>. Et bien que le *Cloud Act* ne permette pas un accès direct ou une extraction automatique des données détenues par les prestataires de services, mais s'applique sur réquisition<sup>1156</sup>, et ouvre la voie d'une possible contestation de la part dudit prestataire<sup>1157</sup>. Toutefois, son effet sur les données confidentielles couvertes par le secret bancaire semble une évidente hypothèse. Le pouvoir accordé aux autorités judiciaires américaines de pouvoir réquisitionner les prestataires de services soumis à la juridiction américaine<sup>1158</sup>, et stockant les données confidentielles recueillis par des banquiers est, pour nous, une réelle possibilité d'une grande certitude.

## **B. Les effets indirects sur le domaine d'application du secret bancaire**

815. Le *Cloud Act* par son extraterritorialité impose un conflit de loi avec les lois françaises et européennes en vigueur. Ainsi, un conflit de lois semble exister entre le *Cloud Act* et le règlement européen (UE) 2016/679 sur la protection des données personnelles (RGPD), mais aussi avec les dispositions relatives au secret bancaire, ce qui affectera son domaine d'application.

---

Microsoft Corporation, 15 F. Supp. 3d 466, 477 (S.D.N.Y. 2014). – Microsoft Corp. v. United States, 829 F. 3d 197, (CA2 2016). – United States v. Microsoft Corp., 584 U.S., 138 S. Ct. 1186.

<sup>1155</sup> Les services informatiques à distance sont définis comme « la fourniture au public de services de stockage ou de traitement informatique au moyen d'un système de communication électronique », 18 U.S. Code § 2711(2).

<sup>1156</sup> 18 U.S. Code § 2703(a), (b) (1) (A) et (c)(1) (A), § 2703(b) (1) (B) (i) et (d), § 2703(b) (1) (B). V. C. Feunteun et D. Rimsevic Données - *Cloud Act* et *Cloud Computing* : une menace pour les données ?, RDBF, n. 5, Septembre 2020, dossier 27, n.8

<sup>1157</sup> Contestation soumises à deux conditions cumulatives : (i) la divulgation des données enfreint la loi d'un gouvernement étranger « qualifié » partie à un accord d'encadrement des demandes d'accès directes des autorités américaines, (ii) la personne visée n'est pas une « *US persons* » et ne réside pas aux États-Unis, V. *Cloud Act* 18 U.S. Code § 2713(h), (2) (A) al. 2.

<sup>1158</sup> Sont ainsi visés Microsoft, Apple, Google, IBM, Oracle, etc., ainsi que toute autre société américaine qui héberge des données en Cloud en dehors du territoire américain

816. Le RGPD dans son articulation avec le secret bancaire impose une protection pour les données personnelles des personnes physiques détenues par les établissements de crédit<sup>1159</sup>, et donc couvre les mêmes informations que l'obligation de secret bancaire. Et suivant l'article 48 du RGPD, les décisions d'une juridiction ou d'une autorité administrative d'un pays tiers exigeant d'une entreprise le transfert ou la divulgation des données personnelles ne peuvent être reconnues ou rendues exécutoires qu'à la condition qu'elles soient fondées sur un accord international, tel qu'un traité d'entraide judiciaire, en vigueur entre le pays tiers demandeur et l'Union européenne ou un État membre, ou d'une base juridique prévue par le RGPD<sup>1160</sup>. Cela signifie qu'en l'absence d'un tel accord international encadrant la divulgation directe des données par les prestataires de services aux autorités américaines ne doit pas être permise. D'où, le prestataire qui fait l'objet d'une réquisition au titre du *Cloud Act* et soumis au RGPD peut être amené à comparer les risques qu'il encourt en cas de non-respect du RGPD et en cas de non-respect du *Cloud Act*<sup>1161</sup>, et de faire le choix entre la plus clémente des deux pénalités. Une nouvelle situation de conflit juridique suivant laquelle le prestataire de service du banquier sera contraint de faire un choix entre les lois à tenir en compte.

817. Et aussi, le *Cloud Act* vient aussi contrer les dispositions propres à la protection du secret bancaire selon les termes de l'article L.511-33 C. monét. fin. Ce texte établissant l'obligation de secret bancaire, reconnaît aux établissements de crédit le pouvoir de communiquer des informations couvertes par le secret professionnel dès lors que ces informations sont nécessaires à celles-ci, aux prestataires de services « ... en vue de lui confier des fonctions opérationnelles importantes ... ». Cette disposition inclut sûrement les prestataires de services de *Cloud Computing*, visés eux-mêmes par la *Cloud Act*. Et même si l'alinéa 4 de l'article L.511-33 C. monét. fin. prévoit que « 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 ». Il nous apparaît difficile que le prestataire de service du banquier puisse ne peut violer ces dispositions, et par

---

<sup>1159</sup> V. *Supra*, Le régime des informations protégées sous le RGPD, p. 94

<sup>1160</sup> Une base juridique est considérée par (i) d'une part, dans la détermination de la base juridique du traitement conformément à l'article 6 du RGPD, et (ii) d'autre part, dans l'identification des garanties appropriées pour ce transfert vers un pays tiers, et ce conformément à l'article 49 du RGPD.

<sup>1161</sup> L'article 83.5 du RGPD prévoit que la violation des dispositions relatives au transfert des données personnelles vers des pays tiers peut exposer les prestataires à des amendes administratives pouvant s'élever jusqu'à 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent.

conséquence être en situation de commettre un délit pénal sous le sens de l'article 226-13 C. Pénal, s'il souhaite obéir à celles du *Cloud Act*. Une nouvelle situation de déconvenue pour le secret bancaire qui se trouve tirillé entre les réglementations contradictoires autour de sa notion et l'efficacité de son pouvoir obligatoire.

818. Sous l'empire du *Cloud Act*, les demandes présentées par les autorités américaines sont certainement contraires aux dispositions de protection du RGPD, mais aussi du secret bancaire<sup>1162</sup>.

819. Afin d'éliminer les prochains, mais certains, conflits de lois et les atteintes à la confidentialité des données, L'Union européenne et les États-Unis ont débuté le 25 septembre 2019 des négociations sur un futur accord bilatéral concernant l'accès aux preuves numériques dans le cadre d'une procédure pénale<sup>1163</sup>. De même, un projet de règlement *E-evidence* a été proposé le 17 avril 2018 par la Commission européenne afin d'élaborer un cadre pour l'accès réciproque aux données numériques pour les besoins d'enquêtes pénales<sup>1164</sup>, et qui pourra poser les principes de coopération en matière civile.

820. Cet essai pourrait résoudre les conflits en question. Un accord éventuel visant à réglementer le transfert des données numériques vers les États-Unis aurait pour objectif de garantir une protection adéquate des données des Européens, et éliminer les risques de conflits de lois existants. Pourtant la tâche ne semble pas facile. Déjà, le mécanisme établissant les principes de protection des données personnelles par les États-Unis et provenant de l'Union européenne, en place depuis 2001 connu sous le nom de *Safe Harbor*, a été censuré par la CJUE au motif que « le niveau de protection des données n'était pas suffisant »<sup>1165</sup>. Une solution qui a été réitérée en 2020 sous l'égide du mécanisme du *Privacy Shield* en place depuis 2016 et censé accorder davantage de protection des données de la vie privée, sous le même motif de défaut de protection adéquat des données de la part des autorités américaines<sup>1166</sup>.

---

<sup>1162</sup> Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, Rapport sur le secret bancaire, 6 juillet 2020

<sup>1163</sup> Justice pénale : déclaration commune sur le lancement de l'accord UE-États-Unis négociations pour faciliter l'accès aux preuves électroniques : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT\\_19\\_5890](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_19_5890)

<sup>1164</sup> Comm. UE, Communiqué de presse, 17 avr. 2018.

<sup>1165</sup> CJUE 6 octobre 2015, Aff. C-362/14, Data Protection Commissioner c/ Maximilian Schrems

<sup>1166</sup> CJUE 16 juillet 2020, Aff. C-311/18, Data Protection Commissioner c/ Maximilian Schrems et Facebook Ireland

## SECTION 3 : LES TENDANCES REGLEMENTAIRES

821. En plus des Directives de l'OCDE et des lois extraterritoriales, d'autres textes viennent entacher d'exception le domaine d'application du secret bancaire. Ces textes s'inscrivent dans une récente tendance réglementaire de libéralisation des données à l'ère des « Méga-données », ou *Big Data*<sup>1167</sup>. La maîtrise et traitement des données, y inclus celles des banques, permet une création de valeur commerciale qui devient quasiment sans limite. Le *Big Data* permettra aussi aux banques d'avoir une connaissance plus précise de leurs clients afin d'améliorer leurs services et d'optimiser leur opérations. Et au-delà d'une meilleure connaissance client, les enjeux sont multiples et importantes, et couvrent l'anticipation des risques, lutte contre la fraude, et contre le blanchiment d'argent. Mais encore, ces « Méga-données » retiennent des éléments de la vie privée des clients et leur confidentialité doit être maintenue.

822. Surfant sur le mouvement de transparence dans le monde des affaires<sup>1168</sup>, plusieurs réglementations sont venues ajouter des exceptions au domaine du secret bancaire, en usant du caractère numérique des données et leur nature transmissible sur les réseaux. Ces exceptions se sont basées sur des principes de libéralisation, mais aussi de facilitation des services connexes aux opérations bancaires internationales. À ce titre, on examinera le Règlement européen n. 2018/1807 qui établit la libre circulation des données non personnelles dans l'Union (*Sous-section 1*). Mais aussi le service de connaissance de clients de « l'incontournable » société Swift qui s'applique dans le cadre des opérations de transfert internationaux de fonds (*Sous-section 2*), et leur impact sur la confidentialité des informations détenues par les établissements de crédit.

### Sous-section 1 : Le règlement européen n. 2018/1807

823. Si le RGPD visait exclusivement les données personnelles, il fallait réglementer le flux de celles non-personnelles. Et si le RGPD venait s'articuler autour du domaine d'application du secret bancaire<sup>1169</sup>, mais seulement en relation avec les informations des

---

<sup>1167</sup> Un ensemble très volumineux de données qu'aucun outil classique de gestion de base de données ou de gestion de l'information ne peut vraiment travailler. En effet, nous procréons environ 2,5 trillions d'octets de données tous les jours. Ce sont les informations provenant de partout : messages que nous nous envoyons, vidéos que nous publions, informations climatiques, signaux GPS, enregistrements transactionnels d'achats en ligne et bien d'autres encore. Ces données sont baptisées *Big Data* ou volumes massifs de données, V. F. Gsell, *Le Big Data et le Droit*, Dalloz, 2020

<sup>1168</sup> V. *Infra*, la neutralisation de l'obligation de secret bancaire, p. 338

<sup>1169</sup> V. *Supra*, Le régime des informations protégées sous le RGPD, p. 94



personnes physiques, celles des personnes morales restaient régies par le droit commun du secret bancaire.

824. Adopté dans le cadre de l'économie européenne de la donnée, le Règlement n. 2018/1807 du 14 novembre 2018 est venu établir un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union. Après les personnes, les biens, les services et les capitaux, les autorités européennes ont jugé opportun d'organiser une cinquième liberté au sein de l'Union, celle relative à la circulation des données non personnelles<sup>1170</sup>. L'idée initiale était de favoriser la circulation de données, des lors qu'il ne s'agit pas de données personnelles, non limitées par un rattachement au droit au respect de la vie privée. Celles-ci étaient censées restes sous le contrôle des personnes qu'elles concernent en expression des droits fondamentaux rattachés à la personne<sup>1171</sup>, d'où l'idée de la libéralisation des données non-personnelles.

825. Donc, le principe de la libre circulation concerne les données électroniques autres que les données personnelles<sup>1172</sup> faisant objet de traitement<sup>1173</sup>. Celles de caractère personnelles restaient régies par le RGPD. Et les données de caractères non-personnelles sont sujettes de libre circulation suivant les termes de la localisation, de la disponibilité, et du portage des données. Selon cette nouvelle liberté édictée, la localisation des données ne peut être limitée au territoire d'un seul État membre, que ce soit à des fins de stockage ou de traitement. Et toutes règles qui pourraient entraver cette libre circulation doit être abrogée<sup>1174</sup>. Cependant, le Règlement réserve la possibilité de limiter cette libéralisation de la circulation des données, pour « des motifs de sécurité publique et dans le respect du principe de proportionnalité »<sup>1175</sup>.

826. Or, et pour ce qui est en relation avec le sujet de la présente étude, les acteurs de l'activité bancaire sont d'importants producteurs mais aussi consommateurs de données

---

<sup>1170</sup> Selon la rapporteuse suédoise Anna Maria Corazza Bildt.

<sup>1171</sup> Notamment l'art. 8 de la Convention Européenne des droits de l'Homme (Convention EDH)

<sup>1172</sup> Art 2 du Règlement UE n. 2018/1087 du 14 novembre 2018. Pour la détermination des données non-personnelles, ce sont les données qui ne répondent pas aux critères des données personnelles à savoir celles qui concernant une personne identifiée ou identifiable V. RGPD (Règlement UE n.2016/769 du 27 avril 2016) notamment le considérant (26)

<sup>1173</sup> Règlement UE n. 2018/1087, Art 3 : Toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou à des ensembles de données sous forme électronique, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, le stockage, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction

<sup>1174</sup> Règlement UE n. 2018/1087, Art 4

<sup>1175</sup> Règlement UE n. 2018/1087, Art 4-1.

électroniques. Et ils répondent largement de la définition de « fournisseur de services » selon les termes de l'article 3 du Règlement 2018/1087<sup>1176</sup>. Et, si les données personnelles des clients personnes physiques, en leur possession sont régies par les dispositions du RGPD, qu'en est-il des données non-personnelles ou encore des données confidentielles des personnes morales ?

827. Ces dernières seraient-elles objet de transaction de libre circulation en dépit de son indéniable inclusion dans le domaine d'application du secret bancaire<sup>1177</sup> ? Et les acteurs de l'activité bancaire pourront-ils clamer le secret bancaire comme « motif de sécurité publique » au sens de l'article 4-1 du Règlement n. 2018/1087, afin d'exclure les données confidentielles de leurs clients personnes morales de la libre circulation ?

828. Des questions qui nous poussent à rester dubitatifs. Mais ce qui est certain est que la réponse par l'affirmative emportera une éventuelle libre transmission des données non-personnelles détenues par les établissements de crédit en dépit des termes du secret bancaire. Même si ladite libre transmission se fera selon l'alinéa 3, point 6 de l'article L.511-33 du C. monét. fin. de partage de secret, il importe que le prestataire « fournisseur de service » héberge les données dans un niveau de protection qui soit jugé suffisant<sup>1178</sup>.

829. Une éventuelle situation qui mérite une précision législative<sup>1179</sup> de l'articulation de la libre circulation des données avec l'obligation de secret bancaire, à défaut de laquelle l'obligation au secret bancaire se verra amputée par une nouvelle limitation, mais cette fois, qui sera très large dans son domaine d'application<sup>1180</sup>.

## **Sous-section 2 : Le service d'identification des clients (« *Know Your Customer* ») de la société Swift.**

830. Une deuxième tendance apporterait *de facto* une limitation au domaine du secret bancaire. Elle est de nature opérationnelle et découle des pratiques des services de la société *Swift*. La société connue sous le nom de *Society for Worldwide Interbank*

---

<sup>1176</sup> Une personne physique ou morale qui fournit des services de traitement des données. V. Art 3 Règlement 2018/1087

<sup>1177</sup> V. *Supra*, la personne morale sous le créancier de l'obligation de secret bancaire, p. 69

<sup>1178</sup> V. à ce titre le principe découlant des arrêts Schrems I et Schrems II de la CJUE (CJUE 6 octobre 2015, Aff. C-362/14, Data Protection Commissioner c/ Maximilian Schrems, et CJUE 16 juillet 2020, Aff. C-311/18, Data Protection Commissioner c/ Maximilian Schrems et Facebook Ireland)

<sup>1179</sup> Article 8 du Règlement 2018/1087 édicte une mission d'évaluation de sa mise en œuvre au plus tard le 29 novembre 2022

<sup>1180</sup> E. Jouffin, M. Roussille, Favoriser la libre circulation des datas (données non-personnelles) : que vive le secret bancaire !, Banque et Droit, n.183 Janvier- Février 2019, p.61

*Financial Telecommunication (Swift)* est un rouage-clé de la finance mondiale<sup>1181</sup>. Sans réel concurrent, elle fournit aux banques un langage standardisé pour communiquer sur le fond d'exécution des opérations. Elle fournit également un réseau sécurisé, automatisé et rapide pour faire circuler des messages, notamment en matière d'opérations de transfert interbancaires, mais aussi des opérations sur devises ou sur titres, des recouvrements, etc. La transmission de ces informations est chiffrée et les procédures d'authentification sont très strictes<sup>1182</sup>. Par le volume et le nombre des transactions qui transitent par le « réseau Swift », elle est devenue un acteur indispensable et incontournable dans l'activité bancaire internationale<sup>1183</sup>. Couper l'accès d'une banque au réseau Swift, c'est lui interdire de recevoir ou d'émettre des paiements via ce canal sur lequel sont branchés la quasi-totalité des grands acteurs financiers mondiaux. Par ricochet, c'est aussi interdire à des établissements étrangers de commercer avec cette banque.

831. Le rôle de SWIFT déborde le cadre sectoriel des opérations de transfert et de paiement entre les banques. Dans le cours d'exécution desdites opérations, la Swift recueille une quantité énorme d'informations en relation dont la majorité forme le corps de l'information couverte par le secret bancaire. Si l'intérêt de la réalisation justifie le partage de ces informations confidentielles avec la Swift au sens de l'alinéa 3 de l'article L. 511-33 C. monét. fin, mais le stockage desdites informations soulèvent des interrogations sur la préservation de leur confidentialité. Et l'interrogation ne va pas tarder à se concrétiser.

832. Comme la société Swift possédait aux États-Unis une sauvegarde complète de ces données, les autorités américaines, invoquant la lutte contre le terrorisme, ont mis en place un programme de surveillance des transactions financières internationales réalisées

---

<sup>1181</sup> Une société coopérative de droit belge, basée à La Hulpe près de Bruxelles, est détenue et contrôlée par ses adhérents parmi lesquels se trouvent les plus grosses banques mondiales. Fondée en 1973, elle a ouvert un réseau opérationnel de même nom en 1977 ; V. M. Vasseur, *L'informatique et quelques-unes de ses applications en matière bancaire*, RF comptable 1979, p. 613 ; Y. Pouillet, *Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique*, RIDC 1985, 2, p. 331

<sup>1182</sup> Ch. Féral-Schuhl, *Transfert des données avec les États-Unis*, Praxis Cyberdroit, Section 5, §3 (Swift) 2020-2021

<sup>1183</sup> Elle fournit des services de messagerie standardisée de transfert interbancaire et des interfaces à plus de 10 800 institutions dans plus de 205 pays, pour un montant de transactions journalières total se chiffrant en milliers de milliards de dollars US. En 2014, son réseau d'adhérents compte plus de 2 200 personnes morales. Ses principaux clients sont des banques, des sociétés de courtage, des organisations de compensation et des bourses d'échanges partout dans le monde. SWIFT transmet plus de 25 millions de transactions chaque jour. En janvier 2021, c'est 42 millions par jour avec une moyenne de valeur de 5 milles milliards de US dollars qui ont été envoyés via SWIFT (Réf : [www.swift.com/about-us](http://www.swift.com/about-us)).

via Swift. Ce programme – dénommé *Terrorism Finance Tracking Program* (TFTP) en place suite aux attaques terroristes du 11 septembre 2001– permettait ainsi à la CIA et au département du Trésor américain d’exploiter, par le biais de requêtes informatiques, toutes les données transitant par Swift (coordonnées bancaires de l’émetteur et du récepteur, un libellé de motif et des zones de service, commission, type de message...), et ce à l’insu des personnes concernées. Une situation qui a suscité des contestations de la part de l’Union européenne au sujet sensible de la sauvegarde de la confidentialité des informations de ces ressortissants<sup>1184</sup>.

833. Dans un souci de sauvegarde des données à caractère personnel, un accord signé mi-2010 par les États-Unis et l’Union européenne<sup>1185</sup> pour permettre officiellement aux services américains du Trésor d’accéder aux données bancaires des Européens via le réseau, au nom de la lutte contre le terrorisme<sup>1186</sup>. Cet accord prévoit en outre que les services américains centralisent la collecte des données. Un pays européen souhaitant obtenir des informations sur une transaction financière sur son sol doit donc adresser une demande à... Washington !

834. Malgré cet accord, encore fallait-il compter avec le nécessaire respect de la vie privée et en particulier la protection des données à caractère personnel en offrant aux citoyens européens les garanties auxquelles ils peuvent légitimement s'attendre au regard tant de la Convention européenne des droits de l'Homme que de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'exigence de proportionnalité constitue une condition essentielle de toute atteinte au respect des droits fondamentaux. Si la Convention européenne des droits de l'Homme ménage en son article 8-2 une exception au respect de la vie privée<sup>1187</sup>, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) insiste à juste titre sur le fait que « *le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques (...). Les États contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction (...). Dans le contexte de l'article 8, cela signifie*

---

<sup>1184</sup> V. *Supra*, La discrimination fondée au regard des droits fondamentaux sous la loi FATCA, p. 304

<sup>1185</sup> Un traité international entré en vigueur le 1er août 2010 entre l'Union européenne et les États-Unis, Communiqué de presse du Conseil des ministres, 13 juillet 2010, 12076/10 PRESSE 200 PR CO 8, [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/ecofin/115800.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ecofin/115800.pdf)

<sup>1186</sup> É. Caprioli, Violation des règles propres aux données à caractère personnel et réseau SWIFT, RDBF, n.1, Janvier 2007, p. 34 ; V. Avis Comm. CE, Groupe Article 29, avis n. 10/2006, 21-22 nov. 2006 : <http://ec.europa.eu>

<sup>1187</sup> V. également l'article 52-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

*qu'il faut rechercher un équilibre entre l'exercice par l'individu du droit que lui garantit le paragraphe 1 et la nécessité, d'après le paragraphe 2, d'imposer une surveillance secrète pour protéger la société démocratique dans son ensemble »<sup>1188</sup>. Or, c'est précisément ce que tend à autoriser l'accord relatif à SWIFT, dans la mesure où le système ne permet apparemment pas de rechercher des données de manière ciblée mais seulement la communication de paquets d'informations ayant trait à des séries entières de transactions.*

835. Se contentant d'inscrire le transfert des données dans un contexte plus que d'en fixer le cadre, l'accord pêche enfin de ne pas prévoir les garanties indispensables pour prémunir et réparer d'éventuels abus. Ainsi, manque-t-il d'organiser avec la précision attendue les droits d'accès, de rectification et de recours de la personne concernée, de fixer la durée de conservation des données ou d'instaurer des procédures de contrôle pour veiller au respect de la finalité du transfert.

836. Dans ce contexte, la *Swift* a proposé à ses membres depuis 2018 un service centralisé de registre de connaissance de clients<sup>1189</sup> (*KYC Registry*). Il permet aux établissements financiers d'échanger les informations de connaissance du client de manière simple et sécurisée, et renforce ainsi la transparence tout en éliminant les échanges de documents onéreux et superflus. Suivant cette nouvelle base de « Méga – données », à partager entre les établissements financiers, sous des conditions de stockage qui ne relèvent pas du même niveau de protection de leur confidentialité, le secret bancaire protégeant ses informations se trouve réellement compromis dans son application.

837. Les conséquences de la pratique des services incontournables de la société *Swift* sont d'une exception importante sur le domaine du secret bancaire. Son impact juridique ne fait aucun doute vu son inclusion dans le traité de l'accord Swift de 2010. De quoi pousser certaines autorités à plaider pour « *un système SWIFT indépendant puisque le vrai problème est politique. Au fond est-ce que l'Europe est capable de résister face à la*

---

<sup>1188</sup> CEDH, 6 sept. 1978, n. 5029/71, *Klass et a. c/ Allemagne*. Sur les transferts massifs et indifférenciés de données ne satisfait certainement pas à cette exigence ; CEDH, 25 févr. 1993, n. 12661/87, *Mialhe c/ France*

<sup>1189</sup> Un processus est utilisé afin de s'assurer de la conformité des clients face aux législations anti-corruption ainsi que pour vérifier leur probité et intégrité. Cela a également pour but de prévenir l'usurpation d'identité, la fraude fiscale, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Ce processus se fait typiquement par collecte et analyse de données en relation avec l'opération en vue, son montant, sa cause et les documents de supports ainsi que l'analyse du comportement et des transactions

*menace de sanctions américaines ?* »<sup>1190</sup>. Ce qui rattache la question encore une fois aux conflits du droit public international dans un monde de domination économique américaine, et qui malheureusement se traduit par une domination juridique.

---

<sup>1190</sup> Philippe Brassac, directeur général du groupe Crédit agricole SA, lors d'une conférence de presse, <https://www.lorientlejour.com/article/1142900/swift-revelateur-de-la-mainmise-americaine-sur-les-echanges-mondiaux.html>

## TITRE DEUXIEME : LA MISE EN PLACE D'UN NOUVEAU REGIME DU SECRET BANCAIRE

838. À la suite, et en conséquence de l'internationalisation des activités bancaires, le régime de droit positif<sup>1191</sup> du secret bancaire a été affecté dans son domaine d'application. La nature internationale des opérations bancaires et des activités bancaires en justifie la nécessité de son ajustement pour répondre aux exigences de l'accès sur le marché international. Et encore, les pratiques « exorbitantes » employées telles que les lois d'application extraterritoriales ou les Directives de l'OCDE se sont employées dans le sens de la limitation du domaine couvert par le secret. Désormais, le champ sur lequel un client de la banque peut réclamer la confidentialité et opposer secret, ainsi pour le banquier de refuser de répondre aux demandes d'information, se trouve réduit. Le secret bancaire est redéfini dans une nouvelle dimension. Si cette redéfinition a été adoptée par des mécanismes juridiques décrits auparavant dans les pages précédentes<sup>1192</sup>, elle s'inscrit dans le cadre du mouvement de transparence dans le monde des affaires.

839. La notion de transparence vise à refléter la réalité parfaite d'un miroir<sup>1193</sup>. Un miroir qui refléterait les réalités politiques, sociales et économique de façon fidèle. Un miroir qui permettrait de tout montrer et de tout voir<sup>1194</sup> et de faire transparaître les réalités. La transparence se rattache au mouvement réaliste qui traverse le XIXème siècle<sup>1195</sup>. Au sens propre, le terme « transparence » signifie la possibilité qu'a un corps de se laisser traverser par la lumière<sup>1196</sup>. Au sens figuré, il s'agit d'une pratique sociale permettant au citoyen de se tenir informé d'une situation ou information. Une pratique qui va en contresens du secret et qui vient heurter le domaine du droit à la confidentialité et à la vie privée.

---

<sup>1191</sup> V. Partie I, Applications et limites du secret bancaire

<sup>1192</sup> V. Chapitre II, Les limites exorbitantes au secret bancaire, p. 283

<sup>1193</sup> Dans *Le Rouge et le Noir*, Stendhal formule une définition du roman réaliste par un miroir : « un roman, c'est un miroir qu'on promène le long d'un chemin ».

<sup>1194</sup> A. Reygrobelle, *Les vertus de la transparence : L'information légale dans les affaires*, Paris : Presses de Sciences Politiques, p. 7-13.

<sup>1195</sup> Le mouvement artistique et littéraire du réalisme apparut en France vers 1850 notamment avec la proclamation de la liberté de la presse et du suffrage universel.

<sup>1196</sup> Définition du dictionnaire le nouveau Petit Robert de la langue française, 2009, p. 2605

840. En Droit, la transparence est un sujet « à la fois très ancien et très nouveau »<sup>1197</sup>. Implicite dans la pensée de Rousseau<sup>1198</sup>, mais aussi dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, elle est prônée par le juriste anglais Jeremy Bentham<sup>1199</sup>. La transparence relève de la bonne gouvernance des collectivités humaines et appartient à l'idéal démocratique. Illustrant la symbolique du « tout voir », la transparence, suivant les concepts développés par Jérémy Bentham<sup>1200</sup> et George Orwell<sup>1201</sup>, permet la « constitution d'un savoir permanent sur l'individu » lequel se sachant susceptible d'être observé, est soumis à contrôle omniprésent et omniscient, à un contrôle à la fois potentiel et menaçant<sup>1202</sup>. Elle se pose diamétralement à l'opposé du secret qui, dans le monde des affaires, est associé au secret des affaires et le secret bancaire.

841. Or, la démocratie ne se résume pas à « un régime de lumière excluant tout secret de la part des autorités publiques », et la transparence doit être « fondamentalement asymétrique pour être démocratique »<sup>1203</sup>. Même dans les démocraties, la transparence de la gestion des affaires publiques n'entrave pas le domaine du secret d'État. La transparence n'est pas incompatible aux secrets du monde des affaires une fois appliquée à propre mesure. La publicité légale en forme une expression légitime<sup>1204</sup>, mais c'est la transparence poussée née à l'époque contemporaine qui contrarie le secret dans le monde des affaires ainsi que dans la vie des particuliers. Le doyen Carbonnier avait déjà évoqué les possibles dérives de la transparence en notant que la transparence cristal peut

---

<sup>1197</sup> D. Gutmann, Transparence des relations entre Administration et contribuable : quel équilibre ?, Revue de droit fiscal, 2014 n. 50, p. 17.

<sup>1198</sup> J.-J. Rousseau, Les Confessions : «montrer à ses semblables un homme dans toute la vérité de la nature». «Je voudrais pouvoir en quelque sorte rendre mon âme transparente aux yeux du lecteur, et pour cela je cherche à la lui montrer sous tous les points de vue, à l'éclairer par tous les jours, à faire en sorte qu'il ne s'y passe pas un mouvement qu'il n'aperçoive».

<sup>1199</sup> V. La théorie de la transparence issue du concept de panoptique de Jeremy Bentham. Dans sa concrétisation légale de transparence, Bentham peut être étudié comme l'un des pères du concept de transparence et plus encore de son application politico-juridique. Outre l'introduction du terme « transparence » (*Transparency*), Bentham propose d'offrir à tous l'accès à la réalité de l'opération administrative. Il n'est pas anodin de souligner que le modèle panoptique est construit, plutôt que sur le modèle de la prison, sur le modèle de la fabrique. Aux obligations de publicité, la transparence de Bentham se double d'une exigence d'efficacité économique de l'action publique, passant notamment par un usage intensif du procédé normatif, pris ici non dans son acception déontique, mais dans une perspective de standardisation, de normalisation. V. M. Foucault, Surveiller et punir, Gallimard, 2017, p. 233 - 239

<sup>1200</sup> *Ibid.*

<sup>1201</sup> G. Orwell, 1984, Paris, Gallimard Collection Folio, 1972,

<sup>1202</sup> M. Schmid, La mascarade des coupables : le jeu des masques dans le panoptique de Bentham, Laval théologique et philosophique, vol. 60, n. 3, 2004, p. 543-556.

<sup>1203</sup> Discours de J.-C. Trichet à l'Institut de France « Transparence et démocratie », 2013 : « Indépendamment des perspectives nouvelles offertes par les technologies, la transparence doit être fondamentalement asymétrique pour être démocratique : elle s'adresse principalement aux autorités et aux pouvoirs et doit respecter un haut degré de confidentialité vis-à-vis des citoyens. Ainsi du secret de l'isoloir, totalement crucial dans nos sociétés démocratiques. Ainsi du secret médical. Ainsi du respect de la vie privée et de la stricte séparation entre le domaine public et le domaine privé qui est soulignée comme essentielle par Hannah Arendt dans La Condition de l'homme moderne. La confusion des deux domaines conduit directement au totalitarisme»

<sup>1204</sup> A. Reygrobellet, *Op.cité.*



dégénérer en transparence chicane<sup>1205</sup>. Par ailleurs, comme le secret ne saura être absolu, la transparence absolue peut dériver vers l'apparence et non pas la réalité.

842. Promue pour la cause de la bonne gouvernance, et de la lutte contre la corruption<sup>1206</sup>, à partir des années 2000 la transparence s'est employée en droit d'une manière aigue, particulièrement dans les démocraties contemporaines, emportant tout domaine couvert par le secret. En témoignent par exemple récemment :

- Le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements de l'OCDE en 2000
- Le *Memorandum* du Président américain en 2009 « *Transparency and Open Government* »<sup>1207</sup>
- La mise en place en 2010 d'un *Public Sector Transparency Board* au Royaume-Uni
- La conclusion le 22 juillet 2011 d'un accord entre le Parlement européen et la Commission européenne sur l'établissement d'un registre de transparence
- Les lois françaises du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, créant la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), du 9 décembre 2016 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Loi Sapin 2), ainsi que les lois organique et ordinaire du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie publique, qui complètent les missions de la HATVP notamment.

843. En dépit de l'engouement pour cette notion, la transparence est difficile à définir et à délimiter juridiquement. Et ce ne sont que certains éléments de la transparence qui ont une valeur constitutionnelle ou qui sont consacrés par des traités internationaux, comme l'accès aux documents publics en conséquence du droit de recevoir des informations ou du droit de savoir, ou la participation du public à l'élaboration et l'application des textes juridiques. La transparence n'est toutefois pas consacrée en tant que telle dans les Constitutions nationales ou les traités internationaux<sup>1208</sup>. À ce titre, elle ne pourrait pas

---

<sup>1205</sup> J. Carbonnier, Propos introductifs, *in* Colloque Deauville, La transparence, RJC 1993, n. spécial, p. 9, spéc. p. 13.

<sup>1206</sup> V. Convention des Nations Unies contre la corruption 2005 (UNCAC)

<sup>1207</sup> L. Fouquette - L'Anglais, De la transparence aux États-Unis. Tyrannie ou vertu : la transparence politique est-elle une garantie d'une meilleure démocratie ?, Fondation Jean-Charles Bonenfant, juin 2010.

<sup>1208</sup> Le conseil constitutionnel a refusé la qualité de « principe général à valeur constitutionnel » au principe de transparence des activités publiques : Cons. Constitutionnel, 20 janv. 1993, déc. n. 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption

être considérée comme un droit fondamental<sup>1209</sup>. Et en conséquence, et malgré son intérêt primordial dans la vie moderne des affaires, la transparence ne peut être admise aux dépens des droits fondamentaux, et en ce qui nous concerne dans la présente étude, le droit à la vie privée<sup>1210</sup> et dont le secret bancaire est une des expressions.

844. Dans la nouvelle dimension du secret bancaire cohabitant avec la transparence, c'est l'équilibre des intérêts en question qui est recherché, entre le droit de savoir promu par la transparence, et le droit de respect à la vie privée auquel la notion de secret bancaire est étroitement rattachée<sup>1211</sup>. Un équilibre qui est délicat car en dépit de l'évidence de la transparence, plus la communication se développe plus, en réaction, le besoin de secret se fait sentir, comme autant « de remparts et d'abris »<sup>1212</sup>.

845. À cet égard, l'exemple le plus illustratif est celui de l'affaire Jérôme Cahuzac en 2013<sup>1213</sup>, un ministre de la République française qui souhaitait maintenir secrète l'existence d'un compte bancaire tenu à l'étranger, a finalement fait tomber le masque et révélé au public l'existence de ce compte bancaire. La problématique en question est en effet la confrontation du droit d'un homme à être titulaire d'un compte bancaire à l'étranger - à condition que ce ne soit pas un moyen d'une évasion fiscale - et son droit de ne pas le dire, avec le droit des hommes à l'égalité de tous devant l'impôt obligeant ainsi à révéler ce genre d'information. À l'issue de cette affaire, la transparence a primé sur le droit au secret ce qui débouche à une situation juridique nouvelle : le nouveau régime du secret bancaire (*Chapitre I*). Un nouveau régime qui vise par des moyens de neutralisation de l'obligation (*Section 2*) de secret bancaire à servir, entre autres, des intérêts relevant de la fiscalité et de la sécurité (*Section 1*). Mais ce régime qui doit toujours répondre aux exigences de respect des droits fondamentaux et des souverainetés nationales, retient toujours des failles et mène à des violations à cet égard, mais dans un nouveau régime du secret bancaire caractérisé par le déclin de la notion (*Chapitre II*).

---

et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : Rec. Cons. Constit. 1993, p. 14 ; Cons. Constit. 21 janv. 1994, déc. n. 93-335 DC, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction : Rec. Cons. Constit. 1994, p. 40.

<sup>1209</sup> V. Barbé, O. Levannier-Gouël, S. Mauclair, La transparence, un droit fondamental ?, Ed. L'Epitoge, 2020.

<sup>1210</sup> Art 8 Convention EDH

<sup>1211</sup> V. *Supra*, Le rattachement à la notion de vie privée, p. 112

<sup>1212</sup> A. Bénabent, Secrets et contrats, Propos introductifs, RDC 2013, p. 739. V. *Infra* le secret bancaire : une nécessité, p.370

<sup>1213</sup> Affaire menant le gouvernement français à adopter, lors du conseil des ministres du 24 avril 2013, deux projets de loi organique et ordinaire relatifs à la transparence de la vie publique. V. Dalloz actualité, 28 janv. 2011, obs. S. Brondel.

## CHAPITRE I : LE NOUVEAU RÉGIME JURIDIQUE DU SECRET BANCAIRE

846. Le nouveau régime juridique du secret bancaire est celui qui est défini par les règles du Droit positif en vigueur<sup>1214</sup>. Celles qui accordent par l'obligation juridique dont se manifeste le secret bancaire, un droit à la confidentialité à son créancier, et établissent une obligation qui prend plusieurs formes<sup>1215</sup>, à la charge de son débiteur. Une obligation dont le domaine d'application se trouve entachée d'exceptions qui sont édictées en fonction de l'intérêt souverain national, et aussi des nécessités des opérations et activités bancaires internationales, et encore en fonction des limites exorbitantes qui sont imposées à son domaine, et toutes les deux décrites auparavant<sup>1216</sup>.

847. Ce nouveau régime juridique se caractérise par un décalage, voire une opposition, entre la territorialité du secret et le rattachement de l'obligation de secret bancaire aux lois du lieu de l'activité d'un côté, avec l'internationalité des exceptions imposées à son égard d'un autre côté. Des exceptions qui visent la neutralisation de l'obligation de la confidentialité auprès et au niveau du dépositaire de l'information confidentielle débiteur de l'obligation, plutôt que le propriétaire de l'information confidentielle et son ayant-droit<sup>1217</sup> !

848. Mais il importe de le rappeler. Le secret ne s'oppose pas à la vérité en soi. Garder une information secrète, ou confidentielle, n'implique pas la volonté de pervertir l'information, de la modifier, et de ne plus la rendre vraie. Le secret bancaire consiste simplement à ne pas la laisser paraître<sup>1218</sup>. Certes, le secret peut faire obstacle à l'éclatement absolu de la vérité, mais il ne fait pas obstacle à la vérité elle-même. Et la vérité, dont la transparence en droit des affaires est une des vertus, peut parfaitement cohabiter avec le secret tant que le domaine de chacune est respecté. Le secret ne s'assimile pas au mensonge, qui lui, s'oppose à la vérité. Au contraire, le secret implique simplement une couverture mise sur des informations à caractère confidentiel<sup>1219</sup>, et la

---

<sup>1214</sup> V. *Supra*, Partie I de la présente étude

<sup>1215</sup> V. Les formes de l'obligation de secret bancaire, p.

<sup>1216</sup> V. *Supra*, Chap. I de la deuxième partie, l'expansion des activités bancaires, et Chap. II de la deuxième partie, les limites exorbitantes au secret bancaire

<sup>1217</sup> V. *Infra*, Les moyens de s'informer sous la neutralisation de l'obligation de secret bancaire, p. 343

<sup>1218</sup> Étymologiquement, le terme de transparence est composé de *trans* (à travers) et *parere* (paraître) : Dictionnaire historique de la langue française

<sup>1219</sup> C. Kleiner, Les droits de l'homme et le secret bancaire : opposition ou subsomption ?, *Journal du droit international (Clunet)* n. 4, octobre 2014, doctrine n. 15

limitation nécessaire du champ du droit de savoir et de s'informer. Entre les différentes exigences en question, à savoir la transparence et le droit au secret, toute la question est de savoir quand et jusqu'à quel ordre cette couverture peut être retirée.

849. Le régime mis en place a été « imposé » à la notion de secret bancaire. Surfant sur la vague de transparence, l'équilibre entre les exigences de secret et les droits fondamentaux et la vérité réclamée est rompu, parce qu'il n'a pas été recherché de principe. Et à chaque exigence, on a sacrifié le domaine du secret bancaire, au point de déclarer son ère révolu<sup>1220</sup> avant même de chercher si sa préservation et le respect de ses prescriptions, seront possibles tout en appliquant les nouvelles exigences de transparence.

850. L'enjeu qui s'anime entre le droit individuel au secret et le besoin collectif de transparence a été déjà maintes fois décrit<sup>1221</sup>. C'est ainsi que de plus en plus de dérogations législatives, nationales ou étrangères, s'imposent et interviennent dans le sens de la transparence absolue et la limitation à l'obligation du banquier de garder le secret. Des exceptions qui lui imposent une obligation de révélation des informations auxquelles il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession, et qu'il est censé de garder secrète ! Passant ainsi d'une obligation passive, d'abstention de divulgation<sup>1222</sup>, sanctionnée par la loi, le banquier doit assumer une obligation positive de révélation, elle aussi sanctionnée pénalement<sup>1223</sup>, sous motif de la transparence. Certains auteurs en justifient la transition en réclamant à la transparence le rang du principe fondamental du droit bancaire<sup>1224</sup>, alors que seul un besoin renforcé de protection de la société peut justifier cette érosion du droit et de l'intérêt privé qu'il vise à protéger. Un tel besoin devrait se faire sentir dès lors que des soupçons existent sur des activités de blanchiment d'argent, de financement du terrorisme, ou plus récemment mais moins périlleux de fraude fiscale.

---

<sup>1220</sup> La déclaration de M. Manuel Barroso lors du sommet G20 tenu à Londres en 2019 *Op.cité*, et les rapports de l'OCDE de 2000 Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales.

<sup>1221</sup> Ph. Neau-Leduc, Responsabilité du banquier et Droits de l'homme, RDBF. 2006, dossier 26 : « la banque est un confident nécessaire auquel le respect des libertés fondamentales impose le secret. Toutefois, l'évolution de la société en fait également un partenaire essentiel pour les États. Seule l'institution bancaire peut, en effet, identifier un certain nombre de périls. Sur le plan individuel, elle est au cœur de la prévention des difficultés des entreprises et de la lutte contre l'exclusion. Sur un plan collectif, son rôle d'intermédiaire la conduit naturellement à la rencontre des flux financiers d'organisations criminelles ou terroristes ».

<sup>1222</sup> V. Le refus de communication, les formes de l'obligation de secret bancaire, p. 158

<sup>1223</sup> Notamment les obligations visant à mettre en œuvre les directives de l'Union européennes (Directive 91/308/CEE, 2001/97/CE et Directive 2005/60/CEE) sur le blanchiment d'argent avec tous les crimes sous-jacents ainsi que les 40 recommandations du GAFI

<sup>1224</sup> D. Legeais, Le renouvellement des principes fondamentaux du droit bancaire, RDBF 2013, dossier 42

851. Avant de décrire les mécanismes employés de la neutralisation de l'obligation « au nom de la transparence » (*Section 2*), une étude des intérêts en question permettra de mieux cerner le problème et d'évaluer les enjeux en question (*Section 1*).

## **SECTION 1 : LES INTERETS DE LA LIMITATION DU CHAMP D'APPLICATION DU SECRET BANCAIRE**

852. La limitation du champ d'application couvert par le secret bancaire se justifie dans le but de répondre à plusieurs intérêts. Si les exceptions qui lui sont imposées en droit positif se basent sur des fondements de droit de défense<sup>1225</sup>, de contrôle des activités bancaires ou d'exercice du pouvoir de la justice<sup>1226</sup>, les limitations qui ont été imposées en vertu du mouvement de la transparence ont pris une dimension élargie. Un mouvement qui se sont inscrits sur des intérêts relevant de la démocratie, de lutte contre la corruption et de la bonne gouvernance, mais surtout pour des motifs de justice fiscale et de sécurité dans un environnement bancaire internationalisé.

