Zeitschrift: Beiträge zur Finanzgeschichte = Contributions à l'histoire de la finance = Contributions to financial history

Herausgeber: Verein für Finanzgeschichte Schweiz und Fürstentum Liechtenstein

Band: 2 (2002)

Heft: -: Édition française

Artikel: Secret bancaire et recherche historique : avis de droit rédigé pour l'Association pour l'Histoire de la Finance (Suisse et Principauté de Liechtenstein)

Autor: De Capitani, Werner

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-1078961

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 11.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Werner de Capitani

Secret bancaire et recherche historique

Avis de droit rédigé pour l'Association pour l'Histoire de la Finance (Suisse et Principauté de Liechtenstein)

Werner de Capitani
Docteur en droit

1953–1959	Université de Zurich
1959–1961	Greffier au Tribunal de district de Meilen
1960	Membre du Barreau zurichois
1962–1996	Département juridique du Crédit Suisse, chef 1977–1996
1976–1996	Membre de la Commission juridique de l'ASB, Président 1992–1996
1977–2001	Juge au Tribunal de commerce du Canton de Zurich
Depuis 1998	Membre de la Commission de surveillance de la CDB, Vice-président depuis 2000

Publications (sélection)
Internationale Rechtshilfe – eine Standortbestimmung (Basel 1981)
Anwaltsgeheimnis und Unternehmungsjurist (Zurich 1999)
Kommentar zum Geldwäschereigesetz (Zurich 2002)

Sommaire

1	Situation initiale et état de la question	5
2	Evolution depuis 1993	7
21	Antécédents	7
22	Les diverses mesures	8
221	Directives de l'ASB du 9 septembre 1995	8
222	Nomination de la Commission Volcker	9
223	Nomination de la Commission Bergier	10
224	Publication de listes de noms	10
3	Le secret bancaire	13
31	Indications historiques	13
32	Bases juridiques	14
33	Informations protégées par le secret bancaire	15
34	Personnes protégées par le secret bancaire	15
35	Durée de l'obligation de garder le secret	16
36	Révélation autorisée de données afférentes aux clients	17
361	Justifications légales	18
362	Justifications extra-légales	19

4	Evolution du secret bancaire depuis 1993	21
41	Enquêtes de l'ASB	21
42	Directives de l'ASB du 9 septembre 1995	21
43	Activités de la Commission Volcker	22
44	Activités de la Commission Bergier	22
45	Publication de listes de noms	23
5	Résultats	25
51	Portée du secret bancaire	25
52	Justifications de l'accès aux archives des banques	26
53	Résumé	27
	Notes	28
	Références bibliographiques	31
	Abréviations	32

1 Situation initiale et état de la question

1 L'Association pour l'Histoire Financière (Suisse et Principauté de Liechtenstein)[1] a fait rédiger par Urs Zulauf, en 1993, une expertise sur les questions suivantes[2]:

1. Les banques sont-elles tenues, suivant les circonstances, de donner accès à leurs archives à la recherche historique indépendante?
2. Comment le secret bancaire limite-t-il la latitude d'une banque de donner accès à ses archives à un historien bancaire externe?
3. A quelles exigences doit satisfaire la réglementation relative à l'utilisation d'archives bancaires par un chercheur externe?

2 L'Association entend dresser aujourd'hui un nouvel état de la situation. Compte tenu des développements qui ont eu lieu depuis 1993, il convient d'examiner

> «les rapports entre la recherche historique effectuée dans des archives bancaires et le droit suisse. Il y a lieu notamment de clarifier dans quelle mesure les dispositions juridiques déterminent l'accès aux archives et la publication de sources contenues dans celles-ci.»

3 Pour l'essentiel, l'expertise de Zulauf parvient aux conclusions suivantes:

a. La banque n'a aucune obligation de renseigner les historiens (chiffre 2)[3].

b. La banque est tenue de garder le silence à propos des opérations bancaires avec ses clients (chiffre 31); a contrario, elle n'est pas habilitée à donner accès à des tiers aux données bancaires des clients sans autorisation particulière (chiffre 36).
Abstraction faite des cas d'obligation légale de donner des renseignements, la banque est habilitée à révéler des données de clients si le client l'a accepté ou si elle est en présence d'intérêts prépondérants qui la concernent ou qui concernent des tiers; il y aura lieu de faire preuve de la plus grande réserve dans la supputation d'intérêts légitimes (chiffre 39).

Il y a présomption de volonté du client de garder le secret (chiffre 34).

c. Après l'extinction de la relation d'affaires, l'obligation de garder le secret persiste tant que subsiste un intérêt du client et de ses ayants cause (chiffres 37 et 38).

4 Après la livraison de l'expertise de ZULAUF, la question des avoirs sans nouvelles est devenue subitement très actuelle; sur le plan privé comme sur le plan de l'Etat, des mesures touchant au secret bancaire ont donc été prises. Il convient donc de réexaminer les conclusions de ZULAUF à la lumière de cette évolution.

5 Tout d'abord, nous examinerons ces mesures brièvement (nos 9ss); ensuite, nous donnerons un aperçu du secret bancaire (nos 21ss), puis (nos 50ss) nous nous demanderons comment il a été tenu compte du secret bancaire lors de l'adoption de ces mesures et, finalement, nous en tirerons les conclusions (nos 63ss).

