

L'État et le secret bancaire au Canada

Denis Racine

Volume 33, Number 4, 1992

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043180ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043180ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Racine, D. (1992). L'État et le secret bancaire au Canada. *Les Cahiers de droit*, 33(4), 1235–1276. <https://doi.org/10.7202/043180ar>

Article abstract

After studying the nature and scope of bank secrecy in Canada, the author explains the various interventions that have limited or consolidated this concept since 1970.

Despite a pause favourable to individual rights caused by the adoption and interpretation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, since 1985 we have been witnessing a repositioning of the State with regard to this question within the context of the war on drug trafficking and the laundering of funds that results therefrom in the first place and secondly, the war on tax evasion which risks transforming bankers from the traditional confident of their clients into unintended police or tax informants.

L'État et le secret bancaire au Canada

Denis RACINE*

Après avoir étudié la nature et l'étendue du secret bancaire au Canada, l'auteur explique les diverses interventions qui sont venues le limiter ou le consolider depuis 1970.

Ainsi, malgré une pause favorable aux droits individuels provoquée par l'adoption et l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés, nous assistons depuis 1985 à un repositionnement de l'État sur cette question dans le contexte de la lutte d'abord contre le trafic de drogue et le blanchiment de capitaux, puis contre la fraude fiscale, risquant de transformer ainsi le banquier, confident traditionnel de son client, en indicateur de police ou du fisc, même contre son gré.

After studying the nature and scope of bank secrecy in Canada, the author explains the various interventions that have limited or consolidated this concept since 1970.

Despite a pause favourable to individual rights caused by the adoption and interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, since 1985 we have been witnessing a repositioning of the State with regard to this question within the context of the war on drug trafficking and the laundering of funds that results therefrom in the first place and secondly, the war on tax evasion which risks transforming bankers from the traditional confident of their clients into unintended police or tax informants.

* Avocat, étude de Drolet, Bussières, Boulanger & Racine, Sainte-Foy. Chargé de cours, Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
1. La nature et l'étendue du secret bancaire	1236
2. Les limites au secret bancaire	1246
2.1 Les limites relatives à la protection de l'État et des tiers	1246
2.1.1 L'obligation légale de divulgation	1246
2.1.1.1 L'obligation générale de divulgation	1246
2.1.1.2 L'obligation particulière de divulgation	1249
2.1.2 L'intérêt public	1253
2.1.3 L'intérêt de la banque	1254
2.1.4 Le consentement du client	1256
2.2 Un frein aux limites : la protection de la vie privée	1257
2.3 Une nouvelle limite au secret bancaire : la lutte contre le crime	1263
Conclusion	1273

Dans le cours de ses affaires, le banquier est en contact avec une foule de renseignements au sujet de ses clients. Au surcroît, en sa qualité d'expert et de conseiller financier, il devient parfois le dépositaire obligé des confidences de ceux-ci. Cette situation n'est pas nouvelle ; elle existait déjà chez les Romains et les Grecs. Toutefois, elle s'est développée en corollaire avec le rôle plus omniprésent du banquier dans la vie quotidienne des citoyens des pays industrialisés.

L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et notamment le droit à la protection contre les fouilles et saisies abusives, a redonné de la vigueur au secret bancaire. Vigueur qui s'est considérablement affaiblie à la fin des années 1980 en vertu du train de lois adoptées pour lutter contre le commerce de la drogue et le blanchiment de capitaux. Afin d'examiner les conflits de droit entre l'obligation de confidentialité 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 nature et l'étendue du secret bancaire au Canada, puis ses limites légales et jurisprudentielles.

1. La nature et l'étendue du secret bancaire

Au Canada, la pratique bancaire s'inspire de la loi et de la jurisprudence anglaise. Aussi, au début du XIX^e siècle, lorsqu'il s'est agi d'instituer un système bancaire dans la colonie, les autorités anglaises ont naturellement fondé leur législation sur le modèle de la mère patrie. Ce faisant, nos tribunaux ont donc admis presque automatiquement en droit interne la jurisprudence anglaise. Indiquons au passage que cette situation

n'est pas unique au Canada, mais qu'elle se retrouve dans la plupart des pays du Commonwealth¹.

Toutefois, nous ne devons pas perdre de vue que le Canada présente un intérêt particulier du fait de la dualité de son système juridique. Ainsi, si le cadre de la pratique bancaire est défini dans la *Loi sur les banques*, 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.

En 1871, le Parlement canadien adopte une loi intitulée *An Act relating to Banks and Banking*² 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 c. Baldwin*. Celui-ci refusait à un actionnaire qui n'était pas administrateur le droit d'inspecter les livres de comptes de la banque³.

Quelques années plus tard, l'article est modifié pour remplacer le mot *shareholder* par *no person*⁴. Puis, en 1913, il est abrogé⁵. 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*⁶, qui vient apporter un éclairage nouveau dans les obligations du banquier.

Rappelons les faits. M. Tournier est client chez la défenderesse. À la suite de l'émission d'un chèque de 9£.8s.6d., qu'il avait tiré sans provision, Tournier s'engage à rembourser la banque à raison de 1£. par semaine à compter de sa date d'entrée en fonctions dans un nouvel emploi pour une période fixe de trois mois. Il donne l'adresse de ce nouvel employeur,

1. R. CRAWFORD, *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange*, t. 1, 8^e éd., Toronto, 1986, p. 802.

2. *An Act relating to Banks and Banking*, S.C. 1871, c. 5, art. 37 : « 37. The books, correspondence and funds of the bank shall, at all times, be subject to the inspection of the directors ; but no shareholder, who is not a director, shall be allowed to inspect the account of any person dealing with the bank. »

3. *Bank of Upper Canada v. Baldwin*, (1829) Draper 55 (C.A.), cité dans : R. CRAWFORD, *op. cit.*, note 1, p. 803.

4. *The Bank Act*, S.C. 1890, c. 31, art. 46, codifié par *The Bank Act*, S.R.C. 1906, c. 29, art. 56.

5. *Loi des banques*, S.C. 1913, c. 9, art. 159.

6. *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461 (C.A.).

Kenyon & Co., qui l'a engagé pour une période probatoire de trois mois. Au cours de cette période, Tournier fait alors défaut de payer l'un des remboursements hebdomadaires. Entretemps, il reçoit un chèque de 45£. libellé en sa faveur, tiré sur la banque défenderesse et qu'il endosse et remet à un certain M. Lloyd. Ce dernier dépose ce chèque sur son compte à la London City and Midland Bank qui, à son tour, présente le chèque pour paiement à la défenderesse. Intrigué, le directeur de la défenderesse, M. Fennell, téléphone à l'autre banque pour savoir qui est ce M. Lloyd. On lui apprend que c'est un preneur au livre.

Fennell téléphone donc à l'employeur de Tournier afin de connaître l'adresse résidentielle de son client. Or, au cours de la conversation, il dit à l'employeur que Tournier fait des affaires avec des preneurs au livre. La moralité britannique de cette époque ne plaisantant pas avec ces choses, Kenyon avise Tournier qu'une fois sa période de probation écoulée son contrat de travail ne sera pas renouvelé.

Tournier poursuit donc la banque en dommages. En première instance, le jury rejette l'action. En appel, un nouveau procès est ordonné au motif que le juge de première instance a mal instruit les jurés sur le devoir de confidentialité du banquier. 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 patient⁷.

Les trois juges sont divisés sur l'étendue de l'obligation de confidentialité. 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 personne⁸. C'est là une restriction que les juges Bankes et Atkins ne sont pas prêts à reconnaître. Leur interprétation, plus libérale, vise toute information reçue de toute source par le banquier « in his character of banker » ou dans le cadre des « banking relations of the bank and its customers »⁹.

Enfin, le juge Bankes définit les exceptions à la règle annoncée par son collègue Scrutton en énonçant quatre limites de l'obligation de confidentialité :

- 1) lorsque la divulgation est exigée par une disposition légale ;
- 2) l'intérêt public ;

7. *Id.*, 480-481.

8. *Id.*, 481.

9. *Id.*, 485.

- 3) l'intérêt de la banque ;
- 4) le consentement du client¹⁰.

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

Les tribunaux canadiens ont appliqué les principes de l'arrêt *Tournier* à compter de 1939, dans l'affaire *Kaufman c. McMillen*¹¹. Puis il en est de même, en 1964, dans *Haughton v. Haughton*, relativement à une objection concernant l'obligation du banquier de témoigner¹², et dans *Guertin v. Royal Bank of Canada* en 1983¹³.