853. En la matière, la transparence s'applique dans une version panoptique transversale, que ce soit du haut vers le bas en vertu du regard des autorités sur les membres de la cité dans un but de sécurité et d'équité ; ou même du bas vers le haut appliquée en vertu des libertés d'expression à savoir le regard des journalistes censés représenter les citoyens envers les personnes et les activités publiques. Et elle existe aussi en vertu d'une pratique et d'une curiosité sociale qui vise horizontalement tous les citoyens d'un certain milieu social<sup>1227</sup>. Face à toutes ces expressions de transparence, que devient un homme soumis à tous ces regards horizontaux et verticaux ? Que devient son intimité, bien au-delà de la vie privée, et « que devient le dialogue entre soi et soi » ? Par l'altération de la conscience humaine, la négation de l'existence de l'homme que provoquent ces transparences elles s'assimilent à un viol ; alors que pour se construire, il est nécessaire que l'être humain puisse protéger sa part d'ombre : « chaque homme dans sa nuit s'en va vers sa lumière

---

<sup>1225</sup> Notamment le cas du litige du banquier avec son client, ou le cas de demande paiement par la caution, V. *Supra* les exceptions au secret bancaire pour des motifs d'intérêt privé, p.172

<sup>1226</sup> V. *Supra*, les exceptions au secret bancaire pour des motifs d'intérêt général et sécuritaire, p.189 s et 205 s

<sup>1227</sup> Notamment le cas des personnes ayant une fonction publique. V. D. Soulez Larivière, *La transparence et la vertu*, Ed. Albin Michel, 2014, p. 46

»<sup>1228</sup>. Dès lors, la justification d'une limitation portant sur une telle prérogative humaine doit reposer sur des intérêts primordiaux pour la société.

854. De même dans la vie des affaires, et dans l'activité bancaire spécifiquement, le mouvement juridique de la transparence, surtout dans sa version transversale, repose sur une moralisation de la vie des affaires, par « la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique »<sup>1229</sup>.

855. En œuvrant à contre sens du domaine réclamé du secret, qui demeure une des expressions des droits fondamentaux de respect de la vie privée, mais aussi du droit au secret des affaires consacré législativement<sup>1230</sup>, la transparence a réussi à chasser tous les secrets, y inclus le secret bancaire en s'affichant synonyme de la vérité devenue la première et l'ultime vertu de la démocratie.

856. « Sainte-Transparence ! »<sup>1231</sup> Les lois dites de transparence, ou de vérité se sont multipliées dans le domaine des affaires. Cette vérité dont la transparence ne serait que l'un des visages, expriment les exigences d'une loi morale de plus en plus évidente : transparence des marchés boursiers et financiers, transparence des relations bancaires, transparence de la concurrence. Il faut reconnaître que la transparence permet de partager aisément la connaissance et l'information, afin d'avoir dans la vie des affaires, des acteurs mieux informés, plus instruits, plus matures, plus méfiants peut-être, mais qui peuvent, s'ils le veulent, mieux tenir leur rôle dans le monde des affaires. Mais toute vertu risque d'envelopper du plus noble idéal les plus dangereux effets. Et la transparence peut devenir « vérité terrible »<sup>1232</sup>, car la vérité ne fait pas que traquer la corruption et informer le citoyen. Elle suspecte la réserve, la discrétion et vertus désuètes. Elle ne tolère que quelques vestiges de secrets. Ainsi, par ses intérêts déclarés de missions de transparence, le secret professionnel, le secret de l'instruction pénale, et le secret de la vie privée se voient s'incliner, et le domaine du secret se fait plier.

857. Or, si l'absolutisme du secret n'est plus concevable dans les sociétés contemporaines, la vertu de la transparence ne doit pas pencher elle aussi vers l'absolu. Le critère de l'équilibre entre les deux notions demeure l'intérêt légitime recherché dans

---

<sup>1228</sup> V. Hugo, *Les Contemplations*, III, 1856

<sup>1229</sup> V. notamment les dispositions de la protection des lanceurs d'alerte sous la loi Sapin 2 du 9 déc. 2016 en les autorisant à des signalements méconnaissant un secret protégé par la loi et les rend pénalelement irresponsables sous certaines conditions (C. Pén. art. 122-9 et art. 6 L. n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence)

<sup>1230</sup> Le secret bancaire peut être considéré un secret d'affaires pour le banquier. Réf. Loi n. 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires JO n. 174 du 31 juillet 2018 ; V. *Supra*, la comparaison avec des notions voisines, p. 104

<sup>1231</sup> J.-D Bredin, *Secret, transparence et démocratie*, *Pouvoirs*, vol. 97, n. 2, 2001, p. 5-15.

<sup>1232</sup> *Ibid.*

les limitations apportées par le mouvement de transparence au domaine du secret bancaire<sup>1233</sup>. Des intérêts qui se résument principalement au motif fiscal (*sous-section 1*) ainsi que sécuritaire (*sous-section 2*).

### **Sous- Section 1 : Intérêt fiscal**

858. L'intérêt fiscal dans l'accès aux renseignements couverts par le secret bancaire ne fait pas de doute. Selon le rapport de l'OCDE de 2003<sup>1234</sup>, le secret bancaire vis-à-vis des autorités fiscales compromet un échange de renseignements effectif et peut encourager la fraude fiscale. En avril 2000, le Comité des affaires fiscales a publié le rapport intitulé « Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales », dans lequel il encourage les pays membres à :

- prévenir que les institutions financières puissent maintenir des comptes anonymes et d'exiger l'identification des clients des banques ainsi que des bénéficiaires effectifs des comptes
- réexaminer des critères de « condition d'intérêt fiscal national » qui empêchent les autorités fiscales d'obtenir et de fournir à un partenaire conventionnel des renseignements qu'ils auraient pu obtenir à des fins fiscales nationales
- réexaminer les politiques et pratiques qui empêchent l'accès aux renseignements bancaires à des fins d'échanges de renseignements dans le cas d'affaires fiscales pénales
- prendre les mesures appropriées pour permettre l'accès aux renseignements bancaires pour la vérification des responsabilités fiscales et autres cas d'administration fiscale

859. De même la récente multiplication des affaires relatives aux « fuites » d'informations confidentielles bancaires dans un but de transparence, place l'intérêt

---

<sup>1233</sup> V. à ce sujet la censure du Conseil constitutionnel du 27 décembre 2019 de la mesure permettant à l'administration fiscale de collecter massivement les données publiées sur les plateformes en ligne, dans la quête d'un outil de plus pour lutter contre la fraude. La décision précise que « le législateur a une obligation d'assortir (...) le dispositif contesté de garanties propres à concilier le droit au respect de la vie privée et l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales », afin que les algorithmes utilisés pour traiter les données « ne permettent de collecter et de conserver que les données strictement nécessaires à ces finalités ». Cons. Constit. Décision n° 2019-796 DC du 27 décembre 2019 sur examen de la Loi de finances pour 2020, com. A. Bachert-Peretti, *Revue française de droit constitutionnel*, Juin 2020, n. 122, p. 459-466

<sup>1234</sup> Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, Rapport d'étape 2003, ISBN : 9789264018853 (PDF)

fiscal sur le devant de la scène dans l'établissement du nouveau régime de secret bancaire. Ainsi, en plus de l'affaire précitée de l' UBS contre la justice américain<sup>1235</sup>e référence au scandale des *Luxleaks* de 2014<sup>1236</sup> relatif à la fuite des informations sur plusieurs centaines d'accords fiscaux très avantageux conclus par des cabinets d'audit avec l'administration fiscale luxembourgeoise pour le compte de nombreux clients internationaux au Luxembourg, constitue une preuve de l'obstacle matériel du secret bancaire – luxembourgeois en la matière - face à l'efficacité du recouvrement fiscal. Mais également l'affaire des *Panama Papers*<sup>1237</sup> relayée par la presse le 3 avril 2016, sur « la fuite » de plus de 11,5 millions de documents confidentiels issus du cabinet d'avocats panaméen Mossack Fonseca, détaillant des informations sur plus de 214 000 sociétés offshore ainsi que les noms des actionnaires de ces sociétés cherchant à bénéficier de l'opacité du système financier du Panama, fait preuve de l'opposition entre le secret bancaire et la transparence fiscale.

860. L'intérêt fiscal dans les informations bancaires est primordial. Les opérations et soldes des comptes bancaires constituent une présomption irréfragable du revenu objet de l'assiette fiscale du contribuable. Sur ce, la nécessité d'accès aux informations détenues par le banques (§A), afin de garantir une efficacité des recettes fiscales (§B), dans le but de la lutte contre la violation des réglementations fiscales (§C) constituent les trois piliers de la preuve de l'intérêt fiscal dans l'imposition de la transparence fiscale au prix de sacrifier le secret bancaire.

### **A. La nécessité d'accès aux informations détenues par les banques**

861. Adam Smith annonçait que « *les amants de la fortune abandonnent trop souvent la route de la vertu, pour parvenir à la position qu'ils envient car, malheureusement, la route de la fortune et celle de la vertu sont souvent opposées l'une à l'autre* »<sup>1238</sup>. La route de la fortune correspond à l'optimisation fiscale, quant à celle de la vertu elle passe par la transparence bancaire, opposée à l'opacité bancaire.

---

<sup>1235</sup> L'affaire UBS/ USA du 18 Février 2009 : La justice américaine ouvre une première brèche dans le secret bancaire suisse dans le cadre de l'affaire UBS, en menaçant la banque d'un retrait de son agrément aux Etats-Unis, *Case n. 09-60033-CR-COHN, February 18, 2009, Deferred Prosecution Agreement 25*, n. 4 International Enforcement Law Reporter, p. 134

<sup>1236</sup> L. Arbelet, L'ambivalence européenne dans la lutte contre l'évasion fiscale des entreprises, Dalloz actualité, 19 avril 2016

<sup>1237</sup> L. Arbelet, Les cabinets comptables accusés de conflit d'intérêts fiscal, Dalloz actualité, 27 octobre 2017

<sup>1238</sup> A. Smith, La théorie des sentiments moraux, 1999, PUF



862. Quelques années plutôt, et sur fond de la crise financière mondiale de 2008 et des déficits budgétaires colossaux, le G20 réuni à Londres en avril 2009 en a fait un vecteur de communication en affirmant avec force : « L'ère du secret bancaire est terminée ! »<sup>1239</sup>. Ce qui démontre l'existence d'un lien étroit entre la divulgation du secret bancaire et le recouvrement en matière fiscale. De même, la promulgation et l'entrée en vigueur de la loi FATCA rendant les données détenues par les établissements bancaires du monde transmissibles aux services de la fiscalité américaine rentre dans le même sens<sup>1240</sup>. En effet, la pratique du secret bancaire est employée comme une fonction des places financières du monde. La mondialisation de l'économie associée à la libre circulation des capitaux, et le développement des nouvelles technologies d'information et de communication conduisent à la mise en œuvre de nouvelles techniques d'optimisation fiscale, en employant comme outil le secret bancaire des places offshores<sup>1241</sup>. Mais, la crise financière du début du XXI<sup>e</sup> siècle a révélé une crainte majeure, celle d'un risque systémique avéré. Cette crise financière devenue économique oblige également à constater une perte de recettes fiscales pour les États, perte extrêmement dommageable pour des économies concurrentielles quelque peu essoufflées. Pour accompagner la relance et la favoriser, les États doivent donc trouver des ressources et créer des déficits. Mais comme la recette de l'impôt manque, le G20 cible alors un autre angle d'attaque pour indiquer, sous l'apparence du rappel, que les paradis fiscaux sont des acteurs majeurs, voire les principaux auteurs de la crise.

863. Pour lutter contre ces incidences négatives induites par le secret bancaire dans les centres offshores, il s'est avéré indispensable d'agir sur une base de coopération internationale pour compléter les mesures de droit interne, bien souvent insuffisantes face au perfectionnement des techniques transfrontalières d'éviction de l'impôt. C'est donc la stratégie de transparence bancaire qui est prônée sur la scène internationale, de façon à faire tomber le secret bancaire, obstacle à l'échange d'informations bancaires entre les différentes administrations fiscales des pays du G20, et théoriquement des pays

---

<sup>1239</sup> Déclaration lors du sommet de G20 réuni à Londres le 2 avril 2009, *Op.cité*

<sup>1240</sup> V. *Supra*, la loi FATCA, p. 299

<sup>1241</sup> A. Bourgain, Vers la fin du secret bancaire dans les centres financiers *offshore* : une question d'éthique et de concurrence fiscale, *Revue d'économie financière*, 2015/3 n.119, p. 287 - 288

parties aux accords d'échanges<sup>1242</sup>. En ce sens, depuis quelques années, et notamment depuis l'adoption d'un modèle élaboré par l'OCDE en 2008, se multiplient les accords interétatiques relatifs à l'échange de renseignements bancaires, d'abord pour des échanges d'informations sur demande préalable puis d'une façon automatique<sup>1243</sup>; en premier lieu sur une base bilatérale, puis multilatérale.

864. Il est ensuite fait référence au manque de transparence, à la réticence pour l'échange d'information, pour aboutir naturellement à la critique du secret bancaire. La cible semble avoir été redessinée car la critique ne porte plus directement sur les paradis fiscaux mais plutôt dorénavant sur les juridictions non coopératives. L'absence d'information comptable et sociétaire devient alors le cœur de cible, l'aspect purement fiscal passant au second plan<sup>1244</sup>. Ainsi, pas de critique idolâtre liée à l'argent mais un reproche ciblé sur fond d'opacité et de manque de transparence. D'où l'emploi de la transparence aux services fiscaux du recouvrement, nonobstant le secret bancaire et sa valeur juridique de portée nationale.

865. À cette fin, le principal véhicule proposé à titre universel réside dans le modèle d'accord d'échange de renseignements par l'OCDE adopté en 2002 pour un échange sur demande avant de passer à un échange automatique et écartant ainsi tout empêchement relevant du secret bancaire. Dans les termes de l'article 26 du modèle de convention fiscale relatif à l'assistance administrative, et mis à jour en juillet 2005 avec l'ajout de deux paragraphes. Désormais un État ne peut refuser de répondre à une demande de renseignements uniquement parce que ces renseignements ne présenteraient pas d'intérêt pour cet État dans le cadre national (art. 26 § 4) ou, parce que ces renseignements seraient détenus par une banque ou un établissement financier (art. 26 § 5)<sup>1245</sup>. Un État signataire ne peut donc refuser de transmettre des informations au seul motif que cette information serait détenue par une banque ou une institution financière ou que l'administration de l'État n'aurait pas besoin de cette information pour établir ses propres impôts. Un véritable problème de hiérarchie des normes s'évince de ces prévisions. Une définition nationale restrictive en matière de fraude ou une législation rendant difficile l'accès à des informations nominatives dans l'État saisi d'une demande de renseignements ne peut plus

---

<sup>1242</sup> V. *Supra*, les effets des Directives de l'OCDE qui ne bénéficient pas d'une façon égalitaire entre les pays suivant leur aptitude à traiter les informations massives échangées, p. 296

<sup>1243</sup> V. *Supra*, les Directives de l'OCDE, p. 285

<sup>1244</sup> L'abolition des titres au porteur en est un exemple illustratif.

<sup>1245</sup> V. *Supra*, le domaine d'application des Directives de l'OCDE, p.288

suffire à interdire leur communication. L'État doit répondre, à défaut de quoi il pourrait être black listé au titre de la politique de stigmatisation mondiale qui est mise en œuvre. 866. Et pour compléter le paysage, l'entrée en vigueur de la loi FATCA quelques années plutôt, impose aux établissements bancaires des États partenaires de transmettre systématiquement, de leur propre initiative, et de manière exhaustive, les informations concernant les comptes bancaires détenus par des non-résidents mais citoyens, même accidentellement, américains aux autorités fiscales des États-Unis<sup>1246</sup>.

867. Les Directives de L'OCDE et la loi FATCA dans leur qualification de limites exorbitantes et décrites auparavant sont imposées en outil nécessaires dans l'implantation du nouveau régime du secret bancaire qui laisse transparaître toute information relative aux comptes des non-résidents et détenues par les établissements bancaires. Un outil qui s'est avéré nécessaire pour l'efficacité des recettes fiscales.

## **B. L'efficacité des recettes fiscales**

868. L'échange automatique de renseignements impose aux établissements bancaires des États partenaires de transmettre systématiquement, de leur propre initiative, et de manière exhaustive, les informations concernant les comptes bancaires détenus par des non-résidents, aux autorités fiscales des États concernés. Une telle obligation consacre le droit pour les autorités fiscales du pays de résidence du contribuable de se voir communiquer des informations bancaires et fiscales, les établissements bancaires du pays de la source du revenu n'ayant alors plus la possibilité de se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser de fournir de tels renseignements sur les comptes de leurs clients. Ce mécanisme permet aux autorités fiscales de disposer en temps utile d'informations sur des cas de fraude fiscale. Comme l'a rappelé la commission des finances du Sénat, « le passage à l'échange automatique d'informations fiscales est la clé de voûte de la lutte contre l'évasion fiscale »<sup>1247</sup>.

---

<sup>1246</sup> V. *Supra*, la loi FATCA, p. 299

<sup>1247</sup> Rapp. Sénat, commission des finances, n. 59, 14 oct. 2015

869. D'ailleurs, les effets de la transparence sur le domaine jadis couvert par le secret bancaire sur le civisme fiscal<sup>1248</sup> ne se font pas attendre. Comme l'a annoncé le président de la République concernant l'affaire des *Panama Papers*, ces révélations vont « permettre d'accroître les recettes fiscales ». Selon le rapport du Sénat, le coût de l'évasion fiscale pour les États dont les résidents pratiquent ces techniques est, en effet, immense. La perte annuelle de recettes fiscales de l'État français a été estimée entre 40 et 50 milliards d'euros<sup>1249</sup>. Et selon la même enquête, elle serait de 1 000 milliards d'euros chaque année au sein de l'Union européenne.

870. Outre les gouvernements, la déviance fiscale est dommageable pour les citoyens puisque « le poids de la charge fiscale qui devrait peser sur les entreprises leur est nécessairement transféré »<sup>1250</sup>.

871. Si les autorités de l'OCDE se félicitent des succès du processus imposé sous le titre de la transparence<sup>1251</sup> et ce par la multiplication des échanges de renseignements bancaires à l'échelle planétaire, au titre de l'augmentation des recettes fiscales. Il importe que ces procédés respectent les intérêts particuliers. En ce sens, dans un impératif de garantie des droits individuels de droit au respect de la vie privée et de l'encadrement de l'échange de renseignements doit être encadré<sup>1252</sup> dans un but d'une réglementation fiscale homogène.

### **C. La lutte contre la violation des réglementations fiscales**

872. Le courant de la transparence fiscale vise à combattre la fraude fiscale et à prévenir l'évasion fiscale. Et le mécanisme de l'échange des renseignements sert à mettre à disposition des autorités fiscales les informations relatives aux contribuables soumis à leurs autorités de contrôle. Dans ce cadre, le secret bancaire ne doit pas tenir face à une

---

<sup>1248</sup> H. Hamadi, L'accord multilatéral concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers – Un accord atypique marquant un pas décisif vers la fin du secret bancaire, *Dr. fisc.* 2015

<sup>1249</sup> Rapp. Sénat, commission spéciale d'enquête Évasion des capitaux, n. 673, 17 juill. 2012

<sup>1250</sup> J. Jarrige, Le projet BEPS à mi-parcours : l'état des travaux de l'OCDE après un an de négociations, *Dr. fisc.* 2015, p. 235.

<sup>1251</sup> Le secrétaire général de l'OCDE déclare que « La découverte, grâce à l'échange automatique de renseignements, de comptes jusqu'alors dissimulés a permis et permettra de mobiliser des milliards de recettes fiscales supplémentaires » (...) « Les résultats impressionnants de nos travaux sur la transparence fiscale prouvent qu'en unissant nos forces, nous sommes tous gagnants. La coopération fiscale internationale est une des clés du succès », *in* F. Perrotin, L'échange automatique d'informations s'accélère, *Petites Affiches*, n.190 du 22 septembre 2020.

<sup>1252</sup> M. Calonnec, Le secret bancaire et la fiscalité internationale, *Petites affiches*, 14/11/2016, n. 226-227, p. 60.

équité fiscale recherchée. Des efforts qui s'inscrivent dans la lutte contre la violation des réglementations fiscales.

873. Or, pour contrôler la conduite des affaires économiques de leurs résidents, en l'occurrence celle des opérations bancaires internationales, les États mettent en place des mesures de contrôle fiscal interne. Ainsi en France, ce contrôle se fait à travers des dispositions relatives au prix de transfert ou à l'abus de droit ou par le renversement de la charge de la preuve. Et pour lutter contre ces incidences négatives induites par le secret bancaire, il s'est avéré indispensable d'agir sur une base de coopération internationale pour compléter les mesures de droit interne, bien souvent insuffisantes face au perfectionnement des techniques transfrontalières d'éviction de l'impôt.

874. Mais dans les deux cas, les processus implémentés doivent toujours servir le but de la lutte contre la violation réglementations fiscales. Des réglementations qui sont adoptées dans le but de l'équité sociale des citoyens envers les charges publiques<sup>1253</sup>.

875. Si l'obligation universelle de s'acquitter de l'impôt était, avant d'être un devoir juridique de valeur constitutionnel, et un devoir moral intrinsèquement lié à la qualité de bon citoyen. Reste que ce postulat moraliste est quelque peu tombé en désuétude, du moins dans son acception la plus contributive. À cet égard, le Professeur Daniel Gutmann observe « *qu'en tous lieux et en tout temps, les sujets de l'impôt s'efforcent d'alléger la pression fiscale qui pèse sur eux en recourant à des moyens divers* »<sup>1254</sup>.

876. Si par leur devoir civique de respect de la moralité fiscale, la plupart des citoyens n'entendent pas manquer à leur devoir de payer l'impôt, ces derniers sont en passe par la poursuite d'un but unique : la diminution de son imposition. Ainsi, selon le Professeur Maurice Cozian : « *vouloir payer le plus d'impôts possible, pour certains, c'est peut-être de la sainteté ou de l'héroïsme* »<sup>1255</sup>, et cela ne correspond en rien au modèle du bon père de famille du Code civil qui doit, en tant que contribuable avisé, gérer sa fiscalité au mieux de ses intérêts<sup>1256</sup>. Plusieurs techniques d'allègement de la charge fiscale ont pu

---

<sup>1253</sup> Article 101 de la Constitution du 24 juin 1793 : « Nul citoyen n'est dispensé de l'honorable obligation de contribuer aux charges publiques ».

<sup>1254</sup> D. Gutmann, Droit fiscal des affaires, LGJD Lextenso, Coll. Domat droit privé, 5e éd., 2014, p. 667

<sup>1255</sup> M. Cozian, Précis de fiscalité des entreprises, LexisNexis, 37e éd., 2013, p. 793

<sup>1256</sup> L'exemple du milliardaire américain Warren buffet qui a admis devant une commission du sénat américain qu'il a cherché depuis toujours à se soustraire au maximum au paiement de taxes, *in* Comptes rendus de la commission d'enquête sur l'évasion des capitaux, Sénat, Mardi 29 mai 2012

être élaborées par les contribuables et leurs conseils. Ces techniques peuvent relever dans le cadre de la fiscalité de l'optimisation, de l'évasion à la fraude. Mais si l'on veut tracer aussitôt entre eux des lignes séparant l'acceptable de l'inacceptable, le légal de l'illégal, le moral de l'immoral, pour des mots que sont l'optimisation, la fraude, l'évasion, le *tax planning*, la frontière n'est pas vraiment apparente. Si l'on ajoute à ce foisonnement lexical, on observe qu'en langue anglaise recèle de nombreuses faussetés terminologiques comme le *tax planning* qui est l'optimisation fiscale, cependant la *tax évasion* est la fraude fiscale et que la *tax avoidance* désigne aussi l'évasion fiscale ! Une confusion terminologique qui reflète une délimitation embrouillée entre lesdites techniques juridiques et fiscales.

877. Sans entrer dans une étude du droit fiscal, il convient avant tout de préciser que les termes d'« optimisation » et d'« évasion » fiscales ne répondent à aucune définition légale ou réglementaire en droit interne. Seule la fraude fiscale jouit d'une définition législative<sup>1257</sup>, et qui dans un environnement d'internationalisation, prévoit déjà un durcissement de la peine en cas de « de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger ». Selon cette confusion *de facto* entre les trois termes, ils sont les trois pris d'un œil de suspicion devant la vague de transparence qui a le vent en poupe.

878. Or, il n'est pas illégitime de veiller à réduire l'imposition fiscale autant que le droit le permet. Ainsi, dans son arrêt Donizel de 1998, la Cour de cassation énonce avec la plus grande clarté que « les préoccupations fiscales de la part des parties » sont « licites en elles-mêmes »<sup>1258</sup>. De même et de longue date, le Conseil d'État considère que le fait d'opter pour la solution fiscale la plus avantageuse n'est pas constitutif d'un abus de droit<sup>1259</sup>. Pourtant dans la lutte énoncée contre l'évasion fiscale en usant la transparence, le but de la lutte n'est pas bien déterminée s'il concerne la fraude fiscale seul acte

---

<sup>1257</sup> Pour la fraude fiscale au sens strict V. l'article 1741 du CGI : « .... quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification .... Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à une amende de 3 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, lorsque les faits ont été commis en bande organisée ou réalisés ou facilités au moyen :

1. de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger .... »

<sup>1258</sup> Cass. Com., 19 avr. 1988, n. 86-19.079, Mme Fanny Joseph, épouse Dozinel, Bull. civ. 1988, IV, n. 134 ; Dr. fisc. 1988, n. 32-38, com. 1733 ; RJF 2/1989, n.2

<sup>1259</sup> CE, 7e et 9e sous-sect., 16 juin 1976, n. 95513, Rec. CE 1976, p. 313 ; Dr. fisc. 1976, n. 44, com. 1533, concl. M.-A. Latournerie ; RJF 9/1976, n. 399.

incriminé sous le CGI, ou s'il inclut aussi l'acte de l'évasion fiscale ou même l'optimisation des plans fiscaux<sup>1260</sup>.

879. Au fait, il importe de noter que les différences de législation entre les États, et par conséquent, la différence de niveau de pression fiscale constituent le principal levier des stratégies d'optimisation fiscale mises en place par les entreprises multinationales. Si la lutte contre la fraude fiscale<sup>1261</sup> ou le risque d'évasion fiscale<sup>1262</sup> sont des objectifs à valeur constitutionnelle selon le Conseil constitutionnel français, il peut être paradoxal de relever, qu'à l'échelle européenne, la lutte contre l'évasion fiscale par les États membres est souvent rendue plus compliqué en raison de l'utilisation par les personnes physiques ou morales contribuables des libertés de circulation reconnues par le Traité et auxquelles la Cour de justice a donné une portée fiscale.

880. Cette situation invite à rechercher à définir la limite du légal et de l'illégal, et de résoudre la confusion entre la fraude qui est seule incriminée, et l'évasion fiscale. Le besoin d'ajouter un adjectif – agressive – au substantif d'évasion achève de montrer l'embarras qui continue de saisir la communauté fiscale lorsqu'il est question d'optimisation fiscale. Dans les temps actuels, la répression de l'évasion fiscale tend à devenir plus sévère : l'abus de droit, édifice patiemment construit au fil des ans, est l'objet d'un durcissement<sup>1263</sup>. Et sur la même lancée s'inscrivent les négociations de l'OCDE de 2021 sur « tout simplement de mettre fin à la concurrence fiscale qui a été la règle implicite du capitalisme au cours des 50 dernières années ! »<sup>1264</sup>.

---

<sup>1260</sup> B. Delaunay, Où commence l'optimisation fiscale internationale ? Fraude, évasion fiscale et tax planning, *Revue Droit fiscal* n. 39, 26 Septembre 2013, p. 437

<sup>1261</sup> Cons. Constit. 29 déc. 1983 n. 83-164 DC, Loi de finances pour 1984, Dr. Fraude, évasion fiscale et tax planning fisc. 1984, n. 2-3, Comm. 49 ; JCP G 1984, II, 20160, note A. Decoq et R. Drago ; RJF 1984, n. 1186. – Cons. Constit. déc. 23 juill. 2010, n. 2010-16 QPC, M. Exbrayat : Dr. fisc. 2010, n. 35, Act. 321. – Cons. Constit., Décision 16 septembre 2011, n. 2011-165 QPC, Sté Heatherbrae Ltd : Dr. fisc. 2011, n. 38, Act. 284.

<sup>1262</sup> Cons. Constit. déc. 29 déc. 1989, n. 89-268 DC, Loi de finances pour 1990, considérant. 78, Rec. Cons. Constit. 1989, p. 110 ; Dr. fisc. 1990, n. 4, Comm. 57. – Cons. Constit., déc. 26 nov. 2010, n. 2010-70 QPC, M. Moreau, Dr. fisc. 2011, n. 6, Comm. 209, note F. Dieu. – Cons. Constit. déc. 16 sept. 2011, n. 2011-165 QPC, Sté Heatherbrae Ltd, précité.

<sup>1263</sup> V. Les Actions du projet BEPS sur la fiscalité des entreprises multinationales - L'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, OCDE (2015), Exposé des actions 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, OCDE, [www.oecd.org/fr/fiscalite/beps-expose-des-actions-2015.pdf](http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps-expose-des-actions-2015.pdf)

<sup>1264</sup> V. La déclaration de Pascal Saint-Amans (OCDE), directeur du Centre de politique et d'administration fiscale de l'OCDE sur la refonte historique de la fiscalité des entreprises en établissant un taux minimum d'imposition, [www.oecd.org/fr/fiscalite](http://www.oecd.org/fr/fiscalite), 9 avril 2021.

## Sous- Section 2 : Intérêt sécuritaire

881. En plus de l'intérêt fiscal dans la limitation du champ d'application du secret bancaire, l'intérêt sécuritaire s'impose aussi. Dans une approche de la préservation de la sécurité et de contrer les actes des organisations criminelles et terroristes, il serait indispensable de contrôler leur financement. Sur cette base, écarter le secret bancaire et imposer la transparence pour un motif de la préservation de la sécurité semble une évidence.

882. Proche de la notion, et de l'exception du blanchiment de capitaux évoquée auparavant<sup>1265</sup>, les capitaux provenant d'activités criminelles sont à première vue similaires avec ceux en relation avec le financement du terrorisme. Pourtant, le « recyclage de l'argent sale » relève d'une délinquance financière ordinaire, dénuée de toute motivation idéologique. En quelque sorte, il est politiquement neutre. Inversement, ceux qui financent le terrorisme sont généralement mus par le désir de déstabiliser profondément les institutions publiques par des actions violentes et par des menaces contre les biens et les personnes. D'ailleurs le code pénal classe le blanchiment parmi les « crimes et délits contre les biens » (livre III), alors que le financement du terrorisme relève des « crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique » (livre IV)<sup>1266</sup>.

883. Pourtant, il est universellement admis que certains comportements criminels peuvent servir à la fois à dissimuler l'origine frauduleuse de l'argent, et à fournir à des organisations terroristes les moyens d'alimenter leurs activités, d'où l'intérêt sécuritaire commun. Telle est en tout cas la conviction sur laquelle se fondent les recommandations du GAFI, auxquelles font écho les directives communautaires. Le titre même de la dernière en date<sup>1267</sup> résume parfaitement la question : il s'agit bien, en effet, de prévenir « l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ».

884. Dans cette mission, seuls sont donc en principe concernés ceux qui, de près ou de loin, sont mêlés au système financier, c'est-à-dire essentiellement les professionnels impliqués dans la vie des affaires, et parmi eux les établissements de crédit. L'activité bancaire est aujourd'hui une activité de contrôle. Les professionnels de la banque sont

---

<sup>1265</sup> V. *Supra*, Les motifs d'intérêt général sécuritaire, p. 205

<sup>1266</sup> C. Berr, Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme, Répertoire de droit commercial, Janvier 2010 (actualisation Janvier 2017), n. 136

<sup>1267</sup> Directive (UE) n. 2005/60/CE, JOUE, n. L 309, 25 novembre 2005



tenus, dans un certain nombre de cas, de contrôler leurs clients et les opérations qu'ils passent. Il en va plus particulièrement ainsi en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. L'intérêt sécuritaire en question est primordial et se manifeste par le fait de contrôler étroitement les opérations des clients et de partager les informations relatives avec les autorités compétentes et notamment le GAFI, afin de puiser et confisquer à temps les sources de financement des actes terroristes et criminels.

885. Sur ce plan, le dispositif national de lutte contre le blanchiment n'a cessé de se développer. Depuis la loi n. 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants<sup>1268</sup>, le législateur a institué un système de contrôle des opérations financières, de prévention et de détection des activités de blanchiment, établissant ainsi sur base du mouvement de transparence, une exception à l'obligation de secret bancaire. Ce dispositif a été par la suite considérablement étendu au fil des réformes, et notamment par inclusion de la notion du financement de terrorisme. Dernièrement, l'ordonnance n. 2016-1635 du 1er décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme<sup>1269</sup> a transposé en droit français le contenu de la directive 2015/849/UE du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (4eme directive anti-blanchiment)<sup>1270</sup>. Cette dernière législation a connu de nouvelles évolutions pour contrer les nouvelles formes des actes criminels et terroristes<sup>1271</sup>.

886. Ce dispositif a créé une obligation de vigilance mais aussi une obligation de « dénonciation » du client pour les informations couvertes par le secret bancaire<sup>1272</sup>. Si l'intérêt sécuritaire en question ne fait pas de doute vue son caractère primordial. Pourtant il apparaît que la finalité recherchée par l'abolition du secret bancaire dans certains cas, indépendamment du motif proprement sécuritaire, a été tout simplement la collecte des informations. Ainsi, si les attentats du 11 septembre 2001 perpétrés sur le sol américain aient fait bouger les lignes des défenseurs les plus zélés de la

---

<sup>1268</sup> JORF 14 juillet 1990

<sup>1269</sup> JORF 2 décembre 2016, texte n. 14

<sup>1270</sup> JOUE, n. L 141, 6 juin 2015, p. 73

<sup>1271</sup> La Directive (UE) 2018/843/UE du 30 mai 2018 (JOUE, n. L 156, 19 juin 2018, p. 43), dite 5e directive anti-blanchiment.

<sup>1272</sup> V. *Supra* Les motifs d'intérêt général sécuritaire, p. 205 ainsi que les articles L. 574-1 à L. 574-4 C. monét. fin.

confidentialité, en tant que composante de la vie privée. Immédiatement après ces événements, un membre de l'*Heritage Foundation*, sentant venir une remise en cause du secret bancaire en raison de la lutte contre le terrorisme, mettait en garde en titrant « la loi sur le blanchiment d'argent doit viser les criminels et non pas les paradis fiscaux » (« *Money-Laundering Bill Should Target Criminals, Not Low Taxes* »)<sup>1273</sup>. Et pour ajouter et conclure à ce sujet, il importe de signaler que la notion de terrorisme sous le présent intérêt sécuritaire est souvent qualifiée par des motifs politiques. Elle diffère entre les pays et les régimes juridiques, ce qui pose des questions sur l'uniformisation de cet intérêt au sujet d'une notion non définie universellement<sup>1274</sup>.

887. D'où l'interférence, sinon confusion, entre les intérêts en question dans une chasse à la neutralisation de l'obligation au secret bancaire dans un seul but de la collecte de l'information.

## **SECTION 2 : LA NEUTRALISATION DE L'OBLIGATION AU SECRET BANCAIRE**

888. En déployant les mécanismes du mouvement juridique de la transparence, en apportant de multiples exceptions à l'obligation au secret bancaire, mais aussi en partageant le secret sur les informations confidentielles sur une large communauté du monde des affaires, l'obligation de la confidentialité du banquier se trouve « neutralisée ». Par l'acte de neutralisation d'une obligation, selon la définition du terme<sup>1275</sup>, ses effets se trouvent anéantis. Une obligation neutralisée est une obligation sans effets obligatoires. Et le secret bancaire neutralisé est un secret dévoilé. Le banquier est désormais délié de son devoir et de son obligation de confidentialité. La neutralisation en question est un processus d'inopposabilité ou d'inapplicabilité, souvent employé dans le Droit fiscal<sup>1276</sup>. Aussi, un terme qui est souvent employé pour contrer les actes d'un

---

<sup>1273</sup> D. Mitchell, 16 octobre 2001, Rapports de la fondation Héritage.

<sup>1274</sup> Dans l'ensemble, la doctrine comme le jurislatureur, qu'il s'agisse dans les législations nationales ou des conventions internationales, estiment qu'il est impossible de parvenir à une définition objective du terrorisme, du fait du caractère protéiforme des actions et des auteurs. V. D. Cumin, Tentative de définition du terrorisme à partir du jus *in bello*. RSC 2004 p.11

<sup>1275</sup> Le dictionnaire Larousse

<sup>1276</sup> La genèse du principe de neutralisation de la double déduction *in* M. Stoclet, Retour sur la neutralisation de la double imposition en cas de cession des parts d'une société de personnes ou de dissolution-confusion, Droit fiscal n. 46, 15 Novembre 2019, comment. 438

ennemi. Et en la matière, le secret bancaire se pose pour la vertu de la transparence en un « ennemi » qu'il importe d'écarter ses effets.

889. À cet égard, et nonobstant la légitimité des moyens employés, ou l'intérêt dans la généralisation de la « neutralisation » du secret bancaire afin de dévoiler toute information placée sous son seuil de confidentialité<sup>1277</sup>, il est clair que les efforts visent le dévoilement absolu, et non la correction de l'abus du secret. À cette fin, des mécanismes sont déployés pour servir de divers intérêts, et entre autre les intérêts fiscaux et sécuritaires décrits auparavant. Ces procédés s'inscrivent par l'emploi de moyens et techniques juridiques. La notion du secret partagé, l'instauration de multiples exceptions, et l'extension des informations jugées « non-confidentielles » en forment les principales techniques.

890. Tous ces procédés se caractérisent par leur objectif commun. Ils visent à collecter les informations détenues par le banquier d'une façon « massive et indifférenciée »<sup>1278</sup>. Preuve en est, tous les procédés employés visent le banquier dépositaire des informations et non pas ses clients, ayant-droits et principal intéressé aux dites informations<sup>1279</sup>. Or, la pêche aux renseignements est explicitement interdite en vertu de la Directive du 3 juin 2003<sup>1280</sup>, mais aussi par respect du droit fondamental à la vie privée.

891. Mais aussi, les moyens extraterritoriaux de la « neutralisation » du secret bancaire, s'opposent aussi au respect de la souveraineté nationale, et des lois émises en vertu de cette souveraineté pour régir une relation entre le banquier et son client, qui reste après tout contractuelle de fondement, et privée de nature. Il faut toujours se rappeler que le rattachement légal du banquier est principalement fait avec son lieu d'établissement<sup>1281</sup> sous le principe de la *lex rei sitae*. D'où aussi le problème de la compatibilité juridique

---

<sup>1277</sup> V. la différence entre l'échange automatique des informations bancaires et celui sur demande, T. Baums, T. Bonneau et A. Prüm, L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, au secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur : RTD fin. 2010, n. 1, p. 36 ; V. *Supra*, Les Directives de l'OCDE, p. 28

<sup>1278</sup> V. T. Baums, T. Bonneau et A. Prüm, *Op.cité*, p. 31-40.

<sup>1279</sup> V. *Infra*, les moyens de neutralisation, p. 343

<sup>1280</sup> La Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts : « Ce texte montre en effet que les pays ne sont pas libres d'entreprendre des « pêches aux renseignements ou de demander des informations qui ne sont pas susceptibles d'être pertinentes en ce qui concerne la situation fiscale d'un contribuable donné. En formulant leurs demandes, les Etats requérants doivent démontrer la pertinence prévisible des renseignements demandés. En outre, l'Etat requérant doit avoir eu recours à tous les moyens dont il dispose dans le cadre national pour se procurer des informations demandées, sauf difficultés disproportionnées » ; V. T. Baums, T. Bonneau et A. Prüm, *Op.cité*, n. 2.3

<sup>1281</sup> V. *Supra*, le rattachement juridique de la notion de secret bancaire, p. 251

entre la territorialité du secret bancaire et l'extraterritorialité des moyens employés pour le neutraliser.

892. Dans ce contexte, la neutralisation s'opère par des moyens et des techniques juridiques variés qui ont été employés au fil du temps (*Sous-section 2*), mais qui ont un dénominateur commun, celui de la nécessité de s'informer (*Sous-section 1*).

### **Sous-section 1 : La nécessité de s'informer**

893. Il est évident que tous les moyens de neutralisation du secret bancaire et les techniques juridiques employées à cet égard ont été portés par une nécessité de s'informer. Une nécessité qui, pour répondre aux intérêts susmentionnés, a visé les informations détenues par autrui et notamment certains dépositaires d'informations en amont, comme c'est le cas des établissements de crédit.

894. En raison de leur profession, les banquiers sont des détenteurs de large quantité d'informations relatives à leurs clients ainsi qu'aux tiers qui rentrent en relation avec ceux-ci. Dans leur nature, ces informations peuvent être patrimoniales ou extrapatrimoniales<sup>1282</sup>. Et avec l'ère des méga-données (du *Big Data*), et par emploi des moyens technologiques tels que l'informatique en nuage (*Cloud Computing*), l'information est visée davantage pour sa valeur économique, en plus de son intérêt juridique<sup>1283</sup>. Un intérêt économique de l'information qui vient s'ajouter aux intérêts juridiques fiscaux et sécuritaires, pour mesurer la nécessité de s'informer et d'accéder aux informations détenues par le banquier. De plus, le volume d'informations détenues par les banquiers ne cesse de s'accroître. Cet accroissement n'est d'ailleurs pas dû aux professionnels banquiers, mais aux autorités elles-mêmes qui ont multiplié les obligations mises à leur charge dans la collecte des informations<sup>1284</sup>, et notamment pour des raisons de contrôle de la bonne gouvernance des établissements de crédit<sup>1285</sup>, mais aussi pour la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>1286</sup>.

---

<sup>1282</sup> Tribunal Lux., 24 avril 1991, p. 28 : « Par profession, le banquier est détenteur d'informations confidentielles sur ses clients et sur des tiers », in V. T. Baums, T. Bonneau et A. Prüm, *Op.cité*, n. 2.3 ; V. *Supra*, l'objet du secret bancaire, p. 78

<sup>1283</sup> V. *Supra*, le texte législatif du *Cloud Act* américain, p. 307 V. Les Recommandations du CNIL pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de *Cloud Computing*, ([https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Recommandations\\_pour\\_les\\_entreprises\\_qui\\_envisagent\\_de\\_souscrire\\_a\\_des\\_services\\_de\\_Cloud.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Recommandations_pour_les_entreprises_qui_envisagent_de_souscrire_a_des_services_de_Cloud.pdf))

<sup>1284</sup> V. *Supra*, Introduction, l'intérêt économique general du secret bancaire, p. 32

<sup>1285</sup> La Directive UE MIF du 21 avril 2004

<sup>1286</sup> La Directive UE du 26 octobre 2005

895. Même si cette tendance de collecte d'informations n'a pas été limitée aux établissements de crédit<sup>1287</sup>, mais la centralisation des informations surtout pécuniaires, des plus et des moins fortunées, détenues par le banquier a fait de ce dernier une cible privilégiée des moyens de s'informer. Une niche d'informations qui, une fois déverrouillée, permettra d'atteindre le plus grand volume possible d'information avec la plus petite des démarches. Les établissements de crédit sont devenus des « banques de données », et par les moyens technologiques, l'accès à ces données est devenu plus facile, et ainsi répondant à une nécessité constante dans sa fréquence et grandissante dans son volume, de s'informer.

896. En visant les établissements de crédit dans une collecte générale et désintéressée des informations, les autorités semblent chercher les informations dans l'absolu et non pas celles qui répondent aux intérêts recherchés, que ce soit de lutte contre la fraude fiscale ou contre les crimes de blanchiment. Ainsi, l'abolition du titre au porteur pour le dévoilement de leur porteur indépendamment de toute infraction est un exemple type de la quête à l'information<sup>1288</sup>. À ce titre, l'anonymat des titres au porteur était pourtant « plus apparent que réel » puisque l'administration fiscale peut connaître le titulaire d'un titre au porteur qui se manifeste pour percevoir les dividendes, et les entités juridiques émettrices n'auraient pu opposer un quelconque secret bancaire à une administration fiscale désireuse d'en savoir l'identité du bénéficiaire des dividendes.

897. La neutralisation du secret bancaire s'inscrit dans une nécessité de s'informer indépendamment de tout intérêt. Cette approche est parfaitement illustrée dans la transition de l'échange d'informations sur demande à l'échange automatique et spontanée suivant les Directives de l'OCDE<sup>1289</sup>. Les critiques des professeurs Bonneau, Baums et Prüm à cet égard<sup>1290</sup>, sont illustratives. Surtout que les solutions de l'échange sur demande et l'option de la retenue à la source des intérêts perçus, sont facilement envisageables, et respectent les droits fondamentaux et libertés de circulation des

---

<sup>1287</sup> Les plateformes de réseaux sociaux et les gestionnaires des réseaux de télécoms peuvent par les moyens technologiques utilisés conserver des informations relevant de la vie privée des utilisateurs.

<sup>1288</sup> M.-A. Frison-Roche M Jockey, Pourquoi existe-t-il encore des titres au porteur ?, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n. 12, 24 Mars 1994, 344.

<sup>1289</sup> V. *Supra*, Les Directives de l'OCDE, p. 285

<sup>1290</sup> *Op.cité*

capitaux en question<sup>1291</sup>. Admettre une solution d'échange automatique désintéressée serait une présomption d'infraction d'évasion ou de fraude fiscale.

898. Cette urgence de s'informer se manifeste par le recours à une pêche d'informations par une quête collective et générale des informations détenues par le banquier au lieu de recourir à des demandes personnelles et justifiées au sujet des clients concernés, et pour être plus précis aux clients sujets de poursuites ou d'investigation, dans des intérêts, notamment fiscaux ou sécuritaires décrits auparavant.

