Document generated on 10/12/2024 3:04 a.m.

Revue générale de droit

Étude comparée sur le secret bancaire (États-Unis, Canada)

Claude Morais

Volume 28, Number 1, March 1997

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1035708ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1035708ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Morais, C. (1997). Étude comparée sur le secret bancaire (États-Unis, Canada). *Revue générale de droit*, *28*(1), 71–87. https://doi.org/10.7202/1035708ar

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1997

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

NOTES, INFORMATIONS ET DOCUMENTS

Étude comparée sur le secret bancaire (États-Unis, Canada)*

CLAUDE MORAIS
Notaire, Montréal

SOMMAIRE

Introduction 72

I. Juridiction en regard du droit constitutionnel 72

A. Canada 72
B. États-Unis 74

II. Bases juridiques et sanctions 75

A. Canada 75
B. États-Unis 76

III. Limites et dérogations 77

A. Canada 77

1. Devoir public de divulgation 77
2. Intérêt de la banque 78
3. Consentement du client 79
4. Obligation légale 79

a) Domaine fiscal 79
b) Domaine judiciaire (civil et pénal) 81

B. États-Unis 82

1. Obligation légale 82
2. Domaine fiscal 84

Conclusion 85

Annexe : sommaire des législations 87

* La présente étude a été préparée pour le compte de l'Association belge des Banques dans le cadre du stage de formation effectué à l'Association en janvier et février 1996.

INTRODUCTION

On considère depuis longtemps la profession de banquier, tout comme celle de médecin, de notaire ou d'avocat, comme étant soumise au secret professionnel. La confiance accordée par la société au banquier et la nature des services offerts par ce dernier, lui permet l'accès à des données privilégiées concernant la vie privée de ses clients. Or la révélation de ces secrets par le client n'est pas faite de façon désintéressée. En effet, pour obtenir un résultat maximal et des conseils de premier ordre, le consommateur doit dévoiler des détails qui relèvent de son intimité.

Il est donc reconnu par la société que le professionnel est garant de l'intimité des personnes qui le consultent. Zondervan définit le secret professionnel ou la discrétion professionnelle comme étant « l'obligation imposée à ceux qui exercent certaines professions de ne pas révéler les faits qui leur ont été confiés à raison de l'exercice de leur profession »[1]. Cette définition est très largement acceptée et fait l'objet de peu de discussions. Le banquier fait partie d'un groupe privilégié et le public s'attend à une grande discrétion de sa part.

Le devoir de secret, tel qu'imposé aux professionnels, n'est cependant pas une notion absolue. Il existe des nuances appréciables entre les différents secteurs professionnels concernant la teneur et la forme du secret. Ces différences proviennent notamment de la valeur sociale accordée au détenteur du secret et à la puissance de la confidence. On doit également pouvoir adapter le concept, lors de son application pratique, aux problèmes spécifiques reliés à chaque branche professionnelle. Des différences peuvent être observées non seulement entre les diverses professions, mais à l'intérieur d'un même secteur d'activité. On peut facilement identifier les raisons qui ont entraîné ces divergences entre les nations : mœurs, tradition, origine juridique, situation économique, etc.

La structure et les conséquences du secret professionnel ne sont donc pas universelles. De là l'intérêt d'une étude comparée sur le secret bancaire dans les pays suivants : les États-Unis et le Canada. Les domaines de comparaison porteront plus particulièrement sur les bases juridiques du secret bancaire, les limites et dérogations, (en droit pénal, judiciaire et fiscal) et sur les sanctions prévues par les différents systèmes de droit. Nous allons cependant commencer par déterminer lequel des gouvernements du pays (fédéral ou provincial) a juridiction sur le sujet.

I. JURIDICTION EN REGARD DU DROIT CONSTITUTIONNEL

A. CANADA

La *Loi constitutionnelle de 1867*[2] énonce que le parlement fédéral a l'exclusivité du champ de compétence concernant les banques et l'incorporation

1. J. ZONDERVAN, *Le secret bancaire suisse et sa légende*, Bruxelles, Éditions du Centre d'études bancaires et financières, 1973, p. 13.

2. *British North America Act*, 1867, 30-31 Vict., c. 3 (R.V.), devenue en 1982 *Loi constitutionnelle de 1867*, voir *Loi de 1982 sur le Canada*, Annexe, 1982, c. 11 (R.V.) dans L.R.C. (1985) App. II, n° 44.

des banques[3]. D'un autre côté, ce sont les provinces qui ont l'exclusivité législative sur la *propriété et le droit civil*[4], dans les limites de leur territoire respectif.

Les partages de compétences font souvent l'objet de controverses ou de difficultés. Le système bancaire canadien ne fait pas exception. En effet, tandis que les banques sont clairement régies par le fédéral, plusieurs opérations pouvant impliquer une banque sont de juridiction provinciale. La grande majorité des contrats conclus avec ses clients relèvent bien entendu de la propriété et du droit civil (prêts, hypothèques, procurations, mandats, ventes ou successions). Évidemment tout est ici une question d'interprétation du droit constitutionnel interne. Toutefois, les institutions bancaires ne manquent jamais l'occasion d'appuyer les efforts du fédéral pour uniformiser les réglementations qui les touchent.

Pour compliquer les choses, le gouvernement fédéral a modifié la principale législation régissant les institutions financières. En effet, l'ancienne version de la *Loi sur les banques*[5] séparait le secteur financier canadien en « quatre piliers », c'est-à-dire : les banques, les trusts, les assurances et les valeurs mobilières. Il était interdit aux compagnies spécialisées dans l'une de ces catégories, d'offrir des services faisant partie d'une autre catégorie. De même, il était interdit à ces compagnies de détenir des actions d'une société opérant dans un autre « pilier ».

Ce décloisonnement ou déréglementation avait pour but de faire naître une plus grande compétition entre les grandes sociétés financières. Une restructuration s'est immédiatement enclenchée. Des fusions et des acquisitions ont modifié le paysage financier et les grandes banques se sont portées acquéreures de compagnies de courtage mobilier[6] et de trusts[7].

