

Université de Montréal

Le secret bancaire et l'entraide internationale

par

Meriem Gourramen

Faculté de droit

**Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de maîtrise
en droit (LL.M.)**

octobre, 2009

© Meriem Gourramen, 2009.

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

Le secret bancaire et l'entraide internationale

présenté par :

Meriem Gourramen

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Vincent Gautrais
Président-rapporteur

Karim Benyekhlef
Directeur de recherche

Pierre Trudel
Membre du jury

Parmi les indicateurs de la mondialisation, le secret bancaire est au centre d'un débat animé en ce moment historique, caractérisé par la globalisation de l'économie, les exigences de sécurité croissantes, l'urgence de la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant d'activités criminelles et l'internationalisation expansive des réseaux bancaires. La tendance vers le renforcement de la coopération internationale, met en discussion la forte sauvegarde du secret bancaire de plusieurs pays. La question dirimante est plutôt claire. Il s'agit, effectivement, de savoir jusqu'à quel point le secret, dans sa conception la plus inextensible et inflexible, devient par contre un instrument décisif pour contourner les règles communes, faire une concurrence déloyale sur les marchés et assurer des véritables crimes, par exemple de type terroriste.

Pour faire évoluer les situations jugées problématiques, la démarche parallèle des trois organismes BALE, l'OCDE puis le GAFI est d'autant plus significative, qu'elle a été inspirée par les préoccupations exprimées au sein du G7 sur les dangers que présenteraient pour l'économie internationale certaines activités financières accomplies sur et à partir de ces territoires. L'ordre public justifie aussi la mise en place de mesures particulières en vue d'enrayer le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants.

Selon les pays, des systèmes plus ou moins ingénieux tentent de concilier la nécessaire information des autorités publiques et le droit au secret bancaire, élément avancé de la protection de la vie privée dont le corollaire est, entre autres, l'article 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* du citoyen, et donc de l'atteinte à ces libertés.

Nous le verrons, les prérogatives exorbitantes dont bénéficient l'État, l'administration ou certains tiers, par l'exercice d'un droit de communication et d'échange d'information, constituent une véritable atteinte au principe sacré de la vie privée et du droit à la confidentialité.

Cette pénétration de l'État ou de l'administration au cœur des relations privilégiées entre la banque et son client trouve certainement une justification irréfutable lorsque la protection est celle de l'intérêt public, de la recherche d'une solution juridique et judiciaire. Mais cela crée inévitablement des pressions internes et des polémiques constantes, indépendamment de l'abus de droit que l'on peut malheureusement constater dans l'usage et l'exercice de certaines prérogatives.

Mot-clés : Secret bancaire, Problématique, GAFI, Blanchiment de capitaux, Québec-Canada.

Among the indicators of globalization, banking secrecy is currently at the centre of a historic and heated debate over the globalization of the economy, growing security requirements, the urgency of the fight against the laundering of funds from criminal activities and the expansive globalization of banking networks. The trend toward strengthening international cooperation calls into question the firm safeguarding of banking secrecy in several countries. The telling question is quite clear: it essentially involves knowing how far secrecy in its most restricted and inflexible form nevertheless becomes a decisive instrument in bypassing common rules, making for unfair competition in the markets and ensuring real crimes: terrorism, for instance.

In the development of situations considered problematic, the parallel approach of the three organizations, the Basel Committee, OECD and FATF, is all the more significant for having been inspired by the concerns expressed within the G7 about the dangers to the international economy presented by certain financial activities performed on and from these territories. Public order also justifies the implementation of dedicated measures to curb the laundering of funds from drug trafficking.

Depending on the country, more or less ingenious systems attempt to reconcile the necessary informing of the public authorities and the right to banking secrecy, an advanced element in the protection of private life, the upshot of which are, among others, Articles 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Article 8 of the *European Convention for the Safeguarding of Citizens' Human Rights and Fundamental Liberties*, and the corresponding breach of these liberties.

As we shall see, the exorbitant prerogatives the State, the administration or certain third parties enjoy by exercising a right to public performance and information exchange constitute a veritable breach of the hallowed principle of private life and the right to confidentiality.

This penetration by the State or the administration into the heart of privileged relations between banks and their customers certainly finds irrefutable justification when protection involves the public interest – the search for a juridical and judicial solution. But this inevitably creates internal pressures and constant controversy, regardless of the abuse of law that can unfortunately be seen in the use and exercise of certain prerogatives.

Keywords : Bank secrecy, Problematics, GATF, Money laundering, Québec-Canada.

TABLE DES MATIERES

Sommaire	i
Table des matières	ii
Listes des abréviations et acronymes	iii
Remerciements	v
Introduction	1
<u>Section I</u> - Notion et fondement du secret bancaire	11
A - Compétence constitutionnelle	11
B - Base juridique et sanctions	20
1.1- Étendue de l'obligation de la banque.	21
1.2- Cadre législatif	24
1.3- Synthèse et développement	32
<u>Section II</u> - Limites et dérogations au secret bancaire	40
A - Les limites relatives à la protection de l'État et des tiers	41
2.1 - L'obligation légale de divulgation.	41
a - Domaine fiscal	41
b - Domaine judiciaire (civil et pénal)	48
2.2 - L'intérêt du public	50
2.3 - L'intérêt de la Banque	52
2.4 - Le consentement exprès ou tacite du client	53
3.1- L'obligation dite "fiduciaire" du banquier	57
3.2- Critique et développement	62

B - Une nouvelle limite au secret bancaire : la lutte contre le blanchiment des capitaux et la criminalité financière internationale.	69
4.1 - La prise en compte du phénomène au plan international.	70
4.2 - Stratégie et initiative canadienne.	75
4.3 - Modification du droit interne canadien	82
4.4- Synthèse et développement	87
C - Un frein aux limites : la protection de la vie privée	93
5.1 - Les conceptions du droit à la vie privée	94
5.2 - Le besoin d'intervention législative	96
5.3 - Les interventions législatives	98
a- <i>Le Code civil du Québec</i>	105
c- <i>La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé.</i>	107
5.4 - Synthèse et développement.	110
Conclusion	117
Bibliographie	122

ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

Ariz.J.Int'l & Comp.L.	Arizona Journal of International and Comparative Law
al.	alinéa
Austl. L.J.	Australian Law Journal
AFP.	Agence France-Presse
A.U.P.	Association University Press
A.P.F.F.	Association de planification fiscale et financière
bull.	Bulletin
Bull. droit et banque.	Bulletin droit et banque
Bull. Joly.	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
Banking L.J.	Banking Law Journal
B.F.L.R.	Banking & Finance Law Review
C.c.Q.	Code civil du Québec
CMF	Code monétaire et financier
<i>Contra.</i>	En sens contraire
C.c.B.-C.	Code civil du Bas-Canada
C. de D.	Cahier de droit
C.T.S.	Canada Treaty Series
C.B.R.	Canadian Bankruptcy Reports
C.R.R.	Canadian Rights Reporter
Cath. U.L. Rev.	Catholic University Law Review
éd.	Édition
Gaz. Can.	Gazette du Canada
Gaz. pal.	Gazette du palais
<i>in.</i>	dans (tel ouvrage ou article)
<i>Id.</i>	Idem. de même
J.C.P.	Jurisclasseur périodique
Jurimetrics J.	Jurimetrics Journal
J.T.	Journal des Tribunaux
J.I.B.L.	Journal of International Banking Law
J.D.F.	Journal de droit fiscal
L.Q.	Lois du Québec
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
NCCUSL.	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
<i>op. cit.</i>	Oere citato. Déjà cité
Ottawa L.R.	Ottawa Law Review
p.	page
P.U.A.M.	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F.	Presses Universitaires de France
P.U.M.	Presses de l'Université de Montréal
PNUCID.	Programme des Nations Unies pour le contrôle international des drogues
R.J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
R. du B. Can.	Revue du Barreau canadien
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R. du B.	Revue du Barreau

R.G.D.	Revue générale de droit
R.J.T.	Revue juridique Thémis
R.I.E.	Revue internationale de l'enseignement
R.D. McGill.	Revue de droit de McGill
Rev. de juris. Commerciale.	Revue de Jurisprudence Commerciale
RD bancaire et bourse.	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>supra.</i>	Ci-dessus
Trad.	Traduit
U.L. Rev.	Uniform Law Review

REMERCIEMENTS

à

Monsieur le Professeur Karim Benyekhlef

Il ne faut pas être bien malin pour se rendre compte que votre vie est remplie, à tous points de vue, dans tous les domaines, de bonnes actions et de bonnes intentions « such a good karma » .

Professeur Benyekhlef, un des meilleurs professeurs de motivation que j'ai jamais eu, trouvez ici l'expression de ma profonde reconnaissance d'avoir ranimé en moi la passion pour la réflexion juridique. Merci pour votre sérénité et vos directives. Vous ne serez jamais oublié!

Meriem Gourramen

Montréal, le 08 octobre 2009

INTRODUCTION

Lorsque Jeremy Bentham utilisa, pour la première fois, l'expression « Deontology or the science of morality », il s'agissait non pas de la science du devoir en général, mais plutôt d'une étude empirique des divers devoirs qui s'imposent à l'homme dans telle ou telle situation sociale déterminée¹, sans que soit précisé le caractère juridique ou simplement moral de ceux-ci.

Ainsi, chaque profession comporte, avec un degré de précision ou de raffinement variable, une certaine théorie des devoirs qui s'imposent dans son exercice.

Partant de cette observation, le devoir du secret², tel qu'imposé aux professionnels, n'est 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 confiance. 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, traditions, origine juridique, situation économique, etc.

Qu'en est-il du secret bancaire?

La notion de secret bancaire recouvre, en réalité, deux concepts distincts : le devoir de discrétion et le secret professionnel du banquier.

¹Jeremy BENTHAM, (1748-1832), était un philosophe, juriconsulte et réformateur britannique. Jeremy BENTHAM, « Deontology or the science of morality », disponible à : http://classiques.uqac.ca/classiques/bentham_jeremy/deontologie_tome_1/bentham_deontologie_t1.rtf, consulté le 10 octobre 2008.

² Le terme secret provient ainsi du latin « cerno » qui signifie cribler ou tamiser et qui a donné « discerno » qui signifie discerner, d'où vient le mot « discrétion ».

R. 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 » Voir Richard ZONDERVAN, *Le secret bancaire suisse et sa légende*, Bruxelles, Éditions du Centre d'études bancaires et financières, 1973, p. 13; Jean-Pierre ROYER, *Lever le rideau : le secret, quel secret ?* in *Secret et justice. Le secret entre éthique et technique?* Paris, Éditions L'Espace Juridique, 1999, p. 3.

À l'instar des tribunaux anglais, les tribunaux canadiens ont reconnu ce devoir de discrétion déjà imposé par le contrat bancaire aux établissements financiers³. De plus, des lois tant fédérales que provinciales précisent cette obligation. Par ailleurs, devant les menaces que représentent la tenue, par divers organismes, de dossiers contenant des données personnelles et l'informatisation des services bancaires pour le respect de la vie privée⁴ des clients, le législateur québécois a adopté de nouveaux instruments législatifs qui ajoutent au devoir de discrétion déjà reconnu⁵.

Ce respect de la vie privée et du secret bancaire pose aux praticiens des problèmes quotidiens, mais aussi, au-delà des intérêts privés, l'aménagement du secret bancaire constitue l'un des éléments du fonctionnement pratique de la libre circulation et du marché des capitaux.

Les limites des droits d'investigation du Fisc et de l'Administration des douanes dans le domaine bancaire posent aussi dans chaque pays des problèmes brûlants.

Tant au Canada qu'à l'étranger, le secret bancaire continue d'attirer l'attention non seulement des juristes, mais aussi des agents économiques, des investisseurs et de l'opinion publique. Est-ce dû à la concurrence internationale de plus en plus accrue ou à cause de la médiatisation croissante du sujet? En réalité, cet intérêt est dû en grande partie au fait que la question du secret bancaire, comme beaucoup d'autres questions, s'insère dans le vaste débat des relations entre l'étendue de la liberté individuelle, d'une part, et l'étendue de l'intervention étatique d'autre part. Ces deux tendances, bénéficient de l'appui de deux courants d'opinions récents et importants : d'une part, la tendance à renforcer la protection de la sphère

³ Le contrat bancaire est régi par le droit civil du Québec ou la common law dans les autres provinces. Les principes du droit civil en matière d'obligation de confidentialité du banquier ne diffèrent pas de ceux de la common law. Édith FORTIN, Louise LANGEVIN et Nicole L'HEUREUX, « Le secret bancaire et le contrôle de l'État sur les opérations de change et sur leurs effets délictuels » dans *Droit comparé 1994*, Institut de droit comparé de l'Université McGill, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 483 et s.

⁴ Le droit à la vie privée procède de plusieurs sources juridiques, et ce, autant dans le droit privé que le droit public. Pour un aperçu, Karim BENYEKHLEF, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 13-38; la vie privée est une notion évanescence, voire indéfinissable. Voir respectivement Alain-Robert NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 25-26 et Karim BENYEKHLEF, « Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée » dans Pierre Trudel et France Abran, dir., *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables?*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, 17, p. 17-31. L'article 8 de la *Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales* du 4 novembre 1950 dispose en effet que : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, et qu'il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence soit prévue par la loi et constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, etc. ». Disponible à : <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFrançais.pdf>, consulté le 10 octobre 2008.

⁵ Le *Code civil du Québec* est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, L.Q. 1991, c. 64 et la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.Q. 1993, c. 17, adoptée le 15 juin 1993, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

personnelle et donc aussi de la confidentialité⁶ et, d'autre part, la demande de transparence qui vise à assurer l'égalité des chances sur le marché, en tenant compte de la position de faiblesse de l'investisseur privé, du consommateur ainsi que de l'actionnaire minoritaire, ce qui s'inscrit aussi dans un but de réglementation publique et privée des marchés eux-mêmes.

Mais comment cela se fait-il que cette association entre le secret bancaire et la nécessité de coopération entre autorités judiciaires et administratives de différents pays soit faite aussi souvent? Pour répondre à cette question, il faut s'adresser aux juristes qui travaillent constamment à l'élaboration de nouvelles normes tant au niveau international que national, ainsi qu'aux praticiens. Mais, il faut surtout éviter de traiter cette question uniquement d'un seul point de vue, sans tenir compte de son contexte et de ses facteurs interactifs limitrophes : ainsi, on ne peut pas examiner le domaine le plus connu – parce qu'il est le plus spectaculaire, l'entraide en matière pénale – sans examiner de très près l'entraide entre autorités civiles, ainsi que la coopération entre les autorités administratives et entre les autorités fiscales. En effet, on constate l'interpénétration de ces différentes formes de coopération internationale ainsi qu'une influence réciproque dans le développement de ces domaines qui se manifeste de plus en plus. Il est indéniable que le nombre des commissions rogatoires exécutées pendant la dernière décennie s'est accru énormément par rapport aux périodes précédentes. La dernière menace à long terme sur le secret bancaire est l'évolution technologique elle-même : L'accès à la technologie et à la capacité d'innovation des pays étrangers devient un facteur crucial, déclare M. Rubens Ricupero, secrétaire général de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)⁷. L'âge de l'information est aussi celui de l'échange d'information : la création d'un réseau mondial dans lequel les États s'échangeraient de façon routinière des millions d'informations financières à des fins d'analyse et d'enquête. La globalisation des marchés entraîne la globalisation de la surveillance, ce qui implique une coopération de plus en plus étroite entre les autorités chargées du contrôle du marché bancaire, financier et boursier national et, par conséquent

⁶ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, CONFIDENTIALITÉ – *Modèle de code : Pour protéger les renseignements personnels des clients des banques*, Toronto, Association des banquiers canadiens, 1996; Pierre GULPHE, « Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé », (1948) *Rev. trim. dr. Com.* 8. La *Loi sur les banques* L.C, 1991, c. 46, art. 238 (1) prévoit certaines mesures pour assurer la confidentialité des informations détenues par les banques. La *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q., c. C-4, 1, art. 196, impose aussi une obligation de confidentialité.

⁷ Disponible à : <<http://www-partners.unctad.ch/francais/R2/fr2777a.htm>>, consulté le 10 octobre 2008.

international. Après le 11 septembre, le G7⁸ a d'ailleurs demandé que les échanges d'informations au sein du Groupe d'Egmont⁹ soient intensifiés.

Or, ces progrès entraînent une plus grande mobilité géographique du capital, tout en conduisant à internationaliser les possibilités de blanchiment d'argent et d'infraction fiscale. Les secrets bancaires étrangers, et plus précisément ceux des grandes places financières, ont été amenés à jouer un rôle de plus en plus important dans les rapports entre autorités relevant d'États différents, la tentation d'utiliser les moyens de preuve obtenus par la voie de l'entraide à des fins de répression fiscale devient de plus en plus forte pour ces autorités. Ce n'est sûrement pas une coïncidence si, lors de l'introduction de la monnaie unique européenne, se multiplient les initiatives qui tendent à diminuer la différence entre la poursuite des crimes de droit commun et la poursuite des infractions fiscales, notamment de la fraude en matière fiscale : Sur ce scénario déjà assez mouvementé se greffe le rapport du 27 avril 1998 concernant la « concurrence fiscale préjudiciable » que l'OCDE¹⁰ avait soumis aux pays membres.

Le secret bancaire a donc toujours été attaché aux opérations financières et aurait ses racines dans le droit commun, constituant un aspect important de la vie privée des personnes physiques comme morales. Le secret bancaire répond à des besoins socio-économiques de premier ordre et présente une valeur démocratique certaine.

⁸ Groupe informel de coordination économique réunissant l'Allemagne, le Canada, les États-Unis, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon. Plus politique, le G8 est constitué des pays du G7 et de la Russie.

⁹ Organisme international fondé en 1995 par des unités du renseignement financier (URF) « se consacrant à l'échange d'information et travaillant ensemble dans un cadre informel dans le but de mieux appuyer leurs programmes respectifs de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes. » Le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE), créé par la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*, L.C. 2000, c. 17, « est l'unité du renseignement financier du Canada. Ce centre a franchi un grand pas sur la scène internationale. Cette adhésion lui donne l'occasion de renforcer ses relations avec les pays membres partout au monde et facilite l'établissement d'ententes bilatérales d'échange de renseignements à l'appui de ses activités intérieures et internationales de détection, de dissuasion et de prévention du blanchiment d'argent et du financement d'activités terroristes, ainsi que des menaces à la sécurité du Canada. CANAFE a bénéficié de cette aide au cours des premières années qui ont suivi sa création. Aujourd'hui, CANAFE est une URF bien établie, capable d'apporter sa contribution à son tour, par exemple en présidant le Groupe de travail de la technologie de l'information d'Egmont et le Sous-comité du financement et de l'administration. Le Canada s'est réjoui qu'Egmont ait décidé d'établir son secrétariat permanent à Toronto. Le gouvernement fédéral a apporté une mise de fonds initiale pour établir le secrétariat et le doter en personnel au cours de l'été 2007. Au cours de l'année, CANAFE a participé aux réunions du Groupe Egmont tenues à Chypre, en Pologne, au Liechtenstein et aux États-Unis. » Disponible à : <<http://www.fintrac.gc.ca/publications/ar/2007/53-fra.asp> - 16k>, consulté le 10 octobre 2008.

¹⁰ Organisation de coopération et de développement économique (OCDE); voir le rapport du Conseil des ministres des 27-28 avril 1998, « Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial – Synthèse et résumé des Recommandations », disponible à : <<http://old.tuac.org/statemen/communiq/Evmin98f.htm>>, consulté le 10 octobre 2008. En 1985 déjà, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE avait remis au Conseil une recommandation à l'intention des États membres concernant l'usage abusif du secret bancaire et la fiscalité.

Toutefois, l'existence de fonctions légitimes pour le secret bancaire et le caractère « démocratique » de celui-ci ne signifie pas qu'il faille fermer les yeux sur les nombreuses activités criminelles qu'il est susceptible de couvrir. L'opacité du secret bancaire ne doit pas être tolérée si elle a pour effet d'éviter les contrôles liés à la détection des fraudes et autres crimes financiers. Le blanchiment de capitaux est susceptible de porter atteinte à l'intégrité des institutions financières d'un pays. Le blanchiment d'argent a également une incidence négative sur les pays ou territoires dont ils réduisent les recettes fiscales du fait de l'économie clandestine, en faisant une concurrence déloyale aux entreprises légitimes, en portant atteinte aux systèmes financiers et en entravant le développement économique. L'argent recyclé finit par être réintroduit dans les systèmes financiers mondiaux où il peut porter atteinte aux économies et aux monnaies nationales.

Au vu de ces premières constatations, notre hypothèse pourrait donc s'articuler comme suit : l'exercice effectif des attributs de la souveraineté des États est restreint en pratique du fait de pressions économiques de la part des grandes puissances. Une hypothèse corrélative serait que la revendication par ces puissances d'une transparence financière accrue correspond au repositionnement de la sécurité publique en tant que priorité absolue, ce qui s'oppose à la jouissance de certains droits individuels et rehausse la place des droits collectifs dans la répartition qui se fait au sein de l'intérêt général pris dans sa globalité (l'intérêt général étant à la jonction des droits individuels et collectifs, avec un dosage variable entre ces deux catégories selon les visées politiques ou économiques) .

Il suffit de lire ces quelques lignes de Bernard Bertossa, Procureur général de Genève, pour bien comprendre le paradoxe qui nous préoccupe :

« L'intérêt privé et personnel est devenu le pôle d'attraction d'une législation assimilant l'intervention de l'État à l'obstacle majeur de l'expression d'une liberté individuelle érigée au rang de dogme absolu. Les législateurs ont toutefois omis de prendre en considération cette évidence lorsque des espaces de liberté sont créés, ils sont aussitôt occupés par ceux qui profitent de ces facilités pour y établir leur propre pouvoir, en dehors de tout contrôle et sans aucune considération de l'intérêt général que les États sont censés défendre. La loi démocratique est remplacée par la loi du plus fort. Et l'on se trouve aujourd'hui placé devant le constat que l'État, présumé liberticide, ne dispose plus des moyens de défendre l'individu contre des menées criminelles qui, organisées à grande échelle, entraînent pour ces mêmes individus et pour ces mêmes libertés des conséquences bien plus graves, même si elles sont, pour l'instant, moins directement perceptibles. »¹¹

Voilà à quoi se résume la problématique attachée au secret bancaire : il s'agit d'arbitrer entre la liberté individuelle et l'intérêt général (celui de la collectivité dans son ensemble), ce qui à l'évidence n'est pas chose facile.

De plus en plus, la même transparence règne à l'intérieur des banques. Pour lutter contre le blanchiment des capitaux, celles-ci mettent fin au cloisonnement qui empêchait leurs différentes divisions d'échanger leurs informations concernant leurs clients. Par conséquent, l'identité du client se diffuse toujours plus largement à l'intérieur des banques¹². Les intermédiaires financiers sont devenus partout responsables pénalement en cas de blanchiment, ce qui a notablement modifié leur comportement ces dernières années, explique Éric Bouchez, un consultant bancaire actif à Genève :

« Les gens ont donc tendance à se protéger, à se couvrir. Ils pensent que la diffusion de l'information à l'intérieur de la banque est la réponse normale. On a de plus en plus tendance à penser que, si quelqu'un fait une opération, il n'y a pas de raison que ça ne se sache pas. »¹³

¹¹ Bernard BERTOSSA, « Après l'aveuglement et l'hypocrisie, la complicité? », disponible à :

<http://www.transnationale.org/sources/finance/paradis_blanchiment_drogue.htm>, consulté le 10 octobre 2008.

¹²

Pour répondre aux problèmes posés par les banques de données informatisées, les pays occidentaux ont adopté à partir des années 1970 des lois sur la protection des renseignements personnels. Ces législations, bien qu'ayant toutes leurs particularités, sont toutes construites sur ce que l'on appelle les pratiques équitables en matière d'informations (*ou fair information practices*). Même s'il existe plusieurs formulations de ces principes, on reconnaît généralement que ce sont les *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel* de l'OCDE de 1980, qui « traduisent toujours un consensus international sur les orientations générales concernant le recueil et la gestion d'informations de caractère personnel. En définissant les principes essentiels applicables dans ce domaine, les Lignes directrices jouent un rôle important en aidant les gouvernements, les entreprises et les représentants des consommateurs, à protéger la vie privée et les données personnelles, tout en évitant des restrictions inutiles aux flux transfrontières de données, en ligne ou hors-ligne. Reflet de vingt et un ans d'expertise et d'expériences partagées entre représentants des gouvernements de l'OCDE, des entreprises et de l'industrie, ainsi que de la société civile. » Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel*, 23 septembre 1980, disponible à : « <http://www.oecd.org> », consulté le 10 octobre 2008.

¹³ Sylvain BESSON, « L'argent secret des paradis fiscaux », Paris, Éditions du Seuil, 2002, p. 262.

Certains organismes internationaux se sont penchés sur ce problème complexe. C'est principalement par la création du GAFI¹⁴ par le G7 qu'une action coordonnée a réellement pu être mise en place au niveau international. L'une des premières tâches de cet organisme a été d'énoncer un certain nombre de mesures que les gouvernements nationaux doivent prendre pour appliquer des plans efficaces de lutte contre le blanchiment d'argent. Il s'agit des « quarante recommandations » qui, aux yeux de ses experts - juristes, financiers, policiers et diplomates -, déterminent l'aptitude d'un pays à lutter efficacement contre l'« argent sale ». Celles-ci traitent du système de justice pénale et des questions opérationnelles, du système financier et de sa réglementation. Le groupe d'action financière de l'OCDE, fer de lance de la lutte anti-blanchiment, qui entend notamment restreindre ou conditionner les transactions financières avec les pays récalcitrants, mais reste impuissant à faire appliquer ces mesures aux pays émergents qui ne sont pas membres de l'organisation. D'autres organismes sont actifs, qu'ils soient des émanations du G7, s'inscrivent dans la sphère onusienne ou encore proviennent d'initiatives isolées : Le PNUCID, l'organisme des Nations Unies qui se consacre à la lutte contre les drogues, le FMI (Fonds monétaire international) et la Banque mondiale, le Forum de stabilité financière, le Comité de Bâle (...) sont parmi ceux-là. Tous mènent des actions décisives dans la lutte contre la criminalité financière internationale et influent donc sur les législations bancaires.

Les abus liés à l'utilisation criminelle du secret bancaire constituent incontestablement une menace pour la stabilité financière internationale¹⁵. Consciente de ce péril, la communauté internationale a donc multiplié les actions pour tenter d'enrayer les activités illicites reposant sur un secret bancaire fort.

En se plaçant devant tous ces facteurs interactifs, un inventaire de la situation existante apparaît difficile. Une prévision concernant le développement des normes et de la pratique relative au secret bancaire devient presque impossible. La sphère privée dont se réclament les défenseurs du secret bancaire aura désormais moins de poids face à l'exigence des États de pouvoir détecter les transactions suspectes, ce qui implique une surveillance accrue des flux

¹⁴ Le Groupe d'action financière internationale sur le blanchiment des capitaux (GAFI) créé à Paris, en juillet 1989, à l'issue du sommet des pays industrialisés, se compose actuellement de 32 pays et territoires, ainsi que de deux organisations régionales. Le GAFI travaille également en étroite collaboration avec plusieurs organismes internationaux et régionaux impliqués dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Voir le « Rapport visant à identifier les pays ou territoires non coopératifs : améliorer l'efficacité au plan mondial, des mesures de lutte contre le blanchiment », GAFI, 22 juin 2000. Disponible à : <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/46/45/35068898.pdf>>, consulté le 10 octobre 2008.

¹⁵ Susan GEORGES, « Pour la refonte du système financier international : à la racine du mal », *Le monde Diplomatique* (janvier 1999).

financiers¹⁶. Pour des raisons compréhensibles, la sphère privée est souvent rattachée au secret bancaire. C'est sur ce thème qu'ont porté la plupart des débats politiques de ces vingt dernières années. On a parfois tendance à oublier qu'il ne s'agit ici que de la sphère privée financière, mais qu'elle va de pair avec un thème fondamental, qui couvre pratiquement tous les aspects de notre vie. Pourtant, la nécessité de protéger la vie privée doit s'effacer devant des intérêts supérieurs de la collectivité; ainsi dans les enquêtes de crédit, dans les transferts électroniques de fonds ou encore dans le cas d'accès à des banques de données.

Diamétralement opposé à cette exigence de lutte contre les capitaux d'origine criminelle se trouve l'impératif du respect des règles déontologiques entourant le secret professionnel du banquier. La déontologie, c'est « la théorie du devoir moral et éthique ». Or, l'aspect déontologique s'efface devant les obligations morales d'origine légale qui incombent aux acteurs des marchés financiers. Afin de garantir la réputation du secteur financier, le législateur a réduit le champ d'application de la déontologie et élargi par cette même occasion le domaine des exemptions du secret professionnel en élargissant le champ d'application des infractions primaires. En fait, la loi n'impose pas une obligation de se méfier, mais l'identification systématique de la contrepartie dans une affaire importante et la confirmation de cette identification par des vérifications au moins sommaires. Cette façon de procéder relève du comportement normal de toute personne qui ne veut pas être considérée comme naïve. Par contre, une telle naïveté est rendue punissable par un nombre croissant de législations.

D'une façon générale, on assiste aujourd'hui dans la plupart des États à une inflation, un foisonnement considérable des textes législatifs en matière de secret bancaire ou influant sur ce dernier (comme ceux prévoyant des dérogations au principe). Il est, dès lors, de plus en plus difficile d'avoir une vision complète du principe étudié.

On peut tout au plus reconnaître que la protection du secret bancaire qui existe à l'heure actuelle à l'endroit des prestataires de services bancaires réglementés à l'échelon fédéral est moins stricte que dans certains autres territoires, notamment dans les États de l'Union européenne, mais plus stricte que d'autres pays encore, comme les États-Unis. Dans l'ensemble, on peut dire que la structure qu'on retrouve actuellement au Canada incorpore les principes et les aspects propres à un régime de protection moderne.

¹⁶ S. BESSON, « L'argent secret des paradis fiscaux », *supra*, note 13, p. 263.

Tant au Canada qu'à l'étranger, les transactions bancaires soulèvent un véritable dilemme pour les gouvernements : la protection du secret bancaire permet aux trafiquants de drogue de s'en sortir impunément. Comment protéger le secret bancaire sans encourager le trafic de drogue¹⁷, source de graves problèmes sociaux?

Le Québec et le Canada sont intervenus dans ce domaine. Afin d'examiner les conflits de droit entre l'obligation de protéger la vie privée des clients ainsi que la confidentialité des données qui s'y rattachent et l'État dans la poursuite de sa mission d'arbitrer les intérêts des citoyens et d'énoncer les règles directrices, nous étudierons d'abord la notion et le fondement du secret bancaire au Canada (section I).

Nous nous pencherons ensuite sur les limites et dérogations au secret bancaire. D'abord, nous aborderons les dérogations généralement reconnues à l'obligation contractuelle de confidentialité. De ces obligations, celle qui a été discutée la plus fréquemment est sans doute l'obligation dite « fiduciaire », qui comprend le devoir d'agir raisonnablement dans l'administration des comptes et dans la réalisation des garanties et des cautionnements. Une deuxième obligation qui a été le sujet de controverse ces dernières années est celle de maintenir la confidentialité de l'information concernant les affaires du client, malgré la nécessité des échanges d'informations portant sur le crédit qui est essentiel à la conduite efficace des activités commerciales. Ainsi, au Québec, deux nouveaux instruments législatifs, soit le *Code civil du Québec*¹⁸ et la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹⁹, protègent le droit à la vie privée et renforcent l'obligation de confidentialité de la banque envers son client. Cependant, cette obligation connaît des limites imposées par la jurisprudence. À ces interventions législatives s'ajoutent les codes de déontologie que les établissements financiers se sont imposés²⁰.

¹⁷ À chaque année, plus d'un milliard de dollars provenant du trafic de la drogue sont blanchis, selon le député fédéral Bob Speller. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 34^e légis., 19 janvier 1991, « Initiatives ministérielles. Loi sur le recyclage des produits de la criminalité », p. 2113 (M. Bob Speller). Au Canada, un rapport du Solliciteur général, présenté en 1990, faisait état d'au moins 150 cas impliquant le mouvement de ces capitaux illicites, voir Margaret E. BEARE e Stephen SCHNEIDER, *Tracing Illicit Funds : Money Laundering in Canada*, Doc. N°1990-05, Ottawa, Solliciteur Général du Canada, 1990.

¹⁸ *Supra*, note 5.

¹⁹ *Supra*, note 5.

²⁰ Les codes des banques ne sont pas sanctionnables par les tribunaux. Dans le contexte de la nouvelle loi sur les banques et de la réglementation en 1991-1992, le gouvernement fédéral n'a jugé bon de n'intervenir que par le *Règlement sur le commerce de l'assurance* qui interdit à la banque ou à l'une de ses filiales de fournir directement ou indirectement à une société d'assurance ou à un agent ou un courtier d'assurances des renseignements concernant tout client de la banque, l'un de ses employés, de ses membres ou de ses associés se trouvant au Canada. *Règlement sur le commerce de l'assurance (Banques)*, (1992) 126 *Gaz. Can.* II. 2276 (n°12, 21 mai 1992).

Nous aborderons aussi la question de la protection de l'ordre public en matière de secret bancaire. L'ordre public justifie la mise en place de mesures particulières en vue d'enrayer le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants. Le Canada a reconnu la gravité du problème et la nécessité d'une action concertée des divers États pour empêcher l'entrée dans le système financier des produits de ce trafic. En tant que membre du G7, le Canada s'est engagé avec les six autres pays dans cette lutte. Il a signé plusieurs ententes bilatérales de coopération pour l'échange d'informations entre les banques étrangères²¹, en plus d'adhérer à plusieurs conventions internationales. Ces mesures ont une grande incidence sur les devoirs de la banque envers ses clients et le secret bancaire (section II).

Cette analyse fera, dès lors, l'objet des deux sections suivantes :

Première section : **Notion et fondement du secret bancaire**

Deuxième section : **Limites et dérogations du secret bancaire**

²¹ Des ententes similaires ont été signées avec l'Australie, les Bahamas, la France, Hong-Kong, le Royaume-Uni et le Mexique. *Traité d'entraide en matière pénale*, C.T.S. 1990, N°19, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1990, qui a donné lieu à la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.C. 1988, c. 37. Denis RACINE, « L'État et le secret bancaire au Canada », (1992) 33 C. de D. p. 1271.

Section I

Notion et fondement du secret bancaire

Après avoir étudié plus précisément la notion et le fondement du secret bancaire et les différentes opinions émises en droit canadien, un rapide survol de cette question en droit comparé se révélera relativement instructif. Les domaines de comparaison portent plus particulièrement sur les bases juridiques du secret bancaire (B).

Nous allons situer et exposer la problématique d'harmonisation des lois au Canada. Ces problèmes ne surgissent pas dans l'abstrait. Il existe de nombreux liens, officiels et officieux, qui contribuent à cette harmonisation²². Ils sont le produit de nombreux facteurs, mais le plus important, dans le cas du Canada, est probablement sa structure constitutionnelle et l'interprétation qu'ont donnée les tribunaux de la répartition des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Par conséquent, la Constitution du Canada constitue un point de départ approprié au thème de notre étude (A).

Nous examinerons ensuite les limites et dérogations au secret bancaire (en droit pénal, judiciaire et fiscal), les sanctions prévues par les différents systèmes de droit, tout en déterminant lequel des gouvernements du pays (fédéral ou provincial) a juridiction sur le sujet.

A. Compétence constitutionnelle

La *Loi constitutionnelle de 1867* répartit les pouvoirs législatifs entre les gouvernements fédéral et provinciaux et énonce que le Parlement a l'exclusivité du champ de compétence concernant les banques et l'incorporation des banques²³. D'un côté, ce sont les provinces qui ont l'exclusivité législative sur la réglementation des questions de droit privé concernant la

²² « Harmonization does not entail the adoption of a single, model set of rules, but instead implies a wide range of ways in which differences in legal concepts in different jurisdictions are accommodated. This accommodation can take place in many ways : by a process of law reform in one or more countries, reflecting influences beyond the jurisdiction's borders; by the mediation of private law concepts adopted by parties caught between two legal systems; or by a myriad of other contact points between legal regimes, from academic writings, the conceits of law professors, to visits by government officials to neighboring countries ». Stephen ZAMORA, « NAFTA and the Harmonization of Domestic Legal Systems : The Side Effects of Free Trade », (1995) 12 *Ariz.J.Int'l & Comp.L.* 403; Jean-Maurice BRISSON, « L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral : une problématique », (1992) 52 *R. du B.* 345-353.

²³ *Loi constitutionnelle de 1867*, article 91 (15), accorde aussi au Parlement le droit de constituer les banques en société. Le pouvoir de constitution en société et de réglementation à l'égard des autres institutions financières est défini indirectement par le paragraphe 92 (11), qui limite les pouvoirs des provinces en cette matière aux sociétés constituées « pour des objets provinciaux ».

propriété et les droits civils²⁴ « dans la province »²⁵ et les questions « d'une nature purement locale ou privée. »²⁶

Les tribunaux ont maintes fois réaffirmé l'autorité du Parlement sur le secteur bancaire. On peut citer en exemple deux jugements du Conseil privé de la Chambre des Lords, le premier rendu en 1938, relativement à la cause *Attorney General for Alberta v. Attorney General for Canada*, suite à l'appel d'une décision de la Cour suprême du Canada au sujet d'une loi albertaine (*An Act respecting the « Taxation of Banks »*), et l'autre rendu en 1947 relativement à une cause du même nom (*Attorney General for Alberta v. Attorney General for Canada*), suite à un appel d'une décision de la Cour suprême de l'Alberta concernant l'introduction de la doctrine du crédit social par le biais de l'*Alberta Bill of Rights Act*. Le Conseil privé estima que les deux lois albertaines étaient nulles et non avenues parce qu'elles empiétaient sur la compétence fédérale en matière bancaire. Il rejeta également en 1947 une loi québécoise visant à confisquer les dépôts restés inactifs depuis 30 ans²⁷. Dans tous les cas cités ici, la loi provinciale exerçait d'abord ses effets sur les activités des banques, et c'est pourquoi les tribunaux ont considéré ces lois comme étant des *lois bancaires*. Dans un jugement rendu en 1949 dans la cause *Re Bergethaler Waisenamt*, une société de fiducie provinciale qui avait fait faillite, la Cour d'appel du Manitoba a réaffirmé la compétence du gouvernement fédéral en matière bancaire²⁸. Ce jugement admettait néanmoins qu'une société de fiducie, détenant une charte provinciale, avait le droit d'accepter des dépôts pourvu que ces derniers ne soient pas transférables par chèque, de façon que l'entreprise ne puisse être considérée comme étant engagée dans des activités bancaires.

Les attributions du Parlement en matière bancaire peuvent même empiéter sur la compétence provinciale. Ainsi, dans un jugement rendu par le Conseil privé en 1894 dans la cause *Tennant v. Union Bank of Canada*, Lord Watson fit remarquer que « même si la propriété et

²⁴ *Id.*, article 92 (13). Cet article de la Constitution confère aux provinces des pouvoirs étendus en cette matière, car ils recouvrent toutes sortes de transactions. Les assemblées législatives des provinces ont également autorité sur les entreprises financières en vertu de la clause qui leur permet de constituer en société des compagnies « pour des objets provinciaux », paragraphe 92 (11). Cela leur permet de promulguer des lois « relatives aux pouvoirs, à l'organisation, à la gestion interne et au financement des sociétés ». On voit donc que les provinces jouissent de pouvoirs étendus par ceux qui ont été confiés au Parlement fédéral. Voir, pour un exposé de la problématique en droit civil et des diverses théories proposées, Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 156-191.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Id.*, article 92 (16).

²⁷ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA FAILLITE DE LA BANQUE COMMERCIALE DU CANADA ET DE LA NORBANQUE (W.Z. Estey, commissaire), *Rapport*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, août 1986.

²⁸ Voir André RYBA, *The role and efficiency of the financial sector : From theory to reality*, étude technique préparée pour le Conseil économique du Canada, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1986.

*les droits civils étaient confiés aux assemblées législatives des provinces en vertu de l'article 92, les banques représentent l'un des sujets auxquels l'autorité législative exclusive du Parlement canadien ne pouvait s'appliquer sans venir en conflit avec les droits civils dans la province et les modifier. »*²⁹

Généralement, l'empiétement est permis s'il est fait accessoirement lors de l'exercice d'un autre pouvoir et qu'il n'atteint pas le cœur même de la compétence de l'autre gouvernement³⁰. Les célèbres arrêts *Kellogg's*³¹ et *Irwin Toy*³² sont venus ouvrir la porte à la possibilité, encore là incertaine, que les provinces puissent aussi, en régissant une matière relevant de leur compétence, empiéter sur une matière fédérale. Il s'ensuit que le caractère véritable de la législation doit être recherché, afin de vérifier s'il ne s'agit pas d'une tentative de régir des matières ne relevant pas des pouvoirs conférés par la Constitution³³ au gouvernement en cause. C'est donc dire que les provinces peuvent, dans certains cas, régir l'exercice d'une activité bancaire, si elles le font de manière accessoire sans attaquer l'essence de la législation fédérale³⁴.

Les problèmes que posent la répartition des responsabilités entre les deux niveaux de gouvernement et la complexité croissante du système financier ont été amplifiés par le manque d'harmonisation entre les politiques et les pratiques des différentes provinces. 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 avec ces clients relèvent bien entendu de la propriété et du droit civil. 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*³⁵ 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

²⁹ Le rôle du gouvernement comme fournisseur de services financiers a été étudié dans un rapport antérieur du Conseil, *Intervention et efficacité – Une étude des prêts et cautions de l'État au secteur privé*, Approvisionnement et Services Canada, 1982.

³⁰ Guy TREMBLAY et Henri BRUN, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 453.

³¹ *P.G. du Québec c. Kellogg's Co.*, [1978] 2 R.C.S. 211.

³² *Irwin Toy Ltd. c. P.G. du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927.

³³ G. TREMBLAY et H. BRUN, *Droit constitutionnel*, *supra*, note 30, p. 453 et s.

³⁴ Nicole L' HEUREUX, *Le droit bancaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 6 et s.

³⁵ *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), c. B-1.

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 »³⁶.

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 acquéreuses de compagnies de courtage mobilier³⁷ et de trusts³⁸.

Ce changement majeur a été bénéfique pour le consommateur. Il a pu profiter de meilleurs prix, résultant 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'information 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.

Aussi, sommes-nous en présence d'une situation où diverses entreprises poursuivant des activités financières semblables sont régies soit par le gouvernement fédéral, soit par le gouvernement provincial, soit par les deux paliers à la fois. Cet état de choses mène au double emploi, à la confusion et même à des conflits, comme l'a reconnu la commission Dupré :

³⁶ À la suite des modifications législatives de 1992, plusieurs obstacles qui empêchaient les diverses institutions financières d'envahir les champs d'activités de leurs concurrentes se sont dissipés. Entre autres, les banques ont reçu le pouvoir de détenir des filiales canadiennes et d'exercer certaines activités par leur entremise, comme des compagnies de fiducie, des compagnies de prêts et des compagnies d'assurances (art. 468). Cela s'ajoute au pouvoir qui leur a été accordé en 1987 d'acquérir un intérêt substantiel dans des compagnies de courtage en valeurs mobilière et de conclure des ententes de prestation de service (ententes de réseaux) avec des institutions financières d'une autre catégorie dans lesquelles elles ont un intérêt de groupe financier (art. 411, 468). Cela signifie qu'elles peuvent offrir les produits financiers de leurs filiales ou d'une institution affiliée, sauf toutefois les restrictions qui leur sont imposées, comme celles relatives au commerce d'assurance (art. 416). MINISTÈRE DES FINANCES, *L'examen de 1997 de la législation régissant les institutions financière : Proposition de modification*, Ottawa, ministère des Finances, 1996.

³⁷ Les banques peuvent toutefois, depuis 1987, posséder un intérêt substantiel dans une société canadienne qui fait le commerce des valeurs mobilières. *Loi sur les banques*, L.C. 1987, c. 26, art. 2.

« (6.1) Avec l'approbation préalable du ministre, une banque peut posséder plus de dix pour cent des actions appartenant à une catégorie d'actions quelconque :

a) soit d'une société canadienne dont les activités consistent uniquement à faire le commerce des valeurs mobilières, y compris la prestation de services de gestion de portefeuille ou de conseil de placements;

b) soit d'une société canadienne qui, directement ou indirectement, possède des valeurs mobilières d'une société canadienne visée à l'alinéa a).

(7) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements pour limiter le pouvoir d'une banque de posséder les actions d'une société visée aux paragraphes (6) et (6.1) et imposer des conditions à la banque qui en possède ».

³⁸ 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*, précitée, note 6, art. 411 et 468. Certaines restrictions s'appliquent cependant au domaine des assurances, conformément à l'article 416 de la même loi.

« On n'insistera jamais assez sur l'importance de l'harmonie fédérale-provinciale dans le domaine de la réglementation des services financiers. Le labyrinthe qui règne à l'heure actuelle en ce qui concerne les territoires de compétence [...] a conduit au double emploi, à la confusion et souvent au conflit entre les deux paliers de gouvernements. [Cette] double réglementation peut saper sérieusement l'efficacité de nos marchés des capitaux canadiens en engendrant des obligations supplémentaires et souvent disparates dont l'industrie doit s'acquitter. [...] Malgré les diverses réunions officielles qui ont lieu [...], réunions des sous-ministres fédéral-provinciaux des finances dans le cadre du comité permanent fédéral-provinciaux sur les questions économiques et fiscales, il n'existe pas une seule tribune dans laquelle tous les intervenants pertinents responsables de la réglementation de l'industrie des services financiers et de l'élaboration des politiques sur cette dernière, puissent réunir et résoudre des questions d'intérêt mutuel. »³⁹

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 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 se fait 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. Le parlement fédéral préfère laisser la common law régler la question, même s'il pourrait agir. 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 bancaire⁴⁰.