899. Dans cette approche, les autorités ont choisi la facilité, par l'emploi d'un moyen collectif de s'informer au lieu de devoir soumettre des demandes personnelles, et surtout justifiées. Une politique qui est du moins abusive, puisqu'elle sacrifie la proportionnalité de la mesure dans son atteinte au droit à la vie privée<sup>1292</sup>. À ce titre, un précédent intéressant mérite ici d'être rappelé sur la nécessité de la proportionnalité de la mesure avec l'intérêt visé. Un dispositif national de lutte contre la fraude fiscale conférant à des agents d'administration douanière - française en l'occurrence - le droit de pratiquer des visites domiciliaires et des saisies de documents. Dans une série de trois arrêts du même jour<sup>1293</sup>, la CEDH rappelle d'abord qu'une telle législation et sa pratique doit offrir « des garanties adéquates et suffisantes contre les abus ». Appréciant le caractère incisif de l'ingérence, elle retient que ces garanties n'existent pas en présence de saisies qui revêtent « un caractère massif et surtout indifférenciée » pour conclure à la violation de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Or, n'est-ce pas le cas propre d'un échange systématique d'informations, déconnecté, par hypothèse, de tout risque concret et réel qu'un contribuable déterminé se soustraie à ses obligations fiscales, d'être totalement « indifférenciée et massif », sauf si l'information et son dévoilement constitue le but visé et non pas le moyen de réprimer l'infraction.

900. La nécessité de s'informer a visé le secret bancaire en le fustigeant comme un obstacle à l'accès inconditionnel à l'information. Or, il importe de signaler que le secret bancaire n'est pas le centre et le point de départ de la régularisation des failles de tout système juridique de lutte contre les défauts de responsabilisation, mais bien sa dernière

---

<sup>1291</sup> V. T. Baums, T. Bonneau et A. Prüm, *Op.cité*, conclusion : « ... L'échange sur demande protège la vie privée. La demande doit en effet répondre à certaines conditions dont le respect peut être contrôlé au cas par cas par les tribunaux. À l'inverse, l'échange systématique ne permet pas la remise en place de telles garanties et fait ainsi échapper les échanges d'informations à tout contrôle a priori, le contrôle a posteriori étant assez illusoire et ne permet donc que très difficilement de lutter contre les abus et porte en lui-même très potentiellement des atteintes disproportionnées à la vie privée... ».

<sup>1292</sup> V. Art 8 Convention EDH dans ses alinéas 1<sup>ers</sup>, 2.

<sup>1293</sup> Mialhe c. France, 25 février 1993, requête numéro 12661/87 ; Funke c. France, 25 février 1993, requête numéro 10588/83 et Crémieux c. France, 25 février 1993, requête numéro 11471/85.

étape. Si l'acte incriminé n'a pas été pénalisé ou poursuivi ni au point de concertation, ni durant sa matérialisation, et non plus lors de la collecte des fonds qui en découlent, la faille est bien plus répandue pour viser le seul l'acte de dissimulation dans des comptes bancaires, et viser seulement le secret bancaire.

901. Guidés par la nécessité de s'informer dans l'absolu, les moyens et techniques juridiques employés ne manquaient pas. Entre le défaut de l'opposabilité du secret, la banalisation des informations jugées confidentielles et le partage du secret, le nouveau régime du secret bancaire se trouve réduit dans son domaine au plus petite des dimensions.

## **Sous-section 2 : Les techniques juridiques de neutralisation du secret bancaire**

902. Le nouveau régime du secret bancaire sous sa forme neutralisée est plus que jamais établi. Si le secret est une obligation de se taire et un droit au silence. Et si l'obligation et le droit à cet égard sont réciproques, tels que le professionnel n'a le droit au silence que pour servir le devoir de se taire<sup>1294</sup>. Le processus de neutralisation a démembré lesdites deux facettes en retirant au banquier le droit au silence pour le remplacer par une obligation de partage du secret voire une obligation de dénonciation<sup>1295</sup>. Le banquier est désormais placé dans une situation contrariée dans laquelle il est soumis à une obligation de confidentialité envers son client d'une part, et de dénonciation et de partage d'autre part, et ce des informations relatives à son client.

903. Le processus juridique de la transparence s'est implanté et tend même à une remise en cause du principe du secret<sup>1296</sup>. Cela s'est opéré par une neutralisation du droit du banquier de refuser communication des informations couvertes par le secret aux tiers<sup>1297</sup>, une extension du domaine des informations communicables<sup>1298</sup>, et par l'instauration du

---

<sup>1294</sup> V. *Supra*, les formes de l'obligation au secret bancaire, p.150

<sup>1295</sup> Notamment dans le cas de soupçon de blanchiment d'argent, v. *Supra*, p. 213

<sup>1296</sup> Fr. Labrunie, Le devoir d'information du banquier et le secret professionnel : Gaz. Pal. 5 déc. 2000, p. 22 : « Alors que l'exigence de transparence se manifeste sous toutes ses formes dans la vie des affaires, le secret semble aller à contre sens et, dès lors, suscite un malaise et une méfiance qui, trop vite, tournent à l'accusation en sorte que celui qui doit respecter le secret se trouve en position d'accusé ».

<sup>1297</sup> V. *Supra*, les formes de l'obligation au secret bancaire, p. 150

<sup>1298</sup> V. *Supra*, les informations communicables sous l'objet du secret bancaire, p. 92

principe du secret partagé. Ces techniques juridiques se sont opérées dans un mouvement de surréglementation de la notion juridique du secret bancaire la rendant désuète – ou presque - dans ses effets. À cet égard, le secret professionnel du banquier a fait l'objet d'une inflation législative, et notamment en matière de blanchiment de l'argent, qui tend à le lever. Une surréglementation visant le secret bancaire. Ainsi la loi adoptée par les États-Unis, en 2010, dite FATCA, favorisant l'échange automatique d'informations entre l'Administration fiscale des États-Unis (l'IRS) et les pays tiers, a conduit l'OCDE à revoir sa convention fiscale et influencé la révision de la législation des membres de l'Union européenne pour l'entraide en matière fiscale, et toutes les deux visent à restreindre le domaine du secret bancaire.

904. M. Mestre constate que même si une tendance générale reste difficile à dégager, l'impression est bien celle d'un recul des secrets professionnels devant une puissante volonté juridique de transparence, sous le titre de la manifestation de la vérité<sup>1299</sup>.

905. Pour autant, et comme la présente étude le démontrera, il serait prématuré de conclure que le secret bancaire est en train de devenir « un secret de Polichinelle »<sup>1300</sup>. Comme le fait remarquer une doctrine<sup>1301</sup>, « il ne faut pas perdre de vue que le secret bancaire n'est pas qu'un moyen de protection de la personne visée par les informations de nature confidentielle, dans la mesure où il renforce, dans le même temps, la confiance dans le système bancaire soumis à une concurrence internationale croissante. Dès lors, les États qui y porteraient une atteinte trop importante s'exposeraient à des réflexes psychologiques chez les déposants de nature à présenter des répercussions économiques, telle la fuite des capitaux ou la thésaurisation<sup>1302</sup> ».

906. Les techniques juridiques de la neutralisation du secret bancaire se résument par le défaut d'opposabilité de son obligation (§A), l'extension du domaine des informations communicables (§B), et la notion du secret partagé (§C), le tout dans un mouvement général d'inflation des lois en question (§D).

---

<sup>1299</sup> RTD civ. 1996, p. 169

<sup>1300</sup> F. Labrunie, Un secret de Polichinelle ?, Banque Stratégie n. 196, septembre 2002, p. 10

<sup>1301</sup> J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ?, AJ Pénal 4/2009, p. 165

<sup>1302</sup> V. *Infra*, une nécessité bancaire, p.370



## A. Le défaut d'opposabilité de l'obligation

907. La quatrième composante de l'obligation au secret bancaire<sup>1303</sup>, et le droit reconnu au banquier de refuser de répondre aux sollicitations et demandes des tierces personnes, l'opposabilité de l'obligation au secret bancaire est le point de son rapport avec les tierces parties. Si le secret bancaire a été conçu pour gérer la confidentialité des informations bancaires *inter partes*, son rapport avec les personnes qui ne font partie à la relation contractuelle relève de son opposabilité. Le niveau de l'opposabilité du secret bancaire est son degré d'opacité envers les tiers<sup>1304</sup>, et la détermination des personnes qui seront autorisées d'avoir accès aux informations confidentielles. Ses prescriptions sont déterminés par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier dans son alinéa deuxième<sup>1305</sup>.

908. En contrepartie, l'inopposabilité s'applique en accordant à une personne ou une autorité le droit de se voir communiquer, nonobstant le secret bancaire, toute information détenue auprès d'un établissement de crédit, même celle jugée confidentielle.

909. Si du côté du créancier de l'obligation, la question ne pose pas un grand problème puisque l'inopposabilité intervient dans les cas qui sont expressément autorisés par celui-ci<sup>1306</sup>. Et toute tierce partie à la relation contractuelle du banquier avec son client, aurait accès aux informations confidentielles, seulement si elle est y autorisée par ce dernier. Or, c'est du côté du débiteur de l'obligation et dépositaire de l'information confidentielle que l'application devient problématique. Techniquement, le banquier est tenu de préserver la confidentialité de l'information relative à son client, que lui seul a le droit d'en disposer<sup>1307</sup>. Mais la réalité juridique est différente. La neutralisation du secret bancaire s'opère en déliant le banquier de son obligation envers son client. Il sera soumis à une contrainte de dévoiler les informations confidentielles en sa possession, ou *in fine*

---

<sup>1303</sup> V. *Supra*, le droit de refuser la communication des informations confidentielles, p.158

<sup>1304</sup> V. *Supra*, le secret simple et le secret absolu, p.144

<sup>1305</sup> Outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ni à la Banque de France ni à l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, ni à l'Institut d'émission d'outre-mer, 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.

<sup>1306</sup> L'article L. 511-33 C. monét. fin dans son avant-dernier alinéa prescrit expressément que « ...*les établissements de crédit et les sociétés de financement 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* ».

<sup>1307</sup> À la différence du secret professionnel, le secret bancaire est une obligation à la charge du banquier et non pas un droit qui lui en profite.

de partager le secret<sup>1308</sup>, sans même une autorisation de son client. Si cette approche est évidente dans son principe, du fait que le dépositaire des informations confidentielles devra les partager ou les dévoiler pour des motifs de gestion des activités du client même, ou de contrôle ou d'exceptions prévues par la loi. Mais c'est la généralisation de l'exception mise à la charge du débiteur qui gêne. Une neutralisation qui a œuvré constamment pour une inopposabilité de plus en plus générale des effets de l'obligation au secret bancaire, en imposant au banquier de communiquer les informations confidentielles en sa possession à diverses parties et chacune dans un intérêt qui lui est propre. Cela a été aussi opéré pour des raisons relevant de la centralisation et du volume d'information, telles que décrites sous la nécessité de s'informer dans les pages précédentes. Pourtant, les palliatifs de l'acquisition de l'information auprès de son ayant-droit ne manquaient pas. Et l'inopposabilité aurait été plus efficace et plus judicieuse, si la créancier et ayant droit de l'information confidentielle aurait consenti à la levée du secret<sup>1309</sup> dans un but de bonne intention, ou par un renversement de la charge de la preuve (le but du *good faith effort*)<sup>1310</sup>. Cette solution constitue toujours une tentative de remédier aux obstacles que pourrait entraver le secret bancaire face aux demandes fréquentes des autorités de s'informer. Même si elle comporte un désavantage pratique. Celui de la personnalisation de chaque demande de renseignement et de la difficulté qui pourrait intervenir, ainsi du temps qu'elle requiert, si le créancier refuse de coopérer pour son auto-incrimination<sup>1311</sup>. Pourtant cette difficulté n'est pas infranchissable. Ne peut-on pas, éviter – ou essayer dans un premier ressort – de faire la demande de s'informer auprès du client avant le banquier. Et ce, en faisant porter la contrainte directement sur le principal concerné et en lui enjoignant de signer un document qui demande à ses banquiers de collaborer aux investigations. Ces documents (*consent directives*) qui devront être signés sous peine d'obstruction à la justice.

910. Une solution qui est ouverte et plus équitable, et l'intérêt de son adoption ne manque pas. Puisqu'elle évite au banquier de se soumettre à un conflit entre deux obligations contradictoires de secret et de divulgation. Une procédure qui permettra d'éviter le

---

<sup>1308</sup> V. Art. L-511-33 (alinéas 3-4) et 511-34 c. monét. Fin

<sup>1309</sup> V. à cet égard, les discussions parlementaires lors du vote de la loi n. 2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie, art. 154-I, *Op.cité*

<sup>1310</sup> Pour un exemple, V. *in re Grand Jury Subpoena, Two Grand Jury Contemnors vs. United States*, 826 F.2d 1166 (2d Cir. 1987), et *in re Grand Jury Proceedings, Yanagihara Grand Jury*, 709 F. Supp. 192 (C.D. Cal. 1989), *Memorandum Order Compelling Respondent Ahmad Shams to Sign Consent Directive*.

<sup>1311</sup> *Doe vs. United States*, 487 U.S. 201 (1988), *in P. Kinsch, Le fait du prince étranger*, LGDJ, p. 117

conflit du banquier à devoir choisir de respecter entre son obligation de secret envers son client, et celle de divulgation des informations confidentielles envers des autorités publiques. Un choix qui mènera le banquier à devoir choisir, entre son propre intérêt – afin d’éviter une inculpation personnelle pour participation à un crime, et afin de préserver sa réputation professionnelle, et celui de son client qui cherche à préserver la confidentialité de ses informations. Un choix pour lequel le banquier penchera sûrement vers le sien, et *de facto*, neutralisera, par « l’état de nécessité » dans lequel il va se trouver, le principe même du secret.

911. Mais la réalité juridique est aussi différente, puisque l’inopposabilité a été imposée du côté du banquier, et les exceptions ont visé ce dernier dans leur collecte massive des informations. Cette solution a été adoptée pour sa facilité mais aussi pour sa généralité d’approche permettant afin de collecter les informations en amont et sans avoir à passer par des demandes personnalisées. Cette approche de l’inopposabilité de l’obligation de secret bancaire est pourtant critiquable par la doctrine<sup>1312</sup>. Estimant que les données bancaires d’un client font indubitablement partie de la vie privée de la personne, et mises sous la coupe de l’article 8, paragraphe 1 de la Convention EDH, elle se dresse contre l’absence de « proportionnalité » exigée pour toute dérogation au droit au respect de la vie privée par le second paragraphe de l’article 8, qui oblige les banquiers à dévoiler toute opération suspecte. L’auteur estime que cette disposition ne tient pas du tout compte de la proportionnalité entre l’obligation de révélation, dérogeant au devoir de confidentialité, avec le comportement répréhensible suspecté par le banquier. Aucune appréciation d’opportunité n’est laissée au banquier, qui doit tout dévoiler en présence d’un élément suspect. De plus, l’établissement bancaire n’est pas une « autorité publique », seule autorisée à s’immiscer dans la vie privée de la personne selon l’article 8 de la Convention EDH dans son deuxième paragraphe<sup>1313</sup>.

912. La Cour européenne des droits de l’homme ne s’est pas encore prononcée sur ce conflit entre secret bancaire protégeant la vie privée et l’obligation de révélation du banquier. Toutefois, l’affaire portée devant cette Cour par l’avocat français Michaud, au

---

<sup>1312</sup> R. Stokes, le devoir de confidentialité du banquier, le blanchiment d’argent et les droits de l’homme (*The banker's duty of confidentiality, money laundering and the Human Rights Act*): Journal of Business Law, 2007, p. 502.

<sup>1313</sup> Argument soutenu par Ph. Neau-Leduc, Responsabilité du banquier et droits de l’homme, RDBF, 2006, dossier 26, n. 23

sujet de l'obligation de déclaration de soupçon des avocats posée par la loi française et ayant donné lieu à l'arrêt du 6 décembre 2012<sup>1314</sup>, permet sans doute de donner une idée de la position de la Cour de Strasbourg sur ce conflit. Et si la disposition, entravant le secret de l'avocat dans le cas d'espèce auquel la Cour accorde le bénéfice de l'article 8 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue une ingérence légitime, il est fort probable que cette disposition faisant application d'un droit à la transparence en faveur de la société entière, pourra faire obstacle au secret bancaire.

## **B. Extension du domaine des informations non-protégées**

913. Si l'inopposabilité décrite auparavant a œuvré dans le sens de la neutralisation de l'obligation au secret bancaire dans ses effets avec les tierces personnes, l'extension du domaine des informations non-protégées a réduit le domaine des informations protégées par le secret. L'objet de l'obligation au secret bancaire est déterminé par les informations protégées, en opposition à celles considérées factuelles et ainsi échappant à la protection du secret<sup>1315</sup>. Les renseignements qui n'ont pas de caractère privé, sont celles qui ne relèvent pas de la sphère intime du client avec son banquier, ou dont l'accès est rendu possible par la consultation d'autres registres, ou même qui sont connus du public. Ainsi, dans le cadre d'une demande de prêt, la situation médicale du client, les modalités précises du prêt et la réponse motivée donnée par la banque ne sont pas soumises à la même protection<sup>1316</sup>. De même, l'état civil d'un client ne constitue pas une information confidentielle couverte par le secret professionnel du banquier<sup>1317</sup>.

---

<sup>1314</sup> CEDH, 6 déc. 2012, n. 12323/11, Michaud c/ France : « Face à l'argument présenté, selon lequel les dispositions françaises visant à lutter contre le blanchiment d'argent étaient incompatibles avec l'article 8 de la Convention, dès lors que l'obligation de déclaration de soupçon mettait en cause le secret professionnel et la confidentialité des échanges entre un avocat et son client. La Cour admet que l'obligation de révélation constitue une ingérence permanente dans l'exercice par le requérant, en sa qualité d'avocat, des droits garantis par l'article 8, même si ce n'est pas la sphère la plus intime de sa vie privée qui est en cause mais le droit au respect de ses échanges professionnels avec ses clients. Cependant, pour la Cour, l'ingérence est légale et poursuit un but légitime dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux ».

<sup>1315</sup> V. *Supra*, l'objet de l'obligation au secret bancaire, p. 78

<sup>1316</sup> CA Versailles, 23 mars 1994 : D., 1994, Somm., p. 328, observation critique de Vasseur ; RB, février 1995, p. 89, observation de Guillot : « ... pour un arrêt ayant jugé qu'il était constitutif d'une violation de l'article 57 de la loi n. 84-46 du 24 janvier 1984 le fait, pour un banquier, d'avoir révélé les difficultés qu'il avait eues à joindre son client en vue d'une régularisation de situation... » ; CA Paris, 24 septembre 1996 : RDB, 1997, p. 67, observation de F. J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>1317</sup> CA Paris, 6 février 1998 : RDBB, 1998, p. 175, observation de F. J. Crédot et Y. Gérard

914. Si la démarcation entre les deux catégories dépend d'un système de distinction à base de critères objectifs et subjectifs<sup>1318</sup>, elle dépend largement des diverses pratiques sociales qui évoluent avec le temps<sup>1319</sup>. Ainsi, si la question de l'intégration des informations du patrimoine sous la notion de vie privée de l'article 9 du Code civil ne faisait pas de doute auparavant<sup>1320</sup>. Mais de nos jours, et en raison de l'évolution des pratiques sociales, et tant que la règle juridique n'est autre que le reflet d'une norme sociale, les secrets de la vie privée, qu'ils soient d'ordre patrimonial ou pas, sont devenu de nos jours rarement gardé en scellés<sup>1321</sup>. Pour les personnes publiques ou les simples citoyens, la transparence envahit davantage le domaine de leur vie privée par les moyens de réseaux sociaux mais aussi par les motifs de transparence. Ainsi, la jurisprudence doute désormais du principe de l'atteinte à la vie privée du simple fait de la publication de renseignements d'ordre patrimonial des particuliers<sup>1322</sup>.

915. Les informations d'ordre pécuniaires qui forment le corps de l'objet du secret bancaire, passent doucement mais constamment de la catégorie des informations confidentielles à celles des informations non-protégées. Une mutation dans les valeurs et mœurs sociaux qui rend la violation des contours de la vie privée un acte banal. Cette extension du domaine des informations non-protégées par le secret bancaire s'opère

---

<sup>1318</sup> G. Capitaine, *Le secret professionnel du banquier en Suisse*, Genève, 1946, Seront couverts par le secret bancaire, les faits répondants aux doubles critères suivants :

1. Objectif, ayant sa source dans le rapport interne d'affaires :
  - connu en raison de la relation d'affaires du banquier avec son client ;
  - ignoré du public ;
2. Subjectif, résultant de la volonté du client de tenir confidentielles ses informations.

<sup>1319</sup> V. *Supra* Introduction, p. 28-29

<sup>1320</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 20 octobre 1976 : Bull. civ., 1976, II, n. 279 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1984 : Bull. civ., 1984, I, n. 176, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 1988 : D., 1988, info rapide, p. 184 ; CA Paris, 12 janvier 1987 : D., 1987, Somm., p. 386, observation de R. Lindon et D. Amson.

<sup>1321</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1989 : Bull. civ. I, n. 257 ; dans le même sens : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991 : D., 1992, p. 213, note de P. Kayser ; JCP, 1992, II, 21845, note de Ringel. Dans le même sens Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1993, n. 91-20.580 : Bull. civ. I, n. 295 ; D., 1994, p. 594, note de Y. Picod ; RTD civ., 1994, p. 77, observation de J. Hauser ; CEDH, 21 janvier 1999, n. 2918395, Calvet : D., 1999, Somm., p. 272, observation de N. Fricero ; JCP, 1999, II, 10120, note de E. Derieux, et 1999 : I, p. 149, observation de B. Teyssié ; RTD civ., 1999, p. 909, observation de J.-P. Marguénaud ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n. 98-14.610 : Bull. civ. I, n. 167 ; D., 2001, Somm., p. 1989, observation de L. Marino ; CCE, 2000, commentaire p. 107, observation de A. Lepage ; RTD civ., 2000, p. 801, observation de J. Hauser ; JCP, 2001, II, 10524, note de B. Montels ; Voir aussi, dans cette affaire, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 23 septembre 2004 : CCE, 2005, commentaire p. 49, observation de A. Lepage ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, n. 06-18.448 : Bull. civ. I, n. 191, D., 2007, AJ 1603, observation de C. Delaporte-Carré, et Pan. DA., p. 2773, observation de Ch. Bigot ; JCP, 2007, II, 10155, note de Lasserre-Capdeville ; RJPF, 2007-9/14, observation de E. Putman ; CCE, 2007, commentaire, p. 127, observation de A. Lepage ; RTD civ., 2007, p. 546, observation de J. Hauser.

<sup>1322</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1990, n. 89-13.049 : Juris-Data, n. 1990-002992 ; Bull. civ., 1990, I, n. 257 ; JCP G 1992, II, 21845, note de F. Ringel. Voir, dans le même sens, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1989 : Bull. civ. 1989, I, n. 307 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, n. 89-19.818 : Juris-Data, n. 1991-001409 ; D., 1992, Jurisprud., p. 213, note de P. Kayser ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1993, n. 91-20.580 : Juris-Data, n. 1993-002228 ; D., 1994, Jurisprud., p. 594, note de Y. Picod ; CA Versailles, 17 mai 1995 : D., 1996, Jurisprud., p. 409, note de J. Ravanas.

parce que la ligne de démarcation entre les deux catégories n'a pas été clairement établie. Et que le critère de distinction dépend toujours d'une subjectivité qui change selon les situations et les personnes<sup>1323</sup>. Si le développement des technologies de l'information a témoigné de la facilité de l'accès aux documents et informations confidentielles, sous le titre de la transparence. Cet accès se fait désormais activement par le biais des moyens et du réseau d'internet qui offre la possibilité de rendre publics plus facilement des informations et des documents au moyen notamment des bases de données spécifiques hébergées en ligne<sup>1324</sup>.

916. À ce titre, le recours à la collecte des informations bancaires et nonobstant le secret bancaire se trouve justifié par la qualité de la personne ayant-droit à la protection de ce secret. Ainsi la personne occupant une fonction publique ou jouissante d'une certaine notoriété se trouvera de par cette qualité, sujette d'une plus grande exigence de transparence, et donc d'une moindre protection de la vie privée. Cette subjectivité du critère de la distinction entre les informations confidentielles et celles factuelles a permis à la jurisprudence de déduire que la notoriété de la personne en question ou la fonction publique qu'elle occupe, est considérée comme une volonté implicite de se suppléer à la transparence et de se délier des prérogatives de leur droit à la vie privée. Une situation qui primera le droit à s'informer des tiers sur son droit personnel de respect à la vie privée<sup>1325</sup>. Dans ce sens R. Lindon en essayant de cerner la notion de vie privée, a ajouté un contour dynamique et variable, en fonction de la notoriété de la personne intéressée : « Tout change dès lors qu'on a affaire à un homme public, à un élu ou à un candidat à des fonctions politiques »<sup>1326</sup>.

917. Cette approche a réclamé la légitimité de l'atteinte portée à la vie privée, et ainsi mené à la neutralisation de l'obligation au secret bancaire, en faisant passer les informations normalement confidentielles à des informations accessibles au public. La révélation, même non autorisée, d'une information appartenant à une personne publique sera tout à fait légitime du fait du droit de s'informer sur celle-ci.

---

<sup>1323</sup> V. *Supra*, l'objet de l'obligation au secret bancaire, p.78

<sup>1324</sup> D. Curtin et J. Mendes, Transparence et participation : des principes démocratiques pour l'administration de l'Union européenne, RFAP 2011, n. 137-138, p. 108 ; O. Dongar, Conflit de principes fondamentaux en droit de l'Union européenne : transparence et vie privée, Revue de l'Union européenne, 2013, p.344

<sup>1325</sup> V. *Supra*, le rattachement à la notion de vie privée, p. 112 ; J. Lasserre Capdeville, Banque, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Octobre 2018, n. 246

<sup>1326</sup> R. Lindon, La presse et la vie privée, JCP, 1965, II, 1887.

### **C. La notion du secret « partagé » : extension du domaine des personnes « tenues » au secret**

918. Par une nouvelle technique juridique visant cette fois les débiteurs de l'obligation au secret bancaire, le partage du secret a œuvré également pour sa neutralisation. Une approche d'extension similaire à celle de l'objet du secret bancaire décrite dans le paragraphe précédent, mais visant cette fois les personnes qui sont « tenues » à l'obligation. Le partage extensif du secret a banalisé le principe de la confidentialité. Comme le rappelle l'avocat Pierre Verdier, « le secret partagé, c'est un secret de polichinelle »<sup>1327</sup>.

919. En la matière, l'article 154 de la loi n. 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a sensiblement modifié les règles applicables pour le secret bancaire. Ces règles sont désormais étendues aux entreprises d'investissement puisque le paragraphe II de l'article 154 crée une « section 4 : secret professionnel » ainsi qu'un article L. 531-12 dans le titre III du Code monétaire et financier consacré aux services d'investissement. Ce texte est issu d'un amendement<sup>1328</sup> présenté au Sénat, en séance, le 4 juillet 2008. Le texte a fait l'objet d'un sous-amendement<sup>1329</sup> ayant pour motivation « d'apporter des améliorations techniques ou rédactionnelles ». Par ailleurs, la modification de l'avant-dernier alinéa des articles L. 511-33 et L. 531-12 est essentielle pour préserver l'effet utile du secret bancaire, qui a vocation à protéger le client qui se trouverait en position de faiblesse. Il a convenu donc d'encadrer la levée du secret sur accord du client, en précisant qu'elle doit se faire « au cas par cas et sur accord exprès ». Cet amendement ainsi sous-amendé a été adopté par le Parlement, pratiquement sans discussion. Devenu l'article 154 de la loi de modernisation de l'économie, il ajoute les alinéas suivants à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier :

920. *« 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*

---

<sup>1327</sup> P. Verdier et M. Soulé, *Le secret sur les origines*, Editions ESF, Paris, 1986.

<sup>1328</sup> Amendement n. 948, insérant un article additionnel dans le projet de loi après l'article 42, présenté par M. Jean-Jacques Jégou et les membres du Groupe Union centriste-UDF.

<sup>1329</sup> Amendement n. 1066 présenté par Madame Lagarde de la part du Gouvernement

lesquelles ils négocient, concluent ou exécutent les opérations ci-après énoncées, dès lors que ces informations sont nécessaires à celles-ci :

- 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 ».

921. Ledit amendement a été adopté dans le but de faciliter l'accomplissement desdites opérations bancaires dans une économie modernisée nécessitant indispensablement le partage des informations couvertes par le secret bancaire dans le but de sous-traitance des opérations de plus en plus spécialisées<sup>1330</sup>. Agir autrement laisserait les établissements de crédit au merci des clients ayant-droits aux informations confidentielles<sup>1331</sup>, même si cette autorisation a été souvent mentionnée sous la forme d'une clause contractuelle dans les contrats d'ouverture de compte<sup>1332</sup>.

922. Désormais, l'établissement de crédit aura, dans le cours de l'accomplissement d'une des sept hypothèses de la liste limitative, le droit de transmettre l'information confidentielle sans être tenu d'obtenir le consentement de leur client. En dehors de ces sept cas, le nouvel article L. 511-33 du Code monétaire et financier prévoit la possibilité de communiquer des informations confidentielles à des tiers à la condition d'obtenir « au cas par cas » le consentement exprès du client.

923. Pour compléter le dispositif législatif, le nouveau texte a astreint « les personnes recevant des informations couvertes par le secret professionnel, (et) qui leur ont été

---

<sup>1330</sup> En effet, les établissements de crédit ont besoin, en permanence de faire circuler des informations confidentielles qu'ils détiennent sur leur client. Ils peuvent, par exemple, vouloir transmettre de telles informations à des garants (assureurs, cautions) de crédit qu'ils octroient, ou à des prestataires extérieurs (par exemple : des sous-traitants, des organismes de recouvrement).

<sup>1331</sup> CA Rennes, ch. corr., 13 janv. 1992, JCP G 1993, II, 432, obs. Ch. Gavalda

<sup>1332</sup> F. Bordas, Devoirs professionnels des établissements de crédit. Secret bancaire, Juris Classeur Banque, Fasc. 141, 13 Février 2020



*fournies pour les besoins d'une des opérations ci-dessus énoncées* », à l'obligation de secret bancaire, « *que l'opération susvisée aboutisse ou non* ». Mais, il a étendu le processus, par une transitivité du même partage, pour les personnes contractantes avec les établissements de crédit avec leurs propres sous-traitants.

924. Le nouvel article L. 511-33, tout comme le nouvel article L. 531-12 permet désormais, aux établissements de crédit ainsi qu'aux entreprises d'investissement, dans des cas bien définis, de faire circuler des informations normalement couvertes par le secret bancaire sans avoir à obtenir le consentement du client. Une circulation qui pourra mener, surtout pour les opérations susmentionnées et d'une certaine complexité, à un partage du secret sur plusieurs degrés de sous-traitants ! Un partage du secret qui rend l'information, son objet principal, diffusée dans le monde des affaires, et ce fait neutralisera *de facto* ses effets d'opposabilité aux tiers, du fait de sa diffusion.

925. Le partage du secret professionnel est une notion relativement ancienne : une possibilité de partager le secret entre personnes soumises à la même obligation professionnelle « dans l'intérêt de la personne visée par les informations »<sup>1333</sup>. Cette théorie, issue de la pratique, ne repose sur aucune base légale, même si lors de la réforme du Code pénal français, en 1992, des tentatives avaient été faites pour consacrer la notion du secret partagé<sup>1334</sup>. « Le Parlement a par ailleurs refusé de consacrer la notion de secret partagé, comme le prévoyait le projet du gouvernement, en estimant que cette notion présentait aujourd'hui un caractère encore trop imprécis pour faire l'objet d'une définition législative. Il résulte cependant clairement des débats que ce refus n'avait nullement pour objet de remettre en cause les pratiques ou les jurisprudences qui, dans le silence des textes actuels, ont pu faire application de cette notion. Celles-ci conservent donc toute leur valeur », surtout quand ce partage est fait dans l'intérêt de l'ayant-droit à l'information confidentielle, et dans le but de l'accomplissement de ses opérations bancaires. Or, il apparait de la liste des opérations énumérées dans le nouveau texte de l'article L. 511-33 C. monét. fin. que leurs intérêts relèvent plutôt de celui des établissements de crédit assujettis à l'obligation de secret<sup>1335</sup>. D'où le partage du secret

---

<sup>1333</sup> J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire, Étude de droit comparé : France, Suisse, Luxembourg*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006

<sup>1334</sup> JO Sénat 15 mai 1991, p. 957 et s. et JO Assemblée nationale 3 juill. 1992, p. 3138.

<sup>1335</sup> F. Bordas, *Op.cité*, n. 71 s

employé en la matière a mené à la neutralisation de l'obligation en rendant l'information confidentielle publique entre les prestataires du monde des affaires.

### **D. L'inflation des lois et réglementations de neutralisation visant la dérogation à l'obligation au secret bancaire**

926. « Trop de lois tue la loi », déclarait déjà le président de la République française Jacques Chirac le 19 mai 1995<sup>1336</sup>. Et pour le secret bancaire, les techniques juridiques de sa neutralisation s'inscrivent dans un mouvement « d'inflation normative »<sup>1337</sup>, devenue paralysante. Il faut garder à l'esprit que l'activité bancaire dans le cadre de laquelle s'applique l'obligation de secret bancaire est une activité commerciale de Droit privé, guidée par les besoins de la flexibilité et de la rapidité de la *lex mercatoria*. Et sa surréglementation par de nombreux textes et des lois nationales, mais aussi par des lois étrangères d'application extraterritoriale ne saurait qu'être un moyen de paralysie de l'activité bancaire commerciale, et menant ainsi à la neutralisation de l'obligation au secret bancaire.

927. Tels que évoqué par le Professeur Bonneau, au lendemain de la crise financière de 2008<sup>1338</sup>, des changements importants ont survenus dans le monde bancaire. Des changements qualifiés au colloque en relation de « renouvellement des principes fondamentaux du droit bancaire », et entre autre celles du secret bancaire. Après la globalisation, la construction européenne, les nouvelles technologies, et enfin la crise financière ont profondément modifié le monde des affaires. Un milieu qui se trouve ouvert à de nouveaux acteurs et à de nouveaux services et produits, permettant aux clients et aux professionnels d'agir sans se soucier des frontières, profitant de la globalisation des activités bancaires, et imposant leur volonté par des lois d'application extraterritoriale.

---

<sup>1336</sup> Dans son message aux députés de l'Assemblée nationale : « ... Il faut mettre un terme à cette situation qui pénalise les plus faibles et entrave l'esprit d'entreprise au seul bénéfice de spécialistes qui font écran entre le citoyen et le droit. Une remise en ordre s'impose, par un exercice général de codification et de simplification des textes. »

<sup>1337</sup> Pour reprendre l'expression du professeur Pierre Mazeaud, président du Conseil constitutionnel en 2005.

<sup>1338</sup> Le colloque de 2011 du Master 2 de Droit bancaire et financier de l'Université de Paris 2 : « Le *Soft Law* en matière bancaire et financière ». V. P. Neau-Leduc, Secret bancaire et frontières, Revue de Droit bancaire et financier n. 1, Janvier 2010, dossier 2, n. 5.

928. La crise de 2008 étant la plus grave depuis celle des années 1930 a conduit à modifier nombre de règles et ont vu apparaître de nouvelles autorités qui ont, par leurs actions, contribué au renouvellement des sources du droit, et la transformation des sources traditionnelles. Et à notre sujet, le fondement contractuel de l'obligation au secret bancaire<sup>1339</sup> est mis à l'épreuve face à des limites exorbitantes souvent de sources législatives étrangères. Et la fonction commerciale du banquier est mutée en mission d'une « utilité publique » afin de participer à la vigilance requise autour des opérations de ses clients pour des intérêts divers. Une mise à l'épreuve qui a dénaturé les effets de l'obligation au secret bancaire tels que décrits auparavant.

929. Ce qui frappe sans doute le plus dans ce renouvellement des sources, c'est la montée en puissance à côté des textes réglementaires, de ceux relevant du Droit souple (*Soft Law*), avec des règles internes, européennes ou internationales<sup>1340</sup>. Cette pratique a conduit aussi l'accroissement du nombre de règles et de textes qui régit les activités du banquier conduisant à une inflation textuelle qui suscite des questions, notamment sur la légitimité de ces normes, et sur l'efficacité de tous ces normes d'un régime juridique de secret bancaire envahi, et devenu dure à appliquer.

930. Bien qu'il soit normal que tout régime juridique se renouvelle constamment, en fonction des mutations et évolutions des applications du domaine et des failles du système, celui des activités bancaires et plus spécialement, celui régissant la notion de secret bancaire a été profondément bouleversé par des règles chacune émanant de sources différentes et pour ces causes et intérêts, parfois divergents et conflictuels<sup>1341</sup>.

931. L'inflation des lois a conduit à imposer au banquier une série de réglementations pour gérer son devoir de confidentialité envers son client, d'une liste de plus en plus longue de textes, et surtout d'une série d'exceptions afin de répondre à des intérêts divers. Cette surréglementation est la preuve indiscutable de l'institutionnalisation de la notion juridique du secret bancaire. Une notion qui est devenue gérée par des lois et des réglementations émises en réponse à des intérêts professionnels, nationaux,

---

<sup>1339</sup> V. *Supra*, le fondement de l'obligation au secret bancaire, p. 129

<sup>1340</sup> Tels que les recommandations, lignes directrices, schémas, chartes, plans, communiqués notamment en matière de vigilance dans la lutte contre les trafics de stupéfiants, et en matière d'identification des clients. V. G. Clamour et P.-Y. Gahdoun, Commerce et industrie, Répertoire de droit commercial, Février 2019 (actualisation : Décembre 2020), n. 252

<sup>1341</sup> V. *Supra*, les intérêts de la limitation du champ d'application du secret bancaire, p. 325

internationaux mais aussi des intérêts des États étrangers. Le régime juridique de l'obligation au secret bancaire, est devenu inapplicable tant il est désormais dense et complexe. Et pour le banquier, cette obligation envers son client est devenue un fardeau, et une situation conflictuelle. Son attachement à protéger la confidentialité des renseignements de son client, par son obligation au secret bancaire, contrera les obligations de divulgation mises à sa charge, et pourra mener à son inculpation personnelle pour complaisance envers un spoliateur, fraudeur ou corrupteur, et surtout qu'il n'a aucun intérêt personnel<sup>1342</sup>.

932. Sans entrer dans une énumération exhaustive, cette inflation réglementaire du secret bancaire s'est opérée en plus des textes nationaux dessinant normalement les contours de l'obligation en question, mais aussi par des traités internationaux, des injonctions judiciaires internationales<sup>1343</sup>, et des limitations exorbitantes imposées par des volontés législatives étrangères<sup>1344</sup> ou internationales<sup>1345</sup>. Des sources réglementaires variées mais qui s'inscrivent dans un mouvement de neutralisation de l'obligation au secret bancaire, en vue de dessiner les traits de sa nouvelle dimension.

## **CHAPITRE II : LES CONSEQUENCES DU NOUVEAU REGIME DU SECRET BANCAIRE**

933. Le nouveau régime du secret bancaire est marqué par une obligation de confidentialité neutralisée dans ses effets. Une obligation au secret bancaire qui reste institutionnalisée dans son régime juridique, mais en déclin suite à sa neutralisation, faute d'opposabilité proprement dite. Désormais, l'équilibre est rompu entre le droit fondamental de respect de la vie privée dont le secret bancaire forme une de ses expressions, et la nécessité de s'informer qui impose des exceptions au domaine du secret. Par une transparence poussée, la mission de la préservation des contours de la sphère de la vie privée relevant de la relation entre le banquier et son client a échoué.

934. La tendance de laisser pénétrer la transparence dans les détails de la vie quotidienne a fini par envahir l'opacité jadis imposée dans le domaine bancaire. Et à l'ère des Mégas-

---

<sup>1342</sup> H. Lécuyer, L'évidence du secret bancaire, Revue de Jurisprudence commerciale, Juillet-Août 2010, n. 4

<sup>1343</sup> A. Garapon, Deals de justice, éd. Presses universitaires de France.

<sup>1344</sup> V. *Supra*, les lois d'application extraterritoriale, p. 296

<sup>1345</sup> V. *Supra*, les Directives de l'OCDE, p. 285

données, même les plateformes de réseaux sociaux, tel que Facebook a approché en 2018 de grandes banques américaines pour leur demander de partager des données bancaires de leurs clients, afin de permettre à ceux-ci de gestion de leurs comptes à partir de leurs comptes Facebook<sup>1346</sup>. Une preuve que la discrétion qui contournait les informations bancaires se trouve désormais banalisée. Et que le droit à la discrétion n'est plus perçu comme relevant de la sphère des droits fondamentaux de la personne<sup>1347</sup>.

935. Or, la justice entre ombres et lumières, est plus particulièrement traversée par cette tension entre le régime de la part publique et la face cachée. Aux travers des lois de 1970 sur la protection de la vie privée<sup>1348</sup> et de 1978 sur le droit d'accès aux fichiers informatiques<sup>1349</sup>, elle éprouve le débat contradictoire et sans répit entre l'envahissement des moyens d'investigation et de communication et le souci d'un répit. Ce que le Doyen Jean Carbonnier a entendu comme « un droit à être laissé tranquille » et le « droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'exigences extérieures »<sup>1350</sup>. Sans cette distinction du public et de l'intime, la société glissera vers une emprise totale du social et du politique, et même totalitaire. L'expansion de la transparence viderait l'individu de son intériorité, de son secret, de son silence, de la profondeur insondable de sa vie spirituelle, en le livrant à ce que Paul Valadier nomme « le monde de l'apparence » qui dominant les « puritains de la transparence »<sup>1351</sup>.

936. Ne pas voir dans la transparence une vertu publique, ce n'est pas acquiescer aux grimaces des faux semblants et à la duplicité sociale. C'est refuser de franchir le mur qui sépare l'apparence de l'intention. Ne pas se soumettre au médiatement correct. C'est refuser que l'investigation et le dévoilement sacralisés, qui sont des moyens, l'emportent alors sur les valeurs derrière lesquelles ils s'abritent : vérité, intégrité, justice. Pourtant, la propriété de soi-même a besoin du secret. L'âme tient à son secret, et la vie à son

---

<sup>1346</sup> V. à ce sujet de droit de portabilité sous le RGPD, Th. Tombal, Les droits de la personne concernée dans le RGPD, Portée du droit, 2018, Titre 9, n.123-139 ; D. Forest, Facebook interroge la souveraineté numérique, Dalloz IP/IT 2016, p. 263

<sup>1347</sup> V. à titre d'exemple, la décision de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) du 3 mai 2021 qui a donné son autorisation pour augmenter par 66% le nombre des outils d'interception des téléphones mobiles afin de capter des informations pour localiser un individu accéder à ses échanges vocaux et écrits, ce qui pourrait inclure ses informations bancaires (publiée sur Légifrance le 18 mai 2021).

<sup>1348</sup> La loi n. 70-643 du 17 juillet 1970 adoptant l'article 9 du C. civ

<sup>1349</sup> La loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

<sup>1350</sup> J. Carbonnier, cité par B. Beignier, Vie privée et vie publique, Arch. Phil. Droit, n. 41, 1997, p. 163-180

<sup>1351</sup> P. Valadier, La Condition chrétienne. Du monde sans en être, Seuil, 2003

mystère. La confiance, confiance, silence sont trois notions inséparables de la dignité de l'homme<sup>1352</sup>.

937. Au sujet du secret bancaire, la genèse de la cohabitation entre les exigences de la vie privée avec les multiples nécessités de s'informer, a été marquée par un équilibre raté. Un déséquilibre juridique qui a mené à des effets préjudiciables (*Section 1*) d'atteinte au fondement juridique de l'obligation au secret bancaire et à la souveraineté législative des États de réglementation en la matière<sup>1353</sup> (*Sous-section 1*). Ainsi qu'une atteinte à la compétitivité des places bancaires où les règles du jeu d'attraction des capitaux, malgré les apparences, sont faussées (*Sous-section 2*).

938. Malgré ces dites conséquences nuisibles aux règles juridiques qui gèrent l'obligation de secret bancaire, cette dernière notion reste une nécessité. Une nécessité pour le l'industrie bancaire, ou les excès de transparence mènerait à des systèmes de dépôts parallèles. Et une nécessité personnelle du fait du rattachement catégorique de l'Homme à sa vie privée.

939. Cette nécessité souligne la valeur juridique de la notion de secret bancaire qui se traduit par le besoin indispensable et inévitable d'aboutir à un équilibre entre les intérêts de discrétion d'un côté et de transparence d'un autre. Un équilibre dont la nécessité a été souligné par la CJUE<sup>1354</sup> et du Conseil Constitutionnel<sup>1355</sup> par l'exigence de respect du principe de la proportionnalité dans les limites apportées au droit fondamental de respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>1356</sup>.