2 Evolution depuis 1993

21 Antécédents

6 L'histoire des avoirs sans nouvelles a commencé immédiatement après la Seconde Guerre mondiale[4]. A son début figure la demande par laquelle les Alliés ont exigé des Etats neutres que ceux-ci mettent les avoirs sans nouvelles de victimes du national-socialisme à la disposition du *Comité intergouvernemental pour les Réfugiés*, ainsi que l'Accord de Washington du 24 mai 1946 prévoyant la remise, à fins de réparation, d'avoirs allemands aux Alliés. Si le Conseil fédéral a repoussé ces demandes, la question était néanmoins posée. La Confédération a donc engagé les banques à établir des relevés de tels avoirs. Une première enquête de l'ASB relative à des avoirs de victimes du national-socialisme a eu lieu en 1947; limitée aux grandes banques, elle a abouti à un chiffre de 482 000 francs.[5] Le résultat d'une deuxième enquête, menée en 1956, a été si modeste, à savoir 862 410 francs, que le Conseil fédéral a pensé d'abord à renoncer au projet de législation qu'il avait décidé en 1952. Les pressions du Parlement et de l'opinion publique ont conduit cependant à une législation. Le 20 décembre 1962 fut publié l'arrêté fédéral sur les avoirs en Suisse d'étrangers ou d'apatrides persécutés pour des raisons raciales, religieuses ou politiques[6].

7 En vertu de cet arrêté, les banques et autres dépositaires sont tenus de déclarer les avoirs «dont les derniers propriétaires connus étaient des étrangers ou des apatrides dont on est sans nouvelles sûres depuis le 9 mai 1945 et dont on sait ou présume qu'ils ont été victimes de persécutions raciales, religieuses ou politiques» (art. 1 al. 1). La communication devait être faite à une centrale d'annonce; les avoirs étaient gérés par un curateur qui lançait des recherches à propos du séjour et du sort des propriétaires des avoirs. Des renseignements au sujet de la situation financière du propriétaire disparu ne pouvaient être donnés qu'à ses ayants cause. L'arrêté réglait l'emploi des avoirs annoncés. Le dernier paiement a eu lieu en août 1980.

8 ZULAUF a remis son avis de droit le 21 mai 1993, peu avant la fin d'une période de plusieurs années pendant laquelle les avoirs sans nouvelles n'ont guère défrayé la chronique. Toutefois, la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* a repris ce thème le 20 août 1993; d'autres articles de journaux et une première intervention au Parlement ont suivi à la fin de 1994. La situation n'a pas tardé à se tendre, au point que l'ASB, la Confédération et la CFB ont été amenées à prendre des mesures[7].

22 Les diverses mesures

221 Directives de l'ASB du 9 septembre 1995[8]

9 L'arrêté fédéral de 1962 n'avait pas mis fin aux demandes adressées aux banques, à la CFB et à l'ASB au sujet d'avoirs de proches décédés; bien au contraire, le nombre de celles-ci était très élevé, même si elles ne se limitaient pas aux avoirs de victimes du national-socialisme ou aux avoirs sans nouvelles depuis le 9 mai 1945. Comme aucune centrale n'était chargée de traiter de telles demandes, les intéressés ont dû s'adresser aux diverses banques, une situation que la CFB a considéré comme intolérable. Elle a incité l'ASB à instituer un office central de recherche. Les *Directives de l'ASB relatives au traitement appliqué aux comptes, dépôts et compartiments de coffre-fort auprès de banques suisses lorsque la banque est sans nouvelles du client* du 9 septembre 1996 ont désigné l'ombudsman des banques comme office central de recherche. L'ombudsman transmettait à toutes les banques les demandes qu'il avait examinées au préalable. La banque dépositaire de l'avoir recherché prenait alors contact avec l'auteur de la requête. La banque était considérée ne pas avoir de nouvelles lorsqu'elle n'avait plus de contact avec son client ou le mandataire de celui-ci depuis au moins dix ans.

10 Les directives ont été révisées au 1er juillet 2000[9]. Dorénavant, leur objectif principal est d'empêcher, par des mesures préventives, que le contact avec le client ou ses ayants cause ne soit perdu. S'il y a rupture néanmoins, les banques doivent entreprendre des recherches. Les avoirs sans nouvelles doivent être annoncés à la SAG, Registre des actions de la

SEGA SA. Seul l'ombudsman des banques suisses, qui continue d'agir comme office centrale de recherche, a accès à ces informations. En tant que mandataires des banques, la SAG et l'ombudsman sont tenus au secret bancaire.

11 Simultanément à l'adoption des directives de 1995, l'ASB a effectué des sondages en juin 1995 auprès de quelques établissements sélectionnés et en septembre 1995 dans toutes les banques pour évaluer le solde des avoirs en comptes ouverts avant le 9 mai 1945 et dont on est sans nouvelles depuis lors. Le résultat s'est élevé à 40,9 millions de francs.

222 Nomination de la Commission Volcker (Independent Committee of Eminent Persons, ICEP)[10]

12 Le 2 mai 1996, l'ASB, la *World Jewish Restitution Organization* et le *Congrès Juif Mondial* sont convenus, dans un *Memorandum of Understanding (MoU)*, de nommer une commission d'experts paritaire, dont Paul A. Volcker a pris la présidence. La tâche de la commission était de charger des sociétés de révision d'*examiner les méthodes* que les banques suisses avaient appliquées dans leur recherche d'avoirs sans nouvelles. Les réviseurs avaient accès à tous les documents bancaires. Par la lettre que la CFB a adressée le 29 janvier 1997 à M. Volcker, elle a déclaré que «les investigations menées par les organes de révision reconnus par la CFB et institués par l'ICEP ainsi que par leurs entreprises partenaires internationales étaient des révisions extraordinaires au sens de l'art. 23bis al. 2 de la loi sur les banques et de l'art. 49 al. 2 de l'ordonnance sur les banques. Cette décision lève tout doute au sujet du droit des réviseurs à un accès illimité à tous les documents bancaires adéquats, dont les dossiers des clients peuvent faire partie et qui sont protégés par le secret bancaire.»[11]

223 Nomination de la Commission Bergier (Commission indépendante d'experts Suisse – Seconde Guerre mondiale, CIE)[12]

13 Le 13 décembre 1996, le Parlement a adopté l'*Arrêté fédéral concernant les recherches historiques et juridiques sur le sort des avoirs ayant abouti en Suisse à la suite de l'avènement du régime national-socialiste*[13]. Une commission d'experts indépendants devait examiner l'étendue et le sort des avoirs sans nouvelles de victimes du national-socialisme. Cette enquête obligeait notamment les banques à «autoriser la consultation de tous les documents utiles aux recherches» par les membres de la Commission ainsi que les chercheurs mandatés (art. 5).

