Le secret bancaire face aux injonctions civiles anglo-américaines (2/2)

GILBERT PARLÉANI

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Paris 1)

Avocat au Barreau de Paris

S'opposer à une injonction qui ignore le secret bancaire français est d'autant plus délicat que plusieurs lois peuvent être invoquées, sans avoir toutes le même champ d'application. La loi de blocage, la plus radicale, est souvent délaissée. Finalement, le banquier trouve surtout le secours dans le seul article L. 511-33 du Code monétaire et financier.*

II. LA PROTECTION UNILATÉRALE IMPÉRATIVE, ET LOCALE, DE LA CONFIDENCE

1. Pour s'opposer à une injonction, le banquier doit pouvoir faire valoir des considérations d'intérêt public décisives. L'intérêt privé ne suffit pas à lui seul, s'il n'est pas conforté par l'intérêt public. La plupart des juridictions qui prononcent des injonctions sont soumises à des législations qui admettent que l'on peut se délier de l'injonction en avançant un motif particulièrement légitime. La confidentialité de la relation bancaire est assez généralement admise au Royaume-Uni. Il n'en va pas de même aux États-Unis, où le secret n'est reconnu qu'au profit des consommateurs personnes physiques (v. *supra*, n° 2). La confidentialité y demeure certes un devoir, mais qui doit être combiné avec d'autres devoirs ou avec d'autres exigences, comme le concours à la manifestation de la vérité. Dans ce souci de conciliation, les juridictions américaines utilisent souvent le test de la balance des intérêts. Plus la sanction de la violation de secret bancaire est menaçante dans l'État où doit avoir lieu la divulgation, plus la balance jouera en faveur du secret. De ce point de vue, le droit de l'État requis doit être non seulement impératif et unilatéral. Mais il doit aussi être pratiqué comme tel.

2. En droit français, on peut estimer que la protection du secret bancaire est une loi de police. Mais d'autres législations contribuent également à la protection impérative de la confidentialité bancaire, chacune avec son propre champ d'application. On doit citer ici la législation relative à la protection des données personnelles, ou encore la loi dite de « blocage ».

Invoquer ces lois impératives ne suffit pourtant pas toujours à convaincre (1.). Certains juges veulent avoir des certitudes concrètes sur la manière avec laquelle elles sont appliquées en France. L'analyse risque alors de devenir statistique, ce qui est peu compatible avec le rôle du juge. Dans tous les États, l'office du juge est de résoudre les cas qui lui sont déférés, et non de quantifier un pourcentage de risque auquel il décidera le cas échéant d'exposer le justiciable (2.).

1. L'opposabilité juridique effective du secret bancaire français

3. Plusieurs législations impératives de fond peuvent concourir à protéger le secret bancaire français (a.), il ne faut pas sous-estimer le rôle des règles de procédure (b.).

a. Les législations de fond protectrices du secret

4. On songe bien entendu en premier lieu aux règles spécifiques contenues dans l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier. Ces dispositions ont toute l'apparence de la loi de police (1°). Il n'est pas inutile d'ajouter à ce propos que la violation de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier peut également être sanctionnée par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (2°). D'autres dispositions ont un champ d'application différent, mais recoupent en partie le secret bancaire. Il s'agit des textes relatifs à la circulation des données personnelles. Mais ces dispositions légales ne protègent cependant que les particuliers (3°). C'est en raison de la difficulté de concevoir une législation véritablement générale que

* La première partie de cet article a été publiée dans le précédent numéro de *Banque et Droit* (n° 165, janvier-février 2016, p. 20).

le législateur français, comme d'autres législateurs européens, a recouru à la technique radicale des lois dites de blocage (4°).

1°) L'article L. 511-33, loi de police

5. Avancer que la protection du secret bancaire est une loi de police (i) semble plus aisé que de tracer clairement le périmètre de la protection offerte (ii). La difficulté qu'il y a à délimiter matériellement le secret bancaire est ancienne, mais elle fragilise le dispositif français.

i) 6. La reconnaissance du secret bancaire comme loi de police, qui, à ce titre, oblige tous ceux qui habitent le territoire (article 3 du Code civil), est sans aucun de nature à donner doute un solide fondement juridique au cloisonnement territorial du secret à l'intérieur d'une même entité juridique. Mais une interrogation vient à l'esprit. Peut-on parler de loi de police en droit français si la loi relative au secret bancaire permet au client d'y déroger ? Une loi de police est celle qui est « cruciale » pour un pays, et la notion est plus restrictive que celle de loi à laquelle on ne peut déroger par un accord des parties (v. par ex. le 17e considérant du Règlement Rome I, et son article 9).