³⁹ MINISTÈRE DES FINANCES, *La réglementation des institutions financières du Canada – Propositions à considérer*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, avril 1985.

⁴⁰ Avec l'arrivée du nouveau *Code civil du Québec* en 1994, il existe des dispositions sur le sujet, soit les articles 37 à 41.

Les inconvénients résultant de l'existence de lois diverses et contradictoires semblaient communs à tous les États : perplexité, incertitude, confusion et le gaspillage qui en résulte; tendance à restreindre la liberté de commerce et à occasionner une incertitude inutile dans les contrats, entraînant ainsi des litiges superflus et des dénis de justice. Ce genre de situation fait augmenter les frais des entreprises qui font des affaires dans plus d'une province ou d'un État et pour les transactions assujetties à la législation de plusieurs provinces. Les obstacles sont ressentis d'autant plus vivement lorsqu'ils s'élèvent entre les membres d'une union économique et politique qui, comme le Canada, ont une ou des langues communes, et des valeurs sociales et une culture juridique en grande partie semblables.

M.Colby, aux États-Unis, l'a exprimé de façon fort concise dans sa réponse :

« Les différences entre les lois des divers États et territoires sur les sujets en question entraînent un gaspillage éhonté et continu pour les justiciables, et font perdre un temps précieux à la magistrature et aux avocats; elles entraînent de longs délais, qui créent de graves dénis de justice; elles facilitent diverses situations immorales, dont l'existence est reconnue, et créent une incertitude juridique que Burke décrit judicieusement comme "l'essence même de la tyrannie. »⁴¹

Les problèmes causés par la diversité des lois provinciales ne sont pas ressentis seulement par les institutions financières et bancaires, mais également par les personnes qui transigent avec elles; toutes subissent les inconvénients de la diversité des lois provinciales auxquelles leurs droits sont assujettis.

Dans tous les cas, la loi fédérale a prépondérance dans la mesure de son incompatibilité avec le droit provincial et elle s'applique en lieu et place des dispositions de celui-ci qui seraient autrement applicables⁴².

Les expériences qui couvrent presque un siècle au Canada, aux États-Unis et en Australie reflètent ces frustrations et constituent un plaidoyer éloquent en faveur de l'uniformité des lois des membres d'une fédération.

Aucune raison géographique ne justifie l'existence de règles différentes dans une partie ou l'autre de l'Australie, pour la totalité ou la quasi-totalité des questions de droit privé. Les

⁴¹ Jacob S. ZIEGEL, « L'harmonisation du droit provincial : le droit commercial, le droit des consommateurs et le droit des sociétés » dans *L'harmonisation du droit commercial au Canada*, volume 56, étude de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 4 et s.

⁴² François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 311-312 et 337-340.

conditions locales n'ont aucune pertinence à cet égard. L'Australie peut-elle se permettre, en tant que nation, d'avoir des lois différentes pour régir les relations privées? Ne pourrait-on pas essayer d'y établir un système uniforme de droit privé?

Comme au Canada et aux États-Unis, aux termes de la *Commonwealth Act*⁴³, les pouvoirs législatifs sont divisés en Australie entre le gouvernement central (Commonwealth) et les États; toutefois, les pouvoirs du gouvernement du Commonwealth ne sont pas aussi étendus que ceux du gouvernement fédéral canadien.

Les pouvoirs spécifiques (mais non exclusifs) attribués au gouvernement du Commonwealth et les pouvoirs les plus importants aux fins de la réglementation du commerce entre les États se trouvent dans la cause relative au commerce entre les États, ainsi que dans les causes relatives aux affaires bancaires, à l'assurance, à la faillite et à l'insolvabilité.

La relation entre un banquier et ses clients est protégée par l'obligation de confidentialité⁴⁴. Cette obligation étant née du droit coutumier, elle peut être annulée par la législation⁴⁵. Elle a été annulée dans une certaine mesure par le *Financial Transaction Reports Act* (Loi concernant la déclaration des transactions financières) de 1988⁴⁶.

⁴³ *The Commonwealth Act of Australia Constitution Act*, 63 and 64 Vic. (U.K.), c. 12; J.S. ZIEGEL, « L'harmonisation du droit provincial : le droit commercial, le droit des consommateurs et le droit des sociétés » *supra*, note 41, p. 44.

⁴⁴ *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1.K.B. 461 (C.A.), commenté et analysé par John C. MARSHALL, « The Relationship Between Bank and Customer : Fiduciary Duties and Confidentiality » (1986) 1 *B.F.L.R.* 33. Plus récemment, cf. *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1989] 1 W.L.R. 1340; « *In my opinion it is necessary in a case like the present to direct the jury what are the limits and what are the qualifications of the contractual duty of secrecy implied in the relation of bankers and customer. There appears to be no authority on the point. On principle, I think that the qualification can be classified under four heads: (a) where disclosure is under compulsion by law, (b) where there is a duty to the public to disclose, (c) where the interests of the bank require disclosure, (d) where the disclosure is made by the express or implied consent of the customer.* »

⁴⁵ Gabriël MOENS, « Bank Confidentiality and Governmental Control of Exchange Operations and of Their Unlawful Effects-Australia », in *Money Laundering and Banking Secrecy*, The Hague; Boston, éd. Paolo Bernasconi, Kluwer Law International, 1996, p. 33.

⁴⁶ Aux termes de laquelle les « prestataires de services monétaires ou financiers » sont tenus de fournir des informations sur les transactions de leurs clients à l'*Australian Transaction Reports and Analysis Centre* (Centre d'analyse et de déclaration des transactions financières – AUSTRAC) dans les cas suivants :

1. Conformément à l'article 7 de la Loi, les « transactions financières importantes » effectuées en Australie doivent être déclarées. Une « transaction financière importante » est un transfert de 10 000 dollars et plus de numéraire en monnaie australienne ou en devises.

2. Conformément à l'article 17 B de la Loi, les instructions concernant les virements de et vers l'Australie doivent être déclarées lorsque le « prestataire de services monétaires ou financiers » agit pour le compte d'une personne qui n'est pas une banque ou lorsque le prestataire de services monétaires ou financiers n'est pas une banque.

3. Aux termes de l'article 15 de la Loi, constitue une infraction le transfert non déclaré en Australie ou à l'étranger de devises d'une contre-valeur de 5 000 dollars ou plus. Les établissements financiers, à l'inclusion des banques, des caisses de crédit hypothécaire et des coopératives de crédit sont exemptés de cette obligation de déclaration. La peine imposée en cas de contravention à ces dispositions est une amende maximale de 5 000 dollars, ou l'emprisonnement d'une durée de deux ans ou les deux pour les personnes physiques et une amende maximale de 20 000 dollars pour les personnes morales.

4. Conformément au paragraphe 16 (1) de la Loi, un « prestataire de services monétaires ou financiers » est tenu de déclarer une transaction lorsqu'il y a raisonnablement lieu de penser que cela serait utile aux enquêtes sur la fraude fiscale ou d'autres infractions à la législation fédérale.

La situation australienne présente une autre ressemblance avec celle du Canada en ce que les gouvernements des États exercent une surveillance jalouse sur leur autorité constitutionnelle et résistent fermement aux tentatives faites par le Commonwealth pour monopoliser les pouvoirs en matière de droit des sociétés, des valeurs mobilières et du droit commercial en général⁴⁷.

L'Australie ne possède pas d'organisme équivalent à la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada ou la NCCUSL aux États-Unis. Le comité permanent ne possède pas non plus d'assise constitutionnelle ou juridique.

Par conséquent, la législation des États et du Commonwealth n'est pas coordonnée dans les domaines où les deux niveaux de gouvernement ont une compétence concurrente. Comme l'a souligné un universitaire australien, cependant, le principal obstacle à une meilleure harmonisation de la législation des États ne réside pas tant dans les lacunes des structures existantes que dans l'absence d'une volonté politique bien arrêtée de considérer l'unification comme un objectif important⁴⁸. Il reporte également une grande partie du blâme sur les fortes velléités d'autonomie des États et leur méfiance à l'égard des pouvoirs centralisés. Ainsi, le groupe Privacy International devait-il noter que « la loi bénéficiant d'un important appui au sein des entreprises et dans le grand public. »⁴⁹

En Australie également, le dédoublement des programmes a fait l'objet de plaintes et le problème a été débattu à plusieurs reprises par la *Australian Law Reform Agencies Conference*. Jusqu'ici toutefois, les Australiens n'ont pas mieux réussi que les organismes canadiens à trouver une formule acceptable pour coordonner leurs activités⁵⁰. Cette diversité ne devrait pas nous surprendre, puisqu'elle est commune aux autres systèmes de gouvernement fédéral.

⁴⁷John GOLDRING, « Unification of Laws in Australia – The Great Pipe-Dream », (1977) 1 *U.L.R.* 82, particulièrement p. 116 et s.; J.S. ZIEGEL, « L'harmonisation du droit provincial : le droit commercial, le droit des consommateurs et le droit des sociétés », *supra*, note 41, p. 44 et s.

⁴⁸J. GOLDRING, « Unification of Laws in Australia – The Great Pipe-Dream », *supra*, note 47, p. 216 et s.

⁴⁹Tim DIXON, « Voluntary Code Leaves Privacy Exposed », *Australian Privacy Foundation Media Release*, daté du 19 août 1997, disponible à : <<http://www.efa.org.au/Issues/Privacy/pr0819.html>>, consulté le 10 octobre 2008.

T. DIXON, qui est directeur de la *Privacy Foundation*, a déploré l'inefficacité des lois australiennes sur la protection de la vie privée : « On commence aussi à manquer de temps pour faire la mise à niveau avec les critères de l'Union européenne en matière de protection de la vie privée. Nous n'avons plus que jusqu'à octobre 1998, après quoi les entreprises australiennes seront exclues du commerce international dans le domaine de l'information. Si le gouvernement entend réellement aider les industries australiennes de l'information, il devra se doter de protections compatibles avec les normes les plus rigoureuses du monde. »

⁵⁰J.S. ZIEGEL, « L'harmonisation du droit provincial : le droit commercial, le droit des consommateurs et le droit des sociétés », *supra*, note 41, p. 44 et s.

La Cour suprême définit le principe du fédéralisme comme instrument essentiel dans la reconnaissance et la promotion de la diversité des communautés :

« Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie, dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité. »⁵¹

Or, nous connaissons les difficultés rencontrées par l'État fédéral à promouvoir ce principe au Canada. Charles Taylor décrit le problème en ces termes :

« À cet égard, le Canada a eu la chance. Notre diversité a empêché notre système fédéral d'évoluer vers une centralisation plus grande sur le monde américain, et les provinces correspondent dans l'ensemble à des sociétés régionales auxquelles s'identifient leurs membres. Mais nous avons échoué, semble-t-il, à créer un consensus qui pourrait rassembler ses sociétés régionales, si bien que nous sommes confrontés à un autre type d'impuissance, non pas celle que nous éprouverions face à un gouvernement trop puissant sur lequel nous n'aurions pas de prise, mais celle de petites sociétés qui vivent à l'ombre d'une grande puissance. »⁵²

Il importe au plus haut point que le gouvernement fédéral et les provinces fassent des efforts pour concilier leurs régimes respectifs de réglementation financière. Il ne s'agit pas ici de centraliser la réglementation, de modifier les rapports entre les établissements financiers et leurs clients, mais bien d'harmoniser les règles du jeu. Nous croyons que ces réformes sont utiles parce qu'elles mettront en place un système mieux en mesure de financer la croissance de l'économie canadienne, de favoriser l'émergence d'entreprise financière de calibre international et de préserver la solidité et la solvabilité des institutions financières du Canada.

⁵¹ Renvoi relatif à la sécession du Québec [1998] 2 R.C.S. 217, à la p. 222. Raynold LANGLOIS, « L'avènement de la charte canadienne : vers une brimade des droits collectifs et la désolidarisation sociales? » dans Institut canadien d'études juridiques supérieures. *Droit de la personne : solidarité et bonne foi*. Acte des journées strasbourgeoises 2000, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 84.

⁵² Charles Margrave Taylor, (5 novembre 1931, Montréal), est un philosophe québécois, professeur émérite de science politique et de philosophie à l'Université McGill (Montréal) où il a enseigné de 1961 à 1997. Sa réflexion se situe au carrefour de nombreux courants de pensée et disciplines : la philosophie analytique, la phénoménologie, l'herméneutique, la philosophie morale, l'anthropologie, la sociologie, la politique et l'histoire. Cette variété de thèmes est abordée selon une constante continuité d'inspiration et de style. Ses écrits sont traduits aujourd'hui en plus de 20 langues. Charles M. TAYLOR, *Grandeur et misère de la modernité*, trad. par C. Melançon, Montréal, Bellarmin, 1991, p. 148.

B - Bases juridiques et sanctions

Ancienne colonie britannique, mais État souverain depuis 1931, le Canada est une fédération à prédominance anglo-saxonne. Il était donc normal que le secret bancaire découle dans son principe d'une « réception » de la « common law » britannique.

Il n'existe aucune législation fédérale qui précise l'étendue de la relation banque/client, même si le Parlement, comme nous l'avons vu précédemment, en a le pouvoir selon la Constitution. Il faut donc retourner vers la common law ou le Code civil pour voir l'étendue du devoir de la banque sur la question du secret bancaire. C'est précisément la solution qui fut retenue par la Haute Cour de justice de l'Ontario dès 1939.

L'arrêt clé est *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*⁵³. Selon cette interprétation jurisprudentielle, le secret bancaire trouve son fondement juridique dans le contrat qui est conclu entre la banque et le client.

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. »*⁵⁴

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 en façonnent l'application et en précisent les dérogations font l'objet de distinctions.

⁵³ *Supra*, note 44.

En 1871, le Parlement canadien adopte une loi intitulée *An Act relating to Banks and Banking* qui prévoit dans son article 37 que les livres, la correspondance et les fonds reçus en dépôt peuvent être sujets à l'inspection uniquement par les administrateurs de la banque. Cet article reprend un principe énoncé dès 1829 dans l'arrêt *Bank of Upper Canada v. Baldwin*, (1829) Draper 55 (C.A.). Celui-ci refusait à un actionnaire qui n'était pas administrateur le droit d'inspecter les livres de comptes de la banque. Quelques années plus tard, l'article est modifié pour remplacer le mot *shareholder* par *no person*. Puis, en 1913, il est abrogé. Ces diverses modifications ont jeté le doute sur la survie de l'obligation de confidentialité implicitement contenue dans cette disposition. C'est donc dans ce contexte qu'intervient l'arrêt de la Cour d'appel de l'Angleterre *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, précité, note 44. Bradley CRAWFORD, *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange*, vol. 1, 8^e éd., Toronto, Canada Law Book, 1986, p. 803.

⁵⁴ Dennis CAMPBELL, *International Bank Secrecy*, London, Sweet and Maxwell, 1992, p. 119; Édouard CHAMBOST, *Guide mondial des secrets bancaires*, Paris, Éditions du Seuil, 1980, p. 101 et s; D. RACINE, « L'État et le secret bancaire au Canada », *supra*, note 21, p. 1237.

Rappelons les faits

Dans cette affaire, le banquier avait divulgué à l'employeur de Tournier que le compte de banque de ce dernier était à découvert, que contrairement à ses promesses, Tournier n'avait pas déposé les fonds nécessaires pour combler le découvert et qu'il soupçonnait que Tournier faisait des paris puisque certains chèques, tirés sur le compte de Tournier, l'étaient à l'ordre de « bookies ». À la suite de la divulgation de ces renseignements, le contrat d'emploi de Tournier ne fut pas renouvelé. Tournier poursuivit donc la banque en dommages-intérêts et la Cour d'appel d'Angleterre lui donna raison. La Cour a décidé, entre autres, que la banque n'avait pas respecté son devoir de maintenir la confidentialité des renseignements concernant les opérations du compte de son client. Selon la Cour d'appel, ce devoir existe en vertu du contrat entre le banquier et son client et s'étend non seulement aux comptes bancaires, mais aux garanties données, ainsi qu'à tout renseignement touchant les affaires du client obtenu par le banquier. Il subsiste même après la fermeture du compte.

Tournier poursuit donc la banque en dommages. En première instance, le juge rejette l'action. En appel, un nouveau procès est ordonné au motif que le juge de première instance a mal instruit les jurés quant au « devoir de confidentialité du banquier »⁵⁵. Ainsi, le juge Scrutton écrit :

*« I have no doubt that it is an implied term of banker's contract with his customer that the banker shall not disclose the account, or transactions relating thereto, of his customer except in certain circumstances. This duty equally applies in certain other confidential relations, such as counsel or solicitor and client, or doctor and patient. »*⁵⁶

1.1- Étendue de l'obligation de la banque

Les auteurs, ainsi que les tribunaux, sont partagés sur cette question. Un courant majoritaire affirme que le devoir de confidentialité 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

⁵⁵ N. L' HEUREUX, *Le droit bancaire, supra*, note 34, p. 353 et s.

⁵⁶ D. RACINE, « L'État et le secret bancaire au Canada », *supra*, note 21, p. 1237 et s.

renseignements⁵⁷ 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, quelle qu'en soit la cause, ne libère pas la banque du secret.

Dans l'arrêt *Tournier*, les juges étaient divisés sur cette question. Pour le juge Scrutton, ce devoir ne porte que sur l'information reçue par le banquier « *from its dealing with his customer* » excluant donc les renseignements obtenus d'une tierce personne⁵⁸. Les juges Bankes et Atkins, pour leur part, avaient une vision plus large de l'étendue de ce devoir et ont précisé que celui-ci incluait toute information acquise à titre de banquier ou obtenue en dehors des relations de la banque avec ses clients, « *in his character of banker* » ou dans le cadre des « *banking relations of the bank and its customers* »⁵⁹ donnant l'exemple d'un policier qui interrogerait la banque en rapport avec une charge de fraude contre le client.

D'une façon générale, le juge Bankes définit les exceptions à la règle annoncées par son collègue Scrutton en distinguant quatre cas classiques dans lesquels le banquier est « relevé » du secret bancaire :

- 1) lorsque la divulgation est exigée par une disposition légale;
- 2) l'intérêt public;
- 3) l'intérêt de la banque;
- 4) le consentement du client⁶⁰

Voilà donc énoncées avec beaucoup de clarté, par la Cour d'appel anglaise, la nature de l'obligation du banquier, son étendue et ses limites. Cet arrêt constitue la base juridique du secret bancaire dans la plupart des pays du Commonwealth⁶¹.

Cette origine est d'ailleurs confirmée par The Canadian Banker's Association qui déclare: « *Les relations entre banquier et client sont, au Canada, soumises à la common law.* »⁶²

⁵⁷ Nicole L' HEUREUX, *Le droit bancaire*, Sherbrooke, R.D.U.S., p. 83 et s; B. CRAWFORD, *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange*, supra, note 53, p. 802 et s; Margaret H. OGILVIE, *Canadian Banking law*, Toronto, Carswell, 1991, p. 617 et s; Jacques PIOT, « Les renseignements bancaires et le secret professionnel », (1977) 21 *Rev. de juris. Commerciale* 349-352.

⁵⁸ *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, précité, note 44, p. 481.

⁵⁹ *Id.*, p. 485.

⁶⁰ Le juge qui, dans l'arrêt de la Cour, a établi cette classification, portait le nom en quelque sorte prédestiné de Bankes.

⁶¹ B. CRAWFORD., *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange*, supra, note 53, p. 802.

⁶² THE CANADIAN BANKER'S ASSOCIATION, Toronto, Dominion Center, lettre du 1^{er} novembre 1977.

Elle ajoute : « *Qu'il est établi depuis longtemps qu'une banque est soumise à l'obligation légale de conserver secrètes les affaires de ses clients.* »⁶³

Les tribunaux canadiens ont appliqué les principes de l'arrêt *Tournier* à compter de 1939, dans l'affaire *Kaufman c. McMillen*⁶⁴. Puis, il en est de même, en 1964, dans *Haughton c. Haughton*⁶⁵, relativement à une objection concernant l'obligation du banquier de témoigner, et dans *Guertin c. Royal Bank of Canada* en 1983⁶⁶.

Aux États-Unis, la portée de cet arrêt anglais est demeurée limitée. En effet, l'étendue du secret bancaire en droit contractuel américain se limite en principe aux informations dont le banquier peut raisonnablement penser que le client souhaite maintenir confidentielles; les tribunaux admettent qu'il existe une présomption de confidentialité⁶⁷. Parallèlement, certains États américains ont déduit de leur constitution que le client dispose d'un droit fondamental à la confidentialité⁶⁸. En revanche, la Cour suprême des États-Unis a expressément jugé qu'en matière bancaire, le Quatrième amendement de la Constitution ne conférerait au citoyen aucun droit au respect de sa sphère privée à l'encontre de l'État⁶⁹.

L'ordre juridique des États-Unis ne disposant d'aucune disposition fondant réellement le secret bancaire, les tribunaux ont eu plutôt tendance à en minimiser la portée. Ainsi, la jurisprudence a évolué en admettant progressivement qu'un banquier puisse lever le secret afin de protéger l'intérêt prépondérant de la banque, voire même du public en général. Les tribunaux ont ensuite admis que le devoir de confidentialité en faveur d'un client débiteur devait être plus limité qu'en faveur d'un client disposant d'un patrimoine dont la gestion a été confiée à une banque.

⁶³ James Milnes HOLDEN, *The Law and Practice of Banking*, t. 1, London, Pitman and Sons, 1993, p. 63 et 64; *Canada Deposit Insurance Corps. v. Canadian Commercial Bank*, [1990] 68 D.L.R. (4th) 754 (Alta. Q.B.)

⁶⁴ *Kaufman c. Mcmillen*, [1939] 3 D.L.R. 446 (O.S.C.). « *But the privilege that attaches to the papers in possession of the banks seems to have its origin, not in any express provision of the Bank Act, but in implied contract; Tournier v. Nat'l Provincial & Union Bank of England, (1924) 1 K.B. 461; so that it, like the client's right to insist upon non-disclosure by his solicitor, appears to me, as at the present advised, to be a civil right in the Province, concerning which the Legislature has authority to make laws, and I do not think that, at this stage, and solely upon the ground that the Legislature has no authority to abolish these two privileges, there ought to be an injunction against compelling the banks or the solicitor to make disclosure.* »

⁶⁵ *Haughton c. Haughton*, [1965] I O.R. 481 (O.S.C.).

⁶⁶ *Guertin c. Royal Bank of Canada*, [1983] 43 O.R. (2d) 363 (H.C.J.), confirmé en appel, [1984] 47 O.R. (2d) 799.

⁶⁷ *Peterson v. Idaho First National Bank* 83 Idaho 578,367 P. 2d 284 (S. Ct. Id. 1961); *Milohnich v. First National Bank of Miami Springs* 224 So. 2d 759 (Fla. D.C. App. 1969).

⁶⁸ Pour la Californie, voir *Burrows v. Superior Court* 529 P 2d 590 (Cal. 1974); *Valley Bank v. Superior Court* 542 P 2d 977 (Cal 1975).

⁶⁹ Le Quatrième amendement de la Constitution ne constitue pas un fondement du secret bancaire; le client doit assumer le risque qu'un établissement bancaire divulgue ces données aux organes de l'État : *United States v. Miller* 425 US 435 (1976). David BLACHE, *Le droit bancaire des États-Unis : Le modèle pour l'Europe bancaire*, Paris, Édition Revue Banque, 2006, 376 p.

En définitive, on constate qu'aux États-Unis, le secret bancaire ne trouve aucun réel appui dans la législation et la jurisprudence. Cette lacune, si on peut s'exprimer ainsi, se retrouve dans tous les États à différents degrés⁷⁰, même dans les États où les tribunaux ont reconnu la « *common law duty of financial confidentiality* ». Au contraire, les autorités étatiques et, plus particulièrement, fiscales disposent d'un accès étendu aux données bancaires. Par ailleurs, dans les relations commerciales, le secret bancaire n'est pas opposable aux partenaires commerciaux du client.

Le principal domaine législatif exploité par les États-Unis au niveau du secret bancaire est sans doute la divulgation d'information aux autorités gouvernementales. Le Congrès américain a introduit, également en 1970, *The Bank Secrecy Act*⁷¹. 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. Cette loi est plutôt une réaction à des mouvements de capitaux assez considérables détectés dès les années 60, 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.

1.2- Cadre législatif

Au niveau de la législation applicable, aucune disposition de la *Loi sur les banques*⁷² n'impose aux banques un devoir de confidentialité. De plus, l'article 9 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*⁷³, qui concerne le secret professionnel, ne vise ni les banques, ni les banquiers. Il en va de même pour la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁷⁴.

⁷⁰ En Alabama, il est généralement illégal de dévoiler la liste des débiteurs ou des dépositaires de la banque. *Alabama Code*, Titre 5, article 17. La Californie exige que le client soit avisé avant toute enquête menée par un agent gouvernemental, dans ses relations avec sa banque. *Government Code of California*, article 7460. 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*. *Michigan Code Ann*, Section 225, article 11.

⁷¹ *The Bank Secrecy Act*, Pub.L. N° 91-508, Stat. 1114, 1118 (1970). D. BLACHE, *Le droit bancaire des États-Unis : Le modèle pour l'Europe bancaire*, supra, note 69.

⁷² S.C. 1980-81-82-83, c. 40, Partie I.

⁷³ *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁷⁴ S.C. 1980-81-82-83, c.111; L.R.C. 1985, c. P-21 (modifiant l'annexe II : *Loi sur la protection des renseignements personnels* et c.A-1 modifiant l'annexe I).

Cependant, certains articles de la *Loi sur la preuve au Canada*⁷⁵ ont fait couler beaucoup d'encre. En premier lieu, l'art. 29 (1) et (2) permet, dans certains cas, de présenter en preuve des documents bancaires. Il se lit comme suit :

29 (1) Sous réserve du présent article, une copie de toute inscription dans un livre ou registre tenu dans une institution financière est admise dans toutes procédures judiciaires comme preuve prima facie de cette inscription, ainsi que des affaires, opérations et comptes y inscrits.

(2) Lorsqu'une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires ne contient pas de renseignements sur une chose dont on peut raisonnablement s'attendre à trouver la survenance ou l'existence consignées dans cette pièce, le tribunal peut, sur production de la pièce, admettre celle-ci aux fins d'établir ce défaut de renseignements et peut en conclure qu'une telle chose ne s'est pas produite ou n'a pas existé.

Nous pouvons constater que le cadre législatif entourant le secret bancaire est restreint. À cet égard, plusieurs lois contiennent de telles dispositions. Cependant, peu d'entre elles mettent en conflit potentiel le secret bancaire et l'objet de la législation en cause. Toutefois, même s'il n'est pas déraisonnable de croire que cela pourrait se produire dans certains cas, il existe quelques lois dont la portée ou l'objet viennent heurter de plein fouet le devoir de confidentialité du banquier. Aussi avons-nous concentré notre attention sur les articles suivants :

a) la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada), article 231(3)⁷⁶, qui a été remplacé en 1986 par l'article 231.2 (1)⁷⁷;

⁷⁵ S.R.C. 1970, c.E-10, art. 29(1), (2), (5), (7) et (30).

⁷⁶ *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63, art. 231 (3) :

231. (3) Pour toute fin relative à l'application ou à l'exécution de la présente loi, le Ministre peut, par lettre recommandée ou par demande signifiée à personne, exiger de toute personne :

a) tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire, ou

b) la production ou la production sous serment de livres, lettres, comptes, factures, états (financiers ou autres) ou autres documents, dans le délai raisonnable qui peut y être fixé.

⁷⁷ *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1986, c. 6, art. 121 :

231.2 (1) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application et l'exécution de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis,

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire,

b) qu'elle produise des documents

- b) la *Loi sur le ministère du Revenu* (Québec), art 39⁷⁸;
- c) la *Loi sur la sécurité du revenu* (Québec), article 70⁷⁹;
- d) la *Loi sur les liquidations des compagnies* (Canada), article 118⁸⁰.

Ces articles, qui visent notamment les banques, considérant l'objet général ou particulier de ces lois, semblent faire bien peu de cas du secret bancaire. À titre d'exemple, la *Loi de l'impôt sur le revenu* établit une procédure particulière lorsque des documents saisis tombent sous le secret professionnel de l'avocat ou du notaire⁸¹. Rien de tout cela en matière de secret bancaire, à l'exception de l'article 29 (3) de la *Loi sur la preuve au Canada*⁸², ce qui illustre bien que tel secret est loin d'atteindre au Canada le degré de considération que certains pays européens lui accordent, en particulier la France et la Suisse, qui ont étendu la notion de secret professionnel au banquier. Pour l'étude de ces articles, établissons d'abord quelques distinctions. En premier lieu, parmi ceux-ci, quelques-uns visent des enquêtes faites dans un cadre judiciaire ou quasi judiciaire. Ainsi, la *Loi sur la liquidation des compagnies* dispose que l'ordonnance de produire des documents émane d'un tribunal, ce qui, comme processus, se rapproche de la permission du tribunal de l'article 29 (3) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Par contre, cette dernière loi incite le tribunal à la prudence en lui indiquant qu'il ne peut rendre l'ordonnance que pour un motif spécial, ce que nous ne retrouvons pas dans la *Loi sur la liquidation des compagnies*.

⁷⁸ *Loi sur le ministère du revenu*, L.R.Q., c. M-31, art. 39 :

39. Le ministre peut, par une demande péremptoire qu'il transmet par poste recommandée ou certifiée ou par signification à personne, exiger d'une personne dans le délai raisonnable qu'il fixe la production par poste recommandée ou certifiée ou par signification à personne :

a) de renseignements ou de renseignements supplémentaires, y compris une déclaration ou un rapport ou une déclaration ou un rapport supplémentaire exigibles en vertu d'une loi fiscale, ou

b) de livres, lettres, comptes, factures, états financiers ou autres documents. La personne à qui cette demande est fait doit, dans le délai fixé, se conformer à ladite demande, qu'elle ait ou non déjà produit une telle déclaration ou un tel rapport, ou une réponse à une demande semblable faite en vertu d'une loi fiscale ou de règlements adoptés en vertu d'une telle loi.

⁷⁹ *Loi sur la sécurité du revenu*, L.Q. 1988, c. 51, art. 70 : « 70. La personne autorisée généralement ou spécialement par le ministre à agir comme vérificateur peut pour l'application de la présente loi exiger tout renseignement ou tout document, examiner ces documents et en tirer copie. »

⁸⁰ *Loi sur la liquidation des compagnies*, L.R.C. (1985), c. W-11, art. 118 : « 118. Après avoir rendu une ordonnance de mise en liquidation à l'égard d'une compagnie, le tribunal peut citer, soit devant lui, soit devant une personne qu'il désigne, tout dirigeant de la compagnie, ou individu que l'on sait ou que l'on suppose en possession de biens ou effets de la compagnie, ou qui est réputé être débiteur de la compagnie, ou tout individu que le tribunal croit capable de fournir des renseignements sur le commerce, les affaires, les biens ou les effets de la compagnie. »

⁸¹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 76, art. 231.

⁸² *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, note 75, art. 29 (3).

« 29 (3) Lorsqu'une personne a tiré un chèque sur une institution financière ou une succursale d'une institution financière, un affidavit du gérant ou comptable de cette institution financière ou succursale, reçu par un commissaire ou une autre personne autorisée à recevoir les affidavits, énonçant qu'il en est le gérant ou le comptable, qu'il a consulté et examiné attentivement les livres et registres en vue de constater si cette personne avait ou non un compte à l'institution financière ou à la succursale et qu'il a été incapable de découvrir un pareil compte, établit, en l'absence de preuve contraire, que cette personne n'avait aucun compte à cette institution financière ou succursale. »

Cette directive a été jugée nécessaire pour minimiser l'assignation du personnel des institutions financières lorsque l'assignation ne vise que le dépôt des documents prévus à l'article 29 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Elle sert aussi à diminuer l'assignation des victimes lorsque celles-ci ne sont appelées que pour démontrer le fait qu'elles ont été victimes d'un crime en lien avec le droit de propriété et pour démontrer la valeur du (des) bien (s) en question.

Ainsi, comme nous l'avons conclu précédemment, si le cadre de la pratique bancaire est défini dans la *Loi sur les banques*⁸³, le contrat bancaire est en principe régi par le droit civil du Québec ou la common law dans les autres provinces. Malgré tout, comme nous le verrons, les principes du droit civil en matière d'obligation de confidentialité du banquier ne diffèrent pas de ceux de la common law.

La jurisprudence et la doctrine canadienne reconnaissent l'obligation de confidentialité à l'égard des renseignements personnels et financiers que les banques possèdent sur le compte de leurs clients⁸⁴. Cette obligation de confidentialité est reconnue par les lois. Ainsi, les articles 238 (1), 239 (5), 244 (d), 531 et 533 de la *Loi sur les banques*⁸⁵ prévoient des mesures pour assurer l'obligation de confidentialité des banques. Les articles 493, 496 et 497 de la *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit* définissent les pouvoirs de l'inspecteur général des institutions financières à l'égard des caisses, tandis que l'article 498 impose un devoir strict de confidentialité à l'inspecteur ou aux membres de son personnel. De même, l'article 20 (1) de la *Loi sur l'accès à l'information*⁸⁶ protège les renseignements financiers et commerciaux d'une banque qui sont transmis à un organisme fédéral par un tiers. Plus précisément, il fait référence à l'obligation et à la pratique de confidentialité, ce qui est susceptible de couvrir les éléments inclus dans le secret bancaire. Cependant, le commentaire de Jean-Pierre Beaupré nous semble tout à fait pertinent :

« La banque devrait donc vérifier les documents qu'elle transmet au gouvernement et déterminer les renseignements qui doivent être traités comme étant confidentiels de façon constante. La banque doit bien distinguer entre les renseignements qu'elle est obligée de divulguer et ceux qu'elle fournit sur une base volontaire. Car il est possible que la banque soit portée à donner trop de renseignements, ce qui pourrait lui être reproché dans la mesure où elle dévoile de l'information sur des clients qu'elle n'a pas l'obligation de transmettre. »⁸⁷

⁸³ Les tribunaux se sont en effet abstenus de donner une définition claire à l'activité bancaire, de sorte que la définition de cette dernière doit naître d'un processus dynamique. Le principe de « l'interprétation progressive », mis de l'avant dans la cause relative à l'*Alberta Bill of Rights* en 1947, reconnaissait que le sens de l'expression « activité bancaire » n'englobait pas seulement les genres de transactions qu'effectuaient les banques en 1867 mais qu'il s'élargissait à mesure que l'activité bancaire elle-même prenait de l'expansion. *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bill of Rights Reference)*, [1947] A.C. 503.

⁸⁴ N. L' HEUREUX, *Le droit bancaire*, supra, note 34, p. 355; J. PIOT, « Les renseignements bancaires et le secret professionnel », supra, note 57; Fayyad ALQUDAH, « Bank Duty of Confidentiality in the Wake of Computerized Banking », (1995) 2 *J.I.B.L.* 50; Simon CRAWFORD, « Keeping it to Themselves : Bank Privacy Toward 2000 », (1997-98) 29 *Ottawa L.R.* 425.

⁸⁵ L.C. 1991, c. 46. Les articles 238 (1) et 239 (5) empêchent la consultation par les actionnaires et détenteurs de débentures des procès-verbaux du conseil d'administration de la banque et de ses comités de même que des livres de comptabilité. L'article 244 stipule que la banque doit prendre à l'égard de ses registres des mesures suffisantes pour faire en sorte qu'aucune personne non autorisée n'ait accès aux renseignements qui y sont contenus ou ne les utilise. L'article 533 prévoit les pouvoirs du surintendant des institutions financières en matière d'inspection des livres de la banque. L'article 531 lui impose une obligation de confidentialité à l'égard de documents ou de l'information qu'il a pu consulter ou obtenir.

⁸⁶ L.R.C. 1985, c. A-1.

⁸⁷ Jean-Pierre BEAUPRÉ, *Le contrat de compte bancaire*, Montréal, Éditions Thémis, 1987, p. 211.

À ces interventions législatives fédérales et provinciales s'ajoutent les codes de déontologie que les établissements financiers se sont imposés⁸⁸ afin de préserver la confidentialité de l'information qu'elles possèdent.

La *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, adoptée en 1988 par le Québec, est plus explicite. Ainsi, les articles 274 et 278 reprennent essentiellement la typologie des articles 155 et 156 de la *Loi sur les banques* de 1980, l'article 196 interdit aux administrateurs et aux directeurs d'une caisse populaire de communiquer un renseignement concernant la caisse ou ses membres à moins d'y être autorisé par les règles du comité de déontologie, du conseil de surveillance ou les règlements adoptés par le gouvernement⁸⁹. Ce code de déontologie puise sa source légale dans la loi.

Aussi, en 1990, l'Association des banquiers canadiens (ABC) a adopté un nouveau code qui se rapproche du code modèle de l'Association canadienne des normes, sur la protection de la vie privée des clients du secteur privé, après avoir consulté les gouvernements fédéral et provinciaux, ainsi que l'Association des consommateurs du Canada⁹⁰. L'article 6 de ce document précise l'intention des banques de préserver la confidentialité des relations avec leurs clients. Toutefois, ce devoir est limité par les quatre exceptions déterminées par l'arrêt *Tournier*⁹¹. Ce code s'inspirait essentiellement des principes formulés dans les lignes directrices de l'OCDE⁹². Il énonçait des principes relatifs à la collecte de renseignements personnels, à la qualité de ces renseignements, à leurs objectifs, aux limites applicables à leur utilisation, aux mesures de protection, à la participation des intéressés, à la responsabilité des banques et à la transparence du processus.

La version de 1990 du Code de l'ABC a fait l'objet de certaines critiques de la part de l'Association des consommateurs du Canada⁹³ et du Commissaire à la protection de la vie

⁸⁸ Le comité de déontologie de la Fédération des caisses populaires et le Mouvement Desjardins ont adopté un code d'éthique et de déontologie qui traite de la protection des renseignements à caractère confidentiel colligés sur leurs membres. Selon ce code, aucune communication de renseignements à l'extérieur de la caisse ne se fait sans le consentement de la personne concernée, à moins que ceux-ci ne soient de notoriété publique, qu'ils ne soient requis en vertu d'une loi ou d'une ordonnance du tribunal ou que leur divulgation ne soit l'objet d'une obligation ou d'un accord inclus dans une entente ou un contrat signé avec un membre (art.9). Les employés sont tenus de signer un engagement formel de confidentialité (art. 13.1). MOUVEMENT DES JARDINS, *Code d'éthique et de déontologie du Mouvement Desjardins*, 1^{er} mai 2004, disponible à : <http://www.desjardins.com/fr/a_propos/profil/difference/codethi2.pdf>, consulté le 10 octobre 2008.

⁸⁹ *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, précitée, note 6, art. 196. « Un dirigeant ne peut communiquer un renseignement concernant la caisse ou ses membres que dans la mesure déterminée par les règles adoptées par le comité de déontologie ou par le conseil de surveillance, selon le cas, et par les règlements du gouvernement. »

⁹⁰ Pour de plus amples renseignements au sujet de la version de 1990 du code de l'Association des banquiers canadiens, voir Edward K. ROWAN-LEGG, « Confidential Information » dans *I've Got A Secret : The Duty of Confidentiality in the Price Sector*, Toronto, Association du Barreau canadien - Ontario, mars 1994.

⁹¹ *Ibid.*,

⁹² *Supra*, note 12.

⁹³ Colin J. BENNETT, *Implementing Privacy Codes of Practice*, Ontario, ACNOR, 1995, p. 26.

privée. Ce dernier a d'ailleurs souligné que le Code limitait indûment l'accès aux renseignements et ne définissait pas assez précisément les circonstances dans lesquelles les institutions étaient habilitées à dévoiler des renseignements personnels. En 1994, le commissaire Phillips a entre autres écrit ce qui suit à ce sujet :

« Le Code de l'Association des banquiers canadiens, de même que ceux des banques individuelles, ne traite pas des renseignements subjectifs concernant leurs clients et ne prévoit aucune mesure de protection des employés des banques. Il autorise la divulgation à grande échelle de renseignements personnels dans le but de servir les intérêts commerciaux de l'établissement (comme peut en témoigner toute personne qui s'est déjà donnée la peine de lire le texte en caractères fins au verso des demandes d'adhésion aux cartes bancaires). En outre, les codes ne prévoient pas non plus de mesures pour empêcher les banques de transmettre des renseignements personnels au sujet de leurs clients à des compagnies d'assurance et à des sociétés de courtage dont elles pourraient, aujourd'hui, fort bien être propriétaires suite aux récentes modifications apportées aux lois régissant le secteur financier. »⁹⁴

En 1996, l' Association des banquiers canadiens a émis une nouvelle version de son code intitulée *Confidentialité; modèle de code – Pour protéger les renseignements personnels des clients des banques* et reflétant essentiellement les articles du code type de l'ACNOR⁹⁵. Le nouveau code de l'ABC est plus détaillé, met davantage l'accent sur la nécessité d'obtenir le consentement du client, aborde la question du marketing ciblé auquel se livrent les banques et se penche sur la nécessité d'étoffer les droits des clients en matière d'accès aux renseignements personnels. Ce nouveau code est tombé en désuétude lors de l'entrée en vigueur en 2001 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁹⁶. Cette loi vise, entre autres, la protection de la vie privée des clients lors de la constitution d'un dossier de crédit. Outre l'assujettissement des banques à cette loi, les banques possèdent depuis 2001 – ou avant, dans certains cas – leurs propres règles en matière de confidentialité⁹⁷.

⁹⁴ Canada, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Rapport annuel du Commissaire à la protection de la vie privée 1993-1994*, Ottawa, Canada Groupe des communications, 1994, p. 6. Voir aussi Canada, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Rapport annuel du Commissaire à la protection de la vie privée 1990-1991*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1991, p.16.

⁹⁵ Le cabinet d'experts-comptables Price Waterhouse a produit un rapport affirmant que le nouveau code de l'ABC est conforme au code type de l'Association canadienne de normalisation (ACNOR). Le court rapport de ce cabinet est repris dans la version de novembre 1996 du code de l'Association des banquiers canadiens.

⁹⁶ L.C. 2000, c. 5.

⁹⁷ Le site de l'ABC offre un lien vers les codes de la plupart des banques : ABC, « Les banques et confidentialité », 2004, disponible à : <<http://www.cba.ca/fr>>, consulté le 10 octobre 2008.

Les banques ont entrepris une version de leurs codes et de leurs politiques pour les harmoniser avec la nouvelle version du code de l'ABC. Certaines banques offrent à leurs clients, sur demande, un exemple de leur code type ou de leurs politiques en matière de protection des renseignements personnels. Ainsi, les clients de la Banque Canadienne Impériale de Commerce peuvent se procurer : *La CIBC s'engage à protéger vos renseignements personnels*; la Banque Toronto-Dominion, *Respect de la confidentialité – Code de protection de la vie privée TD*; la Banque Royale, *L'essentiel sur la protection de la vie privée des clients*, etc.

Mais, dans ces cas, les codes des banques ne sont pas sanctionnables devant les tribunaux. Malgré cela, dans le contexte de l'adoption de la nouvelle loi sur les banques et de la réglementation en 1991-1992, le gouvernement fédéral n'a jugé bon de n'intervenir que par le *Règlement sur le commerce de l'assurance* qui interdit à la banque ou à l'une de ses filiales de fournir directement ou indirectement à une société d'assurance ou à un agent ou un courtier d'assurances des renseignements concernant tout client de la banque, l'un de ses employés, de ses membres ou de ses associés se trouvant au Canada⁹⁸.

Toutefois, le secret bancaire ne bénéficie pas de la protection qu'accorde la *Charte des droits et libertés de la personne* au secret professionnel, puisqu'aucune loi ne le précise expressément⁹⁹. Dans ce sens, le secret bancaire n'est pas sanctionné pénalement¹⁰⁰.

⁹⁸ *Règlement sur le commerce de l'assurance (Banques)*, précité, note 20 :

8. (1) Il est interdit à la banque :

a) de fournir, directement ou indirectement, à une société d'assurances ou à un agent ou à un courtier d'assurances des renseignements concernant :

(i) tout client de la banque se trouvant au Canada,
(ii) tout employé au Canada d'un client de la banque,
(iii) tout membre au Canada d'un client de la banque qui est une entité comptant des membres,
(iv) tout associé au Canada d'un client de la banque qui est une société de personnes;

b) d'autoriser ses filiales à fournir, directement ou indirectement, à une société d'assurances ou à un agent ou un courtier d'assurances les renseignements qu'elles reçoivent de la banque au sujet de :

(i) tout client de la banque se trouvant au Canada,
(ii) tout employé au Canada d'un client de la banque,
(iii) tout membre au Canada d'un client de la banque qui est une entité comptant des membres,
(iv) tout associé au Canada d'un client de la banque qui est une société de personnes;

c) d'autoriser ses filiales qui sont des sociétés de fiducie ou de prêt constituées en personnes morales sous le régime d'une loi provinciale à fournir, directement ou indirectement, à une société d'assurances ou à un agent ou un courtier d'assurances des renseignements, concernant :

(i) tout client de la filiale se trouvant au Canada,
(ii) tout employé au Canada d'un client de la filiale,
(iii) tout membre au Canada d'un client de la filiale qui est une entité comptant des membres,
(iv) tout associé au Canada d'un client de la filiale qui est une société de personnes.

⁹⁹ L.R.Q. c. C-12 [ci-après la Charte du Québec], art. 9. « Chacun a droit au respect du secret professionnel. Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur sont révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel. »

Tout comme la Belgique, le Canada fait donc 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 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 extracontractuelle à l'égard de toute personne qui ne lui est pas rattachée par un contrat¹⁰¹.