14 Selon le rapport, l'objectif de l'enquête était «de renforcer la crédibilité de la Suisse et la confiance en sa place financière»[14]. «Afin de clarifier notre propre histoire et d'agir dans l'intérêt de la place financière et économique suisse, il convient de faire toute la lumière sur les événements d'une époque difficile et de peser les faits objectivement.»[15] Le Conseil fédéral a approuvé ce rapport, estimant que la Suisse avait un intérêt, sur le plan de sa politique extérieure mais aussi de sa situation intérieure, à procéder à un examen historique du sort des avoirs de victimes du national-socialisme[16].

15 L'arrêté fédéral est demeuré en vigueur jusqu'au 31 décembre 2001.

224 Publication de listes de noms[17]

16 Le 25 juin 1997, la CFB a publié une *circulaire concernant l'annonce et la publication d'avoirs en déshérence déposés avant ou pendant la Seconde Guerre mondiale*[18]. Se fondant sur l'art. 23bis al. 2 de la loi sur les banques, elle a «ordonné à celles-ci de communiquer au bureau d'annonce mandaté par l'Association suisse des banquiers, à savoir le cabinet d'audit ATAG Ernst & Young, à Bâle (ATAG), les données relatives aux clients titulaires d'avoirs qui existaient avant le 9 mai 1945 et dont on est sans nouvelles depuis lors. La publication sera effectuée par ATAG selon un concept rendu public» (chiffre 5). «En règle générale, il y avait lieu de communiquer toutes les indications connues de la banque et afférentes à

la relation avec le client», notamment l'identité du client et de ses mandataires éventuels, la date de l'ouverture du compte et l'état actuel des avoirs (chiffre 14).

17 Le 23 juillet 1997, l'ASB a publié une première liste de 1756 noms de titulaires étrangers d'avoirs en déshérence qui comprenait le nom, le prénom, la localité et l'Etat du domicile du client, mais pas le nom de la banque. Les intéressés devaient s'adresser au cabinet d'audit ATAG.

18 Le 29 octobre 1997, l'ASB a publié une deuxième liste comprenant les noms de 10 758 résidents suisses et de 3687 titulaires étrangers.

19 Quant à la Confédération, elle a publié quelque 580 noms. Lors de l'application de l'arrêté fédéral de 1962, ces avoirs (peu importants) avaient été ajoutés à un fonds des «avoirs sans héritiers».

20 Cette dernière publication se rapportait à des fichiers que les sociétés de révision mandatées par l'ICEP avaient constitués pour ajustement. Elle résultait d'une exigence de l'ICEP acceptée par la CFB. Le 5 février 2001, l'ASB a publié 20 825 noms. Ainsi, des victimes de l'holocauste devaient avoir la possibilité de faire valoir des droits envers le «Fonds de Justice» (Rough Justice Fund) que les grandes banques suisses s'étaient engagées à constituer lors de l'accord du 12 août 1998 conclu avec les plaignants collectifs juifs.

3 Le secret bancaire

31 Indications historiques

21 Dans son avis de droit (chiffre 33), Zulauf s'est demandé depuis quand le secret bancaire était reconnu en droit civil. Il défend la thèse convaincante que l'obligation du banquier de conserver le secret reflétait déjà le devoir de fidélité du mandat qui ressortait du CO de 1881.

22 La motivation du législateur de punir toute violation de l'obligation de conserver le secret lorsqu'il a promulgué la loi sur les banques de 1934 n'est pas claire. On peut retenir qu'il s'agissait de prévenir l'espionnage bancaire à partir de l'étranger; toutefois, l'essentiel semble avoir été moins la protection des clients des banques que la sauvegarde d'intérêts économiques généraux[19].

23 La version actuelle de l'art. 47 LB découle de la révision de 1971[20] . Le cercle des auteurs possibles de l'infraction a été mieux défini; il a été ajouté que la violation du secret demeurait punissable alors même que la charge ou l'emploi avait pris fin ou que le détenteur du secret n'exerçait plus sa profession. Les dispositions des législations fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice étaient désormais réservées.

24 Une telle obligation n'était pas reconnue par les commentateurs de la loi de 1934[21], alors que le message de 1970 la considère déjà comme allant de soi[22]. Il en résulte que l'obligation de témoigner en justice est née lors de l'application pratique de la loi. De fait, l'art. 47 LB n'est pas isolé, mais se dégage de l'ensemble de son environnement juridique. Les limites du secret bancaire ne sont pas immuables; elles peuvent être repoussées par une législation ultérieure. Tel a été notamment le cas avec l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, qui n'est devenue une institution réglementée que par l'adhésion de la

Suisse à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1967[23,24].

32 Bases juridiques

25 Le secret bancaire est un droit du client (secret bancaire du client) et une obligation de la banque. Le maître du secret est le client, non la banque.

26 La base du secret bancaire est l'article 13 de la Constitution fédérale, qui garantit la *protection de la sphère privée* de chacun. Suivant l'art. 35 al. 1 de la Constitution, les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.

27 La protection de la sphère privée est réalisée directement par les dispositions du CC relatives à la *protection de la personnalité* (art. 27ss). Le droit à la sauvegarde de la sphère intime et privée fait partie des droits garantis de la personnalité. Les données afférentes aux clients bancaires ressortent de la sphère privée[25]. La loi fédérale sur la protection des données a pour objet le traitement de données personnelles, c'est-à-dire un aspect partiel de la protection de la sphère privée[26].