7. Il faut cependant admettre que la possibilité individuelle de dérogation n'empêche pas la qualification de loi de police. Si le client peut sans doute délier le banquier de son obligation au secret, le banquier ne peut absolument pas s'en délier lui-même. Et s'il s'en délie malgré tout, il risque la sanction pénale. La sanction pénale signale en effet la loi de police, non pas tant par elle-même (il y a trop de sanctions pénales en France), mais plutôt par sa territorialité incontestable, et surtout par l'obligation au secret qui s'impose quel que soit le résultat de la règle de conflit de lois[1]. Le secret prévu à l'article L. 511-33 du Code Monétaire et Financier est une claire illustration de l'unilatéralisme qui caractérise la loi de police[2]. Au-delà, de puissantes considérations d'intérêt national, ou confiance dans le système bancaire, ou de protection de la confidentialité des relations souvent intimes entretenues entre les clients et leur banquier, permettent de considérer que le secret bancaire peut légitimement être considéré comme crucial.

C'est finalement chez certains auteurs particulièrement autorisés qu'on trouve l'explication politique, et donc juridique, du caractère « *crucial* » du secret bancaire[3]. La protection privée va de pair avec la confiance du public dans le système bancaire. En 2015, on ajoutera que le secret bancaire est devenu un argument contre les délocalisations financières. Les lois de police sont une expression de souveraineté, précisément parce qu'elles sont clairement unilatérales. Chaque État demeure encore libre de déterminer seul ce qu'il juge crucial, en l'absence de règle internationale ou européenne impérative et contraire.

ii) 8. La reconnaissance de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier comme loi de police ne règle cependant pas toutes les difficultés. Les frontières ultimes du secret bancaire protégé demeurent parfois incertaines, et cela affaiblit le dispositif français[4]. Il est certainement acquis que les données précises et nominatives relatives aux opérations conduites avec un client sont couvertes par le secret[5]. Mais certaines interrogations frontalières demeurent, et sont source de contestations. Par exemple, le seul fait d'indiquer une absence de relation est-il violer un secret ? Pourtant, la qualité de non-client est parfois un indice précieux. Que dire encore de la participation du client à un type d'opération banale dans son secteur économique, sans données précises ou chiffrées ? Ces renseignements ont une certaine valeur. Le banquier doit-il les dévoiler ? La situation des intermédiaires, ou *brokers*, est elle aussi incertaine.

2°) Le contrôle administratif du respect du secret bancaire

9. Le risque de sanctions administratives prononcées par l'ACPR fait sans doute naître une menace plus précise et plus redoutable (car immédiate) que celle de la sanction pénale. L'ACPR a précisé son rôle, et la menace, dans ses « lignes directrices relatives aux échanges d'informations au sein d'un groupe et hors groupe », de mars 2011, l'ACPR rappelle que « *cette communication n'est possible que si les conditions dans le pays autre que la France connaît des règles équivalentes* » en matière du secret professionnel. On ne peut pas dire que l'équivalence se vérifie sur les deux rives de l'Atlantique.

Cela conduit à une remarque plus générale : si l'on veut conserver l'existence et l'efficacité du secret bancaire français, il faut diversifier les législations spéciales, et de police.

3°) La protection des données personnelles

10. Cette protection, prévue au niveau européen avec la directive 98/46 du 24 juin 1998 modifiée, ainsi que par les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, vise à protéger la vie privée des particuliers. Cette législation européenne, ainsi que les législations nationales qui la mettent en œuvre, touche à l'évidence à des valeurs fondamentales. Elles sont « cruciales », au sens du Règlement Rome I et constituent des lois de police. Puisqu'elles ne protègent que les particuliers, ces législations ne concernent pas les secrets bancaires des entreprises. La protection des données personnelles ne fait que concourir en partie à la protection