---

<sup>1352</sup> J.-M. Varaut et L. Ruet, Secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires, *Gaz. Pal.*, 12 août 1997 ; Michel Crouzet, *Stendhal et le langage*, Gallimard ; M. Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard ; A.-M. Frison-Roche, *Secrets professionnels*, Ed. Autrement, 1999 ; A. Damien, *Le secret nécessaire*, Desclée de Brouwer, 1989 ; P. Valadier, *La transparence et le secret*, in *Les Études*, 1999 ; T. Massis, *La transparence et le secret*, in *Les Études*, 2001.

<sup>1353</sup> V. *Supra*, Les lois d'application extraterritoriale, p. 296

<sup>1354</sup> CEDH, 6 déc. 2012, n. 12323/11, Michaud c/ France

<sup>1355</sup> Cons. Constit. n. 2016-741 du 8 décembre 2016 censurant des dispositions de la loi Sapin II.

<sup>1356</sup> G. Desgens -Pasanau, *La lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme : quels enjeux pour la vie privée de la clientèle bancaire?*, *Gaz. Pal.* 2004, n. 38 p. 2 ; Sur cette question, la CNIL, par une délibération n. 93.032 du 6 avril 1993, s'est prononcée sur l'utilisation de la segmentation comportementale dans le secteur bancaire et a en particulier souligné que l'information résultant de la segmentation comportementale doit être adéquate, pertinente et non excessive par rapport aux finalités qui ont conduit à l'enregistrement. À cet égard, il apparaît que la collecte des données relatives aux détails des opérations bancaires est manifestement étrangère à l'activité normale du banquier en ce qu'elle concerne des éléments de la vie privée qu'il n'a pas à connaître. La Commission a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler à plusieurs organismes bancaires que de telles pratiques n'étaient pas conformes au principe de finalité et pouvaient s'apparenter à une collecte déloyale d'information, punie de cinq ans d'emprisonnement et de 300.000 € d'amende en vertu de l'article L. 226-18 du Code pénal. Cette obligation exigée du banquier dans ses relations avec son client est néanmoins clairement circonscrite dans les limites posées par les situations où la responsabilité du professionnel, tant civile que pénale, risque d'être engagée en cas de non-intervention. La jurisprudence a ainsi évolué, passant du principe de non immixtion à l'interventionnisme rendu nécessaire par les impératifs de la lutte contre la criminalité financière.

## **SECTION 1 : LES EFFETS JURIDIQUES DE LA NEUTRALISATION DU SECRET BANCAIRE**

940. Les exceptions apportées à la notion de secret bancaire, et traduites par les techniques employées de la neutralisation de son obligation, ou même par application de limites exorbitantes<sup>1357</sup>, ont eu des répercussions juridiques. Des effets sur la relation juridique entre le banquier et son client, et sur son fondement contractuel, qui ont perturbé la hiérarchie dans la pyramide des normes auxquelles elle est normalement soumise. Mais aussi, elles ont eu des effets sur la liberté d'entreprendre entre les différents établissements de crédit en faussant l'égalité entre les entreprises.

### **Sous-section 1 : Les atteintes au régime juridique de l'obligation au secret bancaire**

941. Tel qu'évoqué dans la première partie de la présente étude, le fondement de l'obligation au secret bancaire est étroitement rattaché à la relation contractuelle qui lie le banquier à son client<sup>1358</sup>. Cette relation suivant la hiérarchie des normes est soumise aux règles contractuelles qui gèrent la relation des parties contractantes, ainsi qu'aux textes législatifs en vigueur au lieu d'exercice de l'activité bancaire suivant le principe de la territorialité du secret<sup>1359</sup>.

942. Si l'internationalisation des activités bancaires, que ce soit par les activités transfrontalières ou même par les opérations des succursales et filiales bancaires, a nécessité une certaine « adaptation » du fondement juridique, afin de répondre aux exigences juridiques des opérations transfrontalières, ou du lieu d'activité de la succursale bancaire<sup>1360</sup>. Et même si l'internationalisation des activités bancaires requiert du banquier le respect des réglementations du réseau mondial bancaire, bien que celles-

---

<sup>1357</sup> V. *Supra*, les limites exorbitantes au secret bancaire, p. 2

<sup>1358</sup> V. *Supra*, le fondement de l'obligation au secret bancaire, p. 129 ; J. Stoufflet, L'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales, *Gaz. Pal.* 2005, n.160, p.4

<sup>1359</sup> V. *Supra*, le rattachement juridique de la notion de secret bancaire, p. 251

<sup>1360</sup> V. *Supra*, l'internationalisation des activités bancaires, p. 225

ci soient devenues trop lourdes et difficiles d'application, cette exigence n'est pas identique pour le client du banquier.

943. Ce dernier demeure un citoyen tenu de connaître et ne pas ignorer la loi de son propre pays, et à la rigueur celle compétente en vertu du critère de rattachement. Et en entrant en une relation contractuelle avec son banquier, le client accepte délibérément de se soumettre, surtout en termes de confidentialité, aux règles édictées dans le contrat ainsi que par les lois et réglementations locales en vigueur. Mais quand des exceptions émises par les autorités des pays étrangers viennent s'interposer à son droit au secret, ce citoyen perd la connaissance de « la loi ».

944. De ce fait, la relation contractuelle du banquier avec son client, et l'obligation au secret bancaire qui en découle, se trouve entachée d'une atteinte à son propre régime juridique. Par les nouvelles lois et réglementation régissant les activités bancaires, celles étrangères d'application extraterritoriale, celles exorbitantes même intégrées dans le Droit positif, ou encore par les techniques juridiques de neutralisation, le secret bancaire est désormais redéfini dans son concept et ses contours, sans y parvenir à une définition universelle, ou même un régime juridique propre et bien défini. Et c'est à ce stade que réside le problème. Si gouverner c'est prévenir, il faut aviser avant de punir. Et même si personne n'est censé ignorer la loi, il faut que celle-ci soit connaissable.

945. Comment soumettre un citoyen aux implications d'une réglementation sans que celle-ci soit publiée à la gazette officielle de son pays ?

946. Et comme préserver la stabilité juridique d'une relation contractuelle entre le banquier et son client, si elle pourra, ou sera, être entachée d'un fait de prince émanant d'une autorité étrangère visant des informations confidentielles, personnelles ou pécuniaires ?

947. Et selon quel principe juridique pourrait-on admettre de porter une exception à l'obligation au secret bancaire découlant de cette relation contractuelle, et pour reprendre l'expression prévue à l'article L. 511-33 C. monét. fin., dans « les cas où la loi », mais cette fois étrangère, le prévoit ?

948. Et dans quel niveau dans la hiérarchie des normes du Droit positif faut-il insérer cette loi étrangère ?

949. Pourquoi établir des règles de compétences si leurs délimitations ne sont pas définies ou si elles sont contradictoires ?

950. Si les partisans de l'universalisation des règles applicables au secteur bancaire, et plus spécialement au secret bancaire, se justifient par le principe de l'universalisation



des activités bancaires. Et, que la « transfrontalierisation » des opérations bancaires est désormais devenue banale. Mais il faut se rappeler que les lois sont les produits de coutumes sociales déterminées et spécifiques à chaque société, et les mœurs d'une société ne sont pas facilement transposables. Pourquoi accepte-t-on que par extradition le coupable soit jugé devant les juridictions de son propre pays, pour des motifs de nationalité de lois pénales, et ne pas transposer la même règle pour le secret bancaire, surtout que la violation de celui-ci est entaché d'une peine pénale ?

951. Tant de questions qui restent sans réponse et qui, probablement, ne les trouveront pas, et pour une cause. Cette problématique trouve source dans le décalage entre la territorialité du fondement de l'obligation au secret bancaire, qui est étroitement rattaché au lieu de l'exercice de l'activité<sup>1361</sup> et à la *lex contractus*, avec l'extraterritorialité de certaines exceptions au régime de l'obligation au secret bancaire.

952. Cette dualité règlementaire à laquelle est soumise l'obligation au secret bancaire intrigue. Ainsi, un client étranger qui vient ouvrir un compte bancaire en France bénéficiera du régime applicable au secret bancaire tel que défini à l'article L. 511-33 C. monét. fin. Mais, le fait, à titre d'exemple, d'être qualifié, durant n'importe quel moment de la période contractuelle avec son banquier, d'« américains accidentels »<sup>1362</sup>, soumettra son droit au secret aux dérogations de communication aux autorités fiscales américaines selon les dispositions de la loi FATCA. Ou même, d'être sujet d'une injonction judiciaire étrangère sur investigation d'un potentiel crime de financement de terrorisme, qui rappelons-le est une notion ambiguë de définition<sup>1363</sup>, obligera le banquier à partager avec cette autorité étrangère les informations confidentielles de son client<sup>1364</sup>.

---

<sup>1361</sup> V. *Supra* les règles de rattachement des activités bancaires transfrontalières p. 251 et des succursales bancaires p. 229

<sup>1362</sup> V. R. Bismuth, L'extraterritorialité du FATCA et le problème des « américains accidentels », *Op.cité* L'expression renvoie à un ensemble d'éléments factuels permettant de caractériser le très faible degré de rattachement d'un individu avec les États-Unis, et ce, en dépit de la reconnaissance par cet État d'un lien de nationalité permettant de le considérer comme l'un de ses contribuables. Peuvent ainsi être considérés comme des américains accidentels des personnes qui ont :

- (4) acquis la nationalité américaine à la naissance par jus soli compte tenu de leur naissance sur le territoire des États-Unis ;
- (5) bénéficié dès la naissance d'une autre nationalité transmise par l'un des deux (ou les deux) parents qui n'est pas (ou ne sont pas) citoyen(s) américain(s) et à laquelle il n'a jamais été renoncée depuis la naissance ;
- (6) quitté les États-Unis au cours de leur enfance et n'ont jamais travaillé ou, plus largement, résidé de façon permanente aux États-Unis après leur majorité.

<sup>1363</sup> V. *Supra*, l'intérêt sécuritaire de s'informer, p. 336. Dans l'ensemble, la doctrine comme le jurislature, qu'il s'agisse dans les législations nationales ou des conventions internationales, estiment qu'il est impossible de parvenir à une définition objective du terrorisme, du fait du caractère protéiforme des actions et des auteurs. V. D. Cumin, Tentative de définition du terrorisme à partir du jus *in bello*. RSC 2004 p.11

<sup>1364</sup> G. Parléani, le secret bancaire face aux injonctions civiles anglo-américaines, (1/2), Banque & Droit n.165, p.24

953. Et encore, le partage des informations confidentielles avec les sous-traitants des établissements de crédit est devenu un processus fréquent qui peut dégénérer, dans le temps, en une divulgation massive des informations confidentielles du client. Ces situations risquent d'être de plus en plus fréquentes à l'ère des Mégas-données, où la question de la souveraineté numérique des informations opérations sera à l'ordre du jour, surtout avec l'informatisation et digitation des opérations et activités bancaires<sup>1365</sup>.

954. Le secret bancaire est une notion largement règlementée, et de ce fait institutionnalisée, et sa violation est, jusqu'à nouvel ordre, réprimée pénalement. Le caractère dominant de sa territorialité et son attachement étroit à la relation du banquier avec son client, ainsi que sa consécration par un texte législatif<sup>1366</sup>, et dont la violation est réprimée pénalement<sup>1367</sup>, en fait une règle d'ordre public<sup>1368</sup>.

955. Sur ce, admettre extensivement des techniques de neutralisation de ses effets, et des exceptions extraterritoriales et exorbitantes à son domaine d'application, telles qu'évoquées auparavant, sans que les contours de la notion du secret bancaire ainsi que les règles relatives de compétence, soient universellement déterminés, ne sauraient être qu'une atteinte répréhensible au régime juridique de l'obligation au secret bancaire, et à la stabilité juridique des relations contractuelles en question.

956. Cette neutralisation de l'obligation au secret bancaire, en plus de porter atteinte au régime juridique propre de l'obligation au secret bancaire, elle bouleverse la hiérarchie des normes des États et porte atteinte à leur souveraineté législative<sup>1369</sup>. Les établissements de crédit sont désormais tenus de respecter les dispositions des lois extraterritoriales étrangères, sans parfois que ces dispositions soient ratifiées par les voies classiques répondant aux intérêts nationaux propres<sup>1370</sup>. Et encore, ils sont tenus de répondre à des demandes d'information émanant d'autorités étrangères sous peine de voir leur propre responsabilité potentiellement retenue pour participation au recels de fonds d'origine que probablement seule cette autorité étrangère considère illicite<sup>1371</sup>. Et

---

<sup>1365</sup> D. Forest, Facebook interroge la souveraineté numérique, Dalloz IP/IT 2016, p. 263 ; V. *Supra*, le conflit de lois entre le *Cloud Act* et le règlement européen (UE) 2016/679 sur la protection des données personnelles (RGPD), sous le *Cloud-Act*, p. 307 s

<sup>1366</sup> Art L. 511-33 C. monét. fin

<sup>1367</sup> Art 226-13 C. Pénal

<sup>1368</sup> J. Stoufflet, l'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales, Gaz. Pal. Mai Juin 2005, n. 5 p.1662

<sup>1369</sup> V. *Supra*, les effets des Directives OCDE, p. 293

<sup>1370</sup> Ainsi, par exemple la loi FATCA, mais aussi l'exemple du Panama qui s'est engagée en mai 2016 à respecter les standards de l'OCDE, quelques jours seulement après les révélations de la presse sur les pratiques de *Mossack Fonseca* à l'origine du scandale. V. M. Collet, *Panama Papers* : quelles conséquences un an après ?, Recueil Dalloz 2017 p.1184

<sup>1371</sup> Surtout en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et l'obligation de dénonciation imposée dans le cas de figure

les autorités nationales de contrôle perdent, ou plus précisément partagent, leur droit exclusif de contrôle sur les acteurs de l'activité bancaire pratiquant sur leur territoire<sup>1372</sup>. Une extraterritorialité qui vient ajouter un conflit de droit international privé aux opérations bancaires. Et qui vient souligner et confirmer la spécificité du secret bancaire en comparaison aux autres secrets professionnels<sup>1373</sup>. Une spécificité qui a malheureusement mené par le caractère spécifique de l'objet du secret, à des déclarations délibérées et unilatérales de compétence des souverainetés législatives étrangères, par des points de pénétration de compétence<sup>1374</sup>, afin d'imposer leurs exceptions à l'obligation au secret bancaire dans sa dimension nationale<sup>1375</sup>. Une déclaration qui a bénéficié aux grandes puissances économiques mondiales qui cherchent à conforter leur place dominante pour imposer leur règle de loi (*Rule of Law*)<sup>1376</sup>. Une situation qui doit être révisée afin de rééquilibrer les intérêts nationaux en question<sup>1377</sup>, et la stabilité juridique des relations contractuelles du banquier avec son client. Et le plus important de régler, surtout à l'échelle internationale, la notion de secret bancaire dans un but de respecter et de préserver le droit fondamental de respect à la vie privée.

---

<sup>1372</sup> Au mois de mars 2016, les commissions des affaires étrangères et des finances de l'Assemblée nationale ont souhaité créer une mission d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine « à la suite de plusieurs événements qui avaient mis en lumière la tendance des juridictions et administrations américaines à prétendre sanctionner des personnes physiques ou morales étrangères pour des faits survenus hors du territoire américain ». Cela a conduit ces commissions à rendre un rapport sur le sujet en octobre 2016 soulignant les difficultés posées par « l'application des lois américaines à des entreprises et personnes françaises », Synthèse des travaux de la mission parlementaire sur l'extraterritorialité des lois américaines, 5 oct. 2016 (disponible : [http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/missions\\_info/extraterritorialite/synthese.pdf](http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/missions_info/extraterritorialite/synthese.pdf))

<sup>1373</sup> V. *Supra*, La spécificité du secret bancaire, p. 117

<sup>1374</sup> V. P. Kinsch, Le fait du prince étranger, *Op.cité*

<sup>1375</sup> V. *Supra*, le fait de prince étranger et la méthode de prise en considération, p. 276. À ce sujet l'arrêt Morrison qui n'exclut pas la saisine des juridictions des États-Unis pour sanctionner la violation des dispositions de fond d'un droit boursier étranger. En effet, la Cour suprême des États-Unis s'est prononcée sur l'application extraterritoriale de la législation boursière américaine. E. Gaillard, Cour suprême des États-Unis, 24 juin 2010, no 08-1191, Morrison et a. c/ National Australia Bank Ltd., Bulletin Joly Bourse - n°4 - page 308

<sup>1376</sup> La compétence du dollar : le seul fait d'effectuer une transaction en dollars, ou de faire transiter un courriel par un serveur américain, suffisait à la réclamation de l'assujettir à la compétence des juridictions pénales américaines ? E. Breen, La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique, Revue Européenne du droit, 2 septembre 2020,

<sup>1377</sup> R. Gauvain, Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale, Rapport à la demande du Premier ministre, Assemblée Nationale, 21 juin 2019, p. 15.

## Sous-section 2 : La compétitivité des place financières

957. En plus des conséquences juridiques sur le régime juridique de l'obligation au secret bancaire, les moyens employés pour sa neutralisation ont eu des répercussions sur la compétitivité des places financières.

958. Il est certain que le secret bancaire et le degré d'opacité du système bancaire est un moyen incontournable d'attraction des capitaux et un outil de la compétitivité entre les différentes place financières<sup>1378</sup>. Si la face économique de cette compétitivité ne relève pas du sujet de notre présente étude. Mais sa face juridique est traduite par le respect du principe de la liberté d'entreprendre et l'égalité entre les entreprises. Une liberté de prestation de services qui est qualifiée de fondamentale pour les établissements de crédit sur le marché européen<sup>1379</sup>. Pour les établissements bancaires hors du marché européen commun, ils sont régis par le principe de l'égalité de traitement de l'Organisation Mondiale pour le Commerce (OMC)<sup>1380</sup>.

959. Ainsi, suivant ce principe d'égalité et de liberté, et si le but annoncé de la lutte mondiale contre l'évasion fiscale vise à remédier aux méfaits des centres financiers dits « parasites » et leur emploi abusif du secret bancaire<sup>1381</sup>, le niveau d'engagement de tous les régimes juridiques à ce titre se doit à être identique. Ainsi, les obligations des établissements de crédit dans leur participation à la transparence fiscale devraient s'appliquer identiquement à tous les établissements des pays du monde. Faute de quoi, certains seront soumis à des obligations de transparence, et ainsi une limitation du secret, plus lourdes que les autres. Et cette asymétrie sera préjudiciable pour le facteur de la compétitivité des différentes places financières, d'autant plus que la confidentialité des informations publiées restera un des facteurs prédominants du choix des banquiers<sup>1382</sup>. Et les répercussions sur la compétitivité des établissements assujettis à des obligations inégales seront certainement conséquentes.

---

<sup>1378</sup> V. *Supra*, l'intérêt bancaire, Introduction p. 30 ; A. Bourgain, Vers la fin du secret bancaire dans les centres financiers *offshore* : une question d'éthique et de concurrence fiscale, Revue d'économie financière, 2015/3 n.119, p. 287 - 302

<sup>1379</sup> Articles 49 à 55 CE et articles 56 à 62 TFUE transmise pour les établissements de crédit par les dispositions de la Directive 2013/36/UE dans son article 39.

<sup>1380</sup> V. la clause de la nation la plus favorisée (NPF) prévoyant l'égalité de traitement pour les autres. Aux termes des Accords de l'OMC, les pays ne peuvent pas, en principe, établir de discrimination entre leurs partenaires commerciaux, y inclus pour les services financiers.

<sup>1381</sup> A. Bourgain, Vers la fin du secret bancaire dans les centres financiers *offshore* : une question d'éthique et de concurrence fiscale, *Op.cité*, p. 293

<sup>1382</sup> V. sur le critère du choix du banquier J. Stofflet, l'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales, Gaz. Pal. Mai Juin 2005, p.1662, n. 10

960. Sur ce, il n'est donc pas étonnant que certaines dispositions de la loi Sapin relatives à la transparence aient été censurées par le Conseil constitutionnel pour atteinte à l'égalité entre les entreprises<sup>1383</sup>. D'autant plus que la jurisprudence de ce dernier a nettement évolué dans un sens favorable à la liberté et égalité d'entreprendre<sup>1384</sup>. Ainsi, il soumet même désormais l'appréciation des atteintes à cette liberté à un contrôle de proportionnalité entre le but visé et la mesure proposée, ce qui la renforce de manière très substantielle.

961. Or, dans la réalité juridique, les moyens employés dans la neutralisation de l'obligation au secret bancaire, n'ont pas été émis et appliqués dans un sens égalitaire entre les différentes places financières<sup>1385</sup>. Ainsi, ce défaut d'égalité de traitement a été évident dans l'attitude des États-Unis vis-à-vis du dispositif du CRS émis dans le cadre des Directives OCDE. Au fait, les États-Unis sont le seul État membre de l'OCDE à ne pas avoir accepté d'appliquer le dispositif le CRS. Et ils réclament qu'ils ne peuvent en l'état y adhérer car leur législation nationale ne permet pas de mettre en œuvre l'échange de renseignements résultant de la norme de l'OCDE<sup>1386</sup>. C'est d'ailleurs cette même lacune de leur droit national qui explique l'impossibilité pour les États-Unis d'assurer une réciprocité des échanges de renseignements dans le cadre des accords FATCA. Cette configuration est particulièrement avantageuse économiquement pour les États-Unis qui bénéficient via les accords FATCA d'un transfert massif de renseignements sur les comptes de ces nationaux et résidents ouverts à l'étranger, tout en s'abstenant d'imposer des obligations de transparence similaires à leurs institutions financières en ce qui concerne les actifs des étrangers et non-résidents ouverts sur son territoire. L'attractivité économique des États-Unis est d'autant plus réservée que le droit de certains États fédérés

---

<sup>1383</sup> La première concerne le dispositif introduit par la loi de finances du 29 décembre 2015 pour 2016. Dans le prolongement des travaux internationaux de l'OCDE, le texte a posé des obligations d'information en faveur des administrations fiscales (« *reporting fiscal* ») des sociétés établies en France qui réalisent un chiffre d'affaires annuel consolidé d'au moins 750 millions d'euros. La deuxième dans une décision du 21 octobre 2016 à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions fiscales instituant un registre public pour les trusts.

<sup>1384</sup> La décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2016 censure la loi Sapin 2 : « l'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux correspondant à leur activité pays par pays, est de nature à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale ». « Une telle obligation porte dès lors à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ».

<sup>1385</sup> V. *Supra*, sous les effets des Directives OCDE, p.293

<sup>1386</sup> Le droit américain ne permet en effet que de transmettre des renseignements sur les intérêts versés à des non-résidents. V. T. Fensby, L'échange automatique de renseignements en matière fiscale : Pourquoi la survie des normes FATCA et CRS ne tient qu'à un fil ? : Revue Dr. fisc. 2017, n. 20, p. 8

(notamment le Delaware, le Wyoming et le Nevada) permet aisément la constitution de structures largement opaques facilitant les activités offshore. Dans une lettre envoyée à plusieurs parlementaires américains, l'ancien Secrétaire du Trésor Jacob Lew soulignait même que ces lacunes réglementaires permettaient d'utiliser des structures américaines aux fins de blanchiment d'argent et d'évasion fiscale<sup>1387</sup>. Ainsi, certains experts considèrent que « le FATCA incite en réalité les (institutions financières étrangères) à transférer les capitaux non déclarés vers les marchés financiers américains »<sup>1388</sup>. D'où, le nouveau régime du secret bancaire neutralisé a mené à une fausse compétitivité entre les principales places financières mondiales.

962. D'autant plus, traditionnellement, les défenseurs du secret bancaire ont soutenu que l'évasion fiscale internationale était la conséquence de l'existence d'États prédateurs ou caractérisés par une gouvernance de mauvaise qualité<sup>1389</sup>. Ce genre d'argument, bien que polémique, a le mérite de poser la question des déterminants du comportement des contribuables dans le pays d'origine et de solliciter la littérature économique montrant une certaine « endogénéité » de l'évasion fiscale, et plus précisément de la participation des différents États contre ses fléaux. Ainsi, à côté des facteurs classiques comme le niveau d'impôt et le risque encouru par la fraude, la « morale fiscale » a de l'importance. Elle dépend, d'une part, de facteurs économiquement exogènes qui seraient d'ordre démographique, historique, religieux, culturel, etc. et, d'autre part, d'un certain nombre de facteurs qui peuvent être considérés comme endogènes au système économique<sup>1390</sup>:

- la contrepartie à la contribution fiscale en termes de biens et de services publics, et donc l'efficacité de la gestion publique ;

---

<sup>1387</sup> T. Fensby, précité; V. aussi, *The Biggest Loophole of All*, *The Economist*, 20 février 2007, p. 49 et s.; Lettre du 5 mai 2016, [www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/Lew%20to%20Ryan%20on%20CDD.PDF](http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/Lew%20to%20Ryan%20on%20CDD.PDF) (« *gaps remain in our laws that allow bad actors to deliberately use US companies to hide money laundering, tax evasion and other illicit financial activities* »). – V. aussi, A. Knobel, *The Role of the US as a Tax Haven – Implications for Europe*, *Study Commissioned by the Greens/EFA Group in the European Parliament*, 11 mai 2016, [www.greens-efa.eu/legacy/fileadmin/dam/Documents/Studies/Taxation/The\\_US\\_as\\_a\\_tax\\_haven\\_Implications\\_for\\_Europe\\_11\\_May\\_FIN\\_AL.pdf](http://www.greens-efa.eu/legacy/fileadmin/dam/Documents/Studies/Taxation/The_US_as_a_tax_haven_Implications_for_Europe_11_May_FIN_AL.pdf).)

<sup>1388</sup> Rapport de Mme Estelle Grelier, Assemblée nationale au projet de loi adopté par le sénat après engagement de la procédure accélérée, autorisant l'approbation de l'accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »), 10 septembre 2014

<sup>1389</sup> W. Frei, *La protection de la confidentialité et la protection du crime financier* (« *The Protection of Privacy and the Protection of Financial Crime* »), *Journal of Financial Crime*, vol. 11, n.4, p. 397-398. : Pour prévenir et combattre l'évasion fiscale, le meilleur moyen d'un point de vue suisse est d'appliquer un système qui impose des impôts modérés, assure une utilisation efficace et appropriée des ressources gouvernementales et utilise une méthode efficace de collecte des impôts. (« *To prevent and combat tax evasion, the best way from a Swiss perspective is to operate a system that imposes moderate taxes, ensures efficient and appropriate utilization of government resources, and uses an efficient method of tax collection* »).

<sup>1390</sup> L.P. Feld et B.S. Frey, *La conformité fiscale à la suite d'un contrat fiscal psychologique : le Rôle des incitations et réglementation réactive* (« *Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract : the Role of Incentives and Responsive Regulation* »), *Law and Policy*, vol. 29, n.1, p. 102-120.

- les procédures qui mènent à cet équilibre ou, autrement dit, la perception d'équité du système fiscal ;
- les relations entre contribuables et l'administration fiscale.

963. À la suite d'une adaptation d'un modèle d'évasion fiscale, certains auteurs<sup>1391</sup> testent économétriquement l'effet de la « perception de l'efficacité de l'État » mesuré par un indicateur synthétisant le respect de la loi et des indicateurs macroéconomiques (inflation, taux de chômage) sur le taux d'évasion fiscale dans un panel de pays. Cette variable s'avère avoir un plus grand effet sur l'évasion fiscale que le niveau du taux d'imposition marginal ou qu'un indicateur de flexibilité du marché du travail. Le problème de morale peut donc être aussi recherché du côté de l'efficacité et de l'équité des politiques fiscales de certains États, et il ne suffit pas que les prélèvements soient légaux pour les rendre moraux<sup>1392</sup>.

964. L'évasion fiscale est le résultat des approches nationales de la politique fiscale, et le traitement des divergences qui en résultent par des moyens disproportionnés, y inclus la différence de traitement de la confidentialité, ne sauraient qu'aggraver cette évasion fiscale, mais pour en profiter à un pays plus qu'un autre.

965. D'où, et pour assurer l'efficacité des moyens de lutte contre l'évasion fiscale, il faut préserver la compétitivité des principales places financières. Une compétitivité qui ne saurait être assurée par l'emploi de moyens inégalitaires<sup>1393</sup> de lutte contre une évasion fiscale qui demeure condamnée, et par des échanges inégalitaires des informations confidentielles entre les centres financiers<sup>1394</sup>. Mais plutôt en appliquant le même degré de transparence des informations confidentielles et de neutralisation de l'obligation au secret bancaire entre les différents centres financiers. Il s'agit donc de concilier un principe constitutionnel, la liberté d'entreprendre, et l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre l'évasion fiscale<sup>1395</sup>. Si la liberté d'entreprendre n'est « ni générale ni

---

<sup>1391</sup> R. Dell'Anno, L'évasion fiscale, morale fiscale et efficacité des décideurs (« *Tax Evasion, Tax Moral and Policy Maker's Effectiveness* »), *The Journal of Socio-Économiques*, vol. 38, p. 988-997.

<sup>1392</sup> P. Bagus, W. Block, M. Eabrasu, D. Howden, et J. Rostan, l'éthique de l'évasion fiscale (« *The Ethics of Tax Evasion* »), *Business and Society Review*, vol. 116, n. 3, p. 375-401.

<sup>1393</sup> L'accord des ministres des finances du G7 du 5 juin 2021 d'un taux d'impôt minimal mondial sur les sociétés multinationales d'au moins 15%, et d'une meilleure répartition des droits d'imposer les bénéfices des multinationales s'inscrit dans la correction de cette inégalité.

<sup>1394</sup> M. Calonnec, le secret bancaire et la fiscalité internationale, *Petites affiches*, 14/11/2016, n.226-227, p. 60

<sup>1395</sup> B. Lecourt, Transparence fiscale des grandes entreprises : censure, par le Conseil constitutionnel, des dispositions de la loi Sapin 2 qui anticipaient la transposition des futures dispositions européennes, *Revue sociétés*, 2017, p. 121

absolue », depuis une décision de 1986<sup>1396</sup>, et « *des limites peuvent y être apportées si elles sont énoncées de façon claire et précise, si elles sont justifiées par l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est la lutte contre l'évasion fiscale et l'intérêt général* »<sup>1397</sup>.

La liberté d'entreprendre comprend, non seulement, la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique, mais aussi la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité d'une façon égalitaire dans un environnement de compétitivité saine.

966. Face à ces questionnements sur l'aspect moral de l'évasion fiscale, et les moyens de lutter contre ses méfaits, la forte pression contre le secret bancaire dans les centres offshore repose en grande partie sur des arguments moraux, économiques et politiques, qui par les moyens de neutralisation employés, n'ont pas été respectés.

967. Plutôt, cette neutralisation de l'obligation au secret bancaire a été employée d'une certaine manière pour combler les déficits budgétaires nationaux résultant de la crise financière mondiale de 2008<sup>1398</sup>, ainsi que d'établir un nouveau ordre public financier :

968. Ainsi, avec les moyens de pression employés, les Etats-Unis obtiennent de la Suisse l'approbation d'application des dispositions de la loi FATCA, entré en vigueur pour les banques helvétiques le 1er juillet 2014, et créer des recettes pour les services fiscaux américains. En avril 2009, six mois après la faillite de la banque d'affaires Lehmann Brothers, les dirigeants du G20 se sont réunis à Londres pour mettre sur pied un programme ambitieux de réforme du secteur financier, en mettant l'accent sur les banques et les infrastructures de marché, et de déclarer « la fin de l'ère du secret bancaire ». Plus de dix ans après, il est intéressant de faire un bilan sur ce qui a été accompli, et sur les conséquences que cela peut avoir pour les acteurs financiers, et plus particulièrement pour les banques américaines et européennes, qui continuent de dominer le système financier mondial, pour assoir un certain « ordre public financier ». Il faut le rappeler, les origines de la crise financière de 2007-2008 relèvent d'une conjonction de facteurs :

---

<sup>1396</sup> Cons. Constit. 16 janv. 1986, n. 85-200 DC, Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité, cons. 4

<sup>1397</sup> Cons. Constit. 29 déc. 1989, n. 89-268 DC, Loi de finances pour 1990, cons. 40

<sup>1398</sup> La chasse au secret bancaire commence suite à la crise financière de 2008, au G20 de 2009 à Londres, quand les Etats-Unis et d'autres pays ont vite besoin de recettes. Ces pays font pression sur la confédération helvétique. Tout d'abord, ils amendent UBS pour un montant de 780 millions de dollars et la forcent à communiquer des informations détaillées sur ses clients américains. Ensuite, ils s'attaquent à la plus vieille banque suisse Wegelin & Co. qui devient la première banque non-américaine poursuivie pénalement aux Etats-Unis le 3 février 2012, pour participation aux actes des clients américains à dissimuler l'équivalent de 1.2 milliard de dollars. Plus récemment, en mai 2014, c'est Crédit Suisse qui est sommé de passer à la caisse, avec une amende record de 2.6 milliards de dollars, pour le même motif que Wegelin quelques années plus tôt. V. J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ?, AJ Pénal, 2009, p. 165



- macroéconomiques : politique monétaire laxiste et bulle immobilière aux États-Unis, et
- financiers : vulnérabilité sous-jacente aux crédits subprimes et aux modèles mathématiques destinés à évaluer les produits dérivés basés sur ces crédits, et
- comportementaux : un ensemble d'incitations faussées des différents acteurs que l'on peut regrouper sous le terme d'aléa moral.

969. Les réponses apportées à cette crise par les gouvernements et les législateurs ont été d'un « momentum » réglementaire impressionnant dans le but d'établir un nouvel ordre public financier marqué par l'instauration de la transparence aux dépens du secret bancaire<sup>1399</sup>. Alors que cette transparence n'a pas eu les mêmes effets dans tous les pays du monde.

970. Elle a imposé aux banquiers une obligation de vigilance et de dénonciation, et sous peine d'incrimination personnelle, alors ceux-ci ne sont pas chargés d'aucune mission d'intérêt public, mais restent des personnes de droit privé, tenus de respecter la confidentialité des informations de leurs clients<sup>1400</sup>. Avant la crise, les banques étaient essentiellement perçues comme des structures passives destinées à gérer le risque de crédit d'un portefeuille de prêts adossé à des ressources relativement stables, et ce en vertu de leur devoir de non-ingérence<sup>1401</sup>. Mais ils sont devenus désormais des acteurs de surveillance obligés de dénoncer leur client et ainsi soumis à deux obligations contradictoires envers leurs clients, de préserver leur secret et de les dénoncer en cas de suspicion. D'où l'emploi inégalitaire des moyens de neutralisation de l'obligation au secret bancaire, a débouché à un manque de compétitivité entre les places financières, dont chacune a essayé d'en bénéficier pour son propre intérêt de combler son déficit budgétaire en attirant des capitaux, et asseoir son grade privilégié.

971. Pourtant, et à la veille de la crise mondiale de 2008, il importe de noter que les solutions juridiques qui pourraient préserver une proportionnalité entre le respect du droit fondamental du respect de la vie privée, et entre autre le secret bancaire, et ses limitations

---

<sup>1399</sup> Notamment par la loi FATCA aux Etats-Unis les directives de l'OCDE et des nouvelles normes prudentielles, dites Bâle III, introduites par le Comité de Bâle sur la stabilité financière.

<sup>1400</sup> A. Prüm, Th. Bonneau, Th. Baums, L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, du secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur, *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, 2010, p.39

<sup>1401</sup> F. Boucard, les devoirs généraux du banquier, *Juris Classeur Commercial*, Fasc. 343 25 Octobre 2002, n.22 (s)

en vue de la lutte contre l'évasion fiscale, ne manquaient pas. Une preuve supplémentaire que la lutte contre l'évasion fiscale n'était qu'une fausse bataille juridique, qui ne visait que la fustigation du secret bancaire. À ce titre, l'étude comparative des professeurs Bonneau, Baums et Prüm entre l'échange automatique des informations et celui sur demande à cet égard<sup>1402</sup>, est parfaitement illustrative. De plus l'option de la retenue à la source des intérêts perçus, conjuguée à un système de remboursement pour bénéficiaire des avantages prévus par les conventions fiscales constitue un mécanisme utile pour décourager l'inobservation des dispositions fiscales concernant les flux d'intérêts transfrontières mais qui respecte les obligations de secret bancaire employées aux différentes places financières. La retenue est destinée à encourager les contribuables non-résidents à demander le remboursement de l'impôt retenu. Une solution déjà proposée par la Suisse sous le projet dit *Rubik*<sup>1403</sup>, visant à prélever un impôt sur les comptes de leurs clients étrangers et à en reverser le produit à leurs États de domicile. Des solutions non-retenues quoique facilement envisageables, et dont l'implémentation auraient respectées les droits fondamentaux de respect de la vie privée et la liberté de circulation des capitaux en question.

## **SECTION 2 : LE SECRET BANCAIRE : UNE NECESSITE**

972. Malgré la remise en question de son intérêt, et la déclaration solennelle de la fin de son ère, la notion juridique du secret bancaire n'a pas tombé en « désuétude »<sup>1404</sup>. Le secret bancaire reste une notion juridique d'une utilité. Une utilité pour les deux parties en question, l'industrie bancaire mais aussi pour le client du banquier, homme ou entité juridique, jouissant d'un droit fondamental et incontournable au respect des contours de sa sphère de confidentialité.

---

<sup>1402</sup> V. T. Baums, T. Bonneau et A. Prüm, *Op.cité*, conclusion : « ... L'échange sur demande protège la vie privée. La demande doit en effet répondre à certaines conditions dont le respect peut être contrôlé au cas par cas par les tribunaux. À l'inverse, l'échange systématique ne permet pas la remise en place de telles garanties et fait ainsi échapper les échanges d'informations à tout contrôle a priori, le contrôle a posteriori étant assez illusoire et ne permet donc que très difficilement de lutter contre les abus et porte en lui-même très potentiellement des atteintes disproportionnées à la vie privée... » ; V. *Supra*, les Directives de l'OCDE, p. 285

<sup>1403</sup> *Bulletin for International Taxation* (IBFD), Volume 69, n.2

<sup>1404</sup> Désuétude des lois inopportunes, in V. Lasserre, *Loi et règlement – Disparition des lois et règlements*, Répertoire de droit civil, Juillet 2015, n. 284

973. Le secret bancaire est une institution juridique puisque elle a été sacrée par son emploi dans les premiers contrats de dépôts à travers l'histoire humaine<sup>1405</sup>, mais surtout par la longue liste des consécutions textuelles et réglementaires dont il a fait l'objet au fil du temps. Si dernièrement, et en réaction à la crise financière de 2008, les textes ont pris le sens de mettre la notion en déclin en déformant ses contours, et en lui imposant un conflit avec une transparence sauvage du monde des affaires. Mais, la notion garde son intérêt et demeure une nécessité que ce soit pour le client ou pour le banquier.

974. N'oublions pas que l'anonymat et le secret sont des atouts de toute activité, et spécialement celle commerciale. L'étymologie de l'entreprise la plus commune, la société anonyme, parle d'elle-même et a été conçue pour exploitation d'une activité sans mention du nom de ses associés, mais plutôt sous une dénomination ou raison sociale<sup>1406</sup>. Les papiers monnaies juridiquement qualifiés en titres au porteur, et anonymes dans leur appropriation et leur affectation, sont toujours utilisés et gardent leur intérêt. Le secret des affaires demeure un outil indispensable dans le jeu de la compétition commerciale<sup>1407</sup>. Bien sûr, l'activité bancaire, commerciale de nature, n'échappe à cette règle et nécessite pour son exercice un environnement de discrétion et de respect de la confidentialité, ce qui est loin d'être le cas actuellement.

975. Si la transparence est venue s'imposer, la clef de succès reste l'équilibre recherché entre le domaine du secret et celui de la transparence<sup>1408</sup>. La transparence et le secret ne sont pas des fins en soi. Il faut savoir où placer le curseur de la transparence pour une efficacité optimale. Si l'économie de fonds propres actuelle, implique la transparence surtout quand on fait un appel public à l'épargne, et nécessite l'égalité des actionnaires vis-à-vis de l'information. Et si l'équité fiscale exige une certaine transparence sur les informations et avoirs bancaires afin de préserver l'équité entre les contribuables. Mais une transparence accrue se propageant dans tous les sens, éclipsant le domaine indispensable du secret, affectera l'activité bancaire et touchera au domaine des droits fondamentaux de l'Homme. D'où, le secret bancaire reste une nécessité pour le banquier

---

<sup>1405</sup> E. Chambost, *Le guide mondial des secrets bancaires*, Seuil, 1980, p. 11. Article 106 du Code de Hammourabi prévoyait plutôt la possibilité de dévoiler les archives en cas de conflit avec le client in A. Finet, *Le code de Hammurabi, Introduction, Traduction et Annotation*, Paris, Du Cerf, 1973

<sup>1406</sup> Art. R. 123- 166-2 C. Commerce

<sup>1407</sup> V. *Supra*, le secret des affaires, p.107

<sup>1408</sup> A. Moreaux, *Où placer le curseur de la transparence ?*, les affiches-parisiennes, 9 nov. 2015

dans l'exercice de son activité (*Sous-section 1*), mais surtout pour le client dans sa valeur humaine (*Sous-section 2*).

### **Sous-section 1 : Une nécessité bancaire**

976. À plus grande échelle, où le capitalisme familial a cédé la place à celui de l'endettement, le financement par les marchés financiers a scellé, lui aussi, la fin d'une grande partie du domaine couvert par le secret, et consacré la publicité d'informations jadis confidentielles. Des agences en conseil de vote d'actionnaires, d'autres de notation et des conseillers financiers sont devenues indispensables aux investisseurs institutionnels, précisément pour les aider, en amont, à opérer les vérifications commandées par des exigences déontologiques, éthiques et de transparence, de plus en plus conséquentes. Le résultat de telles pratiques consacrées par des règles de droit ont muté l'activité du banquier, d'un dépositaire en une institution financière<sup>1409</sup>. Et par conséquent plus de révélations des informations confidentielles sont requises en quantité et en qualité.

977. Mais cette mutation ne doit pas remettre en question les fondements de la relation du banquier avec son client. Le caractère *intuitu personae* caractérise la relation banque-client et qui peut expliquer aussi pourquoi le secret bancaire a un statut particulier, en étant un atout majeur dans le choix par le client de son banquier<sup>1410</sup>. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le secret bancaire, malgré l'intérêt personnel du client prédominant, n'est pas qu'un moyen de protection de la personne visée par les informations de nature confidentielle<sup>1411</sup>. Dans le même temps, il inspire la confiance dans le système bancaire soumis à une concurrence internationale croissante. Dès lors, une atteinte trop poussée sur le domaine du secret s'exposerait à des réflexes psychologiques chez les déposants, et de nature à présenter des répercussions économiques pour le banquier, telle la perte des dépôts et des capitaux. Par conséquent, et malgré les récentes évolutions tendant en effet à l'éclipser, le secret bancaire reste une nécessité pour les établissements de crédit. Il constitue leur savoir-faire commercial, une

---

<sup>1409</sup> Art. L. 511-9 C. monét. fin ; V. Régine Bonhomme, Dépôt et compte en banque – Dépôt de fonds, Répertoire de droit commercial, Octobre 2017 (actualisation : Octobre 2020), n. 31 s

<sup>1410</sup> V. *Supra*, Introduction, l'intérêt économique, p.32

<sup>1411</sup> J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ?, AJ Pénal 209, p.165 ; A. Teissier, Le secret professionnel du banquier, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.27

sorte de « secret des affaires » du banquier dans le but d'acquérir et de cumuler des dépôts, et d'assurer le bon fonctionnement du secteur bancaire, le tout reposant principalement sur un environnement de confiance<sup>1412</sup>. Une confiance que doit inspirer le banquier dans la bonne gestion des affaires du client, mais surtout par son habilité à préserver ses confidences<sup>1413</sup>. C'est ce qui explique l'attitude stricte des dirigeants de banque pour le respect du secret bancaire, et la jurisprudence rare en matière de violation du secret bancaire, puisque avant d'être une obligation légale, elle reflète la bonne image pour la banque.

978. Le secret bancaire est profondément enraciné dans l'histoire et la culture des systèmes bancaires<sup>1414</sup>. L'exemple du système bancaire helvétique, et d'un moindre degré celui du Liban pour une certaine période de son histoire<sup>1415</sup>, est marquant à cet égard, pour lesquels le secret bancaire a été la principale source d'attraction des capitaux. Le secret bancaire est un préalable fondamental à tout système bancaire sain. Il est peu probable que les clients confieraient leur argent et leurs affaires financières aux banques si la confidentialité de leurs opérations ne pouvait pas être assurée. Si le secret est en effet consubstantiel à la vie des personnes et celle des affaires<sup>1416</sup>. Le banquier dispose d'un intérêt personnel de s'en porter garant du secret de son client, et se doit de le défendre afin de protéger sa profession. La décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 13 septembre 2018<sup>1417</sup> a été explicite à ce sujet : « *la règle générale d'obligation de secret professionnel résultant de la directive précitée vise à protéger non seulement les intérêts spécifiques des établissements de crédit directement concernés, mais aussi l'intérêt général lié (...) à la stabilité du système financier au sein de l'Union* ».