Dans cette dernière affaire, Guertin et son épouse se voient offrir d'acheter au prix de 30 000 dollars un casse-croûte situé dans un centre commercial où la Banque Royale a aussi une succursale. En outre, le propriétaire du casse-croûte possède dans le même centre commercial un autre restaurant qu'il s'appête à vendre. Sur ce, Guertin se rend consulter le directeur de la succursale de la Banque Royale pour discuter des possibilités de financement. En dévoilant son projet, il indique qu'il pense que le prix de vente pourrait être réduit pour se fixer entre 20 000 et 23 000 dollars. À la fin de l'entrevue, il décide de ne pas faire immédiatement une demande de prêt, mais plutôt de poursuivre les négociations afin de s'entendre avec le vendeur sur le prix et les conditions de la vente. Par la suite, le vendeur présente l'acheteur du second restaurant au directeur de la succursale. Durant la conversation, le directeur manifeste de l'intérêt pour l'achat du casse-croûte offert à Guertin. Effectivement, une vente est

10. *Id.*, 473 : « 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 banker and customer. There appears to be no authority on the point. On principle I think that the qualifications 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. »

11. *Kaufman v. McMillan*, [1939] 3 D.L.R. 446, 451 (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. »

12. *Haughton v. Houghton*, [1965] 1 O.R. 481.

13. *Guertin v. Royal Bank of Canada*, [1983] 43 O.R. (2d) 363.

conclue à 23 000 dollars dans les semaines suivantes en faveur d'une compagnie dont l'épouse du directeur de la succursale est seule actionnaire.

La High Court de l'Ontario accueille l'action de Guertin en faisant siennes les vues des juges Atkins et Bankes sur l'étendue de l'obligation de confidentialité.

C'est ainsi que le droit canadien a admis les principes de l'arrêt *Tournier*. De plus, l'obligation implicite de confidentialité liée au contrat bancaire ne répugne pas au droit civil. Aucun tribunal québécois ne semblant s'être prononcé sur la question, les auteurs civilistes acceptent ces principes en droit québécois¹⁴.

De son côté, la législation, tant fédérale que provinciale, est à peu près muette sur le sujet. Toutefois, la politique de la déréglementation a incité les gouvernements à plus de vigilance dans le domaine des conflits d'intérêts chez les administrateurs d'institutions financières. L'obligation de confidentialité est donc revenue au premier plan d'abord par l'intermédiaire de règles déontologiques que s'est volontairement données l'industrie, puis directement dans la législation à la faveur des révisions récentes de certaines lois.

La *Loi sur les banques* de 1991¹⁵, par les articles 238 (1) et 239 (5), reprenant le texte des articles 155 (2) et 156 (1) de la *Loi sur les banques* de 1980¹⁶, empêche 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 533 (remplaçant l'article 246 de la loi de 1980) énonce les pouvoirs du surintendant des institutions financières en matière d'inspection des livres de la banque¹⁷. L'article 531 crée en contrepartie une obligation de confidentialité à l'égard des documents ou de l'information qu'il a pu consulter ou obtenir. Ce même article prévoit que le surintendant peut toutefois communiquer les renseignements considérés comme confidentiels à une agence ou à un organisme gouvernemental chargé de la

14. N. L'HEUREUX, *Le droit bancaire*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1988, p. 83 et suiv.

15. *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

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

17. *Loi sur les banques*, précitée, note 15, art. 533.

réglementation des institutions financières ou au sous-ministre des Finances ou au gouverneur de la Banque du Canada¹⁸.

Ces dispositions sont complétées par l'article 20 de la *Loi sur l'accès à l'information* qui impose à un responsable d'un établissement fédéral une obligation de confidentialité relativement aux documents contenant des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers¹⁹.

Elles visent à protéger l'information à laquelle peut avoir accès le surintendant ou les membres de son personnel. Plus précisément, l'article 20 (1) fait référence à l'obligation et à la pratique de confidentialité, ce qui, à notre avis, 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

18. *Id.*, art. 531 :

531. (1) Sous réserve de l'article 532, sont confidentiels et doivent être traités comme tels les renseignements concernant l'activité commerciale et les affaires internes de la banque ou d'une personne faisant affaire avec elle et obtenus par le surintendant ou par toute autre personne agissant sous ses ordres, dans le cadre de l'application d'une loi fédérale ;

(2) S'il est convaincu que les renseignements seront considérés comme confidentiels par leur destinataire, le surintendant peut toutefois les communiquer :

a) à une agence ou à un organisme gouvernemental chargé de la réglementation des institutions financières, dans le cadre de celle-ci ;

b) au sous-ministre des Finances, ou à tout fonctionnaire du ministère des Finances que celui-ci a délégué par écrit pour l'analyse de la politique en matière de la réglementation des institutions financières ou au gouverneur de la Banque du Canada, ou à tout fonctionnaire de la Banque du Canada que celui-ci a délégué par écrit pour cette même analyse.

19. *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), c. A-1, art. 20 :

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

[...]

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers.

pourrait lui être reproché dans la mesure où elle dévoile de l'information sur des clients qu'elle n'a pas l'obligation de transmettre²⁰.

La *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, adoptée en 1988 par le Québec, est plus explicite. Ainsi, si 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 gouvernement²¹.

Ce principe est repris par le *Code de déontologie* adopté par le Mouvement Desjardins et qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1991²².

L'article 3.01 de ce code précise que tout renseignement relatif à un membre est confidentiel et que la communication de tels renseignements n'est permise que dans les limites de certaines exceptions semblables à celles qui ont été définies par l'arrêt *Tournier*.

De plus, l'article 3.03 impose aux employés du Mouvement Desjardins l'obligation de signer un engagement formel relativement à l'obligation de confidentialité.

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 fin-

20. J.-P. BEAUPRÉ, *Le contrat de compte bancaire*, Montréal, Éditions Thémis, 1987, p. 211.

21. *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q., c. C-4.1, art. 196 : « 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. »

22. *Code de déontologie du Mouvement Desjardins*, Lévis, Mouvement des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec, 1991 :

3.01 Tout renseignement relié à un membre est confidentiel. Aucune communication de renseignements à l'extérieur de la caisse ne se fait sans le consentement de la personne concernée, à moins que ces renseignements ne soient de notoriété publique, qu'ils ne soient requis par ordonnance d'une loi ou d'un tribunal ou que leur divulgation ne soit l'objet d'une obligation ou d'un accord inclus dans une entente ou contrat signé avec le membre.

3.02 La personne qui accepte d'assumer la fonction de dirigeant s'engage à respecter l'ensemble des règles déontologiques, notamment à ne jamais divulguer de renseignements confidentiels ni de détails touchant les affaires de la caisse ou celles de ses membres et qui risqueraient de nuire à leurs intérêts, et ce même après avoir cessé d'occuper sa fonction.

3.03 Les employés sont tenus de signer un engagement formel notamment en matière de confidentialité.

ancières à l'égard des caisses, tandis que l'article 498 impose un devoir strict de confidentialité à l'inspecteur ou aux membres de son personnel²³.

Dans le cas des caisses d'épargne et de crédit, ainsi que nous l'avons vu, le code de déontologie puise sa source légale dans la loi. Par contre, la plupart des banques à charte se sont volontairement donné un code de déontologie afin de préserver la confidentialité de l'information qu'elles possèdent. Aussi, l'Association des banquiers canadiens proposait en décembre 1990 un « *Modèle de Code de confidentialité pour les particuliers* ». 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*²⁴.

23. *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, précitée, note 21, art. 498 :

498. Sous réserve des articles 537 et 538, aucune personne employée par le gouvernement ou autorisée par l'inspecteur général à exercer des pouvoirs d'inspection ou d'enquête ne doit communiquer ou permettre que soit communiqué à qui que ce soit un renseignement obtenu en vertu des dispositions de la présente loi ou d'un règlement pris par le gouvernement pour son application, ni permettre l'examen d'un document produit en vertu de ceux-ci, sauf dans la mesure où elle y est autorisée par l'inspecteur général.

Malgré les articles 9, 23, 24 et 59 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, seule une personne autorisée généralement ou particulièrement par l'inspecteur général lui-même a accès à un tel renseignement ou document.

24. ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, *Modèle de Code de confidentialité pour les particuliers*, décembre 1990 :

a) Avant d'utiliser les renseignements à d'autres fins que celles (i) pour lesquelles ils ont été recueillis ou (ii) qui sont compatibles avec les fins pour lesquelles ils ont été recueillis, les banques doivent obtenir l'autorisation du client.

[...]

c) Les banques tiennent à préserver la confidentialité des relations avec leurs clients. Si la prudence ou la loi l'exigent, des renseignements personnels pourront être divulgués à des tierces parties, dans les quatre cas suivants seulement :

i) Avec le consentement du client : sauf indication contraire précisée dans le code de confidentialité, l'échange de renseignements personnels avec des tiers, notamment d'autres prêteurs ou le bureau de crédit, ne peut se faire sans le consentement du client.

ii) Obligation en vertu de la loi : les banques sont tenues de fournir les renseignements demandés par un tribunal, un représentant de l'État ou toute autre partie investie des pouvoirs de la loi, si ces demandes sont appuyées par un subpoena, un mandat de recherche ou tout autre document de même nature. Le cas échéant, et afin de préserver les intérêts du client, les banques s'assurent que :

1) les ordres ou les demandes en question semblent respecter les lois en vertu desquelles ils sont émis ;

Mais, dans ces cas, les codes des banques ne sont pas sanctionnables par 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'assurances 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 Canada²⁵.

