Le secret bancaire face aux injonctions civiles anglo-américaines (½)

GILBERT PARLÉANI
Professeur
École de Droit de la Sorbonne (Paris I)

Avocat au Barreau de Paris

La vie des affaires s'internationalise. Pour recevoir des preuves adéquates, des juridictions – notamment américaines – prononcent parfois des injonctions obligeant des établissements bancaires localisés en France à fournir des données couvertes par le secret bancaire. Or, ce secret, territorial, est de surcroît en France d'ordre public, et loi de police. Pénalement, protégé, il a reçu le renfort d'autres législations, comme les lois de blocage.

1. Les injonctions civiles prononcées par les juridictions anglo-américaines à l'encontre de banques européennes continentales alimentent un contentieux récurrent, lorsque ces injonctions visent la divulgation d'informations couvertes par le secret bancaire. Ces injonctions varient selon la loi procédurale du juge qui les prononce. Elles sont connues dans de nombreux pays de Common Law, mais les difficultés principales proviennent des juridictions américaines. Le refus de satisfaire à ces injonctions expose au délit de *contempt of court* (notamment les *rules* 26, 37 et 45 *Subpoena*, ou, plus exactement *Subpoena duces tecum*, prévues dans les *Federal Rules of civil procédures*, aux États-Unis, et aussi dans le *contempt of Court Act* britannique du 27 juillet 1981). Ces injonctions reçoivent parfois des dénominations qui signalent leur origine historique[1].

Très généralement, ces injonctions sont personnelles. Le destinataire doit divulguer, ou encore s'abstenir de céder ses biens, ou même, bien que cela ne concerne guère le secret bancaire, ne pas mettre en œuvre, ou ne pas poursuivre, une procédure devant une autre juridiction[2].

Ces injonctions cristallisent les oppositions entre les systèmes juridiques, car il y a plusieurs façons de concilier deux exigences essentielles. Il y a d'abord l'obligation « civique » de contribuer à la manifestation de la vérité[3]. 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 (il est toujours difficile de trouver des droits absolus ; v. justement, à propos du secret bancaire, l'opposition entre le droit à obtenir des informations, reconnu au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle pour lutter contre la contrefaçon, et la protection des données personnelles, reconnue par la directive 95/46, aboutissant à la nécessité de tempérer un secret bancaire de droit allemand, en ce qu'il est illimité et inconditionnel, CJUE 16 juillet 2015, *Coty Germany*, aff. C-580/13). Selon les droits, le point d'équilibre varie.

2. La difficulté est d'autant plus grande que le secret bancaire est considéré de diverses manières en droit comparé. Certains États, dont la France, ou encore le Luxembourg ou la Suisse, en font une exigence impérieuse, légale, et fondamentale[4]. En France, par exemple, l'intérêt public est en réalité prédominant. Le secret est non seulement nécessaire à la relation de confiance, mais il est également considéré comme indispensable

1. V. par ex. les injonctions *Mareva*, issues de l'affaire *Mareva Compania Naviera*, CA 23 juin 1975 ; elles sont aujourd'hui dénommées « *freezing order* », dans les *Civil Procedure Rules* britanniques de 1998 ; ce sont des ordres de gel, en ce qu'ils portent injonction de ne pas céder certains actifs ; ces injonctions ont été légalisées au Royaume-Uni dans le *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 *prejudjment with attachment*, ou le *tempory restricting order*.

2. On parle d'injonction *anti-suit* ; v. en matière d'arbitrage, E. Gaillard, « Il est interdit d'interdire, réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injonctions* dans l'arbitrage commercial international », *Rev. Arbitrage*, 2004, p. 47

3. V. par ex. les articles 8 à 11 du Code français de procédure civile ; v. M.A. Frison-Roche, *J. Cl. Procédure*, fasc. 620.