1. V. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 10e éd., n° 120 et s ; Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Dalloz, 7e éd., n° 126 et s.
2. *Ibid.*
3. V. par ex. E. Collomp, « Le secret bancaire », in *Rapport de la Cour de cassation*, 2004 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit du crédit*, Litec, 1990, T.1, n° 586 ; *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot*, T. 2 par M. Germain et Delebecque, LGDJ, 17e éd., n° 228 ; J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, *op. cit.* et *loc. cit.*
4. Une discussion comparable existe par exemple au Royaume-Uni, à propos de l'arrêt *Tournier*, v. R. Goode, « The Banker's Duty of Confidentiality », *Journal of Business Law*, 1989, p. 269.
5. V. sur ce point, l'étude exhaustive de J. Lasserre-Capdeville, *Le Secret bancaire, étude de droit comparé – France, Suisse, Luxembourg*, PUAM, n° 264 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, « Le secret bancaire en France », in *Le Secret bancaire dans la CEE et en Suisse*, PUF, 1974, p. 77.

du secret bancaire en France[6]. Elle ne peut suffire à la fonder entièrement. S'il n'y avait en Europe que cette législation, la situation serait au fond comparable à celle que connaissent les États-Unis avec le GLBA (v. *supra*, n° 2), et les injonctions prononcées contre les entreprises pourraient développer leurs effets sans encombre dans la plupart des situations.

11. Néanmoins, aujourd'hui (en 2015) les législations européennes et française relatives à la protection des données font barrage aux tentatives de violation du secret bancaire au profit des particuliers. En effet, le transfert de données d'un État européen comme la France vers un État non européen comme les États-Unis suppose que ce dernier État respecte les standards européens, et offre un degré de protection équivalent à celui que connaît l'Union européenne[7]. Or, l'équivalence entre les protections « adéquates » n'est pas encore reconnue avec les États-Unis. L'annulation de la décision de la Commission européenne 2000/520 du 26 juillet 2000, qui avait mis en place un *Safe Harbour* avec des entreprises américaines, est, pour l'instant, de nature à empêcher des transferts transatlantiques de données couvertes par le secret bancaire relatives à des particuliers[8]. Mais un jour viendra sans doute où l'équivalence sera reconnue. Ce jour-là, les législations européennes de protection des données personnelles ne seront plus d'un grand secours pour défendre un refus de communication au nom du secret bancaire.

4°) *Les lois de « blocage »*

12. La difficulté qu'il peut y avoir à cerner le contour de la loi de police face à un juge non européen, la différence des domaines d'application entre les lois relatives au secret bancaire et celles qui sont relatives à la protection des données personnelles expliquent que certains législateurs, dont le législateur français, ont recouru à une solution radicale. On vise ici les lois dites de « blocage ». La raison historique de ces lois, votées notamment en France, en Suisse, ou en Grande-Bretagne, était déjà une méfiance certaine à l'égard de certaines injonctions judiciaires américaines. Ces lois de blocage permettent, en effet de conforter directement le secret bancaire, en l'intégrant dans un système qui le recouvre et le dépasse. La France a été un précurseur en ce domaine, avec la loi du 26 juillet 1968 modifiée le 16 juillet 1980. Cette année-là, la Suisse et la Grande Bretagne firent de même. La loi française interdit, sous réserve d'accords internationaux, la communication de « *documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier, ou technique, tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères, ou dans le cadre de celles-ci* ».

13. Bien plus, dès lors qu'un résident français se voit notifier une telle demande ou une telle injonction, il doit sans délai informer le Ministre compétent. Les prescriptions des articles précitées sont assorties de sanctions pénales spéciales, distinctes de celles qui garantissent le respect du secret bancaire. La saisine du Ministre, et non du juge, puis la possible sanction pénale postérieure révèlent la loi de police.

14. La loi française sanctionne effectivement et pénalement le fait de respecter une injonction émanant d'un juge américain, qui aurait pour but d'obtenir d'un banquier français la communication de toutes pièces, documents, informations. Peu importe ici que les documents ou informations soient couverts par le secret bancaire. L'incrimination est générale, absolue, d'ordre public, et pénale. Ce genre de législations doit être pris en considération par le juge américain lorsqu'il procède à la balance des intérêts. Pourtant cette loi a fait l'objet de peu d'applications jurisprudentielles[9]. On peut même dire que cette loi n'est vue que comme un pis-aller, alors que sa radicalité devrait séduire. On doit surtout citer un jugement du Tribunal de commerce de Paris, qui a jugé que l'ordonnance d'un juge américain enjoignant à un établissement financier français de communiquer des documents était contraire à l'ordre public économique et financier français car elle se heurtait à la fois au secret bancaire et à l'article 1er *bis* de la loi de blocage[10]. La chambre criminelle de la Cour de cassation, le 30 janvier 2008[11], a même admis que cette législation pouvait être appliquée en France, dans le cas où la communication de documents avait été effectuée aux États-Unis (procédure de *discovery*), alors que la victime de cette communication était résidente en France.