Par ailleurs, le droit anglo-canadien a tenté de renforcer le devoir de confidentialité en le rattachant à une obligation fiduciaire du banquier qu'il distingue du simple devoir de soin raisonnable de la common law en ce que cette obligation inclut un devoir additionnel de loyauté, de bonne foi, d'absence d'intérêt et de transparence.

L'exposé du problème

Pour l'essentiel, il est permis d'affirmer que le secret bancaire interdit à l'établissement bancaire et à ses préposés de révéler ce qu'ils ont connu, appris ou décelé sur leurs clients à l'occasion de leur activité professionnelle.

Ainsi, contrairement à ce que la terminologie laisse supposer, le secret bancaire ne protège pas la banque, mais uniquement sa clientèle. Les sources du secret bancaire en droit privé ne laissent planer aucun doute. Dans la relation contractuelle, le secret bancaire, comme nous

¹⁰⁰ Contrairement au secret professionnel du comptable agréé, du médecin ou de l'avocat dont les lois professionnelles permettent de réglementer la confidentialité des informations qu'ils détiennent sur leurs clients. Ces professionnels peuvent donc se prévaloir du secret professionnel pour refuser de témoigner en justice. Sous cet angle, le secret professionnel protège le détenteur du secret dans ses relations avec son client. É. FORTIN, L. LANGEVIN et N. L'HEUREUX, « Le secret bancaire et le contrôle de l'État sur les opérations de change et sur leurs effets délictuels », *supra*, note 3, p. 484 et s.

¹⁰¹ N. L'HEUREUX, *Droit bancaire*, *supra*, note 34, p. 357 et s; J. PIOT., « Les renseignements bancaires et le secret professionnel », *supra*, note 57; *Banque Provinciale c. Saumure*, [1966] C.S. 135; *Fenêtre St-Jean Inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1990] R.J.Q. 632 (C.A.)

l'avons vu précédemment, est un droit du client qui se traduit par une obligation de confidentialité à la charge du banquier. Cependant, dans l'exercice de son activité, le banquier est amené à recueillir des informations sur des personnes avec lesquelles il n'entretient pas de rapport contractuel. Prenons à titre d'exemple, le cas du gestionnaire de fortune qui, en exécution du mandat qui le lie à son client, opère un virement en faveur d'un tiers. Bien que ce dernier ne soit pas un client de la banque, selon la doctrine, il devrait être néanmoins protégé par le secret bancaire.

Pour ces raisons, la définition du « client d'une banque » est délicate à cerner. L'ambiguïté provient du fait qu'en droit contractuel, la qualité de « client » ne s'acquiert qu'après la conclusion d'un contrat. Or, le secret bancaire repose en priorité sur « la protection des droits de la personnalité »¹⁰², laquelle est indépendante de toute relation contractuelle. Il est dès lors laborieux de tracer la limite à partir de laquelle les liens qui unissent une banque à son « client » sont suffisamment étroits pour justifier l'obligation de préserver le secret bancaire¹⁰³. De manière à peu près unanime, la doctrine – dont il sera question plus loin – étend le cercle des personnes protégées au-delà des partenaires contractuels. En outre, quelques banques européennes, notamment les banques suisses ont adopté le même point de vue, en considérant que les informations qu'elles apprennent sur des tiers et qui résultent du dossier d'un client sont protégées par le secret bancaire. En revanche, la doctrine s'avère divisée quant au choix d'un critère de détermination.

1.3- Synthèse et développement

Dès la conclusion d'un contrat bancaire, le partenaire contractuel devient un client au sens étroit du terme; il bénéficie donc du secret bancaire. Ce point n'est du reste pas contesté par la doctrine, puisque l'obligation de discrétion découle du contrat.

¹⁰² Peter GAUCH, Pierre TERCIER et Walter R. SCHLUEP, *Partie générale du droit des obligations*, t. 2, Zurich, Éditions Schulthess, 1982, p. 69; Patrice DESLAURIERS, « Le devoir de renseignement des banques » dans Institut canadien d'études juridiques supérieures. *Droit de la personne : solidarité et bonne foi*. Acte des journées strasbourgeoises 2000, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 653-362.

¹⁰³ « L'obligation au secret n'existe pas à l'égard des autorités nationales ou étrangères chargées de la surveillance prudentielle du secteur financier si elles agissent dans le cadre de leurs compétences légales aux fins de cette surveillance et si les renseignements communiqués sont couverts par le secret professionnel de l'autorité de surveillance qui les reçoit. La transmission des renseignements nécessaires à une autorité étrangère en vue de la surveillance prudentielle doit se faire par l'intermédiaire de la maison mère ou de l'actionnaire ou associé compris dans cette même surveillance. » Jean POTVIN, « Le secret bancaire et la fiscalité », dans *Cahiers de droit fiscal international*, volume LXXVIb deuxième sujet, édité par l'Association fiscale internationale, 1991, p. 139-153.

Par ailleurs, il n'est pas non plus contesté qu'il n'est pas nécessaire de parvenir à la conclusion d'un contrat bancaire pour que le client bénéficie du secret bancaire. En effet, dès le moment où un rapport d'affaires lie la banque et son client, il existe une obligation de discrétion, en vertu des droits de la personnalité¹⁰⁴. En outre, en matière contractuelle, déjà au stade des relations précontractuelles, un rapport de confiance unit le banquier à son client; le principe de la bonne foi impose déjà un devoir de discrétion.

Dans une telle hypothèse, il n'y a évidemment pas de contrat entre le banquier et le client.

Des juristes de common law proposent :

*« However, we suggest that the equity of confidentiality should apply to a banker in relation to a prospective customer in instances where confidential information is given to the banker. Once this is accepted, it may be said that the equitable right of confidence is already hovering over the relationship of banker/customer when the contractual duty is born. »*¹⁰⁵

On sait combien ce concept de bonne foi s'est développé ces dernières années pour devenir hybride¹⁰⁶ et également devenu une norme objective de comportement. Comme l'exposent les auteurs Baudouin et Jobin : *« Cette bonne foi dite subjective a un sens beaucoup plus large, soit celui de la norme de comportement acceptable. »*¹⁰⁷

C'est donc au nom de cette bonne foi et de son corollaire, le devoir de collaboration, qu'une partie est obligée de divulguer à l'autre les informations pertinentes. La Cour suprême y voit un « certain rééquilibrage, au sein du droit civil » afin de pallier les inégalités informationnelles : *« en imposant une obligation positive de renseignement dans les cas où une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable. »*¹⁰⁸

Il n'est donc pas nécessaire que le contrat bancaire prévoie expressément une obligation de discrétion à la charge du banquier. Au contraire, le devoir de loyauté du banquier sera encore

¹⁰⁴ P. GAUCH, P. TERCIER et W.R. SCHLUEP, *Partie générale du droit des obligations*, supra, note 102. Le principe de bonne foi est une norme fondamentale qui s'ajoute aux règles qui gouvernent les rapports juridiques en les complétant. Le devoir de renseignement est un devoir accessoire, implicite à tout contrat, qui découle indirectement du principe de la bonne foi.

¹⁰⁵ *Dempsey II c. Canadian Pacific Hotels Ltd.*, J.E. 95-1813 (C.A.), p. 9 du jugement. John M. WALTER et Nathan ERLICH, « Customers : Powers of Banks to Maintain Secrecy and Confidentiality », (1989) 63 *Austl. L.J.* 404-407.

¹⁰⁶ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554. Voir aussi, *F & I Holding inc. c. 87313 Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 851 (C.A.).

¹⁰⁷ Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 111.

¹⁰⁸ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, supra, note 106, p. 587.

plus étendu lorsque « *les parties n'auront pas pris soin de fixer avec précision le contenu de leurs obligations, ce qui est généralement le cas en matière bancaire.* »¹⁰⁹

Ainsi, certains ont proposé d'envisager ce devoir d'information en fonction d'une analyse économique du droit. Cette analyse peut être intéressante puisqu'en évaluant quels auraient été les coûts respectifs pour chaque partie afin d'obtenir l'information, cela contribue à déterminer sur qui pouvait peser l'obligation d'information. En d'autres termes, celle des deux parties pour qui les coûts étaient moindres pourrait être présumée être la partie qui devait obtenir ou dévoiler l'information¹¹⁰.

En conclusion, il convient d'admettre, à l'image de la grande majorité de la doctrine française, suisse, luxembourgeoise et notamment québécoise, que même si aucune clause dans le contrat bancaire ne rappelle l'obligation de discrétion, le contrat constitue néanmoins une source à cette obligation¹¹¹, puisqu'il comportera toujours de façon implicite des obligations accessoires et, en premier lieu, celle de taire les secrets de ses clients, cette dernière pouvant constituer une suite du contrat ou encore se fonder sur la bonne foi. Un contrat incomplet ne dispense donc pas le banquier de préserver l'obligation de discrétion.

Même le droit romain reconnaissait l'existence d'une obligation implicite d'exécuter les contrats de bonne foi. Gaïus souligne que dans ces contrats, un des contractants s'oblige même envers l'autre, pour ce qu'exigent la bonne foi et l'équité -- *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et {ae}quo pr{ae}stare oportet* (Digeste, 44.7.2., {ss} 3)¹¹². Aucun doute quant à la réception de cette doctrine en droit civil québécois ne saurait subsister vu l'opinion du juge Beetz dans *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, où, citant Domat, il dit aux pp. 356 et 357 :

¹⁰⁹ Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exercice du contrat*, thèse de doctorat, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 133.

¹¹⁰ Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 86, 120 et s; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 166 et s.

¹¹¹ N.L'HEUREUX, *Le droit bancaire*, supra, note 34, p. 357.

¹¹² Robert-Joseph POTHIER, *Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre, avec les lois du Code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des Pandectes*, trad. par M. de Bréard-Neuville, t. 18, Paris, Dondey-Dupré, 1823, p. 269.

« Il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la matière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites. »¹¹³

Récemment, le juge Gonthier a appliqué ce même principe dans l'affaire *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, où il souligne, à la p. 436, l'existence « ... [d']un principe beaucoup plus général du droit civil qui vise à garantir l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats. »¹¹⁴

Aussi croyons-nous que tout contrat doit comporter, sur la base de l'article 1024 du Code civil et de l'ancien droit, une obligation implicite pour les parties de se conformer, dans l'exécution des prestations, aux exigences de la bonne foi. Et s'intéressant plus particulièrement aux contrats bancaires, le professeur Nicole L'Heureux ajoute : « En droit civil, on reconnaît que le contrat bancaire, comme tout autre contrat, doit être conclu et exécuté de bonne foi et que l'article 1024 C.c.[B.-C.] est inhérent au contrat bancaire. »¹¹⁵

Ainsi que l'énonce l'art. 1024 C.c.B.-C. :

1024. Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi¹¹⁶.

Cet article, où Gérard Trudel voyait « le principe premier de l'interprétation contractuelle »¹¹⁷, était jusqu'à récemment resté lettre morte ou presque. Les tribunaux l'invoquaient rarement. Il est maintenant devenu, au dire de Louise Poudrier-Lebel, une règle fondamentale d'interprétation des contrats¹¹⁸. Ici, le point de vue s'est déplacé.

Il convient également de prendre note des commentaires que l'Office de révision du Code civil fait à cet égard dans son *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, dont l'art. 8 est ainsi libellé :

¹¹³ [1981] 2 R.C.S. 339. Charles APPLETON, « Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits », (1924) 78 *R.I.E.* 142.

¹¹⁴ [1989] 2 R.C.S. 429.

¹¹⁵ N. L'HEUREUX, *Le droit bancaire*, supra, note 34, p. 83 et s.

¹¹⁶ En droit civil, l'article 1434 C.c.Q. (art. 1024 C.c.B.C.) permet de suppléer les clauses implicites, *Banque de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565, inf. [1976] C.A. 378, [1974] C.S. 374.

¹¹⁷ Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 339. Voir aussi Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1; Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », *Développements récents en droit des contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49.

Louise POUDRIER-LEBEL, « L'interprétation des contrats et la morale judiciaire », (1993) 27 *R.J.T.* 581.

8. Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses devoirs selon les exigences de la bonne foi.

Cet article est nouveau, mais il renoue avec une longue tradition¹¹⁹.

Le Code civil français contient, à l'article 1134 (correspondant à l'article 1022 C.c.[B.-C.]), une disposition semblable en matière contractuelle : « Elles (les conventions légalement formées) doivent être exécutées de bonne foi. »

Le rapport des codificateurs de 1866 ne s'explique pas sur les raisons qui les auraient incités à ne pas suivre le modèle français à cet égard.

La relation qui existe entre la notion d'équité et celle de bonne foi est difficile à cerner. Certains auteurs semblent ramener purement et simplement la notion d'équité à celle de bonne foi¹²⁰. D'autres voient dans l'équité un concept plus large dont découle l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi¹²¹ ou encore la transposition en pratique d'un concept théorique¹²². Afin d'évaluer la portée de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats, il n'apparaît cependant pas essentiel de s'attarder sur cette question. Ce qui importe, c'est de savoir que cette obligation est fondée sur l'article 1024 C.c.B.-C. et que cet article ne fait pas de distinction entre tel ou tel contrat : toute convention est donc soumise à l'article 1024 C.c.B.-C. Il s'ensuit que l'équité et partant, l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, se superpose toujours aux clauses expressément prévues par les parties¹²³.

Depuis l'introduction des nouvelles modalités de paiement, on constate la généralisation des ententes écrites qui portent sur certains aspects du contrat bancaire afin de définir avec plus de précision les droits des parties, en particulier pour tenter de libérer la banque de certaines de ses obligations. Au surplus, le commerce électronique offre la possibilité aux usagers – consommateurs et entreprises – d'utiliser de nombreux services bancaires par l'entremise du

¹¹⁹ Québec, Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978, p. 26.

¹²⁰ Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 3^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

¹²¹ Voir notamment Émile COLAS, « La notion d'équité dans l'interprétation des contrats », (1981) 83 *R. du N.* 391 à la p. 398.

¹²² Suivant G.A. ROSENBERG : « *The judge must interpret every contract, every obligation, and every legal relation or conflict which is brought before him in the light of equity. The needle which the judge uses to infect this equity into the interpretation of the law is the notion of good faith [...]. The juridical translation of this equity is the general notion of good faith.* »

George A. ROSENBERG, « The Notion of Good Faith in the Civil Law of Quebec », (1960) 7 *R.D. McGill* 2 à la p. 23.

¹²³ Comme le souligne TRUDEL : « Toute convention est soumise à l'art. 1024 C.c.B.-C. : l'équité, la loi, l'usage et la nature de l'engagement servent toujours de compléments. [...] La bonne foi est l'assise des conventions; cette fonction naturelle reçoit dans nos lois un caractère juridique dont les corollaires régissent la formation et l'exécution des contrats ». G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec, supra*, note 117, p. 338.

réseau Internet, tels l'ouverture de compte, le transfert de fonds ou l'obtention de crédit. Ce nouvel instrument soulève des incertitudes en ce qui concerne tant la validité des clauses explicites que l'application de stipulations non écrites.

Les clauses implicites suscitent donc des interrogations quant à leur valeur juridique en regard du contenu obligationnel du contrat bancaire¹²⁴.

De façon générale, par conséquent, il semble incontestable que tout contrat comporte, en droit civil québécois, une obligation implicite d'agir de bonne foi. Cette obligation découle de la longue tradition civiliste que l'on trouve formulée à l'art. 1024 C.c.B-C.; elle exige que les droits soient exercés dans un esprit de loyauté.

Comme on l'a vu, le *Code civil du Québec* instaure une philosophie nouvelle dans les rapports contractuels, philosophie qui correspond à l'évolution de la société québécoise au cours des cent vingt-cinq ans ayant suivi l'adoption du *Code civil du Bas-Canada*. Les principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats y sont réitérés, mais avec certaines nuances et certains tempéraments. On remarque que si le contrat demeure l'instrument de référence par excellence pour apprécier les droits et obligations des parties, il ne constitue toutefois qu'une manifestation de l'intention des parties, laquelle devra être déterminée en se rapportant à d'autres sources, tels le *Code civil du Québec* et ses dispositions imposant aux parties un devoir de bonne foi.

En réalité, la seule catégorie de structures juridiques qui soulève des difficultés est celle qui met en relation un tiers avec le « client » et sa banque. Dans la majorité des cas, ce tiers sera le bénéficiaire d'une transaction bancaire préalablement désigné par le client. Or, s'agissant de ces schémas contractuels, le débat nous paraît mal posé par la jurisprudence et la doctrine précitée. En effet, toutes deux se limitent à examiner si le secret bancaire s'applique ou non. En réalité, le secret bancaire s'applique aussitôt qu'une banque est en relation d'affaires avec une personne physique ou morale, puisqu'en vertu des droits de la personnalité, une banque

¹²⁴ « Un contractant ne peut pas dans un même contrat assumer une obligation et s'exonérer de l'inexécution totale de cette obligation. C'est logique que nul ne puisse se soustraire à toute responsabilité pour défaut d'exécuter l'obligation essentielle qui fait l'objet du contrat. C'est une règle de droit et non une règle d'interprétation » . Lazar SARNA, *Traité de la clause de non-responsabilité*, Toronto, De Boo, 1975, p. 163. Il en est de même en droit québécois, si la stipulation fait partie d'un contrat d'adhésion ou de consommation, art. 1437 C.c.Q; N. L'HEUREUX, *Le droit bancaire, supra*, note 34, p. 84.

doit respecter la sphère privée de toute personne, qu'un rapport contractuel existe ou non. En revanche, le problème se situe au niveau de la confidentialité partagée¹²⁵.

Toutefois, à l'égard des tiers étrangers à ces relations tripartites, la banque est tenue de protéger le secret bancaire du client et du tiers bénéficiaire. La jurisprudence française semble avoir implicitement adopté ce raisonnement dans d'autres domaines qu'en matière cambiaire. Ainsi, la Cour d'appel de Lyon a jugé qu'un client peut disposer de toutes les informations qui concernent directement l'exécution de son contrat, dans la mesure où le « tiers bénéficiaire » figure – à un autre titre – parmi les clients de la banque. À cette condition, le client peut notamment obtenir des extraits de comptes qui font apparaître les virements opérés en faveur du tiers bénéficiaire; inversement, le tiers peut exiger les titres de paiement sur lesquels il est mentionné en qualité de bénéficiaire¹²⁶.

En fait, d'un point de vue général, l'analyse ne saurait être différente si le donneur d'ordre et le bénéficiaire sont clients de banques distinctes. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire n'a pas de relation directe avec la banque du donneur d'ordre : seules les deux banques sont en relation contractuelle. En effet, trois contrats distincts sont juxtaposés : un premier contrat unit le donneur d'ordre et sa banque; un deuxième, les deux banques; un troisième lie le bénéficiaire et sa banque. L'existence d'un rapport d'affaires contraint néanmoins la banque à préserver le secret bancaire du client avec lequel elle n'est pas liée par un contrat. Les deux banques sont donc tenues de protéger à la fois le secret bancaire de leur client et du tiers bénéficiaire.

En définitive, il y a lieu d'admettre que toute personne qui entretient des relations contractuelles ou d'affaires avec une banque est protégée par le secret bancaire. Dans le cas où la relation contractuelle réunit plusieurs parties, en particulier un tiers bénéficiaire d'un virement (stipulation pour autrui, assignations, accreditifs, garanties bancaires, chèques, lettres de crédit...), le principe de la bonne foi empêche d'opposer le secret bancaire au sein de la relation. Par contre, les informations que le banquier obtient sur chacune des parties sont confidentielles à l'égard des personnes étrangères à cette relation.

¹²⁵ Le principe de non-ingérence du banquier dans les affaires du client est également protecteur des intérêts du banquier. « Il écarte la responsabilité de la banque à l'égard des tiers du chef d'opérations passées au compte de son client qui leur aurait causé préjudice... (et du fait d'agissements délictueux d'un tiers au préjudice de ce dernier) ». Francis J. CRÉDOT, « Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance », (1990) 17 *Banque et Droit* 19.

¹²⁶ C. appel. Lyon, 25 janvier 1966, *Banque Rhône-Alpes c. Reba*, *Semaine Juridique*, 1996, pan. 61 (n° 3).

En ce qui concerne l'échange d'information entre les banques sur leur clientèle, celle-ci est encore perçue comme une profonde atteinte au secret bancaire. À moins d'être légitimée par un état de nécessité ou par la mise en péril des intérêts de la banque elle-même, cette pratique viole de *lege lata* le secret bancaire. Or, ces deux faits justificatifs supposent qu'un dommage soit imminent, sinon déjà réalisé. Par conséquent, la loi ne permet pas, en l'état, l'échange de renseignements dans un but prudentiel, afin d'éviter qu'une banque n'accorde de « mauvais » crédit par manque d'information. Dans cette perspective, il serait souhaitable, dans l'intérêt de la clientèle et dans l'intérêt général, qu'une banque, dont le client est en cessation de paiement, puisse limiter les dommages auprès des autres banques par des messages de prudence. D'un point de vue juridique, en restreignant l'échange d'information aux relations interbancaires, le secret bancaire ne fait pas l'objet d'une atteinte trop profonde, car la confidentialité demeure opposable aux tiers et aux autorités fiscales. En effet, la banque correspondante devra protéger le secret bancaire de ce débiteur insolvable, même si elle n'est pas encore liée par un contrat.

Section II

Limites et dérogations au secret bancaire

Malgré les nouvelles dispositions qui renforcent le secret bancaire, ce dernier connaît cependant des dérogations imposées par la jurisprudence. L'établissement bancaire pourra divulguer des informations concernant son client, mais devra respecter son obligation de prudence et de diligence raisonnable (3.1).

Reconnu par le droit positif canadien, le secret bancaire ne peut être supplanté, hormis le consentement de la personne visée par les informations, que par l'intervention d'une disposition légale qui prime cette obligation¹²⁷ (2.4). Il est ainsi des hypothèses dans lesquelles le législateur contraint le banquier à révéler certains renseignements ou documents à une personne autre que le maître du secret, sans voir sa responsabilité pénale, civile et disciplinaire engagée. Par conséquent, ni la banque, ni le client ou le tiers visé par les informations en question ne peuvent opposer l'obligation de discrétion (2.1).

En effet, le secret bancaire qui tend à la protection d'un intérêt privé doit être levé lorsqu'il entre en conflit avec le fonctionnement efficace de l'organisation sociale (2.3). Dès lors, lorsqu'un intérêt supérieur, ou jugé comme tel par le législateur exige une divulgation, l'accord semble se faire pour que cesse dans ce cas la protection du secret. Il importe peu que de façon secondaire, le principe préserve aussi l'intérêt public (2.2). Ainsi, les mêmes intérêts, privés et publics, soutiennent le principe et justifient sa levée.

Ces dérogations au secret bancaire ne peuvent découler que de deux hypothèses particulières : soit de la personne visée par les informations en question, soit être expressément prévues par la loi. Procédons donc à l'examen de chacune de ces dérogations qui ont toutes en commun la protection de l'État ou des tiers quant à la confidentialité revendiquée par le client de la banque.

¹²⁷ Plutôt que de « dérogations légales », il conviendrait de parler de « dérogations découlant de la loi ». En effet, le plus souvent, la loi ne prévoit pas la levée du secret bancaire en y faisant textuellement référence, mais se borne à édicter des règles qui impliquent, implicitement mais sûrement, une telle levée.

A- Les limites relatives à la protection de l'État et des tiers

Nous avons constaté que dans l'arrêt *Tournier c. National Provincial and Union Bank of England*¹²⁸, la Cour d'appel de Grande-Bretagne a considéré, à l'unanimité, que l'obligation de secret imposée aux banques n'est pas absolue. Il existe des situations où le banquier ne pouvait être relevé de son devoir de confidentialité que s'il en est de l'intérêt du client qui aurait préalablement donné son consentement exprès ou implicite à la divulgation, de l'intérêt de la banque ou de celui du public, qui se justifie par la nécessité de se protéger contre les crimes de toute nature et lorsque la loi ou la Cour ordonne au banquier de révéler des faits qui autrement seraient protégés par le secret. Ces limites ont été admises en droit canadien.

2.1- L'obligation légale de divulgation

Dans le cadre de la présente étude, il s'agit d'analyser plus particulièrement le fondement du secret du banquier qui détient des informations sur la situation financière du client plutôt que des indications sur l'intimité de sa vie privée au sens strict.

En agissant de la sorte, le secret professionnel sert pareillement l'économie du pays. En effet, si le secret ne bénéficiait pas d'une protection quasi absolue, l'épargne irait ailleurs en fonction de critères économiques plus avantageux. Le secret bancaire est un sujet épineux et conflictuel, car mettant en exergue divers intérêts, à savoir ceux des autorités publiques et des personnes privées. Nous nous contenterons donc de jeter un regard sur les principales législations appliquées en la matière.

a - Domaine fiscal

Au Canada, les autorités fiscales détiennent des pouvoirs étendus en matière de saisie, fouille, perquisition et demande d'information et de documents. Puisque l'impôt sur le revenu constitue la principale source de revenus des gouvernements fédéral et provinciaux et que le système existant en est un d'auto-déclaration basée sur l'identité et l'honnêteté des contribuables, il était nécessaire de faire emploi de mécanismes d'enquête suffisamment efficaces. Ainsi, depuis longtemps le secret professionnel empêche l'introduction en preuve de renseignements confidentiels. La Cour suprême s'est penchée à deux reprises sur cette

¹²⁸ *Supra*, note 44.

question¹²⁹. Aussi, l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³⁰ en 1982 et la *Charte des droits et libertés de la personne*¹³¹ au Québec en 1975 ont apporté d'importantes limites aux pouvoirs du fisc d'obtenir des renseignements. Il est à noter que la Constitution du Canada permet aux gouvernements fédéral et provinciaux de prélever des impôts. Nous analyserons principalement les dispositions des lois fédérales en mentionnant les dispositions des lois provinciales lorsqu'elles diffèrent.

Les lois fiscales contiennent des mécanismes permettant aux fonctionnaires du ministère du Revenu d'obtenir des renseignements détenus par l'intermédiaire des banques, simplement en examinant les livres, registres et comptes, en vue de déterminer le revenu imposable d'un contribuable¹³². Le fonctionnaire ne peut pas emporter les documents qu'il trouve intéressants; il est cependant autorisé à en faire des photocopies. Ces photocopies ont la même force probante si leur authenticité était approuvée de la façon usuelle¹³³. 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 tribunaux canadiens ont opiné que même si ces pouvoirs sont exercés sans mandat, ils n'équivalent pas pour autant à une saisie abusive¹³⁴. Les tribunaux ont en effet établi une distinction entre les saisies administratives et celles effectuées dans le cadre d'une poursuite criminelle.

Les banques peuvent aussi faire l'objet d'une demande de renseignement ou de production de documents¹³⁵. 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, sous peine de poursuite pénale. L'usage abusif de ce mécanisme de contrôle pourrait compromettre sérieusement la relation banquier/consommateur. 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

¹²⁹ *Solosky c. La Reine* (1980) 1 R.C.S. 821; *Descoteaux et al. c. Mienzwinsky* (1982) 1 R.C.S. 860.

¹³⁰ *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.U.) Ann. B. dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44 Ann. B.

¹³¹ L.R.Q. c. C-12.

¹³² *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 77, art. 231.

¹³³ *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 76, art. 231.5.

¹³⁴ *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985) 17 C.R.R. 78.

¹³⁵ *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 76, art. 231. Il est à noter aussi que certaines lois autorisent des inspecteurs ou d'autres personnes à obtenir des renseignements non seulement sur des personnes susceptibles d'être parties à un litige éventuel mais aussi sur des tiers. L'article 231.2 de la *Loi sur l'impôt et C.I.B.C. v. A.G. Canada*, (1962) R.C.S. 729.

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 »¹³⁶.

Finalement, le ministère du Revenu peut effectuer des perquisitions. Dans ce cas, une requête doit être présentée à un juge et être accompagnée d'une dénonciation sous serment exposant les faits au soutien d'une telle requête. Les documents saisis doivent être confiés au juge ayant délivré le mandat. Cette procédure s'apparente à 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 confidentialité¹³⁷ doivent être moins grandes dès lors qu'il s'agit de l'administration fiscale¹³⁸.

Le statut d'un enquêteur ayant les pouvoirs conférés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête* est plus complexe. En effet, nous sommes en matière administrative et, dans ces cas, l'administration de la preuve suit des règles moins rigoureuses que devant les tribunaux judiciaires ordinaires. De surcroît, le législateur québécois prévoit qu'un commissaire d'enquête, y compris un enquêteur autorisé en vertu de la *Loi sur la sécurité du revenu*¹³⁹, a « en ce qui concerne les procédures de cet examen [des témoins], tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure siégeant en terme. »¹⁴⁰

Ces pouvoirs sont notamment définis à l'article 9 de la *Loi sur les commissions d'enquête*¹⁴¹.

L'ordonnance de produire certains documents qui pourrait être adressée à un banquier par un tel inspecteur est-elle rendue par un tribunal au sens de la *Loi sur la preuve au Canada* et, dans l'affirmative, cette loi s'applique-t-elle? Les principes de l'arrêt *Procureur général du*

¹³⁶ D. CAMPBELL, *op. cit.*, note 54, p. 134.

¹³⁷ Il existe une importante restriction concernant les demandes d'informations par l'intermédiaire de tiers pour le compte du fisc. Elle s'applique uniquement aux avocats et elle se rapporte au privilège des communications confidentielles. *Supra*, note 76, art. 232.

¹³⁸ *McKinlay Transport Limited et al. c. La Reine*, [1990] 1 R.C.S. 627.

¹³⁹ *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 79, art. 73.

¹⁴⁰ *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., c. C-37, art. 7.

¹⁴¹ *Id.*, art. 9.

« 9. Les commissaires, ou l'un d'eux, peuvent, par une assignation sous leur signature, requérir la comparution devant eux, au lieu et place y spécifiés de toute personne dont le témoignage peut se rapporter au sujet de l'enquête, et contraindre toute personne à déposer devant eux les livres, papiers, documents et écrits qu'ils jugent nécessaires pour découvrir la vérité.

Ces personnes doivent comparaître et répondre à toutes les questions qui leur sont posées par les commissaires sur les matières qui font le sujet de l'enquête, et produire devant les commissaires les livres, papiers, chèques, billets, documents et écrits qui leur sont demandés et qu'ils ont en leur possession ou sous leur contrôle, suivant la teneur des assignations. »

*Canada et autres c. Jean Keable*¹⁴² peuvent nous guider. La Cour d'appel a déterminé que si les décisions du commissaire sont de nature à nuire à des droits et à causer préjudice à la partie requise, il exerce alors des pouvoirs quasi judiciaires et est soumis au pouvoir de surveillance de la Cour supérieure. En l'espèce, ce serait possiblement un tribunal. Par contre, nous sommes dans un domaine de compétence provinciale et l'article 2 de la *Loi sur la preuve au Canada* précise que cette loi ne s'applique qu'aux « procédures pénales et civiles ainsi qu'à toutes les autres matières de compétence fédérale »¹⁴³ et, contrairement à ce qui se passe dans les autres provinces, il n'existe pas d'équivalent de l'article 29 (3) en droit québécois. Aussi, nous pouvons conclure, afin de ne pas entrer dans un débat constitutionnel qui ne serait pas l'objet de la présente étude, qu'une ordonnance de production de documents rendue contre une banque et fondée sur une loi provinciale ne connaît pas de restrictions en matière de confidentialité, ce qui ne serait pas le cas si une telle ordonnance s'appuyait sur une loi ou un règlement fédéral.

Ainsi, si nous envisageons la situation juridique, avant la Charte, des ordres de produire émanant d'une autorité administrative, l'article 231 (3) (devenu l'article 231.2 (1) en 1986) de la *Loi sur l'impôt sur le revenu* a fait l'objet d'une décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *The Canadian Bank of Commerce v. The Attorney General of Canada*¹⁴⁴ en 1962. Dans cet arrêt, on a jugé qu'une disposition relative à l'administration et à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu du Canada*¹⁴⁵ a préséance sur l'obligation de confidentialité prévue en common law. En l'espèce, le ministre du Revenu national obligeait la Banque de Commerce, qui ne faisait pas l'objet d'une enquête, à produire de l'information et des documents relatifs à la Banque Union de Suisse, un de ses clients. La banque de Commerce s'opposait, soutenant que cela aurait comme résultat la divulgation des affaires commerciales et financières de plusieurs sociétés et de particuliers, résidents ou non résidents, qui ne faisaient pas l'objet d'une enquête par le ministre et pouvaient ne pas être astreints à l'impôt.

Se basant sur l'article 126 (2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (maintenant l'art. 231 (3))¹⁴⁶, le juge en chef Kerwin dispose du premier argument en indiquant que dans la mesure où

¹⁴² *Procureur Général du Canada c. Keable*, [1978] C.A. 44. Claude MORAIS, « Étude comparée sur le secret bancaire (États-Unis, Canada) », (1997) 28 *R.G.D.* 79. p. 84 et s.

¹⁴³ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, art. 2:

2. La présente partie s'applique à toutes les procédures pénales et civiles ainsi qu'à toutes les autres matières de compétence fédérale.

¹⁴⁴ *The Canadian Bank of Commerce v. The Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729.

¹⁴⁵ S.R.C. 1952, c. 48; S.C. 1970-71-72, c. 63.

¹⁴⁶ *Ibid.*

l'Union des banques suisses fait des affaires au Canada, il est du pouvoir du ministre de vérifier si la banque est sujette à taxation par les autorités canadiennes¹⁴⁷. Il ajoute même que le pouvoir conféré au ministre ou au sous-ministre ne peut être restreint au seul cadre d'une enquête pour obtenir une information définie et limitée¹⁴⁸. Sur le second argument, il écrit que le fait que l'enquête puisse obliger la divulgation de transactions avec des personnes qui ne font pas l'objet de ladite enquête et ne sont pas sujettes à la taxation n'influe pas sur le pouvoir du ministre¹⁴⁹. Enfin, la Cour suprême du Canada a exigé que l'information soit divulguée et que les documents soient produits¹⁵⁰; ne laissant toutefois aucun doute sur le fait qu'une banque, malgré son devoir de confidentialité en faveur de son client, est donc, dans ces cas, soumise aux rigueurs pénales de la loi.

Un second exemple, cette fois où un ordre de la Cour est requis, est fourni avec l'art. 29 (5) de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁵¹ qui statue qu'une banque qui n'est pas partie à un litige ne peut être contrainte de témoigner¹⁵² ou de produire certains documents¹⁵³, sauf si elle reçoit une citation en justice (subpoena)¹⁵⁴, prévoyant la production de documents comme éléments du procès. Ainsi, dans l'arrêt *Re Beam Ready Mix Ltd*¹⁵⁵, le juge Henry a utilisé les tests dégagés dans l'arrêt *Astral Film*¹⁵⁶ pour déterminer s'il y avait ou non une cause spéciale à la demande à savoir : l'état du plaidoyer au moment de la demande; à quel stade l'action en est-elle; si oui ou non des découvertes ont été retenues en entier ou en partie; l'apparence de bonne foi; ainsi que les motifs sur lesquels on se base pour requérir ces documents en preuve comme étant pertinents et se rapportant à l'affaire.

¹⁴⁷ *The Canadian Bank of Commerce v. The Attorney General of Canada*, précité, note 144, 734: « Therefore, so far as the Union Bank of Switzerland is concerned, if it carried on business in Canada, it is liable to tax and it is part of the administration or enforcement of the Act to discover in the Union Bank was subject to taxation. »

¹⁴⁸ *Id.*, 736: « The power conferred upon the Minister or Assistant Deputy Minister on National Revenue for Taxation cannot be restricted to an inquiry for definite and limited particular information. »

¹⁴⁹ *Id.*, 735: « I agree with Chief Justice Porter that the fact that the information sought will disclose private transactions in which a number of persons were involved who are not under investigation and may not be liable to tax, does not affect the power. As the Chief Justice points out, much of the information obtained will turn out to be irrelevant. Neither of these probabilities take the case out of a purpose related to the administration or enforcement of the Act. », D. RACINE., « L'état et le secret bancaire au Canada », *supra*, note 21, p. 1252 et s.

¹⁵⁰ Stanley GOLDSTEIN, *En pleine mutation : les opérations bancaires à l'ère de l'électronique*, préparé par S. GOLDSTEIN au ministère de la Justice pour le Comité directeur interministériel chargé du système de paiements électroniques, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1979, p. 167.

¹⁵¹ S.R.C. 1970, c. E-10. Ainsi que la plupart des lois provinciales sur la preuve.

¹⁵² *Spencer v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 278 (S.C.C.); 21 D.L.R. (4th) 756.

¹⁵³ *Haughton v. Haughton*, précité, note 65.

¹⁵⁴ Est un terme juridique du droit anglo-saxon. C'est l'injonction d'apparaître devant un tribunal pour produire un témoignage. Un faux témoignage peut aboutir à une inculpation pour parjure. C'est la seule contrainte dont peuvent user les commissions sénatoriales aux États-Unis.

¹⁵⁵ *Re Beam Ready Mix Ltd.*, [1979] 32 C.B.R. (3rd) (N.S.) 206 (Ont. S.C.).

¹⁵⁶ *Astral Film Ltd. v. Sherman*, [1978] 5 C.P.C. 317 (Ont. H.C.) refusé en appel [1978] 19 O.R. (2d) 208n (Ont. H.C.).

On s'est posé la question à savoir si le subpoena suffisait pour forcer le témoin à répondre ou à produire des documents confidentiels de ses clients, en l'absence d'une ordonnance du tribunal et il fut décidé que cette dernière était obligatoire et ne supportait pas d'exceptions¹⁵⁷.

L'article 29 (5) de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁵⁸ a soulevé une autre question relative à l'obligation pour un banquier de produire en cour la correspondance et les mémos internes entre les banques, lesquels¹⁵⁹ contiennent néanmoins des informations privilégiées sur le client et donc protégées par le droit de ce dernier à la confidentialité. En effet, ces mémos internes entre, par exemple, un directeur de banque et ses supérieurs, peuvent contenir des commentaires négatifs sur le client ou ses partenaires en affaires, ou des commentaires sur la position de la banque, ou encore des détails sur une discussion entre la banque et l'emprunteur éventuel. On comprendra alors que ces mémorandums sont regardés par le personnel de la banque comme strictement confidentiels et, normalement, leur contenu ne sera pas dévoilé même à l'Emprunteur éventuel, la raison étant évidente. Par conséquent, la décision de la Cour d'Échiquier du Canada dans *Farris v. M.R.N*¹⁶⁰ devrait faire réfléchir les banquiers. Il a, entre autres, été décidé dans cette cause que les copies des mémorandums interdépartementaux d'une banque, du genre de ceux dont on parle, peuvent être admises dans des procédures judiciaires auxquelles la banque n'est pas partie, comme preuve *prima facie* de la vérité de leur contenu, même si leur auteur est décédé ou non disponible en vertu de l'art. 29 (1) de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁶¹.

¹⁵⁷ Voir *R. v. Mowat, Ex parte T.D. Bank*, [1968] 1 O.R. 179 (Ont. H.C.) 181, 184.

¹⁵⁸ *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, note 75, art. (29) 5 :

« 29. (5) Dans les procédures judiciaires auxquelles l'institution financière n'est pas partie, l'institution financière ou un officier de l'institution financière ne peut être contraint à produire un livre ou registre dont le contenu peut être prouvé sous le régime du présent article, ni à comparaître comme témoin afin de prouver les affaires, opérations et comptes y inscrits, sauf par ordonnance du tribunal rendue pour un motif spécial. »

En dépit de l'article 29 (5), il y a une exception importante à cette règle, prévue à l'article 29 (7) de la *Loi sur la preuve au Canada*, pour certains mandats de perquisition dont la validité d'exécution n'est pas assujettie à une ordonnance de la Cour. Le but de cet article était de faciliter les enquêtes et les recherches sur les activités criminelles sans avoir besoin d'une ordonnance de la Cour. Jean-Pierre BEAUPRÉ, *Le contrat de compte bancaire*, supra, note 87, p. 208 et s.

¹⁵⁹ Sans traiter directement de l'état d'un compte de banque.

¹⁶⁰ [1970] C.T.C. 224.

¹⁶¹ *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, note 75, art. 29 (1) :

« 29. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, une copie de toute inscription dans un livre ou registre tenu dans une institution financière fait foi dans toutes procédures judiciaires, jusqu'à preuve contraire, de cette inscription, ainsi que des affaires, opérations et comptes y inscrits. »

Ceci laisse apparaître un empiètement sur la règle du oui-dire en autant que les mémorandums internes des banques sont concernés. Bien sûr, si le témoin peut comparaître pour attester de la véracité du contenu du mémo, celui-ci étant admis comme preuve *prima facie*, cette preuve pourra alors être renversée. Cependant un problème très sérieux se pose dans le cas où l'auteur du mémo est décédé ou qu'il ne peut témoigner.

Dans un article paru dans *The Canadian Banker*¹⁶², Pat. N. Thorsteinsson suggère deux solutions à ce problème :

« a) *les règles de la preuve prima facie de l'Art. 29 de la Loi sur la preuve au Canada devraient être amendées pour s'appliquer strictement aux livres et registres financiers, i.e. les entrées, débits et crédits, sur les pages du grand livre, les cartes de comptes (ce qui n'empêcherait pas les directeurs de succursales toujours vivants et disponibles d'être mandés par subpoena pour en établir la preuve et être soumis à un contre-interrogatoire sur leurs mémorandums internes);*

b) *que les directeurs de banque apprennent à être plus circonspects sur ce qu'ils rapportent dans le genre de mémorandums dont il est question. »*

En résumé, il existe, pour ce critère, deux situations où un banquier est forcé de ne pas respecter son devoir de confidentialité :

« 1. *S'il est assigné par un ordre de la cour. Il doit dans ce cas vérifier que le tribunal a la compétence requise pour exiger une telle information de la banque et il doit également s'assurer que la loi donnant compétence à ce tribunal est valide et s'applique aux banques à charte, spécialement dans le cas des législations provinciales.*

2. *Si l'information est requise par l'impôt (Revenu Canada). »*

De plus, il faut être conscient du fait que la correspondance interne d'une banque, telle la correspondance entre le siège social et une succursale, peut faire l'objet, dans certaines circonstances, d'une ordonnance de production¹⁶³.

Parallèlement à ce qui précède, certaines procédures, telles des saisies avant jugement, ne sont valides que si elles sont signifiées à la succursale où le compte est détenu. On peut donc s'interroger sur le droit que peut avoir le saisissant d'obtenir des renseignements de la banque à titre de tiers saisi lorsque les procédures sont signifiées au siège social ou à la succursale principale plutôt qu'à la succursale où se trouve le compte en question. D'autres considérations s'appliquent lorsqu'il y a un subpoena ou une ordonnance exigeant la divulgation de certains renseignements qui émane d'un tribunal étranger.

Pour qu'une telle demande soit considérée valide au Québec, il faut qu'elle soit sanctionnée par la Cour supérieure en vertu de la *Loi sur les procédures spéciales*¹⁶⁴. Ceci peut créer des

¹⁶² Pat N. THORSTEINSSON, « Banquiers, méfiez-vous ! », (1973) 80 C.B.R. 4.

¹⁶³ *Re Farris and The Minister of National Revenue*, (1970) C.T.C. 224.

problèmes sérieux lorsqu'une banque canadienne exerce son activité dans un territoire étranger, comme aux États-Unis, où la confidentialité rattachée aux renseignements sur son client n'est pas aussi étendue qu'elle l'est au Canada. En effet, si l'arrêt *XAG c. A Bank*¹⁶⁵ d'Angleterre est suivi au Canada, il serait possible pour le client, dans certaines circonstances, d'obtenir, au Canada, une injonction empêchant la divulgation de renseignements ou la production de documents en possession de la succursale canadienne devant le tribunal étranger, et ce, en dépit d'un subpoena émis par un tribunal étranger. Par contre, il semble que les tribunaux canadiens n'exigeront pas la divulgation au Canada de renseignements en possession des employés d'une succursale de la banque à l'étranger si ceci est contraire à la loi du pays où se trouvent ces employés¹⁶⁶. Cependant, si ces mêmes employés se trouvent au Canada au moment où le subpoena leur est signifié, ils peuvent être contraints de divulguer des renseignements acquis lorsqu'ils travaillaient à l'étranger¹⁶⁷. De plus, il est illégal pour une banque au Québec d'envoyer, en dehors de la province, certains documents d'affaires ou de divulgation des renseignements contenus dans ces documents¹⁶⁸.

Tout comme aux États-Unis, les banques canadiennes doivent renseigner les autorités fiscales sur plusieurs facettes de leurs clients¹⁶⁹. Le but premier est de pouvoir déterminer le revenu imposable de chacun. Les États-Unis se servent de ce mécanisme plus particulièrement pour vérifier et évaluer le flux de capitaux qui transite par les États-Unis, ainsi que pour détecter des manœuvres frauduleuses concernant le blanchiment d'argent.

Contrairement aux États-Unis, le Canada n'oblige pas ses institutions financières à produire 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)

¹⁶⁴ 1977 L.R..Q. c. P-27. Autrement dit, le banquier ne peut prétendre qu'il est tenu en vertu du droit québécois de divulguer des renseignements sur son client du simple fait d'un subpoena ou d'une ordonnance émanant d'un tribunal étranger. Il faut que cette ordonnance soit entérinée par la Cour supérieure.

¹⁶⁵ (1983) 2 All E.R. 464. D. RACINE, « L'État et le secret bancaire au Canada », *supra*, note 21, p. 1255.

¹⁶⁶ *Frischke v. Royal Bank of Canada*, (1977) 17 O.R. (2d) 388.

¹⁶⁷ *Robert Spencer v. The Queen*, (1985) 2 R.C.S. 278.

