

# LE SECRET BANCAIRE : L'ENTRÉE D'UN PRINCIPE AU PURGATOIRE



MANUEL ROLAND  
TCHEUMALIEU  
FANSI

Chercheur  
postdoctoral FNR  
Université  
du Luxembourg

La montée angoissante du phénomène de blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme, conjuguée avec les implications persistantes de la crise des *subprime* dans tous les pays développés, qui continuent de faire face à l'assèchement de leurs recettes budgétaires dans un contexte de scandales à répétition d'évasion et de fraude fiscales, explique le fait que s'est imposée la nécessité de protéger les circuits bancaires utilisés pour parfaire toutes ces infractions de nature transfrontière. À la faveur de cette lutte justifiée par l'intérêt général de chaque État et même de la communauté internationale, le respect du secret bancaire, jadis pilier essentiel de la solidité de tout système bancaire et principe sacré des oasis et paradis bancaires ou des places *offshore*, est désormais entré au purgatoire. Le banquier doit désormais, au mépris du secret bancaire, confesser sous forme de délation aux destinataires institués, les moindres suspicions qui pèsent sur son client à l'occasion de chaque opération de banque.

L'obligation au secret bancaire a été depuis longtemps un des fondements essentiels de la solidité de l'industrie bancaire classique. La prohibition de divulgation concerne en principe les affaires privées ou confidentielles du client. Le « secret bancaire est un secret professionnel qui protège la sphère privée des clients d'une banque

contre l'immixtion des tiers<sup>1</sup> ». Ainsi, au même titre que les médecins, les avocats, les ecclésiastiques, « les fonctionnaires et les employés de banque sont tenus de prendre au sérieux leur obligation de respecter le secret professionnel<sup>2</sup> ». L'industrie bancaire s'est solidement construite fondamentalement autour de la protection du secret bancaire. Poussée à l'extrême, l'obligation au secret professionnel du banquier s'enracine dans les mœurs et se transforme en une sorte de culte dont les adeptes les plus fidèles restent les professionnels des milieux bancaires et de la finance<sup>3</sup>. Dans ces milieux, la protection de l'anonymat des clients et de leurs affaires s'impose en mode vie professionnelle.

Concrètement, le banquier, en rendant inaccessible les informations concernant son client, gagne la confiance de ce dernier. Le secret bancaire absolu a donc été conçu à l'origine sous forme de forteresse de nature à donner l'assurance à tout client et à instaurer un climat de confiance entre ce dernier et son gestionnaire de compte. La finalité était de rassurer le client qu'aucune information concernant son compte ne pourra faire l'objet d'une divulgation par son banquier. À l'analyse, l'attractivité d'un système bancaire est largement tributaire de l'application effective et même absolue du secret bancaire dont peuvent bénéficier les clients de tous les horizons. Dans ces conditions, le banquier, dirigeant de fait ou de droit, simple agent, temporaire ou permanent doit tout mettre en œuvre pour rassurer le client que les informations qu'il a de ses affaires resteront protégées sous le sceau de la confidentialité et ne sauraient être divulguées. L'obligation au silence ou à la discrétion s'applique ainsi à l'ensemble du personnel de la banque et même parfois aux personnes<sup>4</sup> qui sont sim-

1. N. Bruchez, J. Galli, R. Lavizzari, *Projet de groupe sur le secret bancaire*, Cours d'économie nationale du professeur Jean-Christian Lambelet, HEC de Lausanne, année 2002-2003, janvier 2003, p. 3.

2. N. Bruchez, J. Galli et R. Lavizzari, *op. cit.*, p. 3.

3. Le secteur de la finance est ici très large et prend en compte non seulement les professionnels des marchés financiers ou des Bourses de valeurs mobilières, mais également les professionnels du secteur parabancaires tels les gestionnaires de patrimoines, les professionnels de la fiducie et trusts (également gestionnaires de patrimoine d'autrui dans le cadre des contrats de fiducie), les professionnels gestionnaires des fonds d'investissements, les avocats...

4. Il peut s'agir des agents de sécurité qui participent à la sécurisation de la banque, des stagiaires en séjour professionnel temporaire, de toute personne en lien avec la banque et qui peut entrer en contact avec les informations concernant le compte du client de la banque.

plement en relation avec la banque. En effet, le secret bancaire « consiste dans la discrétion que les banques, leurs employés ainsi que certaines personnes en relation avec elles, doivent observer sur les affaires économiques et personnelles de leurs clients<sup>5</sup> ». C'est donc une obligation au silence que doit absolument observer le banquier quel qu'il soit, dans la gestion des informations de nature confidentielle concernant son client et dont la connaissance a été rendue possible lors du fonctionnement du compte bancaire. L'application rigoureuse et même sacrée du secret bancaire a longtemps fait école dans les pays qualifiés de paradis bancaires et fiscaux. Toutefois, les paradis bancaires et fiscaux se distinguent même si des recoupements<sup>6</sup> entre les deux sont parfois inévitables. Le paradis bancaire<sup>7</sup> est fondé sur le respect absolu du secret bancaire tandis que le paradis fiscal<sup>8</sup> est fondé sur l'attractivité des capitaux étrangers par la pratique d'un très faible taux d'imposition fiscale des revenus et des bénéficiaires<sup>9</sup>.

Dans les pays qualifiés de paradis bancaires et de paradis financiers<sup>10</sup>, l'opacité des flux financiers est la règle fondamentale compte tenu du respect quasiment absolu du secret bancaire. La discrétion du banquier gestionnaire de compte est même une norme sociale qui fait partie des mœurs même en dehors de toute consécration législative. Profitant de sa neutralité entre les deux guerres mondiales, la Suisse par exemple s'est forgée une réputation de précurseur et de championne du monde de gardienne<sup>11</sup> du secret bancaire en introduisant dès 1934

des règles de protection du secret dans sa législation bancaire. L'article 47 de la loi fédérale<sup>12</sup> suisse punit, la rupture ou la violation du secret bancaire comme un crime passible de prison. Dans les paradis bancaires, l'ouverture des comptes bancaires anonymes ou *offshore*<sup>13</sup> et des comptes bancaires numérotés<sup>14</sup> sont les dispositifs essentiels qui concourent au respect sans faille du secret des affaires du client de la banque. L'exemple de la Suisse démontre avec pertinence l'é étroitesse de la frontière entre les paradis bancaires et paradis judiciaires, car le secret des affaires des clients des banques est garanti sur le plan législatif et par les juridictions qui sont chargées de sanctionner toute transgression<sup>15</sup>.

Le secret bancaire tel que conçu à l'origine a d'abord connu son âge d'or grâce aux théories sur lesquelles il était fondé. Toutes les affaires, toutes les informations concernant un client et son banquier étaient jadis hors d'atteinte des tiers car le secret bancaire a été conçu comme une véritable forteresse infranchissable (première partie). Toutefois, la protection du secret bancaire de nos jours ne peut être efficace que dans la mesure où les affaires du client ne sont pas en conflit avec l'intérêt général<sup>16</sup> juridiquement protégé d'un pays ou de la Communauté internationale. La communauté internationale fait désormais face à des défis divers notamment le financement du terrorisme international, le blanchiment d'argent sale ou d'origine douteuse, l'évasion fiscale et les paradis fiscaux. Pour combattre ces fléaux dont la mise en œuvre emprunte manifestement les circuits bancaires, le voile du secret bancaire doit impérativement être levé lorsque les circonstances de chaque espèce l'imposent.

5. J.-C. Lamelet, [www.biciab.bf/lexique\\_bancaire/Lamelet](http://www.biciab.bf/lexique_bancaire/Lamelet), Université de Lausanne, École des HEC-Lausanne, janv. 2002

6. La distinction entre paradis fiscal et bancaire n'est pas facile à faire, car l'un engendre l'autre inévitablement. Il s'agit donc pour être plus clair et précis de paradis fiscaux, bancaires et judiciaires : dans ces pays et territoires, « les trois caractéristiques fiscales, bancaires et judiciaires sont toujours mêlées à des degrés divers ». Cf. J. Dalode, « Présentation des paradis fiscaux et judiciaires », in [www.survie.org/francafrique/paradis-fiscaux-et-judiciaires](http://www.survie.org/francafrique/paradis-fiscaux-et-judiciaires), 24 février 2006.

7. Encore appelé « paradis financier », un paradis bancaire est un système bancaire caractérisé par l'application quasi absolue du secret bancaire. Dans un paradis bancaire, le respect du secret bancaire est presque sacralisé et est ainsi respecté rigoureusement puisqu'il constitue le fondement le plus solide sur lequel repose tout le système.

8. Un « paradis fiscal » est un pays qui attire les capitaux étrangers par la pratique d'une réglementation monétaire et fiscale souple, très favorable par rapport au reste du monde. Concrètement, c'est un pays qui pratique une imposition fiscale très basse en comparaison à un autre pays. Ce qui veut dire en réalité qu'un pays sera toujours un paradis fiscal par rapport à un autre notamment en l'absence de l'uniformisation des politiques fiscales. Un paradis fiscal est toujours un paradis bancaire puisque ce dernier pratique le secret bancaire ou du moins, l'opacité des informations financières. Les paradis fiscaux qui sont généralement des petits territoires (souvent des territoires insulaires) compensent leur faible imposition fiscale par le grand volume d'opérations qu'ils traitent au niveau mondial. Les paradis fiscaux sont ainsi devenus des maillons incontournables dans la stratégie fiscale des sociétés multinationales qui y installent des sociétés holding où elles peuvent faire apparaître leurs bénéficiaires. La finance *offshore* est ainsi devenue une compétition entre les nations car chacune voulant brandir une politique fiscale avantageuse, incitative pour les contribuables venus du monde entier. Voir en ce sens, [www.compte-offshore.com/offshore\\_banking.html](http://www.compte-offshore.com/offshore_banking.html), article « Compte-offshore.com : ou comment optimiser votre situation fiscale ? », 6 avril 2013.

9. C'est la principauté de Monaco qui inventa la taxation zéro en 1868 en supprimant toute imposition personnelle afin d'augmenter l'attractivité de son casino. Par ailleurs, les premiers territoires à fiscalité privilégiée furent les îles anglo-normandes (Jersey et Guernesey) ainsi que l'île de Man qui obtinrent leurs avantages contre la soumission à la Couronne d'Angleterre et le renoncement au soutien de la contrebande et de la piraterie.