Ce changement majeur a été bénéfique pour le consommateur. Il a pu profiter de meilleurs prix, résultat d'une concurrence accrue, et il peut désormais se procurer tous les services financiers à une seule adresse. Inutile de mentionner que les banques ont également profité de la situation pour augmenter leur emprise sur tout le secteur.

Il découle de ce bouleversement une nette augmentation de la quantité d'informations qu'ont les banques sur leurs clients. Il faut veiller à ce que la mise en commun de ces connaissances ne puisse violer l'intimité des consommateurs et ainsi respecter leurs droits fondamentaux.

Une autre particularité canadienne résulte dans le fait qu'il existe deux traditions juridiques. Dans les sphères de compétences provinciales on est confronté, soit à la common law d'origine britannique, soit au droit civil d'origine française.

Les lois applicables en matière commerciale sont, dans les provinces de common law (neuf provinces sur dix), très semblables. Par contre au Québec, la

---

3. *Loi constitutionnelle de 1867*, article 91(15).
4. *Id.*, article 92(13).
5. *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), c. B-1.
6. Les banques ont obtenu la permission de se porter acquéreures d'une part importante d'une société canadienne qui fait le commerce des valeurs mobilières dès 1987. *Loi sur les banques*, L.C. 1987, c. 26, art. 2.
7. Suite à la modification législative de 1991, les banques peuvent détenir des filiales canadiennes et exercer certaines activités dans les domaines des fiducies, des compagnies de prêts ainsi que des assurances. Les banques peuvent également créer des réseaux d'alliances avec d'autres institutions financières d'une catégorie et ainsi offrir une vaste gamme de produits financiers. *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, art. 411 et 468. Certaines restrictions s'appliquent cependant au domaine des assurances, conformément à l'article 416 de la même loi.

seule province de droit civil, les banques sont confrontées à des lois différentes. Même si les résultats obtenus et les politiques des banques ressemblent pour la majorité à ce qui ce fait ailleurs au Canada, il est évident que toutes ces lois ne facilitent pas le travail des banques.

Au niveau du secret bancaire, il n'existe aucune loi du gouvernement fédéral qui identifie la base juridique de la relation banque/client, même s'il existe des lois qui l'affectent[8]. Le parlement canadien préfère laisser la common law régler la question, même si la possibilité lui reste ouverte. On n'a en général pas voulu déranger la tradition de common law comme base des relations commerciales.

Au Québec la situation est moins claire en raison du droit civil. Les banques soutiennent que le droit fédéral de la common law s'applique malgré tout, parce que les provinces n'ont aucune juridiction sur leur fonctionnement. Notons qu'il est possible de voir, dans le Code civil, une base au secret bancaire[9].

B. ÉTATS-UNIS

Le Congrès américain a adopté trois législations touchant la question du secret bancaire, soit *The Bank Secrecy Act*[10], *The Money Laundering Control Act*[11] et *The Right to Financial Privacy Act*[12].

La mise en application de ces trois principales lois en matière de secret bancaire comporte une importante limitation. En effet, ce ne sont que les agences fédérales qui y sont soumises. Les agences des États ou des districts locaux, les organisations régionales et les particuliers ne sont en aucune façon contraints de respecter ces obligations.

La vie privée ne se trouve pas nécessairement en reste. À ce second niveau, elle est régie par la constitution de chacun des États, les lois des États sur la question ainsi que par la common law américaine.

Tout comme au Canada, plusieurs *State Courts* ont reconnu qu'il existait « a common law duty of financial confidentiality »[13]. La base de cette interprétation est d'ailleurs la même; elle repose sur une clause implicite du contrat conclu entre le banquier et son client. On doit noter qu'il n'existe aucune loi de portée générale émanant de la législature d'un État, qui créerait un cadre juridique clair et circonscrit concernant le secret bancaire. Cette lacune, si on peut s'exprimer ainsi, se retrouve dans tous les États à différents degrés, même dans les États où les cours ont reconnu la « common law duty of financial confidentiality ».

Il est inutile d'énumérer les lois de tous les États, mais on peut sans doute citer les lois des États qui vont le plus loin dans le domaine. En Alabama, il

---

8. Par exemple la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), c. B-1, qui décrète la confidentialité des renseignements concernant les activités commerciales d'une personne faisant affaires avec la banque (art. 238(1), 235(5), 244d)) et de ceux obtenus par le surintendant des institutions financières (art. 531).

9. Avec l'arrivée du nouveau *Code civil du Québec* en 1994, il existe des dispositions sur le sujet, soit les articles 37 à 41.

10. *The Bank Secrecy Act*, Pub. L. No. 91-508, Stat. 1114, 1118 (1970).

11. Sous-titre H du Titre 1 de *Anti-Drug Abuse Act of 1986*, Pub. L. No. 99-570, 100 Stat. 3207.

12. *The Right to Financial Privacy Act*, (1978) Pub. L. 95-630, title XI; 12 U.S.C. 3400-3422.

13. *Milohnich* v. *First National Bank of Miami Springs*, 224 So. 2d 759 (Fla. D.C. App. 1969); *Peterson* v. *Idaho First National Bank*, 83 Idaho 578, 367 P. 2d 284 (S. Ct. Id. 1961).

est généralement illégal de dévoiler la liste des débiteurs ou des dépositaires de la banque[14]. La Californie exige que le client soit avisé avant toute enquête menée par un agent gouvernemental, dans ses relations avec sa banque[15]. Au Michigan, les banques ne doivent pas révéler des informations sur leur clientèle, sans l'autorisation du client concerné, ou sans en être forcées par un *subpoena*[16].

II. BASES JURIDIQUES ET SANCTIONS

A. CANADA

Il n'existe actuellement aucune législation fédérale qui précise l'étendue de la relation banque/client, même si le parlement en a le pouvoir selon la Constitution. Il faut donc se retourner vers la common law ou le Code civil pour voir l'étendue du devoir de la banque sur la question du secret bancaire. L'arrêt clé est *Tournier* v. *National Provincial and Union Bank of England*[17]. Selon cette interprétation jurisprudentielle, le secret bancaire trouve son fondement juridique dans le contrat qui est conclu entre la banque et le client.