4. V. J. Lasserre Capdeville, *Le Secret bancaire*, PUAM ; E. Collomp, « Le secret bancaire », *in Rapport de la Cour de cassation*, 2004, p. 41

à la confiance que doit avoir le public dans le système bancaire[5]. Protéger la relation de confiance, interdire qu'elle soit violée, explique les sanctions pénales[6] et professionnelles[7]. L'intérêt privé se dissout alors dans l'intérêt public. Dans ces pays, l'intérêt privé n'apparaît seul, en apparence toutefois, que lorsqu'il s'agit de permettre au client d'y renoncer. L'intérêt public irrigue aussi la loi fédérale allemande, sans toutefois qu'il existe des sanctions pénales en cas de violation[8]. Dans plusieurs pays, cependant, une dérogation expresse au secret est admise pour les opérations de refinancement ou de titrisation[9]. Ces dérogations n'affaiblissent guère cependant le principe du secret. Cette immersion du secret bancaire dans l'ordre public explique qu'il bénéficie à tous les clients (particuliers ou entreprises), et qu'il soit un devoir de la fonction de banquier.

Dans d'autres pays, en revanche, le secret bancaire résulte simplement d'une obligation générale de confidentialité, sanctionnée sur le plan civil (Belgique, Italie, Espagne…).

D'autres encore en font un devoir né du contrat et de la relation bilatérale de confiance, voire d'une relation fiduciaire. En Grande Bretagne, par exemple, le secret est d'origine plutôt contractuelle. Il naît de la relation particulière du banquier et de son client[10]. Cette nature contractuelle permet de couvrir par le secret l'ensemble de la relation avec le client, mais autorise aussi des exceptions judiciaires, qui s'expliquent parce que le contrat cède *a priori* devant ce qui peut relever de l'intérêt public. Le secret s'efface ainsi devant le commandement de la loi ou du juge, devant l'intérêt public, bien sûr en cas d'accord du client, et aussi lorsque les intérêts essentiels de la banque sont clairement en cause dans un litige.

Cette philosophie est reprise avec des nuances dans la grande majorité des pays de *common law*. Celle qui prévaut aux États-Unis est quelque peu en retrait. Aux États-Unis, le secret bancaire est essentiellement défini légalement et *a contrario*, par des lois spéciales qui permettent aux autorités publiques de bénéficier de droits de communication étendus[11]. Sur le fond, le secret bancaire n'est pas nié par nature, mais il est limité, et conserve avant tout valeur contractuelle, ce qui le fait céder devant des exigences d'intérêt public dans lequel s'inscrit l'ordre du juge. Il faut savoir que la Cour suprême avait, sur le fondement du 4e amendement de la Constitution, dénié tout droit en quelque sorte naturel à bénéficier du secret bancaire, motif pris qu'il ne s'agissait pas là de vie privée[12]. Certains États, comme la Californie, sont sans doute plus protecteurs du secret. L'intérêt de la banque, et celui du public, a cependant toujours servi à limiter les possibles présomptions de confidentialité.

Une réaction législative importante, mais toujours limitée, et intervenue aux États-Unis avec le *Gramm-Leach-Bliley Act* (GLBA) du 12 novembre 1999, obligeant les banques à informer clairement les clients consommateurs de leur politique en matière de confidentialité, en permettant à ceux-ci, une fois informés, de refuser à la banque le droit de transmettre des données à des tiers (*opting out*). Le fondement est donc clairement contractuel. Toutefois, cet *opting out* cède devant les droits des agences fédérales ou autorités publiques (à certaines conditions procédurales). Cette législation s'articule, en matière de *credit-scoring*, avec le *Fair Credit Reporting Act* (qui remonte au 26 octobre 1970, mais qui a été modifié à plusieurs reprises, et qui s'adresse aux agences de transmission de données et de *scoring*, comme Experian ou Equifax). En tout cas, le droit fédéral américain ne protège absolument pas les entreprises. Il ne protège que les consommateurs, et encore si l'opération en cause est conduite pour des besoins personnels ou familiaux[13]. En bref, en droit des États-Unis, la vie des affaires ne peut guère relever du secret bancaire.

Si l'on dresse un tableau des États membres de l'OCDE, le tableau est contrasté. On s'aperçoit finalement que la moitié d'entre eux admet que le secret bancaire n'est pas opposable en matière civile, tandis que l'autre moitié retient la solution inverse[14].