28 De plus, le droit au secret bancaire du client est *partie intégrante du contrat* entre le client et la banque[27]. Pour autant que les dispositions relatives au mandat s'appliquent au contrat[28], le banquier est tenu au silence en vertu de l'art. 398 al. 2 CO[29]. Par ailleurs, l'obligation de garder le silence sur les affaires bancaires doit être considérée, de manière générale, comme une attitude du banquier servant à la protection du client et découlant des règles de la bonne foi (art. 2 CC)[30].

29 La disposition de l'art. 47 LB qui menace pénalement toute violation du secret bancaire renforce la protection de droit privé, mais ne constitue guère une base juridique. Il y aurait en tout cas droit à la protection du secret même si aucune violation n'était poursuivie pénalement[31].

30 L'idée que la sphère intime doit également être protégée pénalement est très répandue en droit suisse. Celui qui révèle un secret dont il a eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi sera puni. Tel est le cas non seulement du banquier, mais aussi des ecclésiastiques, médecins, avocats, notaires, etc. (art. 321 CP), des fonctionnaires et membres d'une autorité (art. 320 CP), des employés de bourse ou négociants en titres (art. 43 de la loi sur les bourses) ainsi que des employés qui auront révélé un secret de fabrication ou un secret commercial (art. 162 CP). En revanche, il n'y a pas de secret de l'historien.

33 Informations protégées par le secret bancaire

31 En règle générale, la banque est tenue de garder le secret sur toutes les informations que génère chez elle la relation d'affaires avec le client[32]. L'existence d'une relation d'affaires fait partie de ces informations[33]. La *volonté du client*, maître du secret, détermine l'étendue de la protection du secret. Si le client ne s'exprime pas concrètement ou si son attitude ne permet pas à la banque d'en tirer des conclusions sûres[34], il convient d'établir la volonté probable en partant du principe de confiance: quelle volonté faut-il supposer en raison de l'attitude générale du client et de l'ensemble des circonstances?[35] A ce sujet, il y a lieu de tenir compte de deux faits: il faut partir d'une volonté étendue de garder le secret; il s'agit non seulement de la protection du secret individuel du client, mais aussi de celle d'un intérêt économique général (voir n° 22 ci-dessus).

34 Personnes protégées par le secret bancaire

32 La protection du secret s'étend non seulement aux informations relatives au client lui-même, mais aussi à celles de tiers en relations d'affaires, comme les mandataires et les ayants droit économiques[36].

33 Il faut préciser que la notion de client ne comprend pas seulement les personnes physiques. En vertu du CC et de la loi sur la protection des données (voir le n° 27 ci-dessus), les personnes morales ont également un

droit à la protection de leur sphère secrète et privée. L'obligation contractuelle de garder le silence (n° 28) s'applique aussi à leur égard.

34 Lors du décès de la personne physique ou de la fusion de la personne morale avec une autre, le droit à la sauvegarde du secret passe à l'ayant cause[37]. Il n'y a pas d'ayant cause après la liquidation d'une personne morale. Si celle-ci doit conserver ses livres dans un lieu sûr pendant dix ans[38], le droit de les consulter est limité[39].

35 Durée de l'obligation de garder le secret

35 Aux termes de l'art. 47 al. 3 LB, la violation du secret demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin. Aucune durée n'est prévue. Il faut donc partir de l'idée que la durée de l'obligation de garder le secret est illimitée, à moins qu'elle ne cesse parce que le droit du client s'éteint un jour ou l'autre.

36 Le droit à la sphère intime et privée est un droit de la personnalité garanti par la Constitution et protégé par la loi (voir ci-dessus n°s 26ss). Les droits de la personnalité sont indissociables de leur titulaire. Il en résulte deux conséquences: leur protection dure tant que le titulaire vit et l'on ne peut pas en hériter. S'agissant de la protection du secret bancaire du client, ce dernier principe souffre une exception: le droit à la conservation du secret des données de la clientèle *se rapportant au patrimoine*, mais non de celles qui sont strictement personnelles, passe aux héritiers[40]. Il en résulte qu'une révélation des données du client n'est pas autorisée du vivant de celui-ci, à moins qu'il y ait un intérêt juridique prépondérant (voir à ce sujet, n°s 42ss). Par ailleurs, la question de savoir si la prétention de l'héritier au maintien du secret est limitée dans le temps, d'une manière ou d'une autre, demeure ouverte.

37 Une explication possible de cette absence de réglementation pourrait tenir au fait que la loi permet aux personnes astreintes à tenir des livres de les détruire après dix ans (art. 962 CO); visiblement, le législateur a supposé qu'il en irait ainsi. Toutefois, les données des clients

peuvent être conservées volontairement plus longtemps (archives) et sous une forme autre que la forme écrite, notamment dans la mémoire du banquier. Ni l'absence de contrainte, ni la forme de la conservation ne changent quoi que ce soit à la confidentialité des données.

38 ZULAUF fait dépendre la durée de l'obligation de garder le secret de l'existence d'un intérêt légitime du client[41]. Cependant, il n'indique pas les critères d'après lesquels cette légitimité se détermine. Si elle demeure un postulat (intéressant)[42], sa thèse n'aide toutefois pratiquement pas à la prise de décisions. Même si le banquier pouvait déterminer les intérêts en présence, on ne saurait exiger qu'il en fasse la pesée.

39 Aujourd'hui, nous connaissons un exemple d'intérêt non fondé à la conservation du secret. Le banquier soupçonnant que des avoirs du client proviennent d'un crime a le droit de déposer une plainte pénale (art. 305ter al. 2 CP) contre son client ou doit dénoncer (art. 9 de la loi sur le blanchiment d'argent) son client (obligation de communiquer) au Bureau de communication en matière de blanchiment. Cet exemple démontre justement qu'il incombe à la loi de fixer les circonstances dans lesquelles l'obligation de garder le secret doit être levée en général et à quel moment en particulier. Le banquier qui, d'autorité, met un terme à son obligation de garder le secret, court un risque incalculable et se met dans une situation très difficile sur le plan des preuves juridiques. A cet égard, il faut rappeler que les violations du secret bancaire sont poursuivies d'office.