Cet arrêt est le début de tout le raisonnement juridique concernant le secret bancaire au Canada et en Grande-Bretagne. Découlant de la même décision, on peut dire que la conception du secret bancaire est identique dans ces deux pays. Seules les lois qui viennent compléter cette décision, qui façonnent l'application et qui précisent les dérogations font l'objet de distinctions.

Le cœur du jugement est très bien résumé ainsi :

> Each member of the Court of Appeal agreed that a duty of secrecy existed in law and not just in morality, and the duty was founded upon the contractual relationship of the parties. It is an implied term of every contract between a bank and its customer that the bank will maintain in confidence the dealings of the customer with the bank.[18]

Le devoir de la banque n'est pas limité à l'état actuel du compte, mais comprend toutes les informations qui gravitent autour de celui-ci, pourvu qu'elles aient été acquises par le banquier, en sa qualité de banquier, c'est-à-dire tous les renseignements pertinents à la gestion des affaires du client. Les tribunaux ont également précisé que l'obligation de confidentialité continue même après la fin du contrat. La rupture du contrat, quelqu'en soit la cause, ne libère pas la banque du secret[19].

Tout comme la Belgique, le Canada fait partie de la catégorie de pays où le secret bancaire ne fait pas l'objet de sanctions pénales. La sanction au non-respect du secret bancaire tourne autour de la responsabilité contractuelle. Que ce soit le banquier ou l'un de ses employés qui rompt le secret, la banque est tenue responsable du fait de ses salariés. Le manquement à une obligation du contrat, même d'une clause non écrite emporte la responsabilité du cocontractant, et peut

---

14. *Alabama Code*, Titre 5, article 17.
15. *Government Code of California*, article 7460.
16. *Michigan Code Ann*, Section 225, article 11.
17. *Tournier* v. *National Provincial and Union Bank of England*, [1924] K.B. 461. s
18. D. CAMPBELL, *International Bank Secrecy*, London, Sweet and Maxwell, 1992, p. 119.
19. *Tournier* v. *National Provincial and Union Bank of England*, *supra*, note 17, p. 468; *Haughtin* v. *Haughtin*, [1965] 1 O.R. 481 (H.C.).

entraîner le paiement de dommages-intérêts. Le client doit donc être en mesure de prouver la violation du contrat par le banquier (non-respect de la confidentialité) et le dommage ou le préjudice qu'il a subi en rapport à cette faute. S'il arrive à temps, le client peut forcer le respect du silence par une demande d'injonction, afin d'interdire à la banque de divulguer les renseignements sur son compte ou ses affaires à toute personne qui n'est pas autorisée à les recevoir. Par ailleurs, la banque qui remet entre les mains d'un tiers des informations inexactes ou qui le fait avec négligence assume une responsabilité extra-contractuelle à l'égard de toute personne qui ne lui est pas rattachée par un contrat[20].

B. ÉTATS-UNIS

Les banques américaines font l'objet d'une réglementation très abondante. La majorité de ces règlements portent sur la solvabilité des institutions et l'équité dans l'examen des demandes de prêts. Il existe cependant, comme nous allons l'expliquer ci-après, certaines lois concernant le secret bancaire.

La première véritable législation sur le sujet est apparue en 1970, il s'agit du *Fair Credit Reporting Act*[21]. Comme son nom l'indique, cette loi a pour but la protection du public lors de la confection et de l'examen de dossiers de crédits. Elle réglemente l'utilisation des informations sur le crédit généré par la relation créancier/emprunteur. Elle rend responsable les compagnies qui montent les dossiers, en particulier les bureaux de crédits ou agence, ainsi que les utilisateurs de ces rapports, les banques et autres compagnies de financement. Bien entendu, la responsabilité des bureaux de crédits est plus importante, car ceux-ci font le commerce de ces informations.

Le but de cette loi est de régir et de limiter les situations où il est possible pour des tiers de consulter le dossier de crédit d'une personne. On impose par ailleurs une limite de temps pour le maintien de données négatives ou pouvant nuire au crédit d'un emprunteur. Finalement, les consommateurs obtiennent la possibilité de consulter leur propre fiche et ainsi demander une révision dans les cas où ils prétendent qu'il s'est glissé une erreur.

Le principal domaine législatif exploité par les États-Unis au niveau du secret bancaire, est sans nul doute la divulgation d'informations aux autorités gouvernementales. Le Congrès américain a introduit, également en 1970, *The Bank Secrecy Act*[22]. Le titre de cette loi laisse croire que le gouvernement a légiféré pour accorder « une sphère de confidentialité » aux individus. Il n'en est rien comme nous allons le voir dans la prochaine section.

Cette loi est plutôt une réaction à des mouvements de capitaux assez considérables détectés dès les années soixante, de revenus non déclarés et de pratiques criminelles, vers des pays où le secret bancaire est plus respecté. Combiné avec l'arrivée massive des ordinateurs et des transactions électroniques, les méthodes d'enquête pour retracer ces fonds étaient dépassées. On a donc tenté d'améliorer le système au détriment de la vie privée.

---

20. N. L'HEUREUX, *Droit bancaire*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, p. 115.

21. *Fair Credit Reporting Act*, 15 USC 1681 et ss., 84. Stat. 1128 (1970).

22. *The Bank Secrecy Act*, Pub. L. No. 91-508, Stat. 1114, 1118 (1970). Les sanctions pour le non-respect de cette loi sont prévues à 12 U.S.C. 1954-1957.

En 1986, on a complété cette loi par *The Money Laundering Control Act*[23] pour éviter que les crimes de blanchiment d'argent puissent échapper à la justice en contournant *The Bank Secrecy Act.*

La brèche effectuée dans le domaine de la vie privée par *The Bank Secrecy Act*, *The Money Laundering Control Act* et par des interprétations larges de ces mêmes lois ont convaincu le Congrès de légiférer pour la protéger. Cette nouvelle loi, entrée en vigueur en 1978, voulait rétablir un certain équilibre, c'est *The Right to Financial Privacy Act*[24]. Nous étudierons ses effets également dans la prochaine section. Toutes ces modifications représentent pour le citoyen américain, plus une évolution et un raffinement de la relation banque/client/gouvernement, qu'un changement radical des valeurs[25].