10. D'après le *Financial Secrecy Index*, les dix pays par lesquels transitaient le plus de flux opaques dans le monde avant les premiers effets de la crise des *subprime* en 2009 sont par ordre décroissant d'importance : le Delaware (États-Unis), le Luxembourg, la Suisse, les îles Caïmans, la City de Londres (Grande-Bretagne), l'Irlande, les Bermudes, Singapour, la Belgique, Hong Kong : [www.wikifix.com](http://www.wikifix.com), article sur le *Financial Secrecy Index*, 2009.

11. La Suisse occupe le premier rang mondial dans la gestion des fortunes privées. Jacques Dalode (membre de Survie), dans son message du 15 mars 2005 au groupe Vie Nouvelle de la Marne estime que : au moins 50 % des avoirs déposés en Suisse par des étrangers (soit quelque 800 milliards de dollars) n'ont pas été déclarés dans leurs pays ; 60 %

des fortunes déposées par des épargnants européens hors de leur contrée d'origine se trouveraient en Suisse ; 27 % serait la part de la Suisse dans l'ensemble des marchés financiers « *offshore* » du monde. Voir J. Dalode, *op. cit.*, sous titre « La Suisse ».

12. Il s'agit des dispositions de l'article 47 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne qui érigent en infraction relevant du droit pénal, la violation du secret bancaire, infraction poursuivie et réprimée des peines pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement et d'amendes pouvant atteindre 250 000 francs suisses.

13. Le Luxembourg comme le Liechtenstein au contraire de la Suisse qui pratiquait les comptes numérotés pratiquaient les comptes bancaires anonymes. Dans les faits, un compte anonyme ne saurait juridiquement exister. On imagine mal un compte où le signataire ou le bénéficiaire reste inconnu. Le parallèle est résolu par l'ouverture des comptes dits *offshore* par les banques *offshore*. Ces dernières proposent à leurs clients, des comptes dont la sécurité, l'anonymat et la confidentialité sont renforcés par l'attribution à chaque compte d'un pseudonyme connu seulement par le banquier gestionnaire de compte et le titulaire. Par conséquent, même en cas d'une transaction comme le virement auprès d'une autre banque, c'est le pseudonyme créé qui apparaît en lieu et place du véritable nom du titulaire du compte. Voir « Comment ouvrir un compte bancaire à l'étranger, comptes bancaires *offshore* pour expatriés et interdits bancaires », [www.comptebancairetranger.com](http://www.comptebancairetranger.com), 28 août 2012.

14. La Suisse pratique le mécanisme d'ouverture de compte numéroté. Les comptes bancaires ne sont pas ainsi identifiés par le nom de leur titulaire mais par des numéros qui leur sont attribués sous forme de codes.

15. La jurisprudence *Elmer* met à jour le souci de protection du secret bancaire par les autorités helvétiques. M. Elmer était durant huit ans, le numéro 2 de la banque Julius Baer aux îles Caïmans jusqu'à son licenciement en 2002. Il a été condamné par le tribunal de première instance de Zurich le 19 janvier 2011 à une amende de 7200 francs suisses (5500 euros), assortie d'un sursis de deux ans pour violation du secret bancaire puisqu'il s'est rendu coupable d'avoir transmis à plusieurs reprises, des données sur des présumés fraudeurs du fisc aux médias, à *wikileaks* et même au fisc helvétique. Devant le tribunal, l'ex-banquier se défendait en des termes fort révélateurs : aux îles Caïmans, les activités de Julius Baer étaient « immorales, non conformes à l'éthique et avaient pris un tour criminel », ce qui l'a amené à « agir contre le système bancaire *offshore* ». Ben Stansall, Agence France Presse, « L'ex-banquier ayant informé *Wikileaks* condamné pour violation du secret bancaire », [www.libération.fr](http://www.libération.fr), 19 janvier 2011.

16. Les limitations apportées au principe du secret bancaire justifiées par la protection des intérêts particuliers telles que les saisies-attribution des créanciers ou l'action des héritiers ne seront abordées qu'incidemment par rapport aux violations justifiées par l'intérêt général émanant des instances institutionnelles (État ou tout organisme).

Ces enjeux ont surclassé les procédures classiques<sup>17</sup> qui justifiaient la levée du voile du secret bancaire. Toutefois, les violations à la discrétion du banquier diffèrent d'un pays à l'autre<sup>18</sup>. L'agonie du secret bancaire est peut-être irréversiblement annoncée depuis la croisade contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme initiée notamment à la suite des attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis. À cette cause, il convient d'ajouter la crise des subprimes déclenchée aux États-Unis en 2008, qui par effet de domino a entraîné comme lors de la crise de 1929, un accroissement des déficits budgétaires, amenant les États concernés à rechercher où qu'ils se trouvent, les revenus de leurs ressortissants évadés fiscaux en vue de leur effective imposition fiscale. C'est tout le sens de l'intensification de la lutte contre l'évasion fiscale lancée depuis 2009 de façon redoutable et unilatérale par certains pays à l'instar des États-Unis et de façon plus ou moins concertée par des institutions comme l'Union européenne, le G20 et l'OCDE qui vise les comptes non déclarés ouverts par les évadés fiscaux dans les paradis bancaires et fiscaux. Le principe du secret bancaire jadis sacralisé est désormais poussé à l'agonie par les enjeux contemporains de blanchiment et d'évasion fiscale d'envergure et d'importance plus grande (deuxième partie).

## I. LES ARGUMENTS THÉORIQUES QUI ONT JADIS FAIT DU SECRET BANCAIRE UNE FORTERESSE INFRANCHISSABLE

Soutenu par des théories qui ont presque contribué à sa sacralisation, le secret bancaire a été conçu à l'origine comme une forteresse infranchissable. La pertinence des arguments théoriques (1.) a concouru à faire de ce principe, un pilier d'importance démesurée de tout système bancaire et en particulier des paradis bancaires (2.).

### 1. Les théories avancées en faveur de la sacralisation du secret bancaire

Les théoriciens défenseurs du secret bancaire ont argué que ce principe est un droit fondamental. Opérant une synthèse des idées soutenues par ces théoriciens, l'on retient que le secret bancaire protège l'inviolabilité de la vie privée (1.1.) mais s'impose également comme un véritable refuge pour toute personne (1.2.).

#### 1.1. Tentative de reconnaissance du secret bancaire comme un droit fondamental fondé sur l'inviolabilité de la vie privée

Dans les paradis bancaires, l'obligation à la discrétion bancaire a été appliquée avec rigueur voire avec absolutisme. La problématique d'ériger le secret bancaire en droit fondamental s'est même posée et a été vigoureusement défendue. L'argument de base pour faire du secret bancaire un droit fondamental repose sur l'inviolabilité de la vie privée. L'argumentation consiste à démontrer que le compte bancaire ainsi que les dépôts bancaires du client font partie intégrante de sa vie privée et ne sauraient être violés. Ces éléments patrimoniaux doivent par conséquent être couverts par l'inviolabilité. L'argument paraît pour le moins défendable, car le compte bancaire de même que son contenu font partie du patrimoine et méritent de toute évidence d'être protégés contre toute violation, au même titre que la propriété<sup>19</sup>. Par conséquent, dans un système bancaire qui se veut rassurant, seul le respect effectif du secret bancaire peut concourir à garantir une jouissance et une protection adéquate des clients déposants. À juste titre, le tribunal fédéral suisse même s'il ne reconnaît pas que le secret bancaire est un droit fondamental, avait en effet établi dès 1914 que « la vie privée doit être murée<sup>20</sup> ». Le compte bancaire est ainsi l'expression de « ce mur », car dans les rapports entre une banque et son client, les informations que recèle un compte en banque révèlent les éléments de la vie privée du détenteur. À juste titre, l'avocat genevois Michel Halpérin soutenait déjà que le secret bancaire « fait partie des droits de l'homme<sup>21</sup> » et mérite ainsi d'être protégé. D'après cette théorie, la divulgation des informations contenues dans un compte bancaire à un tiers particulier ou même institutionnel, la révélation même de son existence est une atteinte au principe d'inviolabilité de la vie privée. Que l'on soit dans les paradis bancaires ou pas, les déposants qui préfèrent placer leurs revenus en banque sont en quête de refuge et d'abri dont la seule comparaison équivalente réside dans l'image de l'incrustation d'un trésor dans un mur. Dans ces conditions, toute révélation sur l'existence du compte bancaire ainsi que des informations qu'il est susceptible de contenir à des tiers en dehors des procédures suffisamment encadrées<sup>22</sup> est un déverrouillage dommageable du mur de secret existant entre le banquier et son client. La protection du secret des affaires est largement soutenue par les banquiers eux-mêmes notamment dans les paradis bancaires. C'est pour cette raison que l'Association suisse des banquiers soutenait déjà que le « droit à la discrétion » constitue l'un des fondements du système financier suisse car « L'État doit [...] laisser à chacun un espace à l'intérieur duquel le droit à l'opacité prime sur toute autre considération<sup>23</sup> ». En par-

17. Les procédures classiques telles que la saisie-attribution des créances, la saisie conservatoire, l'avis à tiers détenteur sont celles qui permettent à tout créancier parfois titulaire d'un titre exécutoire ou non (en fonction de la nature de chaque saisie), de saisir entre les mains du banquier tiers saisi, le compte bancaire de son débiteur.

18. Tous les pays ne font pas la même application du secret bancaire. Les atteintes portées au principe du secret bancaire diffèrent en effet d'un pays à l'autre. En France, certaines administrations ont accès aux informations qu'elles demandent. C'est le cas du fisc, du service des douanes, de la Banque de France, de la commission bancaire et de l'autorité des marchés financiers. En outre, depuis 1990, les banques sont obligées de signaler toute transaction suspecte. Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure pénale, la justice peut exiger la levée du secret bancaire. En Suisse, à l'exception de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, l'administration n'a pas d'accès aux informations bancaires. Seule la justice peut lever le secret bancaire. Cf., « Secret bancaire », [www.leparisien.fr](http://www.leparisien.fr), version du 9 décembre 2009.

19. La propriété étant définie par l'article 544 du Code civil français comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

20. S. Besson, *Le Secret bancaire (la Place financière Suisse sous pression)*, coll. « Le savoir suisse », 2<sup>e</sup> édition, 2009, p. 17.

21. « Le secret bancaire dans la Constitution Suisse ? », [www.lepoint.fr](http://www.lepoint.fr), 4 novembre 2012.