3. Ces divergences expliquent en grande partie l'incompréhension parfois ressentie, en France et dans certains autres pays, face à des injonctions judiciaires prononcées par des juridictions civiles américaines, et, dans une moindre mesure, britanniques[15]. Il arrive souvent, dans ces deux États, mais surtout aux États-Unis, que des juridictions civiles admettent que les banques de l'une des parties soient attraites dans la procédure, et qu'il leur soit enjoint de divulguer des informations précises sur l'une des parties, voire sur des tiers.

Ces injonctions judiciaires sont en général personnelles. Elles visent la banque, en tant que personne. Souvent, la banque est appréhendée au travers d'une de ses entités économiques, 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. Mais, toujours parce qu'elles sont personnelles, ces injonctions sont aussi nécessairement destinées à produire leurs effets au lieu où sont détenues ou enregistrées les opérations

5. V. le rapport de Madame le Conseiller Collomp, préc. ; v. cependant, 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, v. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 11e éd., n° 556 ; la Cour de cassation française motive au visa de la protection de la vie privée, ensemble l'obligation de concourir à la manifestation de la vérité, et l'obligation inverse de garder le secret, visée à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, v. Cass. com. 21 sept. 2010, *Banque et Droit*, nov. 2010, p. 21.

6. Article L. 226-13 du Code pénal (v. J. Lasserre Capdeville, *op. cit.*) ; c'est aussi le cas en Suisse ou au Luxembourg.

7. V. la charte de conduite d'une mission de contrôle sur place de l'ACPR, point III.2.

8. Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) du 20 déc. 1990 ; adde, CJUE 16 juillet 2015, *Coty*, préc.

9. V. l'article L. 511-33 du CMF français, ou, en Allemagne, l'arrêt du BGH du 27 février 2007, *Raiffeisenbank*, XI.ZR 195/05, ainsi que l'article 383 du *Zivil Process Ordnung*.

10. V. le célèbre arrêt *Tournier c/ National Provincial and Union Bank of England*, 17 déc. 1923, [1924], IKB.461-CA.

11. V. par ex. le *Bank Secrecy Act* du 26 octobre 1970, modifié par le *Patriot Act* du 26 octobre 2001.

12. *United States c/ Miller*, 425.US.435, 96 S. Ct 1619, 1976.

13. V. D. Blache, *Le droit bancaire aux Etats-Unis*, Revue Banque éd., 2006, n° 552 et s.

14. V. l'étude de l'OCDE, *Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales*, 2000, p. 73.

15. Encore que les juridictions britanniques se montrent souvent assez respectueuses de la souveraineté des autres Etats ; v. par ex. à ce propos, 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 ; v. les conditions exposées notamment dans l'arrêt *Eram Shipping Company c/ HSBC*, 13 juin 2003, 2003, UKLH 30 ; v. aussi, à propos du droit luxembourgeois, M. Elvinger, « Les conflits entre l'obligation au secret bancaire et l'obligation de déclaration imposée par une loi étrangère », *Bulletin Droit et Banque*, n° 26, ALJB, 1997, p. 5.

effectuées par la banque. Elles sont donc souvent prononcées par des juridictions dans le but explicite d'avoir des effets extraterritoriaux, car leur raison d'être est de toucher tous les lieux d'exploitation de la personne visée[16]. Que reste-t-il alors du principe affirmé 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* » ? Mais, précisément, la diversité des législations relatives au secret bancaire soulève des interrogations au regard de ce principe. C'est en réalité le lieu où se situe la relation de confidence qui doit déterminer la portée territoriale d'une injonction (I.). Mais il ne suffit pas de déterminer ce lieu. Il faut aussi savoir quand le banquier peut, en fonction de ce lieu, s'opposer à l'injonction qui l'oblige à violer le secret bancaire (II.).