III. LIMITES ET DÉROGATIONS

A. CANADA

Il a été décidé à l'unanimité dans l'affaire *Tournier* que tout contrat conclu entre une banque et un client contient une clause, expresse ou implicite, qui contraint la banque au secret et à la confidentialité. Il faut une clause expresse pour y déroger.

La Cour d'appel, également dans l'affaire *Tournier*, a considéré à l'unanimité, que l'obligation de secret imposée aux banques n'est pas absolue. Il existe donc des situations où le banquier est relevé de son obligation de discrétion. Ces situations ont été regroupées en quatre catégories : devoir public de divulgation; intérêt de la banque; consentement exprès ou implicite du client et lorsque la loi ou la cour ordonne au banquier de révéler des faits qui autrement seraient protégés par le secret (obligation légale).

1. Devoir public de divulgation

Selon l'arrêt *Tournier*[26], les banques qui ont une connaissance directe d'activités criminelles, en particulier la fraude, la contrefaçon ou le blanchiment, peuvent en informer les autorités compétentes. Avant de le faire, les banquiers doivent vérifier minutieusement leurs allégations. En effet, ils sont sujets à sanction ou même diffamation pour violation du secret bancaire si aucune charge n'est déposée ou si elle est tout simplement rejetée par la cour. Les banques sont donc sur la défensive et dévoilent rarement des informations compromettantes à la police. Cependant quand elles décident d'aller de l'avant, les faits reprochés sont clairs et explicites.

L'institution financière peut donc dévoiler les détails de ses clients « to the extent to which it is reasonably necessary [...] to protect the bank, or persons interested, or the public, against fraud or crime »[27].

---

23. Sous-titre H du Titre 1 de *Anti-Drug Abuse Act of 1986*, Pub. L. No. 99-570, 100 Stat. 3207.

24. *The Right to Financial Privacy Act*, (1978) Pub. L. 95-630, Title XI; 12 U.S.C. 3400-3422.

25. A.M. POLLARD *et al.*, *Banking Law in the United States*, Boston, Butterworth Legal Publishers, 1988, pp. 463-464.

26. *Supra*, note 17.

27. *Id.*, p. 486.

La jurisprudence sur cette exception est plutôt rare. Elle porte principalement sur le dévoilement d'informations qui sont entre les mains d'un liquidateur d'une banque en faillite.

La question de l'intérêt public comme moyen de lever le secret bancaire a été grandement simplifiée, sinon éliminée. En effet, les banques sont soumises à de multiples obligations légales de révéler les informations qui se trouvent en leur possession. Ces obligations se retrouvent dans plusieurs lois spécifiques que nous étudierons dans une autre section[28]. Chacune de ces lois a repris une parcelle de ce qui forme l'intérêt public. À tel point que l'ensemble de ces lois couvre en presque totalité les exceptions concernant l'intérêt public — ce qui n'est pas nécessairement mauvais, car les critères utilisés sont beaucoup plus précis et la banque se trouve ainsi mieux protégée.

Le recours à la levée de l'interdiction du secret bancaire, sur la base générale de l'exception de l'intérêt public, est devenu désuet. Pour pouvoir y recourir, il faudrait une justification très spéciale ou extraordinaire.

2. Intérêt de la banque

Il existe plusieurs situations où la banque, pour se protéger ou pour faire valoir ses droits, doit rendre publique de l'information qu'elle a obtenue dans l'exercice de ses fonctions.

Les exemples les plus courants se présentent évidemment lorsque la banque prend une action contre son client[29] ou lorsqu'elle est poursuivie par un de ceux-ci. Dans ce deuxième cas, on pourrait avancer que le client a donné son consentement implicite à la divulgation. On comprend alors la raison d'être de cette exception. Le juge doit avoir entre ses mains les informations nécessaires pour donner un jugement juste et éclairé. Ce sont les faits confidentiels qui font l'objet du litige.

Un cas particulier peut permettre à une banque de briser le secret. On a ainsi justifié une banque qui a mis à la disposition du public des faits confidentiels. Elle agissait en réponse à des attaques publiées dans un journal par un client insatisfait. Vu la réaction des médias et des consommateurs, la banque s'est vu obligée de rectifier les faits en révélant son dossier et ainsi rétablir sa réputation parmi la population et de potentiels clients[30].

Dans les cas où l'institution financière est un tiers par rapport à un litige, elle ne doit divulguer les faits en sa connaissance que lorsqu'il y a une autre règle qui le lui permet. En effet, il n'en va généralement pas de son intérêt propre de le faire.

---

28. *Cf. infra*, texte, III. A. 4*a*) et *b*).

29. Un exemple courant se retrouve lorsque la banque poursuit un client en recouvrement de prêt. Elle se voit bien obligée de fournir les montants de la dette. Dans tous les cas, elle doit se limiter aux faits qui sont nécessaires pour se justifier et faire sa preuve.

30. Cet exemple est donné par CRAWFORD et FALCOMBRIDGE, vol. 1, p. 813. Voir *The Globe and Mail*, Toronto, 15 décembre 1981, p. CL-1.

3. Consentement du client

Cette dérogation permet la révélation d'informations par le banquier lorsque ce dernier a été préalablement autorisé par le client[31]. Pas besoin de mentionner qu'il s'agit d'informations concernant les affaires de ce client uniquement.

La situation la plus courante se présente lors d'une expérience de crédit effectuée par un éventuel prêteur. Les problèmes sont quasi inexistants lorsque ce consentement est exprès. Mais qu'arrive-t-il s'il n'y en a pas? Certains ont avancé que le consommateur donne sa permission implicitement lors de la demande de prêt et que les banques peuvent ainsi briser le secret bancaire.