¹⁶⁸ Voir la *Loi sur les dossiers d'entreprises*, L.R.Q. 1977, c. D-12 et la jurisprudence suivante : *Société Asbestos Ltée- Asbestos Corp. Ltd c. Rodrigue*, (C.S.) J.E. 85-7819.

¹⁶⁹ *Règlements de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, c. 945, articles 200 et ss.

Par la nature et la diversité de ses activités, le banquier prend journallement connaissance d'un très grand nombre de renseignements dont la révélation revêt une importance considérable tant pour l'aboutissement d'une poursuite pénale, que pour la solution d'une contestation civile.

Il existe 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 subordonnée à la délivrance d'un ordre de la Cour. En effet, la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁷⁰ précise que les informations bancaires ne doivent pas être dévoilées à toutes les occasions où l'un de ces clients fait l'objet d'un litige.

Dans le cadre d'un procès¹⁷¹, lorsqu'une banque doit divulguer des renseignements personnels au sujet d'un de ses clients, elle devrait prendre des mesures raisonnables pour l'en informer, bien qu'elle n'y soit pas formellement tenue, du fait qu'il est parfois difficile de communiquer avec les clients dans des délais aussi courts¹⁷². Ainsi donc, lorsque le banquier est cité comme témoin dans un procès, il est obligé de s'y rendre et d'apporter tous les livres comptables, documents ou lettres concernant les affaires du client, tel que spécifié dans la lettre de citation¹⁷³. Le banquier peut même se trouver amené à fournir des détails sur son client lorsque ni lui, ni son client ne sont partis à un procès. Il peut également arriver qu'une Cour donne un ordre de révélation (disclosure order), même au tout début du procès. Cependant, un tel ordre ne sera accordé que dans l'hypothèse où le client est victime d'une fraude et que les preuves concernant cette fraude sont bien établies¹⁷⁴.

¹⁷⁰ *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, note 75.

¹⁷¹ Le droit canadien ne reconnaît aucun privilège en matière de renseignements bancaires. Voir, par exemple : *La Reine c. Spencer* (1983), 2 C.C.C. (3d) 526 (C.A.), par McKinnon A.C.J.O. Dans l'affaire *Haughton c. Haughton*, précité, note 65, le tribunal a fait valoir qu'une ordonnance à comparaître n'était pas suffisante pour forcer le directeur/la directrice d'un établissement bancaire à témoigner, mais qu'une ordonnance de divulgation comportait un élément de « force de loi » qui aurait préséance sur le devoir de confidentialité auquel la banque était tenue. Par la suite, le jugement rendu dans l'affaire *Haughton* a été appuyé par la décision rendue dans l'affaire *Royal Bank of Canada c. Art's Welding & Machine Shop* (1989) 34 C.P.C. (2d) 190. Il est aussi parfois nécessaire de divulguer de tels renseignements aux termes de dispositions des lois canadiennes ou étrangères. Voir *Budzich c. Toronto Dominion Bank*, [1962] 2 C.T.C.278, affaire dans laquelle les parties ont reconnu qu'une demande de Revenu Canada présentée aux termes d'un pouvoir réglementaire avait « force de loi ». Voir aussi *Park c. Bank of Montréal*, [1997] B.C.J. n° 787, où le tribunal a conclu que la banque avait agi conformément à la loi en divulguant, par l'entremise d'une succursale située en Corée, des renseignements à un procureur coréen, puisque la loi coréenne exigeait que ces renseignements soient divulgués. Il y avait donc « force de loi ».

¹⁷² *Park c. Bank of Montreal*, précité, note 171, où le tribunal a fait valoir que lorsque la situation a un lien avec une question de nature autre que criminelle, la banque a le devoir de faire de son mieux pour aviser le client de la nécessité de divulguer des renseignements personnels à son sujet. Par contre, dans le cas de divulgations ayant un lien avec une enquête criminelle, il n'existe aucune disposition obligeant la banque à prévenir le client avant de divulguer les renseignements.

¹⁷³ Par documents, on entend films, enregistrements vidéo et informatiques.

¹⁷⁴ *Bankers Trust Co v. Shapiro*, (1980) 1 WLR 1274, affaire dans laquelle Lord Denning laisse entendre clairement que la règle concernant la confidentialité des renseignements d'affaires doit céder devant les intérêts de la justice et du demandeur lorsqu'il s'agit d'une poursuite pour fraude contre le client d'une banque et qu'il est allégué que les renseignements en la possession de la banque sont indispensables à la preuve de cette fraude.

La législation récente en matière pénale oblige les banques à lever le secret sur les informations qu'elles détiennent sur leurs clients. Ce mouvement va directement à l'encontre du point de vue adopté par le juge Bankes dans l'arrêt *Tournier*, puisqu'il considérait que la transmission d'informations confidentielles à la police, concernant un individu accusé d'un crime, était prohibée.

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. 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 banques¹⁷⁵. En effet, dans certains cas, la banque est considérée sur le même pied que n'importe quel autre tiers.

2.2- Lorsque l'intérêt public le requiert

La deuxième condition porte sur la nécessité de divulguer des renseignements personnels dans l'intérêt public¹⁷⁶. On a suggéré que cette condition pourrait s'appliquer dans le cas de banques qui devraient fournir des renseignements à la police au sujet de personnes soupçonnées d'activités criminelles ou lorsqu'il y a un danger envers l'État¹⁷⁷.

Cependant, cette condition n'a été invoquée que très rarement. Dans l'affaire *La Reine c. Lillico*, la divulgation de renseignements à la police aux fins d'une enquête judiciaire sur des

¹⁷⁵ Un jugement rendu par le tribunal civil de Strasbourg le 28 avril 1954 déclare expressément que le président du Comité de contrôle des banques (C.C.B.), qui se retranchait derrière son obligation au secret professionnel pour refuser de répondre au témoignage auquel il était appelé, le faisant à bon droit, tant en sa qualité de banquier, que de président du Comité de contrôle des banques (C.C.B). Une solution similaire se retrouve, en outre, en matière de production de document. Trib. civ. Strasbourg, 28 avril 1954, *Banque*, 1955, p. 314 note Marin.

¹⁷⁶ *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, précité, note 44, p. 473. Voir aussi : *Weld-Blundell c. Stephens*, [1920] A.C. 956, p. 965.

¹⁷⁷ N. L'HEUREUX, *Le droit bancaire*, supra, note 34, p. 359; voir aussi J.C. MARSHALL, « The Relationship between Bank and Customer: Fiduciary Duties and Confidentiality », supra, note 44, p. 39.

actes commis par le client était justifiée puisqu'elle servait l'intérêt public¹⁷⁸. Dans cette même affaire, on a également fait valoir que bien que la possession de tels renseignements s'accompagne de devoirs de confidentialité qui pourraient être invoqués aux termes de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'intérêt public, en matière d'application de la loi par le biais de la divulgation de renseignements bancaires généraux,¹⁷⁹ a préséance sur toute atteinte à la vie privée du client tel que l'entend l'article 8 de la Charte¹⁸⁰. Toutefois, bien qu'une banque puisse être tenue de divulguer des renseignements au sujet d'un de ses clients pour satisfaire à une enquête judiciaire, le fait d'affirmer qu'un client est habituellement « malhonnête » ne se justifie pas au nom de l'intérêt public¹⁸¹. Mais les choses se corsent lorsque le banquier, bien qu'il ait en main certains indices, ignore la gravité du crime ou n'en a pas la certitude. Que doit-il alors faire?

S'il est possible de conseiller à un citoyen ordinaire de se rendre à la police afin de faire part de ses soupçons, nous ne pouvons pas toutefois formuler le même avis pour le banquier. En effet, celui-ci, étant soumis à la règle de la confidentialité et engageant sa responsabilité civile en cas de défaut, doit être plus prudent et, en général, attendre l'enquête policière et répondre alors aux questions. D'où, aux yeux des autorités policières, l'immobilisme et même la complicité de la banque quant au crime. Le meilleur cas de figure est certainement le commerce de la drogue et le blanchiment de l'argent qui en provient. C'est là un problème d'une brûlante actualité.

À quel moment le devoir de confidentialité doit-il céder le pas devant l'intérêt public?

La banque peut-elle se permettre d'avertir la police dans de telles circonstances?

Avant de répondre par l'affirmative, il faut se rappeler que dans l'arrêt *Tournier*, la banque a été condamnée à payer des dommages-intérêts pour avoir divulgué à un tiers que Tournier faisait des paris et des affaires avec des « bookies ». Quoi qu'il en soit, certaines banques ont élaboré des instructions selon lesquelles les dépôts d'argent liquide excédant 10 000 \$, faits

¹⁷⁸ (1994), 92 C.C.C. (3d) 90 (Division générale de la Cour de l'Ontario).

¹⁷⁹ Par exemple, la confirmation qu'un chèque donné a été déposé dans le compte du client.

¹⁸⁰ *La Reine c. Lillico*, précitée, note 178, p. 93-94 et 95.

¹⁸¹ *Murano c. Bank of Montréal* (1995), 31 C.B.R. (3d) 1, 20 B.L.R.(2d) 61, affaire dans laquelle le tribunal a rejeté l'argument voulant que le fait qu'une banque puisse qualifier un client de « malhonnête » auprès des associés de ce dernier, de ses fournisseurs et d'autres prêteurs était une pratique justifiée par le devoir public. Cependant, il faudrait voir aussi : *Canadian Deposit Insurance Corp. c. Canadian Commercial Bank* (1989) 64 Alta. L.R. (2d) 329, 71 C.B.R. (N.S.) 239, 95 A.R. 24, A.W.L.D. 367, affaire dans laquelle le tribunal a statué que parce que la société d'assurance-dépôt du Canada devait consulter des comptes de banque confiés au séquestre, l'intérêt public exigeait que la divulgation des renseignements soit d'une ampleur qui dépasse les résultats d'une recherche documentaire.

sans explication plausible de la part du client, devaient être refusés¹⁸². On peut se demander si, en refusant le dépôt, le banquier est libre d'avertir la police étant donné que son refus empêche la formation du contrat banquier-client.

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. 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 sont beaucoup plus précis et la banque se trouve ainsi protégée.

2.3 - L'intérêt de la banque

La troisième condition s'applique lorsqu'une banque se voit dans l'obligation de divulguer des renseignements personnels pour répondre à ses propres intérêts, comme lorsqu'elle doit poursuivre un client dont le compte est à découvert ou qu'elle prend des mesures de protection contre des activités criminelles ou frauduleuses¹⁸³. En pareil cas, une telle divulgation doit s'avérer raisonnable et nécessaire pour assurer la protection de la banque et n'est évidemment pas permise aux seules fins de tirer profit de la situation¹⁸⁴. L'affaire *Montgomery c. Ryan* constitue un excellent exemple de ce genre de situation, alors que la banque avait eu raison de prévenir une personne intéressée à acheter un bien que ce bien avait été donné en garantie d'une note représentant un endettement¹⁸⁵.

¹⁸² Il est à noter que certaines banques canadiennes ont fait l'objet de vives critiques pour avoir régulièrement accepté des dépôts de sommes importantes d'argent liquide des clients qu'on aurait pu soupçonner d'être des trafiquants de drogues. Ces critiques ont eu l'effet de forcer les banques à étudier l'étendue de leur devoir de confidentialité face à l'intérêt public.

¹⁸³ *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, précité, note 44, p. 473, par le juge *Bankes*; p. 481, par le juge *Scrutton*; p. 486, par le juge *Atkin*.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 481, par *Scrutton*; p. 486, par *Atkin*. Aussi, dans l'affaire de la *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Sayani*, (1993), 83 B.C.L.R. (2d) 167, p. 172, par le juge *Taylor*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué qu'il était « inconcevable qu'un banquier honnête accepte de transiger avec une personne à condition de ne révéler à qui que ce soit des renseignements qui permettraient à son client de duper un tiers. Et, dans l'affaire *Sutherland c. Barclays Bank Ltd.*, (1938) 5 L.D.A.B. 163, par *Du Parcq*. Ce juge a également statué que la plaignante avait donné son consentement implicite à la divulgation. Une divulgation qui a lieu dans un tel cas de figure doit être strictement limitée aux informations absolument nécessaires pour protéger les intérêts du banquier. La révélation sera nécessaire et autorisée chaque fois que la relation contractuelle entre la banque et le client fait l'objet d'un litige. Ainsi, le banquier sera en droit de violer ce devoir lorsqu'il est parti à un procès, dans l'intérêt de sa propre défense. Il en est de même lorsque la banque est la victime qui agit contre son client. Édith FORTIN, Louise LANGEVIN et Nicole L'HEUREUX, « Nouvelles législatives concernant le secret bancaire : renforcement et dérogations » (1995) 10 *B.F.L.R.* 28, p. 27 et s.

¹⁸⁵ (1907), 9 O.W.R. 572 (H.C.), inf. (1908), 16 O.L.R. 75 (C.A.).

Certains auteurs y ont inclus un cas particulier où la banque peut briser le secret pour protéger sa réputation. Elle agissait en réponse à des attaques publiées dans un journal par un client insatisfait. En raison de la réaction des médias et des consommateurs, la banque s'est vue obligée de rectifier les faits en révélant son dossier et ainsi rétablir sa réputation parmi la population et de potentiels clients¹⁸⁶. D'autres l'ont appliqué au devoir de la banque de se comporter en bon citoyen corporatif dans un pays en produisant des documents qu'elle y détient et demandés par une citation à comparaître lancée dans un pays tiers.

Par ailleurs, les secrets bancaires des tiers constituent une limite à ces révélations. En effet, les documents produits par le banquier, qu'ils soient demandés par son client ou qu'ils soient produits de son propre chef dans un litige l'opposant à ce client, ne doivent pas viser d'autres clients, à défaut de consentement de ceux-ci¹⁸⁷. Ainsi, lorsqu'un secret intéresse plusieurs personnes, le consentement de l'une d'entre elles ne suffit pas à délier le confident de son obligation. Il conviendrait, en conséquence, que le juge désigne un expert ayant pour mission de rechercher les informations intéressant le client, car, étant assujetti au secret professionnel, l'expert va examiner les éléments réclamés afin d'en extraire les faits qui ne sont pas indispensables au destinataire final, puis les communiquera au juge, sans révéler ceux qui visent les tiers à l'instance. La jurisprudence s'est d'ailleurs parfois prononcée en ce sens¹⁸⁸.

2.4- Le consentement exprès ou tacite du client

La quatrième condition traite du consentement exprès ou implicite du client à ce que la banque divulgue des renseignements personnels à son sujet¹⁸⁹. Cette situation se produit couramment lorsque le client autorise la banque à communiquer des renseignements à son sujet à un tiers aux fins d'établir sa solvabilité. Bien que les circonstances dans lesquelles le client consent expressément à la divulgation de tels renseignements soient relativement

¹⁸⁶ B. CRAWFORD, *op. cit.*, note 53, p. 813.

¹⁸⁷ À titre d'illustration, une ordonnance de référé du Président du Tribunal de grande instance de Bordeaux a refusé la communication de documents internes de la banque, en l'espèce des rapports d'enquêtes, au motif que, bien que visant le bénéficiaire demandeur, ils touchent aussi des personnes extérieures au procès. Trib. gr. inst. Bordeaux, 19 juin 1990, *RD bancaire et bourse*, 1991, n° 27, p. 198, obs. Credot et Gerard, *D.*, 1992, som. Com., p. 32, obs. Vasseur.

¹⁸⁸ Trib. com. Paris, 7 septembre 1999, J.C.P., 2000, Éd. E, p. 1040, obs. Gavalda et Stoufflet, *Banque et droit*, 2000, n° 71, p. 54-55, obs. Guillot. En l'espèce, le juge des référés a désigné un huissier afin de recueillir et conserver des enregistrements de conversations téléphoniques entre une banque et des investisseurs potentiels, seuls les extraits de ces conversations intéressant les parties à l'instance devant être présentés au tribunal. Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2006, p. 506 et s.

¹⁸⁹ *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, précité, note 44, p. 473, par *Bankes*. Le consentement du client relève des faits : *ibid.*, p. 468, par *Atkin*.

simples, celles où il est question de consentement implicite sont parfois plus difficiles à démêler par les tribunaux.

Quant à la première série d'exceptions, celle-ci ne pose en principe pas de problèmes de compréhension. On considère que le consentement du client est exprès lorsque la banque a notifié le client et exprimé clairement les informations qu'elle entend révéler et lorsqu'en guise de réponse, le client a envoyé par écrit une lettre confirmant son accord à ladite divulgation. Toutefois, le droit anglais considère qu'en l'absence d'une telle réponse affirmative du client, la banque ne sera pas en droit de présumer un consentement implicite de la part du client.

Dans l'affaire *Royal Bank of Canada c. Art's Welding & Machine Shop*, le tribunal a statué que, lorsqu'un client sait pertinemment que le gagne-pain d'une autre personne est tributaire de leurs rapports contractuels, ce client consent à ce que la banque fournisse des renseignements au sujet de son compte à la personne en question¹⁹⁰. Soulignons également que, bien que l'exigence de confidentialité ne s'applique pas aux renseignements divulgués dans ces conditions, la banque peut quand même faire l'objet d'une poursuite pour dommages-intérêts si ladite divulgation devait se traduire par des pertes financières ultérieures¹⁹¹.

Dans le contexte du consentement implicite, il y a lieu d'observer le développement récent d'une pratique en provenance des États-Unis, appelée « directive de consentement » (consent directive). Il s'agit d'un document par lequel un client actuel ou ancien de la banque autorise ou ordonne à celle-ci de divulguer certaines informations concernant ses affaires avec sa banque, au profit des autorités américaines. Une personne peut, sur ordre d'un juge, et sous la menace d'amende ou d'emprisonnement, être contrainte à signer une telle directive. Or, le

¹⁹⁰ *Royal Bank of Canada c. Art's Welding & Machine Shop*, précité, note 171.

¹⁹¹ Voir *CIBC c. A.-G. Can.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 49 (S.C.C) et Rosemary B. REGAN, « You Don't Say », (1982) 89 *Canadian Banker* 32. L'exigence implicite de confidentialité reconnue dans l'affaire *Tournier* a été invoquée et interprétée par d'autres tribunaux en Angleterre, au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays membres du Commonwealth. Par exemple, dans l'affaire *Hull c. Childs & Huron and Erie Mortgage Corp.*, [1951] O.W.N. 116, la Haute Cour de l'Ontario a statué que la divulgation du montant de la marge de crédit à un tiers constituait une infraction à l'exigence implicite de confidentialité, même si cette personne présentait un chèque en blanc autorisant son bénéficiaire à retirer le solde total du compte. Et, dans l'affaire *Guertin c. la Banque Royale du Canada*, précitée, note 66, la Haute Cour de l'Ontario a statué que l'exigence de confidentialité d'une banque envers son client comprend également un volet interdisant aux employés de cette banque d'utiliser les renseignements concernant leurs clients à des fins personnelles.

Exemples de jugements rendus en Australie : *Smorgen c. Australia and New Zealand Banking Group Ltd* (1976) 134 C.L.R. 475; *Australian Securities Commission c. Westpac Banking Corporation* (1991), A.C.S.R. 350, 32 F.C.R. 546.

Exemples de jugements rendus aux États-Unis : *Jacobsen c. Citizens State Bank* (1979), 587 SW2d 480 (Tex. Civ. App.); *Taylor c. Commercial Bank* (1903) 174 NY 181, 66 NE 726.

problème qui se pose en ce qui concerne ces directives de consentement est qu'il s'agit là d'ordonnances prononcées par des juges américains, alors que leur compétence territoriale est limitée au territoire des États-Unis. Il n'est absolument pas clair si ces directives de consentement constituent un réel consentement pouvant être considéré comme une circonstance justifiant un consentement implicite du client à l'étranger.

Cependant, comme nous venons de le voir, la relation contractuelle entre le banquier et son client est régie par la loi du lieu de situation du compte en l'absence de clause contraire. Ainsi, si un client étranger a un compte auprès d'une filiale anglaise d'une banque étrangère, sa relation contractuelle sera gouvernée par la loi anglaise. Ni la nationalité du client, ni celle de la banque ne seront prises en considération. D'où la question de la validité d'une telle directive de consentement en droit anglais. La High Court anglaise¹⁹² a reconnu dans un arrêt la validité d'une telle directive de consentement¹⁹³. En revanche, un arrêt d'une cour des Îles Cayman a considéré que la directive de consentement signée par le client sur ordre d'un tribunal étranger n'équivaut pas à un consentement tel qu'exigé pour dispenser le banquier de son obligation de confidentialité¹⁹⁴. Les juges ont dans cette affaire appliqué le principe que la substance prime la forme (*substance over form*) et ont motivé leur refus en jugeant que, malgré son apparence externe, la directive de consentement constitue un consentement, mais dans sa substance il s'agit d'un ordre donné par une juridiction étrangère ne constituant donc aucun consentement réel.

Un autre enjeu concerne la question du consentement implicite par rapport au consentement explicite. Des groupes de consommateurs et certains experts en matière de protection de la vie privée jugent qu'une institution ne devrait pas utiliser des renseignements personnels sans avoir obtenu au préalable le consentement explicite de la personne concernée¹⁹⁵. En outre, lorsqu'une institution obtient le consentement d'une personne, elle devrait lui demander qu'elle « exerce son option de consentement » par un acte manifeste (par exemple, en cochant une case décrivant l'utilisation des renseignements proposée par l'institution). Ils soutiennent

¹⁹² Haute Cour de Justice

¹⁹³ *XAG c. A Bank* (1983) 2 All E.R. 464

¹⁹⁴ *Re ABC Ltd* (1985) FLR 159.

¹⁹⁵ ASSOCIATION DES CONSOMMATEURS DU CANADA, *Privacy, Data Protection and Financial Institutions* (Vie privée, protection des renseignements et institutions financières) : *Mémoire présenté par l'Association des consommateurs du Canada au Comité permanent du Sénat sur les banques, l'industrie et le commerce*, Ottawa, Association des consommateurs du Canada, 1992, p. 3 : « Les consommateurs ont le droit fondamental à l'autodétermination quant à leurs renseignements personnels. Ce sont à eux de décider s'ils veulent que ces renseignements soient utilisés. L'association endosse entièrement ce concept désigné simplement par l'expression « consentement positif. »

que la protection des renseignements personnels devrait être la règle et que toute proposition d'utilisation des renseignements personnels devrait être traitée comme une exception exigeant le consentement de la personne concernée par un acte manifeste.

D'ailleurs, la nouvelle *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹⁹⁶ permet à la banque d'obtenir des renseignements de tiers, sans le consentement du client, lorsque la cueillette auprès d'un tiers est nécessaire pour s'assurer de l'exactitude des renseignements.

Par opposition, le code de protection de la vie privée de l'ABC de 1996 dit que « *Le consentement d'un client peut être explicite, implicite ou fourni par un mandataire autorisé* »¹⁹⁷. Ce code mentionne que bien que le consentement de manière expresse soit « la formule de prédilection », une banque peut obtenir un consentement implicite à partir de l'utilisation par un client d'un produit ou d'un service bancaire, ou à partir de l'absence de réponse du client suite à une offre faite par la banque de retirer d'une liste de prospection commerciale les informations personnelles le ou la concernant. Mais le code de l'ABC ajoute qu'avant de décider quel type de consentement est approprié (c'est-à-dire, oralement ou par écrit, de manière expresse ou implicite), la banque devra tenir compte du genre de renseignements personnels en jeu, des raisons de leur utilisation, et du genre de communications requises avec le client.

Étant donné qu'au moins certains types de renseignements personnels ne suscitent pas vraiment d'inquiétudes importantes relativement à la protection de la vie privée, il semble qu'un jugement sûr permettant de déterminer quand un consentement implicite est approprié constitue le facteur clé. Par ailleurs, plusieurs institutions financières se sont engagées à respecter le principe selon lequel une personne devrait, avec certaines exceptions, bénéficier

¹⁹⁶ Art. 6, *supra*, note 5.

¹⁹⁷ Modèle de code de l'Association des banquiers canadiens, 1996, *supra*, note 6, Principe 3. Le modèle de code de l'Association canadienne de normalisation (ACNOR) reconnaît également la possibilité du consentement implicite en mentionnant que la forme du consentement devrait varier selon les circonstances et le type de renseignements. Bien que l'on ne nie pas la valeur d'un consentement implicite, un consentement explicite est parfois plus important que les autres. Il peut être difficile de prévoir à l'avance toutes les utilisations potentielles et nécessaires de renseignements personnels lors d'une demande de consentement. Le besoin de recourir à des utilisations différentes peut survenir ultérieurement sans que des intérêts importants soient mis en cause et que cela vaille la peine d'obtenir à nouveau un consentement explicite. Cependant, si c'est le cas et que les institutions feignent d'ignorer ces intérêts, le marché leur fournira bientôt les incitations pour qu'elles modifient leur comportement. Le modèle de code de l'ACNOR précise que « lorsque les renseignements sont vraisemblablement de nature délicate, un consentement exprès devrait être sollicité, tandis que lorsqu'il s'agit de renseignements moins « délicats », un consentement implicite peut suffire. En outre, lorsque l'on obtient un consentement, il vaut la peine de sonder les attentes (raisonnables) du client. Par ailleurs, si les attentes raisonnables de l'individu ne recouvrent pas une utilisation particulière de renseignements personnels, le consentement exprès serait préférable ». ASSOCIATION CANADIENNE DE NORMALISATION, *Code type sur la protection des renseignements personnels : Norme nationale du Canada*, Ontario, Association canadienne de normalisation, 1996.

de la possibilité de retirer son consentement à l'utilisation des renseignements personnels la concernant.

3.1 - L'obligation dite « fiduciaire » du banquier

La notion de devoirs ou d'obligations « fiduciaires » est une création de l'*equity* anglaise remontant à plus de deux siècles.

Notons cependant ici des différences importantes selon les grands systèmes juridiques.

Ainsi, contrairement au droit de la common law, le droit civil accorde une place moins importante au devoir de loyauté qu'il assimile, en France, à la bonne foi, même si ce principe tend, depuis une décennie, à une certaine reconnaissance d'abord en matière contractuelle dans l'exécution des engagements, puis en droit des sociétés¹⁹⁸. Cette influence du droit américain sur la jurisprudence française quant à la notion de devoir de loyauté fait l'objet de controverses en France, certains estimant que la loyauté, notion liée à celle de conflit d'intérêts, conduit le juge français à s'affranchir du texte de la loi pour apprécier le comportement des sujets de droit, et non de procéder au regard de sanctions prévues par les textes. C'est l'idée de standard ou « benchmark » générant des devoirs implicites qui est critiquée, plus que l'idée elle-même.

L'obligation d'équité et de loyauté a été reconnue par la Cour suprême du Canada dans *Banque nationale du Canada c. Houle*¹⁹⁹. D'ailleurs le *Code civil du Québec*²⁰⁰ comporte aussi dorénavant deux dispositions générales en matière de bonne foi, les articles 7 et 1375²⁰¹.

D'une part, l'article 1375, qui prévoit que « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son

¹⁹⁸ Nathalie DION, *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales : droit des États-Unis d'Amérique et droit français*, thèse, Orléans, 1994. L'arrêt le plus important à cet égard est celui de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 27 février 1996 qui reconnaît un devoir de loyauté des mandataires sociaux envers l'ensemble des associés. C. cass. 27 février 1996, *Bull. IV*, n° 65.

¹⁹⁹ [1990] 3 R.C.S. 122, plus spécifiquement à la page 158. La juge Claire L'Heureux-Dubé précise que : « *De façon générale, par conséquent, il semble incontestable que tout contrat comporte, en droit civil québécois, une obligation implicite d'agir de bonne foi. Cette obligation découle de la longue tradition civiliste que l'on trouve formulée à l'article 1024 C.C.B.-C.; elle exige que les droits soient exercés dans un esprit de loyauté* »; È. FORTIN, L. LANGEVIN et N. L'HEUREUX, « Nouvelles législatives concernant le secret bancaire : renforcement et dérogations », *supra*, note 184, p. 29 et s.

²⁰⁰ *Supra*, note 5.

²⁰¹ Art. 7 : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »

Art. 1375 : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction. »

extinction », donne ouverture à la survie des devoirs et qu'aucune disposition de ce genre ne pourrait être interprétée comme un obstacle à la survie de l'obligation de loyauté, comme en common law.

L'abus de droit peut être invoqué sur le fondement de l'arrêt *Houle*²⁰² sans preuve requise d'intention malicieuse ou de mauvaise foi. En ce sens, D. Gardner écrit : «... débarrassé des critères de responsabilité contractuelle, on pourrait considérer abusives des pratiques contractuelles présentement jugées fautives sur une base délictuelle. »²⁰³

On invoque souvent le droit romain à l'appui de l'argument selon lequel un « droit » ne peut faire l'objet d'un « abus » puisqu'on ne saurait parler de droit (au sens de prérogative absolue) là où il y a contrôle en cas d'abus. Le *Corpus Juris Civilis* (11^e éd. 1881) avance, en effet, diverses formules susceptibles de mener à une telle conclusion. Ainsi, Gaius affirme que nul n'est censé commettre une fraude s'il fait ce qu'il a le droit de faire -- *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* (Digeste, 50.17.55); Paulus est quant à lui d'avis que nul ne commet une faute à l'égard d'autrui à moins qu'il ne fasse quelque chose qu'il n'a pas le droit de faire -- *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet* (Digeste, 50.17.151). Or, une analyse plus serrée démontre que la notion de l'abus de droit était, dans une certaine mesure, reçue en droit romain. C'est du moins la constatation que font Marcel Planiol et Georges Ripert dans leur *Traité pratique de droit civil français*²⁰⁴.

C'est peut-être Albert Mayrand (auparavant juge à la Cour d'appel du Québec), l'un des grands juristes québécois, qui a le mieux résumé l'évolution de la théorie de l'abus des droits au Québec quand il souligne : « *Au Québec, la théorie de l'abus des droits a évolué et s'est répandue de la même manière qu'en France...* »²⁰⁵

Cas pratique

Comment accommoder à la fois le respect de l'obligation de confidentialité et du secret bancaire avec l'organisation de banques multi capacitaires?²⁰⁶ Dépositaire de la confiance de ses clients,

²⁰² *Supra*, note 199.

²⁰³ Daniel GARDNER, « Commentaires d'arrêt. Responsabilité civile – Abus de droit contractuel – Un jalon dans l'établissement d'un nouvel ordre contractuel ? *Houle c. Banque nationale du Canada* », (1991) 51 *R. du B. can.* 760.

²⁰⁴ Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, pp. 798 et 799.

²⁰⁵ Albert MAYRAND, « L'abus des droits en France et au Québec », (1974), 9 *R.J.T.* 321, à la p. 322.

²⁰⁶ Ce modèle nécessite une réglementation adaptée sans créer de distorsion de concurrence.

le banquier ne va-t-il pas être tenté d'utiliser certaines informations confiées par celui-ci, soit à son profit, soit à celui d'un autre client?

Examinons à partir d'exemples concrets le conflit d'intérêts entre banque d'investissement et analyse financière.

a) *Énoncé du problème*

Les pratiques douteuses révélées par le procureur Spitzer à New York ont souligné le rôle pour le moins ambigu de certains analystes financiers, accusés de manque d'impartialité dans leurs jugements sur les sociétés qu'ils suivent. La grande majorité des analystes financiers sont salariés des banques dont une partie du chiffre d'affaires provient du conseil aux sociétés lors des fusions-acquisitions notamment. L'analyste qui souhaite publier une étude défavorable à telle ou telle entreprise prend donc le risque de froisser le dirigeant de cette entreprise et de faire du même coup perdre un client à son employeur²⁰⁷.

b) *Affaire LVMH / Morgan Stanley*

Si les pratiques douteuses de certains analystes financiers ont été dénoncées et ont fait l'objet de transactions avec les autorités, jamais les tribunaux n'avaient eu à juger en matière civile des conséquences de ces pratiques jusqu'à l'affaire *LVMH / Morgan Stanley* en France.

En l'espèce, dans une affaire qui a fait l'objet d'une grande couverture médiatique et de critiques souvent acerbes de la part des médias anglo-saxons qui ont cru y déceler de l'anti-américanisme primaire²⁰⁸, et comme l'ont prouvé, nous le verrons plus loin, les scandales financiers d'Enron et Vivendi, le tribunal de commerce de Paris a rendu le 12 janvier 2004, à l'encontre de la banque d'affaires Morgan Stanley, une décision condamnant celle-ci à payer 30 millions d'euros de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral subi par le leader mondial du luxe, la société LVMH, en raison d'un dénigrement dont se seraient rendus coupables les analystes de la banque²⁰⁹.

²⁰⁷ Ces pratiques, comme nous l'avons vu précédemment, portent clairement atteinte aux principes de *duty of care* et *fiduciary duty* des pays de common law, et à l'obligation de bonne foi – voire de loyauté – des pays de droit civil.

²⁰⁸ « Valuable Criticism : A French court has acted against the interest of investors », *Financial Times* (4 janvier 2004).

²⁰⁹ Trib. com. Paris, 12 janvier 2004, *LVMH c. Morgan Stanley & Co. Ltd. et al.* : *Bull. Joly* 2004 § 70, p. 388, note de Schmidt.

La demande de dommages-intérêts était fondée sur l'article 1382 du Code civil en matière de responsabilité délictuelle, ce qui nécessitait de rapporter la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Il a principalement été retenu contre la banque six griefs dont la prise en compte a amené le tribunal à considérer qu'elle avait manqué à ses devoirs d'indépendance, d'impartialité et de rigueur. En l'espèce, sans entrer dans le détail et pour n'évoquer que deux des six griefs, il était reproché à Morgan Stanley d'avoir une structure d'organisation qui ne comportait pas de séparation claire entre les services d'investissements et la recherche financière, une telle absence créant un manque d'objectivité, le tribunal s'appuyant ici sur la transaction conclue avec le procureur général de l'État de N.Y. Le deuxième reproche a trait à l'existence d'une multitude d'informations inexacts divulguées par Morgan Stanley au sujet de LVMH (notamment que l'un de ses salariés était également administrateur de LVMH, que Morgan Stanley avait été chef de file ou membre de syndicats de placement d'une offre publique de titres, que la banque attendait une rémunération de LVMH pour des services de banques d'affaires) qui pouvaient amener à penser que toutes les analyses de Morgan Stanley sur LVMH ne pouvaient qu'être justes.

Sans s'attarder plus longtemps sur ce jugement qui faisait l'objet d'un appel²¹⁰, ses implications pour la profession à l'échelon international sont claires. Cette décision s'inscrit dans le mouvement de transparence et de loyauté de l'information financière. Celle-ci, qui n'est pas considérée en Europe comme protégée au titre de la **liberté de la presse**, fait désormais l'objet d'une attention de la part des régulateurs dans ses modalités de recherche et de diffusion.

Pour résoudre les difficultés nées de ces situations de conflits d'intérêts, qui peuvent conduire parfois le banquier à s'abstenir d'intervenir vis-à-vis de son client, la nouvelle directive relative aux Marchés d'instruments financiers (MIF) n° 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 fait de la révélation de l'existence d'un conflit d'intérêts une obligation à la charge de l'intermédiaire financier vis-à-vis de son client en édictant que : « *L'entreprise d'investissement informe clairement [ses clients], avant d'agir en leur nom, de la nature générale et/ou de la source de ces conflits d'intérêts.* »²¹¹ Le mieux est encore d'éviter les conséquences d'un conflit d'intérêts. Pour ce faire, les régulateurs exigent de la part des intermédiaires financiers la mise en place de procédure de ségrégation et de compartimentation

²¹⁰ L'arrêt de la Cour d'appel a été rendu le 30 juin 2006. Cf aussi, l'adresse suivante : www.ajsp.net/html/23/File/LVMH%20MORGAN%20STANLEY.pdf?>, consultée le 29 novembre 2008.

²¹¹ Article 18-2 directive MIF.

des informations confidentielles et/ou privilégiées. Ce sont les fameuses murailles de Chine ou cônes de silence, bien connus des avocats et des auditeurs²¹².

Plusieurs textes proposent ou consacrent dans la sphère financière l'existence de murailles de Chine :

Le Rapport du Conseil de l'Europe sur « l'éthique d'entreprise en Europe du 26 février 2004 recommande de renforcer « l'obligation faite aux banques de mettre en place des murailles de Chine afin d'éviter à l'avenir d'autres conflits d'intérêts dans la sphère financière. »²¹³

Cette notion²¹⁴ consiste notamment à s'assurer des conditions de communication d'informations confidentielles ou privilégiées²¹⁵, à s'assurer que l'établissement agira au mieux des intérêts des clients et à limiter par ce fait les situations de conflits d'intérêts.

Mais qu'en est-il de la reconnaissance de l'efficacité des murailles de Chine par les tribunaux?

En droit anglais, la jurisprudence de principe et qui constitue aujourd'hui la référence dans le monde de la common law est celle du cabinet d'audit KPMG dans l'affaire Prince Jefri Bolkiah où l'efficacité des Murailles de Chine dans le domaine des services financiers fut reconnue dans la limitation de la circulation des informations entre les différents départements de la même entreprise, pour autant, comme l'a indiqué Lord Millet, que ces procédures soient « efficaces » et « solides »²¹⁶.

Par ailleurs, quelques observateurs doutent de l'efficacité ou de la pertinence de ces règles. Notons à ce propos l'opinion des auteurs d'un rapport de recherche préparé pour le Conseil économique du Canada :

²¹² Raymonde CRÊTE, « Les investisseurs institutionnels et leurs conflits d'intérêts dans le contexte des mesures défensives », dans ouv. Coll. Dir. par R. CRÊTE, *Les mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 193, et notamment 228 et s.

²¹³ Conseil de l'Europe, *L'éthique d'entreprise en Europe*, doc. 10103, 26 février 2004. En France, le Code monétaire et financier prévoit expressément l'obligation pour les intermédiaires financiers de mettre en place une organisation leur permettant de « s'efforcer d'éviter les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, [de] veiller à ce que leurs clients soient traités équitablement » (Article L.533-4 6° du C. mon. et fin.). En Grande-Bretagne, la *section 147* du « *Financial Services and Markets Act-FSMA 2000* » habilite la « *Financial Services Authority* » à réglementer le fonctionnement des Murailles de Chine au sein des groupes et entités multidisciplinaires.

²¹⁴ Dont la référence explicite au plus grand ouvrage de fortification militaire manifeste la vocation défensive.

²¹⁵ Le droit français définit les Murailles de Chine comme « les procédures [...] dont l'objet est de prévenir la circulation indue d'informations confidentielles, notamment des informations privilégiées au sens de la réglementation en vigueur » : Article 3-1-6 alinéa 2 du RG CMF.

²¹⁶ *Prince Jefri Bolkiah c. KPMG* [1999] 2 A.C. 222. Disponible à : <www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/1999/48.html>, <www.cba.org/cba/cle/pdf/MP_Chester_Paper.pdf>, consulté le 29 novembre 2008.

« Les murailles de Chine sont cependant une arme à deux tranchants : si elles empêchent effectivement la divulgation de renseignements préjudiciables, elles constituent en même temps un obstacle à la circulation de données utiles. Du reste, elles ne peuvent empêcher l'information de circuler librement aux échelons supérieurs de l'entreprise. »²¹⁷

Pour conclure, soulignons que le banquier d'affaires est, par construction, en situation de conflits d'intérêts. Ceux-ci ne sont pas en eux-mêmes sources de responsabilité. Seuls la primauté des intérêts propres du banquier ou le traitement inéquitable entre deux clients peuvent être source de contentieux²¹⁸. Il lui faut s'organiser pour gérer efficacement ces conflits, dans le souci du respect de l'intérêt de ses clients. Alors, et alors seulement, il pourrait affronter ces conflits sans (trop de) risque.

3.2- Critique et développements

L'obligation de confidentialité se doit d'être définie légalement. En effet, un équilibre doit être trouvé entre le droit au respect de la vie privée et l'intérêt de l'État, qui se confond avec l'intérêt public. L'urgence des questions posées par la mondialisation des échanges et par l'extrême rapidité des transactions de capitaux qui la caractérise demande et impose la mise au point d'un cadre de référence. Quel rôle privilégié pourrait jouer le Canada face à ce défi ?

L'arrêt *Tournier* ne résout pas toutes les difficultés concernant la nature de l'obligation de confidentialité, pas plus qu'il ne délimite avec précision son champ d'application. Il réduit cependant l'étendue de l'action des établissements bancaires et, par voie de conséquence, celle des autres établissements financiers. Toutefois, il ne définit pas la nature des informations susceptibles d'être protégées, ni les critères qui autorisent les établissements bancaires à obtenir des renseignements sur leurs clients.

²¹⁷ R. CRÊTE, « Les investisseurs institutionnels et leurs conflits d'intérêts dans le contexte des mesures défensives », dans ouv. Coll. Dir. par R. CRÊTE, *Les mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat au Canada*, supra, note 212, p. 230.

²¹⁸ A ce sujet, l'arrêt *Standards Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985 22 D.L.R. (4th) 410, 52 O.R. (2d) 473 (C.A.)), illustre bien le conflit d'intérêts qui peut survenir lorsque deux factions font appel aux services de la même institution financière. Dans cette affaire, les demandeurs avaient sollicité les conseils et l'appui financier de la banque défenderesse en vue d'acquérir une position importante dans le capital d'une société de fiducie, Crown Trust Company. Durant la même période où les demandeurs tentèrent en vain de conclure cette acquisition, la banque, pour sa part, entretenait des relations d'affaires avec Crown Trust. A la demande d'un des dirigeants de cette dernière, la banque décida d'empêcher la prise de contrôle en acquérant elle-même des actions de la société visée jusqu'à concurrence de 10 % du capital de celle-ci. Par la suite, de concert avec un autre de ses clients qui avait également acquis des titres de Crown Trust, la défenderesse vendit ses actions à Canwest Capital Corp., qui obtint ainsi le contrôle de Crown Trust, ce qui eut pour effet de laisser les demandeurs dans une situation minoritaire, donc peu enviable. Non seulement existe-t-il ici un conflit d'intérêts entre deux clients de la défenderesse, mais également entre les intérêts de la banque et ceux des demandeurs.

Selon les relations qu'une institution financière entretient avec ses clients et l'importance des revenus générés par ces relations, les intérêts personnels de l'institution peuvent devenir un facteur déterminant dans le choix de cette dernière à favoriser les intérêts d'un client au détriment de ceux d'un autre. R. CRÊTE, « Les investisseurs institutionnels et leurs conflits d'intérêts dans le contexte des mesures défensives », dans ouv. Coll. Dir. par R. CRÊTE., *Les mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat au Canada*, supra, note 212, p. 208 et s.

Enfin, Richard C. Owens souligne que : « *ce jugement ne confère aucun droit d'accès à des renseignements personnels, ni droit de rectification de renseignements personnels erronés* . » Pourtant, de nos jours, les principes régissant la collecte, l'utilisation ou la divulgation de renseignements personnels et les droits d'accès à ces renseignements, sont partie prenante de la protection de la vie privée . »²¹⁹ Le professeur Margaret H. Ogilvie suggère d'ailleurs, « *qu'aux limitations déjà énoncées dans l'affaire Tournier s'en ajoute une autre, soit les ordonnances de divulgation émanant des tribunaux étrangers, rendues nécessaires par le mouvement d'internationalisation des échanges bancaires et de la lutte contre le crime* . »²²⁰

En droit français, il est possible d'observer que le secret bancaire tel qu'énoncé dans l'arrêt *Tournier* se présente aussi de manière complexe. Le problème se pose relativement à l'étendue et à la nature de cette obligation.

En 1923, le lord juge Bankes réalisa qu'il serait extrêmement difficile pour le législateur de préciser la nature de ce que sont les « données personnelles » et, ce faisant, d'identifier l'étendue de l'obligation de secret bancaire.

En 1989, Roy M. Goode, dans le commentaire publié à ce sujet, « *the banker's duty of confidentiality* », fit le point des problèmes rencontrés et émit des critiques indirectes dirigées contre certains analystes en droit bancaire. Ainsi, ceux-ci « s'attelaient en effet davantage à examiner le régime des quatre exceptions énoncées dans l'arrêt *Tournier* qu'à définir la nature des informations devant être considérées comme confidentielles. »²²¹ Selon cet auteur, identifier l'essence de ce qu'est une donnée personnelle permettrait de cerner les limites de l'obligation de secret bancaire à laquelle seraient assujetties les institutions spécialisées dans le domaine financier.

L'arrêt *Tournier* s'étend pourtant sur la description de l'essence de ces données. Le lord juge Atkins, l'un des trois juges, contribue assurément à éclairer la question. L'étendue du champ

²¹⁹ Par la suite, cet arrêt a été expressément confirmé dans l'arrêt *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd*, précité, note 44. Le juge May exprime sa conviction quant au bien-fondé du fondement juridique de l'arrêt *Tournier* et que celui-ci n'a fait l'objet d'aucune contestation depuis lors. Comme le devoir de confidentialité du banquier n'est qu'une cause contractuelle implicite, le Parlement peut y mettre fin par une disposition législative et, par ce biais, imposer une obligation de divulgation aux banquiers. En fait, on part du principe qu'étant donné qu'un client peut être forcé de révéler ses secrets, son banquier le peut de même. *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd* (1989) 1 W.L.R 1340. Cet arrêt fut toutefois cassé en 1991, mais pour d'autres motifs que le secret bancaire, [1991] 2 AC 548.

²²⁰ Margaret H. OGILVIE, « Banker and Customer. The Five-Year Review, 1985-1990 », (1992) 7 *B.F.L.R.* 197; È. FORTIN, L. LANGEVIN et N. L'HEUREUX, « Nouvelles législatives concernant le secret bancaire : renforcement et dérogations », *supra*, note 184, p. 47.