36 Révélation autorisée de données afférentes aux clients

40 Celui qui, d'une manière illicite, cause un dommage à autrui, est tenu de le réparer (art. 41 al. 1 CO). Nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi (art. 1 CP). Il n'y a ni obligation de réparer en droit civil ni culpabilité en droit pénal si la cause du dommage est conforme au droit. Il en résulte, en l'espèce, que la révélation de données du client, qualifiée de violation du secret bancaire, est admissible s'il y a justification.

41 Il y a deux types de faits justificatifs, à savoir les légaux (ci-dessous n°s 42ss) et extralégaux (n°s 47ss). Leur point commun est que la violation d'une valeur juridique en soi protégée doit l'être en fonction des mesures requises[43]. Ainsi, par exemple, la banque qui intente un procès à un client ne peut communiquer à son avocat que les données nécessaires à la conduite du procès.

361 Justifications légales

361.1 Divulgation requise ou autorisée par la loi

42 Aux termes de l'art. 32 CP, l'acte ordonné ou permis par la loi ne constitue pas d'infraction. Un tel acte n'est pas illicite au sens de l'art. 41 CO.

43 Est imposée par la loi, en vertu de l'art. 47 chiffre 4 LB, l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice conformément aux dispositions des législations fédérale et cantonale. Elle concerne non seulement les contraintes de procédure, mais aussi l'obligation de renseigner notamment l'autorité de surveillance, l'office des faillites ou le tuteur.

44 Il ressort de l'art. 47 al. 1 LB que la banque peut confier certaines tâches à des mandataires[44]. Comme les mandataires des banques, les membres de la commission de surveillance et les investigateurs opèrent conformément à la CDB; une certaine banque charge un avocat d'un procès[45] ou un centre de calcul externe du traitement électronique de ses données[46]. La révélation (proportionnée) à ces personnes de secrets des clients est un fait autorisé par la loi.

361.2 Légitime défense et cas de nécessité

45 L'état de légitime défense (art. 33 CP, art. 52 al. 1 CO) permet de repousser une attaque physique. Il ne joue sans doute aucun rôle dans le secret bancaire.

46 Dans l'état de nécessité (art. 34 CP, art. 52 al. 2 CO), un acte est commis pour préserver un bien appartenant à l'auteur de l'acte, notamment la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine, d'un danger imminent et impossible à détourner autrement. Un cas de nécessité justifiant la révélation par la banque de données afférentes à un client résulte, par exemple, de la menace de sanctions par l'étranger[47].

362 Justifications extralégales

362.1 Accord du lésé[48]

47 La révélation de données relatives à un client est admissible s'il y consent expressément.

48 Contrairement au cas du secret professionnel des ecclésiastiques, avocats, médecins, etc. (art. 321 CP), la possibilité de délier l'autorité de surveillance de son obligation de garder le silence n'est pas prévue au sujet du secret bancaire[49].

362.2 Défense d'intérêts légitimes[50]

49 «Ce fait justificatif extra-légal est réalisé si l'acte est un moyen nécessaire et adéquat d'atteindre un objectif légitime et si ce fait constitue donc la seule voie possible et pèse visiblement moins que celui que l'auteur cherche à protéger.»[51] La protection d'intérêts importants est donc légitime, même si elle entraîne la violation d'intérêts moins importants et juridiquement protégés. La pesée des intérêts est déterminante. Les intérêts importants peuvent être ceux de l'auteur de l'acte ou de tiers.

4 Evolution du secret bancaire depuis 1993

41 Enquêtes de l'ASB

50 Lors de toutes les enquêtes de l'ASB, il s'agissait de déterminer le montant total des avoirs dont on était sans nouvelles. Les données relatives aux clients n'ont pas été révélées. Les chiffres livrés et publiés ne permettaient de tirer aucune conclusion sur l'identité des divers clients. Le secret bancaire n'a pas été affecté.

42 Directives de l'ASB du 9 septembre 1995

51 Conformément à ces directives, l'ombudsman des banques opérait comme office de recherche auquel s'adressaient les personnes qui cherchaient des avoirs en déshérence dans des banques suisses. Il transmettait ces questions aux banques. La banque dans laquelle les avoirs recherchés se trouvaient lui demandait les documents présentés. Elle pouvait s'entretenir avec lui des cas limites et des cas douteux. Elle lui faisait part des résultats positifs. Des données étaient donc révélées à l'ombudsman.

52 Toutefois, les directives relèvent expressément que l'office de recherche agit «dans le cadre de ces recherches sur mandat des banques et du client potentiel» et qu'il est donc lié par le secret bancaire. Nous avons affaire au motif justificatif légal d'une révélation autorisée par la loi de données de clients communiquées à un mandataire désigné par les banques; de plus, l'ombudsman est qualifié de gérant du client (sans mandat tout d'abord) qui, suivant le type concret de gestion d'affaires, a le droit de connaître les données adéquates du client.

53 En règle générale, la situation juridique n'a pas changé après l'adoption des directives du 1er juillet 2000.

43 Activités de la Commission Volcker

54 Les sociétés de révision désignées par l'ICEP avaient accès aux données des clients. Cependant, la décision de la CFB de déclarer leurs investigations valant révisions extraordinaires au sens de la loi sur les banques impliquait que les réviseurs étaient soumis au secret bancaire. «Par conséquent, il est interdit à ces personnes de transmettre à des tiers, y compris à l'ICEP, l'identité de clients bancaires pris individuellement ou des informations permettant l'identification de ceux-ci.»[52]

55 Normalement, l'organe de révision est désigné par la banque et agit donc dans le cadre du mandat qu'elle lui donne. En l'espèce, le mandat a été imposé aux banques. L'art. 49 al. 2 de l'ordonnance sur les banques donne à la CFB la possibilité de désigner elle-même un organe de révision pour effectuer une révision extraordinaire. Que cet organe soit désigné par la banque ou par la CFB, il est soumis au secret bancaire en vertu de l'art. 47 chiffre 1 de la LB, la loi visant non pas le type de désignation, mais la fonction. La transmission de données de la clientèle aux organes de révision était autorisée par la loi.