Il n'y a pas de jugement répondant à cette question. On peut certainement remercier les banques, car elles agissent de façon très prudente. En effet, les demandes de crédits sont invariablement accompagnées d'une clause expresse permettant aux autres banques de divulguer des informations sur le client.

En agissant de la sorte, les institutions financières respectent les lois de plusieurs provinces qui exigent un consentement écrit du consommateur pour pouvoir effectuer une recherche de crédit sur son compte. On peut noter que l'application de ces lois provinciales aux banques n'est pas claire. Personne ne peut s'en plaindre, les banques les respectent de toute façon.

4. Obligation légale

Comme il a été mentionné plus haut, le secret bancaire est soumis à de nombreuses lois. L'impact de ces différentes lois a forgé les obligations du banquier depuis l'arrêt *Tournier*. Il nous est impossible de les analyser toutes. Nous nous contenterons de jeter un regard sur les principales législations en la matière.

a) Domaine fiscal

Au Canada, les autorités fiscales possèdent des pouvoirs très étendus en matière d'enquête, que ce soit pour faire une saisie, une fouille, une perquisition ou une demande de remise de documents. Cette façon de procéder s'explique par deux raisons principales. Premièrement, l'impôt sur le revenu constitue la principale source de recette pour les gouvernements fédéral et provinciaux. Deuxièmement, le système de déclaration de revenus en place en est un où chaque contribuable est responsable de remplir sa déclaration de revenus. Cette auto-déclaration est basée sur l'intégrité et l'honnêteté des payeurs de taxes. La nécessité pour le fisc d'avoir des méthodes d'enquêtes performantes saute immédiatement aux yeux[32].

Même la Cour suprême du Canada s'est prononcée dans ce sens[33]. Il lui apparaît normal que le principe de la confidentialité soit moins bien respecté lorsque nous rentrons dans le domaine fiscal. Elle reconnaît cependant l'existence

---

31. M.H. OGILVIE, *Canadian Banking Law*, Scarborough, Thomson Professionnal Publishing, 1991, pp. 617 et ss.

32. J. POTVIN, « Le secret bancaire et la fiscalité », dans *Cahiers de droit fiscal international*, volume LXXVIb deuxième sujet, édité par l'Association fiscale internationale, 1991, pp. 139-153.

33. *Canadian Bank of Commerce* v. *Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729.

de limites, plus particulièrement depuis l'entrée en vigueur des chartes canadienne et québécoise des droits et libertés[34].

Les lois fiscales contiennent des mécanismes permettant aux fonctionnaires du ministère du Revenu d'obtenir des renseignements détenus par des tiers, en vue de déterminer le revenu imposable d'un contribuable[35].

Les fonctionnaires du ministère du Revenu peuvent donc recueillir des informations sur tout contribuable, par l'intermédiaire des banques, simplement en examinant les livres, registres et comptes d'une banque et ce, sans que le fonctionnaire n'ait besoin d'un mandat. Ce dernier ne peut emporter les documents qu'il trouve intéressants; il est cependant autorisé à en faire des photocopies. Concernant ces inspections, le fonctionnaire peut également exiger du banquier qu'il apporte une assistance raisonnable dans ses recherches et qu'il réponde aux questions pertinentes.

Les banques peuvent aussi faire l'objet d'une demande de renseignements ou de production de documents. C'est alors le ministre qui donne avis, par courrier recommandé, à la personne de qui il veut obtenir des informations. Cette façon de procéder est celle qui est la plus souvent utilisée par les fonctionnaires. Il est de mise que les banques répondent positivement à ces réquisitions, car en cas de défaut, elles peuvent être sanctionnées d'une poursuite pénale.

L'usage abusif de ce mécanisme de contrôle pourrait compromettre sérieusement la relation banquier/consommateur. Il est donc reconnu que ces pouvoirs ne peuvent être exercés que pour l'application et l'exécution d'une loi fiscale. Les informations demandées doivent se rapporter à l'administration ou au respect des lois fiscales. De plus, la politique de Revenu Canada sur le sujet est de contrôler minutieusement les occasions d'utilisation de ce droit et de ne l'employer que dans les seuls cas suivants : lorsqu'il y a fraude ou évasion fiscale, lorsque le contribuable refuse de dévoiler ou refuse de donner accès à son compte de banque, alors que cette communication est essentielle au calcul de l'impôt ainsi que ce qui a été qualifié de « Collection proceedings where the taxpayer is using evasive tactics »[36].

Finalement, le ministère du Revenu peut effectuer des perquisitions. Dans ce cas, une requête doit être déposée devant un juge avec une dénonciation sous serment exposant les faits au soutien d'une telle requête. Cette procédure s'apparente avec celle d'une perquisition criminelle. Il a été jugé cependant que les normes applicables doivent être moins strictes; la société canadienne considérant que l'intimité et la confidentialité doivent être moins grandes dès lors qu'il s'agit de l'administration fiscale.

Il existe actuellement une importante restriction concernant les demandes d'informations par l'intermédiaire de tiers pour le compte du fisc. Elle s'applique uniquement aux avocats[37] et elle se rapporte au privilège des communications confidentielles.

Tout comme aux États-Unis, les banques canadiennes doivent renseigner les autorités fiscales sur plusieurs facettes de leurs clients[38]. La nature des

34. *R.* v. *Mc Kinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Baron* c. *Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416.
35. *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1986, c. 6, art. 231.
36. D. CAMPBELL, *op. cit.*, note 18, p. 134.
37. *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1986, c. 6, art. 232.
38. *Règlements de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, c. 945, articles 200 et ss.

renseignements est cependant quelque peu différente. Elle concerne, les salaires, les dividendes ou intérêts versés aux contribuables. La banque ne reçoit pas de statut particulier. Ces obligations s'appliquent donc à toutes personnes qui versent une somme d'argent à un contribuable. Dans les cas mentionnés dans les règlements, des déclarations de renseignements doivent être remises au ministère du Revenu sans qu'il soit nécessaire pour lui d'en faire la demande. Le défaut de se conformer peut entraîner des pénalités.