²²¹ Roy M. GOODE, « The Banker's Duty of Confidentiality », (1989) *J.I.B.L.* 269.

d'application de l'obligation s'en retrouve singulièrement élargie. Une protection, non seulement des informations du compte client, est imposée, mais aussi de celles que le banquier recueille lors du contact avec son client. Les données personnelles incluraient donc, non seulement la situation crédit/débit du compte client, mais aussi toutes les opérations, assurances et cautionnements y-afférents, ainsi que les informations recueillies par le banquier auprès de son client lors d'entrevues face-à-face. Gaétan Bourdeaux nous l'affirme en effet :

« Deux précisions importantes furent apportées : d'une part, ces informations vont bien au-delà de l'état du solde du compte bancaire du client, qu'il soit déficitaire ou créateur. Elles s'étendent en effet à toutes les transactions et garanties ou sûretés liées de près ou de loin à ce compte. D'autre part, doivent également être incluses les informations obtenues par le banquier autrement que par la simple consultation du compte. Il s'agit là de toutes les informations acquises lors d'entretiens entre le banquier et son client. Dès lors, si l'on s'en tient à ces deux lignes directrices, le champ des informations protégées par le secret bancaire apparaît comme étant très large puisqu'il couvre non seulement toutes les données personnelles enregistrées sur le compte du client, mais également toute autre information qui aurait été obtenue par le banquier dans le cadre de ses relations avec le client. »²²²

Cette tentative de définition par le juge Atkins est pourtant actuellement considérée comme lacunaire. Ainsi que l'indique Roy M. Goode, il y avait plus d'interrogations que de réponses. Un exemple : une société mère est-elle en droit de prendre connaissance du compte client de l'une de ses sociétés ? Les autres sociétés du groupe peuvent-elles en faire de même ?

Et qui est le « créancier » d'une obligation de confidentialité ? Jérôme Lasserre Capdeville reprend les propos de Roy M. Goode en mettant en évidence que « *cette question n'a pratiquement jamais été traitée par les auteurs.* »²²³

La question peut également être posée de savoir si une banque peut imposer à ses filiales la communication des données comptables de leurs clients.

Les juges de la « Court of Appeal » anglaise ont signifié dans l'arrêt *Bank of Tokyo Ltd v. Karoon*²²⁴ que les personnalités juridiques distinctes de la banque et de sa filiale emportaient un compartimentage des informations. Ce même juriste expose que le droit français reconnaît la possibilité pour les filiales d'un organisme de crédit d'invoquer l'obligation de

²²² J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le secret bancaire*, supra, note 188, p. 234.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ [1986] 3 All E.R. 468.

confidentialité et de refuser ainsi à l'organisme de crédit, leur société mère, la divulgation d'informations, et vice-versa. En conclusion : la banque filiale, dans la mesure où elle a la personnalité juridique et donc une indépendance morale vis-à-vis de la société mère, se verra impartie de respecter l'obligation de confidentialité de la place où elle est établie. N'étant, en raison de son autonomie juridique, qu'une associée de la société mère, celle-ci constitue un tiers à la relation banque filiale client et, par conséquent, la filiale peut lui opposer l'obligation de confidentialité. De même la société mère, tenue au secret bancaire à l'égard de ses clients et même de tiers, ne peut communiquer de données personnelles à sa filiale.

En toute logique, les succursales, qui n'ont ni personnalité ni autonomie juridiques hors celles de la société mère, ne peuvent s'en prévaloir. Ainsi que Jérôme Lasserre Capdeville nous l'affirme :

« Les filiales peuvent opposer à l'établissement de crédit, société mère, le secret bancaire et réciproquement. En revanche, cette règle ne s'applique pas aux succursales dans la mesure où ces dernières n'ont ni une autonomie juridique ni une personnalité juridique distincte de l'établissement de crédit principal. Ainsi, la banque filiale disposera d'une personnalité morale propre et sera juridiquement indépendante de sa société mère. Elle devra, en outre, respecter le secret bancaire du lieu où elle est implantée. »²²⁵

Cependant, il s'agit de définir quels établissements financiers sont tenus au secret bancaire. Le droit français précise dans l'alinéa 2 de l'article 511-33 CMF que seuls les organismes de crédit, la Commission bancaire, la Banque de France, ainsi que l'Autorité judiciaire agissant « dans le cadre d'une procédure pénale », sont tenus à l'obligation de confidentialité.

Déjà, nous l'avons vu, les lois fiscales contiennent des dispositions permettant de mettre de côté le secret bancaire. Mais cette orientation prend des dimensions officielles lorsque le Comité des affaires fiscales de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) propose de recourir plus souvent à l'information détenue par les

²²⁵ J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le secret bancaire, supra*, note 188, p. 202, disponible aussi à : <<http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/rbf/index.php/post/2007/05/25/Encadrement-institutionnel-des-banques-au-RU-analyse-du-secret-bancaire->>, consultée le 29 novembre 2008.

banques dans le cadre des enquêtes fiscales et d'inciter les États-membres à assouplir, en conséquence, leurs lois concernant le secret bancaire²²⁶.

Que conclure de tout cela? Évidemment, en droit canadien, l'intérêt de l'État coïncide avec l'intérêt public. Mais plaçons-nous du côté du citoyen.

Comme il est aujourd'hui à peu près impossible de se passer d'un banquier, que faire lorsque celui-ci est transformé, même contre son gré, en indicateur de police ou du fisc? Le secret bancaire restera-t-il prisonnier de l'adage : « ceux qui cherchent de la discrétion ont nécessairement quelque chose à cacher »? Il y a nettement contradiction entre la tendance consacrée par les chartes, à la protection des droits individuels et, notamment, le droit à la vie privée, et celle où l'État veut restreindre les embûches que ces droits peuvent lui créer dans l'application de ses lois criminelles, fiscales ou autres.

Peut-on songer à des mécanismes visant à protéger le citoyen lorsque la banque est tenue par l'État de produire des documents le concernant?

Il nous paraît que l'on devrait informer le citoyen de l'ordre de produire fait à la banque de façon à lui permettre de le contester, s'il y a lieu, avant la production. Bien entendu, il y aurait lieu de conserver un mécanisme de dispense judiciaire dans le cas d'une enquête criminelle. À ce sujet, nous pourrions nous inspirer des dispositions du *Right of Financial Privacy Act of 1978* des États-Unis (Loi sur le droit au respect de la confidentialité des opérations financières) qui prévoient qu'aucun ministère ni agence gouvernementale ne peut obtenir d'information relativement aux registres financiers d'une banque ou concernant ses clients à moins d'une description claire des documents désirés et que la demande d'information respecte l'une des conditions suivantes :

²²⁶ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, *L'évasion et la fraude fiscales internationale*, série « Questions de fiscalité internationale », Paris, Éditions OCDE, 1987, p. 126.

22. Le Comité voit deux moyens d'avancer concrètement dans ce domaine :

- Accroître les éléments d'information disponibles au plan interne, là où cela est nécessaire, en assouplissant les règles relatives au secret bancaire à l'égard des autorités fiscales;

- Faire un plus large usage, grâce aux procédures d'échanges de renseignements, des données pouvant être obtenues des banques.

23. En ce qui concerne le premier point, le Comité engage les administrations fiscales des pays dont les lois ne leur permettent pas d'obtenir des renseignements suffisants des banques à souligner l'importance d'une révision de ces lois : à cet effet, les administrateurs pourraient mentionner l'assouplissement de plus en plus courant du secret bancaire en faveur des services fiscaux dans d'autres pays membres de l'OCDE, ainsi que les recommandations d'organisations internationales comme le Conseil de l'Europe;

24. Quant au second point, il sera souhaitable, pour que des progrès réels puissent être faits, que les autorités compétentes fiscales :

a) Se rallient à l'idée que l'échange de renseignements de source bancaire n'est pas un problème à part;

b) Soient disposées à échanger des renseignements de la manière la plus large possible en vertu des dispositions de l'article 26 du Modèle de la Convention de l'OCDE;

c) Fournissent des renseignements sur une base unilatérale dans les situations appropriées.

- a) que la divulgation soit faite avec le consentement du client;
- b) que la divulgation soit exigée en vertu d'une sommation ou d'une citation à comparaître d'ordre judiciaire ou administratif²²⁷.

Dans ces derniers cas, les articles 1104 et 1108 établissent une procédure formelle que doit suivre le gouvernement en vue de lancer des réquisitions lui donnant accès aux documents et aux registres de la banque. Ainsi, le gouvernement doit donner au client un avis écrit au préalable de, 10 à 14 jours, en vue de l'obtention des documents désirés. À la suite de cet avis, le contribuable peut s'opposer pour l'un des motifs suivants :

- a) l'enquête est contraire à la loi;
- b) les documents demandés ne sont pas pertinents aux fins de l'enquête;
- c) le gouvernement n'a pas respecté les dispositions de la loi en vertu de l'obtention des documents²²⁸.

Enfin, cette loi, établit une non-responsabilité de la banque qui, en respectant les modalités prévues dans la loi, rapporte au gouvernement une transaction qui lui paraît suspecte ou sans en informer son client²²⁹.

Par ailleurs, la banque, si elle démontre un désir trop empressé de collaborer avec l'État, engage sa responsabilité civile à l'égard de son obligation de confidentialité. Ainsi, aux États-Unis, John k. Villa donne l'exemple d'une banque du Maine qui, malgré la clause de non-

²²⁷ *Right of Financial Privacy Act of 1978*, Pub. L. 95-630, 92 Stat. 3697 (1978), s. 1102-1103, codifié dans 12 U.S.C. 3402-3403. Sect. 1102. Except as provided by section 1103 (c) or (d), 1113, or 1114, no Government authority may have access to or obtain copies of, or the information contained in the financial records of any customer from a financial institution unless the financial records are reasonably described and-

- (1) such customer has authorized such disclosure in accordance with section 1104;
- (2) such financial records are disclosed in response to an administrative subpoena or summons which meets the requirements of section 1105;
- (3) such financial records are disclosed in response to a search warrant which meets the requirements of section 1106;
- (4) such financial records are disclosed in response to a judicial subpoena which meets the requirements of section 1107; or
- (5) such financial record are disclosed in response to a formal written request which meets the requirements of section 1108.

Sect. 1103. (a) No a financial institution, or officer, employees, or agent of a financial institution, may provide to any Government authority access to or copies of, or the information contained in, the financial records of any customer except in accordance with the provisions of this title [...].

²²⁸ Robert T. PALMER et A.T. Darin PALMER, « Complying with the Right of Financial Privacy Act of 1978 », (1979) 96 *Banking L.J.* 208:

Normally, the government must give the customer ten or fourteen days' prior notice of its access request, although in some cases notice may be delayed for periods of up to several months. After obtaining notice, the customer may object on the ground that.

- (1) The government inquiry is not for legitimate law enforcement purposes;
- (2) The records sought are not relevant to the inquiry;

or

- (3) The government has failed to comply with the provisions of RFPFA.

The burden of formally filing such an objection in United States district court is on the customer. After that, the burden of proving the propriety of the access in on the government.

²²⁹ *Right of Financial Privacy Act of 1978*, précité, note 227, s. 1117 (c), codifié dans : 12 U.S.C. 3417.

responsabilité de la banque contenue dans le *Right of Financial Privacy Act of 1978*, a été condamnée à payer à un client une forte somme d'argent pour avoir refusé de continuer de faire des affaires avec ce client à la suite d'une mauvaise indication fournie par un agent selon laquelle ledit client faisait partie du monde interlope²³⁰.

Cette approche jurisprudentielle contient certainement de quoi relancer le débat. Saurions-nous, au Canada, apporter une réponse modérée au dilemme du banquier?

La stratégie visant à obtenir le consentement du client en lui offrant le loisir « d'exercer son option de refus » peut être justifiée si on s'attend à une majorité de consentements. La proportion très modeste des plaintes relatives à la protection de la vie privée déposées par la clientèle des établissements bancaires confirme la pertinence de cet énoncé. Pourrions-nous ajouter, le principe du consentement risque-t-il d'être travesti? Les pouvoirs fiscaux peuvent-ils obtenir tous les renseignements qu'ils veulent sous le motif que le justiciable a donné son consentement sur un formulaire de demande de services ou de prestations? Un consentement de ce type ouvrirait la porte à tous les couplages possibles de données, et le principe de l'étanchéité serait battu en brèche; la présomption de bonne foi et le respect de la vie privée aussi.

Sont ainsi bafoués quatre des huit grands principes établis en 1980 par l'OCDE en matière de protection de la vie privée : la transparence (l'information est recueillie à l'insu de la personne visée), le consentement, la nécessité (est-il nécessaire d'octroyer de si larges pouvoirs à l'État pour déceler les contrevenants?) et la finalité. Ce dernier principe signifie qu'une information ne peut être utilisée que pour les fins pour lesquelles elle est recueillie.

La loi fiscale ne s'est pas souciée jusqu'à présent de la protection de la vie privée et ignore ce concept.

En matière d'impôts sur les revenus, dans un arrêt du 19 novembre 1981, en cause Hardy Spirlet, la Cour de cassation estimait qu'afin d'assurer l'exacte perception de l'impôt, l'administration pouvait requérir la production de tous renseignements, fussent-ils relatifs à la vie privée du contribuable, et que les dispositions légales fondant l'action de l'administration

²³⁰ John K. VILLA, « A Critical View of Bank Secrecy Act Enforcement and the Money Laundering Statutes », (1988) 37 *Cath. U.L. Rev.* 489, 507-508.

ne sont pas contraires à l'article 8 de la *Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme*.

Cette affaire fut soumise à la Commission européenne des Droits de l'Homme, qui par décision du 7 décembre 1982, décida que si elle considérait que le fait d'exiger d'un contribuable la liste de ses dépenses privées constitue une ingérence dans sa vie privée, il s'agissait en l'espèce d'une ingérence nécessitée par l'intérêt économique du pays et qu'il n'est pas déraisonnable que l'administration ait pu exiger les renseignements litigieux, fussent-ils relatifs à la vie privée²³¹.

Les circonstances de la cause commandent cependant de nuancer les enseignements de cette jurisprudence. La justification de l'ingérence dans la vie privée devra être appréciée en fonction du cas concret et elle devra être proportionnée à l'intérêt poursuivi. Elle devra être reconnue non pas utile, mais nécessaire à la poursuite de l'un des buts énoncés à l'article 8 de la *Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme*²³².

B - Une nouvelle limite au secret bancaire : la lutte contre le blanchiment des capitaux et la criminalité financière internationale

Nous avons déjà fait état de la lutte entreprise par les gouvernements occidentaux, et qui découlait de l'initiative et de la pression américaines contre les trafiquants de drogue. En s'attaquant à l'aspect financier de ce commerce, l'État devait donc attaquer de front le secret bancaire en y apportant de nouvelles limites, car c'est sous le couvert de celui-ci que s'effectuent les transactions illicites et les transferts d'argent à l'étranger, de préférence vers les paradis bancaires.

Cette analyse est davantage orientée vers une appréciation des réponses législatives dans le domaine de la lutte contre le blanchiment des capitaux dans les banques mises en œuvre principalement au Canada et leur mise en perspective dans le cadre des nouveaux défis auxquels sont confrontés les acteurs de la lutte contre la criminalité financière.

²³¹ C. cass. 19 novembre 1981, *J.D.F.*, 1982, p. 25, obs. M. Dassesse. Affaire « Hardy-Spirlet », confirmée par la Commission européenne des droits de l'homme par décision du 7 décembre 1982, *J.D.F.*, 1983, 185.

²³² *Supra*, note 4. Voir notamment, Commission européenne des Droits de l'Homme, décision du 7 décembre 1982 en cause Hardy-Spirlet : *Compatibilité des pouvoirs d'investigation de l'administration fiscale belge avec le droit au respect de la vie privée*. *Journal des Tribunaux*, 1983, p. 359 et 360.

Nous évoquerons, dans une perspective internationale, la prise en compte du phénomène du blanchiment d'argent (4.1). Nous analyserons, par la suite, la stratégie et les initiatives canadiennes (4.2), la nature des obligations et des sanctions encourues par les institutions financières et enfin, principalement les modifications apportées au droit interne canadien (4.3).

4.1 - La prise en compte du phénomène au plan international

« Donnez-moi l'ordinateur, je vous donnerai la mondialisation.

Même si de tels déterminismes sont forcément excessifs, ils résument bien cette idée centrale : à des moments charnières de l'Histoire, une invention capitale bouleverse l'ordre des choses, infléchit la trajectoire d'une société et amorce un nouveau mouvement de longue durée. Imperceptiblement, depuis une bonne décennie, nous sommes entrés dans un mouvement de ce type. [...] Les technologies de l'information et de la communication, ainsi que la révolution numérique nous font entrer dans une nouvelle ère, dont la caractéristique centrale est le transport instantané de données immatérielles et la prolifération des liaisons et des réseaux électroniques. L'Internet constitue le cœur, le carrefour et la synthèse de la grande mutation en cours. Les autoroutes de la communication sont à l'ère actuelle ce que les chemins de fer furent à l'ère industrielle : de vigoureux facteurs d'impulsion et d'intensification des échanges. »²³³

C'est Pino Arlacchi, secrétaire général adjoint des Nations Unies, qui le disait : *« Il n'y a jamais eu autant d'opportunités économiques pour autant de gens dans le monde. Et il n'y a jamais eu autant d'opportunités pour les organisations criminelles d'exploiter le système. »*²³⁴

La toile est devenue un véritable espace virtuel qu'aucune frontière ne délimite, qu'aucun fleuve ne borne et qu'aucun pouvoir central ne régente.

Aussi le blanchiment d'argent, existant avant l'avènement du Web, prend-il une ampleur et une virulence particulières avec l'amélioration des moyens :

²³³ Appliquée à l'époque contemporaine. Ignacio RAMONET, « Nouvelle économie », *Le monde diplomatique* (12 mars 2000). Il y a lieu de rappeler le mot de Karl Max : *« Donnez moi le moulin à vent, je vous donnerai le moyen âge »*. Nous pourrions ajouter, en le paraphrasant : *« Donnez-moi la machine à vapeur, je vous donnerai l'ère industrielle »*. À la fin du XVIII^e siècle, la machine à vapeur, en provoquant la révolution industrielle, avait changé la face du monde : essor du capitalisme, apparition de la place ouvrière, naissance du socialisme, expansion du colonialisme, etc. Or, cette machine, en définitive, ne relayait que le muscle.

²³⁴ ONU, 10^e Congrès sur la prévention de la criminalité et le traitement des délinquants, Vienne, avril 2000.

« Le blanchiment accélère la spéculation immobilière et boursière, modifie insensiblement les règles du jeu par la menace de la violence, distord à son profit la concurrence et débouche avec la crise sur une collectivisation nationale et internationale des pertes et des dettes dont une partie non négligeable est d'origine mafieuse. »²³⁵

Avec la rapidité permise par l'informatique et l'Internet, l'argent sale s'accumule, prospère et corrompt. Le Fonds monétaire international (FMI) estime que chaque année environ 600 milliards de dollars sont ainsi blanchis.

« Money laundering is sleight of hand, a magic trick for wealth creation. It is the lifeblood of drug dealers, fraudsters, smugglers, kidnappers, arms dealers, terrorists, extortionists, and tax evaders. It is perhaps the closest anyone has ever come to alchemy.

[...]

It's called 'laundering' because that perfectly describes what happens – illegal, or dirty, money is put through a cycle of transactions and comes out the other end as legal, or clean, money. »²³⁶

Diverses méthodes sont utilisées. Ce sont surtout les transferts électroniques ou télégraphiques de fonds qui concernent les banques. Cette méthode consiste à virer (grâce aux gestions informatisées de trésorerie) rapidement les sommes d'argent sur d'autres comptes répartis dans divers pays. Cette méthode a été qualifiée de « la plus efficace ».

À l'heure actuelle, la loi exige que les personnes ou les entités qui sont actives dans le domaine du transfert de fonds, qui offrent des services de change ou qui émettent ou remboursent des mandats-poste, des chèques de voyage ou d'autres titres négociables se conforment à des exigences de déclaration, d'identification des clients, de tenue de documents et de conformité interne.

La complicité bancaire est ici extrêmement utile. Ainsi, comme nous le verrons par la suite, deux banques ont été impliquées : la Bank of Credit and Commerce International (BCCI) et

²³⁵ Guilhem FABRE, *La prospérité du crime, trafic de stupéfiants, blanchiment et crise financière*, Paris, Éditions de l'Aube, 1999, 208 p.

²³⁶ Jeffrey ROBINSON, *The Merger-How Organized Crime is Taking Over Canada and the World*, Toronto, McClelland and Steward, 1999, p. 80. L'auteur décrit les différentes étapes de blanchiment en ces termes : «...there are three distinct stages to the washing cycle. The first is immersion. A drug dealer who amasses \$ 5 million in cash might have a million or more pieces of paper to put into the banking system. He wants to consolidate the stash, making it as small as possible. He then relies on bank accounts, postal orders, traveller's cheques, and other negotiable instruments to funnel the cash into the world's financial system as fast as possible. The second step is heavy soaping. This is where the laundryman disassociates the money from its illicit source. By moving it through as many accounts as he can - in and out of dummy companies that he's set up around the world for just this purpose - and by relying on bank secrecy and attorney-client privilege to hide his own identity, he creates a complex web of financial transactions that frustrates any audit. The last stage is the spin dry. Here the washed funds are brought back into circulation, now in the form of clean, and often taxable, income. »

la Banque Internationale pour le Mali (BIM). Le Groupe d'action financière sur le blanchiment d'argent (GAFI), conscient que nombre d'affaires de blanchiment ont comporté l'utilisation de transferts électroniques de fonds, a établi une circulaire dite SWIFT du 30 juillet 1992 et plusieurs pays ont pris des dispositions pour limiter le recours des blanchisseurs à ce type de transferts²³⁷. À ce titre, M. J. Buob souligne le danger du cyberspace permettant des évasions de capitaux, mais surtout des transferts plus faciles entre banques par l'intermédiaire de banques « cyberspatiales »²³⁸.

Cependant, l'absence d'agrément ou d'enregistrement au Canada rend le secteur des entreprises de transfert de fonds très attrayant pour les criminels cherchant à remplacer le secteur réglementé des banques pour blanchir des capitaux ou financer des activités terroristes. D'ailleurs, le Groupe d'action financière sur le blanchiment d'argent (GAFI) demande que les entreprises de transfert de fonds soient enregistrées ou homologuées.

De plus, que faire lorsque les blanchisseurs créent des sociétés-écrans non détectables dans le cadre d'un rapport ou qu'ils utilisent des organismes financiers ayant des succursales dans des juridictions étrangères où le secret bancaire est très vigoureux? L'avenir résiderait-il dans les accords bilatéraux évoqués par le sénateur américain J. Kerry qui permettraient l'accès aux dossiers bancaires de ces établissements étrangers sans contrevenir à la souveraineté étrangère?

Ces exemples illustrent parfaitement la capacité des organisations criminelles à contourner les nombreuses législations et les dispositifs anti-blanchiment mis en place. Même si les banques affirment toujours respecter rigoureusement la loi et avoir instauré leurs propres mesures anti-blanchiment, le secteur bancaire est apparemment toujours utilisé avec succès par les blanchisseurs pour infiltrer leurs fonds illicites dans le circuit légal. Dès 2001, René Wack déclarait : « *On a l'impression que le blanchiment ne relève plus que de la seule responsabilité des banques.* »²³⁹ Renforcée par les attentats du 11 septembre de la même année, la pression exercée sur les banques est encore montée d'un cran.

²³⁷ É. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, Paris, Dunod, 2005, pp. 33-46.

²³⁸ Jacques BUOB, « Le cyberspace, enfer et paradis », *Le Monde* (8 mars 1995), p. 12.

²³⁹ René WACK est l'ancien patron de l'Office central de la grande délinquance financière. Éric VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte, supra*, note 237, p. 192.

La prise de conscience du fléau qu'est la progression de la violence criminelle s'est traduite par une recommandation du Conseil de l'Europe. Cette dernière invite ainsi les banques des différents États membres à mettre en place des procédures efficaces pour s'assurer de l'identité de toute personne avec laquelle elles entretiennent des relations d'affaires, afin de décourager la pratique d'opérations qui n'apparaissent pas conformes à la loi et pour réaliser la coopération avec les autorités chargées de veiller au respect des lois. Cependant, le secret bancaire se révélait être une limite à cette coopération, la déclaration indiquant, en effet, que « les banques doivent coopérer pleinement avec les autorités nationales (...) dans toute la mesure où les réglementations nationales spécifiques concernant l'obligation au secret professionnel vis-à-vis de la clientèle le permettent. »²⁴⁰

La première limite de marge de manœuvre des banques provient du fait que le banquier est simultanément confronté à des objectifs de rentabilité, à ses obligations de secret professionnel et aux devoirs de vigilance et de non-ingérence. Pour un grand groupe financier, qui peut compter plus d'une centaine d'implantations, la multiplicité des activités, la diversité des clientèles et des contextes juridiques et concurrentiels rendent la problématique beaucoup plus complexe. De plus, il n'est pas du ressort du banquier de remplir un rôle de police. Si les banques ont une obligation de collaboration et de moyens, elles ne peuvent pas s'incarner en membres actifs de la répression.

En effet, on considère, notamment depuis l'affaire de Bank of Credit and Commerce International (BCCI), que le blanchiment d'argent ne sert pas qu'à recycler de l'argent de la drogue, mais aussi lié au terrorisme international... « *La BCCI n'est pas seulement bâtie sur le secret et la supercherie, elle en avait également fait une composante essentielle des services bancaires qu'elle monnayait.* »²⁴¹ Cet établissement bancaire s'est effondré en 1991, dévoilant au grand jour un important réseau de blanchiment de capitaux et permettant la saisie de 12 milliards de dollars illégalement acquis²⁴². Ce gigantesque scandale avait eu l'effet d'un signal d'alarme pour les marchés financiers et les superviseurs bancaires. Cet épisode avait démontré des lacunes réglementaires et de contrôle évidentes, ce qui n'empêcha

²⁴⁰ Déclaration de principe du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire concernant la prévention de l'utilisation du système bancaire pour le blanchiment de fonds d'origine criminelle, in Annexe à la circulaire n°855 du 10 février 1989 de l'Association suisse des banques. Ce comité comprend des représentants des banques centrales et des autorités de contrôle des pays membres du « groupe des dix » composé de l'Allemagne, la Belgique, le Canada, les États-Unis, la France, l'Italie, le Japon, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse. Conseil de l'Europe, *Recommandation n°R (80)10, relative aux Mesures contre le transfert et la mise à l'abri des capitaux d'origine criminelle*, 27 juin 1980.

²⁴¹ Nick KOCHAN et Bob WHITTINGTON, *Bankrupt : The BCCI Fraud*, Londres, Victor Gollancz, 1992, p. 216.

²⁴² Lire généralement Denis ROBERT et Ernest BACKES, *Révélation*, Paris, Éditions les arènes, 2001.

pas une seconde affaire colossale de faire surface quelques années plus tard. Il s'agit de la faillite en 1997 de l'European Union Bank, immatriculée à Antigua, qui, au moyen d'un site Internet, garantissait à ses clients les normes les plus strictes du secret bancaire couvrant les affaires offshore, et a ainsi permis de blanchir les capitaux du crime organisé russe²⁴³.

L'affaire Enron, qui a défrayé la chronique²⁴⁴, est également susceptible d'engendrer quelques développements judiciaires sur le terrain du blanchiment pour le moins inattendus. Là encore, l'idée qui a soutenu la lutte contre le blanchiment, à savoir celle de réduire prioritairement les moyens d'action des organisations criminelles, trouve ses limites. Elle souligne la tentation pour un certain nombre de sociétés de camoufler des dettes ou des pertes en les reportant hors bilan sur des sociétés-écrans. C'est aussi un moyen de gonfler artificiellement les chiffres d'affaires et de soustraire une partie des bénéfices.

Il n'est pas difficile de voir dans ces faits des sujets de préoccupation pour nombre de banques d'affaires et de cabinets d'audit. Car ces faits peuvent faire l'objet de qualification pénale, sur le terrain comptable ou fiscal et, dès lors, toute activité de conseil qui aura participé à leur organisation est susceptible de caractériser la facilitation de la justification mensongère d'un bien qui sera le produit d'une activité délictueuse. Aussi bien, la banque d'affaires JP Morgan a intenté un procès à plusieurs compagnies d'assurances américaines accusées de ne pas remplir leurs obligations sur des contrats à terme du Groupe Enron. De leur côté, les assureurs émettent des doutes sur la bonne foi de la banque et exigent des précisions sur un certain véhicule offshore situé à Jersey, baptisé Mahonia, et spécialement créé pour ce type de contrats entre Enron et JP Morgan.

Un rapport d'information du Sénat français sur la régulation financière et monétaire internationale²⁴⁵ aborde les effets pervers des circuits financiers criminels et cite certaines conséquences identifiées de ces derniers. Le rapport fait notamment état de changements dans la demande de monnaie sans lien avec les fondamentaux économiques, de la fragilité et de

²⁴³ *Ibid.*, à la p. 41.

²⁴⁴ Philippe BOULET-GERCOURT, « Les coulisses d'un incroyable scandale », *Le Nouvel Observateur* (21 février 2002).

En quelques années, le groupe s'était étoffé de 4 000 filiales en joint ventures, entités servant à dissimuler les pertes, à emprunter de l'argent et à échapper à l'impôt sur les sociétés. Le groupe texan a réussi à ne pas payer d'impôt lors de quatre des cinq dernières années, créant pour cela quelques 881 filiales dans des paradis financiers, dont 693 aux Iles Cayman. Il apparaît dès lors que les scandales liés à ces juridictions hors normes sont encore à l'ordre du jour, ce qui ne plaide évidemment pas en faveur d'un statu quo des législations et réglementations locales. Jacques GÉNÉREUX, « L'après Enron, gouvernance ou démocratie ? », *Alternatives Économiques* (avril 2002).

²⁴⁵ Rapport d'information n° 284 « Pour un nouvel ordre financier mondial : responsabilité, éthique, efficacité », de la Commission des finances, présenté au Sénat français par Philippe MARINI (22 mars 2000), disponible à : <<http://www.senat.fr/rap/r99-284/r99-28446.html>>, consulté le 10 février 2009.

l'insécurité qui touchent les actifs financiers provenant du recyclage de fonds provenant de sources illicites, des fluctuations inattendues des taux de change ou d'intérêt du fait d'opérations financières interétatiques dirigées en sous-main par des criminels ou encore de perturbations en matière de finances publiques causées par l'évasion, la fraude fiscale ou la fuite des grandes fortunes. Le phénomène de spéculation est également dénoncé, notamment au niveau d'investissements massifs effectués avec des fonds d'origine criminelle blanchis.

Le rapport²⁴⁶ indique que « de façon générale, les circuits criminels échappent, du fait de leur opacité, à la connaissance des organismes chargés de mener les politiques économiques et financières. »

Selon les termes du rapport précité²⁴⁷, « les flux d'argent sale, les zones de non-droit bancaire et financier, les paradis fiscaux, les centres offshore, constituent autant de facteurs d'instabilité et de risque. »

4.2 - Stratégies et initiatives canadiennes

Le Canada ne pouvait donc pas rester inactif. Il a d'abord choisi une voie moins contraignante et bureaucratique que celle des États-Unis pour les institutions financières en dispensant ces dernières de l'obligation de produire les rapports prévus dans le *Bank Secrecy Act*²⁴⁸, comptant ainsi sur une participation volontaire des banques.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Les États-Unis ont été les premiers à s'attaquer au problème du blanchiment de l'argent au moyen d'un programme de déclaration des opérations en espèces. En 1970, la Bank Record and Foreign Transaction Reporting Act (BRAFTA) ainsi que diverses autres dispositions de loi regroupées sous l'appellation générale de Bank Secrecy Act (BSA) ont pris force de loi. La BSA fixe certaines exigences en matière de compatibilité et de compte rendu d'opérations à l'intention des particuliers, des banques et des autres établissements financiers ou d'affaires. Selon les services de douanes américains, cette loi a été adoptée surtout pour aider les forces de l'ordre à faire face aux problèmes créés par les lois du secret bancaire en vigueur dans certains pays :

« La Loi a été créée pour nous aider à repérer la provenance, la valeur et la circulation des espèces et des effets négociables en monnaie américaine qui entrent ou qui sortent du pays ou qui sont déposés dans des établissements financiers et nous permettre d'utiliser ces renseignements dans le cadre d'enquête portant sur des activités criminelles, ou des délits fiscaux. » Plus particulièrement les objectifs de la BSA sont les suivants :

- établir un mécanisme qui saura dissuader (ou tout au moins contrarier) les criminels qui veulent effectuer des dépôts ou des opérations financières en espèces acquises au moyen d'actes criminels;
- créer une source d'information et une piste comptable, là où il n'y avait rien, afin de retracer l'argent illicite investi dans le réseau des établissements financiers et des entreprises de bonne foi;
- créer une documentation pouvant servir de preuve dans le cas de poursuites contre des blanchisseurs; et
- prévoir des peines civiles et criminelles (amende, emprisonnement et saisie) pour ceux qui violent la loi.

La BSA se divise en deux grandes parties. La première partie, codifiée sous le titre 12 du United States Code (USC), exige que les banques et les établissements financiers conservent certains dossiers et pièces comptables pour une période de cinq ans. La deuxième partie, codifiée sous le titre 31 de l'USC, exige des particuliers, des établissements financiers et des entreprises la déclaration de certaines opérations faites au pays ou à l'étranger lorsque celles-ci s'élèvent à plus de 10 000 \$. En 1986, cette loi a été complétée par *The Money Laundering Control Act*. Sous-titre H du titre de *Anti-Drug Abuse Act of 1986*, Pub. L. N° 99-570, 100 Stat. *The Bank Secrecy Act*, Pub. L. N° 91-508, Stat. 1114, 1118 (1970). Les sanctions pour le non-respect de cette loi sont prévues à 12 U.S.C. 1954-1957; C. MORAIS, « Étude comparée sur le secret bancaire (États-Unis, Canada) », *supra*, note 142, p. 74 et s.

En mai 1998, le Solliciteur général du Canada a déclaré qu'il fallait collaborer de façon innovatrice à l'échelle internationale, parce que le crime organisé revêt diverses formes et s'étend au-delà des frontières. Il a ajouté que personne, ni aucun pays, ne peut endiguer la criminalité internationale, dont l'ampleur est déconcertante. Il a réitéré la détermination du gouvernement à lutter contre ces activités en août 1998.

*« Seul un partenariat stratégique entre le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires, et le milieu policier nous donnera, en unissant nos forces, suffisamment de poids pour faire échec aux groupes du crime organisé. Si nous relevons ce défi, nous aurons réussi à constituer un partenariat sans précédent au Canada et nous porterons la lutte contre le crime organisé à un niveau entièrement nouveau. »*²⁴⁹

Mais le Canada est allé plus loin en signant la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*²⁵⁰, dite Convention de Vienne, qui est très explicite à l'égard du secret bancaire et dont l'objet est de promouvoir la coopération entre les parties, de telle sorte qu'elles puissent s'attaquer avec plus d'efficacité aux divers aspects de ce trafic qui revêt une dimension internationale. En vertu de cette convention, une partie ne peut invoquer le secret bancaire pour refuser de donner effet à ces dispositions. Cette convention a été considérée comme l'un des instruments les plus détaillés et de la plus large portée à avoir jamais été adopté dans le domaine pénal international et, si elle est adoptée par un grand nombre de pays et mise en œuvre efficacement, elle constituera une grande force pour l'harmonisation des législations nationales et des actions répressives dans le monde entier.

Plus précisément, les articles 5 et 7 énoncent des mesures d'entraide judiciaire entre les États contractants en vue de fournir de l'information au soutien d'enquêtes concernant le trafic de drogue, ces États renonçant expressément à invoquer le secret bancaire pour refuser de

²⁴⁹ E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, supra, note 237, p. 156.

²⁵⁰ *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, C.T.S.1990, n° 42, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1990.

donner suite aux dispositions du traité²⁵¹. La France a, au surplus, proposé de renforcer le contrôle et l'application de la Convention de Vienne en créant une instance chargée du pouvoir d'infliger des pénalités et des sanctions²⁵².

La collaboration et l'échange d'information entre les États seraient bien sûr facilités par l'harmonisation des lois et l'adoption de traités généralement perçues comme étant l'approche la plus effective²⁵³. Certains y voient même une condition essentielle « *Short of new international law and enforcement mechanisms, there is no viable way to impose existing criminal law on general behavior in cyberspace.* »²⁵⁴

La Convention prévoit aussi que le secret bancaire ne saurait être invoqué par les parties dans les deux cas. Le premier a trait à la confiscation des stupéfiants (...) ainsi que des produits tirés d'infractions liées au trafic de stupéfiants. Le second tient à l'entraide judiciaire.

De plus, le Canada est membre du Groupe d'action financière internationale (GAFI)²⁵⁵, ainsi que de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE)²⁵⁶ et d'autres forums internationaux. De façon plus particulière, les recommandations 15 et 22 des 40 recommandations du GAFI ont donné lieu à des pressions internationales pour que soit établie dans les différents pays une unité d'enquête sur les transactions financières sur qui

²⁵¹ *Id.*, art. 5 et 7:

Article 5

[...]

(3) Pour pouvoir appliquer les mesures prévues au présent article, chaque Partie habilite ses tribunaux ou autres autorités compétentes à ordonner la production ou la saisie de documents bancaires, financiers ou commerciaux.

Les parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser de donner effet aux dispositions du présent paragraphe.

[...]

Article 7

(1) Les parties s'accordent mutuellement, conformément au présent article, l'entraide judiciaire la plus étendue pour toutes les enquêtes, poursuites pénales et procédures judiciaires concernant les infractions établies conformément au paragraphe 1 de l'article 3.

(2) L'entraide judiciaire qui est accordée en application du présent article peut être demandée aux fins suivantes :

[...]

(f) Fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents, y compris des relevés bancaires, documents comptables, de dossiers et sociétés et documents commerciaux.

[...]

(5) Les parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent article.

²⁵² AFP, « La France propose à l'ONU un renforcement de la lutte contre le trafic de stupéfiants », *Le monde* (28 octobre 1993), p. 14.

²⁵³ Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYKHELF et Sophie HEIN, *Droit du Cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 3-19. Entre autre, le *Traité d'entraide juridique en matière pénale*, C.T.S. 1990, n° 19, Ottawa, 1990 signé entre le Canada et les États-Unis qui a donné lieu à la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.C. 1988, c. 37. Des ententes similaires ont été signées avec l'Australie, les Bahamas, la France, Hong-Kong, le Royaume-Uni et le Mexique. Voir D. RACINE, « L'état et le secret bancaire au Canada », *supra*, note 21, p. 1271.

²⁵⁴ Robert DUNNE, « Detering Unauthorized Access to Computer : Controlling Behavior in Cyberspace through a Contract Law Paradigm », (1994) 35 *Jurimetrics J.* 10.

²⁵⁵ Rapport fait le 6 février 1990. Voir Groupe d'action financière présidé par Denis SAMUEL-LAJEUNESSE, *La lutte contre le blanchiment de capitaux*, rapport demandé par les chefs d'État lors du Sommet de l'Arche, 1990.

²⁵⁶ *Supra*, note 10.

reposerait la double obligation de signaler, d'une part, toute transaction financière susceptible de constituer du blanchiment de capitaux et de faire rapport, d'autre part, sur les transactions transfrontalières. Chacune de ces deux recommandations était considérée comme étant un aspect essentiel de la lutte internationale contre le blanchiment de capitaux et le crime organisé.

Le gouvernement fédéral a voulu aussi se donner du temps pour connaître l'ampleur du phénomène. Conséquemment, le surintendant des institutions financières a proposé aux banques un guide intitulé : *Mécanismes efficaces de repérage et d'élimination des opérations de blanchiment de fonds*²⁵⁷, applicable à compter du 1^{er} janvier 1990, dont l'un des objectifs est de superviser les banques canadiennes pour s'assurer qu'elles se conforment aux lois qui les régissent et il a émis en 1996 la Ligne directrice B-8²⁵⁸. Cette Ligne directrice énonce les procédures et les mécanismes de protection que le Bureau s'attend à relever dans toutes les banques canadiennes pour lutter contre les opérations de blanchiment de fonds. Elle découle de consultation entre le Bureau et les institutions de dépôt fédérales, principalement les banques, et de l'examen des méthodes et pratiques qu'elles appliquaient face aux transactions suspectes. La Ligne directrice ne s'applique pas à toutes les entités visées par la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* de 1991. Elle propose que le conseil d'administration de la banque adopte un énoncé de politique comportant les éléments suivants :

- Un ou plusieurs cadres responsables du respect des mesures de repérage et d'élimination des opérations de blanchiment de fonds et des cadres désignés pour chaque succursale ou centre d'exploitation;
- Un système officiel de contrôle interne visant à repérer et à éliminer les opérations de blanchiment;

²⁵⁷ BUREAU DU SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES, *Mécanismes efficaces de repérage et d'élimination des opérations de blanchiment de fonds*, Ottawa, Bureau du surintendant des institutions financières, 1989.

²⁵⁸ La Ligne directrice B-8 du BSIF, *Mécanismes pour décourager et détecter le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, maintenant renommée *Mécanismes de dissuasion et de détection du recyclage des produits de la criminalité et du financement des activités terroristes*, a été publiée en 1996 puis modifiée en avril 2003 et en 2004 pour tenir compte de refontes importantes de la législation canadienne, notamment la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* et de l'instauration du programme du BSIF pour l'évaluation des programmes de lutte contre le recyclage des produits de la criminalité. En décembre 2006, la loi a été revue en profondeur (dans le cadre du projet de loi C-25) dans le but de l'harmoniser davantage avec les normes internationales de lutte contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes énoncées par le Groupe d'action financière (GAFI), dont le Canada est membre fondateur. Les exigences législatives et réglementaires sont entrées en vigueur à des diverses dates. Pour les institutions financières fédérales (IFF), les plus importants des changements ont été ceux qui ont été apportés à la loi et les modifications corrélatives touchant le *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, qui sont entrées en vigueur le 23 juin 2008.

- Un système de vérification indépendant des méthodes appliquées par les services de vérification interne et de conformité de l'institution financière ou par une source externe compétente;
- Des mesures de conservation des registres;
- Des plans et programmes appropriés de formation du personnel²⁵⁹.

Le document précise qu'à compter du 1^{er} janvier 1990, chacune des inspections annuelles effectuées par le Bureau du surintendant comportera une inspection des méthodes de repérage des opérations de blanchiment de fonds²⁶⁰.

À cet égard, les exigences minimales du système de contrôle interne indiquent notamment qu'au-delà du seuil fixé dans les règles, les opérations suivantes doivent être portées à la connaissance d'un cadre chargé du respect des règles :

- Les demandes de conversion de billets en petites coupures en billets en coupures de plus en plus grandes, en toutes devises;
- Les dépôts d'espèces, en toutes devises, y compris les dépôts de nuit, les livraisons spéciales et toute autre opération qui n'est pas effectuée au comptoir;
- Les demandes d'achat, en espèces, de chèques de voyage ou de traites, en toutes devises; et
- Les demandes de virement dans une autre succursale ou institution financière, en toutes devises, au Canada ou à l'étranger²⁶¹.

Lorsqu'une opération est portée à sa connaissance, le cadre doit remplir un formulaire intitulé : Déclaration de la provenance des fonds. Ce document, signé par le client ou le déposant, dévoile l'identification de celui-ci, la provenance des fonds et autorise l'institution financière à divulguer cette opération aux autorités policières. En cas de refus du client de

²⁵⁹ *Id.*, p. 3.

²⁶⁰ *Id.*, p. 1.

²⁶¹ *Id.*, p. 4.

signer sans explication plausible, le Bureau du surintendant est d'avis que, pour assurer le respect de ces normes de base, l'institution financière doit refuser l'opération²⁶².

Par ailleurs, le cadre désigné dans chaque succursale doit dresser et faire approuver une liste des clients qui, dans la poursuite de leurs activités commerciales habituelles, exploitent une entreprise légale et effectuent des opérations d'une valeur supérieure au seuil fixé dans les règles. Cette liste d'exemptions doit être mise à jour périodiquement.

En conséquence, il appartient à chaque banque d'organiser une procédure interne de surveillance et de désigner un cadre pour chaque succursale responsable de remplir la documentation prescrite. On peut croire que cette procédure entraînera des coûts additionnels pour les établissements financiers. Cette politique s'inspire de la Déclaration de principes adoptée par le Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires (dit Comité de Bâle) en décembre 1988, dans la foulée de la Recommandation n° R (80) du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe du 27 juin 1980²⁶³.

Tout comme son voisin du sud, le Canada a une politique anti-blanchiment²⁶⁴. 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 liée au crime. Cependant, en 1990, les États-Unis ont créé un service de renseignement financier spécialisé et indépendant, le FinCEN (*Financial Crimes Enforcement Network*), qui reçoit et analyse des rapports d'opérations ainsi que d'autres données dans le but de communiquer ces renseignements et leurs analyses aux autorités chargées de l'exécution de la loi.

²⁶² *Id.*, p. 6.

²⁶³ Conseil de l'Europe, *Recommandation n° R (80)10, relative aux mesures contre le transfert et la mise à l'abri des capitaux d'origine criminelle*, *supra*, note 240.

²⁶⁴ *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. C. MORAIS, « Étude comparée sur le secret bancaire (États-Unis, Canada) », *supra*, note 142, p. 79 et s.

Le Canada a lui aussi adopté une formule mixte. Depuis le 8 novembre 2001, toutes les banques ont l'obligation de déclarer toute opération en espèces de plus de 10 000 dollars canadiens et de déclarer toute opération douteuse si elles ont des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles sont liées à la perpétration d'une infraction de blanchiment d'argent²⁶⁵.