2) seuls les renseignements exigés aux termes de la loi sont fournis. Les banques ne donnent pas suite aux demandes informelles émanant des représentants du gouvernement ou autres.

iii) Protection des intérêts des banques : parfois, il est dans l'intérêt des banques de dévoiler certains renseignements personnels sur les clients. Par exemple, dans le cadre de certaines procédures judiciaires, certains renseignements personnels sur les comptes des clients peuvent être requis à titre de preuve.

iv) Devoir public des banques : dans certaines circonstances exceptionnelles, les banques ont le devoir de divulguer, aux autorités concernées, des renseignements personnels sur les clients lorsque des questions graves et d'intérêt public sont en jeu. Une telle situation peut se produire lorsqu'une banque a des raisons valables de croire qu'on cherche à utiliser ses services à des fins criminelles pour « blanchir » de l'argent par exemple.

25. *Règlement sur le commerce de l'assurance (Banques)*, (1992) 126 *Gaz. Can.* II, 2276 (n° 12, 21 mai 1992) :

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, direc-

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 de conflit d'intérêts et de transparence²⁶.

Par contre, nous sentons les limites des obligations du banquier dans le contexte de l'évolution de la pratique bancaire. Par exemple, John M. Walter et Nathan Erlich mentionnent le cas d'une personne qui, à la recherche d'un banquier, rencontre plusieurs représentants dans divers établissements. Dans ses démarches, elle sera sûrement appelée à dévoiler à ceux-ci des renseignements personnels dont elle ne souhaite pas nécessairement la divulgation à des tiers. Dans une telle hypothèse, il n'y a évidemment pas de contrat entre le banquier et le client. Ces 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 born²⁷.

Mais, à ce stade, nous dépassons peut-être le cadre de la présente étude dont l'objectif est, comme nous le mentionnions plus haut, d'examiner les conflits de droit entre l'obligation de confidentialité et l'État dans la poursuite de sa mission d'arbitrer les intérêts des citoyens et d'en énoncer les règles directrices. Pour ce faire, attachons-nous maintenant aux limites imposées au secret bancaire en droit canadien.

tement 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.

26. J.D. MARSHALL, « The Relationship between Bank and Customer : Fiduciary Duties and Confidentiality », (1986) 1 *Banking and Finance Law Review* 33, 40-41 : « However, in cases where a banker's impugned conduct has not fallen neatly into either of those categories the courts have not been hesitant to exercise their equitable jurisdiction to treat the banker as a fiduciary and set aside banking transactions or award damages for breach of fiduciary obligations. The substantive difference between a fiduciary duty and a common law duty to exercise reasonable care and skill is that the former generally includes the additional duties of loyalty, good faith, avoidance of conflict of duty and self-interest and full disclosure. »
27. J.M. WALTER et N. ERLICH, « Customers : Powers of Banks to Maintain Secrecy and Confidentiality », (1989) 63 *Austl. L.J.* 404-407.

2. Les limites au secret bancaire

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

Nous avons constaté que l'arrêt *Tournier* fixait quatre limites au secret bancaire et qu'elles ont été admises en droit canadien. Procédons donc à l'examen de chacune de ces limites qui ont toutes en commun la protection de l'État ou des tiers quant à la confidentialité revendiquée par le client de la banque.

2.1.1 L'obligation légale de divulgation

Pour l'étude de la première exception au principe du secret bancaire, nous devons distinguer l'obligation générale de divulguer de l'obligation particulière.

2.1.1.1 L'obligation générale de divulgation

L'article 29 (5) de la *Loi sur la preuve au Canada* maintient pour l'institution financière le devoir de confidentialité, sauf si le tribunal ordonne la divulgation pour un motif spécial²⁸.

S'inspirant du *Banker's Book Evidence Act* de la Grande-Bretagne²⁹ et après une tentative infructueuse en 1926³⁰, le Parlement fédéral adopte, l'année suivante, l'article 28A de la *Loi sur la preuve au Canada*³¹ qui crée un régime particulier de preuve pour les documents, registres ou comptes tenus dans une banque. Le paragraphe 3 fait de la banque (ou d'un de ses dirigeants (*officer*) dans un litige où elle n'est pas partie un témoin non contraignable à moins d'une ordonnance du tribunal rendue pour un motif spécial. L'article 28A est devenu l'article 29 lors de la refonte des lois du Canada en 1952³².

Ces dispositions furent d'abord interprétées dans *Haughton v. Haughton*, où l'on a retenu une objection au témoignage du banquier

28. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, 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. »

29. *Bankers' Books Evidence Act* (1879, U.K., c. 11).

30. Le projet de loi 205 a franchi la première lecture le 18 juin 1926, puis la deuxième et la troisième lecture le 21 juin 1926. Toutefois, la loi n'a pas été sanctionnée, vu la démission du gouvernement King le 28 juin 1926 et la dissolution des Communes le 2 juillet suivant.

31. *Loi de la preuve (livres et registres de banques) en Canada*, 1926, S.C. 1927, c. 11, art. 2.

32. *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1952, c. 307.

faute d'ordonnance du tribunal. Dans *R. v. Mowat Ex Parte Toronto-Dominion*³³, le juge Lacourcière de la High Court de l'Ontario a cassé un mandat de perquisition lancé contre la banque en vertu du *Code criminel* dans le cadre d'une enquête sur un vol commis par l'un des clients de la banque, considérant que l'article 29 contient un code complet en lui-même des obligations de la banque³⁴.

Cette décision est sans doute à l'origine d'une partie de la révision de l'article 29 en 1969³⁵. En effet, le législateur ajoutait le paragraphe 6A, devenu le paragraphe 7 lors de la refonte de 1970, qui précise que l'article 29 n'a pas pour effet d'interdire la perquisition dans les locaux d'une institution financière sur mandat de perquisition dûment autorisé et lancé tout en interprétant lesdits pouvoirs comme étant limités à la perquisition dans ces locaux en vue d'examiner les inscriptions dans les livres ou registres de la banque et d'en prendre copie³⁶.

Les modifications de 1969 ont aussi eu quelque importance à l'égard de l'article 29 (5). D'abord, on a remplacé le mot « transaction » par « opération » qui nous semble plus large. Puis, le Parlement a substitué au mot « banque » ceux d'« institution financière ». Cette dernière modification est majeure, car la loi définit une institution financière comme étant toute institution constituée en corporation au Canada qui accepte des dépôts d'argent de ses membres ou du public³⁷. Aussi, ce faisant, le législateur a étendu l'obligation de divulguer et implicitement, en contrepartie, le devoir

33. *R. v. Mowat, Ex Parte Toronto-Dominion Bank*, [1968] 1 O.R. 179 (H.C.).

34. *Id.*, 182-183 : « Section 29 of the *Canada Evidence Act* having been made specifically applicable to criminal proceedings by s-s. (7) (c) thereof, I am of opinion that its specific provisions dealing with the production of original banking documents override and qualify the general terms of s. 429 of the *Code*. The general rule is that « prior statutes are held to be repealed by implication by subsequent statutes if the two are repugnant » : *Craies on Statute Law*, 6th ed., p. 376. Section 429, being a general enactment as to search and seizure, continues in effect, but its application to bank books and records has by implication been restricted. »

35. *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada*, S.C. 1968-1969, c. 14, art. 3 (1).

36. *Ibid.* : « 29. (6A) Aucune disposition du présent article ne doit s'interpréter de manière à interdire la perquisition dans les locaux d'une institution financière sur l'autorisation d'un mandat de perquisition émis en vertu d'une autre loi du Parlement du Canada, mais, à moins qu'il ne soit mentionné expressément, sur le mandat, par la personne sous la signature de laquelle il a été émis, que ce mandat n'est pas limité par les dispositions du présent article, l'autorisation, conférée par un tel mandat, de perquisitionner dans les locaux d'une institution financière, de saisir et d'emporter tout ce qui peut s'y trouver, doit, en ce qui concerne les livres ou registres de cette institution, être interprétée comme limitée à la perquisition dans ces locaux aux fins d'examiner les inscriptions dans ces livres ou registres et d'en prendre copie. »

37. *Id.*, art. 3 (3).

de confidentialité à toutes les banques et quasi-banques, telles les caisses populaires ou même les sociétés de fiducie.

Depuis, quelques autres décisions judiciaires ont été rendues qui éclairent la portée de l'article 29 (5), et plus particulièrement la nature du motif spécial devant guider le tribunal pour sa décision.