22. Il peut s'agir d'une procédure régulière de saisie de compte bancaire dans le cadre d'une procédure de saisie attribution par exemple, d'avis à tiers détenteur, ou de blanchiment de capitaux.

23. S. Besson, *op. cit.*, p. 17.

ticulier, dans ces oasis bancaires, la levée du secret bancaire est très difficile même dans le cadre d'une procédure régulière<sup>24</sup>. Briser un tel pacte de confiance s'analyserait comme une trahison du banquier. La levée du secret bancaire est donc perçue comme une violation de la sphère privée. Au demeurant, tout client de la banque qui tient à préserver la confidentialité de ses affaires et l'inviolabilité de sa vie privée trouve dans l'application rigoureuse du principe du secret bancaire, un véritable abri.

### 1.2. Le secret bancaire est synonyme de refuge pour toute personne

Les développements sur le secret bancaire amènent très souvent à faire référence à la Suisse. Cette référence à la Suisse n'est pas anodine car ce pays a toujours assumé son rôle de paradis bancaire à travers ses politiques de défense du secret bancaire. Ainsi, l'application rigoureuse de discrétion dans le domaine financier constitue l'une des valeurs fondamentales de tout système bancaire et plus particulièrement des territoires qualifiés par l'acronyme anglo-saxon de « banks heavens ». Le vocable « banks heavens » rend certainement mieux compte de la réalité car il s'agit des territoires où les capitaux et avoirs des déposants sont accueillis, avec toutes les garanties d'imperturbabilité et de sécurité pour les déposants. L'obligation à la discrétion bancaire qui pèse sur tout banquier conforte le client dans l'idée que le système bancaire notamment les comptes bancaires constituent son refuge indispensable pour la sauvegarde de ses avoirs. La situation pionnière de la Suisse comme pays refuge des capitaux étrangers pratiquant un secret bancaire inébranlable était d'ailleurs vantée en 1937 par l'Association des banquiers privés suisses en des termes plus explicites : « La Suisse est par excellence, et ceci depuis de très nombreuses années, le pays de refuge de capitaux étrangers considérables... »<sup>25</sup>. À juste titre, l'avocat genevois Michel Halperin, en affirmant que le secret bancaire est un droit de l'homme soutenait déjà que ce droit à la discrétion est un véritable refuge pour tout client de la banque et même tout citoyen. En effet, « L'État [doit laisser à chacun un espace à l'intérieur duquel le droit à l'opacité prime sur toute autre considération. Une société dans laquelle ce type de refuge n'existe pas est une société totalitaire] »<sup>26</sup>. Dans les paradis bancaires comme la Suisse, les défenseurs de l'absolutisme du secret bancaire continuent d'être très nombreux et se recrutent quasiment dans toutes les corporations élitistes de la société. Le droit à la discrétion des affaires devenu même une culture dans

les cantons helvétiques est défendu non seulement par les banquiers, mais également par les avocats, hommes politiques qui soutiennent que les informations bancaires contiennent un chapelet de renseignements : « Dans le cas où l'État aurait accès à ces données, il lui serait possible d'obtenir le nom des médecins, des lieux fréquentés, des achats effectués. Ce qui n'exclurait pas le risque que ces informations soient utilisées à des fins malhonnêtes. Le Comité interpartis ne souhaite pas qu'un État omniscient et fouineur se mette en place dans notre pays »<sup>27</sup>, d'où l'initiative populaire de juillet 2014 baptisée « oui à la protection de la sphère privée » visant à inscrire le secret bancaire dans la constitution suisse. La défense de cette théorie a considérablement servi à la construction du mur qui attire les évadés fiscaux en quête perpétuelle de demeure secrète et paisible pour sécuriser leurs avoirs à l'abri et loin de l'administration fiscale de leur pays d'origine. La problématique qui peut se dégager est celle de savoir : à qui sert le secret bancaire ?

## 2. Le secret bancaire est le pilier de solidité de tout système bancaire

Tout système bancaire quel qu'il soit est en principe respectueux du secret bancaire. En effet, la pratique du secret bancaire absolu est le véritable pilier sur lequel se construit un paradis bancaire. L'exemple fourni jadis par la Suisse, le Luxembourg et bien d'autres paradis bancaires démontre avec pertinence que les capitaux extérieurs représentent une part considérable voire prépondérante du PIB du pays en question. Le respect absolu de ce principe offre au client, les gages de sécurité et de confidentialité dans la gestion de sa fortune par son banquier. C'est pourquoi, le respect sans faille du secret bancaire profite d'une part au client et à son banquier gestionnaire de compte (2.1.) mais également à la solidité de tout système bancaire et financier en général et des paradis bancaires en particulier (2.2.).

### 2.1. L'intérêt pour le client et pour le banquier gestionnaire de compte

Le secret bancaire sert les nobles causes de tout système bancaire (a.) tandis que le secret bancaire appliqué avec absolutisme peut servir les causes inavouées et occultes (b.).

#### a. La relativité du secret bancaire sert les nobles causes de tout système bancaire

Le secret bancaire de prime abord est au service de tout système bancaire quel qu'il soit. C'est un principe qui ne peut être levé qu'exceptionnellement. Par ailleurs, le secret bancaire est au service de tous les déposants quels qu'ils soient. Le respect du secret bancaire limiterait l'évasion bancaire et fiscale car les déposants mis en confiance avec leur système bancaire n'auront plus besoin d'aller ailleurs notamment dans les paradis bancaires et fiscaux sécuriser leurs revenus. Selon cette thèse, c'est l'interventionnisme étatique dans cette sphère du secret bancaire qui encourage l'évasion fiscale. D'après cette analyse qui a eu

24. En Suisse, par exemple, jusqu'en mars 2009, seules étaient susceptibles même dans le cadre d'une procédure régulière d'entraide administrative de mettre en péril le secret bancaire, les poursuites engagées au titre de la fraude fiscale. La Suisse avait toujours fait la distinction entre la soustraction et la fraude fiscales. La fraude fiscale pouvait donner lieu à une telle poursuite notamment lorsque l'opération de dissimulation de fonds a été rendue possible par l'établissement de faux titres. Par contre, le simple fait de ne pas déclarer à son autorité fiscale, l'existence du compte quel que soit le montant, n'était pas suffisant pour lever le secret bancaire. Voir Rinny Gremaud, « Le secret bancaire suisse », [www.letemps.ch](http://www.letemps.ch), 26 mai 2010.

25. Voir en ce sens, Sylvain Besson, *op. cit.*, p. 29. La Suisse va également défendre son statut de pays refuge des capitaux étrangers pratiquant le secret bancaire absolu au profit de ses clients. C'est ainsi qu'en 1946, les avoirs allemands sont restitués après d'énormes pressions par la Suisse aux pays vainqueurs de la deuxième grande guerre. Toutefois, la Suisse s'est fermement opposée à l'identification des clients allemands par les fonctionnaires alliés comme le prétendaient les vainqueurs. Cette résistance farouche a permis à la Suisse d'effectuer elle-même l'identification des clients allemands à travers un organisme suisse notamment l'« Office de compensation ». Voir, Sylvain Besson, *op. cit.*, p. 30.

26. Voir, Michel Halperin, « Le secret bancaire », [www.youtube.com](http://www.youtube.com), 16 mars 2010, également sur [www.rts.ch](http://www.rts.ch), 8 mars 2009 et [www.dailymotion.com](http://www.dailymotion.com), 16 mars 2010.

27. Ian Hamel, « Un référendum en Suisse pour protéger le secret bancaire », 19 juillet 2014. Voir aussi, [www.lesobservateurs.ch](http://www.lesobservateurs.ch), 19 juillet 2014.

un écho favorable durant une certaine période, lorsque le compte bancaire qui fait partie intégrante du patrimoine du déposant et de sa vie privée ne peut plus bénéficier de la confidentialité, il y a inévitablement risque d'évasion fiscale et bancaire. C'est dans les formulations nettement plus élaborées et pertinentes qu'Albert Dondelinger<sup>28</sup> défendait déjà en 1972 les avantages du secret bancaire : « Dans une société d'aujourd'hui où l'interventionnisme de l'État s'étend et se fait toujours plus pénétrant, l'individu sent de plus en plus intensément la nécessité de soustraire les éléments de sa vie privée à la curiosité de la foule et aux investigations des pouvoirs publics. L'élément patrimonial prend, dans cette perspective, une importance particulière puisqu'il conditionne la satisfaction des besoins et rend possible l'évasion »<sup>29</sup>. D'après les tenants de cette analyse, l'atteinte portée au secret bancaire, encouragerait inévitablement l'évasion bancaire. En effet, plus la discrétion bancaire est renforcée, plus les capitaux se trouvent à l'abri de l'interventionnisme étatique et de la curiosité populaire et plus, l'économie est prospère<sup>30</sup>. Ainsi, lorsque les épargnants n'ont plus de confiance à leur système bancaire, ils se tournent résolument vers les systèmes bancaires qui leur garantissent la discrétion des affaires.