Des sanctions sévères peuvent être imposées aux banques qui n'adopteraient pas une telle procédure. La loi²⁶⁶ prévoit des amendes de 50 000 à 500 000 dollars et des peines d'emprisonnement de six mois à cinq ans (art. 6). Cette responsabilité pénale est aussi étendue aux dirigeants, aux administrateurs ou aux mandataires qui ont ordonné ou autorisé l'infraction ou encore qui y ont consenti ou participé (Art. 7)²⁶⁷.

Enfin, le projet de loi C-25²⁶⁸, a reçu en décembre 2006 la sanction royale. Réalisé afin de soutenir et de renforcer la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, il répond à l'évolution internationale en conciliant cette loi avec la nouvelle réglementation internationale adoptée. Le Canada poursuit sans relâche le combat contre le blanchiment de capitaux et demeure à l'avant-garde, acceptant la mission de mentor lors de réunions et de tribunes internationales. Le Canada convient de participer sur le long terme à cette lutte. Le ministre Flaherty a pu ainsi déclarer : « *Nous avons travaillé dur pour renforcer notre régime et le rendre conforme aux normes internationales, et nous poursuivrons nos efforts pour faire du Canada un leader mondial dans ce domaine.* »²⁶⁹

En se penchant sur le bien-fondé de ce projet de loi, quelques explications s'imposent : En premier lieu, ce projet de loi vient-il renforcer les lois déjà en place? En second lieu, s'il est

²⁶⁵ *Proceeds of Crime (Money Laundering) Act* du 29 juin 2000. Les déclarations doivent être adressées à une agence indépendante spécialement créée, le CANAFE, Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada, *supra*, note 9. Cette formule est présente également dans certains pays européens. En Slovénie par exemple, la *Loi sur la prévention du blanchiment*, adoptée en 1994, impose aux institutions financières de déclarer au Bureau de la prévention du blanchiment toute transaction financière en argent liquide d'un montant supérieur à 4,6 millions de *tolar slovène* (SIT) (environ 32 146 \$ arrêté à la date du 08 avril 2009 au taux légal en vigueur de 1,6073), ainsi que toute transaction suspicieuse, quel qu'en soit le montant. *Law on the Prevention of Money Laundering*, n° 36/94 (7 juillet 1994).

²⁶⁶ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*. L.C. 1991, c. 26.

²⁶⁷ *Id.*, art. 3. L'exigence s'étend non seulement aux banques, aux caisses populaires ou aux crédits unions, aux sociétés de fiducie, aux sociétés de prêt ou aux compagnies des valeurs mobilières, aux opérations de change ou à l'exploitation d'une entreprise ou à l'exercice d'une profession ou d'activités prévues par le règlement. Cette loi vise donc aussi :

f) personnes qui se livrent au commerce des valeurs mobilières, y compris à la gestion de portefeuille et la fourniture de conseils en placement;

g) personnes qui se livrent aux opérations de change;

h) personnes qui se livrent soit à l'exploitation d'une entreprise, soit à l'exercice d'une profession ou d'activités visées par un règlement d'application de l'alinéa 5 (1) a.

²⁶⁸ *Loi modifiant la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, la Loi de l'impôt sur le revenu et une autre loi en conséquence*, projet de loi n° C-25 (sanction royale – 14 décembre 2006), 1^{ère} sess., 39^e légis. (Can.).

²⁶⁹ Ministères des Finances du Canada, « Le gouvernement du Canada élargit son régime de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes », Ottawa, 14 février 2008. Disponible à : <<http://www.fin.gc.ca/n08/08-013-fra.asp>>, consulté le 10 février 2009.

jugé nécessaire, quels sont les moyens qui permettent de limiter la perte de vie privée en résultant? Sur le premier point, le blanchiment d'argent est déjà une infraction au *Code criminel* canadien. En outre, il figure aussi dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et dans la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*. Il faut se rappeler que les Canadiens ne perdent pas leurs droits à la vie privée simplement parce qu'ils sont soupçonnés d'un crime. S'appuyant sur l'article 8 de la *Chartre canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême du Canada a statué que la personne soupçonnée d'un crime est en droit d'être protégée « *contre les atteintes du gouvernement à ses attentes raisonnables en matière de vie privée.* »²⁷⁰

Ces conventions et ententes internationales se sont traduites par l'adoption de législations et de règlements qui ont modifié le droit interne canadien²⁷¹.

4.3 - Modification du droit interne canadien

Avant 1989, les services de police ne disposaient que de pouvoirs limités pour lutter contre les activités de criminalité organisée. Techniquement, le recyclage des produits de la criminalité ne constituait pas une infraction et les efforts déployés pour les saisir et les confisquer étaient limités à ce que permettait l'article 312 du *Code criminel*, qui interdit la possession au Canada de : « ...Toute propriété ou chose ou tout produit de toute propriété ou chose...(sciemment)... obtenue ou dérivée directement ou indirectement... » de la perpétration d'une infraction commise au Canada ou d'une infraction similaire commise à l'étranger.

Toutefois, ce passage traite essentiellement de la possession de biens volés. Les limites de ces pouvoirs de saisir et confisquer des produits de la criminalité ont été révélées par une décision prise en 1985 par la Cour suprême qui n'a pas reconnu à la GRC le droit de saisir plus de 400 000 \$ de produits d'un trafic de drogue conservés dans un compte de banque canadien. Cette décision a été expliquée par le fait que la définition de ce passage de la loi n'était pas suffisamment large pour permettre la saisie de produits de la criminalité détenus dans une forme intangible comme, par exemple, un crédit sur un compte de banque. Les seuls

²⁷⁰ *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.

²⁷¹ Relativement au projet de loi C-9 (devenu L.C. 1991, c. 26), l'Honorable Gilles Loiselle, ministre responsable du Conseil du Trésor, qualifie de « conforme aux recommandations du Groupe d'action financière internationale sur le blanchiment des capitaux (GAFI) crée par le Groupe des Sept ». Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 34^e légis., 19 janvier 1991, « Initiatives ministérielles. Loi sur le recyclage des produits de la criminalité », *supra*, note 17, p. 1215.

pouvoirs de saisie dont la police disposait étaient ceux qui se trouvaient dans les différents mandats de perquisition. Le but de ce mandat était de rassembler des preuves²⁷². Et c'est pour donner suite à son engagement à titre de signataire de la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* de 1988 que le gouvernement fédéral a adopté la Partie XII.2 du *Code criminel* (en 1989) et qu'en 1991, il a ajouté la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*. Mais ce n'est qu'en 1996 que le gouvernement du Québec a créé l'*Équipe de lutte aux produits de la criminalité et le blanchiment d'argent*. La *Loi modifiant le Code criminel (gangs) et d'autres lois en conséquence* (L.C. 1997, c. 23), communément appelée la « loi antigang », est quant à elle entrée en vigueur en mai 1997²⁷³.

Certaines mesures conservatoires sont prévues, la saisie des biens qui proviennent directement ou indirectement du commerce illégal (art. 462.32 C. cr.) ou l'ordonnance de blocage (art. 462.33. C. cr.). Lorsque la confiscation n'est pas praticable, le tribunal « peut » substituer à l'ordonnance de confiscation une « amende égale à la valeur du bien » (par. 462.37 (3) C. cr.).

Des dispositions particulières visent la protection des tiers qui peuvent avoir un intérêt sur les biens saisis (articles 462.41, 462.44 C. cr.). Les biens dont la valeur correspond à ce produit peuvent être confisqués. Lorsqu'il s'agit d'une condamnation relative à une opération de criminalité organisée, le tribunal rend la sentence de confiscation selon la prépondérance des probabilités²⁷⁴ (article 462.37 C. cr.).

Il convient de remarquer que dans cet article, il est précisé que :

« Sur demande du Procureur général, le tribunal peut ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté des biens dont il est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils constituent des produits de la criminalité obtenus en rapport avec cette infraction organisée...»

D'autre part, le paragraphe 2 de ce même article nous informe que :

²⁷² *Banque Royale du Canada c. Bourque et autres* [1984] 38 C.R. (3d) 363.

²⁷³ Quatre autres lois criminalisent la possession et le recyclage des produits de la criminalité :

- La *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* L.C. 1996, ch. 19, relativement au produit du trafic de stupéfiants;

- La *Loi sur l'accise* S.R., ch. E-12, concernant les fonds provenant du trafic illégal du tabac;

- La *Loi sur les douanes* L.C. 1986, ch. 1, touchant le profit de la contrebande;

- La *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* L.C. 1998, ch. 38, quant aux avantages versés pour corrompre des agents publics étrangers.

²⁷⁴ *Piché c. R.*, [1994] R.J.Q. 871 (C.A. Que.).

« Le tribunal peut rendre une ordonnance de confiscation à l'égard de biens d'un contrevenant dont il n'est pas prouvé qu'ils ont été obtenus par la perpétration de l'infraction de criminalité organisée dont il a été déclaré coupable... à la condition d'être convaincu hors de tout doute raisonnable, qu'il s'agit de produit de la criminalité. »

Il est certain qu'un sens très large peut être donné à ces deux paragraphes de l'article (462-37 C. cr.) et que l'arbitraire devra en être écarté. Tout dépendra de l'interprétation qui sera faite de ces expressions par les tribunaux concernés lorsqu'ils statueront en matière de recyclage de capitaux (reprindront-ils l'abondante jurisprudence canadienne déjà élaborée et dégagée sur ces deux notions dans des domaines indépendants du blanchiment de l'argent sale?). Ainsi, comme l'énonce Denis Racine²⁷⁵ :

« Par ailleurs la loi autorise la confiscation au profit de Sa Majesté des biens qui sont des produits de la criminalité. Cette ordonnance est rendue par le tribunal selon un régime de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités plutôt que hors de tout doute raisonnable (article 462.37). Pour ce faire, le tribunal peut déduire que des biens proviennent d'une infraction de criminalité organisée lorsque la preuve démontre que la valeur du patrimoine de l'accusé après la perpétration de l'infraction dépasse la valeur de son patrimoine avant cette perpétration et que le tribunal est convaincu que son revenu de sources non liées à des infractions de criminalité organisée ou à des infractions en matière de drogue ne peut raisonnablement justifier cette augmentation (article 462-390). »

À cet effet, la Couronne peut demander au tribunal de rendre une ordonnance qui oblige les autorités fiscales à produire des documents ou d'autres renseignements confidentiels (article 462.48 C.cr.)²⁷⁶. Le juge peut, en remplacement de l'ordonnance, imposer une amende égale à la valeur du bien s'il est convaincu que le bien est introuvable, a été remis à un tiers, est situé à l'extérieur du pays, a subi une diminution importante de valeur ou a été fusionné avec un autre bien (article 462.37 (3) C. cr.). Le tribunal peut également annuler toute cession ou tout transfert des biens survenus après le blocage (article 462.40 C. cr.).

Bien évidemment, il ne se trouve dans le *Code criminel* aucune justification qui permette de confisquer et de saisir l'ensemble des biens d'une personne accusée de blanchiment alors qu'une infime partie de ceux-ci seulement découle de la commission d'une telle infraction. Néanmoins, il semble que les tribunaux devront être très vigilants pour éviter tout dérapage

²⁷⁵ D. RACINE, « L'état et le secret bancaire au Canada », *supra*, note 21, p. 1267.

²⁷⁶ È. FORTIN, L. LANGEVIN et N. L'HEUREUX, « Nouvelles législatives concernant le secret bancaire : renforcement et dérogations », *supra*, note 184, p. 34 et s.

ou, plus simplement, tout élargissement des dispositions ci-dessus énumérées et que, dans la pratique, le cadre des opérations de saisie devra être strictement défini et délimité.

La majorité des États prévoit des mesures de confiscation facultatives pour le juge. Or, l'application de cette sanction s'avère délicate. En effet, en vertu de son caractère de sanction pénale, la confiscation ne peut en principe être prononcée que sur les biens dérivés de l'infraction elle-même. Cela pose évidemment un problème dans le cas du blanchiment dans la mesure où les fonds objets de l'infraction ne proviennent pas de l'infraction elle-même, mais d'une infraction initiale comme le trafic de drogue. Cette difficulté a été mise en évidence lors d'une affaire Jurado, jugée au Luxembourg²⁷⁷. Membre du cartel de Cali, M. Jurado avait été chargé du blanchiment de sommes considérables dérivées du trafic de cocaïne. Arrêté au Luxembourg, la Cour d'appel du Luxembourg avait annulé la confiscation ordonnée en première instance au motif que les biens n'étaient pas directement le produit de l'infraction dont le tribunal avait été saisi. Depuis, la législation a été modifiée pour autoriser la confiscation des sommes liées à l'infraction initiale.

Le Canada peut également homologuer des ordonnances de blocage ou de confiscation ainsi que des mandats visant des produits de la criminalité ou des biens infractionnels, et ce, en vertu des articles 9.3 et 9.4 de la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*. Une fois homologué, l'ordonnance ou le mandat est exécuté comme si la procédure avait été rendue au Canada en vertu des paragraphes 462.32 (1), 462.33 (3), 462.37 (1), 462.38 (2), 490.1 (1), 490.2 (2), 487(1) ou 490.8 (3) du *Code criminel* ou en vertu des paragraphes 11(1), 14(3), 16(1) ou 17(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances (LRCDAS)*²⁷⁸.

Aux termes de l'article 18 de la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, le juge saisi de la requête, peut rendre une ordonnance d'obtention d'enregistrements bancaires s'il est convaincu qu'il existe des « motifs raisonnables » de croire (a) qu'une infraction qui relève de la compétence de l'État étranger a été commise et (b) que des éléments de preuve de l'infraction ou des renseignements susceptibles de révéler le lieu où se trouve une personne soupçonnée de l'avoir commise seront trouvés au Canada. Le Canada ajoute que « motifs raisonnables » signifie qu'il doit y avoir quelques éléments factuels permettant de penser que l'élément de preuve demandé sera trouvé au Canada. Cela suppose d'aller au-delà

²⁷⁷ Cour d'Appel du Grand Duché du Luxembourg, *Ministère Public c. Jurado Rodriguez José Francklin et autres*, 22/01/93.

²⁷⁸ Voir également la Partie XVIII, chapitre 43, « L'entraide juridique en matière pénale ».

de simples soupçons ou spéculations²⁷⁹. Au surplus, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé d'élaborer des normes applicables à l'assistance internationale en matière de secret bancaire qui viseraient notamment à faciliter la saisie et la confiscation de montants.

En droit canadien, dans l'affaire *R. v. Hayes*, le tribunal a statué que : « pour obtenir une condamnation pour recyclage de l'argent, il faut que l'État prouve quatre aspects de l'infraction au-delà de tout doute raisonnable, à savoir : (i) que l'accusé a eu affaire aux biens recyclés en question, (ii) qu'il avait l'intention de les cacher ou de les convertir, (iii) qu'il s'agissait de produits issus de la perpétration d'une infraction de prédictat et (iv) que l'accusé avait connaissance du fait. »²⁸⁰

Mais, en raison de ces modifications législatives, l'État n'a plus désormais qu'à prouver que l'accusé était subjectivement convaincu que les produits étaient issus de la perpétration d'une infraction de prédictat, même si ce n'était pas le cas effectivement. Cela permet à la police d'organiser des opérations d'infiltration²⁸¹.

Toutefois, les règles de droit interne à l'égard du secret bancaire continuent de s'appliquer bien que l'exception de l'intérêt public puisse justifier la divulgation de renseignements confidentiels.

Enfin, devant cette prolifération de nouvelles lois attaquant de front le secret bancaire, John M. Walter et Nathan Erlich, se fondant sur des précédents en matière de confidences faites à des journalistes ou de secrets de fabrication, élaborent quelques critères pouvant guider les banquiers et les tribunaux pour déterminer les cas où l'intérêt public forçant la divulgation est plus fort que le devoir de confidentialité :

²⁷⁹ À cet effet, l'article 462.47 stipule qu'aucune action ne peut être intentée contre les informateurs qui révèlent aux autorités judiciaires « des faits sur lesquels ils se fondent pour avoir des motifs raisonnables de croire que des biens sont des produits de la criminalité. » Il est intéressant de noter la version anglaise de cet article du *Code criminel* qui se lit comme suit : « Any facts on the basis of which that person reasonably suspects that any property is proceeds of crim. »

²⁸⁰ Par opposition au droit civil québécois. *R. v. Hayes* (1995), 104 C.C.C. (3d) 316, p. 321.

²⁸¹ De plus, les infractions de recyclage de l'argent comportent une infraction associée relative à la possession de produits de la criminalité, qui peut donner lieu à une condamnation même si l'État ne peut pas prouver le recyclage de l'argent. La « possession de produits de la criminalité » est une disposition à plus vaste portée dans le *Code criminel* que dans d'autres lois : elle s'applique à la possession des produits issus de tout acte criminel et pas seulement à des infractions de prédictat. Il ne s'agit pas de dispositions relatives au recyclage de l'argent en tant que telles, mais elles ont permis à la police de porter des accusations en l'absence de preuves suffisantes pour obtenir une condamnation pour recyclage de l'argent.

« While in both cases it is necessary to balance the public's right to receive confidential information against that of confidentiality, the weighting given to confidentiality in each case will be different. In assessing confidentiality in each case the following two points shall need to be taken into account:

(a) the substance of the information; and

(b) the category of persons who are the informers.

Where the category of persons is that of bankers, we suggest that the courts may develop a suitable test to weigh up whether there has been a warranted breach of confidentiality. Some of the factors the courts might consider are the following:

(a) Whether the facts in front of the court display a situation that a reasonable banker would understand to be one that would be in public's interest to disclose;

(b) Whether a clear, real, real and extensive danger to the public exists;

(c) Constructive interest-whether the sole intent of making public the confidential information is in society's best interest. The bank must be purely motivated at the time of the announcement. There should be no collateral purpose such as a personal reason between the customer and the bank;

(d) Constructive effect-has the bank carefully considered whether its action will be constructive?

(e) Lack of alternative-has the bank considered whether there is an alternative course of action against the potential harm that will be caused if the information is not made public?; and

(f) Consequential harm, that is to say, in considering the possibility of harm, has the bank weighed up and balanced the harm that might flow from consequential disclosure of other information and not merely the harm flowing from the disclosure of the particular information? »²⁸²

4.4 - Synthèse et développement

Les banques, comme nous l'avons constaté précédemment, sont tenues de déclarer « toute opération financière » lorsqu'il y a des « motifs raisonnables de soupçonner qu'elles sont liées à la perpétration d'une infraction de recyclage des produits de la criminalité ». La définition de « motifs raisonnables » reste à établir. Le projet de loi C-25 ne précise pas l'essentiel de leurs caractéristiques, ni le règlement à adopter, et n'indique pas l'orientation à

²⁸² J.M. WALTER et N. ERLICH, *loc. cit.*, note 105, 415-416.

suivre. Cependant, il requiert des organismes ou personnes une appréciation subjective et aléatoire de la bonne conduite et de la probité du client²⁸³.

Compte tenu du fait que les organismes et les personnes sont réputés révéler toute opération financière considérée comme douteuse et, à défaut, être passibles d'amendes allant jusqu'à 500 000 \$ ou de peines de prison pouvant s'élever à un maximum de six mois, la loi encourage de fait la surdéclaration d'informations. Les paramètres des critères « motifs raisonnables » et « opérations douteuses » n'ayant pas été précisés, les organismes financiers chercheront à minorer leur responsabilité. Il découle concrètement de ce fait que les organismes ou personnes tendront à révéler plus d'informations que nécessaire afin d'être en conformité avec la loi. C'est ce qui a pu être observé récemment aux États-Unis²⁸⁴.

Les organismes financiers, à qui il appartient de collecter ces informations et d'en instruire le Centre d'analyse des transactions financières, le feront à l'insu du client et sans son consentement, en se fondant sur des suspicions indéfinies. Ces informations ne seront pas obligatoirement utilisées dans un contexte d'investigation criminelle, cependant le client devrait être alerté de la possibilité éventuelle de déclaration d'informations personnelles au Centre. En effet, il n'est pas démontré de manière certaine que la prise de connaissance par le client de cette éventualité soit dommageable au déroulement de la déclaration.

Le projet de loi C-25 affaiblit néanmoins les mesures de protection concédées par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Si le Centre reçoit l'autorisation d'obtenir confidentiellement des informations, les personnes ne seront pas informées du fait que des renseignements sont recueillis ou qu'une investigation les concernant est en cours.

La faculté du citoyen de saisir la justice et le pouvoir d'investigation du commissaire se retrouvent sans raison d'être.

D'autre part, la personne sera privée de la possibilité d'établir si des informations ont été obtenues à son sujet, ne pouvant tirer parti de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents*

²⁸³ *Loi modifiant la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, la Loi de l'impôt sur le revenu et une autre loi en conséquence*, précitée, note 268.

²⁸⁴ Financial Crimes Enforcement Network, « Press Release : Civil money penalties assessed against American Express Bank International and American Express Travel Related Services Company, Inc », 6 août 2007, Disponible à : <http://www.fincen.gov/aebi_joint_release.pdf>, consulté le 10 février 2009.

*électroniques*²⁸⁵. Le Centre, bien que formellement soumis à cette dernière, se fondera sur l'article 16 ou l'alinéa 22 (1) b de la loi pour décliner de manière systématique toute démarche visant à la vérification de l'existence de ces informations. D'autre part, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* se trouve modifiée par le C-25, qui refuse aux organismes financiers la possibilité d'alerter leurs clients sur l'envoi d'informations personnelles au Centre. Un citoyen doit pouvoir prendre connaissance d'informations le concernant. Cette possibilité ne saurait être écartée de manière systématique sans que la preuve d'un préjudice soit démontrée.

Les approches internationales harmonisées de lutte contre le blanchiment d'argent ont largement ignoré la réalité juridique qui veut que des pays différents aient des approches différentes en ce qui concerne la protection de la vie privée et des renseignements personnels. De nombreux pays n'ont encore que des lois relativement modestes. En conséquence, les renseignements recueillis pour une raison précise risquent d'être utilisés à des fins abusives ou inappropriées. Cela est en contradiction flagrante avec le régime de protection de la vie privée en vigueur au Canada. Par exemple, le projet de loi C-25 élargit considérablement le régime d'échange de renseignements avec des gouvernements étrangers : « L'expérience récente démontre que des renseignements incontrôlés peuvent entraîner de grossières violations des droits humains de citoyennes et citoyens canadiens, et met en lumière le besoin de surveillance indépendante et d'imputabilité des institutions canadiennes de sécurité. »²⁸⁶

Aussi, les autorités ont-elles retenu des règles destinées à protéger les individus. Ainsi, en particulier, toute déclaration de soupçon doit-elle être secrète, tant du point de vue du déclarant que du point de vue de l'autorité qui la reçoit; de même, l'enquête éventuelle de l'autorité ayant reçu la déclaration doit-elle également le demeurer. À cet égard, la directive européenne du 26 octobre 2005²⁸⁷ constitue un progrès. Aussi, pour que la déclaration soit faite le plus en amont possible, il fallait écarter tout risque pour le déclarant, l'organisme

²⁸⁵ Un des principes fondamentaux de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la nouvelle *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* veut que les entités ne recueillent que les renseignements nécessaires. Canada, Sénat, « Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, L'examen de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* », Ottawa, 18 mai 2006. Disponible à : <<http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/Com-e/bank-e/pdf/02issue.pdf>>, consulté le 10 février 2009.

²⁸⁶ Association du Barreau canadien, « L'ABC comparait devant le Comité des finances à propos du projet de loi C-25, *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* », Ottawa, 2 novembre 2006. Disponible à : <https://www.cba.org/ABC/Nouvelles/2006_communique/2006-11-02_c25.aspx>, consulté le 10 février 2009.

²⁸⁷ Conseil de l'Europe, *Directive 2005/60/CE du parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, J.P n° L 309 du 25/11/2005, p. 0015 – 0036.

informé peut-il stopper l'opération s'il l'estime douteuse. Il doit alors le faire dans les heures qui suivent, la très grande rapidité de la réaction étant doublement nécessaire, d'une part, pour stopper une opération en cours, d'autre part, pour ne pas pénaliser celles qui ne justifient pas de réaction.

Le blanchiment de capitaux étant un problème d'envergure internationale, il convient de le combattre à l'échelle mondiale. Les établissements de crédit et autres établissements financiers ayant des succursales ou des filiales établies dans des pays tiers dont la législation en la matière est défective devraient, pour éviter l'application de règles très divergentes à l'intérieur d'un établissement ou d'un groupe d'établissements, aviser les autorités compétentes de leur État membre d'origine.

Les intermédiaires qui peuvent servir de vecteurs à la commission des infractions de blanchiment de l'argent sale sont au centre du dispositif préventif. Mais évidemment, les obligations qui pèsent sur eux peuvent s'avérer redoutables à divers égards. Les banques et le système financier dans son ensemble, par exemple, se posent de nombreuses questions. Ainsi, le simple fait de procéder à une déclaration de soupçon ne devrait-il pas les conduire à refuser d'exécuter l'opération demandée? Mais comment justifier ce refus, alors que la déclaration doit demeurer secrète? À défaut de justification, l'intéressé ne pourrait-il subodorer qu'une déclaration de soupçon a été faite et tenter d'engager la responsabilité de la banque pour rupture injustifiée de relations contractuelles? Certes, l'autorité à laquelle la déclaration a été faite doit intervenir très vite pour dire s'il faut suspendre l'opération, mais il a été indiqué que le délai réduit de réaction était insuffisant et toujours dépassé, aussi le problème est-il bien réel. À l'inverse, si la banque poursuit l'opération demandée et la réalise avant que l'autorité de déclaration n'ait eu le temps d'intervenir, n'engage-t-elle pas également sa responsabilité administrative vis-à-vis de son autorité de contrôle, et même pénale?

Le premier aspect des conventions qui retient particulièrement notre intérêt pour la lutte contre le blanchiment est relatif à la confiscation des avoirs. La confiscation des biens des trafiquants est, nous l'avons vu, l'objectif ultime de la lutte contre le blanchiment. Cependant, le cadre juridique déficient de certains pays est parfois venu limiter la possibilité d'exercer des confiscations de manière efficace, notamment de pays à pays. C'est ainsi que, par exemple, dans l'affaire Jurado précitée, les tribunaux luxembourgeois avaient dû renoncer à la saisie de près d'une centaine de millions de dollars de fonds identifiés pourtant avec

certitude comme provenant du trafic de drogues, en raison d'une faille des dispositions légales sur la confiscation.

Aussi, la Convention de Vienne, attache-t-elle une importance toute particulière à cet aspect et tente-t-elle de combler les déficiences des législations nationales en imposant aux États parties de prévoir dans leur droit interne la confiscation des biens provenant des infractions principales ou objets du blanchiment, ainsi que des mesures permettant aux autorités nationales d'identifier, de détecter et de geler les produits pouvant faire l'objet d'une confiscation. Elle envisage notamment plus spécifiquement la possibilité de faire produire en justice tous les documents bancaires ou financiers permettant de localiser ces biens. Sont inclus dans ces biens non seulement les produits directement issus du trafic ou du blanchiment, mais aussi ceux qui auraient pu être convertis ou mélangés avec des biens d'origine légale (à concurrence, bien sûr, de la valeur des biens sur lesquels l'infraction a porté), ou encore les revenus provenant de ces biens ou de ces fonds. C'est dire si le champ de la confiscation peut être large!

Le deuxième aspect est l'interdiction faite aux États de se retrancher derrière le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire. La convention souligne que les États parties « s'accordent l'entraide judiciaire la plus étendue » (Vienne, art. 7 précité). Mais le résultat semble décevant, du moins selon certains, dont fait partie Bernard Bertossa²⁸⁸, dont l'expérience en ce domaine est particulièrement grande. Il a, avec beaucoup de courage, dénoncé les États qui ne collaborent pas ou ne collaborent que faiblement, qu'il a classés en trois catégories : ceux qui sont incapables de mettre en œuvre le moindre moyen de lutte, parce qu'ils sont malheureusement démunis; ceux qui sont totalement rétifs à la mise en œuvre de tels moyens, par nationalisme exacerbé ou parce qu'ils ont quelque chose à cacher ou pour les deux raisons à la fois; enfin ceux, qui, par intérêt bien compris, ne refusent pas d'apporter leur concours, mais restent cependant réservés. L'exemple de la Suisse est assez intéressant à cet égard; grande place financière et capitale mondiale du secret bancaire semble fléchir sous la pression internationale²⁸⁹. Ce pays s'est donné tous les instruments juridiques pour lutter efficacement contre ces infractions, mais demeure attaché à son secret bancaire, de

²⁸⁸ Bernard BERTOSSA, « Coopération judiciaire internationale et blanchiment », dans Gérard Brayer (dir.), *La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme, colloque du 1^{er} décembre 2006*, Paris, Société de législation comparée, 2007, p. 61.

²⁸⁹ Cécile BARRO, « Le secret bancaire et les mesures anti-blanchiment », dans Gérard Brayer (dir.), *La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme, colloque du 1^{er} décembre 2006*, Paris, Société de législation comparée, 2007, p. 149.

sorte que les autorités étrangères peuvent obtenir les informations qu'elles désirent, mais sous réserve que tous les recours internes aient pu être épuisés.

Sous la menace d'une poursuite, rappelons que le 19 février 2009, l'Union des banques suisses (UBS), la plus grande banque suisse, a accepté de divulguer à la justice les noms de propriétaires américains de 250 comptes, en plus de payer une amende de 780 millions de dollars. « *C'est une vraie catastrophe pour la première industrie de la Suisse qui reste le secteur bancaire* », a soutenu l'avocat Genevois Charles Poncet sur les ondes de la Radio Suisse Romande²⁹⁰. UBS était accusée par les autorités américaines d'avoir aidé environ 20 000 clients américains à tromper le fisc pour un montant de 20 milliards de dollars. Les États-Unis réclament aujourd'hui 52 000 noms de clients de banques suisses. Selon certaines estimations, quelque 2 000 milliards de dollars de fonds étrangers se trouvent dans des comptes en Suisse.

Tout en conservant son secret bancaire et en étudiant les demandes au cas par cas, la Suisse veut se conformer aux normes fixées en 2000 par l'OCDE en échangeant davantage d'informations avec d'autres pays, pour éviter de figurer sur la liste noire des paradis fiscaux non coopératifs.

En pleine crise financière internationale, le processus arrêté par les leaders du G20 le 2 avril dernier constitue « *une démarche très forte, très cohérente, très solide* ». Avec, « *au bout de la route, la levée du secret bancaire lorsqu'il s'agit de rechercher et de sanctionner la fraude et l'évasion fiscale ou le blanchiment de capitaux issus d'activités criminelles.* »²⁹¹

On peut constater que ces mesures adoptées aux différents niveaux d'intervention ne se contentent pas de la simple levée du secret bancaire, mais exercent au contraire une véritable pression sur les pays non coopératifs afin que ceux-ci adoptent des législations permettant une lutte effective contre le blanchiment et la fraude fiscale grave et organisée. Loin de se disperser, les initiatives prises sont le signe d'une convergence des volontés au niveau international pour résoudre ces problèmes cruciaux pour l'économie mondiale. Toutefois, face à l'ampleur et à la nature du phénomène, bien des efforts restent à accomplir.

²⁹⁰ Voir « Coup dur pour le secret bancaire », *Radio-Canada.ca* (19 février 2009), disponible à : <<http://www.radio-canada.ca>>, consulté le 3 avril 2009.

²⁹¹ Voir « Paradis fiscaux : est-ce vraiment la fin du secret bancaire ? », *Le monde.fr* (3 avril 2009), disponible à : <<http://www.lemonde.fr>>, consulté le 3 avril 2009.

Est-ce vraiment la fin du secret bancaire?

C - Un frein aux limites : la protection de la vie privée

La protection de la vie privée semble être le fondement du secret bancaire. Michel Derobert s'est préoccupé de la confidentialité des données bancaires à caractère personnel dans un célèbre article publié dans *Le Temps* : « L'homme transparent ou la fin de la sphère privée ». Un bref stage dans le secteur bancaire nous a permis de découvrir que le système bancaire est complètement informatisé.

Dans cet article, l'auteur s'inquiétait du fait que des données relatives aux comptes et aux opérations bancaires des clients soient divulguées. En principe, en tant que données liées à la vie privée des clients et protégées par le secret bancaire, ces données ne peuvent être ni connues des tiers, ni divulguées. Or, « grâce à l'aide d'employés de banque peu scrupuleux, écrit Michel Derobert, un détective a pu se procurer des données protégées par le secret bancaire. Les suites ne se sont pas fait attendre : des personnes ont été licenciées, d'autres écrouées, l'appareil judiciaire a été mis en branle et l'enquête pénale suit son cours. » Le banquier soutenait que la sécurité et la confidentialité sont ce que vont chercher les clients auprès des banques²⁹².

Le droit à la vie privée et la protection des données personnelles sont donc interreliés. Il convient, dans un premier temps, de cerner le concept du droit à la vie privée pour mieux saisir l'importance de la protection des données personnelles (5.1). Il faudra, dans un deuxième temps, se pencher sur la protection des données personnelles afin de comprendre la finalité d'une telle protection affirmée dans la loi québécoise à la lumière d'une réflexion sociale et politique menée au Canada (5.2). D'abord, profitant de la réforme du Code civil et dans l'optique de la primauté et du respect de la personne humaine qui a inspiré cette réforme, il y a prévu des articles qui consacrent le droit à la vie privée et qui réglementent la constitution de dossiers contenant des renseignements personnels. Ensuite, pour compléter les articles du *Code civil du Québec*, il a adopté une loi qui régit la constitution de ces dossiers détenus dans le secteur privé (5.3).

²⁹² Michel DEROBERT, « L'homme transparent ou la fin de la sphère privée », *Le temps* (8 janvier 2000).

La question s'est très rapidement posée de savoir, d'une part, si les législations relatives au respect de la vie privée peuvent être utilisées pour protéger le secret bancaire et, d'autre part, si ces législations sont applicables seulement aux personnes physiques ou peuvent être étendues aux personnes morales.

5.1 - Les conceptions du droit à la vie privée

Si dans les siècles passés, la protection de la vie privée a constitué un « privilège de classe », comme l'admettent les historiens, ce siècle de bruit et de fureur qu'a constitué le XX^e siècle, pour paraphraser Shakespeare, a-t-il permis de démocratiser la protection de la vie privée?²⁹³

L'histoire a joué un rôle prépondérant dans l'apparition du concept moderne de vie privée. L'urbanisation et les révolutions sociopolitiques l'ont rendu inéluctable. Il s'agissait de faire en sorte que chacun soit libre; que l'exercice des droits ne soit plus lié à l'appartenance obligée à une classe prédéterminée, mais à la dignité humaine. C'est notamment le progrès, tel que l'a conçu le libéralisme dès l'époque de la Révolution française, qui rend aujourd'hui impérative la protection de la vie privée des citoyens. L'ordre social n'est plus fondé sur l'intérêt de la communauté, mais sur l'individu : la reconnaissance de l'intérêt à la protection de la vie privée en est l'inévitable corollaire. Charles Taylor nous l'affirme en effet :

*« With the breakdown of this idea of a larger order and the assertion of individual independence, the new value of the intimate personal relation gains ground. People demand and win privacy for the family. The new need for privacy is reflected in the very organization of domestic space. »*²⁹⁴

²⁹³ William SHAKESPEARE, (1564-1616), est considéré comme l'un des plus grand poètes, dramaturges et écrivains de la culture anglo-saxonne. Il est réputé pour sa maîtrise des formes poétiques et littéraires; sa capacité à représenter les aspects de la nature humaine est souvent mise en avant par ses amateurs. Philippe ARIÈS et Georges DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 5, « De la Première Guerre mondiale à nos jours », coll. Points/Histoire, Paris, Éditions du Seuil, 1999, p. 17.

Le droit au respect de la vie privée ou certains des intérêts du droit au respect de la vie privée peuvent être protégées par plusieurs dispositions du droit international instrumentaire. On le retrouve aussi bien dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Art. 12. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948); que dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5. Signée à Rome le 4 septembre 1950. (La *Convention européenne* est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Le texte de la *Convention européenne* a été révisé à la suite de l'adoption du *Protocole n° 3*, entré en vigueur le 21 septembre 1970, du *Protocole n° 8*, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1990); ou dans l'article 17 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47; ou la Déclaration américaine relative aux droits et devoirs de l'homme. *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.23, doc. 21, rév. 6. (La *Déclaration américaine* a été adoptée lors de la Neuvième Conférence internationale américaine tenue à Bogotà en 1948) et la Convention américaine relative aux droits de l'homme. *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123. (La *Convention américaine* est entrée en vigueur le 18 juillet 1978. Elle n'a pas été ratifiée par le Canada).

²⁹⁴ Charles M. TAYLOR, *Sources of the self-the making of the modern identity*. Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 291.

Il est important de faire valoir que le concept de droit à la vie privée n'est pas un principe absolu. La société exige qu'il s'établisse un juste équilibre entre les intérêts individuels et les intérêts publics; une société où le droit à la vie privée primerait sur tout le reste serait constituée d'ermites et non de personnes menant leurs vies de concert. Le droit à la vie privée doit être pondéré par d'autres valeurs afin d'atteindre des objectifs sociaux. Par exemple, il faut lever le voile sur certains détails de la vie privée pour permettre à une banque de se procurer l'adresse à laquelle elle doit faire parvenir les rentes annuelles ou les renseignements sur son compte. Enfin, si nous, en tant que consommateurs, exigeons que les institutions financières adoptent une approche plus personnelle et se fassent plus soucieuses de nos besoins et de nos désirs, il faut s'attendre à ce qu'elles recueillent et utilisent des renseignements personnels à cette fin.

Un autre point à souligner est le fait que le droit à la vie privée est un concept qui varie sensiblement selon la culture où l'on évolue. Par exemple, certains auteurs font valoir les différences marquées entre les mécanismes de protection des renseignements personnels qu'utilisent les gouvernements américains et européens. Ainsi, Alan F. Westin affirme que l'histoire des États-Unis a mené son peuple à s'opposer plus vigoureusement à la mise en œuvre de fichiers d'identification nationaux, lesquels sont monnaie courante en Europe²⁹⁵. Alors que les concepts actuels du droit à la vie privée au Canada découlent en grande partie des changements sociaux que l'on observe depuis environ un siècle. Ces changements structurels ont mené à l'élargissement des sphères d'activité de l'État et à une plus grande importance stratégique de la multitude de renseignements personnels que doivent posséder les secteurs public et privé.

Le débat sur le contrôle des renseignements personnels prend là un caractère fondamental. Il ne s'agit pas de s'opposer bêtement à l'évolution technologique ou à la commercialisation de services plus utiles au consommateur, mais de s'assurer que l'utilisation de nouveaux instruments ne porte pas atteinte à une valeur qui se situe au cœur de la conception moderne de la personne. La vie privée commence en général là où on bafoue la dignité et l'individualité d'une personne par le traitement qu'on lui accorde; malheureusement, les pratiques commerciales contemporaines ne sont pas toujours très respectueuses de ces valeurs. L'arrivée de l'ordinateur, dans les années 1970, risque d'avoir un impact à cet égard

²⁹⁵ Alan F. WESTIN, « Privacy, Technology and Regulation » dans *The Computer Culture*, éd. par Denis P. Donnelly, London, A.U.P., 1985, p. 138-139.

et allait toutefois relancer la crainte sinon la paranoïa tirée des métaphores orwelliennes. En 1974, Gérard Messadié publiait un ouvrage intitulé *La fin de la vie privée*. Les intitulés de ses chapitres donnent une idée du ton de l'ouvrage : « L'enfer des fichiers », etc. La jaquette de l'ouvrage nous livre les prédictions apocalyptiques de l'auteur à propos des conséquences de l'informatique, et la citer nous évitera de reproduire les trop nombreuses « perles » de la même eau que renferme cet ouvrage :

*« Les fichiers sont de plus en plus nombreux, de mieux en mieux tenus. Bientôt, grâce à l'ordinateur, ils pourront être remis en un seul fichier central. Il n'y aura plus alors de secret. Plus de vie privée. [...] Demain, quelques hommes, quelques fonctionnaires disposeront du pouvoir exorbitant de tout savoir sur tous les autres. Et pour toujours. Car la mémoire électronique ne connaît pas la défaillance. Elle ne sait pas ce que pardonner veut dire. C'est grave. Car sans pardon, il n'est pas de vie sociale possible. »*²⁹⁶

En ce qui concerne les institutions elles-mêmes, constatons que depuis les événements-prétextes du 11 septembre 2001, les lois ont renforcé l'opacité de fonctionnement de l'État, nous ramenant fort loin en arrière, étant donné que les approches sécuritaires constituent maintenant la principale réponse aux dangers résultant de la montée du terrorisme lié aux intégrismes religieux.

Les problèmes de respect de la vie privée accentués par l'arrivée de l'informatique dans les milieux bancaires ont déjà été rapportés par plusieurs études québécoises et canadiennes, qui ont recommandé une intervention législative dans ce domaine pour éviter les abus²⁹⁷.

5.2 - Le besoin d'intervention législative

On considère aujourd'hui le droit à la vie privée comme un amalgame de principes relatifs à la protection des renseignements personnels. Une des grandes préoccupations des années soixante et soixante-dix tenait au projet de création, par le gouvernement, d'un dossier « du berceau à la tombe » sur chaque citoyen²⁹⁸. Plus récemment, des spécialistes ont commencé à lever le voile sur les problèmes liés aux renseignements personnels dans le secteur privé²⁹⁹.

²⁹⁶ Gérard MESSADIÉ, *La fin de la vie privée*, Paris, Calman-Lévy, 1974, 219 p.

²⁹⁷ K. BENYEKHLEF, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, supra, note 4, p. 79; Karim BENYEKHLEF, « Les libertés : voie médiatrice de la protection des données personnelles », dans *Le droit de la communication, Actes du colloque conjoint des Facultés de droits de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 43.

²⁹⁸ Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967, p. 7.

²⁹⁹ Willis H. WARE, « The New Faces of Privacy », (1993) 9 *Information Society* 195.

En 1984, le gouvernement du Canada a annoncé qu'il avait officiellement adhéré aux Lignes directrices de l'OCDE³⁰⁰. Plutôt que d'adopter une loi visant la mise en œuvre de ces principes, le gouvernement s'est engagé « à encourager les entreprises du secteur privé à élaborer leur propre code de protection des données à caractère personnel ». À cette époque, John Grace a écrit que l'autoréglementation était préférable à la réglementation gouvernementale et que les codes de protection des renseignements personnels comportaient également des avantages pour les entreprises. Enfin, dans son rapport 1989-1990³⁰¹, il a demandé que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* soit modifiée de manière à exiger des organismes à charte fédérale qu'ils élaborent des codes et les présentent au Commissariat. M. Grace a fait valoir que son bureau pourrait se charger de la surveillance de ces codes, bien qu'il ne voulait jouer aucun rôle dans le processus de mise en œuvre des dispositions qu'on y retrouvait.

L'adoption par les institutions financières de ces codes de conduite permet de renforcer la protection de la vie privée. Ces codes prévoient un certain nombre de principes qui régissent la collecte et l'utilisation des renseignements personnels, en plus de préciser les droits des personnes concernées à accéder aux données et, le cas échéant, à les rectifier. Même si ces codes relèvent d'une application volontaire, tout porte à croire que les institutions s'y conforment et qu'ils constituent un cadre fort raisonnable pour la définition de la confidentialité des données.

En 1991, Bruce Phillips³⁰² plaidait en faveur d'une réglementation relative à la protection des renseignements personnels et d'une législation étendue relative à la protection de la vie privée visant le secteur privé. Le Québec a adopté une législation relative à la protection de la vie privée pour l'ensemble du secteur privé. Dans le cadre de ces modifications, un nouveau pouvoir est venu renforcer la *Loi sur les banques*. Par exemple, l'article 459 de la *Loi sur les*

³⁰⁰ Les règlements proposaient une variété de règles similaires à celle contenues dans les directives de l'OCDE. Ils exposaient surtout des principes relatifs à la limitation de la collecte, la qualité des données, la fin de la collecte, la limitation de l'utilisation, la communication des renseignements, les mesures de sécurité, le consentement de toute personne concernée, la responsabilité, la transparence, l'exactitude et la possibilité d'un examen externe. Les règlements de l'avant-projet sont remarquables à l'égard des limitations strictes relatives à la communication des renseignements personnels, de l'obligation pour les institutions d'apporter les corrections appropriées s'il y a lieu aux renseignements personnels d'un dossier et de les communiquer à tous ceux qui l'ont consulté, et de leur engagement à accepter un examen externe sur des plaintes relatives à la protection des renseignements personnels. Canada, Sénat, *Règlement sur l'utilisation, par une institution financière, des renseignements qui lui sont fournis par ses clients*, préparé par le Comité sénatorial permanent sur les banques et le commerce, Ottawa, Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement, 30 juillet 1992.

³⁰¹ Canada, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Rapport annuel du Commissaire à la protection de la vie privée 1989-1990*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990.

³⁰² Nommé commissaire fédéral à la protection de la vie privée, en remplacement de M. Grace.

banques donnait au gouverneur en conseil le pouvoir d'élaborer des règlements régissant l'utilisation par une banque de tout renseignement lui étant fourni par ses clients. Le gouvernement y a inclus des dispositions permettant d'établir des règlements pour répondre aux inquiétudes relatives à l'échange de renseignements entre les institutions financières, leurs filiales et d'autres établissements³⁰³. En ce qui a trait au règlement des différends, Jim Flaherty suggère que le Bureau du surintendant des institutions financières soit tenu de faire enquête au sujet des plaintes relatives à la protection des renseignements personnels et investi du pouvoir d'ordonner aux banques de prendre les mesures opportunes pour remédier à la situation³⁰⁴.