Le but premier de cette loi canadienne est de pouvoir déterminer le plus efficacement et le plus exactement possible le revenu imposable de chacun. Les États-Unis se servent de ce mécanisme plus particulièrement pour vérifier et évaluer le flux de capitaux qui se transigent par les États-Unis, ainsi que pour détecter des manœuvres frauduleuses concernant le blanchiment d'argent.

Tout comme son voisin du sud, le Canada a une politique anti-blanchiment[39]. Les institutions financières peuvent dénoncer les faits qui soulèvent des doutes quant au caractère légal de la transaction ou quant aux sources du capital. Il ne s'agit cependant pas d'une obligation, mais il ne faut pas se trouver en position de collaborateur. Lorsqu'elles détectent des actes susceptibles d'enfreindre la loi et qu'elles les dénoncent aux autorités de façon raisonnable, les banques se retrouvent sous la protection du *Code criminel*. Elles ne peuvent faire l'objet de poursuites pour le non-respect du secret s'il y avait des doutes raisonnables de croire que l'opération était reliée au crime.

Cette évolution affecte de façon importante les relations commerciales des banques avec leurs clients, en constituant une importante exception légale au niveau du secret bancaire.

Les banques doivent également garder des informations sur certains types de transactions, notamment les dépôts de plus de 10 000 $ canadiens[40]. Contrairement aux États-Unis[41], le Canada n'oblige pas ses institutions financières à émettre des rapports à l'intention du gouvernement pour ce genre d'opération. Seul le maintien de registre ou de trace est demandé, et ce pour un temps déterminé. Le but de cette législation se rapporte plus à la lutte contre la drogue et le crime qu'au respect des lois fiscales.

b) Domaine judiciaire (civil et pénal)

Il est généralement admis dans les pays de la CEE et aux États-Unis, que le secret professionnel du banquier n'a peu ou pas de poids lors d'instance criminelle. Il en va de même au Canada.

Il existe donc des lois fédérales et provinciales permettant aux juges d'exiger le dévoilement de données détenues par les banques. La mise à la disposition de ces données par la banque est, pour la plupart des cas, subordonnée à la délivrance d'un ordre de la cour. Cette obligation imposée par le juge ne doit pas être automatique. En effet, la *Loi sur la preuve au Canada*[42] précise que les

39. *Code criminel*, R.S.C. 1985, chap. C-46, Partie XII.2, articles 462.3-462.5; *Loi sur les aliments et drogues*, R.S.C. 1985, chap. F-27, tel qu'amendé, articles 44.2 et 44.3; *Loi sur le contrôle des narcotiques*, R.S.C. 1985, Chap. N-1, tel qu'amendé, articles 19.1 et 19.2

40. *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*, S.C. 1991, c. 26.

41. *Cf. supra*, texte, III. A. 4*a*) et *b*).

42. *Loi sur la preuve au Canada*, R.S.C., 1985, chapitre C-5, article 29(5).

informations bancaires ne doivent pas être dévoilées à toutes les occasions où l'un de ces clients fait l'objet d'un litige.

Selon le *Code criminel*, les données détenues par les banques peuvent faire l'objet d'une saisie. La partie qui le désire doit convaincre le juge qu'il y a une possibilité raisonnable de croire que la connaissance de ces faits apportera la preuve de la commission d'une offense criminelle.

Au niveau de la procédure civile, les exigences permettant l'effritement du secret bancaire devront être plus nuancées, l'intérêt supérieur de la justice et celui du public n'étant pas aussi présent dans un jugement civil que dans un jugement pénal.

Mais encore ici, ce sont les juges qui doivent interpréter les lois leur permettant d'outrepasser le secret bancaire. En considérant l'ensemble des dispositions légales des pays étudiés, il n'est pas trop aventureux de prétendre que les juges canadiens ou américains sont plus enclins à demander le témoignage ou la production de documents de la part des banques. En effet dans certains cas, la banque est considérée sur le même pied que n'importe quel autre tiers.

B. ÉTATS-UNIS

1. Obligation légale

The Bank Secrecy Act a été adopté dans un but de faciliter les procédures et les enquêtes des agents gouvernementaux, que ce soit au niveau du droit criminel ou du ministère du Revenu, en forçant les institutions financières à conserver des traces physiques de certaines informations. Cette loi est divisée en deux parties et elle force les institutions financières à respecter deux obligations principales. La première exige la création et le maintien de bases de données concernant certaines informations sur les clients (par exemple : l'identification de toutes personnes par des cartes de signatures, solde de comptes, chèques de plus de 100 $ US.)

La deuxième oblige les banques à émettre des rapports lors de transactions prédéterminées par la loi. Ils sont donc au nombre de quatre. Les plus importants se rapportent aux transactions de plus de 10 000 $ US. Les institutions financières doivent donc envoyer un rapport chaque fois qu'une personne effectue un dépôt, un retrait, un transfert ou autres opérations similaires de plus de 10 000 $ US. Ce rapport doit également être rempli lors d'un envoi, d'un transport physique ou de toutes autres façons d'une somme de plus de 10 000 $ US. Le défaut de respecter ces exigences légales peut entraîner des pénalités imposées par le service fiscal.

La compilation de ces rapports permet d'identifier la source, le volume et le mouvement des capitaux, tant à l'intérieur des États-Unis que lors de transactions internationales impliquant ce pays. Pris individuellement, ces rapports procurent aux autorités des indices importants pouvant mener à des enquêtes plus approfondies sur des crimes ou des évasions fiscales par exemple.

Il existe au Canada le même genre de réglementation, mais les données ne doivent pas être transmises automatiquement au gouvernement. Il suffit d'en garder des preuves écrites pendant un certain temps. Les situations menant à ces obligations sont toutefois similaires des deux côtés de la frontière.