Même en dehors de tout paradis bancaire, le banquier gestionnaire de compte doit être le premier à protéger le secret bancaire notamment lorsque son client ne fait l'objet d'aucune procédure visant son compte<sup>31</sup>. Il convient ainsi de préciser que le secret bancaire relève aussi bien du droit des obligations que du droit civil. En ce qui concerne le droit des obligations, le banquier est le cocontractant de son client déposant et est à juste titre soumis au devoir de discrétion dans la gestion de la fortune de ce dernier. En ce qui concerne le droit civil, le respect du secret bancaire par le banquier gestionnaire de compte lui permet de respecter la sphère privée de son client et ne pas exposer son patrimoine à la curiosité extérieure. Par conséquent, tout manquement du banquier peut faire l'objet d'une action civile sur la base de la responsabilité contractuelle<sup>32</sup> et quasi délictuelle pouvant donner lieu à des dommages et intérêts en faveur du client. Lorsqu'il est respecté sans aucune atteinte, le secret bancaire participe à la solidité du système bancaire tout entier. Par contre, l'application stricte du secret bancaire peut servir des causes inavouées et occultes.

b. *L'absolutisme du secret bancaire est permissif pour les causes inavouées et occultes*

L'absolutisme du secret bancaire qui conduit à l'opacité de l'information bancaire et rend presque impossible toute divulgation de l'information bancaire profite de prime abord aux déposants qui sont dans l'impossibilité de justifier l'origine de leurs fonds par rapport à leur activité. La justification de l'origine des revenus est un véritable cauchemar pour les personnes qui ont des avoirs d'origine douteuse. Pour ne plus faire face à l'obligation de transparence qu'impose la justification de l'origine de leurs deniers, ces personnes sont manifestement portées à la recherche de circuits bancaires permissifs notamment des paradis bancaires qui leur offrent les garanties combinées de sécurité et de confidentialité absolues. C'est l'évasion fiscale qui est soigneusement entretenue et couverte sous le voile du respect du secret bancaire. Par ailleurs, seuls les paradis bancaires sont susceptibles d'offrir les garanties de sécurité et de confidentialité sans failles aux évadés fiscaux. C'est dans ces conditions que les titulaires des comptes bancaires non déclarés pourront se mettre à l'abri de toute divulgation qui pourrait être source d'ennuis pour leurs affaires et d'empoisonnement de leur vie. Chaque mouvement qui conduit au déverrouillage de l'absolutisme du secret bancaire entraîne la perte de confiance des déposants évadés qui, dans leur panique orchestrent comme corollaire, un mouvement de transferts de comptes et de fonds vers les paradis bancaires lointains et supposés plus sûrs et infranchissables. Par exemple en cas de verrouillage systématique des paradis bancaires européens, il y a corrélativement un réel risque d'amplification d'un vaste mouvement de transfert de comptes et de fonds vers les paradis bancaires asiatiques<sup>33</sup> ou vers les paradis bancaires des îles sous dépendance britannique<sup>34</sup>, du Delaware aux États-Unis ou des Bahamas. Les évadés fiscaux, les titulaires de fonds d'origine douteuse sont prêts à la mobilité incessante en quête d'abris bancaires plus sûrs appliquant avec absolutisme la culture du silence et pouvant par conséquent réserver à leurs placements, les garanties de sécurité et confidentialité. Ces déposants sont les premiers bénéficiaires du secret bancaire. C'est le sens de la ruée incessante des fortunes vers les paradis bancaires les plus sûrs.

## 2.2. Le secret bancaire participe à un système bancaire fort

Le secret bancaire est le socle fondamental de la solidité de tout système bancaire. Le système bancaire respectueux sans faille de la confidentialité bancaire attire tous les éventuels déposants de la planète soucieux de soustraire leur fortune à la curiosité populaire et étatique. Les déposants fortunés en quête de confidentialité bancaire absolue ont toujours la tendance de domiciliation manifeste de leurs avoirs dans les systèmes bancaires dont le secret bancaire est sans faille. Certains analystes soutiennent même que dans les pays où le secret bancaire est développé ou préservé, on a pu assister à un exceptionnel développement du secteur bancaire à tel point

28. Albert Dondelinger en 1972 est commissaire luxembourgeois au contrôle des banques et défendait les avantages du secret bancaire.

29. Albert Dondelinger cité par Lorang Alain, « Le secret bancaire en droit luxembourgeois », in *Droit et patrimoine*, n° 46, février 1997, p. 44.

30. Paul. G Mores, *Le Secret bancaire face à ses défis : Liban, France, Suisse, Luxembourg et Moyen-Orient : terrorisme, blanchiment, corruption, criminalité, transparence, technologie bancaire, concurrence, évasion de capitaux, confiance, vie privée, prospérité, souveraineté*, Bruylant (éditions juridiques SADER), Bruxelles, 2008, p. 35.

31. Il s'agit des procédures de saisie de compte entre les mains d'un tiers (le tiers étant ici le banquier teneur de compte). Il peut s'agir des procédures telles : la saisie attribution, les procédures de saisie de compte bancaire diligentées dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux, ou même de saisie conservatoire.

32. La responsabilité contractuelle sanctionne entre les parties, l'inexécution d'une obligation née d'un contrat. Dès l'ouverture d'un compte bancaire, le client déposant et le banquier gestionnaire de compte sont dans une relation contractuelle. Le respect du secret bancaire fait partie d'une des obligations les plus substantielles de ce contrat. En France, la violation de cette obligation peut donner lieu à l'action civile visant à engager la responsabilité contractuelle du banquier sur la base de l'article 1147 du Code civil qui dispose que : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

33. Les places asiatiques pratiquant le secret bancaire absolu les plus connues sont Hong Kong, Singapour...

34. Il s'agit par exemple des îles Caïmans, des Bermudes, des îles Vierges...

que l'on a évoqué le vocable de « paradis bancaire<sup>35</sup> ». Dans ces paradis bancaires, le banquier gestionnaire de compte est un vrai confident et un vrai défenseur de la confidentialité des rapports qui le lient avec son client. Cette situation crée un climat de confiance et de sécurité que recherche tout déposant en quête d'anonymat et de secret. Cette situation justifie la ruée des fortunes et des capitaux vers les paradis bancaires. Les fonds apportés par les déposants de tous bords alimentent non seulement le système bancaire en particulier mais également l'économie entière du pays en question. Le secret bancaire est ainsi un rempart contre la thésaurisation. Les capitaux aussi bien nationaux qu'internationaux sont apportés au paradis bancaire et contribuent ainsi à la prospérité de son économie. Le secret bancaire reste l'un des piliers ayant boosté l'économie des pays comme la Suisse, le Luxembourg, Monaco ou Singapour.

Toutefois, le secret bancaire pour demeurer efficace doit cesser d'être un abri voire une forteresse pour les personnes malhonnêtes dont l'origine de leurs fonds reste douteuse ou des personnes qui veulent échapper au fisc de leur pays d'origine lieu même de production des richesses. Les événements récents tels que la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme international ainsi que la lutte contre l'évasion fiscale ont donné un coup de glas au principe jadis sacrosaint du secret bancaire si cher aux paradis bancaires.

## II. LE SECRET BANCAIRE : UN PRINCIPE AUJOURD'HUI EN AGONIE

Le secret bancaire est incontestablement l'un des droits les plus importants qui protège la vie privée des particuliers. En dépit de son importance pour la protection de la sphère privée et de la confidentialité des affaires, le secret bancaire est l'un des droits de grande envergure et d'intérêt particulier qui subit d'innombrables attaques et critiques. Les critiques et les assauts dont ce principe fait l'objet fusent de tous bords, aussi bien à l'intérieur de chaque État qu'à l'international. Les formulations quoique virulentes du sénateur new-yorkais Alfonso D'Amato lors de la très médiatique affaire des fonds en déshérence<sup>36</sup> à la fin des années 1990 trouvent ici toute sa pertinence : « *Il était temps d'abattre les murs du secret bancaire [...]. Que les paradis fiscaux mènent une véri-*

*table guerre contre les honnêtes contribuables américains* »<sup>37</sup>. Face à la controverse grandissante, comment le banquier doit-il agir ? Doit-il se soumettre aux inlassables et innombrables demandes de levée du secret bancaire émanant des autorités ou des particuliers ou plutôt s'attacher à respecter et à préserver le silence bancaire ? De nos jours, le banquier a-t-il les moyens de la résistance face à cette pression extérieure ? Le banquier a-t-il les moyens de mener la bataille au nom de la préservation des intérêts de son client ? L'enjeu de la préservation des intérêts de son client est-il plus important que l'enjeu de la préservation de l'intérêt général découlant des réformes plus globales et plus contraignantes ? Ces interrogations démontrent l'ambiguïté que suscite la thématique du secret bancaire et traduisent le dilemme qui précède la décision du banquier de protéger ou de lever le voile sur la confidentialité des affaires de son client. En tout état de cause, la montée du terrorisme international, les modes de son financement ainsi que le blanchiment des capitaux ont largement contribué à l'élaboration des réformes du système bancaire international orientées vers le rétrécissement du secret bancaire au nom de l'intérêt général (1.). Par ailleurs, la fraude et l'évasion fiscales aux effets très dévastateurs pour le budget et les économies des pays frappés par la crise depuis 2009 ont relancé notamment au sein de l'Union européenne, le débat sur la levée du secret bancaire à travers l'objectif futur de l'échange automatique des informations bancaires entre États membres. L'échange automatique des informations à des fins de transparence bancaire et financière a été imposé dans une logique unilatérale par les États-Unis d'Amérique à ses partenaires qu'ils soient États, banques et sociétés financières (2.).

### 1. La lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme : ôter tout abri à l'argent sale

Selon ses défenseurs, le secret bancaire fait de la banque un refuge, un lieu de confiance pour le client de la banque. Toutefois, avec l'émergence des crimes transfrontières orchestrés par des personnes malhonnêtes en quête de circuits bancaires hospitaliers, permissifs et généreux susceptibles de sécuriser les fonds dont l'origine est douteuse, la question de protection des circuits bancaires exploités à des fins illicites de blanchiment se pose. Comment détecter le client malhonnête cherchant à sécuriser l'argent de ses forfaits du client honnête cherchant à sécuriser les fonds fruits de ses durs labeurs ? C'est tout l'enjeu de la déclaration de suspicion imposée au banquier sous le sceau de la nouvelle réforme sur le blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme international. Avec la formulation des dispositifs juridiques tant au niveau international qu'au niveau des sous-régions ou même des États centrée sur l'obligation de déclaration de suspicion qui s'impose au banquier, le secret bancaire est

35. Exemple de paradis bancaires : Suisse, Luxembourg, Monaco... Voir en ce sens, P. G. Mores, *op. cit.*, p. 35.

36. À la faveur de l'affaire des fonds en déshérence (1995 à 1998), les alliés au sortir de la Seconde Guerre mondiale avaient encouragé la Suisse restée neutre durant celle-ci, à rechercher les avoirs déposés dans ses banques par les victimes du génocide nazi. Le secrétaire général de l'association suisse des banquiers symbolisant la résistance helvétique estimait qu'il n'y avait pas de raison de « *se mettre à genoux devant [les États-Unis] pour des questions stupides* ». En 1995, le président du Congrès juif mondial d'alors, Edgar Bronfman, allié au sénateur new-yorkais Alphonse D'Amato ont réussi, grâce à une campagne médiatique très nourrie par des révélations tirées des archives américaines, à briser la résistance suisse qui a créé une Commission indépendante sur la question en 1996. Les recherches ont rendu possible, dans un premier temps, la découverte de 775 nouveaux comptes bancaires pour une valeur de 38,7 millions de francs suisses. Dans un second temps, la Suisse a plié l'échine en acceptant la création d'un comité dirigé par un américain et chargé d'identifier tous les comptes bancaires restants aux frais des banques suisses concernées par quelque 600 experts-comptables étrangers. Ce fut ainsi une véritable atteinte d'envergure majeure au sacro-saint principe du secret bancaire suisse. Voir Sylvain Besson, *op. cit.*, pp. 35-36.