5.3 - Les interventions législatives

Dans son Rapport sur la personnalité juridique, l'Office de révision du Code civil propose des mesures qui viennent préciser le principe général de l'article 5 de la Charte qui prévoit que : « toute personne a droit au respect de sa vie privée »³⁰⁵.

La Charte canadienne ne renferme pas de protection explicite du droit à la vie privée. Elle a enchâssé dans la Constitution, aux articles 1,7 et 8, certaines libertés qui ont une incidence directe sur notre sujet³⁰⁶. Lors des discussions entourant l'adoption de celle-ci, certains proposèrent d'inclure une protection spécifique de la vie privée, mais ces tentatives échouèrent³⁰⁷. Malgré cet oubli délibéré du constituant, la Cour suprême a progressivement reconnu une protection constitutionnelle à la vie privée, entre autres dans son aspect informationnel, à l'aide de plusieurs droits et libertés³⁰⁸. Le vecteur dominant est l'article 8 de la Charte canadienne (ci-après l'article 8) qui accorde une protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Les propos désormais classiques du juge La Foret dans l'arrêt *Dyment* portaient d'ailleurs sur cette disposition³⁰⁹. Un autre vecteur d'importance est l'article 7 de la Charte canadienne (ci-après l'article 7) qui garantit à chacun le droit à la vie privée, à la liberté et à la sécurité et le droit de ne pas se voir privé de ses droits sauf en

³⁰³ GOUVERNEMENT DU CANADA, MINISTÈRE DES FINANCES, *Notes explicatives de la Loi sur les banques*, Ottawa, ministère des Finances, 1990, p. 55.

³⁰⁴ Canada, Sénat, *Règlement sur l'utilisation, par une institution financière, des renseignements qui lui sont fournis par ses clients*, préparé par le Comité sénatorial permanent sur les banques et le commerce, *supra*, note 300.

³⁰⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 73, art. 5.

³⁰⁶ Karim BENEYKHELF, « Introduction au droit des technologies de l'information au Canada », *Première rencontre académique canado - argentine sur le droit des technologies de l'information*, Faculté de droit, Université de Buenos Aires, 5 mars 2008. Disponible à : <<http://www.crdp.umontreal.ca/fr/activites/evenements/BUENOS%20AIRES%20Facultad>>, consulté le 19 juin 2008.

³⁰⁷ A-R. NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux*, *supra*, note 4, p. 1-2.

³⁰⁸ *Ibid.*, à la p. 106.

³⁰⁹ *R. c. Dyment*, précité, note 270.

conformité avec les principes de justice fondamentale. En matière de vie privée, l'article 7 est surtout connu pour la protection qu'il accorde (désormais) à une sphère d'autonomie privée à l'intérieure de laquelle une personne peut prendre des décisions de nature personnelle à l'abri de l'ingérence de l'État³¹⁰. Malgré cela, il existe aussi une certaine protection de la vie privée informationnelle sous l'article 7 quoique les contours de cette garantie ne soient pas encore bien définis³¹¹.

À notre avis, il n'est pas nécessaire de traiter en détail de la jurisprudence existant sous l'article 7 puisque les résultats seraient essentiellement les mêmes que ceux obtenus sous l'article 8. Deux raisons motivent cette assertion. Premièrement, l'information protégée par l'article 7 est sans doute la même que sous l'article 8. Deuxièmement, à l'instar de l'article 8, l'article 7 demande une pondération (*balancing*) des intérêts entre ceux des individus et ceux de l'État. Aux fins de notre étude, disons simplement que nous croyons que l'article 7 offre une protection résiduaire de la vie privée informationnelle lorsqu'il est établi que l'article 8 ne s'applique pas. Cette interprétation maintient l'utilité de l'article 8 et évite des dédoublements superflus. Elle cadrerait aussi avec les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Renvoi sur la Motor Véhicule Act* (Colombie-Britannique) s. 94 (2) à l'effet que les articles 8 à 14 de la Charte sont des illustrations spécifiques d'atteinte à l'article 7³¹².

Dans la foulée de la Charte, les tribunaux, se basant sur l'article 8, ont déclaré inconstitutionnels les pouvoirs de perquisitions du ministère du Revenu national, prévus par les articles 231(1) d), 231 (2) et 231 (4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³¹³, de même que l'article 10 (1) de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions* (devenue en 1985 la *Loi sur la concurrence*), au motif que ces mesures n'étaient pas soumises à un contrôle judiciaire préalable. Plus précisément, on se rappellera que c'est dans l'arrêt *Hunter*³¹⁴ que sera établi le cadre général d'analyse de l'article 8. La Cour suprême consacre (judiciairement) le droit au

³¹⁰ Voir notamment *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571.

³¹¹ *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3. Le lecteur peut lire avec profit l'arrêt *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977), relativement à la protection de la vie privée informationnelle sous les garanties d'application régulière de la loi prévues par les 5^e et 14^e amendements de la Constitution américaine. Cet arrêt a engendré une jurisprudence intéressante au niveau des Circuit Court of Appeals. Notamment *United States v. Westinghouse Electric Corporation*, 638 F.2d 570 (3^e Cir. 1980). Il existe également une jurisprudence encore plus intéressante de la vie privée informationnelle par la Cour européenne des Droits de l'Homme en regard de l'article 8 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, précitée, note 293.

³¹² *Renvoi sur la Motor Véhicule Acte (Colombie-Britannique) s. 94 (2)*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 512. Vu sous cet angle, on comprend mieux pourquoi l'on invoquait un droit d'accès à l'information personnelle sous l'article 7 et non sous l'article 8 dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, *ibid.*

³¹³ Sur les articles 231 (4), voir *Ministre du Revenu national du Canada c. Kruger Inc. et al.*, [1984] 2 C. F. 535. Sur les articles 231 (1) (d) et 231 (2), voir *F.K. Clayton Ltd. c. Ministre du Revenu national et al.*, [1986] 2 C.F. 105, *contra: Re New Garden Restaurant and Tavern Ltd. and Minister of national revenue*, (1984) 1 O.L.R. (4th) 256.

³¹⁴ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

respect de la vie privée en droit constitutionnel canadien, puisque l'enchâssement du droit à la vie privée avait été expressément rejeté par les constituants. La Cour suprême a indiqué que l'intention des auteurs de la Charte n'est qu'un élément, parmi d'autres, qui ne la lie pas. Mais à l'instar de la Cour suprême des États-Unis³¹⁵, elle a toutefois choisi de protéger le droit au respect de la vie privée. Bref, on l'aura compris, de dire M^e Nadeau, « *le droit à la vie privée est étroitement associé aux pouvoirs des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois. La doctrine du droit au respect de la vie privée est un moyen, un instrument que le pouvoir judiciaire s'est donné afin de contrôler les pouvoirs législatif et exécutif* »³¹⁶. Le juge Dickson (plus tard juge en chef) énonce plusieurs critères qu'il faut respecter pour qu'une perquisition soit raisonnable et non abusive. Le juge Wilson les résume, à la p. 499 de l'arrêt *Thomson Newspapers*³¹⁷.

- a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;
- b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;
- c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et
- d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête³¹⁸.

La décision fut semblable dans le cas de l'article 231 (4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* parce qu'il était trop large et permettait des *fishing expeditions*, laissant le contribuable sans recours, et cela, malgré, dans ce cas, une autorisation judiciaire préalable³¹⁹.

Au Québec, les pouvoirs de perquisition sont prévus dans l'article 40 de la *Loi sur le ministère du Revenu*. En janvier 1988, deux décisions de la Cour suprême ont déclaré cet article inconstitutionnel³²⁰.

³¹⁵ *McCulloch c. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

³¹⁶ A-R. NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux*, *supra*, note 4, p. 81 et s.

³¹⁷ *Thomson Newspapers Ltd. c. Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce du Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425.

³¹⁸ *McKinlay Transport Ltd. c. La Reine*, précité, note 138.

³¹⁹ *Supra*, note 313.

Qu'en est-il d'un ordre de produire des documents en vertu des articles 231 (3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (devenu en 1986 l'article 231.2 (1)) ou 39 de la *Loi sur le ministère du Revenu*? En 1983, le professeur Henri Brun écrivait :

« Nous doutons fort quant à nous que les articles 8 de la Charte canadienne et 24.1 de la Charte québécoise puissent quelque chose contre la présente disposition. Ces articles ne visent en effet que les perquisitions et saisies, ce dont il n'est aucunement question ici. L'ordre de fournir ou de produire ne comporte pas le même genre d'atteinte au droit à la jouissance de sa propriété ou au droit à la vie privée. »³²¹

S'appuyant son opinion sur l'arrêt *R. v. Robin*, une affaire de droit fiscal ayant jusqu'ici donné lieu à des jugements portant sur la Charte canadienne, la Cour supérieure, à la suite de la Cour des sessions, a conclu sans mal que l'article 8 de la Charte canadienne ne s'appliquait pas à la présente disposition³²². Elle a aussi jugé que cette dernière ne violait pas le droit à la protection contre l'auto-incrimination.

Comme l'ordre de produire ou de fournir de l'article 231 (3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est l'objet d'une discrétion sans borne ou exagérément large, pouvant même devenir une *fishing expeditions*. Aussi, vaudrait-il mieux demander ici aux tribunaux d'interpréter cette discrétion conformément à l'article 1.a) de la *Déclaration canadienne des droits*, afin que puissent être cassés les ordres de produire ou de fournir qui sont vraiment abusifs du point de vue du « droit à la jouissance de ses biens ». Il est vrai que la Cour suprême a souvent considéré les droits substantifs de l'article 1.a) de la Déclaration n'avait pas de vie indépendante de l'application régulière procédurale qu'il énonce. Cette vision, d'une part, tourne le texte même de 1.a); d'autre part, elle n'a prévalu que dans des cas où il s'agissait de l'annulation de dispositions législatives par opposition à l'interprétation ou l'application de telles dispositions comme « le présent cas »³²³.

La Cour suprême a eu l'occasion d'étudier le par. 231(3) de la loi en relation avec la Charte. Dans l'affaire *James Richardson and Sons Ltd. c. Le Ministre du Revenu national et al.*,³²⁴ en 1984, la juge Bertha Wilson après avoir déterminé que ce que le ministre tente d'accomplir

³²⁰ *St-Georges c. Procureur générale du Québec*, J.E. 88-336 (C.S.) et *Ébénisterie Alfredo Ltée c. Dansereau*, J.E. 88-337 (C.S.).

³²¹ Henri BRUN, « Le recouvrement de l'impôt et les droits de la personne », (1983) 24 *C. de D.* 457, 465.

³²² *Ibid.*

³²³ Voir par exemple, comme application semblable de l'article 1.a) de la *Déclaration canadienne* dans le cas de l'article 231 (4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'arrêt *Kelly Douglas v. R.*, (1982) 1 *W.W.R.* 493.

³²⁴ *James Richardson and Sons Ltd. c. Le Ministre du Revenu national et al.*, [1984] R.C.S. 614. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada examinait les faits à la lumière de l'article 231 [avant la modification de 1986] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 76.

en l'espèce, c'est-à-dire vérifier de manière générale si les négociants en denrées à terme observent la *Loi de l'impôt sur le revenu*³²⁵, précise que cela ne peut se faire au moyen d'une « recherche à l'aveuglette » faite en vertu du par. 231(3) de la Loi³²⁶.

L'existence même de ces dispositions dans la loi étaye le point de vue avancé dans l'arrêt *Canadian Bank of Commerce* portant que le ministre ne peut recourir au par. 231(3) pour obtenir des renseignements sur l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées que si leur assujettissement fait l'objet d'une enquête véritable et sérieuse.

Elle indique qu'il existe d'autres moyens mis à la disposition du ministre dans la loi pour ce faire et qu'en conséquence les demandes adressées au client sont nulles. Du fait de cette conclusion, elle estime qu'elle n'a pas à discuter des motifs supplémentaires d'ordre constitutionnel soumis par les procureurs relativement à l'annulation des ordres de produire³²⁷.

Devant tous ces jugements, le Parlement a abrogé en 1986 l'article 231 au complet pour le reformuler. Ainsi, les pouvoirs de perquisition font désormais l'objet d'une autorisation judiciaire préalable³²⁸. En ce qui concerne l'ordre de produire des documents concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, comme c'était le cas dans l'arrêt *Richardson*, l'article 231.2 (3) prévoit aussi l'autorisation d'un juge que l'on doit convaincre, sur dénonciation sous serment, que :

a) cette personne ou ce groupe est identifiable;

³²⁵ *Id.*, 624 : « Par conséquent, même si je partage l'avis du juge Le Dain selon lequel la Cour n'a pas dit, dans l'arrêt *Canadian Bank of Commerce*, que la fin visée dans cette affaire, savoir l'obtention de renseignements portant sur l'assujettissement à l'impôt d'une personne, était la seule fin pour laquelle une demande pouvait valablement être présentée en vertu du par. 231 (3), elle a néanmoins insisté sur une condition essentielle à cette fin particulière, savoir que l'assujettissement à l'impôt de cette personne doit faire l'objet d'une enquête, et c'est cette condition essentielle qui, selon l'appelante, est absente en l'espèce. »

³²⁶ *Id.*, 625 : « Il me semble que ce que le Ministre tente d'accomplir en l'espèce, c'est-à-dire vérifier de manière générale si les négociants en denrées à terme observent la Loi, ne peut pas se faire au moyen d'une « recherche à l'aveuglette » faite en vertu du par. 231 (3) de la Loi, dans les affaires des clients d'un courtier. Si le Ministre croit sérieusement que, d'une manière générale, les négociants en denrées à terme ne déclarent pas leurs opérations comme il se doit aux fins de l'impôt sur le revenu, il peut alors se prévaloir de l'al. 221(1) d). Il peut, en vertu de cet alinéa, obtenir un règlement enjoignant à tous ces négociants de déclarer les opérations qu'ils ont conclues dans leur commerce de denrées à terme. Après avoir obtenu un tel règlement, il est alors en mesure d'exiger ces déclarations, peu importe qu'une enquête soit ou non en cours au sujet d'une ou plusieurs personnes déterminées. À mon avis, l'existence même de ces dispositions dans la Loi étaye le point de vue avancé dans l'arrêt *Canadian Bank of Commerce* portant que le Ministre ne peut recourir au par. 231 (3) pour obtenir des renseignements sur l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées que si leur assujettissement fait l'objet d'une enquête véritable et sérieuse. »

³²⁷ *Id.*, 626 : « Ayant conclu que les demandes sont nulles de par l'interprétation du par. 231 (3) de la loi, je n'ai pas à décider si elles peuvent également être nulles pour les motifs constitutionnels allégués. »

³²⁸ *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 77, art. 121.

b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi;

c) il est raisonnable de s'attendre – pour n'importe quel motif, notamment des renseignements (statistiques ou autres) ou l'expérience antérieure, concernant ce groupe ou toute autre personne – à ce que cette personne ou une personne de ce groupe n'ait pas fourni les renseignements exigés ou ne les fournisse vraisemblablement pas ou n'ait pas respecté par ailleurs la présente loi ou ne la respecte vraisemblablement pas;

d) il n'est pas possible d'obtenir plus facilement les renseignements ou les documents³²⁹.

Cette requête procède *ex parte* et la personne ainsi requise a droit de demander une révision de l'ordonnance³³⁰ en vertu de l'article 231.2 (5).

Enfin, la Cour suprême du Canada a, le 29 mars 1990, dans l'affaire *McKinlay Transport Ltd. c. Regina*³³¹ précitée, tranché sur la constitutionnalité de cet article. Les juges Lamer et Wilson ont considéré que : La demande de renseignements ou de documents prévue au par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, jointe au mécanisme d'exécution que l'on trouve au par. 238(2), ne viole pas l'art. 8 de la Charte. L'objet des par. 231(3) et 238(2), considérés simultanément, n'est pas de sanctionner une conduite criminelle, mais d'imposer le respect de la loi. Même si une demande en vertu du par. 231(3) constitue une « saisie » pour les raisons exposées dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce du Canada* rendu le même jour³³², il ne s'agit pas d'une saisie abusive au sens de l'article 8 de la Charte canadienne. Cependant, dans l'affaire *Thomson*, la saisie avait eu lieu dans un contexte de droit criminel ou quasi criminel. Le paragraphe 231(3) ne constitue pas du droit criminel ou quasi criminel. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une mesure de réglementation puisqu'elle régit la façon dont l'impôt sur le revenu est calculé et perçu.

Il est aussi clair qu'il faut examiner le contexte dans lequel aurait eu lieu la violation reprochée, car c'est lui qui détermine les attentes légitimes en matière de vie privée. Les

³²⁹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 76, art 231.2 (3), tel que modifiée par la *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 77, art. 121.

³³⁰ *Id.*, art. 231.2 (5).

³³¹ *McKinlay Transport Ltd. c. Regina*, précité, note 138.

³³² *Thomson Newspapers Ltd. c. Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce du Canada*, précité, note 317.

commentaires suivants que le juge Wilson fait, dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, à la p. 645, sont intéressants :

*« Puisque les attentes des gens en matière de protection de leur vie privée varient selon les circonstances et les différents genres de renseignements et de documents exigés, il s'ensuit que la norme d'examen de ce qui est « raisonnable » dans un contexte donné doit être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens. »*³³³

Ainsi, le fait pour le fisc de pénétrer dans la propriété d'un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents³³⁴ adressée à l'institution financière du contribuable qui est liée par l'obligation de confidentialité. La raison en est que même s'il est possible que le contribuable s'attende peu à ce que son droit à la protection de sa vie privée soit respecté relativement à ses documents commerciaux utiles pour établir son assujettissement à l'impôt, il n'en attache pas moins d'importance au respect de l'inviolabilité de son domicile.

Par contre, l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* précité vise explicitement le droit à la protection de la vie privée³³⁵.

Cet article est complété par les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*, notamment l'article 37, qui prévoit qu'une personne qui constitue un dossier sur une autre personne doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire et qu'elle ne peut communiquer les renseignements ainsi recueillis sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de la loi³³⁶.

Cela étant, ces dispositions s'appliquent aux banques dans leurs relations avec les citoyens du Québec, le contrat bancaire relevant du droit civil. Mais par rapport à l'État, tant les exceptions de l'arrêt *Tournier* que les obligations générales ou particulières de divulgation créées par la loi viennent faire échec au principe établi par le Code civil.

³³³ *Id.*, 645.

³³⁴ *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, note 138.

³³⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 73.

³³⁶ Voir l'article 37 C.c.Q, *supra*, note 5 : « 37. Toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire. Elle ne peut recueillir que les renseignements pertinents à l'objet déclaré du dossier et elle ne peut, sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de la loi, les communiquer à des tiers ou les utiliser à des fins incompatibles avec celles de sa constitution, elle ne peut non plus, dans la constitution ou l'utilisation du dossier, porter autrement atteinte à la vie privée de l'intéressé ni à sa réputation. »

a- Le Code civil du Québec

S'inspirant également des recommandations de l'Office de révision du Code civil³³⁷, le *Code civil du Québec* codifie, au livre sur les personnes, le droit à la réputation et à la vie privée. Ces nouveaux articles, qui assurent la protection des renseignements personnels détenus par des tiers, auront des conséquences sur les pratiques bancaires³³⁸.

Nous nous appliquerons d'abord à découvrir comment, au cours des années et bien avant l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, on a pu se servir du Code civil comme instrument de protection de la vie privée des individus. Et comment ce Code, et particulièrement l'article 1053, a-t-il pu être utilisé en l'absence de texte précis comme l'article 5 de la Charte à la protection de la vie privée?

Quoique l'Office de révision du Code civil ait recommandé à plusieurs reprises des textes ayant pour but la protection de la vie privée, le Code civil ne contenait aucune formulation du droit. Sa création fut en grande mesure l'œuvre des tribunaux, dont les efforts ont reçu l'approbation du législateur dans la promulgation de l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. À cet égard, l'expérience québécoise suit celle de la France, où le droit au respect de la vie privée avait été l'objet d'importants développements jurisprudentiels avant sa formulation législative en 1970 et, plus particulièrement, de l'interprétation de responsabilité civile de l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*³³⁹. Le droit à la vie privée consacré par l'article 5 de la Charte québécoise n'est pas un droit autonome du régime de responsabilité civile. Autrement dit, la consécration du droit à la vie privée par la Charte québécoise « n'ajoute rien au droit commun ». Il ne saurait être, à lui seul, constitutif de droits subjectifs, c'est-à-dire de droits indépendants du régime de la responsabilité civile³⁴⁰.

³³⁷ Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1 Québec, Éditeur officiel, 1978, art. 12 à 14.

³³⁸ Pour les commentaires sur ces articles, voir K. BENYEKHLEF., *supra*, note 4, p. 78; É. FORTIN, L. LANGEVIN et N. L'HEUREUX, « Nouvelles législatives concernant le secret bancaire : renforcement et dérogations », *supra*, note 184, p. 11 et s.

³³⁹ L'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada* se lisait ainsi : « [t]oute personne capable de discerner le bien du mal est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit son imprudence, négligence ou inhabilité. » La notion de faute était balisée par le concept de la personne raisonnable ou encore, comme il était alors d'usage, par la notion du « bon père de famille. » Il y avait acte fautif engendrant la responsabilité de son auteur lorsque l'acte ou l'omission n'avait pas été commis par une personne suffisamment prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances. Voir *Code civil du Bas-Canada*, S.C. 1865, c. 41.

³⁴⁰ Dans *Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée – Aspects généraux et application (1900)*, les professeurs Molinari et Trudel affirmaient ce qui suit : « ce ne serait plus sur le caractère fautif du comportement de celui qui s'est livré à une atteinte de ces droits qu'il faudrait s'interroger, mais plutôt sur l'illégalité de l'atteinte. » Voir Patrick A. MOLINARI et Pierre TRUDEL, « Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée. Aspects généraux et applications », dans Formation permanente du Barreau du Québec (dir.) *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 218.

Ce régime de responsabilité civile de droit commun (notamment l'article 1053) a été qualifié par les auteurs de la doctrine québécoise de « véritable charte des droits » parce qu'il fournissait à la présumée victime d'une atteinte à un droit fondamental le moyen d'obtenir la réparation du préjudice subi³⁴¹. L'article 35 vient illustrer le principe énoncé par les articles 4 et 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec³⁴²; en édictant que toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée. L'article 36 énumère de manière non limitative un certain nombre d'atteintes considérées comme illicites. Cette énumération permet de circonscrire en partie le contenu du droit au respect de la vie privée. Le *Code civil du Québec* a introduit des dispositions générales sur la constitution de dossiers personnels (art. 37 à 41 C.c.Q.). Ces dispositions sont applicables à toute personne – individu ou personne physique et personne morale – qui constitue des dossiers sur une personne physique au Québec. L'article 37 pose le principe de base que toute personne qui constitue un dossier sur une autre doit avoir « un intérêt légitime et sérieux à le faire ». Les renseignements recueillis doivent être pertinents à l'objet déclaré du dossier et ils ne peuvent être communiqués à des tiers sans le consentement de la personne concernée ou avec l'autorisation de la loi.

Un des buts essentiels de ces mécanismes de protection est de permettre aux individus de ne pas être « dépossédés » de l'information qui les concerne personnellement, parfois intimement. La loi a mis en place des garanties visant à permettre à l'individu de contrôler gratuitement lui-même, dans une certaine mesure, les renseignements qui circulent sur lui. Ces garanties s'expriment par un droit de consultation, de reproduction, de rectification, voire, dans certains cas, de suppression des renseignements (art. 38 à 40 C.c.Q.). Ces droits visent donc la possibilité d'accéder au dossier et celle d'y faire apporter des modifications. De plus, la banque détentrice du dossier, devra informer les utilisateurs antérieurs des rectifications effectuées et communiquer à ses clients le contenu des décisions qui les concernent. En cas de difficultés, l'article 41 précise que le tribunal pourra déterminer les conditions d'exercice du droit d'accès ou de rectification du dossier.

³⁴¹ Madeleine CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne », (1978) 56 *R. du B. Can.* 197.

³⁴² L.R.Q. c. C-12 [ci-après la Charte du Québec], art. 9. « Chacun a droit au respect du secret professionnel. Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur sont révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel. »

Bien que l'on puisse se réjouir de l'ajout de ces règles dans le *Code civil du Québec*, qui remplit ici son rôle de droit commun du Québec³⁴³, elles sont évidemment insuffisantes pour assurer une véritable protection du droit à la vie privée. D'ailleurs, le Code civil n'a pas pour fonction de prévoir les détails. Une législation spécifique en la matière était donc nécessaire.

c- La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé

Le Québec est la seule province à s'être dotée de dispositions législatives en matière d'obtention, d'utilisation, de transmission et de conservation des renseignements personnels dans le secteur privé. La *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*³⁴⁴ au Québec (aussi appelée le projet de loi 68) élargit et précise certains éléments du droit à la vie privée directement tirés du nouveau Code civil³⁴⁵ de cette province. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994. C'est la première loi en Amérique du Nord à imposer des principes relatifs à la protection des renseignements personnels à l'ensemble du secteur privé, ce qui n'est pas sans avoir d'importantes répercussions pour les autres provinces canadiennes. Comme le disait le professeur Colin J. Bennett : « *Le Canada est le seul pays dont l'une des composantes s'est dotée d'une politique de protection des renseignements personnels plus exhaustive que celle du gouvernement fédéral.* »³⁴⁶

À la lecture du libellé de la Loi, on constate qu'elle s'applique autant aux banques qu'aux autres institutions financières. Cependant, il convient de se demander si les banques, qui relèvent essentiellement du fédéral aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁴⁷, sont tenues d'adhérer à des politiques provinciales³⁴⁸. Dans un article publié en 1994, M^e Étienne DuBreuil faisait valoir que les banques pourraient invoquer l'inconstitutionnalité de cette loi tout en précisant que si cela arrivait, il était probable qu'elles finiraient par devoir se soumettre aux dispositions de la loi québécoise³⁴⁹. Il a également fait remarquer qu'en l'absence de lois fédérales en la matière, une loi adoptée par un gouvernement provincial pourrait s'appliquer à un domaine de compétence fédérale à moins qu'elle n'empêche le

³⁴³ Voir la Disposition préliminaire du C.c.Q. È. FORTIN, L. LANGEVIN et N. L'HEUREUX, « Nouvelles législatives concernant le secret bancaire : renforcement et dérogations », *supra*, note 184, p. 12 et s.

³⁴⁴ *Supra*, note 5.

³⁴⁵ L.R.Q. ch. P-39.1. La loi étoffe et précise certaines des dispositions sur le droit à la vie privée et l'accès à l'information qui sont énoncés dans les articles 35 à 41 du *Code civil du Québec*.

³⁴⁶ Colin J. BENNETT, *Implementing Privacy Codes of Practice*, Ontario, ACNOR, 1995, p. 10.

³⁴⁷ L.R.C. 1985, Annexe II, N° 5.

³⁴⁸ On a détaillé sur cette question cf section I.

³⁴⁹ Étienne DUBREUIL, « Quebec Bill 68 : Is it Sufficient for the Federal Canadian Financial Institutions Sector? » in *Privacy in Financial Services : Striking a Balance between Privacy Right and Profits* (Toronto, Canadian Institute, 27 avril 1994).

gouvernement fédéral d'accomplir les devoirs qui lui incombent habituellement. Voici ce qu'a écrit M^e Étienne DuBreuil après avoir examiné le texte de cette loi :

« Compte tenu des circonstances, nous pouvons tout d'abord conclure que le gouvernement fédéral n'a encore adopté aucune loi en matière de protection des renseignements personnels dans le secteur privé. Cela étant, il appert que la loi dont s'est doté le gouvernement du Québec s'applique aux sociétés de compétence fédérale. Le projet de loi 68 s'appliquera par conséquent à toutes les entreprises qui exercent des activités commerciales dans la province de Québec. Le seul obstacle à ladite application serait une décision par les tribunaux à l'effet que cette loi nuit au gouvernement fédéral dans l'exercice de ses fonctions. En d'autres mots, les tribunaux devraient être convaincus que le projet de loi 68 empêcherait la législation fédérale de jouer le rôle qui lui incombe et pour lequel elle a été mise en place. »³⁵⁰

Bien que cette étude ne veuille aucunement se prononcer quant à la constitutionnalité du projet de loi 68, les auteurs remarquent qu'il est possible que les projets de règlements stipulant que les banques doivent adopter un modèle de code relativement à la protection des renseignements personnels auraient une incidence sur l'analyse de M^e Étienne DuBreuil. On ne peut passer outre au fait que toute réglementation fédérale en la matière, fût-elle adoptée ultérieurement, aurait préséance sur les lois provinciales.

L'utilisation et la transmission des renseignements personnels font également l'objet d'autres dispositions³⁵¹. Les banques doivent veiller à ce que les renseignements personnels sur lesquels elles s'appuient pour prendre des décisions au sujet de leurs clients soient exacts et aussi récents que possible. En règle générale, il est interdit aux banques de divulguer, de transmettre ou d'utiliser des renseignements personnels à des fins autres que celles auxquelles lesdits renseignements étaient destinés lorsqu'ils ont été versés au dossier du client. On peut toutefois les transmettre, les divulguer et les utiliser à d'autres fins avec le consentement de la personne concernée ou dans des circonstances prévues par la loi. La loi n'offre qu'une bien mince définition du concept de consentement, qui s'entend essentiellement du consentement manifeste, libre et éclairé, de transmettre ou d'utiliser des renseignements personnels à des fins précises. Le consentement n'est valable que pour la période nécessaire à la réalisation

³⁵⁰ *Ibid.*, pp. 6-7. Toutefois, E. DUBREUIL précise également que cet article ne doit pas être interprété comme un énoncé d'opinion sur la constitutionnalité du projet de loi 68. Par la suite, le professeur Colin J. Bennett a souligné que bien que les questions de compétences liées au projet de loi 68 n'avaient pas été résolues, les organismes à charte fédérale du secteur privé, comme les banques et les sociétés de transport aérien, s'étaient déclarées prêtes à se conformer aux conditions imposées par la loi. Voir : C.J. BENNETT, *Implementing Privacy Codes of Practice*, *supra*, note 346.

³⁵¹ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée, note 5, art. 10 à 26.

des objectifs pour lesquels il a été demandé³⁵². La loi interdit également aux entreprises établies au Québec de transmettre des renseignements personnels à l'extérieur de cette province sans avoir pris des mesures raisonnables pour s'assurer que ces renseignements seront protégés de façon adéquate par les lois auxquelles le destinataire est assujéti³⁵³.

La loi étoffe également le droit à la consultation et à la correction des renseignements personnels garanti par le *Code civil du Québec*³⁵⁴. Selon la loi, une entreprise doit confirmer ou infirmer l'existence de dossier contenant des renseignements personnels et permettre aux personnes qui le désirent de consulter leur dossier personnel au plus tard trente jours après la demande. Cette consultation doit être gratuite, à l'exception des frais qu'il serait raisonnable d'exiger pour un service de transmission, de reproduction ou de transmission de l'information. En plus des dispositions du Code civil habilitant les personnes à corriger les renseignements personnels qui se trouvent dans leur dossier, les intéressés peuvent exiger de la banque qu'elle efface tout renseignement recueilli par des moyens « autres que ceux prévus par la loi ». Soulignons cependant que la loi prévoit des circonstances dans lesquelles les entreprises ne sont pas tenues d'autoriser la consultation des dossiers personnels et fixe aussi parfois des limites quant à la nature des renseignements qui peuvent être consultés³⁵⁵.

Un autre développement survenu en 1996 mérite d'être pris en considération. Les ministres fédéraux de l'Industrie et de la Justice se sont engagés à élaborer une nouvelle législation pour protéger le caractère confidentiel des renseignements personnels dans le secteur privé. Le climat de confidentialité qui règne dans ces établissements bancaires a été renforcé par les dispositions de common law qui énoncent le devoir de confidentialité auquel sont tenues les banques³⁵⁶. En outre, une banque aurait bien peu à gagner et beaucoup à perdre en divulguant des renseignements personnels de nature délicate à des tiers. Si une telle pratique venait à être connue du public, les consommateurs éviteraient de faire affaires avec l'établissement en question et chercheraient à confier leurs renseignements à des institutions financières plus

³⁵² *Ibid.*, art. 14.

³⁵³ *Ibid.*, art. 17.

³⁵⁴ Voir : *Code civil du Québec*, précité, note 5, articles 37 à 40, et L.R.Q. ch. P-39.1, art. 27 à 41.

³⁵⁵ La loi prévoit quelques exceptions au droit à l'accès à l'information. La principale exception prévue par règlement stipule qu'une entreprise doit refuser de permettre l'accès à des renseignements concernant une personne autre que le demandeur lorsque la divulgation de tels renseignements risque de nuire gravement à la personne en question.

³⁵⁶ Pour de plus amples renseignements au sujet de l'exigence implicite de confidentialité en common law, cf le consentement exprès ou tacite du client précité, à la section II.

dignes de confiance³⁵⁷.

En conclusion, il nous semble que les règles de protection de la vie privée peuvent constituer, au Québec, une source légale au secret bancaire et, plus particulièrement, à l'obligation de discrétion, tant lorsque le client est une personne physique que lorsqu'il est une personne morale, hormis dans les cas où le public a un intérêt légitime à être informé de certains éléments touchant le patrimoine de l'intéressé. Comme le résume un auteur, « *le “mur de la vie privée” s'abaisse pour certaines personnes parce que le public a un intérêt légitime à les mieux connaître que les autres.* »³⁵⁸

5.4- Synthèse et développement

Puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu*, comme je l'ai souligné au début de mon analyse, repose sur les principes de l'auto-déclaration et de l'auto-cotisation. Le ministre du Revenu national doit donc jouir de larges pouvoirs de contrôle des déclarations des citoyens assujettis à l'impôt et d'appréciation de tous les justificatifs utilisés dans leur élaboration.

Pour mettre en œuvre cette capacité de contrôle, le ministre du Revenu national n'a nul besoin de prendre en considération la possibilité qu'un contribuable ait éventuellement enfreint la loi. La loi ne prévoit pas, bien qu'elle l'eût pu, que chaque citoyen remette tous les justificatifs au ministre du Revenu national et à ses subordonnés afin que soient effectués les indispensables calculs visant à définir le revenu base de l'imposition. La loi ne prévoit pas une méthode de ce genre, car elle serait certainement onéreuse et représenterait un lourd travail. Néanmoins, ce système autodéclaratif présente des inconvénients. L'un d'entre eux, et ce n'est point le moindre, est qu'il implique des principes de sincérité et d'exactitude de la part de l'autodéclarant lors de l'élaboration de la déclaration. Or il s'agit bien ici de la condition sine qua non pour que le système fonctionne. Quelques contribuables, loin de constituer la majorité, essaient d'en tirer parti et de se dérober ainsi à leurs obligations fiscales.³⁵⁹

³⁵⁷ Dans un dossier impliquant une caisse populaire, la Commission a démontré que l'institution avait divulgué le contenu du livret de banque du plaignant à un avocat, après que celui-ci eut fait émettre un bref d'assignation concernant ces mêmes renseignements. La Commission a fait remarquer que l'avocat ne pouvait exiger la divulgation de ces renseignements, et qu'un représentant de l'institution aurait dû comparaître en cour et révéler ces renseignements à cet endroit.

³⁵⁸ J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le secret bancaire*, supra, note 188, p. 110.

³⁵⁹ *McKinlay Transport Ltd. c. Regina*, précité, note 138, p. 648

Le Parlement a déterminé, aux articles 231.1 et 231.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* précitée, que les prérogatives de contrôle et de demande impérative seront appliquées par le ministre du Revenu national pour tout motif ayant trait à « l'application ou l'exécution » de cette loi ou, en anglais, « for any purpose related to the administration or enforcement ».

À part ces éléments, nulle autre limite législative concernant les buts à atteindre n'est prévue à ces articles.

La Cour en a cependant décidé de manière différente :

« Comme ils le prévoient expressément, les par. 231.1(1) et 231.2(1) sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » ou, en anglais, « for any purpose related to the administration or enforcement » de la L.I.R. Bien que ces expressions soient à première vue extrêmement générales, nous concluons en dernière analyse que, compte tenu de l'ensemble du contexte, elles n'incluent pas la poursuite des infractions prévues à l'art. 239. »³⁶⁰

Quels sont les motifs qui fondent la décision de la Cour pour qu'une « règle de droit conçue pour garantir le respect des exigences d'auto-déclaration de la *Loi de l'impôt sur le revenu* » et visant à « l'application et l'exécution » de cette même loi, se trouve écartée du domaine d'investigation explicité par les prérogatives énoncées ?

La Cour se fonde sur l'article 231.3 (1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En effet, cet article énonce qu'une requête *ex parte*, destinée à obtenir un mandat de perquisition aux fins de recherche et de saisie de choses constitutives d'éléments de preuve de la perpétration d'une infraction, se doit d'être émise. Selon la Cour, l'existence de ce dispositif impose une interprétation nettement restrictive des articles 231.1 et 231.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* :

³⁶⁰ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 231.1 (1), 231.2 (1), 239. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétations des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 79. Les gouvernements ont indiscutablement besoin de revenus pour financer leurs activités et la mise en œuvre des programmes sociaux. La perception de l'impôt fédéral sur le revenu – mesure établie initialement à cet échelon au cours de la Première Guerre mondiale par la *Loi taxant les Profits d'affaires pour la guerre, 1916*, S.C. 1916, ch. 11, et par la *Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, et perçue comme provisoire – constitue non seulement une source fondamentale de revenus fédéraux, mais aussi une source fondamentale de revenus pour un grand nombre de gouvernements provinciaux. *Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, art. 8. *Loi modifiant la Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu*, S.C. 1944, ch. 43, art. 11.

« Il est aussi utile et, selon nous, encore plus révélateur, de comparer le libellé des par. 231.1(1) et 231.2(1) à celui du par. 231.3(1), qui prévoit un processus de requête ex parte en vue d'obtenir un mandat de perquisition permettant de chercher « des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi » (je souligne). L'existence d'une procédure d'autorisation préalable lorsque l'on soupçonne qu'une infraction a été commise crée une forte inférence selon laquelle il n'est pas possible d'exercer les pouvoirs distincts d'inspection et de demande péremptoire pour une enquête criminelle.»³⁶¹

Le Parlement, en votant l'article 231.3, en accord avec les exigences constitutionnelles de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des critères de l'arrêt *Hunter* précité, voulait-il qu'une disposition permettant un pouvoir d'investigation avancé voie le jour ? Dans cette perspective, l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* souligne et prévoit que la mise en application d'une perquisition se doit d'être en premier lieu approuvée par le juge et fondée sur des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction aurait été commise, et que ces motifs soient confirmés sous serment. En effet, la Charte l'exigerait sous peine de contradiction avec son énoncé ! De ce fait, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) ne devrait-elle pas, au cours de ses investigations, utiliser une forme de saisie mieux adaptée aux valeurs protégées par l'article 8 de la Charte ? La Cour a tranché en rejetant cette possibilité, adoptant un point de vue original en la matière.

L'interprétation par la Cour suprême de l'article 8 de la Charte a toujours été fondée sur deux éléments déterminants pour circonscrire son champ d'application et fixer ses limites. Ainsi, elle considère en premier lieu les atteintes raisonnables constitutionnellement autorisées au respect de la vie privée et, en second lieu, la nature de l'opération d'investigation mise en place et le niveau auquel se situe l'atteinte au droit au respect de la vie privée.

Le deuxième paramètre que la Cour suprême cite maintes fois concerne le fait que les différents procédés d'investigation portent des atteintes différentes au droit au respect de la vie privée.

Ainsi, la Cour affirme dans l'arrêt *Baron*³⁶², portant sur la légalité de l'article 231.3 (dans sa forme antérieure) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que « le pouvoir d'effectuer une

³⁶¹ *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73.

³⁶² *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416. Bernard MANDEVILLE, « L'énigmatique affaire Jarvis : la nouvelle «approche contextuelle» en matière réglementaire» dans *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 89 et s.

perquisition dans un endroit porte plus atteinte à la vie privée d'un particulier que le simple pouvoir d'ordonner la production de document. »

Cette décision conforte le fait qu'une loi autorisant l'exécution d'une perquisition se doit d'obéir aux impératifs énoncés par l'arrêt *Hunter* et ce y compris dans un contexte réglementaire³⁶³. En effet, la Cour a affirmé à plusieurs reprises le principe selon lequel les exigences énoncées par l'arrêt *Hunter* seraient d'autant plus nécessaires et indispensables que les processus appliqués par l'État constitueraient une intrusion dans la vie privée.

*« De toute évidence, les perquisitions dans des propriétés privées sont beaucoup plus envahissantes qu'une demande de production de documents. Plus l'intrusion des auteurs de perquisitions dans les locaux d'une entreprise et des résidences privées est grande, plus on devrait accorder de l'importance aux dispositions de l'art. 8 de la Charte. »*³⁶⁴

La juge Wilson, dans l'arrêt *McKinlay* précité, a également affirmé ce principe en énonçant que l'ordre de production de documents, dans le contexte de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ne pouvait être considéré comme portant atteinte au respect de la vie privée, contrairement à d'autres processus d'investigation.

*« Plus grande est l'atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l'on trouve dans l'arrêt Hunter seront nécessaires. Ainsi, le fait pour des agents du fisc de pénétrer dans la propriété d'un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. »*³⁶⁵

De même :

*« À mon sens, le par. 231(3) [maintenant 231.2] prescrit la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la Loi de l'impôt sur le revenu. Elle n'entraîne pas la visite du domicile ni des locaux commerciaux du contribuable, elle exige simplement la production de documents qui peuvent être utiles au dépôt des déclarations d'impôt sur le revenu. »*³⁶⁶

Ainsi, la Cour n'a pas jugé nécessaire d'accorder plus d'importance à ce facteur : « dans le contexte particulier du régime fiscal d'auto-cotisation et d'auto-déclaration, le droit d'un

³⁶³ *Id.*,

³⁶⁴ 143471 *Can. Inc. c. Québec (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 339, p. 380.

³⁶⁵ *McKinlay Transport Ltd. c. Regina*, précité, note 138.

³⁶⁶ *Id.*, 649-650.

contribuable à la protection de sa vie privée à l'égard des registres qui peuvent être utiles au dépôt de sa déclaration de revenu est relativement faible. »³⁶⁷

La Cour suprême, dans ce contexte particulier, aurait-elle pu en décider autrement ?

Nous comprenons que la Cour en a ainsi décidé en raison du fait que l'ordre de production de document n'était pas en l'espèce une *fishing expedition* (affaire Richardson)³⁶⁸ mais bien nécessaire à l'investigation d'un contribuable au sens de l'arrêt *Canadian Bank of Commerce*.

Les motifs que nous invoquons pour en conclure ainsi sont, en premier lieu l'exception d'obligation légale de divulgation sous-entendue dans l'affaire *Canadian Bank of Commerce*. Les commentaires de la juge Wilson quant à l'étendue des atteintes, considérée comme faible, laissent entendre qu'il serait très difficile, voire impossible, à l'institution financière concernée de s'opposer à la demande de production de documents.

Même en prenant en considération que la confiance en la protection de données personnelles est partie à la relation entre le contribuable et son banquier, il faut bien reconnaître que l'argument est de peu de poids et ne peut influencer sur la décision de la Cour³⁶⁹.

Par ailleurs, le droit au respect de la vie privée est garanti dans la mesure où l'article 241 de la loi s'oppose à la divulgation de documents ou d'informations à d'autres personnes ou services.

L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'article 24.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* garantissent une protection contre les saisies et perquisitions abusives, insistent sur l'obligation d'agir de manière équilibrée, et imposent un devoir d'information à la personne à l'encontre de qui est exercée une enquête. En conformité avec les principes établis et exposés plus haut, cette contrainte assure au contribuable la légalité des mesures prises par l'autorité.

Cependant, un contribuable peut bénéficier dans le contexte d'une investigation à son encontre, encadrée par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de la possibilité de ne pas s'auto-incriminer, relativement aux chèques, livres et registres, et documents créés avant toute

³⁶⁷ *R. c. Jarvis*, précité, note 361.

³⁶⁸ *James Richardson and Sons Ltd. c. Le Ministre du Revenu national et al.*, précité, note 324.

³⁶⁹ D. RACINE, « L'État et le secret bancaire au Canada », *supra*, note 21, p. 1257 et s.

contrainte de la part de l'autorité, ainsi qu'aux pièces possédées par des tiers. Comment cela peut-il être interprété ?

Et si la possibilité de ne pas s'auto-incriminer, qui protège le contribuable, est au centre de la question, l'existence d'un mandat de perquisition (article 487 du *Code criminel* ou article 231.3 de la L.I.R.) adoucit-elle, et dans quelle mesure, la procédure engagée par l'État à l'encontre du contribuable ?

L'atteinte au droit au respect de la vie privée du contribuable, dûment encadrée légalement, procéderait de l'article 8. Si cette proposition est exacte, il aurait été intéressant que la Cour éclaircisse ce point. En effet, est-il raisonnable, sur le fondement de l'article 8 de la Charte, d'autoriser l'État à porter atteinte à la vie privée d'un contribuable ou d'un tiers au regard des provisions des articles 231.1 et 231.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et ce, en vue d'investigation à caractère pénal ? Faut-il considérer que c'est exactement ce que la Cour a prévu de manière implicite, indiquant une approche nouvelle de la question ?

Concluant, il est possible de considérer que la protection objective énoncée par l'article 8 de la Charte³⁷⁰ et définie par l'arrêt *Hunter* ainsi que par d'autres décisions de la Cour suprême n'est plus un paramètre décisif dans le contexte actuel. La notion de vie privée et l'attente raisonnable qui en découle se conjuguent avec l'intérêt de l'État en application de ses prérogatives de contrôle, d'inspection et d'investigation.