44 Activités de la Commission Bergier

56 Les banques ont dû permettre aux membres de la Commission et à leur équipe de recherche de consulter tous les documents bancaires nécessaires à leurs investigations. Les experts ont été soumis au secret de fonction (arrêté fédéral, art. 3)[53]. En vertu de l'art. 320 chiffre 1 CP «sera puni celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi».

57 La Suisse a invoqué ses intérêts intérieurs et de politique extérieure pour adopter l'arrêté fédéral de 1996; il s'agissait de renforcer la crédibilité de la nation et la confiance en la place financière. On a considéré que les intérêts de l'ensemble de la Suisse l'emportaient sur l'intérêt du client bancaire à préserver le secret de ses données bancaires envers la Commission et, dans la mesure où des données ont été publiées,

envers le public. De plus, les données personnelles ont dû être rendues anonymes si leur publication pouvait mettre en péril les intérêts, dans leur majorité dignes de protection, de personnes en vie.

45 Publication de listes de noms

58 La CFB a ordonné la publication des listes de noms. Dans sa circulaire du 25 juin 1997, elle a évoqué trois raisons justifiant la rupture du secret bancaire: la levée du secret à laquelle on a procédé dans le cas de la Commission Bergier, l'absence de nouvelles pendant une durée inhabituelle et les traces profondes laissées par la Seconde Guerre mondiale et l'Holocauste, enfin elle a insisté sur le fait que seule la publication permettrait aux ayants droit de faire valoir leurs prétentions aux avoirs sans nouvelles.

59 La première raison n'est pas convaincante. Dans le cas de la Commission Bergier, la révélation de données de clients n'a eu lieu qu'envers un nombre limité de personnes, soumises de surcroît au secret de fonction[54]. La Commission a effectué ses recherches dans l'intérêt de l'ensemble de la Suisse et non d'ayants droit déterminés.

60 La deuxième raison semble impliquer que la protection du secret s'éteint après un certain temps. Tel n'est cependant pas l'avis exprimé. Au contraire, il faut considérer comme une seule entité la longue absence de nouvelles et les victimes de l'Holocauste. De plus, il ne s'agit pas de supprimer un droit des héritiers à la préservation du secret, mais de permettre aux héritiers d'accéder à leur héritage.

61 Ainsi, la deuxième raison recoupe la troisième, qui est la contestation du fait justificatif de la sauvegarde d'intérêts légitimes. S'opposent alors l'intérêt du client et de ses ayants cause dont on est sans nouvelles à la préservation du secret bancaire, d'une part, et leur intérêt à s'approprier les avoirs qui leur reviennent, d'autre part. Ce dernier est considéré, à juste titre, comme l'intérêt prépondérant. En effet, ainsi que Zulauf le souligne à bon escient, «il ne sera pas possible de défendre le

secret bancaire à long terme s'il pénalise les clients bancaires qu'il prétend protéger»[55]. Cette réflexion s'applique aussi bien au secret bancaire comme institution correspondant à un intérêt national qu'à celui protégeant un client individuel.

62 Il a été tenu compte de l'exigence tendant à limiter la révélation aux données nécessaires (voir ci-dessus, n° 41) par la publication de la seule identité des clients concernés.

5 Résultats

51 Portée du secret bancaire

63 Il convient d'examiner le rapport entre la recherche historique dans les archives bancaires et le droit suisse, notamment si les développements depuis 1993 ont conduit à de nouvelles connaissances.

64 En résumé, l'institution du secret bancaire n'a pas été remise en question par les événements qui ont eu lieu depuis 1993. Lors de toutes les mesures prises dans des circonstances pourtant exceptionnelles, on a veillé à tenir compte du secret bancaire et à préserver autant que possible la confidentialité des données des clients. Les sociétés de révision désignées par l'ICEP n'ont pas pu communiquer l'identité des client examinés; les réviseurs ont été soumis au secret bancaire. La Commission Bergier a été instituée par un arrêté fédéral, «des offices, archives et particuliers devant être tenus… de donner des renseignements et des secrets de fonction ainsi que des secrets professionnels légaux ou contractuels pouvant en être affectés»[56]; une norme légale ne peut être modifiée que par une autre, et non par un mandat, même délivré par la Confédération. Les experts de la Commission ont été soumis au secret de fonction. Lors de la publication des listes de noms, on s'est limité à l'indication (indispensable) de l'identité du client.

65 Les limitations du secret bancaire ont donc toujours été juridiquement fondées. Si l'accès aux archives bancaires est donné aux historiens[57] (voire à n'importe quelles autres personnes), cela ne peut donc se concevoir sans justification. A défaut, il y a violation du secret bancaire.

521 Divulgation requise ou permise par la loi?

66 Aucune disposition n'oblige les banques à donner accès à leurs archives à des historiens. En revanche, l'arrêté fédéral de 1996 contenait une telle autorisation. Outre qu'elle n'est plus en vigueur aujourd'hui, elle ne s'appliquait qu'à certains historiens mandatés par la Confédération et chargés de traiter certains thèmes choisis par la Confédération.

67 La loi permet de désigner des mandataires pour gérer des affaires déterminées (n° 44). Le contenu du mandat consiste à gérer l'affaire dans l'intérêt et selon la volonté du mandant. Nous ne sommes pas en présence d'une telle situation lorsqu'un historien effectue des recherches à ses propres fins. Un mandat ne peut être déduit de cette situation initiale.

68 Notre droit ne connaît pas de disposition légale qui, après l'expiration d'un délai déterminé, donne accès aux données de clients bancaires. On ne connaît pas de critères (n° 28) qui fassent apparaître comme illégitime le droit (des ayants cause du client) à la conservation du secret bancaire.