I. TERRITORIALITÉ DU SECRET, ET EXTRATERRITORIALITÉ D'UNE INJONCTION PERSONNELLE

4. Les banquiers ne sont pas les seuls à être destinataires d'injonctions judiciaires. Mais les injonctions qui visent directement des personnes physiques ou des entreprises heurtent rarement des législations relatives au secret bancaire. Les injonctions qui s'adressent à des non-banquiers sont souvent reçues sans trop de difficultés dans les différents ordres juridiques, et en particulier dans l'ordre juridique français. Tel a été le cas pour des injonctions *Mareva*, ou *freezing orders*, qui obligent à ne pas se dessaisir ou à ne pas céder certains biens. Sans doute ces injonctions doivent respecter certaines conditions procédurales dans les États d'exécution, mais elles ne sont pas pour autant contraires par nature aux règles en vigueur dans ces États. La question sera surtout celle de la qualification de l'injonction en mesure d'exécution (saisie) dans l'État requis, ce qui déterminera le régime juridique et procédural applicable[17]. Les questions sont plus délicates sans doute pour les injonctions « *anti-suit* », car elles posent la question du droit d'accéder au juge (v. E. Gaillard, art. préc.).

5. En revanche, ces injonctions soulèvent des questions spécifiques lorsqu'elles s'adressent à des banques, en raison de leur fréquente implantation internationale. Les banques sont déjà soumises, en fonction de leurs lieux d'implantation, à de multiples législations territoriales, qu'elles soient prudentielles, ou qu'elles relèvent du droit de la consommation. Mais les règles prudentielles ont des destinataires bien identifiés et localisés (en Europe, il s'agit du siège social). Le droit de la consommation s'applique *a priori* selon la résidence du consommateur. En revanche, le secret bancaire semble moins clairement localisé.

6. Affirmer que les lois relatives au secret bancaire sont territoriales relève pourtant de l'évidence. On ne peut guère contester que la loi qui impose au banquier une obligation au secret, ou qui lui impose un devoir de discrétion ou de confidentialité soit celle en vigueur au lieu de l'établissement dans lequel la relation bancaire s'est établie[18]. Si l'obligation au secret naît sans doute d'un accord de volonté sur la relation bancaire, elle est fonction de la localisation de la relation confidentielle et du lieu où sont détenues les informations protégées. Or, c'est là qu'apparaît la difficulté. Souvent, les injonctions s'adressent à un établissement de la banque – ou du groupe bancaire – situé dans un État autre que celui où sont détenues les informations. La question se pose alors de savoir si la différence entre les lois relatives au secret bancaire peut cloisonner, à l'intérieur de la banque ou de son groupe, la portée d'une injonction personnelle. Juridiquement ce cloisonnement semble incontestable (1.). Le développement actuel des pratiques bancaires d'interconnexion semble rendre cette conclusion quelque peu anachronique. Mais il n'en est rien, et les progrès techniques ne doivent pas conduire à remettre en cause la nécessité juridique du cloisonnement (2.).

1. Injonctions personnelles et cloisonnement territorial du secret

7. Si la détermination de la localisation de la relation bancaire ne soulève généralement pas de grandes incertitudes intellectuelles (la complexité peut en revanche naître de la pratique), il n'en va pas de même de la détermination du ou des destinataires d'une injonction civile de communiquer ou de dévoiler certaines informations. Combiner le lieu de la relation bancaire avec la détermination précise du destinataire de l'injonction peut s'avérer délicat. Les injonctions sont en effet prononcées chaque fois dans un contexte procédural particulier. En visant une banque, le juge peut viser la succursale locale (*Branch*) pour atteindre les comptes tenus dans un autre pays auprès du siège social. Le juge peut aussi directement viser la filiale locale (*Subsidiary*), ou encore une filiale ou une société mère dépourvues d'implantation locale. Il peut même viser une personne physique qui est – ou a été – salariée ou mandataire de la banque. Les situations de fait sont donc toujours différentes. On tentera, pour simplifier, de les distinguer en fonction de l'établissement de la banque destinataire de l'injonction.

8. Une première hypothèse doit être évacuée d'entrée de jeu. C'est celle où l'injonction n'a pour seul destinataire que l'établissement local, et lorsqu'elle n'oblige qu'à dévoiler des informations détenues localement, que l'établissement visé soit le siège local d'une société mère, celui d'une filiale, ou encore le siège d'exploitation d'une succursale. En ce cas, il y aura une superposition entre la loi du for, celle de la relation bancaire, et celle de la loi relative au secret. Il s'agira toujours de la loi du lieu de l'établissement bancaire.