En 1978, dans *Astral Films Ltd. v. Sherman et al.*³⁸, dans un jugement maintenu par la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Cory de la High Court écrit :

In considering an application of this sort, some guidelines should perhaps be considered by the Court. The matter must be approached with some caution for it constitutes a form of production from a stranger to the action. What then should be the guidelines for consideration? Some of those might be: the state of the pleadings at the time of the application, the stage the action had reached, whether or not discoveries had been held in whole or in part, the apparent *bona fides* of the action, and the basis upon which the motion is brought (that is to say, what is there to lead the applicant to believe that relevant and pertinent evidence could be obtained that would be significant to the action)³⁹.

Dans ce cas, il s'agissait d'une demande d'inspection par la demanderesse des entrées dans les livres de la Banque impériale de Commerce relativement aux comptes de la défenderesse à qui on reprochait d'avoir trompé et fraudé la demanderesse sur le nombre de clients ayant assisté à des représentations des films distribués par cette dernière et présentés au public par la défenderesse. Le juge a donc accordé la permission demandée tout en la restreignant dans le temps, soit de 1967 à 1973.

L'année suivante, dans *Re Sheridan*⁴⁰, le juge Steele, de la Cour suprême de l'Ontario, précise que chaque cas doit être examiné à son mérite et que les tribunaux doivent être prudents de façon à ne pas permettre des recherches à l'aveuglette (*fishing expedition*)⁴¹.

En 1980, dans l'affaire *ITL Industries Ltd. v. Winterbottom*⁴², la Cour d'appel de l'Ontario a considéré que l'article 34 (4) de l'*Ontario Evidence*

38. *Astral Films Ltd. v. Sherman*, (1978) 19 O.R. (2d) 206.

39. *Id.*, 207.

40. *Re Sheridan*, (1979) 31 C.B.R. 147.

41. *Id.*, 149: « Every case must be dealt with its own merits, and a petitioner should not be allowed to go on a fishing expedition by subpoenaing officers of the bank or requesting bank documents merely to determine whether or not there is any evidence to support the petition. »

42. *ITL Industries Ltd. v. Winterbottom*, (1979) 24 O.R. (2d) 161 ; voir aussi sur le sujet : *Hull v. Childs and The Huron and Erie Mortgage Corporation*, (1951) O.W.N. 116, *Sommers v. Sturdy*, (1957) 1 D.L.R. (2d) 269, *Re Royal Bank of Canada and Ontario Securities Commission*, (1977) 14 O.R. (2d) 783, *Re Front Iron and Metal Co.*, (1979) 27 C.B.R. (n.s.) 157, *Re Beam Ready Mix Ltd. (No. 3)*, (1980) 32 C.B.R. 206, *Morgenstern v. Aldelman*, (1980) 34 C.B.R. 203.

Act (qui est le pendant provincial de l'article 29 (5)) ne protège que les entrées dans les registres du type débit, crédit ou solde, et non les autres documents ou notes de service internes de la banque, tels la correspondance ou les rapports de crédit entre une succursale et le siège social. À notre avis, et avec respect, nous croyons que cette décision, en prenant les dispositions de l'article 34 (4) (ou 29 (5)) au pied de la lettre, va à l'encontre de l'interprétation libérale adoptée dans l'affaire *Tournier* concernant le champ d'application du secret bancaire.

2.1.1.2 L'obligation particulière de divulgation

Certaines lois particulières imposent un devoir de divulgation à la banque dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'enquête prévus dans ces lois.

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)⁴³, qui a été remplacé en 1986 par l'article 231.2 (1)⁴⁴;

43. *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.

44. *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), article 39⁴⁵ ;
- c) la *Loi sur la sécurité du revenu* (Québec), article 70⁴⁶ ;
- d) la *Loi sur les liquidations des compagnies* (Canada), article 118⁴⁷.

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 notaire⁴⁸. 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*, 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

45. *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 faite 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.

46. *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. »

47. *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. »

48. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 43, art. 232.

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*.

Le statut d'un enquêteur ayant les pouvoirs conférés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*⁴⁹ est plus complexe. En effet, nous sommes plutôt en matière administrative et, dans ces cas, l'administration de la preuve suit des règles moins rigoureuses que devant les tribunaux judiciaires ordinaires. Au 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*⁵⁰, a « en ce qui concerne les procédures de cet examen [des témoins], tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure siégeant en terme⁵¹ ». Ces pouvoirs sont notamment définis à l'article 9 de la *Loi sur les commissions d'enquête*⁵².

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 Canada et autres c. Jean Keable*⁵³ 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 fédérale⁵⁴ », 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

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

50. *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 46, art. 73.

51. *Loi sur les commissions d'enquête*, précitée, note 49, art. 7.

52. *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 spécifié, 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.

53. *Procureur Général du Canada c. Keable*, [1978] C.A. 44.

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

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.

Par ailleurs, il faut aussi distinguer la situation d'avant 1982 et celle d'après 1982, cette dernière année étant celle de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁵.

Ainsi, si nous envisageons maintenant 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*⁵⁶ en 1962.

En l'espèce, la Banque de commerce reçoit une demande de production de documents du ministère du Revenu du Canada en vertu de l'article 231 (3) concernant toutes les transactions faites par une de ses clientes, l'Union des banques suisses, entre 1955 et 1959. Cette demande est faite dans le cadre d'une enquête du Ministère en vue de déterminer l'assujettissement ou non de l'Union des banques suisses à la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada). Mais la banque refuse de donner suite à la demande et requiert les tribunaux d'en déclarer l'illégalité aux motifs suivants :

- a) la demande d'information ne concerne pas l'administration ou l'exécution de la loi relativement à l'assujettissement de la Banque de commerce à la *Loi de l'impôt sur le revenu* ;
- b) l'information demandée devra obligatoirement inclure un grand nombre de renseignements concernant les affaires de plusieurs compagnies ou individus dont certains sont résidents du Canada, tandis que d'autres ne le sont pas, ce qui s'apparente ainsi à une *fishing expedition*.

La banque a été déboutée en première instance. À la Cour d'appel de l'Ontario, les juges se sont divisés deux contre un en faveur du Ministère. Et devant la Cour suprême du Canada, la banque a encore une fois perdu. Le juge en chef Kerwin dispose du premier argument en indiquant que dans la mesure où l'Union des banques suisses fait des affaires au Canada, il est

55. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

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

du pouvoir du Ministère de vérifier si la banque est sujette à taxation par les autorités canadiennes⁵⁷.

En Cour d'appel, le juge de la majorité avait indiqué qu'il s'agissait d'un acte administratif et non judiciaire et qu'à ce titre il n'était pas sujet à révision⁵⁸. Le juge Kerwin 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 limitée⁵⁹. 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 ministre⁶⁰.

À titre de consolation, la Cour a fait commencer le début des pénalités applicables contre la banque pour refus d'obtempérer à la demande de transmission de documents au 1^{er} août 1962 au lieu du 19 septembre 1960 ; 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.

Avec cet arrêt, c'en était donc fait du « Canada paradis bancaire ». Cela est d'autant plus désolant que les principes de l'arrêt *Tournier* ne semblent même pas avoir été plaidés. Puis est venue la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982 qui a eu un effet de frein à l'égard de cette limite et sur laquelle nous reviendrons.

2.1.2 L'intérêt public

John D. Marshall écrivait au sujet de la limite, relative à l'intérêt public établie par l'arrêt *Tournier*, à la règle de confidentialité : « There is no doubt that a banker is obliged to disclose information to the appropriate authority where fraud or another criminal activity is suspected⁶¹. »

57. *Id.*, 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. »

58. *Canadian Bank of Commerce v. The Attorney-General of Canada*, (1962) 31 D.L.R. (2d) 625, 635-636.

59. *The Canadian Bank of Commerce v. The Attorney General of Canada*, précité, note 56, 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. »

60. *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. »

61. J.D. MARSHALL, *loc. cit.*, note 26, 39.

Si le principe semble limpide, son application se révèle plus difficile. Il y a d'abord les cas classiques où l'acte criminel est objectivement observable : le cas de signature forgée, de *kitting*, la fraude généralisée par l'emploi d'une grande quantité de chèques sans provision ou même le commerce avec l'ennemi en temps de guerre.

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 au banquier. En effet, celui-ci étant soumis à la règle de la confidentialité et engageant sa responsabilité civile au 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.

Le banquier, discret par nature et ne posant pas de questions à son client qui, incidemment, n'aime pas s'en faire poser, ignore en principe la provenance des fonds et n'a pas à en faire part aux autorités.

Au début des années 1980, l'administration Reagan, aux États-Unis, a déclaré la guerre au commerce de la drogue. Pour ce faire, elle a notamment choisi une cible sensible, savoir les sommes d'argent provenant du commerce illicite qui, obligatoirement, passent par les banques. C'était donc une offensive en règle contre le secret bancaire qui aura évidemment ses répercussions au Canada. Mais ce sera là le sujet que nous étudierons plus particulièrement dans la section 2.3.