37. Pierre-Yves Frei, *La Chute du secret bancaire : ce que cela va changer concrètement (Américains et européens contre la Suisse)*, Éditions Favre, Lausanne, octobre 2009, p. 59.

rudement mis à mal (1.1.). Cette obligation de délation du banquier de son propre client est un réel obstacle au maintien du secret bancaire. Le dispositif de lutte mis en place débouche sur un régime dérogatoire qui complète les exceptions classiques connues du secret bancaire. Il s'agit de la consécration de l'irresponsabilité de principe du banquier auteur de la déclaration et de la procédure toute aussi dérogatoire du gel des avoirs (1.2).

### 1.1. La mise en œuvre des récents dispositifs juridiques internationaux qui ont agonisé le secret bancaire

Pour apporter une réponse efficace et globale aux crimes financiers de nature transfrontière, la Communauté internationale s'est complètement mobilisée. C'est dans ce contexte que l'on peut situer au niveau onusien, l'élaboration des normes relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ainsi que toutes formes d'emprunt des circuits bancaires à des fins illicites. Ce dispositif onusien est en permanence renforcé et complété par les normes régionales ou sous-régionales (a.). Ces nouvelles normes imposent au banquier, la mise en œuvre quasi automatique de l'obligation de déclaration de suspicion de blanchiment ou de financement terroriste qui pèse sur lui au mépris du secret bancaire jadis sacralisé (b.).

#### a. Variété de dispositifs juridiques internationaux centrés sur la lutte contre le blanchiment de l'argent sale et le financement du terrorisme

Le dispositif onusien de lutte contre l'argent sale (α.) a contribué à la formulation au niveau des sous-régions des législations centrées également vers la poursuite des mêmes objectifs (β.).

α. Un dispositif juridique onusien varié, orienté vers la lutte contre l'argent sale

Les dernières décennies ont été marquées par les fléaux ou criminalités transfrontières de grande ampleur. L'internationalisation des phénomènes de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme s'est quasiment banalisée. L'intrusion exacerbée des NTIC dans l'industrie bancaire a rendu très facile et aisée, la commission de ces infractions. Il suffit désormais d'un clic de souris connectée à un ordinateur pour parfaire une opération de banque même la plus complexe comme un virement ou un transfert communautaire ou international. La voie au crime international s'est avérée très large et le mode d'exécution, très rapide. L'éradication de ces nouvelles nébuleuses internationales dont la mise en œuvre emprunte exclusivement les circuits bancaires interpelle tous les gouvernants et même la communauté internationale. Pour apporter une réponse internationale à ces fléaux, l'Organisation des Nations Unies (ONU) a formulé son intention dans une série de textes internationaux sous forme de conventions ou traités internationaux. C'est ainsi que l'Unité d'application de la loi, de la lutte contre la criminalité organisée et le blanchiment d'argent de l'ONUDC est responsable du Programme global contre le blanchiment d'argent, les recettes du crime et le financement du terrorisme, qui fut créé en 1997. La création de ce programme global de lutte contre l'argent

sale est dans les faits, une réponse au mandat attribué à l'ONUDC par la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 encore appelée « Convention de Vienne ». Le mandat de cette unité d'application fut renforcé en 1998 par la Déclaration politique et les mesures de lutte contre le blanchiment d'argent adoptées par l'Assemblée générale lors de sa vingtième session spéciale, qui étendit ce mandat à toutes les formes de criminalité grave, et non plus seulement aux infractions liées à la drogue.

L'objectif élargi du Programme global est de renforcer la capacité des États membres à mettre en œuvre des mesures contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, et de les assister dans la détection, la saisie et la confiscation des recettes illicites, comme le requièrent les instruments des Nations unies ainsi que d'autres standards internationalement reconnus, en leur fournissant, sur demande, une assistance technique pertinente et appropriée<sup>38</sup>. Cette initiative orchestrée dans un cercle multilatéral comme celui des Nations Unies a donné lieu à la signature des nouvelles conventions plus détaillées<sup>39</sup>. Ces textes forment au niveau onusien, les bases juridiques de la lutte contre le blanchiment de l'argent sale et contre le financement du terrorisme international. Ces fondements juridiques seront renforcés par les mesures formulées au sein du GAFI. Les normes du GAFI sont celles que chaque système devrait appliquer en matière de justice pénale et systèmes de contrôle dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Ces mesures préventives qui doivent être adoptées par les établissements bancaires assujettis constituent des normes internationales en la matière dont l'une des révisions substantielles est adoptée par plus de 130 pays.

Les États membres, doivent ainsi mettre leurs propres législations en convergence avec les objectifs visés par les nouvelles normes conventionnelles onusiennes qui s'appliquent au blanchiment de capitaux et au financement du terrorisme. Les normes formulées dans le cadre régional sont calquées sur celles élaborées dans le cadre onusien.

β. La mise en cohérence des législations sous-régionales avec les finalités du dispositif onusien de lutte contre l'argent sale

Dans un souci d'efficacité, les États ou les sous-régions se sont engagés à mettre leurs législations bancaires en conformité avec les objectifs de lutte contre l'argent sale et l'utilisation des circuits bancaires à des fins de blanchiment acceptés dans le cadre multilatéral onusien. C'est ainsi qu'il est prévu aux termes de l'article 18 de la convention des Nations unies du 9 décembre 1999 que les États membres doivent coopérer pour prévenir ces infractions notamment par l'adoption des réglementations contenant « des mesures faisant obligation aux institutions financières et aux autres professions intervenant dans les opérations financières d'utiliser les moyens dispo-

38. Voir, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), « L'ONUDC, le blanchiment d'argent et la lutte contre le financement du terrorisme », [www.onudc.org](http://www.onudc.org), juin 2013.

39. Il s'agit notamment de la convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre le crime transnational, de la convention des Nations Unies du 9 décembre 1999 pour la suppression du financement du terrorisme, la détection, le gel et la confiscation des fonds du terrorisme, et enfin de la convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 sur la lutte contre la corruption dite « Convention de Mérida ».

nibles plus efficaces pour identifier leurs clients habituels ou occasionnels, ainsi que les clients dans l'intérêt desquels un compte est ouvert, d'accorder une attention particulière aux opérations inhabituelles ou suspectes et de signaler les opérations présumées découler d'activités criminelles ». Cette exigence a été particulièrement suivie en Union européenne et même en Afrique.

En ce qui concerne l'Europe, aussi bien au sein du Conseil de l'Europe<sup>40</sup> qu'en Union européenne<sup>41</sup>, l'on a vu émerger un foisonnement de nouvelles législations communautaires relatives à tous les aspects de la problématique de la lutte contre l'argent sale et l'utilisation des circuits bancaires à des fins de blanchiment ou de financement du terrorisme.

En ce qui concerne l'Afrique, les deux sous-régions Afrique Centrale<sup>42</sup> et Afrique de l'Ouest<sup>43</sup> par exemple, ont adopté les dispositifs juridiques afin d'arrimer leurs législations bancaires en conformité avec le dispositif international notamment onusien existant et aux recommandations du GAFI face à ce nouveau défi de lutte contre l'argent sale qui emprunte les circuits bancaires et utilise le secret bancaire comme voile de protection.

#### b. Désacralisation du secret bancaire par l'obligation systématique de déclaration de suspicion qui pèse sur le banquier

Le développement du terrorisme international et le blanchiment de l'argent sale ont contribué à favoriser depuis plus d'une décennie, un interventionnisme exacerbé des États dans les politiques monétaires et financières. En effet, l'internationalisation du terrorisme a démontré qu'une infraction de nature économique ne peut se réaliser sans l'emprunt des canaux bancaires pour la circulation des fonds et des avoirs. De même, l'infraction du blanchiment des capitaux est fondamentalement tributaire de l'utilisation des canaux bancaires en vue de la réalisation des opérations de placement ou de circulation des fonds. D'où l'enjeu de la conciliation entre la protection du secret bancaire et l'enjeu de sa levée lorsqu'il y a risque de blanchiment ou de financement du terrorisme. Face à ces enjeux fondamentalement antagonistes, faut-il sacrifier la propriété privée protégée par le secret bancaire à l'autel de la protection de l'intérêt général? La levée du secret bancaire s'impose et l'intérêt protégé inférieur notamment particulier ou subjectif s'efface devant

l'intérêt général par conséquent plus global et objectif. C'est ainsi que les États réclament davantage des informations aux banquiers. C'est pourquoi, toute opération de banque qui paraît suspecte doit être déclarée aux organismes dépositaires des informations bancaires de nature suspecte. Les travaux du Groupe d'Egmont<sup>44</sup> ont rendu presque obligatoire la création par chaque État, d'un organisme destinataire de la déclaration de suspicion émanant des banques et autres établissements financiers<sup>45</sup>. L'obligation de déclaration de suspicion fait du banquier le délateur de son propre client. Le banquier en cas de suspicion doit mettre un voile sur la confidentialité que lui impose le secret bancaire et informer sans retard, l'organe destinataire des renseignements financiers de son ressort. Le banquier est ainsi investi d'une mission impérative mais douloureuse de dénonciation. Le banquier se trouve parfois devant un dilemme lié au contenu de la déclaration. S'agit-il de la dénonciation de la seule opération supposée suspecte ou de toutes les affaires du client notamment lorsque pèse sur lui un soupçon de blanchiment ou de financement du terrorisme?