16. V., en général, L. D'Avout, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP*, 2015.II. 1112.

17. V. par ex. CJCE 21 mai 1980, *Denilauer*, aff. C-125/79, RCDIP, 1980.801, note Metzger ; Cass. Civ. 1re, 30 juin 2004, *Stolzenberg*, n° 01-03248, *JCP*, 2004.II.10198, concl. Sainte-Rose ; G. Curniberti, C. Normand, F. Cornette, *op.* et *loc. cit.*

18. V. J.-P. Mattout, *Le Secret bancaire dans l'ordre international*, Travaux du comité français de droit international privé, 2000-2002, Pédone, p. 175 et s. ; du même auteur, *Droit bancaire international*, Revue Banque éd., n° 20, G. Parleani, *La localisation des services financiers – Mélanges Stoufflet*, PU Clermont-Ferrand, LGDJ, 2001, p. 279 et s.

9. Les difficultés apparaissent bien sûr dès qu'il y a un élément d'extranéité. L'extranéité est souvent la conséquence du contexte d'un procès. Il n'est pas rare qu'une partie attraie dans la procédure un établissement de la banque, dans le seul but de solliciter du juge une injonction internationale à son encontre. Sont ainsi attraites, selon les cas, les filiales ou les succursales locales, ou encore des filiales ou des sociétés mères étrangères. Selon les cas, l'injonction sera adressée à une personne morale (a.), ou à une succursale, simple branche d'une personne morale localisée dans un autre État (b.).

a. Injonctions et personnalité morale

10. Une injonction adressée à une personne morale ne peut l'obliger à communiquer des renseignements détenus par une autre personne morale. Cette réponse semble relever de l'évidence juridique, et doit avoir valeur de principe. Les notions de groupe, ou de contrôle, ne devraient pas suffire à donner une portée pluripersonnelle à une injonction judiciaire civile. Il ne saurait être question de faire naître en matière d'injonction ou de secret une quelconque exception de groupe, et le secret bancaire joue bien sûr entre sociétés mères et filiales, de même qu'entre filiales[19]. La personnalité des injonctions est en général reconnue, même en présence d'un groupe, tout simplement en raison de la pluralité de personnes morales, sujets de droit autonomes[20].

b. Injonctions et succursales

11. Les questions les plus délicates concernent les succursales établies dans des États autres que celui du siège. La discussion se pose en des termes identiques, que l'on envisage le cas des succursales des filiales, ou des succursales des sociétés mères.

12. Une succursale ne dispose pas de la personnalité morale[21]. En conséquence, parce qu'elle est nécessairement personnelle, l'injonction devra viser procéduralement le siège social, situé par hypothèse en France. Mais une succursale bancaire est un établissement local dans le pays du juge. Cela entraîne bien sûr des conséquences importantes, en termes de contrôles, d'obligations déclaratives locales, ou de lutte contre le blanchiment. Il vaut la peine de relever que plusieurs dispositions impératives du droit des États-Unis visent clairement les succursales locales, englobées sous le mot générique de *US financial institutions* (v. par ex. le *Bank Secrecy Act*, ou le chapitre 35 de l'*US Code*, *Right to financial privacy*). Des obligations spécifiques et locales naissent ainsi à la charge des succursales, considérées comme indépendantes du siège pour les fins de la loi en cause. Cette spécificité de la succursale bancaire, qui s'explique aussi bien par la spécificité de l'activité que par les nécessités des contrôles locaux, se retrouve dans le droit de l'Union européenne.

13. La succursale bancaire est, au sens de l'article 4 du règlement 575/2013, auquel renvoie l'article 2 de la directive 2013/36, un siège d'exploitation qui effectue directement, en tout ou partie, les opérations inhérentes à l'activité d'établissement. C'est pour cette raison que, sans être soumises à l'exigence d'agrément, les succursales des établissements de crédit européens sont néanmoins soumises à des contrôles sur place, qui constituent en fait un infra-agrément[22], tandis que les succursales relevant d'États tiers peuvent être soumises à agrément (art. 47 D 2013/36). En clair, parce qu'une succursale bancaire effectue directement – c'est-à-dire localement – les opérations inhérentes à l'activité bancaire, elle relève des contrôles et prescriptions locales relatives à cette activité. Les règles locales relatives au secret bancaire s'appliquent donc à elle (v. par ex. J. P. Mattout, Le secret bancaire dans l'ordre international, précité).