522 Légitime défense, cas de nécessité

69 Les justifications (n° 45s.) ne s'appliquent pas au rapport entre la banque et les historiens.

523 Accord du lésé

70 L'accès aux données d'un client bancaire est admissible avec l'accord du client concerné (n° 47) ou, après son décès, avec l'accord de ses héritiers. Zulauf décrit clairement les difficultés juridiques et réelles qu'entraîne ce dernier cas[58]. Elles démontrent que l'accord du lésé est plutôt théorique. La situation initiale se complique encore lorsqu'il s'agit de donner accès aux données d'un certain nombre de clients.

524 Défense d'intérêts légitimes

71 A la lumière de la définition du Tribunal fédéral de la défense d'intérêts légitimes (n° 49), la recherche historique bancaire est un objectif légitime, réalisable exclusivement par l'accès aux archives bancaires. Il faut uniquement se demander si l'intérêt à la recherche l'emporte sur l'intérêt au secret bancaire.

72 Tel n'est pas le cas à mon avis. Si le secret du client bancaire n'est pas garanti par la Constitution, il s'agit néanmoins de la concrétisation d'un droit fondamental (n° 26). L'intérêt à la recherche n'a pas de valeur comparable[59]. En outre, le secret bancaire protège non seulement le client bancaire, mais les intérêts de l'ensemble de l'économie (n° 22). Si, lors de recherches historiques bancaires, l'accès est ouvert aux données d'un grand nombre de clients, éventuellement auprès de plusieurs banques, on peut considérer cela comme une atteinte à l'institution du secret bancaire et, partant, à l'ensemble de l'économie.

73 A propos de la possibilité de rendre anonymes les données personnelles dans des publications, contentons-nous de la remarque suivante: le secret bancaire est déjà violé par l'accès illicite aux données protégées de clients; la banque n'est sans doute pas techniquement en mesure de rendre anonymes les données *avant* d'y donner accès[60].

53 Résumé

74 Dans la situation juridique actuelle, il ne me paraît pas possible de donner à des historiens l'accès à des documents de clients sans l'accord de ceux-ci. L'évolution depuis 1993 a démontré clairement que l'assouplissement du secret bancaire dans l'intérêt de la recherche historique nécessite une base légale expresse.

Notes

1 A l'époque, Association pour l'histoire de la banque (Suisse et Liechtenstein).
2 L'expertise est publiée dans la RDS 1994 I 105ss.
3 Nous n'examinerons pas cette question ici; la situation initiale subsiste, les développements depuis 1993 n'ayant apporté aucun changement.
4 A ce sujet, voir Jung 558ss.
5 En 1949, 1950 et 1958, des enquêtes limitées aux avoirs polonais ont eu lieu. Jung 565ss.
6 RO 1963 427; message dans la FF 1962 I 933. Voir Zulauf 1997 n°s 5s. et Jung 571ss.
7 Jung 584s., 588ss et chronologie 800ss.
8 Zulauf 1997 n°s 9s.; Jung 584s. Texte dans BF 98/45-14.
9 Voir à ce sujet Jung 595.
10 Zulauf 1997 n° 14; Jung 588ss. Texte du MoU dans BF 98/21-1.
11 Lettre de la CFB à Paul A. Volcker citée dans BF 98/21-4.
12 Zulauf 1997 n° 15; Jung 589, 661ss.
13 RS 984; rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, FF 1996 IV 1165.
14 Rapport de la Commission, FF 1996 IV 1166.
15 Rapport de la Commission, FF 1996 IV 1171.
16 Prise de position du Conseil fédéral, FF 1996 IV 1185s. Note du traducteur: Il s'agit pour ce paragraphe d'une traduction indépendante. Seul le texte original allemand fait foi.
17 Zulauf 1997 n°s 18ss; Jung 590ss.
18 BF 98/21-7.
19 Aubert et consorts 94s.; Berger 185ss; Zulauf 1997 n°s 28, 32.
20 FF 1970 I 1160ss, 1182.
21 Voir notamment Georges Capitaine, Le secret professionnel du banquier (Genève 1936) 43ss.
22 FF 1970 I 1182s.
23 RS 0.351.1.
24 Voir Paolo Bernasconi, IARH n° 2; dans: Schmid (éd.), commentaire Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, vol. II (Zurich 2002).
25 Aubert et consorts 44s.; Berger 184 I lettre a; Bodmer/Kleiner/Lutz, 47 LB n°s 2, 7; Zulauf 1997 n° 30.
26 Aubert et consorts 46ss; Zulauf 1997 n° 33.
27 FF 1970 I 1161; Aubert et consorts 48ss; Bodmer/Kleiner/Lutz, 47 LB n° 2; Aubert 1997 n° 31. – Opinion divergente: A. A. Berger 184 II lettre c.

28 Ce qui est souvent le cas; commentaire bernois Fellmann, 394 CO n°s 51, 360; Christian Thalmann, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht, RDS 1994 II 127s.

29 Commentaire bernois Fellmann, 398 CO n°s 40ss; Aubert et consorts 50. L'opinion divergente de Berger (184 II lettre c) découle d'une méconnaissance totale de la nature des contrats bancaires, contrats de gestion d'affaires destinés à durer.

30 Aubert et consorts 50s.; Berger 185 lettre b; Zulauf 1997 n° 31.

31 Aubert et consorts 52s.; Berger 185ss lettre e; Zulauf 1997 n° 32.

32 Aubert et consorts 91s.; Berger 187s. lettres a et c; Bodmer/Kleiner/Lutz, LB 47 n° 4; Zulauf 1997 n° 27. A propos de la révélation permise, voir les n°s 40ss ci-dessous.

33 Aubert et consorts 92, 98; Zulauf 1997 n° 27.

34 L'indication de la relation bancaire sur le papier à lettres permet d'en déduire que le client n'entend pas la garder secrète.