Une seconde loi allant dans le même sens est entrée en vigueur en 1986, *The Money Laundering Control Act*. Cette loi énonce des moyens pour empêcher

les réseaux de crimes organisés de convertir de l'argent gagné illégalement, (en général du trafic de la drogue) en titres tout à fait légitime. On a ainsi fait du blanchiment d'argent un crime important, on a facilité les rapports entre les banques et le gouvernement pour la communication d'informations, on a élargi la portée du crime sur un plan international et finalement on a augmenté le nombre de situations où les institutions financières doivent produire un rapport. Avec cet instrument, les possibilités de pouvoir éviter le *Bank Secrecy Act* devaient être éliminées.

Les méthodes utilisées pour éviter qu'une transaction tombe sous le contrôle du *Bank Secrecy Act* sont nombreuses. La plus évidente est celle où on divise une opération en plusieurs transactions. Ce faisant, la limite de 10 000 $ n'est franchie dans aucune des transactions et on évite que la banque fasse un rapport au gouvernement.

La loi anti-blanchiment permet aux institutions de dénoncer les actes qui visent à contourner *The Bank Secrecy Act*. Les banques connaissent généralement bien les manières utilisées par les criminels. La loi les incite à dénoncer les actes suspects en leur accordant la protection de la bonne foi. Elles doivent tenter de faire la distinction entre le cours normal des affaires et la tentative de blanchiment. Pour ce faire, il existe des mécanismes et des fonctionnaires pour les aider.

En rapportant aux autorités des renseignements confidentiels sur un de ses clients, la banque ne respecte pas son obligation de discrétion. Elle ne peut cependant faire l'objet d'une poursuite civile, car elle peut compter sur la protection de la loi qui lui autorise le dévoilement. Mais pour en bénéficier, la banque doit agir en toute bonne foi et être raisonnablement convaincue d'une activité illégale.

C'est dès 1976 que les droits relatifs à la vie privée furent le plus touchés. En effet, deux jugements de la Cour suprême ont décidé que les clients de deux banques n'avaient pas le droit constitutionnel d'empêcher le gouvernement de recueillir des informations financières auprès de ces dernières[43].

En réponse aux problèmes créés par *The Bank Secrecy Act* et par ces deux jugements, le Congrès a voulu préparer une autre loi pour équilibrer les droits de chacun.

Contrairement à ce qui avait été prévu à l'origine, *The Right to Financial Privacy Act* de 1978[44], ne prévoit pas de base législative qui procurerait une protection contre les intrusions des agences fédérales dans la vie privée des citoyens. Au contraire cette législation énumère les conditions à respecter pour obtenir de l'information auprès des banques. Les seules limites existantes concernant la protection du public se retrouvent donc dans le strict processus administratif prévu par la loi pour se procurer les documents.

Le Congrès américain a tenté de rétablir un certain équilibre entre un besoin de contrôle sur les transactions financières et un droit socialement reconnu, le droit à la vie privée. Ce dernier droit étant, comme on l'a vu, plus souvent qu'autrement bafoué.

Il existe plusieurs façons pour le gouvernement d'avoir accès aux dossiers des clients d'une banque. Il suffit simplement d'entrer dans l'une des catégories suivantes : autorisation du consommateur, *subpoena* (administratif ou

---

43. *California Bankers Association* v. *Schultz*, 416 U.S. 21 (1974); *U.S.* v. *Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

44. *The Right to Financial Privacy Act*, (1978) Pub. L. 95-630, title XI; 12 U.S.C. 3400-3422.

judiciaire), ou demande écrite formelle de la part d'une agence gouvernementale. En absence de l'une ou l'autre de ces conditions, le dévoilement est interdit.

Les fonctionnaires ont l'obligation de suivre et de remplir les exigences prévues par *The Right to Financial Privacy Act*. La banque est autorisée à refuser de divulguer les renseignements qu'elle a en sa possession, si ce n'est pas fait correctement. Dans le cas contraire, si les fonctionnaires ont rempli les conditions, la banque ne doit pas retenir l'information. Elle s'exposerait dans ce cas à des sanctions.

L'agence qui demande l'accès aux dossiers d'une banque doit aussi certifier qu'elle a avisé le client. L'avis doit évidemment précéder le dévoilement et contenir certaines informations, entre autres : une description des informations que l'on demande et la méthode de contestation appropriée pour empêcher, si possible, la divulgation.

Un amendement datant de 1986 a apporté une protection supplémentaire aux clients[45]. En effet, la banque ne doit mettre à la disposition des agences gouvernementales que les informations prévues par la loi. Le mot protection est probablement exagéré car le type de données permises, couvre la majeure partie de la curiosité des fonctionnaires. En toutes circonstances cependant, la banque doit veiller à agir de bonne foi et en respectant les ordonnances administratives ou d'une cour.

The Right to Financial Privacy Act fait l'objet d'un grand nombre d'exceptions; il est inapplicable face aux autorités de supervision ou de régularisation, aucune protection n'est accordée aux données non attachées à un client en particulier et les subpoenas commandés par la cour en accord avec un jury ont priorité. Les compagnies sont également laissées sans protection, car elles n'ont pas de droit à la vie privée. Il existe en plus, d'autres lois fédérales qui interdisent la rétention d'informations. Ces dernières ont préséance sur *The Right to Financial Privacy Act*.

Malgré toutes ces exceptions, les citoyens américains jouissent, selon les auteurs, d'une protection raisonnable face à une trop grande intrusion dans leur vie privée[46]. Les exceptions ne seraient qu'une exigence de la vie en société.

2. Domaine fiscal

La principale loi permettant d'échapper aux contraintes du *The Right to Financial Privacy Act* est sans aucun doute la loi fiscale[47]. Tout comme au Canada, les autorités fiscales américaines sont dotées de larges pouvoirs d'investigation.

Elles peuvent obtenir par simple sommation la production de livres, papiers ou autres documents se rapportant aux affaires financières de tout contribuable. La banque, par l'un de ses employés peut aussi être contrainte de témoigner devant le « Internal Revenue Service ». Le fisc peut non seulement obtenir les renseignements du contribuable lui-même, mais également de tout tiers qui les aurait en sa possession. Les banques sont ici considérées sur le même pied que n'importe quelle autre personne. Seule la relation avocat/client reçoit une protection supplémentaire.