---

<sup>1412</sup> F. Bordas, Devoirs professionnels des établissements de crédit. Secret bancaire, Juris Classeur Banque, Fasc. 141, 13 Février 2020, § les raisons d'être du secret bancaire

<sup>1413</sup> La confiance renvoie à l'idée que l'on peut se fier à quelqu'un ou à quelque chose. Dans l'étymologie latine, le verbe confier (du latin *confidere* : cum, « avec » et *fidere* « fier ») signifie qu'on remet quelque chose de précieux à quelqu'un, en se fiant à lui et en s'abandonnant ainsi à sa bienveillance et à sa bonne foi. Cette origine souligne les liens étroits qui existent entre la confiance, l'espoir, la foi, la fidélité, la confiance, le crédit et la croyance. V. M. Marzano, Qu'est-ce que la confiance ?, Études 2010/1 (Tome 412), p. 53

<sup>1414</sup> V. *Supra* l'exemple du secret bancaire suisse sous l'obligation légale, p.142

<sup>1415</sup> Avant la crise bancaire qui a éclaté en octobre 2019.

<sup>1416</sup> J. Favier, De l'Or et des épices : naissance de l'homme d'affaires au Moyen Âge, Fayard, Hachette Littératures, coll. Pluriel Histoire, 1987, p. 289 : « la banque est née du commerce, de ses besoins comme de ses opportunités »

<sup>1417</sup> CJUE, 13 sept. 2018, C-594/16, Enzo Buccioni/Banca d'Italia

979. De ce fait, la divulgation non-autorisée de ces renseignements, ou même les exceptions excessives au domaine de confidentialité sous le titre de la transparence, et quel que soient leurs motifs ou ses dénominations (partage, requalification des informations confidentielles, fait du prince étranger) pourrait compromettre le bien-être financier des établissements de crédit.

980. Et encore, si à l'origine, le secret bancaire trouve son fondement de la relation contractuelle qui lie une banque et son client. La protection a été ensuite renforcée dans de nombreux pays par une législation protégeant le droit des clients à la confidentialité financière, mais aussi pour souligner la confiance dans le système bancaire<sup>1418</sup>.

981. Pour cela, l'exception au secret bancaire doit être administrée avec délicatesse, puisqu'en plus de son atteinte au droit du client, elle peut compromettre la confiance dans le système bancaire. Ainsi, même l'exception pour des motifs fiscaux doit toujours s'accompagner de précautions très strictes destinées à garantir que les informations concernées seront utilisées uniquement pour les raisons spécifiées dans la loi<sup>1419</sup>. La décision de la CJUE a souligné ce principe, conformément à une jurisprudence bien établie<sup>1420</sup> qu'il convient de retenir une interprétation stricte de cette dérogation

982. Or, la récente inflation législative et réglementaire a dressé des limitations au secret bancaire avec une fréquence empressée. De plus, l'interférence de la compétence des lois d'application extraterritoriale<sup>1421</sup>, et les limitations exorbitantes au secret bancaire<sup>1422</sup> ont compromis la confiance dans le banquier, pierre angulaire de sa profession, et rendant ce dernier un dénonciateur pour une mission d'un certain intérêt « public » à laquelle il ne doit pas avoir aucun pouvoir ni devoir.

983. Surtout que dernièrement un nouveau danger se dessine pour les banques par une nouvelle approche de compétition, mais bénéficiant de la limitation actuelle du domaine de confidentialité pratiquée par le banquier. Des innovations technologiques disruptives

---

<sup>1418</sup> M. Raymond Eddé, ancien député et ministre libanais, a explicitement cité le secret bancaire comme un atout d'attraction des capitaux, dans sa présentation de l'exposé des motifs de son projet de loi de 1956 sur le secret bancaire ; V. aussi, S. Guex Les origines du secret bancaire suisse et son rôle dans la politique de la Confédération au sortir de la Seconde Guerre mondiale Genèves. Sciences sociales et histoire, 1999, n. 34 p. 4-27.

<sup>1419</sup> Sensibilisé par une précédente tentative de légifération avortée du secteur en 1914, le conseiller fédéral chargé des finances, Jean-Marie Musy, déclare en septembre 1931 aux banquiers suisses réunis en assemblée générale : « Le contrôle officiel de la banque n'est désirable ni pour l'État, ni pour la banque [...] L'intervention des contrôleurs officiels inquiéterait [...] la clientèle qui attache une très grande importance à la discrétion sur laquelle elle veut pouvoir compter. La fuite des capitaux déposés dans nos banques, qui pourrait être la conséquence de l'institution du contrôle officiel, causerait à notre économie nationale un mal dont le peuple tout entier aurait à souffrir », in S. Guex, Conflits et marchandages autour du secret bancaire en Suisse à l'issue de la Grande Guerre, L'Année sociologique 2013/1 (Vol. 63), p. 157 – 187.

<sup>1420</sup> CJUE, 22 avr. 2010, Commission/Royaume-Uni, C-346/08, point 39

<sup>1421</sup> V. *Supra*, p. 296

<sup>1422</sup> V. *Supra*, p. 283

portées par des acteurs non bancaires : les fameux GAFAs (Google, Apple, Facebook, Amazon)<sup>1423</sup>, les opérateurs télécom et les myriades de start-ups Fin Tech sont en passe de révolutionner l'industrie des services financiers. À cet égard, le succès du compte sans banque Nickel en France<sup>1424</sup> illustre cette nouvelle tendance, ainsi que l'essor des plateformes de financement participatif (ou *crowd-funding*) qui mettent en relation directement prêteurs et emprunteurs. Sans parler des crypto-monnaies électroniques encore balbutiantes, à l'instar des monnaies cryptographiques qui s'attaquent à la prérogative régaliennne par excellence, celle de battre la monnaie, mais retiennent tous en commun la création d'un système parallèle de dépôt et/ou de paiement. Il faudra donc que les banques traditionnelles fassent leur mue à tous les points de vue, si elles veulent conserver une place de choix au sein d'un système monétaire et financier mondial en plein bouleversement. Et le chemin le plus facile sera de préserver et de protéger son « secret des affaires », à savoir l'atout de la confiance de leur client traduite par le secret bancaire.

984. Si dans la conjoncture juridique actuelle, où le droit au secret bancaire est remis en question et l'obligation de le respecter est neutralisée. De multiples systèmes parallèles de paiement mais surtout de dépôts qui viennent concurrencer le système bancaire traditionnel, sont en phase d'implantation définitive. À ces systèmes s'ajoutent des concepts traditionnels tels que l'achat de pièces d'art<sup>1425</sup> et la souscription à des polices d'assurance<sup>1426</sup> fuyant un système de dépôt devenu trop transparent. La soumission de ces deux derniers moyens aux dispositifs de lutte contre le blanchiment d'argent en constitue la preuve de leur emploi dans des possibles fuites des dépôts.

985. Tous ces moyens parallèles de paiement et dépôts, ainsi que ceux qui vont être conçus dans le futur, ne sauraient trouver un marché, si l'industrie bancaire traditionnelle aurait préservé la confiance et les confidences de leur clientèle. Parmi ces moyens, deux

---

<sup>1423</sup> Pour la monnaie Libra de Facebook, V. N. Baron, Blockchain et finance – approche pluridisciplinaire – Les actifs numériques, Répertoire IP/IT et Communication, n. 15. V. aussi Facebook a approché en 2018 de grandes banques américaines pour leur demander de partager des données bancaires de leurs clients, afin de permettre à ceux-ci de gestion de leurs comptes à partir de leurs comptes Facebook, D. Forest, Facebook interroge la souveraineté numérique, Dalloz IP/IT 2016, p. 263

<sup>1424</sup> J. Lasserre Capdeville, Nickel : le compte sans banque, RDBF, 2014, Alerte 15 ; H. De Bret, Compte nickel, la simplicité comme mot d'ordre, Banque 2014, p.26

<sup>1425</sup> Art. L. 561-2 du C. monét. fin. et l'obligation des maîtres d'art de répondre aux demandes du TRACFIN. V. Les lignes directrices relatives à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (LCB/FT) pour les personnes se livrant habituellement au commerce d'antiquités et d'œuvres d'art, Rapport du 10 mai 2019.

<sup>1426</sup> Art. L. 561-24 du C. monét. fin.

méritent une présentation spéciale pour leur envergure grandissante et pour leur indépendance totale du système bancaire traditionnelle. À savoir, la pratique du finance de l'ombre (*Shadow-Banking*) (§A) et celle de la monnaie cryptographique (§B).

### **A. La pratique du « Shadow-Banking » ou la finance de l'ombre**

986. La titrisation et les dérivés de crédits sont les deux principaux instruments de transfert de risque que les banques ont de plus en plus utilisés au cours des années 1990-2000. La titrisation consiste à transformer un actif non négociable au départ (typiquement, un crédit bancaire) en actif négociable. Lorsque les banques titrisent des créances, elles « transfèrent » ces créances par « paquets » à des entités financières existantes (fonds commun de créance) ou créées pour l'occasion (une entité spéciale appelées plus simplement « véhicules » ou « conduits de titrisation » conçue pour cette cause sous le nom de *SPV Special Purpose Vehicle*).

987. À partir de ce transfert de ces créances, celles-ci sortent complètement du système bancaire et deviennent négociables sur un marché secondaire<sup>1427</sup>, jusqu'à leur encaissement et le dépôt de leur somme sur un compte bancaire.

988. Si cette pratique n'a rien d'original dans ses règles juridiques, et le concept n'a pas vraiment de relation avec notre présente étude. Mais c'est la fréquence de son emploi et l'envergure de son volume qui intrigue sa relation avec le déclin du secret bancaire. Le principal intérêt est que le recours à la titrisation, qui est une pratique ayant facilité et accru le transfert du risque, s'est fait vers un système financier non réglementé<sup>1428</sup>. Une sorte de système bancaire parallèle échappant au contrôle des superviseurs<sup>1429</sup>. Si L'ACPR n'a pas pour le moment régulé l'activité du *Shadow Banking*, elle a adopté une

---

<sup>1427</sup> Pour financer leur achat, ces entités émettent sur le marché obligataire ou sur le marché monétaire des titres adossés à leur portefeuille d'actifs. Ces titres sont achetés par différents investisseurs, au premier rang desquels les banques d'investissement et les Hedge funds les établissements de crédit-conso ou de crédit-auto, de micro-crédit, les sites de *crowd-funding* (financements participatifs), les plateformes de monnaies électroniques, qui ont beaucoup investi dans ce type d'actifs. À eux seuls, les Hedge funds intervenaient avant la crise financière de 2008 dans environ 60 % des transactions sur dérivés de crédits standards et dans environ 30 % des transactions sur dérivés de crédit structurés. V. Farhi et Macedo Cintra, *La crise financière et le Global Shadow Banking System the Financial Crisis and the Global Shadow Banking System*, Revue de la régulation, 1er semestre 2009.

<sup>1428</sup> M. Saoudi. Le risque souverain dans la zone euro. Revue de l'Union européenne. 2016. p.232

<sup>1429</sup> Selon Karine Berger, rapporteuse du projet de loi à l'Assemblée nationale, la prochaine étape devrait avoir pour objet de s'attaquer à la finance « parallèle » ou non régulée, c'est-à-dire au shadow Banking cité in X. Delpéch, Adoption définitive du projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires, Dalloz actualité, 23 juillet 2013



position afin de mettre en œuvre ses orientations en matière d'exposition au système bancaire parallèle<sup>1430</sup>.

989. En dehors de tout contrôle, ce marché du risque a connu un développement exponentiel puissant, multiformes, évolutif, et omniprésent sur la planète finance. À tel point qu'il est devenu essentiel au bon fonctionnement du système capitaliste dans lequel vit le monde. Pourtant, il échappe encore à toute supervision. Et son envergure est probablement liée au déclin de la notion de secret bancaire suite à la surréglementation en la matière. Le poids de cette finance de l'ombre ne cesse de s'accroître dans le monde. Et sa croissance a été notable après la crise financière de 2008 et les mouvements juridiques de surréglementation de l'activité bancaire qui comprend, entre autres, l'instauration de la transparence aux dépens du domaine protégé par le secret bancaire.

990. S'il est difficile de cerner les contours exacts du « *Shadow Banking* », et donc de le mesurer parfaitement. Le *Financial Stability Board*<sup>1431</sup> a chiffré le marché à 75.000 milliards de dollars à fin 2013. C'est 5.000 milliards de plus qu'en 2012. À fin 2014, il devrait avoir atteint les 80.000 milliards de dollars, et 92 000 milliards de dollars en 2015, soit l'équivalent de la moitié du système bancaire traditionnel. Selon cette estimation, le *Shadow Banking* représente ainsi un quart des actifs financiers mondiaux, la moitié du poids du système bancaire traditionnel, et l'équivalent du PIB mondial annuel<sup>1432</sup>. Il faut bien noter que ces calculs du FSB ne prennent pas en compte les centres financiers offshores où la plupart des Hedge funds sont domiciliés<sup>1433</sup>.

991. Pour avoir une comparaison, avec le secteur bancaire traditionnel, au deuxième trimestre 2012, le *Shadow Banking* représentait 5.971 milliards de dollars alors que les crédits du secteur bancaire traditionnel atteignaient 23.764 milliards de dollars. Un gros poids dans le financement global de l'économie<sup>1434</sup> et surtout un grand volume pour un

---

<sup>1430</sup> N. Mathey, ACPR : conformité aux orientations de l'ABE en matière de shadow Banking, RDBF n.2, Mars 2017, commentaire p. 54

<sup>1431</sup> Le Conseil de stabilité financière, créé en 2010 par le G20 après la crise des subprimes consultable sur le site [www.fsb.org](http://www.fsb.org)

<sup>1432</sup> A. Arquié - P. Artus, Mesurer le système bancaire de l'ombre au sein de la zone euro : que sait la BCE ?, Revue d'économie financière 2013/1 n. 109, p. 33-52

<sup>1433</sup> *Op.cité*, sur le site [www.fsb.org](http://www.fsb.org)

<sup>1434</sup> Pour plus de détails, réf. Rapport Conseil de stabilité financière, Global Shadow Banking Monitoring Rapport 2016 ; J.-J. Pluchart, C. Mellios, Le shadow banking - Qu'est-ce que la finance parallèle ? Quel est son rôle ? Comment la réguler ?, Éd. Eyrolles, 2015 ; X. de Jerphanion - C. Fonkwa Noche Le shadow Banking, vecteur de risques, Revue Banque, mai 2015 ; B. Jacquillat, La Finance non réglementée, Revue d'Économie Financière, n.109, mars 2013 ; E. Jeffers- D. Plihon, Le shadow Banking system et la crise financière, Cahiers français n. 375, juillet-août 201, p.50

système financier non-réglémentée. Un fait qui trouve justification, sinon une corrélation, avec la surréglementation du système bancaire traditionnel, et entre autre au sujet du secret bancaire. Constantin Mellios et Jean-Jacques Pluchart dans leur livre intitulé *Le Shadow Banking*<sup>1435</sup>, publié en 2015 ont évoqué cette idée en statuant que le risque de réguler trop fort et trop directement serait de voir se développer le « *Shadow Shadow Banking* », comme quoi l'activité en ombre (*Shadow*) demeurera toujours recherchée et indispensable dans le monde des finances.

992. Si le chantier actuel de la régulation du *Shadow Banking* fait appel aux règles prudentielles et à la mitigation des risques financiers que peut engendrer le développement de son activité. Mais au sujet de la confidentialité des opérations entreprises sous son seuil, le *Shadow Banking* demeure un refuge des opérations et des parties, et pas nécessairement illégales, qui recherchent une confidentialité perdue dans le système bancaire internationale dominé par une transparence visant un « ordre public » financier polarisé<sup>1436</sup>.

## **B. La monnaie cryptographique : le futur système d'échange monétaire**

993. En plus de la pratique de la finance de l'ombre, un autre système parallèle d'échange monétaire est établi en corrélation avec le déclin du secret bancaire, la monnaie cryptographique.

994. Née d'un projet libertarien d'une illustration particulière de la technologie des chaînes de blocs (*blockchains*) et d'un initié en réaction au rôle joué par les banques centrales après la crise des subprimes de 2008, la monnaie cryptographique a pour ambition d'être un moyen de paiement décentralisé et dérégulé<sup>1437</sup>. En illustration de la

---

<sup>1435</sup> C. Mellios et J.-J. Pluchart, *Le Shadow Banking*, Eyrolles LGDJ, 2015, ISBN : 978-2-212-56267-5.

<sup>1436</sup> Sur le développement du Shadow Banking dans les pays BRICS, V. S. Leboucher, *Banques émergentes : vers un nouveau pouvoir au Sud*, Séverine Leboucher, *Revue Banque*, 2013, n. 760 ; D. Yifan, *Les ambitions des BRICS*, *La Revue Hermès*, 2017/3, n. 79, p. 84-89.

<sup>1437</sup> Une cryptomonnaie, dite aussi crypto actif, crypto devise, monnaie cryptographique ou encore cybermonnaie, est une monnaie émise de pair à pair, sans nécessité de banque centrale, utilisable au moyen d'un réseau informatique décentralisé. Elle utilise des technologies de cryptographie et associe l'utilisateur aux processus d'émission et de règlement des transactions. V. la définition récemment dégagée dans le Vocabulaire de l'informatique (liste de termes, expressions et définitions adoptés), JO 23 mai 2017, texte n. 20 : « Mode d'enregistrement de données produites en continu, sous forme de blocs liés les uns aux autres dans l'ordre chronologique de leur validation, chacun des blocs et leur séquence étant protégés contre toute modification ». Pour des éléments de définition, V. É. Caprioli, *La blockchain ou la confiance dans une technologie*, *JCP* 2016. 672 ; *Les enjeux juridiques et sécurité des blockchains*, *Cahiers Droit entreprise* n. 3, 2017. Dossier 29.

recherche d'une certaine confidentialité, la plus cotée et la plus connue entre les différentes monnaies cryptographiques, la Bitcoin, a été créée sous anonymat<sup>1438</sup>.

995. En plus d'être un moyen de paiement, sa deuxième et principale fonction du crypto-actif, est d'offrir une réserve de valeur face à la crise. Quant à ses caractéristiques, elle est :

- d'une part dématérialisée,
- d'autre part et pour ce qui nous concerne, décentralisée et ainsi échappant à tout contrôle de banque centrale, et
- finalement dérégulée, et ainsi réglementée par la seule validation de ses utilisateurs de son cours et des transactions qui ont rapport<sup>1439</sup>.

996. Dans ses effets, elle permet aux particuliers de créer un système de paiement totalement indépendant du système bancaire et financier, et échappe à tout contrôle d'organes gouvernementaux<sup>1440</sup>.

997. Si l'art du juriste est de qualifier, car la nature juridique d'une opération conditionne son régime. La qualification juridique permet d'intégrer une opération dans une catégorie juridique afin de lui appliquer un ensemble de règles, la soumettre à un statut et/ou déterminer les régulateurs compétents<sup>1441</sup>. Pour le moment, il est difficile d'avoir une approche cohérente de la qualification de la monnaie cryptographique. Mais on peut la concevoir comme une monnaie. Telle est l'analyse du Groupe d'Action financière intergouvernemental (GAFI) dans son avis de 2014<sup>1442</sup>.

998. Par contre selon la Banque de France, les crypto-monnaies en général, ne sont ni une monnaie légale<sup>1443</sup>, ni un moyen de paiement couvert par la directive de l'espace unique de paiement en euro plus connue sous SEPA (*Single Euro Payments Area*) du 13 novembre 2007<sup>1444</sup>. Toutefois, la CJUE a récemment été amenée à considérer que le Bitcoin, parmi les monnaies cryptographiques n'était pas un bien, ce qui lui permet

---

<sup>1438</sup> Présentée pour la première fois en novembre 2008 par une personne, ou un groupe de personnes, sous le pseudonyme de Satoshi Nakamoto. Son code source de l'implémentation de référence fut publié en 2009

<sup>1439</sup> M. Bali, Les crypto-monnaies, une application des *blockchains* technologies à la monnaie, RDBF. 2016, étude n. 8

<sup>1440</sup> D. Legeais, Développement et potentialités des crypto-monnaies, JCP E 2018, n.29, p. 583

<sup>1441</sup> M. Mekki, Les mystères de la blockchain, Recueil Dalloz 2017, p. 2160

<sup>1442</sup> FATF/GAFI, Monnaies virtuelles : Définitions clés et risques potentiels en matière de LBC/FT (*Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT*), Juin 2014, p. 6

<sup>1443</sup> Selon l'art. L. 111-1 C. monét. fin, la seule monnaie ayant cours légal en France est l'Euro, et en conséquence, les crypto-monnaies ne sauraient être imposées en paiement et il est possible de les refuser sans violer l'article R.162-2 du C. monét. fin.

<sup>1444</sup> En ce sens, J. Lasserre Capdeville, Revue Droit bancaire, Précis Dalloz 2019, n.1516

d'échapper à la TVA<sup>1445</sup>. Est-ce sa reconnaissance indirecte par la Cour comme une monnaie dans la mesure où, d'une part, en opposant les devises traditionnelles aux devises virtuelles, elle les a mis sur un même plan et, d'autre part la Cour a insisté pour ce faire sur l'aspect de moyen de paiement du Bitcoin<sup>1446</sup> ? La réponse reste à débattre.

999. Dans tous les cas, l'intérêt de la question est de savoir s'il est pour le moment impossible aujourd'hui d'en réguler l'émission, ainsi que la circulation, comment inclure la monnaie cryptographique dans le dispositif de la lutte contre le blanchiment d'argent ou sur le plan fiscal à titre d'exemple, et ainsi lui imposé une transparence et écarter le secret et l'anonymat qui entoure ses utilisateurs<sup>1447</sup>.

1000. La jurisprudence française a eu toutefois à se pencher, récemment et pour la première fois, sur cette question. La cour d'appel de Paris a considéré qu'une société intermédiaire d'une plateforme gérant un site internet d'échange de Bitcoin, effectuant pour le compte de ses clients des opérations d'achat/vente de Bitcoin contre une monnaie ayant cours légal, exerce une prestation de paiement pour le compte de tiers. En conséquence, cette société effectue une prestation qui s'analyse en une action de service de paiement au sens de l'article L. 314-1 du Code monétaire et financier et une activité d'intermédiaire financier régie par l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier et par l'article L. 519-2 du Code monétaire et financier, nécessitant, en France, l'obtention d'un agrément de l'ACPR<sup>1448</sup>. Est-ce suffisant pour l'inclure sous le seuil des activités bancaires ou financières de monnaie électronique soumises au secret bancaire au sens de l'article L. 511-33 C. monét. fin<sup>1449</sup>.

1001. Dans tous les cas, et en l'absence d'une qualification claire, il reste certain que la monnaie cryptographique est un refuge retrouvé de la confidentialité et perdu dans le système bancaire traditionnel. Tant que sa qualification n'est pas clairement définie, le dispositif légal du secret bancaire au sens de l'article L. 511-33 C. monét. fin ne aurait lui être applicable, ou du moins la solution reste douteuse. Quoique les autorités gouvernementales, et surtout fiscales, commencent à percer dans le domaine d'activité des crypto monnaies pour essayer de le réguler, et surtout de connaître l'identité de ses

---

<sup>1445</sup> CJUE, 5e ch., 22 octobre 2015, Aff. C-264/14, Hedqvist: Juris Data n. 2015-023733; Europe 2015, Comm. 516, note A.-L. Mosbrucker

<sup>1446</sup> H. de Vauplane, Les défis juridiques du Libra et plus généralement des crypto monnaies, RDBF 2020, étude n. 2

<sup>1447</sup> O. De Mattos, le régime fiscal applicable aux « Bitcoins » se fixe, Revue Comm. Com. électron. 2014, alerte n. 63

<sup>1448</sup> CA Paris, 26 sept. 2013, Juris Data n. 2013-024887

<sup>1449</sup> Selon l'article L. 526-35 du code monétaire et financier, 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 monnaie électronique ou qui est employée par un établissement de monnaie électronique est tenu au secret professionnel

utilisateurs<sup>1450</sup>. En 2016, l'autorité fiscale américaine, l'IRS, a exigé de la plateforme d'échange de crypto monnaies *CoinBase*, l'un des plus importants services de portefeuilles en crypto monnaie, les noms de ses utilisateurs. Une demande qui rappelle les pêches aux renseignements («*fishing expeditions*») auprès des banques suisses en 2009<sup>1451</sup>.

1002. Une preuve de l'opacité qui règne, pour le moment, sur les transactions portant sur des crypto monnaies tient toujours. Puisque au sujet de l'affaire de l'IRS susmentionnée, la plateforme d'échange de Bitcoin et d'Ethereum, qui revendique 4,9 millions de clients dans 32 pays et pour un volume de transactions s'élevant à 135 milliards de dollars<sup>1452</sup>, n'a pas tardé à répliquer sur son site internet, précisant notamment que « dans sa forme actuelle, nous nous opposerons à la demande du gouvernement »<sup>1453</sup>.

1003. Le marché de la crypto monnaie offre une possibilité de transactions de paiement mais aussi de dépôts, protégée par une confidentialité<sup>1454</sup>. Plus la crypto monnaie devient populaire<sup>1455</sup>, plus des questions ont commencé à se poser sur son utilisation dans des transactions illégales, du fait de l'anonymat qu'il donne à ses utilisateurs. Les activités criminelles liées à la crypto monnaie existent, mais elles restent minimales<sup>1456</sup>. Puisque ce n'est pas la monnaie parfaite du crime car elle est traçable, sachant que les entreprises qui offrent des plateformes d'échange de monnaie conduisent les procédures d'identification de leurs clients (KYC). Mais à la différence du système bancaire traditionnel ces données ne sont pas partagées ni divulguées, du reste pour le moment.

---

<sup>1450</sup> L'affaire John Does Summons/USA United states district court for the Northern district of California Case 3:16-cv-06658-JSC Document 2 Filed 11/17/16. L'affaire visait à connaître tous les clients résidant aux Etats-Unis et ayant réalisé des transactions sur le site entre 2013 et 2015 dans une monnaie virtuelle. Selon le document, un agent de l'IRS a identifié et interviewé trois contribuables qui ont utilisé des monnaies virtuelles comme moyen d'évasion fiscale et que deux d'entre eux étaient des personnes morales ayant des portefeuilles chez *CoinBase* et qui ont tenté de faire passer des transactions en Bitcoin pour des dépenses technologiques sur leurs déclarations fiscales.

<sup>1451</sup> L'affaire UBS/ USA du 18 Février 2009 : La justice américaine ouvre une première brèche dans le secret bancaire suisse dans le cadre de l'affaire UBS, en menaçant la banque d'un retrait de son agrément aux Etats-Unis, Case n.. 09-60033-CR-COHN, February. 18, 2009, *Deferred Prosecution Agreement*.25 No. 4 International Enforcement Law Reporter, p. 134

<sup>1452</sup> Source *CoinBase*

<sup>1453</sup> Réf. la déclaration de presse de Coin Base datant du 18 novembre 2016 ([www. https://blog.coinbase.com/protecting-customer-privacy-ec7e0e1c4d53](https://blog.coinbase.com/protecting-customer-privacy-ec7e0e1c4d53))

<sup>1454</sup> O. Vigna, Les monnaies virtuelles : des risques pour la protection des investisseurs et le bon fonctionnement des marchés Banque & Droit n. 159 - janvier-février 2015

<sup>1455</sup> Les produits dérivés ont atteint un volume de 100 milliards de dollars en une journée, soit autant que le volume quotidien de la Bourse de New York selon une étude de l'université Carnegie Mellon, Avril 2021, ([https://cylab.cmu.edu/\\_files/documents/towards-understanding-cryptocurrency.pdf](https://cylab.cmu.edu/_files/documents/towards-understanding-cryptocurrency.pdf)).

## Sous-section 2 : Une nécessité personnelle

1004. Malgré les efforts entrepris pour sa neutralisation et son déclassement face à la transparence. Et en dépit de la réclamation pressente par les autorités étatiques de la nécessité, pour diverses raisons, de s'informer, le secret bancaire reste un corollaire du droit fondamental au respect de la sphère de la vie privée. La notion se rattache et forme une expression du droit au respect de la vie privée. La jurisprudence de la Cour de Cassation ne fait pas de doute à ce sujet<sup>1457</sup>.

1005. Si la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>1458</sup> et la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1459</sup> ont expressément consacré le droit à la vie privée, les Hautes instances judiciaires de l'Union Européenne (CEDH et CJUE) ont adhéré au principe, afin de le confirmer et de le compléter :

- Par deux arrêts du 13 septembre 2018<sup>1460</sup>, la Cour de Justice de l'Union Européenne rappelle que la mise en œuvre efficace du régime de surveillance prudentielle des établissements de crédit requiert que tant les établissements de crédit surveillés que les autorités compétentes doivent être sûrs que les informations confidentielles fournies conserveront en principe leur caractère confidentiel.
- Dans une deuxième affaire, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) insiste à juste titre sur le fait que *« dans le contexte de l'article 8, cela signifie qu'il faut rechercher un équilibre entre l'exercice par l'individu du droit que lui garantit le paragraphe 1 et la nécessité, d'après le paragraphe 2, d'imposer une surveillance secrète pour protéger la société démocratique dans son ensemble »*<sup>1461</sup>.

---

<sup>1457</sup> V. *Supra*, Le rattachement à la notion de vie privée et les décisions de la Cour de Cassation française en la matière, p.112

<sup>1458</sup> Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

<sup>1459</sup> Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

<sup>1460</sup> CJUE, 13 septembre 2018, C-358/16 UBS Europe e.a.et C-594/16, Enzo Bussiono/Banca d'Italia, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 38, 20 Septembre 2018, actu. 700. La Cour relève que « le droit à la divulgation des documents pertinents pour la défense n'est pas illimité et absolu » et que, à l'inverse, « la protection de la confidentialité des informations couvertes par l'obligation de secret professionnel qui incombe aux autorités compétentes » conformément aux dispositions précitées « doit être garantie et mise en œuvre de manière à la concilier avec le respect des droits de la défense ». La Cour rappelle que la règle générale d'obligation de secret professionnel résultant de la directive précitée vise à protéger « non seulement les intérêts spécifiques des établissements de crédit directement concernés, mais aussi l'intérêt général lié (...) à la stabilité du système financier au sein de l'Union »

<sup>1461</sup> CEDH, 6 sept. 1978, n. 5029/71, Klass et a. c/ Allemagne. Sur les transferts massifs et indifférenciés de données ne satisfait certainement pas à cette exigence. V. aussi CEDH, 25 févr. 1993, n. 12661/87, Mialhe c/ France

- Même au niveau international la Cour n'a pas infléchi sa solution. Instituée sous la jurisprudence Schrems (Schrems I)<sup>1462</sup>, et réitérée en 2020 sous l'égide du mécanisme du *Privacy Shield*<sup>1463</sup>, la CJUE a insisté sur « *la nécessité d'avoir un niveau de protection des données suffisant* ».

1006. Le principe de la protection de la confidentialité des données ne fait pas de doute. Et le secret bancaire en est une expression. La notion est rattachée à un droit fondamental de la personnalité<sup>1464</sup>. Elle représente un gage de sécurité pour les particuliers, concernant la protection de la discrétion autour de leurs vies personnelles, y inclus leurs finances<sup>1465</sup>. Celles-ci, par leur emploi et affectation, ne sont qu'une expression matérielle des pensées profondes, des opinions politiques, des secrets d'amour et elles relèvent évidemment de la vie privée. Le fait qu'elles forment une information souvent pécuniaire et matérielle de nature<sup>1466</sup>, ne fait pas d'exception à ce rattachement. Le secret bancaire protège l'intimité dans l'objet du secret bancaire<sup>1467</sup>. Et l'intimité n'est qu'un corolaire de l'humain. L'intérêt personnel du secret est souligné aussi par la qualification de l'incrimination de l'article 226-13 du Code pénal pour la violation du secret bancaire, parmi les délits portant atteinte à la dignité des personnes<sup>1468</sup>.

1007. Malgré la lutte engagée entre les vieux secrets et la moderne transparence, le secret bancaire reste une nécessité. Un adjectif rattaché à l'humain comme à l'activité bancaire, et pas nécessairement illégal : entretien secret, pensées secrètes, vie secrète, document secret, code secret, négociations secrètes, fonds secrets, secret d'affaires. Un monde où l'on ne pourrait plus partager ses secrets sans craindre qu'ils ne se transforment en information partagée serait un monde où l'individu serait privé de liberté. Le droit au secret est « seul garant matériel pour les libertés effectives »<sup>1469</sup>.

---

<sup>1462</sup> CJUE 6 octobre 2015, Aff. C-362/14, Data Protection Commissioner c/ Maximilian Schrems

<sup>1463</sup> CJUE 16 juillet 2020, Aff. C-311/18, Data Protection Commissioner c/ Maximilian Schrems et Facebook Ireland

<sup>1464</sup> Kayser, Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, RTD civ. 1971. 446, spéc. n. 22. ; Lepage, in R. Cabrillac, Revet et Frison-Roche, Directive, Libertés et droits fondamentaux, 18e éd., 2012, Dalloz, p. 229

<sup>1465</sup> E. Chambost, *Op.cite*, p. 18.

<sup>1466</sup> V. *Supra*, la spécificité du secret bancaire, p. 117

<sup>1467</sup> V. *Supra*, l'objet du secret bancaire et le rattachement de la notion d'intimité, p. 81

<sup>1468</sup> M.-A. Frison-Roche, Secrets professionnels, éditions Autrement, 1999 ; Lord Denning, Le processus de la loi (*The Due Process of Law*), Oxford University Press, USA, 1<sup>er</sup> mai 2005.

<sup>1469</sup> J.-C. Milner, La Politique des choses. Cours traité politique I, Verdier, 2011, p. 22 cité par D. Soulez-Larivière, La transparence et la vertu, Éditeur Albin Michel, 2014.

1008. De surcroît, une transparence ainsi portée aux nues n'est-elle pas dangereuse ? N'induirait-elle pas une apparence plutôt que la vérité<sup>1470</sup> ? La transparence des informations bancaires ne risquera pas-t-elle de compromettre l'intégrité physique de ses ayants-droit, même dans les pays les plus développés, ou *in fine* de leur classification dans le rang des plus ou des moins fortunés ?

1009. L'équilibre entre le secret et la transparence est la clef de voute de la sérénité et la dignité humaine. Et la recherche de cet équilibre demeure une tâche continue et éternelle de faire arbitrage à une lutte, une course effrénée entre la confidentialité et l'information<sup>1471</sup>, et ce même en dépit de la récente transgression de la transparence sur le domaine du privé.

1010. Le secret bancaire reste une nécessité humaine, puisque son application a précédé toute consécration textuelle<sup>1472</sup>. Il est aussi incontestable que le secret correspond à un instinct profond de l'être humain. Par nature, l'homme aime contourner sa personne, ses faits ou encore son patrimoine, par un voile opaque. Le degré d'opacité peut varier d'une personne à l'autre, notamment pour ceux qui jouissent d'une notoriété publique, mais préserve sa nature. Les individus recherchent à avoir des richesses à l'abri des voisins, des voleurs ou des gouvernants.

1011. Le secret est une dissimulation consciente et délibérée, permettant de limiter la connaissance réciproque, et excessive, entre individus. Il crée la distanciation entre les hommes, et permet à son détenteur d'avoir un avantage concurrentiel, économique dans le cas du secret bancaire. Le secret, est donc perçu comme un mécanisme fondamental, par lequel s'articulent le processus de socialisation et d'individualisation.

1012. Le droit est censé appréhender et réguler les comportements humains les plus variés, ne peut pas aller à contre-sens des besoins humains et de son attachement à une certaine opacité autour de son patrimoine. Bien que la transparence semble être le principe et l'opacité l'exception, la première ne saurait être absolue. Le secret est aussi indispensable que la transparence. Il faut absolument garder un équilibre entre les deux notions et refouler tous les excès. La vie en société nécessite de multiples confidences. Certaines professions ne sauraient être correctement exercées en l'absence de confiance entre le professionnel et son client. C'est le cas de l'avocat qui doit connaître tous les

---

<sup>1470</sup> S. Laugier, *Le privé, le secret, la vérité*, Cités, vol. 26, n. 2, 2006, p. 55-68.

<sup>1471</sup> G. Cornu, *La vérité et le droit*, in *L'art du droit en quête de sagesse*. PUF, 1998. p. 211- 226.

<sup>1472</sup> Le rapport entre le secret et la connaissance, in A. Petitat, *Secret et formes sociales*, Presses Universitaires de France, 1998, p.9



faits de la cause pour assurer la défense de son client, et de même pour le médecin pour proposer les soins adéquats, et il n'y a pas de cause pour que le banquier échappe à cette règle.

1013. L'humain reste primordial. Et comme l'évoquait excellemment un manifestant de gilet jaune breton invité à consigner ses doléances en mairie lors des manifestations pour la contestation sociale qui se sont déroulées en France en décembre 2018 : « Replacer l'humain au milieu de toutes les stratégies, le reste suivra de façon inéluctable ».

1014. Face à ce grand jeu de la transparence, face à ses acteurs que sont les États, les lanceurs d'alerte<sup>1473</sup>, les journalistes et les citoyens spectateurs et la délimitation du droit de chacun à s'informer, qui pourrait être le régulateur, le censeur<sup>1474</sup> de cette nécessaire autolimitation de la transparence ? La fonction, par nature, revient au juge, répond Daniel Soulez Larivière<sup>1475</sup>. Il observe qu'en effet, « *jumelle de l'État, la justice existe dès que se profile une organisation étatique ou paraétatique* ». La Cour suprême aux États-Unis, Cour de Luxembourg, Cour européenne des droits de l'homme, Cour pénale internationale. Le juge est extérieur aux institutions politiques tout en étant inséré dans la société démocratique. Et il se doit de protéger ses valeurs et principes, et parmi les plus importantes, les droits de l'Homme face aux excès des vertus de la transparence, en fixant une proportionnalité dans un but de définir un équilibre aujourd'hui perdu, mais toujours recherché.

---

<sup>1473</sup> A. Pitras, Le lanceur d'alerte, RTD européen. 2020, p.181

<sup>1474</sup> Le magistrat au sens du Droit romain, réf. Tite-live, Histoire romaine. Tome XXXI. Livres XLI-XLII, éd. et trad. P. JAL, Paris : Les belles lettres, 1971, p.172. Il est précisé dans les notes concernant le livre XXXVII que la censure avait été "créée selon la tradition en 443 av. J.-C

<sup>1475</sup> D. Soulez Larivière, La transparence et la vertu, Editions Albin Michel, p. 186.

## Conclusion

---

1015. De nos jours, au lancement d'une navigation au réseau d'internet, le logiciel nous demande de confirmer les paramètres d'utilisation en affichant le « respect de la vie privée ! »

1016. Après un règne de la transparence, la notion de vie privée semble signer un retour, quoique timide. Un certain retour à la nécessité du respect de la confidentialité des données personnelles commence à se dessiner. Le RGPD de 2016, s'inscrit dans ce mouvement avec la réglementation de la gestion des données personnelles y inclus bancaires, quoique limitée pour le moment à celles des personnes physiques. Un mouvement de protection de la vie privée qui vise à réguler l'exploitation des données et informations personnelles à l'ère de Méga-données (*Big Data*). Un retour durant une période où la question de la souveraineté numérique sera le sujet à débattre dans les prochaines années<sup>1476</sup>. Le contrôle et l'accès aux données sera la clef du succès dans le prochain conflit mondial. La prochaine « guerre froide » où les armes seront les moyens et outils électroniques, et qui portera sur l'accès à l'information.

1017. L'information est devenue une source exploitable, aux niveaux commercial et sécuritaire. Le prochain déploiement du réseau de l'internet des objets (*internet of things*), où l'information relative à notre vie quotidienne, y inclus nos données bancaires, transitera massivement sur les réseaux, souligne la valeur stratégique du contrôle de l'information<sup>1477</sup>. Une question de souveraineté numérique du contrôle de l'information au même titre de la souveraineté territoriale, juridique et plus généralement nationale.

1018. Pour un haut cadre d'une entreprise française de technologies : « Il n'y a pas d'enjeu plus souverain que la protection de nos données<sup>1478</sup> ». Il appelle à des choix courageux pour rebâtir l'économie sur des filières d'avenir, et dans le plus bref des délais. En clair, il faut créer un espace européen de la donnée, comme il existe un espace

---

<sup>1476</sup> Sur ce sujet, R. Gauvain, Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale, Rapport au Premier ministre, Assemblée Nationale, 26 juin 2019

<sup>1477</sup> D'où la loi n. 2019-810 du 1er août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles.

<sup>1478</sup> Bernard Charlès, le directeur général de Dassault Systèmes, le magazine l'Express, n. le 28 juillet 2020.

commercial de libre circulation, un espace européen de la monnaie<sup>1479</sup>. Afin de protéger les données, et entre autre celles de nos opérations bancaires, il faut avant tout exercer un contrôle et pouvoir sur son stockage, sa transmission, et son exploitation.

1019. Si savoir c'est pouvoir, c'est absolument essentiel de mettre en place une politique qui évite le « pillage » de la donnée, qui est virtuelle, plus facile à transporter que des conteneurs de lingots d'or. La notion d'État se rattache à une langue, à une nationalité, à un passeport, à des valeurs, à des frontières physiques, maritimes, aériennes et même hertziennes ... mais aussi des données ! Au nom de cette protection, on est en droit de se demander : Qui les génère, qui les possède, qui en tire profit, comment les mutualise-t-on ? Il n'y a pas de plus souverain que de protéger les données.

1020. Le secret bancaire fait partie du dispositif de cette protection et de la souveraineté des données. Et à ce titre, sa sphère d'application à l'ère où la transmission de l'information dans sa forme électronique devient de plus en plus aisée et simple, ne doit guère être mise en question.

1021. Le respect du secret reflète le respect de l'individu, de ses différences, de ses mystères, et non, la transparence ne doit pas être absolue. L'équilibre entre son domaine et celui du secret est un qualificatif de la démocratie<sup>1480</sup>.

1022. Nul n'a mieux exprimé la valeur sociale du secret qu'Émile Garçon, commentant à la fin du siècle dernier l'article 378 du Code pénal, version 1810 : « *Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient pas assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié. Ce secret est donc absolu et d'ordre public* ».

1023. La tâche de l'articulation entre le secret bancaire et la transparence renvoie au devoir et pouvoir du juge. Un juge ayant de mission de trancher entre les requêtes

---

<sup>1479</sup> V. la libre circulation des données consacrée comme cinquième liberté fondamentale de l'Union Européenne selon le Règlement (UE) n. 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne.

<sup>1480</sup> J-D. Bredin, Secret, transparence et démocratie, Pouvoirs, vol. 97, n. 2, 2001, p. 5-15

contradictoires et dans la matière entre le secret et la transparence. Son action doit amener à l'étude des limites entre la protection du secret bancaire et celui de la transparence<sup>1481</sup>, mais aussi de la limite des deux, face aux frontières dans un environnement de plus en plus mondialisé<sup>1482</sup>.

1024. Si l'actuel déclin du secret bancaire est en phase d'implantation, il n'est jamais trop tard pour soulever la barre et réclamer protection du domaine indispensable du secret. Et il importe au juge de définir et de remettre à jour la proportionnalité entre le principe du secret et celui de son exception imposé par la transparence. Une mission judiciaire déjà entamée par la CJUE<sup>1483</sup> et du Conseil Constitutionnel<sup>1484</sup> puisque la protection de la vie privée de chacun importe par respect des droits de l'Homme, mais aussi par respect de la souveraineté nationale de données dans un monde internationalisé plus que jamais.

1025. Si le juge est désigné comme auteur de cette mission d'équilibre entre la transparence et el secret. Le processus passe aussi une moralisation de la loi et une moralisation de la pratique bancaire. Deux moralisations qui s'ajoutent au processus entamé de la moralisation de l'économie

1026. Les lois et réglementations portant sur le secret bancaire doivent relever d'une moralisation des lois en général, comme les affaires ont été sujet d'un mouvement législatif de moralisation des affaires. Une moralisation qui doit assurer le respect par les textes législatifs des principes légitimes de gouvernance. Il faut et tel que évoqué explicitement par Montesquieu dans son ouvrage de L'esprit des lois<sup>1485</sup>, qui a été rédigé pour définir les caractéristiques des lois et réglementations afin d'administrer la vie sociale : « *Une chose n'est pas juste parce qu'elle est Loi, mais elle doit être loi parce qu'elle est juste* »

1027. Requérir une protection de nos données pécuniaires, et des informations déposées auprès de notre banquier, n'est pas fautif et ne doit pas soulever aucune suspicion. C'est

---

<sup>1481</sup> TGI Paris, 7 août 2018, n. 14/07300, Que Choisir c/ Twitter, Dalloz IP/IT 2019. 57, obs. D. Forest (256 clauses abusives ou illicites présentes dans ses « Conditions d'utilisation », « Politique de confidentialité » et « Règles de Twitter ») ; TGI Paris, 12 févr. 2019, n. 14/07224, Que Choisir c/ Google Inc., Dalloz IP/IT 2019. 258, obs. D. Lebeau-Marianna et A. Balducci (18 règles de confidentialité, 19 conditions d'utilisation, 1 règle de confiance du réseau social Google jugées illicites) ; TGI Paris, 9 avr. 2019, n. 14/07298, Que Choisir c/ Facebook (430 clauses ont été jugées abusives et illicites).