2.1.3 L'intérêt de la banque

La troisième exception vise le cas où l'intérêt de la banque force la divulgation. Ainsi, dans l'arrêt *Tournier*, les juges Scrutton et Atkin en donnent chacun quelques illustrations qui concernent notamment le refus d'honorer certaines lettres de change⁶² ou la fraude⁶³.

62. *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, précité, note 6, 481 (j. Scrutton) : « I think it is clear that the bank may disclose the customer's account and affairs to an extent reasonable and proper for its own protection, as in collecting or suing for an overdraft ; or to an extent reasonable and proper for carrying on the business of the account, as in giving a reason for declining to honour cheques drawn or bills accepted by the customer, when there are insufficient assets. »

63. *Id.*, 486 (j. Atkin) : « But the bank is entitled to secure itself in respect of liabilities it incurs to the customer, or the customer to it, and in respect of liabilities to third parties in

Malgré cela, les cas où cette exception fut invoquée sont rares. Avec le temps, quelques-uns ont voulu en étendre le sens ou la portée.

Certains auteurs y ont inclus le cas où la divulgation devient nécessaire pour protéger la réputation de la banque quant à une attaque publique jugée extravagante ou exagérée⁶⁴.

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.

C'est en substance les faits de l'arrêt anglais *X AG et al. v. A Bank*⁶⁵, où le Department of Justice des États-Unis, dans le cadre d'une enquête sur l'industrie du pétrole, requiert d'une banque américaine la production de documents détenus par sa filiale anglaise, concernant une compagnie multinationale ayant son siège social en Suisse et une filiale suisse d'une compagnie américaine. Ces dernières demandent en Angleterre qu'une injonction soit prononcée afin d'interdire à la filiale anglaise de divulguer les documents.

La banque anglaise réplique en invoquant, entre autres, l'intérêt de la banque, vu qu'au cas de défaut de divulguer conformément à la citation à comparaître reçue, la société mère américaine sera passible de sanctions pénales. Le juge Leggatt, de la Cour du Banc de la Reine, a tranché la question en indiquant que ce genre de protection réclamée sous prétexte de l'intérêt de la banque n'est pas celle à laquelle faisait référence l'arrêt *Tournier*⁶⁶.

respect of the transactions it conducts for or with the customer. It is difficult to hit upon a formula which will define the maximum of the obligation which must necessarily be implied. But I think it safe to say that the obligation not to disclose information such as I have mentioned is subject to the qualification that the bank have the right to disclose such information when, and to the extent to which it is reasonably necessary for the protection of the bank's interests, either as against their customer or as against third parties in respect of transactions of the bank for or with their customer, or for protecting the bank, or persons interested, or the public against fraud or crime. »

64. R. CRAWFORD, *op. cit.*, note 1, p. 813 : « Certain other events of recent years have raised the question of whether this protection for the bank's own interest might be extended to cases in which the bank seek to protect its reputation as a responsible bank against extravagant public attack [...] To deny the bank this privilege could, in a situation such as this, create in the minds of the public a belief that the allegations made by the customer were well founded and therefore could not be refuted. »

65. *X AG et al. v. A Bank*, [1983] 2 All E.R. 464.

66. *Id.*, 479 : « The fourth argument on which counsel for the bank relies is that, if *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England* [...] to which I have referred, does indeed contain the whole law on the topic without elaboration and public policy is irrelevant, the subpoena should still prevail over the duty of secrecy, because the bank

En 1987, la Cour d'appel de l'Angleterre a été plus loin en considérant, dans *Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon and another*⁶⁷, qu'il y avait eu manquement au devoir de confidentialité lorsque la Bank of Tokyo Trust Co. (BTTC), filiale américaine de la société anglaise Bank of Tokyo (BT), avait divulgué de l'information au sujet de M. Karoon à sa société mère. John M. Walter et Nathan Erlich ont commenté cet arrêt en soulignant le fait que la divulgation d'information d'une société mère à une filiale constitue un manquement au devoir de confidentialité même si les deux entités appartiennent à la même organisation⁶⁸.

Aux États-Unis, la saga de la Banque de Nouvelle-Écosse était davan-tage inquiétante en ce que le gouvernement et les tribunaux ont litté-ralement pris la banque en otage pour la forcer à produire des documents conservés à l'île Grand Cayman et dont la divulgation était protégée par les lois relatives au secret bancaire de ce pays⁶⁹.

Si cette situation s'était produite au Canada, au lieu de l'île Grand Cayman, et en l'absence de législation relative au secret bancaire, il y a fort à parier que la banque menacée par de fortes amendes aurait choisi la divulgation sur la base de la protection de ses intérêts.

2.1.4 Le consentement du client

Le consentement du client constitue l'exception la plus simple. En effet, si un client y consent de façon tacite ou expresse, la banque peut

has a genuine and legitimate interest of its own to obey the subpoena since it is issued pursuant to the law of the country to which it is subject and the fear of being held in contempt is genuine and not unreasonable. Suffice to say that the protection which the bank seeks appears to me to be different in character from that which was contemplated in the *Tournier* case, where the circumstances before the court were totally different. »

67. *Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon and another*, [1987] 1 A.C. 45.

68. J.M. WALTER et N. ERLICH, *loc. cit.*, note 27, 417: « The case is important to the banking lawyer in that it clearly sets out that where there is an arguable case that a foreign bank has revealed information regarding a customer's account in breach of its duty of secrecy, and where the alleged breach took place in the country in which the bank is situated, the proper law to decide the case is that of the country in which the alleged breach occurred, and English courts will not restrain the customer from proceeding in that jurisdiction. The secondary aspect which is immediately relevant to the subject-matter of this article, is that the Court refused to accept the view that the information passed by a subsidiary to its parent company was not disclosure. The fact that BTTC was a subsidiary of BT and was in practice the same organisation was found to be immaterial as at law the two companies were regarded as separate entities. »

69. *United States v. Bank of Nova Scotia I*, 691 F. (2d) 1384 (1982), *cert. den.* 462 U.S. 1119, et *United States v. Bank of Nova Scotia II*, 740 F. (2d) 817 (1984), *cert. den.* 469 U.S. 1106.

divulguer de l'information le concernant à des tiers. C'est le cas notamment des références de crédit qui sont pratique courante au Canada.

La difficulté dans cette exception est l'établissement d'un consentement clair et non équivoque du client. Notons également, au passage, que la banque doit fournir des renseignements exacts et ne peut excéder les limites de l'autorisation car, à défaut, elle engage sa responsabilité civile.

Dans notre étude, il est évident qu'il ne peut exister de conflit entre l'État et la banque si les renseignements sont transmis avec l'autorisation du client. C'est pourquoi il n'y a donc pas lieu de s'étendre davantage sur cette exception.

2.2 Un frein à ces limites : la protection de la vie privée

La *Charte canadienne des droits et libertés*, adoptée en 1982, énonce certains droits des citoyens du Canada.

Elle a enchâssé dans la Constitution, aux articles 1, 7 et 8, certaines libertés fondamentales qui ont une incidence directe sur notre sujet⁷⁰.

Dans la foulée de la Charte, les tribunaux, se basant sur l'article 8, ont déclaré inconstitutionnels les pouvoirs de perquisition du ministre du Revenu national, prévus par les articles 231 (1) d), 231 (2) et 231 (4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷¹, de même que l'article 10 (1) de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions* (devenue en 1985 la *Loi sur la concurrence*⁷²), au motif que ces mesures n'étaient pas soumises à un contrôle judiciaire préalable. Plus précisément, la Cour suprême a établi dans l'arrêt *Hunter*

70. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 55, art. 1, 7 et 8 :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[...]

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[...]

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

71. Sur l'article 231 (4), voir *Ministre du Revenu national du Canada c. Kruger Inc. et al.*, [1984] 2 C.F. 535, *R. v. Print Three Inc.*, (1985) 47 C.R. 91, *Vespoli v. The Queen*, (1984) 12 C.R.R. 185, *Precision Mechanics Ltd. c. Morin*, [1986] R.J.Q. 421 (C.A.). Sur les articles 231 (1) (d) et 231 (2), voir *F.K. Clayton Group 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.

quelques critères que doit respecter une fouille ou une perquisition pour être raisonnable :

- 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'enquête⁷³.

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 préalable⁷⁴.

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 supérieure ont déclaré cet article inconstitutionnel⁷⁵.

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 privée⁷⁶.

Il appuyait son opinion sur l'arrêt *R. v. Roblin*, une décision non rapportée de la Cour supérieure du 26 octobre 1982, confirmant un jugement de la Cour des sessions de la paix du 28 mai 1982⁷⁷.

72. *Hunter c. Southern Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

73. *McKinlay Transport Ltd. c. La Reine*, [1990] 1 R.C.S. 627, 642-643.