Lorsque l'obligation d'information est bénéfique aux enquêteurs, elle porte sur les affaires du client de la banque au même titre que le secret bancaire. Le banquier dépositaire du secret est partagé entre la confidentialité des affaires de son client dont il a connaissance et l'impératif de divulgation de ce secret pour les besoins de l'enquête menée au nom de la préservation de l'intérêt général. Dans sa thèse consacrée à la transparence commerciale, le professeur Garaud posait déjà la question suivante qui résume toute l'ambiguïté du banquier soumis à une telle situation : « comment faire prévaloir la transparence sans pour autant sacrifier la confidentialité? ». L'auteur propose tout de même une solution plus conciliante, qui consiste à mettre en harmonie les deux principes que de les opposer<sup>46</sup>. Il faut ainsi limiter au maximum les révélations indispensables en les subordonnant à une exigence de nécessité et de proportionnalité. La mise en œuvre de cette proportionnalité commanderait donc que l'on écarte les moyens d'informations disproportionnés<sup>47</sup> et d'occulter

40. Au niveau du Conseil de l'Europe, on peut évoquer la convention relative au blanchiment, au dépitage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STCE n° 141-1990), la convention relative au blanchiment, au dépitage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme et son rapport explicatif de 2005. Voir en ce sens, [www.coe.int/moneyual](http://www.coe.int/moneyual), Comité d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

41. Au niveau de l'Union européenne, on peut évoquer la Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ; le Règlement (CE) n° 1781/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; le Règlement (CE) n° 1880/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté ; la Directive 2007/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur. Cf., [www.coe.int/moneyual](http://www.coe.int/moneyual), Comité d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

42. Il s'agit, pour l'Afrique Centrale, du Règlement n° 01/03/CEMAC-UMAC portant prévention et répression du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme ainsi que du Règlement COBAC R-2005/01 relatif aux diligences des établissements assujettis en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

43. Il s'agit, pour l'Afrique de l'Ouest, de la Directive n° 07/2002/CM/UEMOA relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux dans les États membres de l'UEMOA.

44. Le Groupe Egmont est un forum international créé en 1995 à l'initiative de la CTIF (Belgique) et de FinCEN (États-Unis) ; il réunit, au niveau mondial, les services chargés de recevoir et de traiter les déclarations de soupçon de blanchiment et de financement du terrorisme. Les principaux objectifs du Groupe Egmont sont : développer la coopération internationale par l'échange d'information ; accroître l'effectivité des cellules de renseignement financier par des programmes d'échange et de formation de personnel ; promouvoir l'autonomie opérationnelle des cellules de renseignements financiers ; promouvoir la création de cellules de renseignement financier qui respectent les mêmes standards internationaux et une même approche opérationnelle des dossiers de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. Cf., [www.ctif-cfi.be](http://www.ctif-cfi.be), « Groupe Egmont », février 2014.

45. C'est le cas en France de Tracfin (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins) ou de l'ANIF (Agence nationale des investigations financières) dans tous les pays membres de la CEMAC ou du CENTIF (Cellule nationale de traitement des informations financières) pour les pays membres de l'UEMOA, de l'Unità di Informazione Finanziaria de la Banque d'Italie, de la Cellule de renseignements financiers au Luxembourg (FIU-Lux), du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent en Suisse, de la Cellule de traitement des informations financières (CTIF-CFI) en Belgique, du Joint financial intelligence Unit (JFIU) de Hong Kong, de l'Unidad de información y análisis financiero (UIAF) de Colombie, du Financial Crimes Enforcement Network (FinCen) aux États-Unis ou du Serious Organised Crime Agency (SOCA) au Royaume-Uni. Pour la liste complète des unités de renseignements financiers destinataires de la déclaration des banquiers en cas de suspicion de blanchiment de capitaux ou du financement de terrorisme dans chaque pays. Cf. « The Egmont Group of Financial Intelligence Units : List of members », [www.egmontgroup.org](http://www.egmontgroup.org), juillet 2014.

46. F. Bougard, *Les Obligations d'information et de conseil du banquier*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de sciences politiques, 2002, p. 169

47. Il s'agit, par exemple, des mesures d'enquête en droit de la concurrence qui s'avèrent inadéquates aux circonstances.

les données surabondantes c'est-à-dire les informations qui ne sont pas indispensables pour la procédure envisagée<sup>48</sup>. Cette solution a l'avantage de permettre au banquier de limiter la violation du secret bancaire aux seuls aspects qui entrent dans le champ matériel de la procédure envisagée. Cette analyse est conforme à l'exigence de la déclaration de bonne foi à laquelle est soumis tout banquier auteur de la déclaration de suspicion.

## 1.2. Les implications dérogatoires de l'obligation de déclaration de suspicion du banquier

L'obligation de déclaration de suspicion qui pèse sur le banquier débouche également sur les implications particulièrement dérogatoires. Le dispositif de lutte mis en place consacre l'irresponsabilité de principe du banquier en cas de déclaration de suspicion de bonne foi (a.). Par ailleurs, le gel systématique des avoirs des personnes impliquées obéit à un régime particulier (b.).

### a. L'irresponsabilité de principe du banquier auteur de la déclaration de suspicion de bonne foi

Le dispositif de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme international serait certainement inefficace si aucune mesure n'était prise pour protéger le banquier auteur de la déclaration de suspicion. Les infractions commises en vue du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme empruntent incontestablement les circuits bancaires, mais suivant plusieurs astuces. Le banquier est en permanence confronté à diverses stratégies notamment celles d'identité d'emprunt ou de prête-nom, de fragmentation de montant en plusieurs opérations de transfert, de virement, de dépôt ou de retrait de fonds. Il est évident que toutes ces stratégies offrent au banquier, un faisceau interminable d'indices pouvant éveiller sa suspicion. C'est ainsi que pour favoriser sa collaboration, le dispositif de lutte consacre l'irresponsabilité du banquier auteur de la déclaration de suspicion. Cette irresponsabilité s'impose aussi bien sur le plan pénal et sur le plan civil. Le banquier n'a donc plus d'excuse en cas de laxisme. La protection de l'intérêt général qui est invoquée comme justificatif à ce régime dérogatoire pousse le banquier à procéder à la déclaration tous azimuts. Le banquier n'a plus à justifier le caractère sérieux de sa déclaration de suspicion. La seule limite à sa délation légale peut être trouvée à partir de l'analyse *a contrario* des termes de la loi. Autrement dit, l'irresponsabilité du banquier est consacrée en cas de déclaration de suspicion de bonne foi. Il va sans dire que celui qui n'est pas de bonne foi est de mauvaise foi. Même à admettre l'idée de la mauvaise foi du banquier, la tâche n'est pas moins laborieuse pour le client de la banque qui invoque la violation de son secret bancaire. En effet, aux termes de l'article 1315 du Code civil, la charge de la preuve incombe au client qui invoque la mauvaise foi du banquier. Et quant bien même la mauvaise foi est caractérisée suite à une manœuvre fautive du banquier, il faut prouver, aux termes de l'article 1382 du Code civil,

un préjudice et le lien de causalité entre la mauvaise foi du banquier et le préjudice subi. L'irresponsabilité du banquier est solidement construite pour permettre sa meilleure collaboration au dispositif de lutte. C'est pourquoi, même en cas de relaxe ou de non-lieu de la personne poursuivie, le banquier auteur de la déclaration est à l'abri de toute poursuite. Le client de la banque qui invoque la violation abusive sans motif de son secret bancaire peut plutôt engager la responsabilité de l'État d'implantation de la banque. Cette solution est logique dans la mesure où l'État est garant de l'intérêt général. C'est pourquoi, la réparation de tout préjudice subi à l'occasion de toute procédure ouverte au nom de la protection de cet intérêt général qui s'avère infructueuse même si elle a été initiée à partir de la déclaration de suspicion « de bonne foi » du banquier incombe à l'État du lieu d'implantation de la banque. Au contraire en cas de suspicion légitime de blanchiment ou du financement du terrorisme, la procédure de gel des avoirs du client de la banque est systématiquement envisagée.

### b. La procédure dérogatoire et systématique du gel des avoirs en cas de suspicion légitime de blanchiment

Le gel des avoirs fait partie des stratégies de sanctions ciblées contre les personnes soupçonnées pour blanchiment ou de financement du terrorisme. En effet, les résolutions de l'ONU ont créé le système baptisé de « sanctions intelligentes » qui consiste à sanctionner des individus plutôt que des populations entières comme dans l'embargo. Pour la mise en œuvre, le comité de sanctions de l'ONU élabore suivant les informations recoupées auprès des États<sup>49</sup>, une liste noire des personnes suspectées de terrorisme ou de blanchiment d'argent sale. Les mécanismes communautaires<sup>50</sup> ou sous régionaux de lutte doivent désormais se conformer à ce dispositif de sanctions ciblées. Il s'agit ainsi au sein de l'Union européenne et conformément aux dispositions combinées du 4 de l'article 1er du règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil, du 27 décembre 2001 et du 5 et 6 de l'article 1 du règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil, du 27 décembre 2001, du gel des biens non seulement de toutes les personnes qui incitent, facilitent ou participent à la commission des infractions de blanchiment ou de terrorisme, mais également au gel des biens des personnes morales détenues par les personnes physiques ou contrôlées indirectement par elles. La procédure est analysée comme déro-

49. Les noms sont proposés par les États à partir de données fournies par leurs autorités judiciaires ou équivalentes concernant l'ouverture d'une enquête ou d'autres indices sérieux d'une participation à une entreprise terroriste. Ces listes sont ensuite utilisées par les États pour intensifier la coopération policière, conformément aux résolutions de l'ONU. Cf., Frédérique Berrod, « La lutte contre le terrorisme et les droits de l'Homme : étude des affaires terroristes devant la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes », *L'Europe des libertés*, n° 24, 2005, [www.leuropeedeslibertes.u-strasbg.fr](http://www.leuropeedeslibertes.u-strasbg.fr).