<sup>1482</sup> V. à ce sujet P. Neau – Leduc, Secret bancaire et frontières, RDBF, n.1, Janvier 2010, dossier 2

<sup>1483</sup> CEDH, 6 déc. 2012, n. 12323/11, Michaud c/ France

<sup>1484</sup> Cons. Constit. n. 2016-741 du 8 décembre 2016 censurant des dispositions de la loi Sapin II.

<sup>1485</sup> *Op.cité*

à ce sujet que les exceptions même législatives au secret bancaire doivent répondre aux exigences de la protection de l'Homme et de ses droits, à cet égard.

1028. En réalité juridique, même si un certain emploi abusif, mais limité, de la confidentialité pour occulter des opérations illicites ou des actes de criminalité, le secret bancaire n'est pas une expression d'acte d'illégalité, et le fait de tenir au respect de la confidentialité des données bancaires, ne cache pas systématiquement, une fraude fiscale ou un blanchiment d'argent, menant à une condamnation du principe même de confidentialité.

1029. De nos jours, la moralité et la légitimité dans l'inflation des dispositions légales établissant les exceptions au secret bancaire, est de moins en moins établie puisque la valeur juridique est sacrifiée faces aux exigences et besoins des États, et surtout des États puissants. La stabilité juridique est écartée pour combler les éventuels commandements étatiques. Obliger les banques du monde à agir en agent fiscaux pour la collecte des informations de leur clients citoyens américains, sur le seul fondement que celle-ci utilisent et emploient leur monnaie à vocation mondiale, et pas nécessairement dans les opérations des dits clients, renvoie à la moralisation de la pratique bancaire.

1030. Et enfin, il faut aussi une moralisation de la pratique bancaire : le vote d'un code de bonne conduite des gestionnaires des banques est à déplorer, puisque celles-ci sont devenues des acteurs de la gestion des informations confidentielles. Et il faut s'assurer de la bonne gestion de ces informations, surtout à l'ère où l'exploitation de ses informations est devenue redevable et de nature commerciale.

1031. En guise de conclusion de la présente étude, la possibilité de trouver un équilibre entre les exigences, même contradictoires, entre les intérêts du client, cherchant à dresser un rideau de confidentialité sur ses données bancaires, et celles de l'intérêt public nécessitant un accès étendue aux données bancaires pour prévenir des actes illicites, est toujours possible. Une compatibilité entre la sauvegarde de l'intégrité du secret bancaire, comme expression des droits individuels de l'Homme, dans un monde où la nécessité de s'informer transparait tous les domaines.

1032. Cette possibilité est même une nécessité découlant de la nature du devoir de confidentialité, découlant de la nature humaine et faisant expression du besoin substantiel de l'homme de protéger et de porter confidentielle, les données, matérielles et morales, de sa vie personnelle. Et si cette protection n'est pas assurée par un secret

bancaire, aujourd'hui en état de crise, éparpillé et déversé, l'Homme cherchera un autre moyen de refuge, pour protéger ses confidentialités bancaires, et peut être la création d'un nouveau système de dépôt. Un système qui sera bâti sur les ruines du système bancaire, aujourd'hui quoique incontournable et indispensable, mais dès demain sera menacé par les créations et inventions de la technologie, permettra peut-être de créer des moyens personnalisés de paiement et de dépôts.

1033. Cette étude vise avant tout à éclaircir la situation actuelle de la pratique du secret bancaire et sa réglementation en vigueur. Si la crise financière de 1930, et les nouvelles règles qui y ont découlé, a mené neuf ans plus tard à une guerre mondiale, celle de 2008 avec les courants législatifs « sauvages » qui l'ont suivi, nous mènera-t-elle un conflit pour le contrôle de l'information et des données ? Le secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, Antonio Guterres lors du Forum de la paix à Paris en novembre 2018 a souligné cette crainte : « Bien des éléments aujourd'hui me semblent emprunter au début du XXème siècle, et aux années 30, laissant craindre un engrenage invisible ». Agissons avant qu'il ne soit trop tard.

## Bibliographie

---

### A. Ouvrages généraux, traités, cours et manuels

1. A. Finet, Le code de Hammurabi, Introduction, Traduction et Annotation, Paris, Du Cerf, 1973
2. A. Petitat, Secret et formes sociales, PUF, 1998
3. A. Pillet, Traité pratique de droit international privé, t. 2, Sirey, Paris, 1924
4. A. Smith, La théorie des sentiments moraux, 1999, PUF
5. Abbé Dinouart, L'art de se taire (1771), Payot, coll. Petite Bibliothèque Payot, Paris, 2011 (ISBN 9782228906319)
6. B. Audit, Droit international privé, Economica, Paris, 2008
7. C. Winandy, La vie privée et le patrimoine, Annales de la faculté de droit de Louvain, 1984
8. D. Gutmann, Le sentiment d'identité, LGDJ, 2000
9. F. Gaffiot, Dictionnaire illustré latin-français
10. G. Cuniberti, C. Normand et F. Cornette, Droit international de l'exécution, LGDJ
11. G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd., 1949, LGDJ
12. H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé, LGDJ
13. H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, Sirey, ISBN-13 : 978-2248025731
14. J. J. Daigre, La production forcée de pièces dans le procès civil, Publication de la Faculté de droit de Poitiers, 1979
15. J. Savary, le parfait négociant, 1676, éd. Louis Bellaine
16. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, Les obligations – Volume I : L'acte juridique, Sirey, 12<sup>e</sup> éd., 2006
17. M. Foucault, Surveiller et punir, Gallimard, 2017
18. N. Rouland, Anthropologie juridique (« *Legal Anthropolgy* »), Athlone presse
19. P. Aymard, D. Peynot, R. Segalen et B. Van Troyen, Les cours de droit, 1975-1976
20. Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit des personnes, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2016
21. V. Hugo, Les Contemplations, III, 1856

### B. Ouvrages Spéciaux, Mémoires et Thèses

1. A. Damien, Le secret nécessaire, Desclée de Brouwer, 1989
2. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, t. 1 : LGDJ, 1983
3. A. Finet, Le code de Hammurabi, Introduction, Traduction et Annotation, Paris, Du Cerf, 1973
4. A. Marchand, L'embargo en droit du commerce international, Thèse, Nancy 2, 2009
5. A. Petitat, Secret et formes sociales, Presses Universitaires de France, 1998
6. A. Reygrobellet, Les vertus de la transparence : L'information légale dans les affaires, Paris : Presses de Sciences Politique

7. A. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Librairie Generale du Droit, Paris, 1946
8. A. Teissier, Le secret professionnel du banquier, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999
9. A. Teissier, Le secret professionnel du banquier, These, Aix, 1999
10. A. Garapon, Deals de justice, éd. Presses universitaires de France
11. A. Pezard, Droit des marchés monétaire et boursier, collection Droit et stratégie des affaires, éd. JNA, 1994
12. A. Rappo, Le secret bancaire sa portée dans le temps, dans l'espace et dans les groupes de sociétés, Stampfli 2002
13. A. Sacker, Du secret professionnel du banquier (thèse, Paris), 1933
14. A.-M. Frison-Roche, Secrets professionnels, Ed. Autrement, 1999
15. B. Beignier, Vie privée et vie publique, Arch. Phil. Droit, n. 41, 1997
16. B. Ducros, Gresham, sir Thomas (1519-1579), Encyclopædia Universalis
17. B. Moschetto et A. Planiol, Les activités bancaires internationales : PUF, *Que sais-je ?*, n. 1635.
18. B. Py, Le secret professionnel, L'Harmattan, 2005
19. B. Sous-Roubi, Droit bancaire européen, 1<sup>re</sup> éd., 1995, Précis Dalloz
20. C. Gavaldà et J. Stoufflet, Droit bancaire : Litec, 8e éd. 2010
21. C. Mellios et J.-J. Pluchart, Le Shadow Banking, Eyrolles LGDJ, 2015, ISBN : 978-2-212-56267-5.
22. D. Gutmann, Droit fiscal des affaires, LGJD Lextenso, Coll. Domat droit privé, 5e éd., 2014
23. D. Soulez Larivière, La transparence et la vertu, Editions Albin Michel, 2014
24. D. Yifan, Les ambitions des BRICS, La Revue Hermès, 2017/3
25. E. A. Caprioli, Le régime juridique des paiements sur Internet in Internet saisi par le Droit, Éd. Des Parques, 1997
26. E. Fohrer-Dedeurwaerder, La prise en considération des normes étrangères, Thèse LGDJ, 2008
27. E. Garaud, La transparence commerciale, thèse de doctorat, Limoges, 1995
28. E. Garçon, code pénal annoté, Sirey
29. E. Bartin, Cours de droit civil, 5<sup>e</sup> éd., t. 9
30. E. Chambost, Le guide mondial des secrets bancaires, Seuil, 1980
31. F. Boucard, Les obligations d'information et de conseil du banquier, Presses universitaires Aix- Marseille, 2002
32. F. Joannès, La Mésopotamie au Ier millénaire avant J.-C., Paris, Armand Colin, coll. U, 2000
33. F. Chamoux, La preuve dans les affaires de l'écrit au microfilm, Litec, 1979
34. F. Dekeuwer-Defossez, S. Moreil, Droit bancaire, D., 11<sup>e</sup> éd.
35. F. Grua, Contrats bancaires, t. I, Economica, 1990
36. F. Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2<sup>e</sup> éd.
37. G. Cornu, Association. H. Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, Quadrige, 8e éd., 2007
38. G. Cornu, La vérité et le droit, L'art du droit en quête de sagesse, PUF, 1998
39. G. Simmel, Comment les formes sociales se maintiennent, Sociologie et épistémologie, Paris, PUF, 1984
40. G. Capitaine, La question du secret des banques en droit suisse, 1933
41. G. Capitaine, Le secret professionnel du banquier en Suisse, Genève, 1946
42. G. Petit-Dutaillis, Portraits de banquiers, éd. Banque, 1983
43. H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé, T. II, 7e éd.,
44. H. Causse, Droit Bancaire et Financier, éd. Mare et Martin



45. H. Scheer, *le secret bancaire (Das Bankgheimis)*, Leipzig, 1931
46. H. T. Schubert, *Le secret bancaire (Das Bankgheimis)*, Berlin, 1929
47. I. Walter, *L'argent secret*, éd. Lattes, Paris, 1985
48. J. Favier, *De l'Or et des épices : naissance de l'homme d'affaires au Moyen Âge*, Fayard, Hachette Littératures, coll. Pluriel Histoire, 1987
49. J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire, Étude de droit comparé : France, Suisse, Luxembourg*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006
50. J. Lasserre Capdeville, *Le Secret bancaire*, PUAM
51. J. Morel-Maroger, *Les opérations de banque en droit international privé*, Thèse Paris I, 2003
52. J. Roussillon, B. Moschetto, *La Banque et ses fonctions : PUF, Que sais-je ?*, 2003
53. J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise et L. Idot, *Droit européen des affaires*, t. 2, 5e éd., 1999, PUF
54. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3 : Les biens, PUF, 15<sup>e</sup> éd., 1992
55. J. Carbonnier, *Transparence, Flexible droit*, LGDJ, 2001, 10<sup>e</sup> éd
56. J. Pousson-Petit, *Le droit à l'anonymat*, Mélanges Boyer.
57. J. Rivero, *Les libertés publiques*, 4<sup>e</sup> éd., PUF, 1989
58. J.-C. Milner, *La Politique des choses. Cours traité politique I*, Verdier, 2011
59. J.-D Bredin, *Secret, transparence et démocratie*, Pouvoirs, vol. 97, n. 2, 2001
60. J.-F. Akandji-Kombé, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme : Précis sur les droits de l'homme n. 7*, 2006
61. J.J. de Lingrée, *Les réflexions, pensées et maximes*, 1814
62. J.-J. Pluchart, C. Mellios, *Le shadow banking - Qu'est-ce que la finance parallèle ? Quel est son rôle ? Comment la réguler ?*, Éd. Eyrolles, 2015
63. J.-L. Baudoin, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, 1965, LGDJ
64. J-D. Bredin, *Secret, transparence et démocratie*, Pouvoirs, vol. 97, n. 2, 2001
65. J-L. Gillet, *Secret, opacité et transparence*, Les Cahiers de la Justice, vol. 3, no. 3, 2014
66. J-M Selongey, *L'État entre transparence et secret*, Pouvoirs, vol. 97, n. 2, 2001
67. J-P Mattout, *Le secret bancaire dans l'ordre international*, *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 15<sup>e</sup> année, 2000-2002
68. K. Marx, *Fondements de la critique de l'économie politique*, éd. Anthropos, coll. 10-18, 1973
69. L. Fouquette - L'Anglais, *De la transparence aux États-Unis. Tyrannie ou vertu : la transparence politique est-elle une garantie d'une meilleure démocratie ?*, Fondation Jean-Charles Bonenfant, juin 2010
70. L. Lavelle, *Traité des valeurs*, PUF, 1995
71. Lamy *contrats internationaux*, Paris, éd. Techniques, division 2
72. Lamy, *Droit du financement*, 1993
73. M. A. Young, *Le secret bancaire et les centres financiers offshores («Banking Secrecy and Offshore Financial Centers. Money Laundering and Offshore Banking»)*, Routledge, 2013
74. M. Aubert, J.-P. Kernén et H. Schönle, *Le secret bancaire suisse : Staempli et Cie*, Berne 2e éd., 1982
75. M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers : LGDJ-Lextenso*, coll. Domat Droit privé, 2e éd., 2016
76. M. Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard

77. M. Jursa, les aspects de l'histoire économique de Babylone au premier millénaire avant JC (*Aspects of the Economic History of Babylonia in the First Millennium BC*), Münster, 2010
78. M. Aubert, J.P. Kernen, H. Schonle, Le secret bancaire suisse, éd. Staempli, Berne, 1982
79. M. Cabrillac, Le chèque et le virement, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 1980
80. M. Godart, La nature du secret professionnel, Chronique sociale de France, 1930
81. M.-A. Frison-Roche, Secrets professionnels, éditions Autrement, 1999
82. Michel Crouzet, Stendhal et le langage, Gallimard
83. OCDE, Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial, 19 Mai 1998, ISBN 978-9264-262942
84. OCDE, Coopération fiscale 2009 : Vers l'établissement de règles du jeu équitables – Évaluation par le forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements
85. OCDE, Documents de travail de l'OCDE sur la fiscalité, ISSN 22235558 (en ligne)
86. OCDE, Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, 2014, ISBN 9789264222090 (PDF)
87. P. Descamps, Le sacre de l'espèce humaine. Le Droit au risque de la bioéthique, Presses Universitaires de France, 2009
88. P. Norelau, L'institutionnalisation de la justice réparatrice, Paris, Le Harmattan
89. P. Valadier, La Condition chrétienne, Du monde sans en être, Seuil, 2003
90. P. Valadier, La transparence et le secret, Les Études, 1999
91. P. Verdier et M. Soulé, Le secret sur les origines, Editions ESF, Paris, 1986
92. P. Zaoui, La discrétion, ou l'art de disparaître, Collection Les Grands Mots, octobre 2013
93. P. Birhbaum, Le peuple et les gros, histoire d'un mythe, Grasset, 1979
94. P. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats (thèse, Aix-en-Provence), 1981
95. P. Grua, Les contrats bancaires, Economica, 1990
96. P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, 3<sup>e</sup> éd., 1995, Economica
97. P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, PUAM, 1995, 3<sup>e</sup> éd.
98. P. Morcos, Le secret bancaire face à ses défis, ISBN 978-2-8027-2456-8
99. R. Drago, L'unité du droit, Mélanges en l'honneur de R. Drago : Economica, 1996
100. R. Henrion, Le secret professionnel du banquier, Université libre de Bruxelles, Institut de sociologie, 1963
101. R. Abdel Hamid, Le secret bancaire – Étude de droit comparé : France, Égypte, Thèse, Rennes
102. R. Farhat, Le secret bancaire, étude de droit comparé, France, Suisse, Liban, LGDJ, 1980
103. R. Henrion, Le secret professionnel du banquier, Université libre de Bruxelles, Institut de sociologie, 1963
104. R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel – t. 1 : Problèmes généraux de la science criminelle, Droit Pénal Général, Cujas, 6<sup>e</sup> édition, 1988
105. R. Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, Thèse, Lyon, 1939
106. S. Guex, Les origines du secret bancaire suisse et son rôle dans la politique de la Confédération au sortir de la Seconde Guerre mondiale, Genèses, vol. 34
107. S. Laugier, Le privé, le secret, la vérité, Cités, vol. 26, n. 2, 2006
108. T. Massis, La transparence et le secret, Les Études, 2001
109. Th. Bonneau, Droit bancaire : Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd. 2009
110. Th. Bonneau, Droit bancaire, 6<sup>e</sup> éd., 2005
111. Th. Bonneau, Droit bancaire, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 2017
112. V. Barbé, O. Levannier-Gouël, S. Mauclair, La transparence, un droit fondamental ?, Ed. L'Épilogue, 2020
113. Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international privé, 6<sup>e</sup> éd.

### C. Articles, Chroniques et commentaires de revues et périodiques

1. A. Arquié - P. Artus, Mesurer le système bancaire de l'ombre au sein de la zone euro : que sait la BCE ?, Revue d'économie financière 2013/1, n. 109
2. A. Bachert-Peretti note sous Cons. Constit. Décision n. 2019-796 DC du 27 décembre 2019 sur examen de la Loi de finances pour 2020, Revue française de droit constitutionnel, Juin 2020, n. 122, p. 459-466
3. A. Bénabent note sous Cass. Com., 11 octobre 2005, Bull. civ. IV, n. 206 RJDA, 2006, n. 183
4. A. Bénabent, Secrets et contrats, Propos introductifs, RDC 2013, p. 739
5. A. Bourgain, Vers la fin du secret bancaire dans les centres financiers *offshore* : une question d'éthique et de concurrence fiscale, Revue d'économie financière, 2015/3 n.119, p. 287 – 302
6. A. Chatellier-Chamoulaud, Th. Bonneau, Avantages et difficultés de la mise en œuvre du RGPD, Banque et Droit, Hors-Série, Mars 2019, p.31
7. A. Lepage note CE 30 décembre 2009, n. 306173, CCE 2010, n. 36
8. A. Lepage note sous Cass. Soc., 5 mars 2008, CCE, 2008, n. 83
9. A. Lepage note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, n. 06-18.448 CCE, 2007, commentaire, p. 127,
10. A. Lepage note sous CEDH, 24 juin 2004, Von Hannover c. Allemagne, CCE, 2004, commentaire p. 147
11. A. Lepage, R. Cabrillac, Revet et Frison-Roche, Directive, Libertés et droits fondamentaux, 18e éd., 2012, Dalloz, p. 229
12. A. Lienhard note sous Cass. Com. 16 janvier 2001, n. 98-11.744, Bull. civ. IV, no 12, D. 2001, AJ 545
13. A. Marchand, note sous Cass. Com., 16 mars 2010, n. 08-21.511, Juris-Data n. 2010-002032 Journal du droit international (Clunet) n. 1, Janvier 2011, n. 2
14. A. Michel, Vers la fin du secret bancaire en Suisse et à Singapour, *in* Le Monde, 5 mai 2014.
15. A. Moreaux, Où placer le curseur de la transparence ?, les affiches-parisiennes, 9 nov. 2015
16. A. Pitras, Le lanceur d'alerte, RTD européen, 2020, p.181
17. A. Prüm, Th. Bonneau, Th. Baums, L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, du secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur, Revue Trimestrielle de Droit Financier, 2010, p.39
18. A. Renard note sous Cass, Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juillet 1987, n. 85-16.436 Gaz. Pal. 1988. 1. 322
19. A. Sala, M. Leroy et L. Posocco, Banque, Répertoire de droit européen, Juin 2020, n.2
20. A. Salgueiro note sous Cass. Com. 25 janvier 2005, n. 03-14.693 JCP E 2005, n. 47, p. 1971
21. A. Tisserand-Martin note sous Cass. Com. 18 février 2004, n. 01-11.728, JCP 2004. I. 176, n. 23
22. A. Véron note sous Cass. Crim., 16 mai 2000, n. 99-85.304 P RDP, 2000, p. 127.
23. A. Véron note sous Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1999, RBD, mai-juin 2000, p. 50

24. A. Vitu note sous Cass. Crim., 25 janvier 1977 : Bull. crim., n° 32, RSC, 1977, p. 575
25. A. Vitu note sous Cass. Crim., 30 janvier 1975, Bull. crim., n° 36RSC, 1975, p. 1011
26. A. Bernard, Publicité des débats judiciaires en protection de vie privée, D., 1997, p. 52.
27. A. de Montagut, Le secret bancaire en Espagne, Gaz. Pal., mai-juin 2005, p. 1678
28. A. Lepage note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup> 10 mai 2001, D., 2001, p. 2299
29. A. Lepage note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n. 98-14.610 : CCE, 2000, commentaire p. 107
30. A. Lepage npte sous Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 23 septembre 2004, CCE, 2005, commentaire p. 49
31. A. Lepage, Droits de la personnalité, in Répertoire de droit civil, septembre 2009 (actualisation : avril 2018)
32. A. Wink, Le secret bancaire en Allemagne, Gaz. Pal., mai-juin 2005, p. 1665
33. A.-L. Mosbrucker note sous CJUE, 5e ch., 22 octobre 2015, Aff. C-264/14, Hedqvist: Juris Data n. 2015-023733, Europe 2015, Comm. 516
34. Accord FATCA entre la France et les États-Unis, Juris Classeur Droit international, 1<sup>er</sup> octobre 2015, Fasc. 3141, n.107
35. B. Bouloc, Les limites du secret bancaire, Mélanges AEDF France, 1997, p. 71
36. B. Bouloc, note sous Cass. Crim. 3 mai 2001, n. 00-81.691 P, D. 2001. IR 2875 ; RTD com. 2001, p. 992
37. B. Bouloc, Transparence du patrimoine et secret professionnel, Revue Lamy droit des affaires, n. 68, 1er février 2012
38. B. Charlès, le directeur général de Dassault Systèmes, le 28 juillet 2020, le magazine l'Express numéro 28/07/2020
39. B. Delaunay, Où commence l'optimisation fiscale internationale ? Fraude, évasion fiscale et tax planning, Revue Droit fiscal n. 39, 26 Septembre 2013, p. 437
40. B. Jacquillat, La Finance non réglementée, Revue d'Économie Financière, n.109, mars 2013
41. B. Lecourt, Transparence fiscale des grandes entreprises : censure, par le Conseil constitutionnel, des dispositions de la loi Sapin 2 qui anticipaient la transposition des futures dispositions européennes, Revue sociétés, 2017, p. 121
42. B. Lecourt, Vers des obligations de transparence fiscale pour les grandes sociétés, Revue Sociétés, 2016, p. 121
43. B. Montels note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n. 98-14.610 JCP, 2001, II, 10524
44. B. Moreau, Secret bancaire et communication de pièces, Gaz. Pal. Rec. Mai-Juin 2004, p.1817
45. B. Py, Secret professionnel – Opposition du secret, Rép. D. Pén. et Pr. Pén., Fév. 2003
46. B. Py, Secret professionnel – Personnes assujetties, Rép. D. Pén. Proc. Pén., Février 2003 (actualisation : Février 2017), n. 51 – 59
47. B. Py, Le secret professionnel : une obligation de se taire , JA, 2008, n° 386, p. 12
48. B. Py, Secret professionnel – Revelation licite , Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, D., février 2003
49. B. Sousi-Roussi, La Convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires, Recueil Dalloz, p.183
50. B. Stern, Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale Revue Québécoise Droit Internat. 1986, 5
51. B. Théret, La dollarisation : polysémie et enflure d'une notion, Revue Critique internationale 2003/2 (n. 19), p. 62
52. B. Vareille note sous Cass. Civ. 1, 22 juin 2004, n. 02-20.398, Bull. civ. I, n. 179, RTD civ. 2006, p. 362
53. B. Bouloc, Le secret professionnel du banquier : principe et limites, Gaz. Pal., mai-juin 2004

54. B. Fatier, La réforme du secret bancaire, LPA, 2008, n. 194, p. 4
55. B. Teyssié note sous CEDH, 21 janvier 1999, n. 2918395 I, p. 149
56. C. Berr, Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme, Répertoire de droit commercial, Janvier 2010 (actualisation Janvier 2017), n. 136
57. C. Caron note sous CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-580/13 CCC 2015 commentaire. 66
58. C. Chomienne et C. Guery, Secret, révélation, abstention ou les limites de la liberté de conscience professionnel dans le nouveaux Code Pénal, ALD, 1995, 11eme cahier, n.8
59. C. Cutajar note sous Cass. Com. 28 avril 2004, n. 02-15.054 JCP 2004. II. 10105
60. C. Feunteun et D. Rimsevica Données - Cloud Act et Cloud Computing : une menace pour les données ?, RDBF, n. 5, Septembre 2020, dossier 27, n.8
61. C. Houin-Bressand note sous Cass. Com., 9 février 2016, n. 14-23.006 Gaz. Pal., 7 juin 2016, p. 56
62. C. Kleiner note sous CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-580/13, D. 2015. 2168
63. C. Kleiner, Les droits de l'homme et le secret bancaire : opposition ou subsumption ?, Journal du droit international (Clunet) n. 4, octobre 2014, doctrine n. 15
64. C. Latil, Lois de police, Juris-Classeur Droit international, Fasc. 552-100, 2 Septembre 2019, n. 62 s
65. C. Lienhard note sous Cass. Com., 16 janvier 2001, D., 2001, p. 454
66. C. Meunier, Le contrôle de l'accès aux coffres-forts : une obligation de moyens, RBD, 1990, p. 218.
67. C. P. Tello et J. Malherbe, Le *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales : Dr. fisc. 2014, n. 3, p. 72
68. C. P. Tello, J. Malherbe, T. Kiessig et G. Galéa, La régularisation fiscale des contribuables américains : Dr. fisc. 2014, n. 42, p. 586.
69. C. Plot, Pouvoirs du juge aux affaires familiales dans le cadre d'une séparation et autonomie bancaire, AJ famille, p.403
70. C. Ringel note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991 JCP, 1992, II. 21845
71. C. Zolynski note sous CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-580/13, D. 2016. 396
72. C. Delaporte-Carré note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, n° 06-18.448 : Bull. civ. I, n. 191, D., 2007, AJ 1603
73. C. Fabia, L'institution du secret bancaire au Liban, RTD com., 1957, p. 53-71
74. C. Neirinck, Enfance, Répertoire de droit civil, octobre 2016
75. C. Winandy, La vie privée et le patrimoine, Annales de la faculté de droit de Louvain, 1984, p. 115
76. Ch. Féral-Schuhl, Transfert des données avec les États-Unis, Praxis Cyberdroit, Section 5, §3 (Swift) 2020-2021
77. Ch. Gavalda Cass. com., 9 avril 1973, JCP, 1973, II, 17555
78. Ch. Gavalda et J. Stoufflet note sous CA Nancy, 23 avril 1998, JCPE, 1999, p. 759
79. Ch. Gavalda et J. Stoufflet note sous T. corr. Tarbes, 7 octobre 1997 : JCP E 1999, n. 17, p. 760
80. Ch. Gavalda note sous CA Rennes, 13 janvier 1992, D., 1994, Somm., p. 287 ; JCPE, 1993
81. Ch. Gavalda note sous Cass. Crim., 25 janvier 1977 : Bull. crim., n° 32 JCP, 1977, II, 18651
82. Ch. Gavalda note sous Cass. Crim., 30 janvier 1975, Bull. crim., n° 36 ; JCP, 1975, II, 18137 Gaz. Pal., 1975, 1, p. 389

83. Ch. Gavalda note sous Cass. Crim. 27 avril 1994, n. 93-82.976, Bull. crim., n° 152 ; D., 1994, p. 402,
84. Ch. Gavalda note sous T. corr. Lure, 4 nov. 1970, D. 1971. 276
85. Ch. Gavalda note sous TGI Lure, 4 novembre 1970, D. 1971, JP, p.279
86. Ch. Gavalda, Conflits de lois en matière d'opérations bancaires internationales, Répertoire de droit international, Décembre 1998 (actualisation : Janvier 2015), n. 119
87. Ch. Gavalda, Établissement de crédit et banque, Répertoire de droit international, Décembre 1998 (actualisation : Janvier 2015), n. 42
88. Ch. Gavalda, Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire Intra Bank, Revue crit. DIP 1969. 1 et s
89. Ch. Nermont, La protection des lanceurs d'alerte dans la Loi Sapin 2 : révolution ou simple réponse aux scandales récents ?, Rev. Banque 2018, p. 72
90. Ch. Bigot note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, n° 06-18.448, Bull. civ. I, n. 191, Pan. DA., p. 2773
91. Ch. Caron note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2004, n. 02-18.081, Bull. civ. III, n. 41, D., 2004, Somm., p. 1631
92. Ch. Gavalda et J. Stoufflet note sous T. com. Paris, 16 mai 1994, JCPE, 1995, I, n. 465, n. 8
93. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Chronique de droit bancaire, JCP, 1999, p. 759
94. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Chronique de droit bancaire, JCPE, 1995, I, p. 465, n. 8.
95. Ch. Gavalda note sous T. corr. Lure, 4 novembre 1970, D., 1971, p. 276
96. Ch. Gavalda, Le secret des affaires, Mélanges Savatier, p. 294
97. D. Blache, Le droit bancaire aux Etats-Unis, Revue Banque éd., 2006, n. 552 et s.
98. D. Bureau et L. d'Avout note sous Cass. Com., 16 mars 2010, n. 08-21.511, Juris-Data n. 2010-002032, La Semaine Juridique Edition Générale n. 19-20, 10 Mai 2010, 530,
99. D. Cumin, Tentative de définition du terrorisme à partir du jus *in bello*. RSC 2004 p.11
100. D. Curtin et J. Mendes, Transparence et participation : des principes démocratiques pour l'administration de l'Union européenne, RFAP 2011, n. 137-138, p. 108.
101. D. Forest note sous TGI Paris, 7 août 2018, n. 14/07300, Dalloz IP/IT 2019, p. 57
102. D. Forest, Facebook interroge la souveraineté numérique, Dalloz IP/IT 2016, p. 263
103. D. George, *Cross-border banking business and the second banking directive: legal uncertainty resulting from the notification requirement*: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law septembre 1994, p. 373
104. D. Gibirila note sous Cass. Com., 8 juillet 2003 : Bull. civ. IV, n° 119 JCPE, 2004, n° 27, p. 1109
105. D. Guillot note sous Cass. Com., 13 juin 1995 : Bull. civ. IV, n° 172 ; D., 1995, IR 166 ; RB, octobre 1995, p. 93
106. D. Gutmann, Transparence des relations entre Administration et contribuable : quel équilibre ?, Revue de droit fiscal, 2014 n. 50, p. 17
107. D. Hascher, Comité français de droit international privé, Revue crit. DIP 2003, p.165
108. D. Kling, Le monde des affaires et le secret, *in* M.-A. Frison-Roche, Secrets professionnels, 1999, Autrement-Essais, p. 167
109. D. Lebeau-Marianna et A. Balducci note sous TGI Paris, 12 févr. 2019, n. 14/07224, Que Choisir c/ Google Inc., Dalloz IP/IT 2019, p. 258
110. D. Legeais note sous Cass. Com. 11 octobre. 2011, n. 10-10.490, RTD com. 2011. 780
111. D. Legeais note sous Cass. Com. 21 février 2012, n. 11-10.900, RTD com. 2012, p. 380
112. D. Legeais note sous Cass. Com. 25 janvier 2005, n. 03-14.693 RTD com. 2005. 395
113. D. Legeais note sous Cass. Com., 10 décembre 2002, RTD com. 2003, p. 147
114. D. Legeais note sous Cass. Com., 16 décembre 2008, RD banc. fin. 2009, commentaire

115. D. Legeais note sous Cass. Com., 23 janvier 2007, n. 05-18.368, Juris Data n. 2007-037050, RTD com. 2007, p. 432
116. D. Legeais note sous Cass. Com., 11 octobre 2005, Bull. civ. IV, n. 206 RTD com., 2006, p. 177
117. D. Legeais note sous Cass. com., 25 février 2003 : Bull. civ. IV, n. 26 ; RTD com., 2003, p. 343
118. D. Legeais, Développement et potentialités des crypto-monnaies, JCP E 2018, n.29, p. 583
119. D. Legeais, Le renouvellement des principes fondamentaux du droit bancaire, RDBF 2013, dossier 42
120. D. Mitchell, 16 octobre 2001, Rapports de la fondation Héritage.
121. D. R. Martin et H. Synvet note sous Cass. Com. 28 avril 2004, n. 02-15.054 RTD com. 2004, 577
122. D. Truchet, La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit, Légicom 2017 p.5.
123. D. Corapi, Le secret bancaire en Italie, Gaz. Pal., mai-juin 2005, p. 1680
124. D.R. Martin note sous Cass. com., 9 février 2016, n. 14-23.006 P : D., 2016, Pan. DA., p. 2310
125. E. Ayissi Manga note sous Cass. Com., 25 février 2003, JCP G 2003, II, 10195
126. E. Breen, La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique, Revue Européenne du droit, 2 septembre 2020
127. É. Caprioli, La blockchain ou la confiance dans une technologie, JCP 2016. 672
128. E. Caprioli, Les flux transfrontières des données à caractère personnel en matière bancaire, RD bancaire et fin. 2010, dossier 3
129. É. Caprioli, Violation des règles propres aux données à caractère personnel et réseau SWIFT, RDBF, n.1, Janvier 2007, p. 34
130. E. Collomp, Le secret bancaire, Rapport de la Cour de cassation, 2004, p. 41
131. E. Gaillard, note sous Cour suprême des États-Unis, 24 juin 2010, n. 08-1191, Morrison et a. c/ National Australia Bank Ltd., Bulletin Joly Bourse, n.4
132. E. Jeffers, D. Plihon, Le shadow Banking system et la crise financière, Cahiers français n. 375, juillet-août 2013, p. 50
133. E. Jouffin et M. Roussille, Favoriser la libre circulation des datas (données non personnelles) : que vive le secret bancaire ! Banque et Droit. n. 183, 2019, p. 61
134. E. Noulet-Carner, « Entretiens sur Paul Valéry », Berlin/Boston : De Gruyter Mouton, 1968. p.76
135. É. Verny, La notion de secret professionnel, RDSS, 2015, p. 395
136. E. Derieux note sous CEDH, 21 janvier 1999, n. 2918395 JCP, 1999, II, 10120
137. E. Putman note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, n. 06-18.448 : Bull. civ. I, n. 191, RJPF, 2007-9/14
138. F. Benoît-Rohmer note sous CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-580/13 RTD euro. 2016. 358
139. F. Bordas, Devoirs professionnels des établissements de crédit. Secret bancaire, Juris Classeur Banque, Fasc. 141, 13 Février 2020
140. F. Bordas, Fascicule 141 : Devoirs professionnels des établissements de crédit – Secret bancaire, JCBCB, 11 juin 2015 (mise à jour 27 septembre 2016)
141. F. Boucard, les devoirs généraux du banquier, Juris Classeur Commercial, Fasc. 343 25 Octobre 2002, n.22 (s)
142. F. Derieux note sous CA Paris, 27 mai 1997 : JCP, 1997, II, 22894

143. F. Dieu note sous Cons. Constit., déc. 26 nov. 2010, n. 2010-70 QPC, M. Moreau ; Dr. fisc. 2011, n. 6, Comm. 209
144. F. et M. Cintra, La crise financière et le Global Shadow Banking System *the Financial Crisis and the Global Shadow Banking System*, Revue de la régulation, 1er semestre 2009.
145. F. Ferrand, Preuve, Rép. Procéd. civ. n. 532
146. F. Gréau, Les caractères de la force majeure, Répertoire de droit civil, Juin 2017 (actualisation avril 2018), n.26 s
147. F. Gsell, Le Big Data et le Droit, Dalloz, 2020
148. F. J. Crédot et Y. Gérard note sous CA Nancy, 23 avril 1998, RDBB, 1998, p. 142
149. F. J. Crédot et Y. Gérard note sous CA Nîmes, 9 décembre 1999, RDBF, mai-juin 2001, p. 151
150. F. J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com., 13 novembre 2003, n. 1505, RDBF, 2004, n. 152
151. F. J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com., 25 février 2003, Bull. civ. IV, n. 26 RDBF, 2003, n. 59
152. F. J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com., 8 juillet 2003 : Bull. civ. IV, n. 119 RDBF, 2004, n. 5
153. F. J. Crédot note sous Cass. Com., 21 février 2012, RDBF, 2012, n. 75
154. F. J. Crédot note sous Cass. Com., 9 février 2016, n. 14-23.006 RDBF, 2016, n. 102
155. F. Labrunie, Un secret de Polichinelle?, Banque Stratégie n. 196, septembre 2002, p. 10
156. F. Luxembourg, Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public, La Semaine Juridique Edition Générale n. 8, 20 Février 2008, doctrine 119
157. F. Ost, A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 41-42
158. F. Pasqualini, Responsabilité du banquier dispensateur de crédit de l'entreprise, Rép. D Com., Fév. 2019
159. F. Perrotin, L'échange automatique d'informations s'accélère, Petites Affiches, n.190 du 22 septembre 2020
160. F. Ringel note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1990, n. 89-13.049, Juris-Data, n. 1990-002992 JCP G 1992, II, 21845
161. F. Ringel note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991 JCP, 1992, II, 21845
162. F. Roussel note sous Cons. Constit., 27 janvier 2012, déc. n. 2011-214 QPC, Juris Data n. 2012-001572AJ Pénal 2012, 167
163. F. Rouvière note sous Cass. com., 11 octobre 2005, Bull. civ. IV, n. 206 LPA, 23 décembre 2005, p. 13
164. F. Sudre note sous CEDH, 25 février 1997, Z. c/ Finlande, JCP G 1998, I 107, n. 35
165. F. X. Testu, Caractères de la Lex mercatoria, in Principes internationaux d'origine non étatique, Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010, Chapitre 123
166. F. X. Testu, le contrat de confidentialité, D. référence Contrats d'affaires, 2010, p.268
167. F. Bordas, Devoirs professionnels des établissements de crédit, JCBCB, 2014, fasc. 141.
168. F. Durand, Le secret bancaire face à l'administration fiscale en droit français, RLDA, mai 2010, p. 71.
169. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous CA Paris, 20 mars 1990, RD bancaire et bourse n. 21, sept.-oct. 1990, p. 202.
170. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous CA Reims, 25 févr. 1993, RD bancaire et financier 1993, p. 226
171. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous CA Paris, 6 février 1998, RDBB, 1998, p. 175
172. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous CA Reims, 25 février 1993, RDBB, 1993, p. 226



173. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com. 16 déc. 2008, n. 07-19.777 RDBF, 1991, n. 27, p. 197
174. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com. 25 janvier 2005, n. 03-14.693 RDBF 2005, n. 31
175. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com., 19 juin 1990 RD bancaire et bourse 1991, n. 27, p. 197
176. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com., 25 janvier 2005, Juris-Data n. 2005-26588, RD bancaire et fin. 2005, p. 12
177. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com., 11 octobre 2005 : Bull. civ. IV, n. 206 RDBF, 2005, n. 197
178. F.J. Crédot note sous Cass. Com., 18 septembre 2007 : Bull. civ. IV, n. 195, RDBF, 2007, n. 213
179. F.-J. Crédot, Le secret bancaire entre époux, AJ Famille, 2009. 378
180. F.-J. Crédot et Y. Gérard CA Paris, 24 septembre 1996, RDB, 1997, p. 67
181. F.-J. Crédot et Y. Gérard Cass. Com. 21 février 2012, n. 11-10.900, RD banc. fin. 2012. commentaire 75
182. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous CA Paris, 20 mars 1990, RDBB, n. 21, septembre-octobre 1990, p. 202
183. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous CA Paris, 24 septembre 1996, RDB, 1997, p. 67
184. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous CA Reims, 25 février 1993, RDBF, 1993, p. 226
185. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous CA Versailles, 23 mars 1994, D., 1994, Somm., p. 328
186. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com., 11 avril 1995, Crédit Lyonnais c/ Noël, RD bancaire et bourse 1995, p. 145
187. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com., 13 nov. 2003, RD bancaire et financier 2004, n. 152
188. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com., 19 juin 1990 RD bancaire et bourse 1991, n. 27, p. 197
189. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. Com., 25 février 2003 Revue Droit bancaire et fin. 2003, commentaire n.59
190. F.-J. Crédot et Y. Gérard note sous Cass. com., 8 juillet 2003, RDBF, 2004, n. 5
191. F.-X. Testu, La confidentialité conventionnelle, Droit et Patrimoine, mars 2002, p. 81
192. FATF/GAFI, Monnaies virtuelles, Juin 2014, p. 6
193. Fr. Barrière, Les lanceurs d'alerte, Rev. Sociétés 2017, p. 191, spéc. n. 32
194. Fr. Labrunie, Le devoir d'information du banquier et le secret professionnel, Gaz. Pal. 5 déc. 2000, p. 22
195. G. Affaki, L'extraterritorialité en droit bancaire, RDBF, n. 6, Novembre 2015, dossier 50
196. G. Chabot note sous Cass. Com. 16 déc. 2008, n. 07-19.777 LPA 29 mai 2009
197. G. Clamour et P.-Y. Gahdoun, Commerce et industrie, Répertoire de droit commercial, Février 2019 (actualisation : Décembre 2020), n. 252
198. G. Desgens –Pasanau, La lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme : quels enjeux pour la vie privée de la clientèle bancaire?, Gaz. Pal. 2004, n. 38 p. 2
199. G. Lardeux, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, RTD Civ. 2017, p.1
200. G. Lardeux, Preuve : règles de preuve - les principes fondamentaux, Rép. D civ. - Octobre 2018, n. 342
201. G. Lardeux, Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée, D. 2016. 96

202. G. Legrand, Le secret bancaire ou la théorie de la relativité, JCP E, n. 26, 30 Juin 2005, p. 999
203. G. Levasseur note sous Cass. Com. 16 déc. 2008, n. 07-19.777D., 1992, p. 31
204. G. Levasseur note sous Cass. Crim. 7 mars 1989, Bull. Crim. n. 109, RSC 1990. 73
205. G. Levasseur note sous Cass. Crim., 25 janvier 1977 : Bull. crim., n. 32 ; D., 1977, p. 666
206. G. Levasseur note sous Cass. Crim., 25 janvier 1968, Bull. crim., n. 25 ; RSC, 1968, p. 344
207. G. Levasseur note sous Cass. Crim., 5 février 1970, Bull. crim., n. 56, RSC, 1970, p. 652
208. G. Levasseur note sous Cass. Crim., 5 février 1970, RSC, 1970, p. 652
209. G. Levasseur note sous Cass. Crim., 7 mars 1989, Bull. crim., n.109, RSC, 1990, p. 73
210. G. Levasseur note sous Cass. Crim., 9 octobre 1978, Bull. crim., n. 263, RSC, 1979, p. 560
211. G. Marraud des Grottes note sous Cass. Com. 16 déc. 2008, n. 07-19.777 RLDC 2009/57, n. 3299
212. G. Molo, Du secret bancaire à la transparence fiscale, Dossiers de droit européen, 2017, ISBN 978-3-7255-8653-0, p. 167
213. G. Parléani note sous CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-580/13 AJCA 2016, p. 147
214. G. Parléani, Le secret bancaire face aux injonctions civiles anglo-américaines, Banque et Droit, n.165, Janvier-Février 2016, p.20
215. G. Raoul-Cormeil et J. Lasserre Capdeville, Le droit de regard sur les comptes d'un majeur protégé, RDBF n. 3, Mai 2013, p. 26
216. G. Viney note sous Cass. Com., 9 février 2016, n. 14-23.006 LPA, 20 juin 2016
217. G. Decocq et A. L. des Ylouses, Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles, JCPE, 2016, n. 35, p. 1456
218. G. Legier, Responsabilité civile, Encyclopédie Dalloz-Droit civil, 1989, n. 236
219. H. Aubry, Banque et établissement de crédit, Répertoire de droit commercial, Mai 2006 (actualisation : Mars 2020), n.134 et s.
220. H. Barbier note sous Cass. Civ. 1re, 22 juin 2017, n. 15-27.845 RTD civ. 2017. 661
221. H. Barbier note sous CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-580/13 RTD civ. 2016. 128
222. H. De Bret, Compte nickel, la simplicité comme mot d'ordre, Banque 2014, p.26
223. H. de Vauplane, Les défis juridiques du Libra et plus généralement des crypto monnaies, RDBF 2020, étude n. 2
224. H. Hamadi, L'accord multilatéral concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers – Un accord atypique marquant un pas décisif vers la fin du secret bancaire, Dr. fisc. 2015
225. H. Lécuyer, L'évidence du secret bancaire, Revue de Jurisprudence commerciale, Juillet-Août 2010, n. 4
226. H. Lesguillons, Loi applicable aux obligations contractuelles : entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, RD Aff. internationale. n. 2, 1991, p. 26
227. H. Matsopoulou note sous Cass. Com., 11 avr. 1995, Crédit Lyonnais c/ Noël, D. 1996, jurisp. p. 573
228. H. Matsopoulou note sous Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20.985, Bull. civ. IV, n° 121, D. 199, p. 573
229. H. Matsopoulou, L'obligation de déclaration : du secret à la révélation, Gaz. Pal. 2004, Mai-Juin, p.1825
230. H. Mattout note sous Cass. Comm. 18 Sept. 2007, n. 06-10.663, Droit et Patrimoine. 3/2008. 74
231. H. Michelin-Brachet note sous Cass. Com. 15 mai 2019, n. 18-10.491, D. 2019. 1595 JCP 2019. 642