35 Berger 188 lettres a et c; Zulauf 1997 n°s 28s.

36 A propos de cette notion, voir Werner de Capitani, LBA 4 n°s 31ss, dans: Schmid (éd.), commentaire Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, vol. II (Zurich 2002).

37 Aubert et consorts 319ss; Bodmer/Kleiner/Lutz, 47 LB n° 17; Zulauf 1997 n° 41.

38 590 al. 1 CO au sujet des communautés de droit, 747 CO au sujet des sociétés.

39 590 al. 2 CO: associés et leurs héritiers; 963 CO: obligation de produire les livres dans les contestations qui concernent l'entreprise, si un intérêt digne de protection est démontré.

40 Bodmer/Kleiner/Lutz, LB 47 n° 17; Zulauf 1997 n° 41.

41 Zulauf 1997 n° 40.

42 Il reste paradoxal que la volonté du client de préserver le secret reste déterminante du vivant du client, même si elle est déraisonnable, stupide ou néfaste (Zulauf 1997 n° 29), alors que la preuve d'un intérêt est nécessaire après le décès.

43 Aubert et consorts 57, 108; commentaire bernois Brehm, 52 CO n°s 24, 42; commentaire bâlois Schnyder, 52 CO n° 11; Trechsel/Noll 122. Voir l'ATF 113 Ib 169 E.7b.

44 L'opinion isolée de Berger (187 I) selon laquelle la norme indiquerait seulement que le mandataire peut violer le secret bancaire, et non si sa mise au courant était admissible, ne convainc pas.

45 Voir à ce sujet l'ATF 121 IV 45.

46 FF 1970 I 1187.

47 Bodmer/Kleiner/Lutz, LB 47 n° 92.

48 Aubert et consorts 106; Zulauf 1997 n° 28; Trechsel/Noll 138ss.

49 Aubert et consorts 57.

50 Trechsel/Noll 135ss.

51 ATF 120 IV 213 E.3a.

52 Lettre de la CFB du 29 janvier 1997 à Paul A. Volcker, BF 98/21-4; répétition de la

déclaration contenue dans le communiqué de presse de la CFB du 30 janvier 1997, BF 98/21-5. Voir n°s 58ss ci-dessous au sujet de la publication des listes de noms dressées par les sociétés de révision.

53 Voir à ce sujet FF 1996 IV 1177s.

54 Toutefois, des données personnelles peuvent être publiées dans certaines conditions. A mon avis, il s'agit là d'une violation de la sphère privée de clients bancaires (décédés en règle générale) qui ne s'impose pas et qu'il est difficile de justifier.

55 Zulauf 1997 n° 47.

56 FF 1996 IV 1171 (rapport de la Commission du Conseil national). Note du traducteur: Il s'agit pour ce paragraphe d'une traduction indépendante. Seul le texte original allemand fait foi.

57 Question marginale: Qui est historien? Comment peut-on prouver la qualité d'historien?

58 Zulauf 1997 n°s 41ss.

59 Un secret de fonction a été révélé à un journaliste. Pour trouver l'auteur de la divulgation, le téléphone du journaliste a été surveillé. Le Tribunal fédéral a déclaré cette surveillance inadmissible, notamment pour les raisons suivantes: «En raison de l'importance considérable du droit fondamental de la liberté de la presse dans un Etat de droit démocratique, l'intérêt public à l'instruction et à la punition de la violation du secret de fonction en l'espèce ne peut pas l'emporter sur l'intérêt à la garantie de la liberté d'expression et de la presse, c'est-à-dire à la protection des sources du journaliste qui en découle» (ATF 123 IV 249 E.c). La liberté des médias est un droit fondamental constitutionnel (art. 17 CF).

60 La controverse à propos du roman «Tod eines Kritikers» de Martin Walser démontre combien est aléatoire la protection que doit assurer l'anonymat dans des publications. Le simple changement ou la dissimulation du nom ne suffit pas, si d'autres facteurs permettent de le découvrir.

Références bibliographiques

Maurice Aubert / Pierre-André Béguin / Paolo Bernasconi / Johanna Graziano-Von Burg / Renate Schwob / Raphaël Treuillaud, Le secret bancaire suisse (3e édition, Berne 1995; citation: Aubert et consorts).

Bernhard Berger, Outsourcing vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft, dans: recht 2000 182ss (citation: Berger).

Daniel Bodmer / Beat Kleiner / Benno Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz (Zurich, livraisons périodiques; citation: Bodmer/Kleiner/Lutz).

Joseph Jung (éd.), Zwischen Bundeshaus und Paradeplatz. Die Banken der Credit Suisse Group im Zweiten Weltkrieg (Zurich 2001; citation: Jung).

Stefan Trechsel / Peter Noll, Strafrecht Allgemeiner Teil (5e éd., Zurich 1998; citation: Trechsel/Noll).

Urs Zulauf, Bankgeheimnis und Publikation nachrichtenloser Vermögenswerte, dans: Aktuelle Probleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 1997 (éd.: Peter Nobel, Berne 1998, citation Zulauf 1997).

Tous ces ouvrages comprennent de plus amples indications bibliographiques.

Abréviations

ASB	Association Suisse des Banquiers
ATF	Arrêté du Tribunal fédéral
BF	Bank- und Finanzmarktrecht, édité par Luc Thévenoz et Urs Zulauf (Zurich; paraît chaque année; citations de l'édition de 1998)
CC	Code civil suisse
CDB	Convention de diligence des banques
CF	Constitution fédérale du 18 décembre 1998
CFB	Commission fédérale des banques
CO	Code suisse des obligations
CP	Code pénal suisse
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse
LB	Loi fédérale sur les banques
LBA	Loi sur le blanchiment d'argent
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel du droit fédéral (jusqu'en 1987)
RS	Recueil systématique du droit fédéral