14. Il peut alors arriver que, dans le pays du juge, les succursales ne soient pas assujetties à un quelconque secret, que, procéduralement, le siège soit aussi attrait dans la procédure (au travers de la succursale), et que le juge décide de prononcer une injonction visant à la fois la succursale locale, ensemble le siège et toutes ses succursales.

En droit, on doit pourtant conclure que plusieurs droits locaux régiront le secret bancaire en fonction des lieux d'activité. L'article L. 511-33 du Code monétaire et financier français ne règle certes pas explicitement la question, car l'interdiction de divulguer y est conçue *intuitu personae*, en ce qu'elle vise les dirigeants ou les employés d'un établissement de crédit agréé en France. Mais, si un même dirigeant devra respecter le secret pour les opérations localisées en France, il ne pourra pas le faire pour les opérations localisées par exemple dans une succursale implantée à New-York.

15. La territorialité de l'incrimination pénale du secret bancaire renvoie à la loi de l'établissement bancaire où sont localisées les opérations. L'incrimination ne dépend ni de la loi du lieu où la divulgation est demandée, ni de la loi du lieu où elle s'est produite. Ces derniers lieux sont, au fond, indifférents. Le secret bancaire français (pour ne prendre que son exemple) s'adresse à tous ceux qui participent à la gestion ou à l'activité des seuls établissements mentionnés au chapitre Ier du titre I du Livre V du Code monétaire et financier (établissements de crédit, d'une société de financement ou d'un organisme mentionné à l'article L. 511-6-5°). Cette territorialité du secret peut aussi se déduire *a contrario*.

16. La violation du secret bancaire n'est en effet pas une infraction du marché. Les infractions de marché sont d'une nature particulière. Nuire à l'intégrité d'un marché affecte tous ceux qui s'y présentent, quelle que soit leur résidence[23]. La violation du secret bancaire est par nature une infraction qui ne vise qu'à protéger la confiance placée dans certains opérateurs, mais en fonction d'un

19. V. par ex. J. Lasserre Capdeville, *Le Secret bancaire*, préc. n° 257 et s.

20. V. en droit du Royaume Uni, les affaires *Mackinnon* ou *Eram Shipping*, préc. et l'affaire *Bank of Tokyo c/ Karoon*, 1987, 1 RC.45

21. V., en général, K. Lagtati, *Les Succursales en droit international et européen des affaires*, thèse Clermont-Ferrand, 2011, Omniscriptum, 2014

22. V. les articles 17, 35 et s., 40 et s., 74 et s. de la directive 2013/36.

23. Comparer avec Cass. crim. 26 oct. 1995, *Triangle*, n° 94-83780, *Bull. crim.* 324, à propos d'un délit d'initié, commis hors de France, mais punissable, parce que la mise en œuvre initiale avait eu lieu en France au moyen de communications téléphoniques, et que la loi pénale française ne posait aucune limitation en ce qui concerne la loi applicable, ou en ce qui concerne les marchés en cause, pourvu que les faits soient punissables en France ; v. B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 24e éd., n° 174 s.

territoire précis. Le secret ne s'applique que si les opérateurs bancaires sont implantés en France, et parce que la clientèle a précisément choisi de recourir à des établissements bancaires localisés dans ce pays. L'article L. 511-33 du Code monétaire et financier ne désigne au fond que le lieu de la relation de confiance entre le client et sa banque.

C'est pour cela que le secret est opposable à l'intérieur d'une même personne morale, entre un siège français et une succursale étrangère. Admettre que l'unité de personne morale pour autoriser la succursale à violer à l'étranger le secret bancaire français aboutirait à ruiner le principe[24].