232. H. Michelin-Brachet, Droit à la preuve et secret bancaire : le délicat arbitrage, D. 2019, p.1595
233. H. Muir Watt : Le fait du prince étranger, Revue critique de droit international privé. p.241
234. H. Synvet note sous Cass. com., 16 janvier 2001, D., 2003, p. 340
235. H. Synvet, Droit bancaire, D. 2019, p.2009
236. H. Synvet, Le juge civil face au secret bancaire, D. 2003, p.340
237. H. Synvet, Les lois de police applicables aux opérations bancaires : Banque et droit 1993, n. hors-série, p. 15 à 18
238. H. Synvet, Rapport de Synthèse, RDBF, Juillet 2015, n. 4, p.41
239. J. A. Roux note sous Cass. Crim., 9 mai 1913, S., 1914, 1, p. 169
240. J. Foyer, Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JDI 1991. 601
241. J. Hauser note sous Cass. Com. 25 février. 2003, n. 00-21.184 RTD civ. 2003. 477
242. J. Hauser note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, n. 06-18.448 : Bull. civ. I, n. 191, RTD civ., 2007, p. 546.
243. J. Hauser note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, n. 06-18.448 RTD civ., 2007, p. 546.
244. J. Hauser note sous Cass. Com., 25 février 2003 : Bull. civ. IV, n. 26 RTD civ., 2003. 477
245. J. Hauser, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 2003, n. 01-11.587, Bull. civ. I, n. 254 ; RTD civ. 2004. 264
246. J. Hauser, Secret bancaire et vie privée, RTD civ., 2003, p. 477
247. J. Jarrige, Le projet BEPS à mi-parcours : l'état des travaux de l'OCDE après un an de négociations, Dr. fisc. 2015, p. 235.
248. J. L. Guillot note sous CA Versailles, 19 février 1998, Banque et Dr. 9-10/1998. 34
249. J. L. Guillot note sous CA Nancy, 23 avril 1998, RBD, septembre-octobre 1998, p. 38
250. J. L. Rives-Lange note sous Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 12 décembre 1955 RTD com., 1956, p. 297
251. J. Lasserre Capdeville note CE 30 décembre 2009, n. 306173, Gaz. Pal. 2010. 896
252. J. Lasserre Capdeville note sous Cass. Com. 11 octobre. 2011, n. 10-10.490, JCP 2011. 1388
253. J. Lasserre Capdeville note sous Cass. Com. 29 novembre 2017, n. 16-22.060, JCP E 2018, n. 4, p. 1038
254. J. Lasserre Capdeville note sous Cass. Com., 16 déc. 2008, D. 2009 p. 784
255. J. Lasserre Capdeville note sous CE 30 déc. 2009, req. n. 306173, Gaz. Pal. 2010. 896
256. J. Lasserre Capdeville note sous CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-580/13, AJ pénal 2015 p. 544
257. J. Lasserre Capdeville note sous TGI Metz, 20 novembre. 2014, n. 12/00644, LEDB janvier. 2015, p. 1
258. J. Lasserre Capdeville, Banque – Infractions relatives à l'activité exercée, Rép. D. Pén. et de procédure pénale, Octobre 2018, n. 255
259. J. Lasserre Capdeville, Banque, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Octobre 2018, n. 246
260. J. Lasserre Capdeville, Inopposabilité du secret bancaire aux ayants droit d'une caution auxquels le banquier réclame un paiement, D 2009, p.784
261. J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition?, AJ Pénal 4/2009, 165
262. J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ?, AJ Pénal 4/2009, p. 165

263. J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire face au droit à la preuve, JCP E, n. 40, 4 oct. 2018, 1507
264. J. Lasserre Capdeville, Le secret bancaire face au juge pénal en droit français, RLDA mai 2010, p.64
265. J. Lasserre Capdeville, Le Secret bancaire, Approche nationale et internationale, RB édition, p. 114
266. J. Lasserre Capdeville, M. Storck, R. Routier, M. Mignot, J.-P. Kovar et N. Éréséo, Droit bancaire, Dalloz, 2017, n. 293
267. J. Lasserre Capdeville, Nickel : le compte sans banque, RDBF, 2014, Alerte 15
268. J. Lasserre Capdeville, Nouvelle réforme des services de paiement : la « DSP2 » est transposée, JCP G 2017, 923
269. J. Lasserre Capdeville, réactions au problème «*Too big to fail*» : renforcement des règles prudentielles en droit français RLDA juin 2011, n.109
270. J. Lasserre Capdeville, Revue Droit bancaire, Précis Dalloz 2019, n.1516
271. J. Lasserre Capdeville, secret bancaire et obligation de dénonciation du banquier en droits français et Suisse, RSC 2005 p.21
272. J. Lasserre-Capdeville note sous CA Monaco, 30 mai 2011 : JCPE, 2011, n. 1673
273. J. Lasserre-Capdeville note sous Cass Com. 10 févr. 2015, n. 13-14.779, D. 2015. 959
274. J. Lasserre-Capdeville note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, n. 06-18.448, JCP 2007. II. 10155
275. J. Lasserre-Capdeville note sous Cass. Com., 21 février 2012, LEDB, avril 2012, p. 3
276. J. Lasserre-Capdeville note sous CA Aix-en-Provence, 7 juin 2012, LEDB, octobre 2012, p. 4
277. J. Lasserre-Capdeville, Loi et règlement – Disparition des lois et règlements, Répertoire de droit civil, Juillet 2015, n. 284
278. J. Létang, Dénonciation et loyauté de la preuve en droit fiscal et douanier, Gaz. Pal, 24-25 déc. 1993, p. 3.
279. J. Mestre note sous Cass. Com. 13 Juin 1995, n. 93-16.317 RTD civ. 1996. 166, spéc. 169
280. J. Mestre note sous Cass. Com. 25 janvier 2005, n. 03-14.693 RTD civ. 2005. 384
281. J. Mestre note sous Cass. Com., 13 juin 1995, RTD civ. 1996, p.169
282. J. Mestre note sous Com. 11 avril 1995, n. 92-20.985, RTD civ. 1996. 166
283. J. Mestre, RTD civ. 1996, p. 169
284. J. Monéger, De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de Septembre 2000 : Réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification, Revue internationale de droit économique, vol. t. xviii, 2, n. 2, 2004, p. 171-196.
285. J. Morel-Maroger, La protection des données personnelles des clients des banques : bilan et perspectives, RDBF n. 2, Mars 2011, étude 10
286. J. Morel-Maroger, L'apport des FinTech au droit bancaire : les nouveaux risques La protection de la vie privée et des données personnelles de l'utilisateur du secteur bancaire, RDBF n. 1, Janvier 2017, dossier 8
287. J. P. Mattout, Les limites du secret bancaire, Mélanges AEDBF France, 1997, p. 71.
288. J. Raguénès, Banques et FinTech face à la réglementation, Banque 2016, p. 42 s
289. J. Ravanans note sous CA Versailles, 17 mai 1995, D., 1996, Jurisprud., p. 409
290. J. Sainte-Rose note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2004, n. 00-19.245, Gaz. Pal. 2004. 1, p. 1918
291. J. Slemrod et J. Wilson, la compétition fiscale et les paradis fiscaux parasites, («*Tax Competition with Parasitic Tax Heavens* »), Journal of Public Economics, vol. 93, n. 11-12, p. 1261-1270

292. J. Stoufflet note sous Cass. Com. 18 Sept. 2007, n. 06-10.663 RDBF 2007, n. 213
293. J. Stoufflet note sous Cass. Com., 13 novembre 2003, n. 00-19.573 : Juris Data n. 2003-021015 ; JCP E 2004, 736, n. 2
294. J. Stoufflet note sous Cass. com., 16 janvier 2001, n. 98-11.744, JCPE, 2003, p. 396
295. J. Stoufflet, Banque et opérations de banque en droit international, Juris Cl. banque et crédit, fasc. 120, n. 45 et s
296. J. Stoufflet, E. Bouretz, Statut bancaire en droit international – Conflits de lois, JCBCB, Fasc. 120, 15 Mars 2007
297. J. Stoufflet, l'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales, Gaz. Pal. Mai Juin 2005, p.1662
298. J. Van Meerbeeck, F. Ost, A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités, coll. Penser le droit, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 77, n. 2, 2016, p. 398
299. J. Vasseur note sous TGI Paris, 10 juillet 1991, D., 1993, Somm., p. 55
300. J. Veizian note sous CA Paris, 6 février 1975, D., 1975, p. 318
301. J. Carbonnier, Approches générales : le droit et l'argent, Archives de philosophie du droit, 1942, S., 1998, p. 7 et s.
302. J. F. Crédot note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1999, Bull. civ. II, n 129 ; D., 1999, IR 210 ; Dalloz Affaires, 1999, p. 1362
303. J. Hauser note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n. 98-14.610 : RTD civ., 2000, p. 801
304. J. Hauser note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 octobre 1998, n. 96-13.600 RTD civ., 1999, p. 62
305. J. Hauser note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2004, n. 02-18.081, RTD civ., 2004, p. 482
306. J. Lasserre-Capdeville, Précisions utiles sur le secret bancaire français par les magistrats monégasques, JCPE, 22 septembre 2011, n. 38, p. 27 et s.
307. J. Ravanans, L'argent et le respect dû à la vie privée, D., 1996, p. 409.
308. J. Veizian, note sous CA Paris, 6 février 1975 : D., 1975 ; JCP, n 318-322
309. J. Rouaud note sous Cass. Com., 21 février 2012, Gaz. Pal., 2012, p. 1556
310. J.C. Douence, Services publics, Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre I (folio n. 6025), Février 2007, n.30
311. J.-D. Bretzner note sous CA Colmar, 7 juin 2007, Juris-Data, n. 348142, D. 2008. Pan. 2820
312. J.-D. Bretzner note sous CA Versailles, 26 oct. 2011, n. 11/06040 et 11/06349 : D. 2012, p. 2826
313. J.-D. Pellier note sous Cass., Ass. Plén, 10 juill. 2020, n. 18-18.542 Dalloz Actualité, 20 juillet 2020
314. J.-F. Renucci note sous CEDH, 24 juin 2004, Von Hannover c. Allemagne : CCE, 2004 D., 2004, IR 2011, Somm., p. 2538
315. J.-G. Huglo, Liberté d'établissement et libre prestation de services, RTD européen, 1998, n. 573
316. J.-H. Robert note sous Cons. Constit., 27 janvier 2012, déc. n. 2011-214 QPC, Juris Data n. 2012-001572, Dr. Pénal 2012, n. 40, obs.
317. J.J. Daigre note sous Cass. Com., 7 janvier 2004, Banque et droit 2004, n. 94, p.36
318. J.-J. Lemouland note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 octobre 1998, n. 96-13.600 : D., 1999, Somm., p. 376
319. J.-L. Rives-Lange note sous TGI Paris, 10 juillet 1991, RB, 1991, p. 1088
320. J.-L. Aubert note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2004, n. 02-18.081, Defrénois, 2004, p. 1721
321. J.M. Canac note sous CA Monaco, 30 mai 2011, LEDB (l'essentiel du droit bancaire) sept 2011, p. 7, n.124.

322. J.-M. Jacquet, La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international, JDI 1985, spéc. p. 348 s
323. J.-M. Varaut et L. Ruet, Secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires, Gaz. Pal., 12 août 1997
324. J.-M. Garinot et S. Grayot-Dix, Secret des affaires et principe du contradictoire : l'impossible conciliation ?, Gaz. Pal., 12 avril 2016, n° 14, p. 23
325. J.-P. Eck note sous Cass. Com., 27 avr. 1964, Revue crit. DIP 1965. 346
326. J.P. Mattout et A. Prüm note sous Cass. com., 18 septembre 2007 : Bull. civ. IV, n. 195 RJDA, 2008, n. 80 ; RDPAT, mars 2008, p. 74
327. J.-P. Mattout, Droit bancaire international, 1987, Revue Banque
328. J.-P. Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque éd., 3e éd. 2004
329. J.-P. Marguénaud note sous CEDH, 21 janvier 1999, n. 2918395 ; RTD civ., 1999, p. 909
330. J.-S. Seube note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2004, n. 02-18.081RDC, 2004, p. 988
331. L. Arbelet, L'ambivalence européenne dans la lutte contre l'évasion fiscale des entreprises, Dalloz actualité, 19 avril 2016
332. L. Arbelet, Les cabinets comptables accusés de conflit d'intérêts fiscal, Dalloz actualité, 27 octobre 2017
333. L. D'Avout, L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires, JCP, 2015.II. 1112.
334. L. Denning, Le processus de la loi (*The Due Process of Law*), Oxford University Press, USA, 1<sup>er</sup> mai 2005.
335. L. Gebler, La production et la communication des pièces, AJ Famille 2009, p. 368
336. L. Idot note sous CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-580/13 CCC 2015 Europe 2015 commentaire, 389
337. L. Leveneur note sous Cass. Com., 11 octobre 2005 : Bull. civ. IV, n. 206 RCCC, 2006, n. 19
338. L. Leveneur note sous Cass. Com., 1<sup>er</sup> avril 1997, n° 95-12.965 P : RCCC, 1997, n° 112
339. L. Pécaut-Rivolier – T. Verheyde, Majeurs protégés : mesures de protection juridique et d'accompagnement – Procédure applicable aux mesures de protection judiciaire des majeurs, Répertoire de procédure civile, Juin 2013 (actualisation : Décembre 2019), n. 186
340. L. Roeges, L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la Deuxième directive bancaire, RDBB 1994. 21.
341. L. Simont, L'actualité des garanties à première demande, Journées d'études du 14 novembre 1996, organisées par l'Association luxembourgeoise des juristes de banque, 1997, Bruylant.
342. L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 6<sup>e</sup> éd., n. 21-9 et n° 27-14.
343. L. Marino note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n. 98-14.610 : Bull. civ. I, n. 167 ; D., 2001, Somm., p. 1989
344. L.P. Feld et B.S. Frey, La conformité fiscale à la suite d'un contrat fiscal psychologique : le Rôle des incitations et réglementation réactive (« *Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract : the Role of Incentives and Responsive Regulation* »), Law and Policy, vol. 29, n.1, p. 102-120
345. Les enjeux juridiques et sécurité des blockchains, Cahiers Droit entreprise n. 3, 2017. Dossier 29.
346. M. Aubry, Secret bancaire, Rép. D. com. - Banque et établissement de crédit, Mai 2006, n. 163
347. M. Bali, Les crypto-monnaies, une application des *blockchains* technologies à la monnaie, RDBF. 2016, étude n. 8
348. M. Bonnant, Éloge du secret bancaire, Médium, vol. 37-38, n. 4, 2013, p. 204-212

349. M. Cabrillac et B. Teyssié note sous Cass. Com., 15 janvier 1985, RTD com., 1985, p. 546
350. M. Cabrillac et J. L. Rives-Lange note sous CA Paris, 23 avril 1976 : RTD com., 1977, p. 346
351. M. Cabrillac et J. L. Rives-Lange RTD note sous Cass Crim. 25 janv. 1977 com. 1977, p. 770
352. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange note sous T. civ., Monaco, 3 mai 1973 : RTD com., 1973, p. 610
353. M. Cabrillac et Teyssié note sous CA Paris 9 juin 1980 RTD com., 1984, p. 321
354. M. Cabrillac note sous Cass. Com., 11 avr. 1995, Crédit Lyonnais c/ Noël, RTD com. 1995, p. 635
355. M. Cabrillac note sous Cass. Com., 8 juillet 2003 : Bull. civ. IV, n° 119 RTD com., 2003, p. 783
356. M. Cabrillac, Fichier national des incidents de paiement, RTD com. 1996, p. 505
357. M. Calonnec, Le secret bancaire et la fiscalité internationale, Petites affiches, 14/11/2016, n. 226-227, p. 60.
358. M. Collet, Panama Papers : quelles conséquences un an après ?, Recueil Dalloz 2017 p.1184
359. M. Cozian, Précis de fiscalité des entreprises, LexisNexis, 37e éd., 2013, p. 793
360. M. Devoluy et R. Kovar, L'Union économique et monétaire et la crise, Répertoire de droit européen, n.760, Dalloz, n. 975
361. M. Dubertret, Procédures américaines de découverte (*discovery*), Le transfert d'information d'ordre économique ou à caractère personnel : Banque et Droit janvier-février 2010
362. M. Fallo, Le secret bancaire, Après demain, n.182, mars 1976, p.9
363. M. Guillot note sous CA Versailles, 23 mars 1994 RB, février 1995, p. 89
364. M. Kebir note sous Cass Com. 29 novembre 2017, n. 16-22.060, Dalloz actualité 8 décembre 2017
365. M. Kebir note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2017, n. 15-27.845 P, Dalloz actualité, 7 juill. 2017
366. M. Kebir, Droit à la preuve et levée du secret bancaire : contrôle de proportionnalité, Dalloz Actualité 17 juin 2019, note sous Cass. Com. 15 mai 2019, n. 18-10.491 :
367. M. Kebir, Ordonnance sur requête : le secret bancaire n'est pas toujours un empêchement légitime, Dalloz actualité 08 décembre 2017
368. M. Marzano, Qu'est-ce que la confiance ?, Études 2010/1 (Tome 412), p. 53
369. M. Mekki, Les mystères de la blockchain, Recueil Dalloz 2017 p. 2160
370. M. Rives-Lange note sous TGI Paris, 21 mars 1991 RB, 1991, p. 984
371. M. Saoudi, Le risque souverain dans la zone euro, Revue de l'Union européenne, 2016, p.232
372. M. Schmid, La mascarade des coupables : le jeu des masques dans le panoptique de Bentham, Laval théologique et philosophique, vol. 60, n. 3, 2004, p. 543-556.
373. M. Stoclet, Retour sur la neutralisation de la double imposition en cas de cession des parts d'une société de personnes ou de dissolution-confusion, Droit fiscal n. 46, 15 Novembre 2019, comment. 438
374. M. Storck note sous Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 22 juin 2004, n. 02-20.398, Bull. civ. I, n. 179, JCP 2005. I. 128, n. 19
375. M. Vasseur note sous CA Paris, 9 octobre 1986 : D., 1987, Somm., p. 304
376. M. Vasseur note sous CA Rennes, 13 janvier 1992, D., 1993, Somm., p. 54,

377. M. Vasseur note sous CA Toulouse, 6 février 1980, D., 1981, IR 18,
378. M. Vasseur note sous Cass Crim. 25 janvier 1977, D. 1977. 666,
379. M. Vasseur note sous Cass. Com. 19 juin 1990, D. 1992. Somm. 32
380. M. Vasseur note sous Cass. Com. 25 février 2003, n. 00-21.184, Bull. civ. IV, n. 26
381. M. Vasseur note sous Cass. Com., 19 juin 1990 : Bull. civ., IV, n. 179 ; D., 1992, Somm., p. 32
382. M. Vasseur note sous Cass. com., 9 janvier 1978 : D., 1978, IR 308
383. M. Vasseur note sous TGI Paris, 21 mars 1991 : D., 1992, Somm., p. 30
384. M. Vasseur note sous CA Paris 9 juin 1980 : D., 1981, IR 192
385. M. Vasseur note sous CA Versailles, 23 mars 1994, D., 1994, *Somm.*, p. 328
386. M. Vasseur, L'informatique et quelques-unes de ses applications en matière bancaire : RF comptable 1979, p. 613
387. M. Blondet, Le secret professionnel, la chambre criminelle et sa jurisprudence, Mélanges Patin, p. 202.
388. M. Cabrillac et B. Teyssier note sous TGI Paris, 21 mars 1991, RTD com., 1991, p. 165
389. M. Cabrillac note sous Cass. Com., 11 avril 1995, n. 92-20.985, RTD com., 1995, p. 635
390. M. Contamine-Raynaud, Le secret bancaire et le contrôle de l'État sur les opérations de change et sur leurs effets délictueux, RIDC, 1994, p. 489
391. M.-A. Frison-Roche M Jockey, Pourquoi existe-t-il encore des titres au porteur ?, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n. 12, 24 Mars 1994, 344
392. M.A. Frison-Roche, J. Cl. Procédure, fasc. 620
393. M.-A. Latournerie note sous CE, 16 juin 1976, n. 95513, Rec. CE 1976, p. 313 ; Dr. fisc. 1976, n. 44, com. 1533
394. M.-É. Ancel, Opérations de banque intra-communautaires-Aspects statutaires, Juris Classeur Banque - Crédit – Bourse, 28 Juillet 2003, n. 80 (mise à jour : 15 Novembre 2013)
395. M.R. Tcheumalieu Fansi, le secret bancaire : L'entrée d'un principe au purgatoire, Banque et Droit, Mars-Avril 2015, p.23
396. Morel-Maroger note sous CJUE, 25 avril 2013, Jyske Bank Gibraltar, Aff. C-212/11, Gaz. Pal. 2013. 2374
397. N. Baron, Blockchain et finance – approche pluridisciplinaire – Les actifs numériques, Répertoire IP/IT et Communication, n. 15
398. N. Fricero note sous CEDH, 21 janvier 1999, n. 2918395, D., 1999, Somm., p. 272
399. N. Johannsen et G. Zucman, La fin du secret bancaire ? Une évaluation du G20 sur la répression des paradis fiscaux (« *The End of Bank Secrecy? An Evaluation of the G20 Tax Haven Crackdown* »), American Economic Journal, 6 février 2014, p. 65-91.
400. N. Martial-Braz, L'impact de la loi pour une République numérique sur le droit bancaire, RD bancaire et fin. 2016, comm. 204
401. N. Mathey note CE 30 décembre 2009, n. 306173, RDBF 2010, n. 86
402. N. Mathey note sous Cass. Com. 29 novembre 2017, n. 16-22.060, LEDB janvier 2018, p. 2
403. N. Mathey, ACPR : conformité aux orientations de l'ABE en matière de shadow Banking, RDBF n. 2, Mars 2017, commentaire p. 54
404. N. Mathey, Chronique Droit bancaire n° 1596, JCP E, p.36
405. N. Ochoa, Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition, RFDA, 2015, p.1157
406. N. Rontchevsky note sous CA Colmar, 7 juin 2007, Juris-Data, n. 348142, Banque et Droit 2007. 59, obs.
407. N. Rontchevsky note sous Cass. Com. 16 déc. 2008, n. 07-19.777 Banque et Dr. 1-2/2009, p. 44



408. N. Binctin, *Savoir-faire*, Rep. com. D., janvier 2018
409. N. Fricero note sous CEDH, 21 janvier 1999, n. 2918395, D., 1999, Somm., p. 272
410. N. Leloir note sous CE, 10 octobre 2014, RLDA, 2014, n. 99, p. 35
411. O. de Maison Rouge note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2017, n. 15-27.845 Dalloz IP/IT 2017. 543
412. O. de Maison Rouge, *Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée*, Dalloz IP/IT 2018 p.659
413. O. De Mattos, *le régime fiscal applicable aux « Bitcoins » se fixe*, Revue Comm. Com. électron. 2014, alerte n. 63
414. O. Dongar, *Conflit de principes fondamentaux en droit de l'Union européenne : transparence et vie privée*, Revue de l'Union européenne, 2013, p.344
415. O. Salati note sous Cass. Com., 8 juillet 2003 : Bull. civ. IV, n° 119 ; RDPRO, 2004, p. 22
416. O. Staes note sous TGI Carpentras, 17 septembre 1997 : BICC, 1998, n. 263
417. O. Staes, *Secret bancaire et impératif de justice*, D. 1998, p. 625
418. O. Vigna, *Les monnaies virtuelles : des risques pour la protection des investisseurs et le bon fonctionnement des marchés Banque & Droit n. 159 - janvier-février 2015*
419. Office de Coordination bancaire française (OCBF), *Secret bancaire*, bulletin d'information n. 612, avril 2000
420. P. Arminjon, *Précis de droit international privé commercial, commercial*, Revue internationale de droit comparé, 1950, n. 218
421. P. Athanassiou M. Prokop et A. Theodosopoulou, *Extraterritorialité - effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines*, RDBF, septembre 2014, n.5, étude n. 20
422. P. Bagus, W. Block, M. Eabrasu, D. Howden, et J. Rostan, *l'éthique de l'évasion fiscale (« The Ethics of Tax Evasion »)*, Business and Society Review, vol. 116, n. 3, p. 375-401.
423. P. Bertin, *Affaire Calvet : l'argent des autres*, Gaz. Pal., 1989, 2, doctrine p. 549
424. P. Bouteiller, *les comptes en banque*, J Cl. Banque - Crédit – Bourse, 22/12/2017 fasc. 141, III
425. P. Castoriadis-Aulagnier, *Sociétés de psychanalyse et psychanalyste de société*, Topique, vol. 100, no. 3, 2007, p. 21.
426. P. Chambon note sous Cass. Crim., 9 octobre 1978, Bull. crim., n. 263, Gaz. Pal. 1979, 1, p. 245
427. P. Chambon note sous Cass. Crim., 9 octobre 1978, Bull. crim., n. 263 ; D., 1979, p. 185
428. P. Collinet, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth*, Paris, Société anonyme du recueil Sirey, 1925
429. P. Crocq note sous Cass. Com. 16 déc. 2008, n. 07-19.777 RTD civ. 2009. 147
430. P. Duverger et D. Luru, *Le secret*, *Enfances & Psy*, vol. 39, n. 2, 2008, p. 10-13
431. P. Fouchard, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJ com., n. spécial, févr. 1984
432. P. Gulphe, *le secret professionnel du banquier en Droit français et en Droit comparé*, RTD com. 1948, p.19-29
433. P. Gulphe, *Le secret professionnel du banquier*, RTD com., 1948, p. 22.
434. P. Kayser note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, D., 1992, p. 213
435. P. Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, RTD civ. 1971. 446, spéc. n. 22.
436. P. Level note sous T. civ. Seine, 9 juill. 1963, JCP 1963. II. 13434

437. P. Mayer, Les lois de police étrangères, JDI 1981, 301 ; Répertoire de Droit international, Décembre 1998 (actualisation : Mars 2009) n. 28 à 31
438. P. Michaud, Le Contrôle fiscale, la lutte contre la fraude et la recherche du renseignement, Études fiscales internationales, mars 2010, p. 19
439. P. Neau – Leduc, Secret bancaire et frontières, RDBF, n.1, Janvier 2010, dossier 2
440. P. Saint-Amans, La transparence et l'échange d'informations en matière fiscale, Dr. fisc. 2010, n. 14, 257
441. P. Schulz note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2017, n. 15-27.845, RGDA 2017, p. 529
442. P. Simler note sous CA Colmar, 7 juin 2007, Juris-Data, n. 348142, JCP 2007. II. 10178
443. P. Storrer, DSP 2 : le futur du paiement, Banque et droit hors-série 2016
444. P. Storrer, Du droit de donner libre accès à son compte de paiement, Banque et Droit hors-série 2016, p. 14 s
445. P. Van Ommeslaghe, V. Piessevaux, Marché intérieur, Répertoire de droit européen, Décembre 1992 (actualisation Novembre 2020), n.16-18
446. P. Guphe, Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé, RTD com., 1948, p. 20 et s
447. P. Kayser note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, D., 1992, p. 213
448. P. Kayser, Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles, Mélanges Marty, p. 725
449. P.E. Partsch note sous CJCE, 10 décembre 2002, Aff. C-153/00, Juris-Data n. 2002-207389, Gaz Pal. Mai-Juin 2005, p.1691
450. P.-E. Partsch, Le secret bancaire et le droit communautaire : réflexions sur la jurisprudence de la CJCE, Gaz. Pal. 9 juin 2005, p. 31, n. 5-6.
451. P.-J. Claux – S. David – A. Boiché, Divorces contentieux – tronc commun procédural : mesures provisoires, Dalloz référence Droit et pratique du divorce, chapitre 152, 2018-2019, n. 152.252
452. Ph. Athanassiou, M. Prokop et A. Theodosopoulou, Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines, une vue d'ensemble, RDBF 2014, études n.20
453. Ph. Fouchard, La loi française et l'activité internationale des entreprises, RJ com. 1984, p. 71
454. Ph. Le Tourneau, La responsabilité civile, 2e éd., Revue internationale de droit comparé, Vol. 29 n. 2, Avril-juin 1977. p. 460
455. Ph. Neau-Leduc, Responsabilité du banquier et droits de l'homme, RDBF, 2006, dossier 26
456. R. Bismuth, L'extraterritorialité du FATCA et le problème des américains accidentels, Journal du droit international (Clunet) n. 4, Octobre 2017, doctrine 11
457. R. Chemain, Sanctions économiques : contre-mesures, boycott, embargo, blocus, Embargo, Répertoire de droit international, Mai 2017 (actualisation : Mai 2018), n.193.
458. R. Dell'Anno, L'évasion fiscale, morale fiscale et efficacité des décideurs (« *Tax Evasion, Tax Moral and Policy Maker's Effectiveness* »), The Journal of Socio-Économiques, vol. 38, p. 988-997
459. R. Freitag, IPRA de Droit Allemand 2/2009, 109, p. 111
460. R. Grundman, Le nouvel impérialisme : l'application extraterritoriale du droit américain, (« *The New Imperialism : The Extraterritorial Application of United States Law* »), 14 Int'l Law. 257 (1980).
461. R. Kleiman – V. Bouthinon-Dumas, Secret bancaire et transparence des opérations boursières : rôle et pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers, Gaz. Pal. Rec. Mai-Juin 2004, p.1821

462. R. Perrot note sous Cass. Com., 25 février 2003, Bull. civ. IV, n° 26 RJDA, 2003, n° 756 ; RP, 2003, n.135
463. R. Routier note sous CA Paris, 26 octobre 2007, JCP E 2008, n. 48, p. 10
464. R. Routier, Le secret bancaire face au juge civil et commercial en droit français : RLDA 2010/5, p. 55
465. R. Savatier note sous TGI Grenoble, 22 mai 1957 : JCP, 1957, II, 10246
466. R. Stokes, le devoir de confidentialité du banquier, le blanchiment d'argent et les droits de l'homme (*The banker's duty of confidentiality, money laundering and the Human Rights Act*): Journal of Business Law, 2007, p. 502,
467. R. Voeltzel, Le secret professionnel pastoral, Revue d'histoire et de philosophie religieuse, 1956, n. 3, p. 234
468. R. Lindon et D. Amson note sous CA Paris, 12 janvier 1987, D., 1987, Somm., p. 386
469. R. Lindon note sous CA Paris, 21 décembre 1970 : JCP, 1971, II, 16653
470. R. Lindon note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1984, Bull. civ. I, n. 176 ; D., 1985, IR 17
471. R. Lindon note sous TGI Paris, 14 mai 1974, D., 1974, p. 766
472. R. Lindon note sous TGI Paris, 2 juin 1976 : D., 1977, 364
473. R. Lindon note sous TGI Paris, 7 août 1986 : D. 1987, Somm., p. 138
474. R. Lindon, La presse et la vie privée, JCP, 1965, II, 1887
475. R. Routier, Obligations et responsabilité du banquier, D., 2011-2012, p. 625
476. S. Becqué et M. Cabrillac note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 12 décembre 1955, Bull. civ. I, n. 439
477. S. Brondel note sous Dalloz actualité, 28 janv. 2011
478. S. Deis-Beauquesne note sous Cass. Com. 18 février 2004, n. 01-11.728 AJ fam. 2004 146
479. S. Guex, Conflits et marchandages autour du secret bancaire en Suisse à l'issue de la Grande Guerre, L'Année sociologique 2013/1 (Vol. 63), p. 157 – 187
480. S. Leboucher, Banques émergentes : vers un nouveau pouvoir au Sud, Séverine Leboucher, Revue Banque, 2013, n. 760
481. S. Marcus, E. Richard, La compétence extraterritoriale des lois des États-Unis d'Amérique (« *Extraterritorial Jurisdiction in the United States Laws* »), 20 Colum. J. Transnat'l L. 439 (1981)
482. S. Piedelièvre note sous Cass. Com., 21 février 2012, RDPRO, octobre 2012, suppl. Droit du recouvrement, p. 25
483. S. Piedelièvre note sous CE 30 décembre 2009, req. n. 306173, Gaz. Pal. 2010. 3057
484. S. Piedelièvre note sous CJCE, 5 octobre 2004, Aff. C-442/02, Caixa Bank c/France, D. 2004, p. 2770
485. Secret des affaires et intérêt général, Revue Lamy droit des affaires
486. T. Baums, T. Bonneau et A. Prüm, RTD fin. 2010, n. 1, p. 36
487. T. Fensby, L'échange automatique de renseignements en matière fiscale : Pourquoi la survie des normes FATCA et CRS ne tient qu'à un fil ? : Dr. fisc. 2017
488. T. Lambert, La lutte contre l'évasion fiscale internationale : l'offensive américaine en matière d'échange automatique d'informations : Dr. fisc. 2014, n. 51-52, p.697
489. Tager note sous CA Paris, 29 mars 1938, JDI 1938, p. 1017
490. Th. Blanchard note sous Cass. Crim., 16 mai 2000, n. 99-85.304 P : D., 2002, Somm., p. 858
491. Th. Bonneau note sous Cass. Com. 11 octobre. 2011, n. 10-10.490, Banque et Droit janv.-févr. 2012, p. 34
492. Th. Bonneau note sous Cass. Com. 15 mai 2019, n. 18-10.491, D. 2019. 1595 JCP 2019, 642

493. Th. Bonneau note sous Cass. Com. 18 Sept. 2007, n. 06-10.663, Banque et Dr. 1-2/2008 p. 27
494. Th. Bonneau note sous Cass. Com. 25 janvier 2005, n. 03-14.693 Banque et Dr. 5-6/2005, p.70
495. Th. Bonneau note sous Cass. Com. 28 novembre 2006, Banque et Dr. 2007. 30, n. 112
496. Th. Bonneau note sous Cass. Com. 29 novembre 2017, n. 16-22.060, D. 2017. 2420
497. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 10 décembre 2002, Banque et Droit mars-avr. 2003, p. 58
498. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 13 novembre 2003, n. 1505 F-D, Banque et droit mars-avr. 2004, p. 57
499. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 16 décembre 2008, JCP E 2009, p.1037
500. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 25 février 2003, Banque et droit mai-juin 2003, p. 56
501. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 25 janvier 2005, n. 03-14.693 : Juris Data n. 2005-026588 ; Banque et droit 2005, n. 101, p. 70
502. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 8 juillet 2003, RBD, janvier-février 2004, p. 54
503. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 9 juin 2004 : RBD, septembre-octobre 2004, p. 82
504. Th. Bonneau note sous Cass. Crim. 27 avril 1994, n. 93-82.976 P, BJB 1994, p. 469
505. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 11 octobre 2005, Bull. civ. IV, n. 206 ; RBD, janvier-février 2006, p. 62
506. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 13 novembre 2003, n. 1505, RBD, mars-avril 2004, p. 57
507. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 18 septembre 2007, Bull. civ. IV, n. 195 RBD, janvier-février 2008, p. 27
508. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 21 février 2012, RBD, mai-juin 2012, p. 20
509. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 25 février 2003 : Bull. civ. IV, n° 26 ; RBD, mai-juin 2003, p. 56
510. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 8 juillet 2003, Bull. civ. IV, n° 119 RBD, septembre-octobre 2004, p. 82
511. Th. Bonneau note sous Cass. Com., 9 février 2016, n. 14-23.006 RBD, mai-juin 2016, p. 24
512. Th. Bonneau note sous Cass. Crim., 27 avril 1994 Bull. J. B., 1994, p. 469
513. Th. Bonneau note sous CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-580/13 RD banc. fin. 2016. Repère 4
514. Th. Bonneau note sous TGI Nanterre, 25 mai 2010 : RBD, septembre-octobre 2010, p. 37.
515. Th. Bonneau, Communication de pièces et secret bancaire, RD bancaire et bourse 1995, n. 49, p. 94.
516. Th. Bonneau, Le secret bancaire face au droit à la preuve, JCP G, n. 24, 17 juin 2019, p.1143
517. Th. Bonneau, Président dissocié et secret bancaire. Des implications possibles de la NRE, Dr. sociétés, janv. 2002, n. 1
518. Th. Tombal, Les droits de la personne concernée dans le RGPD, Portée du droit, 2018, Titre 9, n.123-139
519. Th. Bonneau, Président dissocié et secret bancaire : Des implications possibles de la NRE, RDS, janvier 2002, n.1.
520. V. Avena Robardet note sous Cass. Com., 8 juillet 2003 D., 2003, AJ 217
521. V. Avena-Robardet note sous Cass. Com., 11 octobre 2011, n. 10-10.490, Dalloz actualité 25 octobre 2011 ; Bull. civ. IV, n. 153

522. V. Avena-Robardet note sous Cass. Com., 16 décembre 2008, n. 07-19.777, D. 2009. AJ 163.
523. V. Avena-Robardet note sous Cass. Com., 25 janvier 2005, n. 03-14.693 D. 2005. AJ 485
524. V. Avena-Robardet note sous Cass. Com., 28 avril 2004, n. 02-15.054, Bull. civ. n. 72, D. 2004. 1380
525. V. Avena-Robardet note sous Cass. Com., 8 juillet 2003, D., 2003, AJ 2170
526. V. Chariot-Lécuyer, La collecte des informations : les fichiers — AJ famille 2009, p. 373
527. V. Delleci, Secret bancaire et procédures civiles d'exécution, Gaz. Pal., 27-29 juin 2004, p. 21
528. V. Egéa note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2009, n. 08-17.300, D. 2009
529. V. Pedroletti note sous Cass. Com., 11 octobre 2005, Bull. civ. IV, n. 206 RLC, 2006, n. 28
530. V. Rabault, Analyse des trois mécanismes d'échanges automatiques de renseignements, Études Fiscales Internationales, 2015
531. V. Marquet, Directive Secret des affaires : Quand la liberté d'expression devient une exception, ou une vision européenne de la transparence, Légipresse, 12 janvier 2016.
532. V. Avena-Robardet note sous Cass. Com., 25 février 2003, Bull. civ. IV, n. 26, D., 2003, AJ 1162
533. W. Frei, La protection de la confidentialité et la protection du crime financier (« *The Protection of Privacy and the Protection of Financial Crime* »), Journal of Financial Crime, vol. 11, n.4, p. 397-398
534. W. Kaiser, Pratiques du secret, Rives nord-méditerranéennes, n. 17, 2004, p. 7-10
535. X. de Jerphanion - C. Fonkwa Noche, Le shadow Banking, vecteur de risques, Revue Banque, mai 2015
536. X. Delpech note sous Cass. Com. 18 septembre 2007, n. 06-10.663 P: D. 2007. AJ 2466; JCP E 2008, n. 24, p. 13
537. X. Delpech note sous Cass. Com., 11 octobre 2005 : Bull. civ. IV, n. 206, D., 2005, AJ 2869
538. X. Delpech, Adoption définitive du projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires, Dalloz actualité, 23 juillet 2013
539. X. Marin note sous T. corr. Pau, 23 octobre 1963, Banque 1964, p. 117
540. Y. Picod note sous Cass. Com. 16 déc. 2008, n. 07-19.777 Dr. et patrimoine 2009, p. 171
541. Y. Picod note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1993, n. 91-20.580, D., 1994, p. 594
542. Y. Pouillet, Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique : RIDC 1985, 2, p. 331
543. Y. Quintin, Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas, RDBF 2014, études 21
544. Y. Serra note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2017, n. 15-27.845 D. 2017. 1370, p. 2444
545. Y. Zein, Le secret bancaire au Liban face à la lutte contre le blanchiment de capitaux, RDBF, n. 4, juillet 2005, étude 12
546. Y. Paclot, Les diverses facettes du secret des affaires, RDPAT, n. 102, p. 70 et s

## D. Sites Internet et pages de site

1. <http://www.abps.ch>, Association des Banques Privées Suisses (ABPS), Déclaration de Mars 2017, sur les soucis de l'échange automatique d'informations
2. <http://www.pmefinance.org/documents/RapportFintech2020-reprendreinitiative-23OCT15.pdf>, PME finance.
3. <http://www.pmefinance.org/documents/RapportFintech2020-reprendreinitiative-23OCT15.pdf>, Source PME finance
4. [http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/missions\\_info/extraterritorialite/synthese.pdf](http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/missions_info/extraterritorialite/synthese.pdf), Synthèse des travaux de la mission parlementaire sur l'extraterritorialité des lois américaines, 5 oct. 2016
5. <https://bdl.gov.lb> la Banque du Liban
6. <https://blog.coinbase.com>, Source d'information financière Coinbase
7. <https://cyllab.cmu.edu/files/documents/towards-understanding-cryptocurrency.pdf> l'université Carnegie Mellon, Avril 2021
8. <https://data.snb.ch/> Portail de données de la Banque nationale suisse
9. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT\\_19\\_5890](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_19_5890), La déclaration commune sur le lancement de l'accord UE-États-Unis négociations pour faciliter l'accès aux preuves électroniques
10. <https://fred.stlouisfed.org> le portail de FRED des données économiques
11. <https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>, Le trésor des Etats-Unis d'Amérique
12. <https://transparency.eu/the-case-for-an-eu-anti-money-laundering-agency-is-clear-will-the-eu-take-action/> L. Brillaud, Transparence internationale EU (*Transparency International EU*), 4 décembre 2019
13. [https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Recommandations\\_pour\\_les\\_entreprises\\_qui\\_envisagent\\_de\\_souscrire\\_a\\_des\\_services\\_de\\_Cloud.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Recommandations_pour_les_entreprises_qui_envisagent_de_souscrire_a_des_services_de_Cloud.pdf), Les Recommandations du CNIL pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de *Cloud Computing*
14. [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/ecofin/115800.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ecofin/115800.pdf) Communiqué de presse du Conseil des ministres, 13 juillet 2010, 12076/10 PRESSE 200 PR CO 8
15. [https://www.g20.org/profiles/g20/modules/custom/g20\\_beverly/img/timeline/Reino Unido/G20-declaration-london-en.pdf](https://www.g20.org/profiles/g20/modules/custom/g20_beverly/img/timeline/Reino Unido/G20-declaration-london-en.pdf), la Déclaration lors du sommet de G20 réuni à Londres le 2 avril 2009
16. [www.oecd.org/fr/fiscalite](http://www.oecd.org/fr/fiscalite), La déclaration de Pascal Saint-Amans (OCDE), directeur du Centre de politique et d'administration fiscale de l'OCDE sur la refonte historique de la fiscalité des entreprises en établissant un taux minimum d'imposition, 9 avril 2021
17. [www.oecd.org/fr/fiscalite/beps-expose-des-actions-2015.pdf](http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps-expose-des-actions-2015.pdf), Les Actions du projet BEPS sur la fiscalité des entreprises multinationales - L'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, OCDE (2015)

## E. Conférences et colloques

1. La coopération européenne et internationale des autorités de supervision en matière bancaire et financière, durant le Colloque organisé par l'AEDBF, 15 novembre 2019

2. Le colloque de 2011 du Master 2 de Droit bancaire et financier de l'Université de Paris 2 : Le *soft Law* en matière bancaire et financière
3. Le colloque Deauville « La transparence », RJC 1993, n. spécial, p. 9, spéc. p. 13
4. L'embargo : aspects de droit bancaire, in L'embargo : actes de la journée d'études du 1er décembre 1995 organisée par l'Association européenne pour le droit bancaire et financier - Belgique (AEDBF- Belgique), 1996, Bruxelles, Bruylant, p. 213