La Cour de cassation a ainsi donné une portée extraterritoriale à cette interdiction, en retenant que cette législation visait à protéger les intérêts supérieurs de la France. L'affaire la plus emblématique d'application de cette loi demeure l'affaire *Equity Life – Maaf*[12]. Dans cette affaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation a justifié la condamnation à 10 000 euros d'amende d'une personne qui, aux États-Unis, et alors qu'un juge californien avait par ailleurs délivré des commissions rogatoires internationales, s'était employée à trouver en France des preuves de l'implication de la MAAF dans le rachat de la société Equity Life. Cette jurisprudence est parfaitement applicable à un banquier, puisqu'elle peut être appliquée à « *toute personne* ».

b. La réception procédurale internationale des injonctions

15. Il faut ici distinguer si l'injonction émane d'un juge britannique ou d'un juge américain.

16. Si l'injonction émane d'un juge britannique, le règlement « Bruxelles 1 *bis* » 1215/2012 du 12 décembre

6. V. par ex. Cass. com. 21 sept. 2010, *Banque et Droit*, nov. 2010, p. 21 ; *adde*, l'arrêt *Coty Germany* du 16 juillet 2015, aff. C-580/13.
7. Sauf accord individuel du client ; v. notamment l'article 28 de la directive 98/146 et les articles 7 et 8 de la charte des droits fondamentaux.
8. V. CJUE 6 octobre 2015, *Schrems c/ Data Protection Commissioner*, aff. C-362/14.
9. V. par ex. TGI Nanterre 22 déc. 1993 : *Juris-Data* n° 1993-050136 ; Versailles 16 mai 2001, *JCP* E 2007, 2330.
10. T. com. Paris, *Vac*, 20 juill. 2005 : *Juris-Data* n° 2005-288978.
11. N° 06-84098.
12. Cass. crim. 12 décembre 2007, n° 07-83228, *Bull.* 309.

2012 sera applicable. La procédure simplifiée prévue par ce règlement devra être suivie, mais la contrariété manifeste à l'ordre public de l'État membre requis empêche la reconnaissance[13].

17. Les difficultés se rencontrent surtout à propos des injonctions américaines. Les États-Unis et la France sont signataire de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale. Cette convention oblige en principe les juges des États contractants, dont les États-Unis, à émettre une commission rogatoire internationale, qui doit respecter certaines conditions de forme, et qui doit être exécutable selon les formes requises dans l'État d'exécution. Une dispense d'exécution peut être justifiée par une interdiction de déposer ou de témoigner, en vigueur dans l'État requis (article 11).

Les tribunaux des États-Unis manifestent une certaine réticence à respecter cette convention. La Cour Suprême a en effet décidé que le respect de cette convention par les juridictions américaines n'était pas impératif, mais simplement « souhaitable »[14]. En conséquence, deux difficultés se présentent. La première est celle du non-respect de la convention de La Haye par le juge américain qui prononce l'injonction, alors que cette convention est considérée, du côté français, comme le seul instrument juridique commun aux deux États[15]. Si l'on venait à admettre en France que le respect de cette convention était facultatif, il ne resterait que le contrôle du juge français en cas de demande d'exequatur. Toutefois, on sait qu'il ne s'agit alors que d'un contrôle de la régularité de la décision étrangère, et de sa seule conformité à l'ordre public international de fond français[16].

Une autre question, *a priori* plus simple dans le cadre de la Convention de La Haye, est de savoir si le secret bancaire français entre dans les prévisions de son article 11, qui réserve le cas d'une interdiction de déposer établie par la loi de l'État requis. Le secret bancaire semble bien répondre à cette définition. Mais, si l'on se trouve en dehors d'un cas d'application de la Convention de La Haye, il faudra savoir quelle notion d'ordre public est susceptible d'être appliquée au secret bancaire. Il n'y a pas de précédents, mais il vaut la peine de relever que le droit des affaires fournit quelques illustrations d'un ordre public international de fond[17]. Ces illustrations peuvent, *mutatis mutandis*, justifier la qualification d'ordre public international de fond au secret bancaire français.