74. *Supra*, note 71.

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

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

77. *Ibid.*

Comme l'ordre de produire 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 expedition*, le professeur Brun suggérait de l'attaquer sur la base de l'article 1 de la Charte.

Cet article a fait l'objet de deux examens récents de la Cour suprême en relation avec la Charte. Dans *James Richardson and Sons Ltd. c. Le Ministre du Revenu national et al.*⁷⁸, en 1984, la juge Bertha Wilson après avoir déterminé que ce que le ministre tente d'accomplir, savoir vérifier de manière générale si les négociants en denrées à terme observent la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷⁹, précise que cela ne peut se faire par une recherche à l'aveuglette en vertu de l'article 231 (3) de la loi⁸⁰.

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 produire⁸¹.

78. *James Richardson and Sons Ltd. c. Le Ministre du Revenu national et al.*, [1984] R.C.S. 614.

79. *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. »

80. *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. »

81. *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. »

Devant tous ces jugements, le Parlement a abrogé en 1986 l'article 231 au complet pour le reformuler à nouveau. Ainsi, les pouvoirs de perquisition font désormais l'objet d'une autorisation judiciaire préalable⁸². 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 ;
- 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 documents⁸³.

Cette requête procède *ex parte* et l'article 231.2 (5) accorde à la personne ainsi requise le droit de demander une révision de l'ordonnance⁸⁴.

Enfin, la Cour suprême du Canada a, le 29 mars 1990, dans l'affaire *McKinlay Transport Ltd. c. Regina*⁸⁵, tranché sur la constitutionnalité de cet article. Les juges ont considéré qu'une demande formulée en vertu de l'article 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 jour⁸⁶. Par contre, ils ont conclu qu'il ne s'agissait pas d'une saisie abusive au sens de l'article 8 de la Charte canadienne. Pour ce faire, ils ont distingué la saisie exercée dans un cadre criminel ou quasi criminel, comme dans l'arrêt *Hunter*, de la saisie administrative, comme en l'espèce, laquelle exige une interprétation plus souple jointe à de larges pouvoirs, en

82. *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 44, art. 121.

83. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 43, art. 231.2 (3), tel qu'il a été modifié par la *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 44, art. 121.

84. *Id.*, art. 231.2 (5).

85. *McKinlay Transport Ltd. c. La Reine*, précité, note 73.

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

faveur du ministre, de vérification des déclarations des contribuables et d'examen des documents qui peuvent lui être utiles⁸⁷.

Statuant sur la constitutionnalité de l'article, la juge Wilson mentionne qu'il ne faut pas conclure que toutes les formes de perquisitions et de saisies effectuées sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont valides. Le mode prévu dans l'article 231 (3) est la méthode la moins envahissante en l'espèce pour contrôler efficacement le respect de la loi d'autant plus que les attentes du contribuable à l'égard de la protection de sa vie privée concernant ces documents sont relativement faibles⁸⁸.

87. *McKinlay Transport Ltd. c. La Reine*, précité, note 73, 647-649 (j. Wilson) :

Je cite ces arrêts non pour en approuver ou désapprouver l'issue mais plutôt pour prouver la nécessité d'une interprétation de l'art. 8 de la *Charte* qui soit souple et fondée sur l'objet visé. J'estime qu'il est conforme à cette interprétation de faire une distinction entre, d'une part, les saisies en matière criminelle ou quasi criminelle auxquelles s'appliquent dans toute leur rigueur les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* et, d'autre part, les saisies en matière administrative et de réglementation, auxquelles peuvent s'appliquer des normes moins strictes selon le texte législatif examiné.

[...]

Conséquemment, le Ministre du Revenu national doit disposer, dans la surveillance de ce régime de réglementation, de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations. Le Ministre doit être capable d'exercer ces pouvoirs, qu'il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu'un certain contribuable a violé la Loi. Il est souvent impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière. Les contrôles ponctuels ou un système de vérification au hasard peuvent constituer le seul moyen de préserver l'intégrité du régime fiscal. Si tel est le cas, et je crois qu'il en est ainsi, il est évident que les critères de l'arrêt *Hunter* ne conviennent pas pour déterminer le caractère raisonnable d'une saisie effectuée en vertu du par. 231 (3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La nature réglementaire du texte législatif et son intention générale ne s'y prêtent pas. La nécessité d'un contrôle au hasard est incompatible avec l'exigence, énoncée dans l'arrêt *Hunter*, que la personne qui demande l'autorisation ait des motifs raisonnables et probables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise.

88. *Id.*, 649-650 (l'italique est de nous) :

Il ne faut pas conclure que toutes les formes de perquisitions et de saisies effectuées sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont valides. L'intérêt qu'a l'État à contrôler le respect de la Loi doit être soupesé en fonction du droit des particuliers à la protection de leur vie privée.

[...]

À mon sens, le par. 231 (3) 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. *Le droit du contribuable à la protection de sa vie privée à l'égard de ces documents est relativement faible*

Nous devons toutefois noter que l'arrêt *McKinlay* concernait une demande de production adressée au contribuable directement. Ce que nous envisageons dans la présente étude est une demande faite à l'institution financière du contribuable, cette dernière étant liée par l'obligation de confidentialité. Dans un tel contexte, l'opinion de la Cour suprême aurait-elle été différente ?

Dans la mesure où la demande de production concerne une enquête faite sur le contribuable au sens de l'arrêt *Canadian Bank of Commerce* et non une *fishing expedition*, telle que dans l'affaire *Richardson*, nous croyons que la Cour n'aurait pas tranché autrement.

Pour en arriver à cette conclusion, nous nous appuyons d'abord sur l'existence de l'exception relative à l'obligation légale de divulguer, qui a été implicitement appliquée dans l'affaire *Canadian Bank of Commerce*. De plus, les propos de la juge Wilson à l'égard des attentes relativement faibles du contribuable concernant ces documents viennent jeter un sérieux doute sur la possibilité de contrer un ordre de production adressé à une institution financière.

Toutefois, nous devons nuancer ce qui précède en ce que les attentes du contribuable en matière de protection de la vie privée à l'égard des documents conservés par la banque et le concernant sont précisément grandes. Mais il est fort possible que cet argument ne serait pas assez fort pour permettre à la Cour de statuer autrement.

Par contre, l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* vise explicitement le droit à la protection de la vie privée⁸⁹.

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 loi⁹⁰.

vis-à-vis le Ministre. Ce dernier est absolument incapable de savoir si certains documents sont utiles avant d'avoir eu la possibilité de les examiner. En même temps, le droit du contribuable à la protection de sa vie privée est garanti autant qu'il est possible de le faire puisque l'art. 241 de la Loi interdit la communication de ses documents et des renseignements qu'ils contiennent à d'autres personnes ou organismes.

89. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 5 : « 5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée. »

90. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 37 : « 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

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.

2.3 Une nouvelle limite au secret bancaire : la lutte contre le crime

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. La lutte contre le blanchiment des capitaux illicites étant un sujet d'actualité, nous allons donc faire le point sur les mécanismes mis en place au Canada.

L'expérience canadienne s'est faite à petits pas. La première étape a consisté à permettre aux autorités policières de saisir l'« argent noir » entre les mains de la banque ou les biens obtenus par l'emploi de cet argent, puis de criminaliser le « recyclage des produits de la criminalité » pour enfin contrôler directement les institutions financières.

Déjà, en Angleterre, après une première tentative infructueuse dans *West Mercia Constabulary v. Wagener et al.*⁹¹ en 1981, lord Denning, dans *Chief Constable of Kent v. V. et al.*⁹², en 1982, a accepté de prononcer une injonction afin de conserver sous séquestre les comptes en banque de personnes accusées de vols pendant la durée de l'enquête et du procès.

Au Canada, rappelons que cette permission avait été refusée dans *R. v. Mowat Ex parte Toronto-Dominion Bank*⁹³ au motif que l'article 29 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne l'autorisait pas.

Le Parlement fédéral a modifié en 1984 l'article 312 du *Code criminel* relativement au recel en y ajoutant les mots « ou proviennent directement

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. »

91. *West Mercia Constabulary v. Wagener*, [1982] *Weakly L.R.* 127.

92. *Chief Constable of Kent v. V.*, [1982] 3 *All E.R.* 36.

93. *R. v. Mowat, Ex Parte Toronto-Dominion Bank*, précité, note 33.

ou indirectement » concernant la possession de biens obtenus par la perpétration d'un crime au Canada⁹⁴.

Par les articles 443 (1) et 445 du *Code criminel*, la police peut donc perquisitionner chez un individu et saisir les biens dont elle soupçonne qu'ils proviennent directement ou indirectement du commerce illégal de la drogue.