---

45. *Anti-Drug Abuse Act of 1986*, Pub. L. 99-570, title 18, 12, 31 of U.S. Code.
46. A.M. POLLARD *et al.*, *op. cit.*, note 25, p. 423.
47. *United States Internal Revenue Code of 1986.*

Pour accompagner cette sommation, le fisc est obligé de faire parvenir au contribuable un avis indiquant qu'une telle procédure est en marche. Ce dernier dispose d'un délai pour intervenir dans le processus ou pour présenter une requête visant à contrecarrer la sommation. Les défenses les plus souvent rencontrées sont basées, soit sur l'existence d'une relation privilégiée ou confidentielle (avocat/client), soit sur des droits constitutionnels. C'est à ce moment que la personne sous enquête peut s'opposer à la divulgation de documents chez un tiers en démontrant qu'elle est illégale.

Lorsqu'elle obéit à une telle sommation, la banque ne peut faire l'objet d'aucune poursuite ou sanction de la part du client.

CONCLUSION

Partant du même souci de protection de la vie privée, il existe des différences notables dans l'application du secret bancaire. Contrairement au secret du médecin ou de l'avocat qui se retrouve de façon plus ou moins identique dans tous les pays, le banquier voit son rôle de gardien de secrets se modifier de façon importante d'un État à l'autre.

Les divergences d'opinions sur le sujet se retrouvent, non seulement au niveau de la présence d'une sanction pénale pour la violation du secret, mais également et principalement dans le domaine de la fiscalité et du blanchiment d'argent.

Les systèmes de calculs et de collectes des impôts en Amérique du Nord sont ainsi faits que les responsables de son application sont dotés de pouvoirs d'enquêtes appréciables. La société accepte globalement les intrusions dans l'espace financier de chacun pour voir au respect des lois fiscales. Le fait est que les autorités fiscales ont également des restrictions quant au dévoilement des informations qu'ils détiennent.

Aux États-Unis, et jusqu'à un certain point au Canada, le compromis entre le maintien du secret bancaire et la volonté d'éliminer des situations indésirables voire illégales, est pratiquement inexistant. La volonté de combattre le trafic de la drogue et de faire respecter les lois fiscales ont fait reculer la barrière de la vie privée de façon très significative. Ces mesures ont été acceptées et probablement souhaitées par la société qui justifie ces intrusions par une plus grande justice sociale et un souci d'équité. Bien entendu les résultats obtenus pour combattre la criminalité peuvent être mitigés et les infractions se compter en millions de dollars, mais les tentatives ont souvent porté fruit.

Malgré les différences importantes concernant le domaine fiscal en comparaison avec la majorité des pays européens, le secret bancaire conserve une similitude évidente quant aux autres dérogations légales, réglementaires ou d'usage. Lorsqu'on aborde par exemple le domaine pénal, nul ne conteste l'intérêt supérieur de la justice de connaître tous les faits pertinents, sur la nécessité de préserver une intimité financière.

On note aussi que la notion de secret bancaire au sens large a tendance à disparaître pour faire place à une multitude de lois découlant d'autant de situations particulières, ces lois indiquent de façon plus précise les réactions que doivent prendre les institutions financières vis-à-vis différentes circonstances. D'un autre côté, cette tendance peut apporter des difficultés, notamment au niveau de la gestion quotidienne de l'information par les banques.

Je crois que cette phrase de Robert Henrion résume bien la situation :

> La levée du secret devra, dans les divers cas envisagés, être très exactement limitée et appropriée à la défense stricte des intérêts que la société aura estimés de nature à faire fléchir la règle.[48]

Même si je n'ai pu discuter du secret en droit civil, mon expérience personnelle, m'a permis de constater le sérieux des banques sur le sujet.

Elles tentent, en accord avec les lois applicables, de maintenir de façon très stricte ce qui leur reste de secret professionnel, que ce soit par des codes de déontologie interne, par l'éducation de ses employés ou par la destruction systématique, à l'aide de machines pour déchiqueter, de tous les documents n'ayant plus d'utilité. Ces mesures sont les réponses des banques aux craintes de plus en plus grandissantes des consommateurs face à l'envahissement de leur vie privée.

La consultation des dossiers d'une banque est possible, mais pas par n'importe qui ou pour n'importe quoi. En effet, le devoir de discrétion de la banque sur les opérations de son client est essentiel pour la protection des intérêts privés et d'affaires de celui-ci.

Claude Morais
401, boul. St-Joseph E.
MONTRÉAL (Québec) H2J 2J6
Tél. : (514) 844-5834
Téléc. : (514) 844-5916

48. R. HENRION, *Le secret bancaire dans la CEE et en Suisse*, Publication de l'Université de Paris I, Paris, Presses universitaires de France, 1973.

ANNEXE : SOMMAIRE DES LÉGISLATIONS

Fonctions législatives	Canada	États-Unis
Mesures anti-blanchiment	*Code criminel* *Loi sur les aliments et drogues* *Loi sur les narcotiques* * La dénonciation n'est pas obligatoire, mais il existe une protection pour les banques qui ont agi de façon raisonnable.	*The Money Laundering Control Act* * La dénonciation d'un acte suspect n'est pas obligatoire. * La banque doit faire attention pour ne pas agir comme complice en n'agissant pas. Donc, dans le doute raisonnable la banque doit dénoncer.
Mesures destinées à aider les enquêtes sur les fraudes ou blanchiment (*Record-keeping Legislation*)	*Proceeds of Crime Act* * Obligation pour les banques de conserver les traces de certaines transactions (par exemple, les transactions de 10 000 $ et plus).	*The Bank Secrecy Act* * Obligation de conserver des traces de certaines transactions ou informations. * Obligation d'envoyer des rapports lors de certaines transactions (par exemple, les transactions de 10 000 $ et plus).
Rapports fiscaux pour le paiement des impôts	*Règlement de l'impôt sur le revenu* * Toute somme versée au contribuable doit faire l'objet d'un rapport au fisc.	*Internal Revenue Code* * Pour tout intérêt, dividende et autre somme similaire, à partir d'un montant prédéterminé.