## **F. Documents juridiques (lois, décrets, rapports et avis)**

1. Arrêté du 4 décembre 2017 (JO n. 0285 du 7 déc. 2017, texte n. 24) relatif à l'agrément, aux modifications de situation et au retrait de l'agrément des établissements de crédit détaille les exigences du droit français en la matière
2. Assemblée Nationale, Rapport de Mme Grelier sur le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord FATCA, Rapp. n. 2195, 10 sept. 2014
3. Avis CNIL 12 mai 1987 n. 87-50
4. Avis CNIL, 30e rapport d'activité 2009
5. Avis CNIL, n. 93.032 du 6 avril 1993
6. Avis Comm. CE, Groupe Article 29, avis n. 10/2006, 21-22 nov. 2006
7. Convention de La Haye de 1970 sur la coopération judiciaire en matière d'obtention des preuves à l'étranger
8. Convention des Nations Unies contre la corruption 2005 (UNCAC)
9. Directive bancaire n. 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989
10. Directive EU CRD IV du 26 juin 2013
11. Directive EU du 12 avril 2016 instituant le rapport pays par pays
12. Directive EU n. 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice
13. Directive EU n. 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001
14. Directive EU n. 2003/48/CE instaurant un échange automatique entre les membres de l'UE
15. Directive EU n. 2005/60 du 26 octobre 2005
16. Directive EU n. 2005/60/CE du Parlement européen adoptée le 26 octobre 2005 assortie d'une directive d'application n. 2006/70/CE de la Commission du 1er août 2006
17. Directive EU n. 2013/36/CE et le règlement (UE) n. 575/2013
18. Directive EU n. 2013/36/UE du 26 juin 2013
19. Directive EU n. 2013/36/UE du 26 juin 2013
20. Directive EU n. 2014/92/UE, 23 juill. 2014 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base
21. Directive EU n. 2015/2060 du Conseil du 10 novembre 2015.
22. Directive EU n. 2016/943 du 8 juin 2016
23. Directive EU n. 2018/843/UE du 30 mai 2018, dite 5e directive anti-blanchiment.
24. Directive EU n. 73/183 du 28 juin 1973
25. Directive EU n. 77/780 du 12 décembre 1977
26. Directive EU n. 89-646 du 15 décembre 1989

27. Directive EU n. 89-646 du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77780 CEE
28. Directive EU n. 95/46/CE pour la protection des données à caractère personnel
29. Directive EU n. 9-13 du 21 avril 1993
30. Directive EU n. 943/2016 du 8 juin 2016
31. Directive MIF du 21 avril 2004
32. Le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977
33. Livre blanc de la Banque de France, Internet, quelles conséquences prudentielles ?, 2000, p.17 (s).
34. Livre blanc du Comité de droit financier de Paris Europlace, Décembre 2003
35. Loi américaine *Bank Secrecy Act* des Etats-Unis d'Amérique du 26 octobre 1970
36. Loi américaine Cloud Act (H.R.4943) entrée en vigueur le 25 mai 2018.
37. Loi du 1<sup>er</sup> août 2003
38. Loi du 24 janvier 1984
39. Loi du 31 décembre 1987 modifiée par la loi du 13 mai 1996 intègre à l'article 324-1 C. Pén définit le délit de blanchiment en France
40. Loi libanaise du secret bancaire du 3 septembre 1956
41. Loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « Sapin 2 »
42. Loi n. 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires
43. Loi n. 2019-810 du 1er août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles.
44. Loi n. 68-678 du 26 juillet 1968 (Loi de Blocage)
45. Loi n. 70-643 du 17 juill. 1970
46. Loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
47. Loi n. 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux
48. Loi n. 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications
49. Loi n. 84-46 du 24 janvier 1984.
50. Loi n.2008-776 du 4 août 2008
51. Loi *Patriot Act* du 26 octobre 2001
52. Ordonnance de la commission fédérale des banques, RS 952-111, RO 1997
53. Ordonnance du 14 septembre 1973, RO 1973
54. Ordonnance n. 2013-544 du 27 juin 2013 modifiant certains articles du code monétaire et financier
55. Ordonnance n. 2017-1252, 9 août 2017, portant transposition de la directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur (DSP 2)
56. Ordonnance n.2009-104 du 30 janvier 2009 est ratifiée par l'article 140 I de la loi n. 2009-526 du 12 mai 2009
57. Rapport ACPR 2017
58. Rapport ACPR, Les risques associés au *Cloud Computing*, Analyses et synthèses n. 16, 26 juill. 2013, p. 5.
59. Rapport AN (E. Grelier), 10 septembre 2014
60. Rapport AN (R. Gauvain) Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale, Assemblée Nationale, 26 juin 2019



61. Rapport AN n. 707 du 7 février 2013, fait au nom de la commission des Finances, de l'Économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires, par Madame Karine Berger
62. Rapport AN n.1480 de 1994, (Ph. Seguin) sur le Crédit Lyonnais
63. Rapport CNIL (P. Nogrix), Communication sur l'obligation faite aux banques d'établir une convention de compte de dépôt, communication présentée en séance plénière, 3 juin 2004
64. Rapport Conseil de stabilité financière Global Shadow Banking Monitoring Rapport, 2016
65. Rapport d'activité CNIL, 1979
66. Rapport de l'OCDE de 2000 Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales
67. Rapport de l'OCDE issue du plan Marshall et de la Conférence des Seize (Conférence de coopération économique européenne) qui a existé de 1948 à 1960
68. Rapport de l'OCDE, Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, 2000
69. Rapport de l'OCDE, Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales, Rapport d'étape 2003, ISBN : 9789264018853 (PDF)
70. Rapport de l'OCDE, La communauté internationale accomplit de nouvelles avancées dans la lutte contre la fraude fiscale internationale, Rapport 30/6/2020.
71. Rapport de l'OCDE, Les Actions du projet BEPS sur la fiscalité des entreprises multinationales - L'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, 2015, Exposé des actions 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, OCDE
72. Rapport de l'OCDE, Vers une coopération fiscale globale Rapport 1998
73. Rapport de l'OCDE, Coopération fiscale 2009 : vers l'établissement de règles du jeu équitables - Évaluation 2009 par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements, Septembre 2009
74. Rapport de la Cour de Cassation française, Madame le Conseiller Collomp, Rapport annuel, 2004
75. Rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE, 24 mars 2000, OCDE publications, 2000
76. Rapport du groupe Paris Europlace, Les impacts des réseaux distribués et de la technologie Blockchain et FinTech dans les activités de marché, 23 oct. 2017
77. Rapport Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, Rapport sur le secret bancaire, 6 juillet 2020
78. Rapport Sénat (M. André) sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA), Rapp. n. 751, 17 juill. 2014
79. Rapport Sénat, 15 mai 1991, la réforme du Code Pénal de 1992
80. Rapport Sénat, commission des finances, n. 59, 14 oct. 2015
81. Rapport Sénat, commission spéciale d'enquête Évasion des capitaux, n. 673, 17 juill. 2012
82. Rapport Sénat, Comptes rendus de la commission d'enquête sur l'évasion des capitaux, Mardi 29 mai 2012
83. Rapport Sénat, Mme André sur le projet de loi autorisant l'approbation de (l'accord FATCA), Rapp. n. 751, 17 juill. 2014
84. Rapport sur le Secret bancaire du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HJCP), 6 juillet 2020

85. Règlement (CE) n. 1060/2009 du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit
86. Règlement (CE) n. 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, surnommé « Rome I » Règlement (CE) n. 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)
87. Règlement (UE) n. 1024/2013, 15 octobre 2013
88. Règlement (UE) n. 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des données des personnes physiques, et abrogeant la directive 95/46/CE.
89. Règlement (UE) n. 513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011
90. Règlement (UE) n. 575/2013 du Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013
91. Règlement (UE) n. 575/2013 du Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013
92. Règlement de la Banque centrale européenne n. 468/2014, 16 avril 2014
93. Règlement *European Market Infrastructure Regulation* (EMIR), Règl. (UE) n. 648/2012, 4 juill. 2012
94. Règlement n. 1/2003 du Conseil, 16 décembre 2002
95. Règlement n. 1024/2013 du 15 octobre 2013
96. Règlement n. 1024/2013/UE du Conseil du 5 octobre 2013 ont apporté des modifications aux conditions et à la procédure d'agrément et la mise en place du mécanisme de surveillance unique (MSU)
97. Règlement n. 1151/2014 de la Commission, 4 juin 2014
98. Règlement UE n. 2016/769 du 27 avril 2016 (RGPD)
99. Règlement UE n. 2018/1087 du 14 novembre 2018.
100. *The Bank Secrecy Act (BSA)*, votée au Congrès, 26 octobre 1970.
101. TRACFIN, Rapport d'activité 2014
102. Traité de Rome I de 2008

## Index alphabétique

---

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

### A.

Absolu (secret) : 391  
ACPR (autorité de contrôle prudentiel et de résolution) : 99,107, 131, 319, 433, 511 (s)  
Activités (bancaires transfrontalières) : 669  
Autorités fiscales : 543 (s)  
Autorités douanières : 554 (s)

### B.

Banque Centrale : 527 (s)  
Blanchiment (d'argent) : 561 (s)

- o Effets : 601
- o Notion: 569
- o Obligations : 583 (s)

Bitcoin : V. Monnaie cryptographique  
Blockchains : V. Chaines de blocs

### C.

Caution : 476 (s), 683  
Chaines de blocs (*blockchains*) : 994 (s)  
Chèque (verso) : 196 (s)  
*Cloud* (loi) : 812 (s)

- o régime d'application : 813 (s)
- o effets : 815 (s)

Coffre-fort : 60, 95, 96, 356  
Cocontractants (des établissements de crédit) : 134  
Commissions d'enquête parlementaires : 536  
Communication aux tiers (refus de) : 378, 401, 424 (s)  
Confidentialité (obligation de) : 57, 188, 190, 213, 293, 347, 353, 405 (s), 691, 700, 748, 970, 978, 983, 992, 1001, 1006, 1009, 1016, 1028, 1032  
Conjoint : 468  
Consentement (du créancier) : 100, 441(s), 454, 456, 533, 922, 924  
Créancier (obligation au secret bancaire) : 142 (s), 439 (s), 466, 508, 742, 747, 846 (s)

- Personne physique : 146 (s)
  - o Personne mandatée : 151
  - o Mineur : 155
  - o Majeur protégé: 157
- Personne morale : 152

## **D.**

Débiteur (de l'obligation de secret bancaire) : 80 (s)

Déclaration (obligation de) : 591

Dénonciation (obligation de) : 596

Directives OCDE : 762 (s), 961

- domaine d'application : 767
- effets : 778

Discrétion (devoir de) : 5, 29, 64, 351, 360, 365, 367, 369, 393, 410 (s), 432, 710, 856, 934, 939, 974, 1006

## **E.**

Effets (du secret bancaire) : 377 (s)

- Portée : 378 (s)
  - Secret relatif (simple) : 383
  - Secret absolu : 391

Employé : V. personnel de l'établissement de crédit

Établissement de crédit : 13, 33, 42, 81, 85, 87 (s), 109, 143, 163, 187, 190, 211, 499, 646, 669, 671

Établissement de technologie financière : 97 (s)

Établissements pratiquant des activités connexes : 93 (s)

Exceptions (à l'obligation au secret bancaire) : 431 (s)

- d'ordre privé : 438 (s)
  - banquier : 456
  - caution : 475
  - conjoint : 468
  - créancier : 439
- d'ordre public:
  - juge civil : 490
  - juge pénal : 485

Extraterritorialité : 716, 787 (s), 794, 799, 803, 815, 951

## **F.**

Fait du prince étranger : 717 (s)

- notion : 725
- effets : 752

FATCA (loi) : 54, 708, 739, 794 (s), 862, 961

- régime d'application: 795
- effets : 804 (s)

Filiales (bancaires) : 109, 626, 637 (s)

Finance de l'ombre (*Shadow banking*) : 986 (s)

*FinTech* : V. établissement de technologie financière

Fondement (de l'obligation au secret bancaire) : 335 (s), 479, 500, 697, 928, 937, 980

- Extracontractuel: 342
- Contractuel : 350
  - Tacite : 352
  - Expresse : 362
- Légale : 371

## **G.**

Groupe de sociétés : 101 (s)

## **H.**

Holding : V. Groupe de sociétés

## **I.**

Identification du client (*KYC - Know Your Customer*): 214, 585, 587, 820 (s), 1002

Informations confidentielles (protégées) : 165 (s)

- Formes : 220 (s)
  - Électronique : 233
  - Tangible: 229

Informations non-confidentielles (non-protégées) : 205 (s), 913

Informations pécuniaires : 189, 300 (s), 307, 310, 320, 323, 509

Internationalisation (des activités bancaires) : 561, 619, 628 (s), 637 (s), 693, 720, 762, 838, 877, 942

## **J.**

Juge civil : 490

Juge pénal : 485

## **L.**

Lanceur d'alerte : V. personnel de l'établissement de crédit

Liberté :

- d'établissement : 669 (s)
- de prestation (d'activité) : 641 (s)

Loi

- de la banque : 706
- du contrat : 700
- du lieu de l'activité : 710
- du lieu de l'établissement bancaire : 652
- du lieu d'activité : 656

## **M.**

Méga-données (Big data) : 212, 821, 894, 1016  
Monnaie cryptographique : 983, 993 (s), 999, 1001

## **N.**

Nature juridique (Obligation au secret bancaire) : 244 (s), 608, 997

## **O.**

Obligation (au secret bancaire) : V. secret bancaire  
Obligation de déclaration : 590  
Obligation de dénonciation : 591  
Obligation de vigilance : 584  
OCDE : V. Directives OCDE

## **P.**

Partage (du secret) : 5, 105, 141, 318 (s), 433, 436 (s), 517, 918 (s)  
Personnel (de l'établissement de crédit) : 113 (s)

- Directeur : 116
- Employé: 118
- Lanceur d'alerte: 127

## **R.**

Relatif (secret) : 383  
Responsable de traitement (RGPD) : 212  
RGPD (Informations protégées sous) : 213

## **S.**

Secret bancaire :

- Communication aux tiers (refus de) : 417
- Confidentialité : 399
- Débiteur (obligation) : 80 (s)
- Définition : 13(s)
- Discretion (devoir de) : 5, 29, 64, 351, 360, 365, 367, 369, 393, 410 (s), 432, 710, 856, 934, 939, 974, 1006
- Effets : 377 (s)
  - o Portée : 378 (s)
    - Secret relatif (simple) : 383
    - Secret absolu : 391
- Formes : 220 (s)
  - o Électronique : 233
  - o Tangible: 229
- Éléments (obligation au secret bancaire) : 77 (s)
- Exceptions (à l'obligation au secret bancaire) : 431 (s)
- Fondement (obligation au secret bancaire) : 335 (s), 479, 500, 697, 928, 937, 980
  - o Extracontractuel: 342
  - o Contractuel : 350

- Tacite : 352
- Expresse : 362
- Légale : 371
- Intérêt :
  - Personnel: 29 (s)
  - Économique : 33 (s)
- Limites : 41 (s)
  - intérêt privé : 45
  - intérêt public : 47
- Nature juridique (obligation au secret bancaire) : 244 (s)
- Origines (du secret bancaire) : 25 (s)
- Partage (du secret) : 5, 105, 141, 318 (s), 433, 436 (s), 517, 918 (s)
- Pratique (du secret) :
  - Économique : 5
  - Juridique: 10
  - Sociale : 2

Secret des affaires : 258 (s), 294, 334, 840, 855, 974

Secret Professionnel : 21 (s), 247 (s)

*Shadow banking* (pratique) : V. Finance de l'ombre

Silence (devoir de) : 418

Succursales (bancaires) : 637 (s), 667, 695, 735, 942

Swift (société) : V. Identification du client

## **T.**

Terrorisme : 50, 56, 129, 566, 581, 592, 601, 604, 881 (s)

Transparence : 128, 297 (s), 762, 852 (s), 864, 872, 888 (s), 913 (s), 1004 (s), 1016, 1024, 1025

## **V.**

Vie privée : 2, 10, 29, 31, 62, 98, 128, 154, 170, 279 (s), 284, 294, 303, 914, 1015

Vigilance (Obligation de) : 584

## Table de jurisprudence

---

### A. Cours d'Appel

1. CA Aix-en-Provence, 7 juin 2012, LEDB, octobre 2012, p. 4
2. CA Colmar, 7 juin 2007, D. 2008. Pan. 2820, Juris-Data, n. 348142
3. CA Douai, 27 février 2008, 1<sup>re</sup> chambre, 2<sup>e</sup>, section, n. 06/07192
4. CA Monaco, 30 mai 2011, LEDB (l'essentiel du droit bancaire) sept 2011, p. 7, n.124 ; JCPE, 2011, n° 1673
5. CA Orléans, 17 janvier 2007, JCPE, 2007, n° 46, p. 22
6. CA Paris, 15 février 1933, J.D.I. 1933. 959, 961
7. CA Paris, 20 mars 1990, RD bancaire et bourse n. 21, sept.-oct. 1990, p. 202
8. CA Paris, 25 avril 1862, inédit
9. CA Paris, 26 octobre 2007, JCP E 2008, n. 48, p. 10
10. CA Paris, 27 mai 1997, JCP, 1997, II, 22894
11. CA Paris, 29 mars 1938, JDI 1938, p. 1017
12. CA Paris, 3 mai 2001, Banque et droit 2001, n.77, p.36
13. CA Paris, 5 juin 1979, JCP, 1980, II, 19343
14. CA Paris, 9 juin 1980, D., 1981, IR 192
15. CA Reims, 25 février 1993, RD bancaire et financier 1993. 226
16. CA Rennes, 13 janvier 1992, D. 1993. Somm. 54
17. CA Rennes, ch. corr., 13 janvier 1992, JCP G 1993, II, 432
18. CA Versailles, 19 février 1998, Banque et Dr. 9-10/1998. 34
19. CA Versailles, 26 octobre 2011, n. 11/06040 et 11/06349, D. 2012, p. 2826
20. CA Nancy, 23 avril 1998, RBD, septembre-octobre 1998, p. 38
21. CA Nîmes, 9 décembre 1999, RDBF, mai-juin 2001, p. 151
22. CA Paris, 12 janvier 1987, D., 1987, Somm., p. 386
23. CA Paris, 14 mai 1975, D., 1976, p. 291
24. CA Paris, 14<sup>e</sup> ch. A, 26 septembre 2001, D., 2003, p. 340
25. CA Paris, 20 mars 1990, RDBB, n. 21, septembre-octobre 1990, p. 202
26. CA Paris, 23 avril 1976, RTD com., 1977, p. 346
27. CA Paris, 24 septembre 1996, RDB, 1997, p. 67
28. CA Paris, 6 février 1975, D., 1975 ; JCP, n. 318-322 ; RDBB, 1998, p. 175
29. CA Paris, 9 octobre 1986, D., 1987, Somm., p. 304
30. CA Reims, 25 février 1993, RDBB, 1993, p. 226
31. CA Rennes, 13 janvier 1992, D., 1993, Somm., p. 54,
32. CA Toulouse, 6 février 1980, D., 1981, IR 18,
33. CA Versailles, 17 mai 1995, D., 1996, Jurisprud., p. 409
34. CA Versailles, 23 mars 1994, RB février 1995, p. 89 ; D., 1994, Somm., p. 328

### B. Cour de Cassation

1. Cass. Ass. Plén, 10 juill. 2020, n. 18-18.542 Dalloz Actualité, 20 juillet 2020
2. Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 12 décembre 1955 RTD com., 1956, p. 297; Bull. civ. I, n° 439
3. Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 15 mai 2007, n. 06-18.448, JCP 2007. II. 10155



4. Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 21 juillet 1987, n. 85-16.436 Gaz. Pal. 1988. 1. 322 ; Bull. civ. I, n. 248
5. Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 22 juin 2017, n. 15-27.845 P, Dalloz actualité, 7 juill. 2017
6. Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 6 avril 2004, n. 00-19.245, Gaz. Pal. 2004. 1, p. 1918
7. Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 8 juillet 2009, n. 08-17.300, D. 2009
8. Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 9 décembre 2003, n. 01-11.587, Bull. civ. I, n. 254
9. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2004, n. 02-20.398, Bull. civ. I, n. 179, JCP 2005. I. 128
10. Cass. Com. 10 février 2015, n. 13-14.779, D. 2015. 959
11. Cass. Com. 11 avril 1995, n. 92-20.985, Bulletin 1995 IV n. 121 p. 107 ; D. 1996. 573 ; RTD civ. 1996. 166
12. Cass. Com. 11 octobre 2011, n. 10-10.490, Dalloz actualité 25 octobre 2011 ; Banque et Droit janv.-févr. 2012, p. 34 ; JCP 2011. 1388 ; RTD com. 2011. 780
13. Cass. Com. 13 Juin 1995, n. 93-16.317 RTD civ. 1996. 166, spéc. 169
14. Cass. Com. 15 mai 2019, n. 18-10.491, D. 2019. 1595 JCP 2019, 642
15. Cass. Com. 16 décembre. 2008, n. 07-19.777, D. 2009. AJ 163
16. Cass. Com. 16 janvier 2001, n. 98-11.744, Bull. civ. IV, no 12, D. 2001, AJ 545
17. Cass. Com. 16 mars 2010, n. 08-21.511
18. Cass. Com. 18 février 2004, n. 01-11.728 AJ fam. 2004 146 ; JCP 2004. I. 176, n. 23
19. Cass. Com. 19 juin 1990, D. 1992. Somm. 32
20. Cass. Com. 21 février 2012, n. 11-10.900, RD banc. fin. 2012. commentaire 75 ; RTD com. 2012, p. 380
21. Cass. Com. 24 mai 2018, n. 17-27.969
22. Cass. Com. 25 février. 2003, n. 00-21.184 RTD civ. 2003. 477
23. Cass. Com. 25 janvier 2005, n. 03-14.693 D. 2005. AJ 485
24. Cass. Com. 28 novembre 2006, Banque et Dr. 2007. 30, n. 112
25. Cass. Com. 29 novembre 2017, n. 16-22.060, D. 2017. 2420
26. Cass. Com., 10 décembre 2002, D., 2003, AJ, p. 134
27. Cass. Com., 11 avril 1995, n. 92-20.985, Bull. civ. IV, n. 121; D. 1996, jurisp. p. 573
28. Cass. Com., 13 janvier 1998, n. 96-30.097, 96-30.098 et 96-30.099, Quot. Jurid, 1998, n. 27, p. 2
29. Cass. Com., 13 juin 1995, RTD civ. 1996, p.169
30. Cass. Com., 13 novembre 2003, n. 00-19.573, Juris Data n. 2003-021015; JCP E 2004, n. 20-21, p. 812
31. Cass. Com., 13 novembre 2003, RD bancaire et financier 2004, n. 152 ; Banque et droit mars-avr. 2004, p. 57
32. Cass. Com., 15 mai 2019, n. 18-10.491
33. Cass. Com., 16 décembre 2008, D. 2009. AJ. 163 ; JCP E 2009, p.1037
34. Cass. Com., 16 janvier 2001, n. 98-11.744, Juris Data n. 2001-007769, Bull. civ. IV, n. 12.
35. Cass. Com., 16 mars 2010, n. 08-21.511 Sté Moller Maersk c/ Sté Viol frères, Juris-Data n. 2010-002032
36. Cass. Com., 18 septembre 2007, n. 06-10.663 P, D. 2007. AJ 2466
37. Cass. Com., 19 avril 1988, n. 86-19.079, Bull. civ. 1988, IV, n. 134; Dr. Fisc. 1988, n. 32-38, com. 1733; RJF 2/1989, n.2
38. Cass. Com., 19 juin 1990, D. 1992, Somm. p. 32
39. Cass. Com., 23 janvier 2007, n. 05-18.368: Juris Data n. 2007-037050, Bull. civ. IV, n. 7

40. Cass. Com., 24 mai 2018, n. 17-27.969
41. Cass. Com., 25 février 2003, n. 00-21.184, Juris Data n. 2003-017925
42. Cass. Com., 25 janvier 2005, n. 03-14.69, Juris Data n. 2005-026588 Bull. civ. IV, n. 13
43. Cass. Com., 27 avril 1964, Revue crit. DIP 1965. 346
44. Cass. Com., 30 janvier 1996, SA Cogespa et autres c/ Marlin, Bull. Joly 1996, p.386
45. Cass. Com., 4 juillet 2018, n. 17-10.158
46. Cass. Com., 7 janvier 2004, Banque et droit 2004, n. 94, p.36
47. Cass. Crim. 19 décembre 1885 (DP 1886-I, 347)
48. Cass. Crim., 11 juin 1979, Bull. crim., n° 199.
49. Cass. Crim., 12 avril 1951, Bull. Crim. no 103; D. 1951. 363
50. Cass. Crim., 15 décembre 1885, DP, 1886, 1, p. 347
51. Cass. Crim., 16 mai 2000, n. 99-85.304 P, D. 2002. Somm. 85
52. Cass. Crim., 24 janvier 1957, Bull. Crim. n. 86; D. 1957. 298; S. 1957. 219; Gaz. Pal. 1957. 1. 412
53. Cass. Crim., 25 janvier 1968, Bull. Crim. n. 25, D. 1968. 153
54. Cass. Crim., 25 janvier 1977, Bull. crim., n° 32 ; D., 1977, p. 666 ; JCP 1977. II. 18651
55. Cass. Crim., 27 avril 1994, n. 93-82.976 P : D. 1994. 402
56. Cass. Crim., 3 mai 2001, n. 00-81.691 P : D. 2001. IR 2875
57. Cass. Crim., 30 janvier 1975, Bull. crim., n° 36 ; JCP, 1975, II, 18137
58. Cass. Crim., 7 mars 1989, Bull. Crim. n. 109
59. Cass. Crim., 9 mai 1913, S., 1914, 1, p. 169, DP, 1914, 1, p. 206
60. Cass. Crim., 9 novembre 1901, DP, 1902, 1, p. 235
61. Cass. Soc., 5 mars 2008, CCE, 2008 n. 83
62. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2001, D., 2001, p. 2299
63. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 1997, inédit
64. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 octobre 1976, JCP, 1978, II, 18989
65. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, n° 06-18.448, Bull. civ. I, n. 191, D., 2007
66. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1989, Bull. civ. I, n. 257
67. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1990, n. 89-13.049, Juris-Data, n° 1990-002992
68. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1993, n. 91-20.580, Juris-Data, n° 1993-002228
69. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, n° 89-19.818, Juris-Data, n° 1991-001409 ; D., 1992, p. 213
70. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1984, Bull. civ. I, n. 176 ; D., 1985, IR 17
71. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n. 98-14.610, Bull. civ. I, n. 167; D., 2001, Somm., p. 1989
72. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 1988, D., 1988, info rapide, p. 184
73. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1989, Bull. civ. 1989, I, n° 307
74. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 18 mars 2004, n. 02-13.529
75. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1999, Bull. civ. II, n° 129, D., 1999, IR 210
76. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 20 octobre 1976, Bull. civ., 1976, II, n. 279
77. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 23 septembre 2004, CCE, 2005
78. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1976, Bull. civ. II, n. 3
79. Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2004, n. 02-18.081 D., 2004, Somm., p. 1631
80. Cass. Civ., 21 juillet 1987, Bull. civ. I, n. 248.
81. Cass. Com. 25 février 2003, n. 00-21.184 : Bull. civ. IV, n. 26.
82. Cass. Com. 5 février 1962, RB, 1962, p. 169
83. Cass. Com., 11 avril 1995, n° 92-20.985, Bull. civ. IV, n° 121, D. 199, p. 573
84. Cass. Com., 11 octobre 2005, Bull. civ. IV, n. 206 ; D., 2005, AJ 2869
85. Cass. Com., 12 octobre 2010, n 09-70.740
86. Cass. Com., 13 juin 1995, n. 93-16.317 P, Bull. civ. IV, n° 172 ; D., 1995, IR 166
87. Cass. Com., 13 novembre 2003, n. 1505 F-D

88. Cass. Com., 15 janvier 1985, RTD com., 1985, p. 546
89. Cass. Com., 16 janvier 2001, n. 98-11.744, Bull. civ. IV, n. 12, D., 2001, AJ 545
90. Cass. Com., 17 janvier 2007, JCPE, 2007, n. 46, p. 22
91. Cass. Com., 18 septembre 2007, Bull. civ. IV, n. 195 ; D., 2007, AJ-2466
92. Cass. Com., 19 juin 1990, Bull. civ., IV, n° 179 ; D., 1992, Somm., p. 32
93. Cass. Com., 1<sup>er</sup> avril 1997, n. 95-12.965 P : RCCC, 1997, n. 112
94. Cass. Com., 21 février 2012, RTD com., 2012, p. 380
95. Cass. Com., 23 octobre 2001, RDS, 2002, n. 22, p. 17.
  
96. Cass. Com., 25 janvier 2005, n. 03-14.693
97. Cass. Com., 25 février 2003, n. 00-21.184, D., 2003, AJ 1162 ; Bull. civ. IV, n. 26.
98. Cass. Com., 28 avril 2004, n. 02-13.591 P.
99. Cass. Com., 8 juillet 2003, Bull. civ. IV, n. 119 ; D., 2003, AJ 217, D., p. 415
100. Cass. Com., 9 avril 1973, JCP, 1973, II, 17555
101. Cass. Com., 9 février 2016, n. 14-23.006 P : D., 2016, Pan. DA., p. 2310
102. Cass. Com., 9 janvier 1978, D., 1978, IR 308
103. Cass. Com., 9 juin 2004 : RBD, septembre-octobre 2004, p. 82, RJDA, 2004, n. 1363
104. Cass. Crim., 27 avril 1994, Bull. crim., n. 152 ; D., 1994, p. 402
105. Cass. Crim., 12 avril 1951, Bull. crim., n. 103 ; D., 1951, p. 363
106. Cass. Crim., 22 novembre 1994, RDP, 1995, 64
107. Cass. Crim., 24 janvier 1957, Bull. crim., n. 86 ; D., 1957, p. 298 ; S., 1957, p. 219 ; Gaz. Pal., 1957, 1, p. 412
108. Cass. Crim., 25 janvier 1968, Bull. crim., n. 25 ; D., 1968, p. 153, JCP, 1968, II, 15425 Gaz. Pal., 1968, 1, p. 164 ; RSC, 1968, p. 344
109. Cass. Crim., 5 février 1970, Bull. crim., n. 56 ; D., 1970, p. 249
110. Cass. Crim., 7 mars 1957, Bull. crim., n. 241
111. Cass. Crim., 7 mars 1989, Bull. crim., n.109 ; RSC, 1990, p. 73
112. Cass. Crim., 8 avril 1997, n. 96-82.351, Gaz. Pal., 1997, II, chronique criminelle, p. 162
113. Cass. Crim., 8 février 1994, Gaz. Pal., 1994, 1, Somm., p. 298 ; RDP, 1994, p. 134
114. Cass. Crim., 9 octobre 1978, Bull. crim., n. 263 ; D., 1979, p. 185
115. Cass. Crim., 16 mai 2000, n. 99-85.304 P, D., 2002

### **C. Conseil d'Etat**

1. CE, 10 octobre 2014, RLDA, 2014, n. 99, p. 35
2. CE, 16 juin 1976, n. 95513, Rec. CE 1976, p. 313 ; Dr. fisc. 1976, n. 44
3. CE, 28 novembre 1924, Tanti, Recueil Lebon p. 940.
4. CE, 30 décembre 2009, n. 306173, AJDA 2010. 460 ; JCP E 2010, n. 1470 ; Gaz. Pal. 2010. 896
5. CE, 9 avril 1897, Gaz de Montluçon, Recueil Lebon p. 305

### **D. Cour Européenne des Droits de l'Homme**

1. CEDH, 21 janvier 1999, n. 2918395 ; D., 1999, Somm., p. 272

2. CEDH, 24 juin 2004, Von Hannover c. Allemagne, CCE, 2004, p. 147
3. CEDH, 25 février 1993, n. 12661/87, Mialhe c/ France
4. CEDH, 25 février 1997, Z. c/ Finlande, JCP G 1998, I 107, n. 35
5. CEDH, 5 mai 2000 Rotaru c/ Roumanie 1978
6. CEDH, 6 décembre 2012, n. 12323/11, Michaud c/ France
7. CEDH, 6 septembre 1978, n. 5029/71, Klass et a. c/ Allemagne
8. CEDH, 7 mars 2000, Séguin c/ France, n. 42400/98 § 4
9. CEDH, gr. ch., 29 avr. 2008, n. 13378/05, Burden c/ Royaume-Uni, § 60, Juris-Data n. 2008-010479

## **E. Cour de Justice de la Communauté Européenne**

1. CJCE, 10 décembre 2002, Aff. C-153/00, Juris-Data n. 2002-207389
2. CJCE, 10 mai 1995, C-384/93, Alpine Investments BV, Rec. CJCE 1995, I, p. 1141
3. CJCE, 11 octobre 2007, ELISA, C-451/05, Rec. P. 1-8251, point 81
4. CJCE, 12 mars 1987, Commission c/Allemagne, Aff. 178/84, Rec. 793
5. CJCE, 12 novembre 1969, Aff. 29-69, Recueil de la CJCE, 1969, p. 419
6. CJCE, 14 juillet 1988, 3 Glocken et autres c/USL Centro-sud et autres, Aff. 407/85, Rec. 4233
7. CJCE, 14 juillet 1988, Procédure pénale c/Zoni, Aff. 90/86, Rec. 4285
8. CJCE, 15 janvier 2002, Commission c/ Italie, C-439/99, Rec. p. I-305)
9. CJCE, 16 mai 1989, Buet et autres c/Ministère public, Aff. 382/87, Rec. 1235
10. CJCE, 16 mars 1999, Manfred Trummer et Peter Mayer, Aff. C-222/97 : Rec. CJCE, p. I-1661
11. CJCE, 17 décembre 1981, Webb, Aff. 279/80, Rec. CJCE, I, p. 3305.
12. CJCE, 17 juillet 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Rec. P. I-4161
13. CJCE, 17 mai 1988, Warner Brothers et autres c/Christiansen, Aff. 158/86, Rec. 2605
14. CJCE, 18 décembre 2007, A, C-101/05, Rec. P. 1-11531 point 555
15. CJCE, 2 février 1989, Aff. 186/87, Cowan, Rec. CJCE, I, p. 195.
16. CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentral AG c/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein
17. CJCE, 20 septembre 1988, Commission c/Danemark, Aff. 302/86, Rec. 4607
18. CJCE, 22 novembre 1978, Somafer c/ Saar-Ferngas affaire n. 33/78, Rec. 2183.
19. CJCE, 23 novembre 1989, Torfaen Borough Council c/B & Q plc, Aff. C-145/88, Rec. 3851
20. CJCE, 23 novembre 1999, Clunet2000, 493
21. CJCE, 24 juin 1986, AKZO Chemie c. Commission, affaire 53/85, D., 1965.
22. CJCE, 25 juillet 1991, Commission c/Pays-Bas, Aff. C-353/89, non publié
23. CJCE, 25 juillet 1991, Säger c/Dennemeyer, Aff. C-76/90, Rec. CJCE, I, p. 4221
24. CJCE, 26 février 1991 Aff. C-98/89, Commission c/ Grèce : Rec. CJCE I, p. 727
25. CJCE, 26 février 1991, Aff. C-180/89, Commission c/ Italie, Rec. CJCE, I, p. 709
26. CJCE, 26 février 1991 Aff. C-154/89 Commission c/ France, Rec. CJCE, I, p. 659
27. CJCE, 26 juin 1980, Gilli et Andres, Aff. 788/79, Rec. 2071
28. CJCE, 26 septembre 2000, Commission/ Belgique

29. CJCE, 27 septembre 1988, Ahlström, Aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Rec., p. 5193
30. CJCE, 28 janvier 1986, Commission c/France [machines à bois], Aff. 188/84, Rec. 419
31. CJCE, 31 janvier 1984, Aff. 286/82, Luisi et Carbone : Rec. CJCE p. 377.
32. CJCE, 4 décembre 1986, Aff. 205/84, Commission c/ Allemagne, Rec. CJCE, I, p. 3755
33. CJCE, 4 juillet 2000, Hami, Aff. C-424/97, Rec. p. I-5123
34. CJCE, 5 octobre 2004, Aff. C-442/02, Caixa Bank c/France, D. 2004, p. 2770
35. CJCE, 6 mai 1986, Ministère public c/Muller, Aff. 304/84, Rec. 1511
36. CJCE, 7 mars 1990, GB-INNO-BM c/Confédération du commerce luxembourgeois, Aff. C-362/88, Rec. I.667
37. CJCE, 9 juillet 1997, SCI Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et Cie, Aff. C-222/95
38. CJUE, 13 septembre 2018, C-358/16 UBS Europe e.a.et C-594/16, Enzo Bussiono/Banca d'Italia, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n. 38, 20 Septembre 2018, actu. 700.
39. CJUE, 13 septembre 2018, C-594/16, Enzo Buccioni/Banca d'Italia
40. CJUE, 16 juillet 2015, Aff. C-580/13, D. 2015. 2168
41. CJUE, 16 juillet 2020, Aff. C-311/18, Data Protection Commissioner c/ Maximilian Schrems et Facebook Ireland
42. CJUE, 22 avril 2010, Commission/Royaume-Uni, C-346/08
43. CJUE, 25 avril 2013, Jyske Bank Gibraltar, Aff. C-212/11, Gaz. Pal. 2013. 2374
44. CJUE, 25 février 1993, Crémieux c. France, requête numéro 11471/85.
45. CJUE, 25 février 1993, Funke c. France, requête numéro 10588/83
46. CJUE, 25 février 1993, Mialhe c. France, requête numéro 12661/87
47. CJUE, 5e ch., 22 octobre 2015, Aff. C-264/14, Hedqvist: Juris Data n. 2015-023733, Europe 2015
48. CJUE, 6 octobre 2015, Aff. C-362/14, Data Protection Commissioner c/ Maximilian Schrems

## F. Conseil Constitutionnel

1. Cons. Constit. déc. 23 juillet 2010, n. 2010-16 QPC, M. Exbrayat, Dr. fisc. 2010, n. 35, Act. 321.
2. Cons. Constit., 16 janvier 1986, n. 85-200 DC, Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité, cons. 4
3. Cons. Constit., 16 septembre 2011, n. 2011-165 QPC, Sté Heatherbrae Ltd, Dr. fiscal 2011, n. 38, Act. 284.
4. Cons. Constit., 20 janvier 1993, déc. n. 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques
5. Cons. Constit., 21 janvier 1994, n. 93-335 DC, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, Rec. Cons. Constit. 1994, p. 40
6. Cons. Constit., 26 novembre 2010, n. 2010-70
7. Cons. Constit., 27 décembre 2019, n. 2019-796 DC
8. Cons. Constit., 27 janvier 2012, déc. n. 2011-214 QPC, Juris Data n. 2012-001572, AJ Pénal 2012, 167
9. Cons. Constit., 29 décembre 1983, n. 83-164 DC, Loi de finances pour 1984

10. Cons. Constit., 29 décembre 1989, n. 89-268 DC, Loi de finances pour 1990, Rec. Cons. Constit. 1989, p. 110, Dr. fisc. 1990, n. 4, Comm. 57.
11. Cons. Constit., 29 décembre 1989, n. 89-268 DC, Loi de finances pour 1990, cons. 40
12. Cons. Constit., 8 décembre 2016, n. 2016-741 censurant des dispositions de la loi Sapin II

### **G. Décisions de justice britanniques**

1. Cour d'Appel Britannique, civil division [1980] 1 All ER 213, Mareva Compania Naviera
2. Cour d'Appel Britannique, Tournier vs National Provincial and Union Bank of England, 1924, 1 K.B. 461
3. Cour Suprême Britannique, London Association of Protection of Trade vs Greenlands, 1916, 2 A.C, p. 15.

### **H. Décisions de justice américaines**

1. Cour de Floride (États-Unis d'Amérique) Milohnich vs First National Bank of Miami Springs, 1969, 224 So. 2d 759
2. Cour du District de la Californie du Nord, John Does Summons/USA United states Case 3 : 16-cv-06658-JSC Document 2 Filed 11/17/16
3. Cour du District de New York, Microsoft Corp. v. United States, 829 F. 3d 197, (CA2 2016). – United States v. Microsoft Corp., 584 U.S., 138 S. Ct. 1186.
4. Cour du District de New York, Microsoft Corporation, 15 F. Supp. 3d 466, 477 (S.D.N.Y. 2014).
5. Cour suprême d'Idaho (États-Unis d'Amérique), Peterson vs Idaho First National Bank, 1961, 367 P 2d 294
6. Cour Suprême des États-unis d'Amérique Grand Jury Subpoena, Two Grand Jury Contemnors y. United States, 826 F.2d 1166 (2d Cir. 1987)
7. Cour Suprême des États-unis d'Amérique, Doe y. United States, 487 U.S. 201 (1988)
8. Cour Suprême des États-unis d'Amérique, Grand Jury Proceedings, Yanagihara Grand Jury, 709 F. Supp. 192 (C.D. Cal. 1989)
9. Cour Suprême des États-unis d'Amérique, Grand Jury Proceedings, Yanagihara Grand Jury, 709 F. Supp. 192 (C.D. Cal. 1989), Memorandum Order Compelling Respondent Ahmad Shams to Sign Consent Directive.
10. Cour Suprême des États-unis d'Amérique, Grand Jury Subpoena, Two Grand Jury Contemnors vs. United States, 826 F.2d 1166 (2d Cir. 1987),
11. Cour suprême des États-Unis d'Amérique, Société Nationale Industrielle Aérospatiale y. U.S. District Court, 482 U.S. 522 (1987)
12. Cour Suprême des États-unis d'Amérique, United States c/ Miller, 425.US.435, 96 S. Ct 1619, 1976
13. Cour Suprême des États-unis d'Amérique, United States vs Miller, 1976, 425 US 435, 96 S, Ct 1619, 1976.
14. Cour Suprême des États-unis d'Amérique, United States vs Verdugo-Urquidez, 494 U.S. 259, 281, 1990

15. Cour Suprême des États-unis d'Amérique, *United States vs. First National City Bank*, 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968)
16. Cour Suprême du Canada, *Re Spencer and the Queen* (1983) 145 D.L.R (3d) 344
17. UBS/ USA du 18 Février 2009 Case N. 09-60033-CR-COHN, February. 18, 2009, *Deferred Prosecution Agreement*.25 No. 4 *International Enforcement Law Reporter*, p. 134

## I. Cour Internationale de la justice

1. Cour Internationale de la Justice, 21 mars 1958, *Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. (Interhandel)*
2. Cour permanente de justice internationale, 7 septembre 1927 *Aff. Lotus (France c/ Turquie)*, Série A., n. 10 (1927)

## J. Décisions de premiere instance

1. Juge unique pénal (Metn- Liban), 11 mars 1983, *Revue AI Adl*, 1988, p. 271
2. T. Civ. Seine, 9 juill. 1963, *JCP* 1963, II. 13434
3. T. Com. Nice, 18 janv. 1984, *Nassuel c/ Crédit Lyonnais*.
4. T. Com. Paris, 20 juill. 2005, *Sté Trafigura Beheer c/ BNP Paribas* : *Juris-Data* n. 2005-288978
5. T. Corr. Lure, 4 novembre 1970, *D.* 1971. 276
6. T. Corr. Pau, 23 octobre 1963, *Banque* 1964. 117
7. T. Corr. Tarbes, 7 octobre 1997 : *JCP E* 1999, n. 17, p. 760
8. T. Civ. Monaco, 3 mai 1973 : *RTD com.*, 1973, p. 610
9. T. Com., Paris, 16 mai 1994, *JCPE*, 1995, I, n. 465, n. 8
10. T. Corr. Lure, 4 novembre 1970 : *D.*, 1971, p. 276
11. T. Corr. Pau, 23 octobre 1963 : *RB*, 1964, p. 117
12. *TGI Lure*, 4 novembre 1970, *D.* 1971, *JP*, p.279
13. *TGI Metz*, 20 novembre 2014, n. 12/00644, *LEDB* janvier. 2015, p. 1
14. *TGI Paris*, 10 juillet 1991, *Banque* 1991. 1088
15. *TGI Paris*, 12 février 2019, n. 14/07224, *Que Choisir c/ Google Inc.*, *Dalloz IP/IT* 2019. 258
16. *TGI Paris*, 28 janvier 1991, *Juris-Data*, n. 020834.
17. *TGI Paris*, 7 août 2018, n. 14/07300
18. *TGI Paris*, 9 avril 2019, n. 14/07298, *Que Choisir c/ Facebook*
19. *TGI Seine*, 13 avril 1967, *Revue crit. DIP* 1969. 68
20. *TGI Carpentras*, 17 septembre 1997, *BICC*, 1998, n. 263 ; *D.*, 1998, p. 625
21. *TGI Grenoble*, 22 mai 1957, *JCP*, 1957, II, 10246
22. *TGI Nanterre*, 20 juin 2005, *Légipresse*, 2005, I, p. 127
23. *TGI Nanterre*, 25 mai 2010, *RBD*, septembre-octobre 2010, p. 37
24. *TGI Paris*, 10 juillet 1991, *RB*, 1991, p. 1088 ; *D.*, 1993, *Somm.*, p. 55
25. *TGI Paris*, 14 mai 1974, *D.*, 1974, p. 766

26. TGI Paris, 2 juin 1976, D., 1977, 364
27. TGI Paris, 21 mars 1991, D., 1992, Somm., p. 30 ; RTD com., 1991, p. 165
28. TGI Paris, 3 juillet 1971, D., 1972, Somm., p. 47
29. TGI Paris, 7 août 1986, D. 1987, Somm., p. 138
30. TGI Paris, 9 février 2005, Légipresse, 2005, I, p. 54
31. TGI, Paris, 10 décembre 1978, inédit
32. Tribunal Lux., 24 avril 1991, inédit