Mais dans le circuit du blanchiment des capitaux, la banque est un chaînon essentiel. C'est pourquoi les parlements des principaux pays industrialisés aimeraient bien lui voir jouer un rôle plus actif dans la dénonciation des crimes.

En Angleterre, l'adoption du *Police and Criminal Evidence Act 1984* permet notamment, à l'article 9, l'accès pour la police aux dossiers, aux livres et aux registres de la banque au moyen d'une demande à la Cour s'il y va de l'intérêt public⁹⁵. Puis, en 1986, par le *Drug Trafficking Offence Act*, on permet à un juge de rendre une ordonnance de produire des documents si le requérant a des motifs raisonnables de suspecter un tiers de trafic de drogue (art. 27). De plus, l'article 24 de cette loi crée une nouvelle offense criminelle : le blanchiment de l'argent⁹⁶.

Enfin, le *Criminal Justice Act 1987* crée le Serious Fraud Office sous la direction d'un *director* qui a le pouvoir, selon l'article 2, d'ordonner à toute personne (y compris une banque) de produire des documents dans l'étude du dossier d'une personne sur laquelle on fait enquête (*person under investigation*)⁹⁷. Les auteurs d'un article sur le sujet concluent d'ailleurs que, depuis 1983, il y a eu, en Angleterre, une érosion importante du devoir de confidentialité du banquier et que cette situation ne s'est pas accompagnée de garanties adéquates pour la protection des droits individuels⁹⁸.

Aux États-Unis, dès 1970, le Congrès adoptait le *Bank Secrecy Act*⁹⁹. Par cette loi, les Américains se donnaient un premier instrument de con-

94. *Loi corrective de 1984*, S.C. 1984, c. 40, art. 312: « 312. (1) Commet une infraction, quiconque a en sa possession un bien, une chose ou leur produit sachant que tout ou partie d'entre eux ont été obtenus ou proviennent directement ou indirectement
a) par la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation ; ou
b) par une action ou omission en quelque endroit que ce soit, qui aurait constituée, si elle avait eu lieu au Canada, une infraction punissable sur un acte d'accusation. »

95. Cité dans C. GRAHAM et C. WALKER, « The Continued Assault on the Vaults — Bank Accounts and Criminal Investigations », (1989) *Crim. L. Rev.* 185, 187.

96. *Id.*, 190.

97. *Id.*, 192.

98. *Id.*, 197: « There has since 1983 been a substantial erosion of the banker's duty of confidence and, except perhaps in the Police and Criminal Evidence Act, this has not been accompanied by adequate safeguards for individual rights. »

99. *Bank Secrecy Act*, Pub. L. 91-508, 84 Stat. 1114 (1970).

trôle sur le blanchiment de l'argent. Le préambule de la loi énonce clairement l'intention du législateur, savoir que le maintien de registres appropriés par les banques constitue un instrument utile dans le cas des enquêtes et des procédures criminelles ou fiscales¹⁰⁰.

Malgré son titre fort équivoque, cette loi visait à obliger les institutions financières à tenir et à conserver des registres sur leurs clients et à produire certains rapports sur divers types de transactions réalisées par ceux-ci. Plus particulièrement, Robert T. Palmer et A.T. Darin Palmer ont résumé les mécanismes de cette loi¹⁰¹.

Puis en 1986, le Congrès adopte l'*Anti-Drug Abuse Act of 1986*¹⁰², dont le sous-titre H du Titre I est connu sous le nom de *Money Laundering Control Act of 1986*¹⁰³ qui a pour objet :

- a) de créer deux nouvelles offenses criminelles nommées « Laundering of monetary instruments » et « Engaging in money transactions in property derived from specified unlawful activity » (art. 1352) ;
- b) d'interdire la pratique de la « structuration » des transactions en vue d'échapper aux rapports que doivent faire les banques en vertu du *Bank Secrecy Act* (art. 1354) ;
- c) de donner mandat au secrétaire au Trésor, après consultation du conseil d'administration (*board of governors*) de la Federal Reserve System, d'entreprendre des pourparlers avec les banques centrales et autres autorités gouvernementales des autres pays en vue de mettre sur pied un système d'échange d'information pour assister chaque pays participant dans ses efforts afin d'éliminer la circulation internationale d'argent

100. *Id.*, par. 101 : « The Congress finds that adequate records maintained by insured banks have a high degree of usefulness in criminal, tax and regulatory investigations and proceedings. »

101. R.T. PALMER et A.T.D. PALMER, « Complying with the Right of Financial Privacy Act of 1978 », (1979) 96 *Banking L. J.* 196, 199-200 : « Title I of the BSA sought to achieve this purpose by authorizing the Secretary of the Treasury to issue regulations compelling the financial institutions to maintain sufficient records to reconstruct a customer's checking or savings account and to trace a check deposited in such an account. The Secretary was further empowered to require that these records reflect the identity of each person having signature authority over the account. Additionally, records could be required as to each check, draft, or similar instrument received for deposit or collection, along with identification of the party for whose account it is to be deposited or collected. Finally, the Secretary could compel a microfilm or other reproduction of each check, draft or similar instrument drawn on a customer's account. Regulations effectuating these powers were issued by the Secretary of the Treasury on March 31, 1972, effective July 1, 1972. »

102. *Anti-Drug Abuse Act of 1986*, Pub. L. 99-570, 100 Stat. 3207 (1986).

103. *Id.*, 3207-18.

provenant du commerce illicite de la drogue et des autres activités criminelles (art. 1363) ;

- d) de confisquer toute propriété obtenue directement ou indirectement par l'argent du commerce de la drogue, que l'offense criminelle ait été commise ou non sur le territoire des États-Unis (art. 1366).

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*, comptant ainsi sur une participation volontaire des banques.

Aussi, le 13 septembre 1988, le Parlement canadien adoptait le projet de loi C-61 intitulé : *Loi modifiant le Code criminel, la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants*¹⁰⁴. Cette loi crée une nouvelle infraction au *Code criminel* nommée « recyclage des produits de la criminalité »¹⁰⁵.

Cet article vise directement les institutions financières ou leurs employés qui blanchissent, en connaissance de cause, de l'argent provenant de la criminalité et les rend passibles d'un emprisonnement maximal de dix ans. En imposant l'obligation de prouver dans tous les cas une *mens rea*, le Canada se distingue d'autres pays qui ont créé deux types d'infractions, l'une à responsabilité stricte et l'autre nécessitant l'intention coupable.

Cette infraction est aussi ajoutée à la *Loi sur les aliments et drogues* et à la *Loi sur les stupéfiants*.

La loi permet de lancer des mandats spéciaux de perquisition (art. 420.12) ou d'ordonnance de blocage de certains biens¹⁰⁶. L'institution

104. *Loi modifiant le Code criminel, la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants*, L.C. 1988, c. 51.

105. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 420.11 :

420.11 Est coupable d'une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie, ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement :

a) soit la perpétration, au Canada, d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée en matière de drogue ;

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada qui, au Canada, aurait constitué une infraction de criminalité organisée ou une infraction désignée en matière de drogue.

106. *Id.*, art. 480.13 (3) (a) : « il est interdit à toute personne de se départir des biens mentionnés dans l'ordonnance ou d'effectuer des opérations sur les droits qu'elle détient sur ceux-ci, sauf dans la mesure où l'ordonnance le prévoit ».

financière possède cependant un droit de demander une révision ou une modification de l'ordonnance de blocage (art. 420.14).

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 de probabilités plutôt que hors de tout doute raisonnable (art. 420.17). 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 (art. 420.19).

La Couronne peut, à cet effet, demander au tribunal de rendre une ordonnance obligeant les autorités fiscales à produire des documents ou d'autres renseignements confidentiels (art. 420.28).

Enfin, l'article 420.27 crée une immunité en faveur de l'informateur pour avoir dévoilé aux autorités policières des faits sur lesquels il se fonde pour avoir des motifs raisonnables de croire que des biens sont des produits de la criminalité.

Avant cette loi, 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*¹⁰⁷ applicable à compter du 1^{er} janvier 1990. Il propose d'abord 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 ;
- un système de vérification indépendante 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 personnel¹⁰⁸.

107. BUREAU DU SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES, *Mécanismes efficaces de repérage et d'élimination des opérations de blanchiment de fonds*, Ottawa, 1989.

108. *Id.*, p. 3.

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 fonds¹⁰⁹.

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 de petite coupure en billets de plus grande coupure, 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 traite, en toutes devises ; et
- les demandes de virement dans une autre succursale ou institution financière, en toutes devises, au Canada ou à l'étranger¹¹⁰.

Le seuil a été fixé par la plupart des banques à 10 000 dollars.

Il en va de même de toute opération de nature douteuse, quelle qu'en soit la valeur¹¹¹.

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 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'opération¹¹².

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'exemption doit être mise à jour périodiquement.

Cette politique s'inspire de la Déclaration de principes adoptée par le Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires (dit

109. *Id.*, p. 1.