50. Au niveau de l'UE, le Conseil a adopté un acte dans le cadre du deuxième pilier (sur la base de l'article 15 TUE), la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (JO L 344, p. 93) participe de l'objectif de l'application du principe de sanctions intelligentes. Cf., Cette action appelant une coopération policière accrue, la position commune est également fondée sur l'article 34 TUE, relevant du troisième pilier du traité intitulé « Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale » (communément appelé justice et affaires intérieures ou JAI). Par ailleurs, Quand la liste noire implique en outre une action de gel des avoirs, l'Union a utilisé les articles 60, 301 et 308 TCE pour adopter un règlement du premier pilier. Cf., Frédérique Berrod, *op. cit.*

48. E. Garaud, *op. cit.*, p. 337.

gatoire parce que même en dehors de toute déclaration de suspicion du banquier, la procédure de gel des avoirs lorsqu'elle est décidée s'impose au banquier qui doit rendre immédiatement indisponible le ou les comptes bancaires de son client visé. Le gel des avoirs est systématiquement et préventivement mis en œuvre notamment lorsqu'il y a ouverture d'une information judiciaire. En France, par exemple, pour toutes ces infractions encore qualifiées de criminalité organisée, le juge des libertés et de la détention peut sur requête du Procureur de la République dans le cadre d'une information judiciaire, ordonner une mesure conservatoire indispensable pour l'issue de la procédure envisagée. La mesure peut concerner le gel des « biens, meubles ou immeubles, divis ou indivis, de la personne mise en examen », afin de garantir « le paiement des amendes encourues ainsi que, le cas échéant, l'indemnisation des victimes »<sup>51</sup>. Depuis 2012, le dispositif du gel des avoirs tel que prévu en France est particulièrement dissuasif. Ainsi, sans préjudice des mesures judiciaires ou d'autres mesures restrictives spécifiques prises en application du règlement du Conseil de l'Union européenne, le ministre chargé des finances peut décider « le gel pour une durée de six mois, renouvelable, de tout ou partie des fonds, instruments financiers et ressources économiques détenus auprès des organismes et personnes mentionnés à l'article L. 562-3<sup>52</sup> qui appartiennent à des personnes physiques ou morales qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme »<sup>53</sup>. Aucun bien des personnes concernées ne peut échapper à la procédure car les fruits produits par les fonds, instruments et ressources économiques sont également gelés. Le dispositif de gel des avoirs est l'une des atteintes contemporaines les plus marquantes au principe jadis sacré du secret bancaire. C'est pour cette raison que cette mesure mérite d'être suffisamment encadrée. Les contraintes engendrées par le gel des avoirs sur le droit de propriété des personnes ciblées et sur leur quotidien nécessitent que les mesures soient envisagées pour parer à toute procédure abusive. C'est pourquoi le Conseil de l'UE a tenu à préciser dans une déclaration annexée à la position commune que « toute erreur quant aux personnes, groupes ou entités visés donne le droit à la partie lésée de demander réparation en justice ». En dépit de cette déclaration de bonne volonté, il n'en demeure pas moins que le risque de déni de justice aussi bien dans l'ordre interne des États membres que dans l'ordre communautaire de l'Union européenne soit pour autant écarté. L'affaire de l'association Segi<sup>54</sup> avec l'Espagne illustre parfaitement l'ineffectivité du recours aussi bien dans l'ordre interne qu'au niveau communautaire. L'ordonnance du Tribunal

dans l'affaire Segi trouve ainsi toute sa pertinence :

– « force est de constater que ces derniers ne disposent probablement d'aucun recours juridictionnel effectif, que ce soit devant les juridictions communautaires ou devant les juridictions nationales à l'encontre de l'inscription de Segi sur la liste des personnes, groupes ou entités impliqués dans des actes de terrorisme »<sup>55</sup>.

Dans une autre affaire qui ne concerne pas le terrorisme mais qui met en œuvre la procédure de gel des avoirs notamment celle Bamba contre le Conseil du 15 novembre 2012<sup>56</sup>, la Cour de Justice de l'Union européenne a même conclu que l'absence de motivation de la décision de gel pourtant prévu par l'article 296 du TFUE ainsi que l'absence de communication des mesures ordonnant le gel des fonds ne sauraient être considérées comme des vices de procédure pouvant justifier l'annulation. L'ampleur de cette mesure sur la propriété de la personne poursuivie est telle que les voies de recours sont de plus en plus ouvertes. Il s'agit par exemple au niveau interne des États de deux procédures notamment celles d'un recours gracieux<sup>57</sup> et d'un recours contentieux<sup>58</sup>. Cet encadrement de l'atteinte portée au secret bancaire au nom de l'intérêt général devrait en principe commander la démarche du banquier dans les procédures liées à la lutte contre l'invasion fiscale et les paradis fiscaux.

## 2. Les enjeux de la lutte contre l'évasion fiscale et les paradis fiscaux et bancaires

La crise des subprimes ayant entraîné une crise de grande envergure et durable dans les pays développés a laissé des conséquences très néfastes dans leur économie notamment par l'assèchement de leurs recettes budgétaires. C'est dans ce contexte que l'on peut situer l'offensive des États contre l'évasion fiscale. Cette offensive mérite une attention particulière car aucune banque ayant des intérêts sur le sol américain ne peut invoquer le secret bancaire pour se mettre à l'abri (2.1.). Le dispositif mis en œuvre au sein de l'Union européenne et au niveau de l'OCDE est également innovant (2.2.).

### 2.1. L'offensive unilatérale du fisc américain contre ses évadés fiscaux : dernier coup de massue contre le secret bancaire

L'unilatéralisme américain dans la lutte contre ses évadés fiscaux a eu comme corollaire sur le plan bancaire, la mort du secret bancaire. L'affaire du fisc américain contre la banque UBS (a.) suivie du vote par le Congrès américain de la loi FATCA (b.) sont les principaux événements qui ont agonisé le secret bancaire.

51. Article 706-103 du Code de procédure pénale en France. Cf., [www.senat.fr](http://www.senat.fr), projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, février 2014.

52. Aux termes de cet article : « Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 qui détiennent ou reçoivent des fonds, instruments financiers et ressources économiques sont tenues d'appliquer les mesures de gel ou d'interdiction prises en vertu du présent chapitre ». La liste des personnes mentionnées au titre de cet article n'est pas exhaustive, et vise tout détenteur de fonds quel qu'il soit notamment tout membre de profession libérale, changeur manuel, établissement de paiement, établissement de monnaie électronique, responsable d'établissement de jeux et paris, agent sportif, opérateur de vente volontaire de meuble aux enchères...

53. Article L. 562-1 du Code monétaire et financier français (loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012-article 6).

54. Les activités de l'association Segi avaient été suspendues suite à l'application par l'Espagne, de la position commune au titre de la prévention des actes terroristes.

55. Cf., TPI, ordonnance du 7 juin 2007, Segi et al., aff. T-338/02.

56. CJUE 15 novembre 2012, Bamba c/ Conseil, affaire C-417/11 P, Voir aussi Élise Bernard, « Portée limitée de l'obligation de motivation et de communication des mesures européennes de gel des avoirs en vertu de sanctions onusiennes » in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 11 décembre 2012.

57. En France, par exemple, le recours gracieux est prévu et vise à obtenir soit des mesures de dégel partiel, soit la radiation ; il y a lieu de contacter cette boîte aux lettres [liste-nationale@service-eco.fr](mailto:liste-nationale@service-eco.fr) ou écrire au ministère de l'Économie et des Finances. Cf., [www.tresor.economie.gouv.fr](http://www.tresor.economie.gouv.fr).

58. En France, le recours contentieux contre une décision administrative permet au requérant de saisir le Tribunal administratif géographiquement compétent. Si la décision contestée émane du ministre chargé de l'économie, le Tribunal administratif de Paris est compétent. Cf., [www.tresor.economie.gouv.fr](http://www.tresor.economie.gouv.fr).

a. *L'affaire UBS et la fin du sacro-saint principe du secret bancaire suisse*

L'offensive unilatérale américaine contre ses évadés fiscaux à travers le monde entier éclate au grand jour avec l'affaire UBS, la banque suisse accusée par le Fisc américain d'avoir mené sur le sol américain le démarchage auprès des fortunés clients américains. Le dispositif de démarchage consistait à proposer à ces clients américains fortunés des placements irréguliers par l'ouverture en Suisse des comptes bancaires non déclarés au fisc américain afin de mettre à l'abri leur argent. Cette affaire de connotation fiscale a complètement ébranlé pour la première fois, le jadis indéboulonnable secret bancaire des banques suisses. Menacée de perdre sa licence aux États-Unis d'Amérique, et compte tenu du risque systémique que représenterait la faillite d'une telle banque sur le système bancaire suisse entier, le Conseil fédéral suisse a décidé lui-même le 19 février 2009 de lever le jadis sacro-saint du principe du secret bancaire par la signature d'un compromis avec le fisc américain sans précédent dans l'histoire. Ce compromis initié sous le voile d'un prétendu dispositif de demande d'entraide administrative en matière fiscale dans le cadre de la convention de double imposition ratifiées en 1996 et précisée en 2003 entre Berne et Washington autorise la transmission au fisc américain, l'identité de 4 450 clients américains d'UBS soupçonnés d'évasion fiscale. Le principe du secret bancaire suisse venait ainsi de perdre toute sa pertinence voire toute sa sainteté d'où une floraison de critiques notamment celle de Konrad Hummler<sup>59</sup> qui s'insurge en précisant en substance : « Que la loi de notre pays soit respectée ou non, ce traité constitue en effet une trahison vis-à-vis des clients. Et celle-ci nuira au private banking helvétique et à la Suisse ». Nikolaus SENN<sup>60</sup> évoque quant à lui « une sérieuse dilution du secret bancaire ». Galvanisés par leur victoire en Suisse, les États-Unis, pour étendre leur pression sur toutes banques du monde entier ayant des intérêts sur le sol américain, ont fait voté la loi FATCA.

b. *La loi FATCA et ses implications sur le secret bancaire*

Voté en 2010 par le Congrès américain, le « Foreign Account Tax Compliance Act » ou (FATCA) est un dispositif qui a vocation à s'appliquer en même temps aux particuliers et aux banques. Les accords FATCA obligent toutes les banques et les institutions financières, où qu'elles se trouvent, à déclarer à l'Internal Revenue Service (IRS) ou au service des impôts américains, tous les mouvements de leurs clients américains ou résidents américains, y compris ceux qui n'ont jamais résidé aux États-Unis, dès lors que le compte dépasse 50 000 dollars. Avec sa mise en œuvre, le dispositif FATCA peut imposer un prélèvement à la source de 30 % sur les bénéficiaires. Les banques notamment celles qui ont des intérêts aux États-Unis d'Amérique sont quasiment obligées de coopérer au mépris du secret bancaire. C'est un dispositif extrêmement contraignant

pour les banques qui sont désormais de plus en plus nombreuses à refuser d'ouvrir des comptes pour des clients américains ou résidents américains. En effet, si une banque ne coopère pas, « elle sera surtaxée aux États-Unis, à hauteur de 30 %, et risque même de perdre sa licence. Ce dispositif inquiète beaucoup les banques suisses notamment, car c'est peut-être la fin du secret bancaire<sup>61</sup>. » Les Américains ont les moyens de leur pression car toute banque qui ne coopère pas risque de perdre sa licence aux États-Unis et de subir les lourdes pénalités. Au sein de l'Union européenne et de l'OCDE, la lutte contre les paradis fiscaux et bancaires n'est pas menée de façon unilatérale mais dans un cadre concerté.