Des décisions prises après *Jarvis* laissent apparaître que l'élément clef est l'existence de « motifs raisonnables »³⁷¹. Cet élément, établi comme étant « *la probabilité fondée sur la crédibilité* »³⁷², a été utilisé comme une exigence préliminaire dépendant d'une autorisation judiciaire. Or il s'agit bien ici de justifier une atteinte au respect de la vie privée. L'existence de motifs raisonnables est un seuil que les fonctionnaires de l'État ne peuvent ignorer.

Ainsi les commentaires du juge La Forest à propos de pouvoirs d'inspection controversés (affaire *Potash*) :

³⁷⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 130.

³⁷¹ *R. c. Bjellebo*, [2003] O.J. N°. 3946 (Ont. C.A.).

³⁷² *Baron c. Canada*, précité, note 362.

« Ces pouvoirs doivent, il va sans dire, être exercés en conformité avec l'objet de la Loi et les inspecteurs sont tenus d'agir en toute bonne foi. Il sera toujours possible de contester les abus. Mais une telle hypothèse n'altère pas la validité du régime législatif et l'équilibre qu'il atteint entre les intérêts sociaux et le droit à la vie privée des particuliers. »³⁷³

En résumé, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, réglementaire, peut éventuellement occasionner des charges de nature criminelle en raison d'un éventuel non-respect de ses dispositions contraignantes. Le ministère public s'oppose au citoyen qu'il tente de dénoncer comme coupable. La poursuite peut occasionner une déclaration de culpabilité entraînant des peines d'emprisonnement. L'existence de ces situations impose la prise en considération d'impératifs d'ordre réglementaire et pénal, ainsi qu'une étude circonstancielle fondée sur la Charte .

³⁷³ *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406. Bernard MANDEVILLE, « L'énigmatique affaire Jarvis : la nouvelle «approche contextuelle» en matière réglementaire », *supra*, note 363, p. 89 et s.

Conclusion

À l'issue de cette analyse, il paraît laborieux de dégager une ligne de pensée claire, tant le sujet paraît vaste et complexe. Le secret bancaire est un sujet délicat, car il est appelé à se greffer sur des droits aussi différents que le droit civil, fiscal, administratif, etc. Chaque domaine présente ses propres particularités, appelant ainsi une approche différente du secret bancaire.

Bien souvent, la source de toutes difficultés provient d'un conflit d'intérêts entre la sphère privée et la nécessité de protéger le bien commun.

Principe protecteur des personnes voyant des informations de nature confidentielle les visant, parvenir à la connaissance du banquier dans l'exercice de ses fonctions, le secret bancaire est, par principe, opposable aux tiers, et ce, quels que soient leur qualité ou leur rang. Le fait d'être tenu au secret bancaire commande, en effet, aux banquiers d'opposer une fin de non-recevoir aux demandes des tiers relatives à des renseignements portant sur des informations confidentielles. Cependant, ce principe étant, au Canada, d'un caractère relatif, il n'édicte pas à la charge du débiteur de l'obligation, une défense absolue de divulgation de l'objet du secret. Au contraire, des dérogations légales, voire jurisprudentielles, y sont apportées.

Tout d'abord, le consentement de la personne visée par les informations de nature confidentielle permet de lever le secret bancaire. De plus, le législateur comme le juge sont progressivement intervenus pour admettre la non-opposabilité du principe, tant au nom de la protection d'autres intérêts privés (comme ceux de la caution) que de la préservation de l'intérêt public (telle que la protection de l'économie ou les impératifs de justice pénale) légitimement supérieur au besoin de secret de la personne dont certaines informations sont couvertes par celui-ci.

Quant à l'opposabilité ou non du secret bancaire à l'administration fiscale, le droit admet, en faveur de cette dernière, une large dérogation au principe. Ainsi, pour faire face à la récession provoquée par la crise financière internationale, la *Déclaration du G20 sur le renforcement du système financier*, adoptée à Londres le 2 avril dernier³⁷⁴, prévoit que les ministres des Finances et les gouverneurs des banques centrales du G20 s'engagent à consolider la bonne

³⁷⁴ Voir le site : <<http://www.g20.org/>>, consulté le 1^{er} juin 2009.

régulation du secteur financier et la coopération internationale, à soutenir et développer l'intégrité sur les marchés financiers et à lutter contre toute exploitation illégale du système. D'un commun accord, les ministres des Finances et les gouverneurs des banques centrales du G20 décident d'appliquer la norme internationale en matière d'échange d'informations dans le domaine fiscal. Cette mission tenue pour essentielle vise une plus grande transparence et une plus grande équité dans les échanges au sein des sociétés contemporaines, ainsi qu'à promouvoir la reprise économique. Les institutions financières sont tenues d'observer le principe de secret bancaire tout en évitant que celui-ci puisse contribuer au développement de transactions irrégulières.

L'impossibilité d'accéder aux informations fiscales a des effets pervers non négligeables. En effet, d'aucuns, redevables de l'impôt³⁷⁵, s'en soustraient. Cette situation n'est pas équitable vis-à-vis des contribuables qui remplissent leurs obligations fiscales. Ainsi, le G20 conforte les travaux du Forum mondial de l'OCDE sur la fiscalité visant l'établissement de mécanismes pour un échange de renseignements dans ce domaine et la promotion de normes efficaces de transparence fiscale qui serviront de fondement aux règles devant être instaurées. À cette fin, le Forum prévoit la mise en place d'un espace où tous les pays pourraient se rencontrer et coopérer.

En outre, de façon plus globale, il peut sembler que ce phénomène de coopération et d'uniformisation du secret bancaire soit, progressivement, en train de s'étendre à l'ensemble des législations.

Néanmoins, une telle uniformisation risque de se trouver confrontée au fait que certains États, dans le monde, continuent de proposer une discrétion bancaire relativement étendue, rendant

³⁷⁵ *Supra*, note 290. Dans une prise de position d'UBS précitée sur le secret bancaire, la banque helvétique soutient qu'elle « respectera ces conditions et cautionne les intentions de la Suisse » et rappelle que « la Suisse a déclaré qu'elle n'adoptera pas le principe d'échange automatique d'informations et n'autorisera pas la pêche aux informations de la part d'autorités étrangères. Elle autorisera l'échange d'informations avec d'autres pays dans des cas individuels où une demande spécifique et justifiée est présentée. » UBS croit d'ailleurs que la poursuite actuelle ne devrait pas être réglée dans un tribunal puisque « l'évolution récente démontre que cette question devrait être résolue par le biais de discussions bilatérales entre les gouvernements. » UBS « réussit à s'éviter une nouvelle amende. La banque avait accepté à la mi-février de payer 780 millions de dollars en échange de la fin d'une procédure pénale. En contrepartie, le département américain de la Justice renonce à ses plaintes au civil contre UBS ainsi qu'à sa requête visant à obtenir l'identité de plus de 50 000 titulaires de comptes. » UBS « devra avertir ses 4 450 clients concernés que leurs données ont été transmises au fisc américain en les encourageant à collaborer, sans quoi ceux-ci pourraient être poursuivis au pénal. » L'accord a d'ailleurs été salué par l'Association suisse des banquiers, qui juge que la stabilité du système, chère à ses clients, sera préservée. UBS « aura ainsi bataillé pendant plus d'un an pour éviter d'en arriver à mettre fin au fameux secret bancaire suisse, qui permettait de mettre de côté des sommes importantes sans avoir à justifier quoi que ce soit, ou presque. Mais la banque suisse a finalement préféré arriver à un compromis avec les autorités américaines, plutôt que de devoir se priver du marché américain. »

difficile, voire interdisant, l'entraide judiciaire en matière pénale et ne permettant pas non plus une lutte efficace contre le blanchiment d'argent³⁷⁶.

Ainsi, le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) cite, dans son rapport du 20 juin 2003, les noms d'États ou de territoires toujours jugés comme non coopératifs en matière de lutte contre le blanchiment d'argent³⁷⁷. Il est reproché à leurs législations de ne pas permettre une lutte correcte contre le blanchiment de capitaux et de constituer, par conséquent, des paravents pour toutes les opérations financières d'origines illicites. Il est à noter que d'autres États, pourtant réputés pour la rigueur de leur secret bancaire, ne figurent pas sur cette liste, alors qu'ils étaient précédemment, en raison de la promulgation de textes permettant de remédier aux défaillances identifiées par le GAFI, il y a quelques années. Ce dernier appelle alors ses membres à mettre à jour leurs directives à l'intention des institutions financières, afin que ces dernières prêtent une attention particulière aux relations d'affaires et aux opérations avec des personnes, y compris des sociétés et des institutions financières, de pays ou territoires considérés par le rapport comme non coopératifs. De plus, si ceux-ci devaient maintenir leurs règles et pratiques préjudiciables, les membres du GAFI se verraient alors dans l'obligation d'envisager l'adoption de contre-mesures visant ces pays ou territoires³⁷⁸.

Encore un mot sur l'obligation de dénonciation et de coopération avec les autorités compétentes dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent. Désormais, des données confidentielles peuvent être confiées à des mandataires domiciliés à l'étranger. Il apparaît en effet que l'obligation de déclaration de soupçons de blanchiment, action grave qui constitue manifestement une sérieuse atteinte au principe du secret professionnel, si elle peut apparaître légitime dès lors qu'elle répond strictement aux exigences de la réglementation, pourrait par contre faire naître un sérieux risque d'abus, et même une faute grave par rapport à l'éthique, si elle devait s'éloigner dangereusement de la précision de son objectif et/ou des limites de ses caractéristiques fondamentales. En pratique, il semble que la poursuite d'une violation du secret bancaire commise à l'étranger se heurte à de nombreuses difficultés, tant juridiques que pratiques. De même, toujours dans l'objectif d'un meilleur rendement, les banques

³⁷⁶ S. BESSON, « L'argent secret des paradis fiscaux », *supra*, note 13, p. 263.

³⁷⁷ GAFI, *Quatrième rapport sur les pays ou territoires non-coopératifs*, Paris, 20 juin 2003, p. 18.

³⁷⁸ GAFI, *Premier rapport visant à identifier les pays ou territoires non-coopératifs : améliorer l'efficacité, au plan mondial, des mesures de lutte contre le blanchiment*, Paris, 22 juin 2000, p. 14.

n'hésitent pas à offrir des services sur Internet, bien qu'elles se reconnaissent incapables de garantir le secret bancaire dans ce type de prestations.

Pendant longtemps, nous avons pensé que l'affaiblissement du secret bancaire était essentiellement dû aux pressions étrangères, exercées en particulier par les États-Unis et les pays membres de l'OCDE. Si cette affirmation est en partie vérifiée en matière de blanchiment et de fraude fiscale, il est faux de croire qu'il s'agit de la seule cause. En effet, l'internationalisation du secteur bancaire constitue un facteur de déclin déterminant. Internet, les contrats internationaux, les comptes offshores, le développement de l'information commerciale sont autant de facteurs qui ne permettent plus de garantir le secret bancaire. Ce mouvement s'observe non seulement sur le plan juridique et pratique, mais aussi en matière politique. Longtemps, dans l'esprit de chacun, le secret bancaire était associé à une certaine idée de la démocratie. Aujourd'hui, le monde occidental a tendance à l'assimiler aux activités les plus douteuses, telles que le blanchiment, la fraude fiscale, le financement occulte des partis politiques ou l'abus de biens sociaux. Cette conception rejoint celle qui prédomine depuis longtemps dans les pays anglo-saxons. Pour ces derniers, le monde économique doit être le plus souple et le plus transparent possible, toute confidentialité étant considérée comme une source de dérives.

D'ailleurs, personne ne saurait ignorer que les banques sont tenues de se positionner sur le marché mondial, ce qui implique nécessairement un assouplissement du secret bancaire. Comme nous l'avons vu au cours de notre introduction, le déclin du secret bancaire n'aura probablement aucune incidence en termes économiques, puisque c'est précisément le monde financier qui réclame une plus grande souplesse dans les échanges internationaux et une meilleure transparence. Cependant, le coût de ce changement se sentira probablement au niveau individuel, la sphère privée n'étant désormais plus considérée comme un élément prépondérant. En effet, il n'est pas inutile de rappeler l'importance du secret bancaire quant à la protection de l'individu. La crédibilité des banques canadiennes est en partie due à la garantie d'une confidentialité quasi absolue. Rétrospectivement, on comprend que le secret bancaire est un élément inhérent à la démocratie et au respect de la personnalité.

Cela ne veut pas dire que les tribunaux n'ont pas de rôle à jouer. Il est vrai qu'on a souvent remarqué la relative inefficacité des tribunaux de droit commun à protéger le droit à la vie

privée, en particulier dans son volet informationnel³⁷⁹. Un cadre devra être mis en place pour contrôler d'un point de vue constitutionnel les agissements du pouvoir exécutif. Sans vouloir être alarmiste, le pouvoir judiciaire ne peut lui laisser une totale discrétion en matière de gestion de l'information. Il faut des contre-pouvoirs et les tribunaux doivent en faire partie. Comme l'a dit avec brio le juge La Forest dans l'arrêt *Dyment*, la notion de vie privée mérite non seulement une protection constitutionnelle pour protéger l'autonomie des individus, mais également parce qu'elle a « *une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique* »³⁸⁰.

³⁷⁹ K. BENYKHLEF, « Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée », *supra*, note 4, à la p. 40.

³⁸⁰ R. c. *Dyment*, précité, note 270, aux pp. 427-428

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE : MONOGRAPHIE

ARIÈS, P. et G. DUBY (dir.), *Histoire de la privé privée*, « De la Première Guerre mondiale à nos jours », t. 5, coll. Points/Histoire, Paris, Éditions du Seuil, 1999.

BENYEKHEF, K., *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, Montréal, Éditions Thémis, 1992.

BEUPRÉ, J.-P., *Le contrat de compte bancaire*, Montréal, Éditions Thémis, 1987.

BAUDOUIIN, J.-L., *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

BEARE, M.E. et G.S. SCHNEIDER, *Tracing Illicit Funds : Money Laundering in Canada*, Doc. N°1990-05, Ottawa, Solliciteur Général du Canada, 1990.

BENNETT, C.J., *Implementing Privacy Codes of Practice*, Ontario, ACNOR, 1995.

BAUDOUIIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

BLACHE, D., *Le droit bancaire des États-Unis : Le modèle pour l'Europe bancaire*, Paris, Édition Revue Banque, 2006.

CHAMBOST, E., *Guide mondial des secrets bancaires*, Paris, Éditions du Seuil, 1980.

CHEVRETTE, F. et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982.

CRAWFORD, B., *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange*, vol. 1, 8^e éd., Toronto, Canada Law Book, 1986.

CAMPBELL, D., *International Bank Secrecy*, London, Sweet and Maxwell, 1992.

CÔTÉ, P.-A., *Interprétations des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999.

DION, N., *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales : droit des États-Unis d'Amérique et droit français*, thèse de doctorat, Orléans, 1994.

FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992.

FABRE, G., *La prospérité du crime, Trafic de stupéfiants, blanchiment et crise financière*, Paris, Éditions de l'Aube, 1999.

GOLDSTEIN, S., *En pleine mutation : les opérations bancaires à l'ère de l'électronique*, préparé par S. GOLDSTEIN au ministère de la justice pour le Comité directeur interministériel chargé du système de paiements électroniques, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1979.

GAUCH, P., P. TERCIER, et W.R. SCHLUEP, *Partie générale du droit des obligations*, t. 2, Zurich, Éditions Schulthess, 1982.

GHESTIN, J et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994.

KOCHAN, N. et B. WHITTINGTON, *Bankrupt: The BCCI Fraud*, Londres, Victor Gollancz, 1992.

L'HEUREUX, N., *Le droit bancaire*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1988.

LEFEBVRE, B., *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

L'HEUREUX, N., *Le droit bancaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.

LASSERRE CAPDEVILLE, J., *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2006.

MESSADIÉ, G., *La fin de la vie privée*, Paris, Calman-Lévy, 1974.

MILNES HOLDEN, J., *The Law and Practice of Banking*, t.1, London, Pitman and Sons, 1993.

NADEAU, A-R., *Vie privée et droits fondamentaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.

POTHIER, R.J., *Pandectes de Justinien, Mises dans un nouvel ordre, avec les lois du Code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des Pandectes*, trad. par M. de Bréard-Neuville, t. 18, Paris, Dondey-Dupré, 1823.

PLANIOL. M et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952.

PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exercice du contrat*, thèse de doctorat, Paris, L.G.D.J., 1989.

ROBINSON, J., *The Merger-How Organized Crime is Taking Over Canada and the World*, Toronto, McClelland and Stewart, 1999.

ROBERT, D. et E. BACKES, *Révélation*, Paris, Éditions les arènes, 2001.

ROYER, J.-P., *Lever le rideau : le secret, quel secret ?* in Secret et justice. Le secret entre éthique et technique? Paris, Éditions L'Espace Juridique, 1999.

RYBA, A., *The role and efficiency of the financial sector : From theory to reality*, Étude technique préparée pour le Conseil économique du Canada, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1986.

SARNA, L., *Traité de la clause de non-responsabilité*, Toronto, De Boo, 1975.

TRUDEL, P., F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *Droit du Cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997.

TRUDEL, G., *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson et Lafleur, 1946.

TAYLOR, C.M., *Sources of the self-the making of the modern identity*. Cambridge, Harvard University Press, 1989.

TAYLOR, C.M., *Grandeur et misère de la modernité*, trad. par C. Melançon, Montréal, Bellarmin, 1991.

TREMBLAY, G. et H. BRUN, *Droit constitutionnel*, 4^ed., Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2002.

VERNIER, E., *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, Paris, Dunod, 2005.

WESTIN, A.F., *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967.

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

DOCTRINE : ARTICLES

BENYEKHFLEF, K., « Les libertés : voie médiatrice de la protection des données personnelles », dans *Le droit de la communication, Actes du colloque conjoint des Facultés de droits de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal*, Montréal, Éditions Thémis, 1992.

BENYEKHFLEF, K., « Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée » dans Pierre Trudel et France Abran dir., *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables?*, Montréal, Éditions Thémis, 1992.

BERTOSSA, B., « Coopération judiciaire internationale et blanchiment », dans Gérard Brayer (dir.), *La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme, colloque du 1^{er} décembre 2006*, Paris, Société de législation comparée, 2007.

BESSON, S., « L'argent secret des paradis fiscaux », Paris, Éditions du Seuil, 2002.

BARRO, C., « Le secret bancaire et les mesures anti-blanchiment », dans Gérard Brayer (dir.), *La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme, colloque du 1^{er} décembre 2006*, Paris, Société de législation comparée, 2007.

CRÊTE, R., « Les investisseurs institutionnels et leurs conflits d'intérêts dans le contexte des mesures défensives », dans ouv. Coll. Dir. par CRÊTE, R., *Les mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

DESLAURIERS, P., « Le devoir de renseignement des banques » dans Institut canadien d'études juridiques supérieures. *Droit de la personne : solidarité et bonne foi*. Acte des journées strasbourgeoises 2000, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.

DUBREUIL, É., « Quebec Bill 68 : Is it Sufficient for the Federal Canadian Financial Institutions Sector? » in *Privacy in Financial Services : Striking a Balance between Privacy Right and Profits*, Toronto, Canadian Institute, 1994.

FORTIN, É., L. LANGEVIN, et N. L'HEUREUX, « Le secret bancaire et le contrôle de l'État sur les opérations de change et sur leurs effets délictuels » dans *Droit comparé 1994*, Institut de droit comparé de l'Université McGill, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995.

LANGLOIS, R., « L'avènement de la charte canadienne : vers une brimade des droits collectifs et la désolidarisation sociale? » dans Institut canadien d'études juridiques supérieures. *Droit de la personne : solidarité et bonne foi*. Acte des journées strasbourgeoises 2000, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.

LEFEBVRE, B., « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », *Développements récents en droit des contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.

MOENS, G., « Bank Confidentiality and Governmental Control of Exchange Operations and of Their Unlawful Effects-Australia », in *Money Laundering and Banking Secrecy*, The Hague; Boston, éd. Paolo Bernasconi, Kluwer Law International, 1996.

MOLINARI, P. A. et P. TRUDEL, « Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée. Aspects généraux et applications », dans Formation permanente du Barreau du Québec (dir.), *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988.

ROWAN-LEGG, E.K., « Confidential Information » dans *I've Got A Secret : The Duty of Confidentiality in the Price Sector*. Toronto, Association du Barreau canadien – Ontario, mars 1994.

WESTIN, A.F., « Privacy, Technology and Regulation » dans *The Computer Culture*, éd. par Denis P. Donnelly, London, A.U.P., 1985.

ZIEGEL, J.S., « L'harmonisation du droit provincial : le droit commercial, le droit des consommateurs et le droit des sociétés » dans *L'harmonisation du droit commercial au Canada*, volume 56, Étude de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.

ARTICLES DE REVUE

APPLETON, CH., « Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits », (1924) 78 *R.I.E.* 142.

BRISSON, J.-M., « L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral : une problématique », (1992) 52 *R. du B.* 345-353.

BRUN, H., « Le recouvrement de l'impôt et les droits de la personne », (1983) 24 *C. de D.* 457.

CRÉPEAU, P.-A., « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1.

CRAWFORD, S., « Keeping it to Themselves : Bank Privacy Toward 2000 », (1997-98) 29 *Ottawa L.R.* 425.

COLAS, E., « La notion d'équité dans l'interprétation des contrats », (1981) 83 *R. du N.* 391.

CRÉDOT, F.J., « Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance », (1990) 17 *Banque et Droit* 19.

CARON, M., « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne », (1978) 56 *R. du B. can.* 197.

FORTIN, É., L. LANGEVIN, et N. L'HEUREUX, « Nouvelles législatives concernant le secret bancaire : renforcement et dérogations », (1995) 10 *B.F.L.R.* 28.

GOLDRING, J., « Unification of Laws in Australia – The Great Pipe-Dream », (1977) 1 *U.L. Rev.* 82.

GULPHE, P., « Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé », (1948) *Rev. trim. dr. Com.* 8.

GARDNER, D., « Commentaires d'arrêt. Responsabilité civile – Abus de droit contractuel – Un jalon dans l'établissement d'un nouvel ordre contractuel ? *Houle c. Banque nationale du Canada* », (1991) 51 *R. du B. can.* 760.

MARSHALL, J.C., « The Relationship Between Bank and Customer: Fiduciary Duties and Confidentiality », (1986) 1 *B.F.L.R.* 33.

MORAIS, C., « Étude comparée sur le secret bancaire (États-Unis, Canada) », (1997) 28 *R.G.D.* 79.

MAYRAND, A., « L'abus des droits en France et au Québec », (1974), 9 *R.J.T.* 321.

OGILVIE, M.H., « Banker and Customer. The Five-Year Review, 1985-1990 », (1992) 7 *B.F.L.R.* 197.

PIOT, J., « Les renseignements bancaires et le secret professionnel », (1977) 21 *Rev. de juris. Commerciale* 349-352.

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

POUDRIER-LEBEL, L., « L'interprétation des contrats et la morale judiciaire », (1993) 27 *R.J.T.* 581.

RACINE, D., « L'État et le secret bancaire au Canada », (1992) 33 *C. de D.* 1271.

ROSENBERG, G.A., « The Notion of Good Faith in the Civil Law of Quebec », (1960) 7 *R.D. McGill* 2.

VILLA, J.K., « A Critical View of Bank Secrecy Act Enforcement and the Money Laundering Statutes », (1988) 37 *Cath. U.L. Rev.* 489.

ARTICLES DE PRESSE

AFP, « La France propose à l'ONU un renforcement de la lutte contre le trafic de stupéfiants », *Le monde* (28 octobre 1993).

ALQUDAH, F., « Bank Duty of Confidentiality in the Wake of Computerized Banking », (1995) 2 *J.I.B.L.* 50.

BUOB, J., « Le cyberspace, enfer et paradis », *Le Monde* (8 mars 1995).

BOULET-GERCOURT, P., « Les coulisses d'un incroyable scandale », *Le Nouvel Observateur* (21 février 2002).

COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, décision du 7 décembre 1982 en cause Hardy-Spirlet : *Compatibilité des pouvoirs d'investigation de l'administration fiscale belge avec le droit au respect de la vie privée*, *Journal des Tribunaux*, 1983.

DUNNE, R., « Deterring Unauthorized Access to Computer : Controlling Behavior in Cyberspace through a Contract Law Paradigm », (1994) 35 *Jurimetrics J.* 10.

DEROBERT, M., « L'homme transparent ou la fin de la sphère privée », *Le temps* (8 janvier 2000).

GOODE, R.M., « The Banker's Duty of Confidentiality », (1989) *J.I.B.L.* 269.

GEORGES, S., « Pour la refonte du système financier international : à la racine du mal », *Le monde Diplomatique* (janvier 1999).

GÉNÉREUX, J., « L'après Enron, gouvernance ou démocratie ? », *Alternatives Économiques* (avril 2002).

PALMER, R.T. et A.T.D. PALMER, « Complying with the Right of Financial Privacy Act of 1978 », (1979) 96 *Banking L.J.* 208.

REGAN, R., « You Don't Say », (1982) 89 *Canadian Banker* 32.

RAMONET, I., « Nouvelle économie », *Le monde diplomatique* (12 mars 2000).

THORSTEINSSON, P.N., « Banquiers, méfiez-vous ! », (1973) 40 *C.B.R.* 4.

« Valuable Criticism : A French court has acted against the interest of investors », *Financial Times* (14 janvier 2004).

WARE, W.H., « The New Faces of Privacy », (1993) 9 *Information Society* 195.

WALTER, J.-M. et N. ERLICH, « Customers : Powers of Banks to Maintain Secrecy and Confidentiality », (1989) 63 *Austl. L.J.* 404-407.

ZAMORA. S., « NAFTA and the Harmonization of Domestic Legal Systems : The Side Effects of Free Trade », (1995) 12 *Ariz.J.Int'l & Comp.L.* 403.

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, CONFIDENTIALITÉ – *Modèle de code : Pour protéger les renseignements personnels des clients des banques*, Toronto, Association des banquiers canadiens, 1996.

ASSOCIATION DES CONSOMMATEURS DU CANADA, *Privacy, Data Protection and Financial Institutions* (Vie privée, protection des renseignements et institutions financières) : *Mémoire présenté par l'Association des consommateurs du Canada au Comité permanent du Sénat sur les banques, l'industrie et le commerce*, Ottawa, Association des consommateurs du Canada, 1992.

ASSOCIATION CANADIENNE DE NORMALISATION, *Code type sur la protection des renseignements personnels : Norme nationale du Canada*, Ontario, Association canadienne de normalisation, 1996.

BUREAU DU SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES, *Mécanismes efficaces de repérage et d'élimination des opérations de blanchiment de fonds*, Ottawa, Bureau du surintendant des institutions financières, 1989.

CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *Intervention et efficacité – Une étude des prêts et cautions de l'État au secteur privé*, Approvisionnement et Services Canada, 1982.

COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA FAILLITE DE LA BANQUE COMMERCIALE DU CANADA ET DE LA NORBANQUE (W.Z. Estey, commissaire), *Rapport*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, août 1986.

Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 34^e légis., 19 janvier 1991, « Initiatives ministérielles. Loi sur le recyclage des produits de la criminalité », p. 2113 (M. Bob Speller).

Canada, Sénat, *Règlement sur l'utilisation, par une institution financière, des renseignements qui lui sont fournis par ses clients*, préparé par le Comité sénatorial permanent sur les banques et le commerce, Ottawa, Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement, 30 juillet 1992.

Canada, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Rapport annuel du Commissaire à la protection de la vie privée 1989-1990*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990.

Canada, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Rapport annuel du Commissaire à la protection de la vie privée 1990-1991*, Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1991.

Canada, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Rapport annuel du Commissaire à la protection de la vie privée 1993-1994*, Ottawa, Canada Groupe des communications, 1994.

GOUVERNEMENT DU CANADA, MINISTÈRE DES FINANCES, *Notes explicatives de la Loi sur les banques*, Ottawa, ministère des Finances, 1990.

MINISTÈRE DES FINANCES, *L'examen de 1997 de la législation régissant les institutions financières : Proposition de modification*, Ottawa, ministère des Finances, 1996.

MINISTÈRE DES FINANCES, *La réglementation des institutions financières du Canada – Propositions à considérer*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, avril 1985.

THE CANADIAN BANKER'S ASSOCIATION, Toronto, Dominion Center, lettre du 1^{er} novembre 1977.

Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires*, vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.

Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol.1, Québec, Éditeur officiel, 1978.

AUTRES SOURCES EN LIGNE

Association des banquiers canadiens, « Les banques et confidentialité », 2004, disponible à : <<http://www.cba.ca/fr>>.

Association du Barreau canadien, « L'ABC comparait devant le Comité des finances à propos du projet de loi C-25, *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* », Ottawa, 2 novembre 2006, disponible à : <https://www.cba.org/ABC/Nouvelles/2006_communiques/2006-11-02_c25.aspx>.

BENYEKHEF, K., « Introduction au droit des technologies de l'information au Canada », *Première rencontre académique canado-argentine sur le droit des technologies de l'information*, Faculté de droit, Université de Buenos Aires, 5 mars 2008, disponible à : <<http://www.crdp.umontreal.ca/fr/activites/evenements/BUENOS%20AIRES%20Facultad>>.

BENTHAM, J., « Deontology or the science of morality », disponible à : <http://classiques.uqac.ca/classiques/bentham_jeremy/deontologie_tome_1/bentham_deontologie_t1.rtf>.

BERTOSSA, B., « Après l'aveuglement et l'hypocrisie, la complicité ? », disponible à : <http://www.transnationale.org/sources/finance/paradis_blanchiment_droque.htm>.

« Coup dur pour le secret bancaire », *Radio-Canada.ca* (19 février 2009), disponible à : <<http://www.radio-canada.ca>>.

Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE), « Rapport sur le rendement pour la période se terminant le 31 mars 2003 », disponible à : <http://www.fintrac.gc.ca/publications/dpr/2003/1_f.asp>.

Canada, Sénat, « Délibération du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, L'examen de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* », Ottawa, 18 mai 2006, disponible à : <<http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/Com-e/bank-e/pdf/02issue.pdf>>.

DIXON, T., « Voluntary Code Leaves Privacy Exposed », *Australian Privacy Foundation Media Release*, daté du 19 août 1997, disponible à : <<http://www.efa.org.au/Issues/Privacy/pr0819.html>>.

Financial Crimes Enforcement Network, « Press Release: Civil money penalties assessed against American Express Bank International and American Express Travel Related Services Company, Inc. » – 6 août 2007, disponible à : <http://www.fincen.gov/aebi_joint_release.pdf>.

« La déclaration du G20 sur le renforcement du système financier », Londres, 2 avril 2009, disponible à : <<http://www.g20.org/>>.

Mouvement desjardins, « Code d'éthique et de déontologie du Mouvement Desjardins », 1^{er} mai 2004, disponible à : <http://www.desjardins.com/fr/a_propos/profil/difference/codethi2.pdf>.

Ministère des Finances du Canada, « Le gouvernement du Canada élargit son régime de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes », Ottawa, 14 février 2008, disponible à : <<http://www.fin.gc.ca/n08/08-013-fra.asp>>.

« Paradis fiscaux: est-ce vraiment la fin du secret bancaire ? », *Le monde.fr* (3 avril 2009), disponible à : <<http://www.lemonde.fr>>.

Rapport d'information n° 284 « Pour un nouvel ordre financier mondial : responsabilité, éthique, efficacité », de la Commission des finances, présenté au Sénat français par Philippe MARINI (22 mars 2000), disponible à : <<http://www.senat.fr/rap/r99-284/r99-28446.html>>.

Rapport d'information n° 2311 « La lutte contre le blanchiment de capitaux », demandé par les chefs d'états lors du sommet de l'Arche, GAFI, 1990, disponible à : <www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i2311-622.asp>.

« Rapport visant à identifier les pays ou territoires non coopératifs : améliorer l'efficacité au plan mondial, des mesures de lutte contre le blanchiment » GAFI, 22 juin 2000, disponible à : <<http://www.fatf-gafi.org/dataoced/46/45/35068898.pdf>>.

NORMES LÉGISLATIVES, CONSTITUTIONNELLES ET AUTRES

Textes fédéraux et québécois

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12.

Code civil du Bas-Canada, S.C. 1865, c. 41.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46.

Loi constitutionnelle de 1867, L.R.C. 1985, Annexe II, n° 5.

Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, L.C. 1988, c. 37.

Loi sur les banques, S.C. 1980-81-82-83, c. 40.

Loi sur les banques, L.R.C. (1985), c. B-1.

Loi sur les banques, L.C. 1987, c. 26.

Loi sur les banques, L.C. 1991, c. 46.

Loi sur les banques [*Loi modifiant la législation relative aux institutions financières*], L.C. 1997, c. 15.

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.R.Q. c. P-39.1.

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.Q. 1993, c. 17.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5.

Loi sur les caisses d'épargne et de crédit, L.R.Q., c. C-4. 1.

Loi sur le recyclage des produits de la criminalité, L.C. 1991, c. 26.

Loi sur le recyclage des produits de la criminalité, L.C. 2000, c. 17.

Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917, S.C. 1917, ch. 28.

Loi de l'impôt sur le revenu du Canada, S.R.C. 1952, c. 48.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, c. 63.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.).

Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q., c. M-31.

Loi sur la sécurité du revenu, L.Q. 1988, c. 51.

Loi sur la liquidation des compagnies, L.R.C. (1985), c. W-11.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, c. A-1.

Loi sur les commissions d'enquête, L.R.Q., c. C-37.

Loi sur les procédures spéciales, 1977 L.R.Q. c. P-27.

Loi sur les dossiers d'entreprises, L.R.Q. 1977, c. D-12.

Loi sur les aliments et drogues, R.S.C. 1985, chap. F-27.

Loi sur le contrôle des narcotiques, R.S.C. 1985, Chap. N-1.

Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c.E-10.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), c. C-5.

Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1986, c. 6.

Loi modifiant la Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, S.C. 1944, ch. 43.

Loi modifiant la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, la Loi de l'impôt sur le revenu et une autre loi en conséquence, S.C. 2006, ch. 12.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, S.C. 1980-81-82-83, c.111; L.R.C. 1985, c. P-21 (modifiant l'annexe II : *Loi sur la protection des renseignements personnels* et c.A-1 modifiant l'annexe I).

Loi modifiant la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, la Loi de l'impôt sur le revenu et une autre loi en conséquence, projet de loi n° C-25 (sanction royale – 14 décembre 2006), 1^{ère} sess., 39^e légis. (Can.).

Règlements de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, c. 945.

Règlement sur le commerce de l'assurance (Banques), (1992) 126 *Gaz. Can.* II. 2276 (n° 12, 21 mai 1992).

Traité d'entraide juridique en matière pénale, C.T.S. 1990, n° 19, Ottawa, 1990.

Texte australien

The Commonwealth Act of Australia Constitution Act, 63 and 64 Vic. (U.K.), c. 12.

Textes américains

Right of Financial Privacy Act of 1978, Pub. L. 95-630, 92 Stat. 3697 (1978), s. 1102-1103, codifié dans 12 U.S.C. 3402-3403.

The Bank Secrecy Act, Pub. L. N°. 91-508, Stat. 1114, 1118 (1970).

The Money Laundering Control Act. Sous-titre H du titre de *Anti-Drug Abuse Act of 1986*, Pub. L. N°. 99-570, 100 Stat.

Texte slovène

Law on the Prevention of Money Laundering, n° 36/94 (7 juillet 1994).

Textes internationaux et européens

Conseil de l'Europe, *Recommandation n° R (80)10, relative aux Mesures contre le transfert et la mise à l'abri des capitaux d'origine criminelle*, 27 juin 1980.

Conseil de l'Europe, *L'éthique d'entreprise en Europe*, doc. 10103, 26 février 2004.

Conseil de l'Europe, *Directive 2005/60/CE du parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, J.P n° L 309 du 25/11/2005.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5. Signée à Rome le 4 septembre 1950.

Convention américaine relative aux droits de l'homme, S.T.O.É.A. n° 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123.

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, C.T.S.1990, n° 42, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1990.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, Doc. O.É.A. OEA/Ser. L./V/II.23, doc. 21, rév 6.

Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), *Ligne directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel*, 23 septembre 1980.

Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), *L'évasion et la fraude fiscales internationales*, série « Questions de fiscalité internationale », Paris, Éditions OCDE, 1987.

Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), *rapport du Conseil des ministres des 27-28 avril 1998, « Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial – Synthèse et résumé des recommandations »*, disponible à : <<http://old.tuac.org/statemen/communiq/Evmin98f.htm>>.

Organisation des Nations Unies (ONU), 10^e Congrès sur la prévention de la criminalité et le traitement des délinquants, Vienne, avril 2000.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47.

JURISPRUDENCE

Canadienne et québécoise

Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bill of Rights Reference), [1947] A.C. 503.

Astral Film Ltd. v. Sherman, [1978] 5 C.P.C. 317 (Ont. H.C.) refusé en appel [1978] 19 O.R. (2d) 208n (Ont. H.C.).

Bank of Upper Canada c. Baldwin. Bank of Upper Canada v. Baldwin, (1829) Draper 55 (C.A.).

Budzich c. Toronto Dominion Bank, [1962] 2 C.T.C.278.

Banque Provinciale c. Saumure, [1966] C.S. 135.

Banque de Montréal c. Procureur général du Québec, [1979] 1 R.C.S. 565, inf. [1976] C.A. 378, [1974] C.S. 374.

Bankers Trust Co v. Shapiro, (1980) 1 WLR 1274.

Banque Nationale du Canada c. Soucisse, [1981] 2 R.C.S. 339.

Banque Royale du Canada c. Bourque et autres [1984] 38 C.R. (3d) 363.

Banque nationale du Canada c. Houle, [1990] 3 R.C.S. 122.

Banque de Montréal c. Bail Ltée, [1992] 2 R.C.S. 554.

Baron c. Canada, [1993] 1 R.C.S. 416.

C.I.B.C. v. A.G. Canada, (1962) R.C.S. 729.

Canadian Deposit Insurance Corp. c. Canadian Commercial Bank (1989) 64 Alta. L.R. (2d) 329, 71 C.B.R. (N.S.) 239, 95 A.R. 24, A.W.L.D. 367.

Canada Deposit Insurance Corps. v. Canadian Commercial Bank, [1990] 68 D.L.R. (4th) 754 (Alta. Q.B.).

Canadian Imperial Bank of Commerce c. Sayani, (1993), 83 B.C.L.R. (2d) 167.

Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash, [1994] 2 R.C.S. 406.

Dempsey II c. Canadian Pacific Hotels Ltd., J.E. 95-1813 (C.A.).

Descoteaux et al. c. Mienzwinsky (1982) 1 R.C.S. 860.

Farris v. M.R.N., [1970] C.T.C. 224.

Frischke v. Royal Bank of Canada, (1977) 17 O.R. (2d) 388.

F.K. Clayton Ltd. c. Ministre du Revenu national et al., [1986] 2 C.F. 105, *contra: Re New Garden Restaurant and Tavern Ltd. and Minister of national revenue*, (1984) 1 O.L.R. (4th) 256.

Fenêtre St-Jean Inc. c. Banque Nationale du Canada, [1990] R.J.Q. 632 (C.A.).

F & I Holding inc. c. 87313 Canada ltée, [1996] R.J.Q. 851 (C.A.).

Guertin c. Royal Bank of Canada, [1983] 43 O.R. (2d) 363 (H.C.J.), confirmé en appel, [1984] 47 O.R. (2d) 799.

Hull c. Childs & Huron and Erie Mortgage Corp., [1951] O.W.N. 116.

Haughton c. Haughton, [1965] I O.R. 481 (O.S.C.).

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145.

Irwin Toy Ltd. c. P.G. du Québec, [1989] 1 R.C.S. 927.

James Richardson and Sons Ltd. c. Le Ministre du Revenu national et al., [1984] R.C.S. 614.

Kaufman c. Mcmillen, [1939] 3 D.L.R. 446 (O.S.C.).

Kelly Douglas v. R., (1982) 1 W.W.R. 493.

La Reine c. Spencer (1983), 2 C.C.C. (3d) 526 (C.A.).

Lipkin Gorman v Karpnale Ltd (1989) 1 W.L.R.1340.

La Reine c. Lillico, (1994), 92 C.C.C. (3d) 90 (Division générale de la Cour de l'Ontario).

Montgomery c. Ryan, (1907), 9 O.W.R. 572 (H.C.), inf. (1908), 16 O.L.R. 75 (C.A.).

Ministre du Revenu national du Canada c. Kruger Inc. et al., [1984] 2 C. F. 535.

McKinlay Transport Ltd. c. La Reine, [1990] 1 R.C.S. 627.

Murano c. Bank of Montréal (1995), 31 C.B.R. (3d) 1, 20 B.L.R.(2d) 61.

P.G. du Québec c. Kellogg's Co., [1978] 2 R.C.S. 211.

Procureur Général du Canada c. Keable, [1978] C.A. 44.

Piché c. R., [1994] R.J.Q. 871 (C.A. Que.).

Park c. Bank of Montréal, [1997] B.C.J. n° 787.

R. v. Mowat; Ex parte T.D. Bank, [1968] 1 O.R. 179 (Ont. H.C.) 181, 184.

Re Farris and The Minister of National Revenue, (1970) C.T.C. 224.

Re Beam Ready Mix Ltd., [1979] 32 C.B.R. (3rd) (N.S.) 206 (Ont. S.C.).

Re Belgoma Transportation Ltd and. Director of Employment Standards (1985) 17 C.R.R. 78.

Robert Spencer v. The Queen, (1985) 2 R.C.S. 278.

R. c. Dymont, [1988] 2 R.C.S. 417.

Royal Bank of Canada c. Art's Welding & Machine Shop (1989) 34 C.P.C. (2d) 190.

Royal Bank of Canada c. Art's Welding & Machine Shop, (1989), 34 C.P.C. (2d) 190, A.W.L.D. 653.

R. v. Hayes (1995), 104 C.C.C. (3d) 316.

Renvoi relatif à la sécession du Québec [1998] 2 R.C.S. 217.

R. c. Jarvis, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73.

Ruby c. Canada (Solliciteur général), [2002] 4 R.C.S. 3.

R. c. Caine, [2003] 3 R.C.S. 571.

R. c. Bjellebo, [2003] O.J. No. 3946 (Ont. C.A.).

Sutherland c. Barclays Bank Ltd., (1938) 5 L.D.A.B. 163.

Solosky c. La Reine (1980) 1 R.C.S. 821.

Spencer v. R., [1985] 2 S.C.R. 278 (S.C.C.); 21 D.L.R. (4th) 756.

Société Asbestos Ltée – Asbestos Corp. Ltd c. Rodrigue, (C.S.) J.E. 85-7819.

St-Georges c. Procureur générale du Québec, J.E. 88-336 (C.S.) et *Ébénisterie Alfredo Ltée c. Dansereau*, J.E. 88-337 (C.S.).

Tournier v. National Provincial and Union Bank of England, [1924] 1.K.B. 461 (C.A.).

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

Thomson Newspapers Ltd. c. Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce du Canada, [1990] 1 R.C.S. 425.

Weld-Blundell c. Stephens, [1920] A.C. 956.

XAG c. A Bank, (1983) 2 All E.R. 464.

143471 Can. Inc. c. Québec (P.G.), [1994] 2 R.C.S. 339.

Îles Cayman

Re ABC Ltd (1985) *FLR* 159.

Anglaise

Bank of Tokyo Ltd v. Karoon, [1986] 3 All E.R. 468.

Prince Jefri Bolkiah c. KPMG [1999] 2 A.C. 222.

Américaine

Burrows v. Superior Court 529 P 2d 590 (Cal. 1974).

Jacobsen c. Citizens State Bank (1979), 587 SW2d 480 (Tex. Civ. App.).

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

McCulloch c. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).

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).

Taylor c. Commercial Bank (1903) 174 NY 181, 66 NE 726.

United States v. Miller 425 US 435 (1976).

United States v. Westinghouse Electric Corporation, 638 F.2d 570 (3^e Cir. 1980).

Valley Bank v. Superior Court 542 P 2d 977 (Cal 1975).

Whalen v. Roe, 429 U.S. 589 (1977).

Française

C. appel. Lyon, 25 janvier 1966, *Banque Rhône-Alpes c. Reba*, *Semaine Juridique*, 1996, pan. 61 (n^o 3).

C. cass. 27 février 1996, *Bull. IV*, n^o 65.

C. cass. 19 novembre 1981, *J.D.F.*, 1982, p. 25, obs. M. Dassel. Affaire « Hardy-Spirlet », confirmée par la Commission européenne des droits de l'homme par décision du 7 décembre 1982, *J.D.F.*, 1983, 185.

Trib. civ. Strasbourg, 28 avril 1954, *Banque*, 1955, p. 314 note Marin.

Trib. gr. inst. Bordeaux, 19 juin 1990, *RD bancaire et bourse*, 1991, n° 27, p. 198, obs. Credot et Gerard, *D.*, 1992, som. Com., p. 32, obs. Vasseur.

Trib. com. Paris, 7 septembre 1999, *J.C.P.*, 2000, ÉD. E, p. 1040, obs. Gavalda et Stoufflet, *Banque et droit*, 2000, n° 71, p. 54-55, obs. Guillot.

Trib. com. Paris, 12 janvier 2004, *LVMH c. Morgan Stanley & Co. Ltd. et al.*: *Bull. Joly 2004* § 70, p. 388, note de Schmidt.

Australienne

Australian Securities Commission c. Westpac Banking Corporation (1991), A.C.S.R. 350, 32 F.C.R. 546.

Smorgen c. Australia and New Zealand Banking Group Ltd (1976) 134 C.L.R. 475.

Luxembourgeoise

Cour d'Appel du Grand Duché du Luxembourg, *Ministère Public c. Jurado Rodriguez José Francklin et autres*, 22/01/93.