2. La non-pertinence juridique de la mesure statistique du risque

18. Si le secret bancaire français est sans doute une disposition cruciale dans l'ordre juridique national, il n'empêche que le nombre de décisions judiciaires demeure faible, et que les sanctions pénales sont rares. Finalement, le risque le plus prévisible en cas de violation est une action du client au civil, à la condition qu'il ait un réel préjudice à faire valoir. Une des raisons de la modestie de la jurisprudence tient sans aucun doute au respect que les banques françaises attachent à leur obligation au secret. On observe ainsi que la plupart des décisions sont intervenues dans des situations où le banquier refusait à bon droit de divulguer, et non dans des situations où il avait divulgué à tort. Cela n'a pas échappé à certains juges américains, qui, dans le cadre de l'établissement de la balance des intérêts en présence, ont cherché à évaluer statistiquement le risque réel de sanction pénale. Évidemment, le risque est faible en France, et la balance des intérêts risque alors de pencher vers une obligation de divulgation.

19. Cette façon d'appréhender la balance des intérêts témoigne cependant d'un glissement dangereux dans le raisonnement. Un juge doit apporter une solution dans le cas unique qui lui est soumis. Là est son office. C'est pour cela que les arguments qui sont débattus devant lui doivent correspondre au seul cas qui lui est déféré. Chaque obligation de divulgation ordonnée au mépris du secret bancaire français fait naître un risque de poursuites, pénales en particulier. Le juge qui prononce l'injonction ne peut présumer l'attitude vindicative ou pacifique de celui qui aura été victime de la violation. Le risque naît dès le prononcé de l'injonction. Et si le risque se concrétise par une action en justice, la sanction frappera à 100 % le banquier, même si, globalement, il y a peu de litiges. Cela montre le caractère pernicieux du raisonnement statistique.

20. En conclusion, la protection du secret bancaire français semble encore assurée en droit. La constance du législateur et de la jurisprudence donne un solide fondement à l'invocation du secret pour s'opposer de façon pertinente à une injonction qui aurait pour résultat d'obliger une banque à violer la confiance mise en elle par ses clients. Mais on perçoit aujourd'hui – en 2015 – de nouvelles menaces. Il ne s'agit pas seulement de l'incompréhension – feinte ou non – de certains juges d'outre Atlantique. Il s'agit aussi d'un mouvement plus général. Le secret bancaire international s'efface au profit des administrations fiscales de l'OCDE[18]. Il y a plus encore. Les libertés de circulation des personnes, des données, et des capitaux, rendent de plus en plus difficile le maintien d'une protection du secret bancaire cloisonnée en fonction des États. La réponse à ces interrogations naissantes n'est sans doute pas pour demain. Elle viendra peut-être un jour d'une harmonisation internationale, ou à tout le moins transatlantique. C'est ce qu'il faut souhaiter dans le long terme. ■

13. V. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4e éd., p. 412 et s. ; S. Guinchard et al., *Le Nouveau Règlement Bruxelles 1 bis*, Bruylant, 2014, p. 240 et s.).

14. V. l'arrêt *Société Nationale Industrielle Acrospatiale c/ US District Court*, 482.US.522.1987 ; *adde*, P. Kinsh, « *Le fait du prince étranger* », *LGDJ*, 1994, n° 97.

15. V. T. com. Paris 20 juillet 2005, *Vac*, *Juris-Data* n° 2005-288978 ; le tribunal a ajouté que cet instrument s'impose aux deux États.

16. V. Cass. civ. 1re, 7 janv. 1964, *Munzer*, *JCP*, 1964, II. 13590, note Ancel, *RCDIP*, 1964.344, note Battifol ; 4 oct. 1967, *Bechir*, *RCDIP*, 1968, 98, note P. Lagarde.

17. V. par ex. pour les dommages et intérêts punitifs, ou *triple damages*, Cass. Civ. 1re, 1er déc. 2010, n° 09-13303, *Bull.* ; pour le mépris de la personnalité morale, ce qui peut constituer un précédent dans certaines situations qui mettent en cause le secret bancaire, Cass. Civ. 1re, 7 nov. 2012, n° 11-23871, *Bull.*

18. V. le projet BESP (*Base Erosion and Profit Shifting*).