110. *Id.*, p. 4.

111. *Ibid.*

112. *Id.*, p. 6.

« Comité de Bâle ») en décembre 1988¹¹³, dans la foulée de la recommandation n° R (80) 10 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe du 27 juin 1980¹¹⁴.

En ce qui concerne les institutions financières relevant de l'autorité québécoise, le personnel de l'inspecteur général des institutions financières nous indique que les institutions suivent la politique fédérale, bien que cette règle soit non écrite.

Cette façon de faire, tant au fédéral qu'au provincial, provient du désir de connaître davantage l'ampleur du phénomène et les moyens de contrôle possibles avant de se lancer dans une loi plus contraignante. Après une phase d'expérimentation pendant laquelle les organismes de contrôle souhaitaient que les institutions financières mettent volontairement en place certains mécanismes de base et sensibilisent leur personnel aux effets néfastes du blanchiment d'argent, le gouvernement a constaté l'incohérence des registres et des documents tenus dans les diverses institutions et notamment dans les plus petites d'entre elles. Il a donc décidé de légiférer pour uniformiser les registres et étendre le champ d'application de l'obligation de tenir lesdits registres.

Aussi, le 11 octobre 1991, la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* entrait en vigueur¹¹⁵. Cette loi permet au gouvernement de déterminer par règlement les documents et registres que les institutions doivent dresser et conserver (art. 4). Son application a été étendue non seulement aux banques, aux caisses populaires ou aux *credit unions*, aux sociétés de fiducie, aux sociétés de prêt ou aux compagnies d'assurances, mais aussi aux personnes se livrant au commerce 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 règlement¹¹⁶.

Et pour être bien persuasive, la loi prévoit des amendes de 50 000 à 500 000 dollars et des peines d'emprisonnement de six mois à cinq ans

113. BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, *Prévention de l'utilisation du système bancaire pour le blanchiment de fonds d'origine criminelle*, Bâle, 1988.

114. *Mesures contre le transfert et la mise à l'abri des capitaux d'origine criminelle*, Recommandation n° R (80) 10, adoptée par le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe le 27 juin 1980.

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

116. *Id.*, art. 3. Cette loi vise donc aussi les :

- f) personnes qui se livrent au commerce des valeurs mobilières, y compris à la gestion de portefeuille et à 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).

(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). Toutefois, au moment d'écrire ces lignes, la réglementation consécutive à cette loi n'était pas encore adoptée. Le Canada a donc choisi de se donner un système de documentation obligatoire proche de celui du *Bank Secrecy Act* des États-Unis.

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 :

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 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 information¹¹⁷ ?

Enfin, sur le plan international, le Canada s'est fermement engagé avec ses alliés du Groupe des Sept à lutter contre le commerce de la drogue et le blanchiment de capitaux.

117. J.M. WALTER et N. ERLICH, *loc. cit.*, note 27, 415-416.

Auparavant, le gouvernement américain, après des décennies de luttes épiques avec d'autres gouvernements dans le cadre d'enquêtes sur l'application de ses lois antitrust, d'embargo économique et sur les valeurs mobilières, notamment avec la Suisse, a choisi de développer ses interventions étrangères sur le sujet par la voie de la concertation entre États plutôt que par l'affrontement.

Ainsi, lors de la visite du président Reagan à Québec, en mars 1985, le Canada et les États-Unis ont signé le *Traité d'entraide juridique en matière pénale*¹¹⁸. Ce traité prévoit que les deux pays collaboreront et se prêteront assistance mutuelle dans toute matière relative aux enquêtes, aux poursuites ou à la répression des infractions liées aux valeurs mobilières, à la protection de la faune, à la protection de l'environnement et à la protection des consommateurs¹¹⁹. Cette assistance inclut la réception de témoignages, la production de documents ou de registres et l'exécution de perquisitions, de fouilles ou de saisies¹²⁰.

Par ailleurs, si les délais requis pour accorder cette assistance peuvent compromettre le succès d'une enquête ou d'une poursuite, les pays s'engagent à examiner des mesures autres d'assistance¹²¹. Toutefois, chaque pays peut refuser l'assistance demandée si celle-ci va à l'encontre de son intérêt public¹²². De plus, le Traité applique le principe de la spécificité par lequel l'information fournie ne doit pas être dévoilée ni utilisée par l'État requérant l'assistance à des fins autres que celles qui sont mentionnées dans la requête sans le consentement de l'État à qui la demande a été adressée¹²³.

Afin de ratifier et de mettre en œuvre ce traité, le Parlement fédéral canadien a adopté la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*¹²⁴. Cette loi modifie le *Code criminel* afin d'y incorporer les dispositions du Traité et de permettre au gouvernement d'offrir à d'autres pays de contracter aux mêmes conditions que les États-Unis. Le Traité est entré en vigueur le 24 janvier 1990 après l'échange des instruments de ratification, et le

118. *Traité d'entraide juridique en matière pénale*, C.T.S. 1990, n° 19, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1990.

119. *Id.*, art. 1 et Annexe.

120. *Id.*, art. 2 (2).

121. *Id.*, art. 4 (2).

122. *Id.*, art. 5 (1) b).

123. *Id.*, art. 9 (2).

124. *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.C. 1988, c. 37.

Canada a signé par la suite des ententes similaires avec l'Australie, les Bahamas, la France, Hong-Kong, le Royaume-Uni et le Mexique¹²⁵.

Ces modifications ont donc pour but de faciliter les enquêtes américaines ou étrangères auprès des institutions financières canadiennes. 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. Mais le Canada est allé plus loin en signant la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*¹²⁶, dite Convention de Vienne, intervenue le 20 décembre 1988, qui est très explicite à l'égard du secret bancaire.

Plus précisément, les articles 5 et 7 énoncent des mesures d'entraide judiciaires 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 donner suite aux dispositions du Traité¹²⁷.

125. Entente avec les États-Unis : (1990) 124 *Gaz. Can.* I, 953 ; avec l'Australie : (1990) 124 *Gaz. Can.* I, 1582 ; avec le Royaume-Uni : (1990) 124 *Gaz. Can.* I, 953 ; avec le Mexique : (1990) 124 *Gaz. Can.* I, 4319 ; avec les Bahamas : (1990) 124 *Gaz. Can.* I, 3074 ; avec Hong-Kong : (1991) 125 *Gaz. Can.* I, 963 ; et avec la France : (1991) 125 *Gaz. Can.* I, 1840.

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

127. *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 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.

Conclusion

Que reste-t-il du secret bancaire par rapport à l'État au Canada ?

Les exceptions de l'arrêt *Tournier* semblent avoir pris le pas sur le principe de la confidentialité. Dans l'état actuel de la jurisprudence, la Charte ne protège les citoyens que contre les recherches à l'aveuglette (*fishing expedition*) par l'imposition d'une autorisation judiciaire préalable. Il est vrai que la Cour suprême n'a pas encore arbitré l'obligation de confidentialité de la banque requise par l'autorité étatique de produire des documents concernant son client auquel elle est liée par ladite obligation. Dans un tel contexte, la banque peut invoquer à la fois l'intérêt public, savoir l'application de la loi, et son propre intérêt. En effet, son défaut de produire les documents peut entraîner l'imposition de lourdes amendes.

Dans le contexte d'une cause populaire auprès du public, la lutte contre le trafic de drogue, l'État s'est attaqué au recyclage de l'argent provenant de ce trafic en se donnant de vastes pouvoirs et en mettant très officiellement le secret bancaire de côté.

Si la cause de l'interdit jeté sur le secret bancaire peut apparaître moralement justifiable, l'État sera-t-il tenté de l'étendre pour la satisfaction de son appétit fiscal ou financier ?

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 économiques (OCDE) propose de recourir plus souvent à l'information détenue par les banques dans le cadre des enquêtes fiscales et d'inciter les États-membres à assouplir, en conséquence, leurs lois concernant le secret bancaire¹²⁸.

128. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, *L'évasion et la fraude fiscales internationales*, 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'échange 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 administrations 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 ;

Que conclure de tout cela ? Évidemment, dans notre droit, 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 apparaît 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 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 :

- 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 administratif¹²⁹.

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

- 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 Convention de l'OCDE ;
- c) Fournissent des renseignements sur une base unilatérale dans les situations appropriées.

129. *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-

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 vue de l'obtention des documents¹³⁰.

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 client¹³¹.

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'exem-

(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 records 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 [...].

130. B. PALMER et A.T.D. PALMER, *loc. cit.*, note 101, 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 RFPA.

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 is on the government.

131. *Right of Financial Privacy Act of 1978*, précité, note 129, s. 1117 (c), codifié dans : 12 U.S.C. 3417.

ple d'une banque du Maine qui, malgré la clause de non-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 fédéral selon laquelle ledit client faisait partie du monde interlope¹³².

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

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