2. La permanence du principe du cloisonnement en dépit des bouleversements techniques

17. L'internationalisation de l'activité bancaire n'a pas uniquement multiplié les points d'exploitation physiques (succursales, filiales avec leurs sièges sociaux). Elle a aussi multiplié les contacts immatériels, et la circulation électronique des données semble aujourd'hui naturelle, voire nécessaire. Le secret bancaire doit être confronté à cette réalité nouvelle. En vérité, les principes juridiques doivent être maintenus, ce qui crée d'abord des obligations à la charge des banques, et ce qui limite par voie de conséquence la portée des injonctions (a.). Confrontés à cette difficulté, certains juges tentent parfois de mettre en avant l'idée que les données couvertes par le secret seraient accessibles partout dans le monde, grâce aux performances des circuits électroniques (b.).

a. La banque en ligne

18. Les développements attendus de la banque en ligne ne devraient pas conduire à remettre en cause en principe. Il ne faut pas perdre de vue que la communication électronique fait voyager le client vers le site de la banque, et que, en droit européen (par exemple), les communications sur internet sont des modes d'exercice de la LPS passive : le banquier est passif et reçoit les messages, tandis que les demandes ou les ordres des clients voyagent. Ne dit-on pas que les clients « surfent » sur le « net », ce qui signale bien que ce sont leurs messages qui se déplacent, et qui se dirigent vers le serveur du banquier, nécessairement localisé dans un État[25] ? C'est le site de la banque qui indiquera la localisation de l'établissement, donc de la relation, et donc du secret. Les exigences de contrôle, notamment de la part des autorités en charge des règles prudentielles, permettent de déterminer, certes encore avec quelques incertitudes, la notion d'établissement électronique, avec sa localisation (v. le Livre blanc de la Banque de France, *Internet, quelles conséquences prudentielles ?*, 2000, où sont évoqués les critères possibles de l'établissement bancaire, par rapport à la LPS).

b. L'accessibilité technique aux données

19. Certains juges tentent parfois de contourner la règle de la personnalité des injonctions, en faisant valoir que les procédés de communication actuels rendent naturelle et techniquement possible l'accessibilité intra-groupe des données. Cette considération de pure technique a pour objectif de faire naître sur la tête de la succursale ou de la filiale locale attraite dans la procédure une obligation positive d'extraire des données stockées dans un autre pays.

20. Il n'est toutefois pas pertinent en droit de tirer argument de la seule possibilité technique pour une succursale américaine d'accéder aux données bancaires détenues par exemple au siège français. À supposer même que les systèmes électroniques des banques permettent effectivement l'interconnexion des données nominatives, celles-ci demeurent toujours localisées. Elles figurent toujours, dans l'hypothèse envisagée, dans les comptes ou dans les dossiers numérisés, gérés ou établis par le siège. La facilité de communication, voire d'extraction des données à distance, n'empêche pas qu'il y aura manipulation en France de données couvertes par le secret, afin de les acheminer vers la succursale. Le délit français de violation du secret bancaire sera constitué, car son élément matériel essentiel sera localisé en France (accès aux données pour les utiliser dans un État ne garantissant pas le même secret ; v. l'article L. 113-2 du Code pénal), et cet élément matériel sera imputable à une personne visée par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier (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). En effet, le personnel de la succursale, dépourvue de la personnalité morale, est l'employé de l'entreprise dont le siège est par hypothèse situé en France (on peut faire du reste ici un parallèle avec le raisonnement des autorités américaines, lorsqu'elles soumettent à leur juridiction certaines banques européennes dès l'instant où leurs opérations sont enregistrées dans des comptes libellés en dollars ; dans les deux cas, l'argument réside de la territorialité des comptes). ■

24. V. J. Lasserre Capdeville, *Le Secret bancaire, étude de droit comparé – France, Suisse, Luxembourg*, PUAM, n° 264 ; cet auteur distingue ainsi les communications intra-groupe ou intra-entreprise à des fins de gestion, ou à des fins prudentielles anonymisées ou globalisées, et dès lors non couvertes par le secret, des communications portant sur des données nominatives ou personnelles qui ne peuvent circuler, sauf nécessités de contrôle administratif, et à condition que la sphère de confidentialité recouvre le destinataire des données, *ibid.*, n° 270.

25. V. Gavalda, Parleani et Lecourt, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 7e éd., n° 290 et s.).