## 2.2. Le dispositif de transparence fiscale et bancaire prôné par l'Union européenne et l'OCDE

a. *L'enjeu de la transparence fiscale et bancaire de l'Union européenne*

Craignant de voir les Américains gagnés seuls la bataille contre les paradis fiscaux et les places offshore, les pays membres de l'Union européenne ont amorcé également une offensive tendant à l'anéantissement du secret bancaire dans la zone euro. Il s'est agi pour les pays membre de la zone euro de remettre à l'ordre du jour, un texte en souffrance depuis 2008 sur la fiscalité de l'épargne. Ce texte doit « permettre d'étendre l'échange automatique d'informations fiscales aux versements effectués par des trusts ou des fondations et est une composante importante de l'arsenal de l'UE pour lutter contre l'évasion fiscale et le secret bancaire »<sup>62</sup>. Il s'agit à travers ce dispositif qui vise l'échange des renseignements concernant les détails du solde des comptes bancaires non déclarés, d'un véritable « FATCA européen »<sup>63</sup>. Le blocage de ce texte depuis 2008 découlait du fait que les décisions en matière fiscale requièrent l'unanimité des États membres au sein de l'UE. Or, les pays membres comme l'Autriche et le Luxembourg craignant de perdre leur attractivité en tant que place financière et bancaire offshore avaient toujours refusé de signer le texte, en exigeant l'égalité de traitement avec cinq pays non membres de l'Union européenne<sup>64</sup> comme un préalable à leur propre accord. Les propos du Chef de gouvernement Luxembourg Xavier Bettel au Sommet de Bruxelles les 20 et 21 mars 2014 sont révélateurs à juste titre : « Mon gouvernement et le Parlement sont d'accord pour donner le feu vert, à condition que nous soyons traités de la même manière que la Suisse et quatre autres États, le Liechtenstein, Monaco, Andorre et Saint-Marin<sup>65</sup>. » Le Luxembourg et l'Autriche ayant été rassurés ont fini par exprimer leur consentement en faveur d'un accord

59. Konrad Hummler est le président de l'Association des banquiers privés suisse d'alors. Cité par Pierre-Yves Frei, « La Suisse se sort du piège UBS en sauvant les meubles », *Tribune de Genève*, 20 août 2009, [www.tdg.ch](http://www.tdg.ch), « La Suisse se sort du piège UBS en sauvant les meubles ».

60. Nikolaus Senn est le président d'honneur du conseil d'administration d'UBS d'alors. Cité par Pierre-Yves Frei, « La Suisse se sort du piège UBS en sauvant les meubles », in [www.tdg.ch](http://www.tdg.ch).

61. Ce dispositif inquiète beaucoup les banques suisses notamment, car c'est peut-être la fin du secret bancaire. C'est la raison pour laquelle il y a eu de nombreux mouvements de la Suisse vers Singapour ces dernières années. En février 2009, UBS avait payé 780 millions de dollars d'amende et donné les noms de 4 450 clients soupçonnés de faire de la fraude fiscale. Cf., Patrick Bourbon, « Lutte contre la fraude fiscale : les recettes américaines », mis en ligne le 14 avril 2013 par Natacha Tatu, in [www.nouvelobs.com](http://www.nouvelobs.com).

62. « Vers la fin du secret bancaire dans la zone euro », *Le Monde.fr* avec AFP du 20 mars 2014.

63. Alexandrine Bouilhet, « Transparence fiscale : Bruxelles copie les normes américaines », [www.lefigaro.fr](http://www.lefigaro.fr), 12 juin 2013.

64. Il s'agit en substance de la Suisse, du Liechtenstein, de Monaco, Andorre et Saint-Marin.

65. Jean-Pierre Stroobants, « Le Luxembourg veut des "garanties" avant de renoncer à son secret bancaire », [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr), 20 mars 2014.

politique sur la fiscalité de l'épargne consacrant ainsi d'ici 2015 le principe d'échange automatique d'informations, ce qui équivaut quasiment à la décroissance du secret bancaire dans cette aire même.

*b. Le modèle de transparence bancaire et fiscale de l'OCDE*

Une norme mondiale relative à l'échange d'informations fiscales qui entrera en vigueur en 2015 est en préparation sous les auspices de l'OCDE. Au-delà de l'échange automatique des informations à des fins fiscales qu'elle prône, la norme OCDE à l'instar de la directive européenne sur la fiscalité de l'épargne lève le voile sur le secret bancaire en exigeant que les renseignements soient désormais communiqués sur « les dépôts bancaires mais aussi sur les intérêts et plus-values »<sup>66</sup> dans le but d'identifier le véritable bénéficiaire. Il s'agit ainsi d'empêcher l'utilisation de prête-nom qui est généralement mise en œuvre par l'intermédiaire de trusts ou autres formes de sociétés-écrans. Pour lutter contre l'évasion fiscale, les grandes puissances économiques regroupées au sein du G20 depuis 2009 ont lancé une croisade multilatérale vivement soutenue par l'OCDE basée sur la négociation des conventions relatives à l'échange des informations bancaires à des fins fiscales. Les conventions sont basées sur un modèle standard dont les critères sont définis par l'article 26 de l'OCDE. L'Organisation prépare, en vue d'une entrée en vigueur en 2015, une norme mondiale sur les échanges d'informations fiscales. Elle obligera les pays signataires à livrer tous les renseignements dont ils disposent sur les avoirs d'un non-résident. Au sein de l'Union européenne, les places financières jadis *offshore* comme le Luxembourg et l'Autriche sont déjà signataires de la convention OCDE<sup>67</sup> de même que les pays tiers comme la Suisse<sup>68</sup> très redoutée auparavant pour sa défense du secret bancaire. Ainsi, le client qui omet de déclarer au fisc de son pays d'origine son compte ouvert auprès d'une banque étrangère domiciliataire peut désormais être rattrapé par une procédure d'entraide administrative à laquelle le banquier ne peut s'opposer. Traqué de toute part, le principe du secret bancaire est vidé de nos jours de toute sa pertinence et expose les banquiers qui essayent de le protéger à de sévères critiques voire de lourdes sanctions comme dans l'affaire du fisc américain contre UBS<sup>69</sup> le géant banquier suisse. La banque ne sera plus jamais un mur infranchissable protégé par le secret bancaire. Toutefois, tous les États n'ont pas les mêmes capacités d'étaler leurs puissances hors de leurs frontières. Seuls les États puissants aux moyens de pression énormes comme les États-Unis ont cette capacité d'anéantir le secret bancaire même à l'égard des banquiers étrangers comme dans l'affaire UBS. Les États les moins puissants étant dépourvus de toute capacité de pression.

66. « Vers la fin du secret bancaire dans la zone euro », *Le Monde.fr* avec AFP du 20 mars 2014.

67. Jean-Pierre Stroobants, « Transparence : le Luxembourg et l'Autriche renoncent au secret bancaire », *www.lemonde.fr*, 20 mars 2014.

68. La Suisse a signé la convention multilatérale sur l'assistance administrative en matière fiscale le 15 octobre 2013. Voir en ce sens, Anne Cheyvalle, « La Suisse franchit une étape décisive vers la transparence fiscale », *www.lefigaro.fr*, 15 octobre 2013.

69. En février 2009, UBS avait payé 780 millions de dollars d'amende et donné les noms de 4 450 clients soupçonnés de faire de la fraude fiscale. Cf., Patrick Bourbon, « Lutte contre la fraude fiscale : les recettes américaines », mis en ligne le 14 avril 2013 par Natacha Tatu, in *www.nouvelobs.com*.

## CONCLUSION

Jadis respecté sous le sceau de la protection du patrimoine de chaque individu et même sacralisé dans les paradis bancaires, le secret bancaire est un principe complètement anéanti, vidé de toute sa pertinence. Depuis les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, aucun principe n'a jamais subi autant d'attaques que celui du secret bancaire. L'enjeu lié à la protection de l'intérêt de la Communauté internationale est devenu si grand et si impérieux que le principe du secret bancaire a complètement volé en éclat. La lutte contre le financement du terrorisme international et le blanchiment d'argent sale qui sont les phénomènes qui empruntent inévitablement les circuits bancaires justifie l'atteinte portée au secret bancaire. Par ailleurs, depuis la crise des *subprime* de 2008 commencée aux États-Unis, les pays développés frappés par effet de domino sont en crise et font face à une crise de trésorerie. Désormais lourdement endettés, ces pays en crise ressentent plus que jamais, la nécessité d'aller en guerre contre les paradis fiscaux qui abritent les comptes bancaires non déclarés à l'administration fiscale ouverts par leurs évadés fiscaux. Avec l'échange automatique des informations à des fins fiscales mis en œuvre par le fisc américain depuis le vote par le Congrès de la loi FATCA en 2010 et l'adoption en mars 2014 du document sur la fiscalité de l'épargne au sein de l'UE, les comptes bancaires même ouverts dans les paradis bancaires ne sont plus et ne seront plus comme jadis, complètement murés et infranchissables. « On est loin du long fleuve tranquille. La vie du secret bancaire est pour le moins mouvementée. Ça tiraille, ça résiste, ça cède, ça s'entrechoque à tous les âges. Le secret bancaire est un mur qui fut un jour érigé et qui depuis n'a cessé de subir des assauts<sup>70</sup>. » Toutefois, l'atteinte portée au secret bancaire est à géométrie variable. Il convient donc de constater que le degré de l'atteinte portée au secret bancaire dépend de l'origine du titulaire du compte ouvert et non déclaré à son administration fiscale d'origine. Plus le pays d'origine du titulaire de compte non déclaré est puissant, plus, il dispose de moyens de pression pour faire plier les banques où qu'elles se trouvent. Les États les plus puissants à l'instar des États-Unis d'Amérique disposent d'une importante capacité de nuisance et de pression pour faire plier les paradis bancaires les plus redoutables. Cette capacité de nuisance manque cruellement aux pays moins puissants notamment africains. Les ressortissants africains, qu'ils soient dirigeants ou simples citoyens, peuvent continuer de cacher leurs avoirs dans les comptes non déclarés des oasis bancaires. En fin de compte, la perte de substance du secret bancaire en Europe et aux États-Unis risque d'entraîner l'attrait des évadés fiscaux vers des paradis bancaires lointains notamment asiatiques et des territoires insulaires notamment plus permissifs. ■

70. Pierre-Yves Frei, *op. cit.*, p. 77.