

SECRET BANCAIRE, NÉCESSITÉ PROBATOIRE ET OBLIGATION DE VIGILANCE DU BANQUIER – L'HÉRITAGE POLÉMIQUE DE L'ARRÊT DU 29 NOVEMBRE 2017



JULIEN MARTINET

Associé

Hogan Lovells
(Paris) LLP

La récente évolution des motifs de la chambre commerciale de la Cour de cassation dans les affaires liées à la production d'éléments de preuve couverts par le secret bancaire ne remet pas en cause la position générale de la jurisprudence respectant l'interdiction faite aux banques de porter atteinte au secret qu'elles doivent à leur client.



VICTOR BORGEL

Avocat

Hogan Lovells
(Paris) LLP

Ces dernières années, la jurisprudence française témoigne du déploiement en droit interne d'une tendance d'inspiration européenne – Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) et Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) – visant à faire exception au secret bancaire de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier lorsque sa violation est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques des parties¹.

Ce déploiement nous semble s'inscrire, à quelques évolutions près, dans la continuité des solutions retenues jusqu'à présent et dans le respect, nécessairement, des textes de droit interne tirés de dispositions législatives impératives.

Mais les décisions rendues ne sont pas totalement univoques et une décision en particulier² tend, par sa formulation, à inciter les tiers qui ont intérêt à obtenir des pièces détenues par la banque à soutenir que le secret

bancaire devrait nécessairement céder lorsque celle-ci est assignée en responsabilité indépendamment de la présence aux débats du titulaire même du secret.

Or une pareille lecture procède de la dénaturation des faits à l'origine de cette décision, et s'avère inconciliable avec celles ultérieurement rendues par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui limitent l'atteinte au secret bancaire à sa seule mise en perspective avec les critères européens de préservation des droits fondamentaux en présence.

Une tendance jurisprudentielle d'inspiration européenne

Pour mémoire, la jurisprudence communautaire a, de longue date, consacré un droit à la preuve³ sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (Conv. EDH), et plus récemment⁴ eu l'occasion de rappeler que le secret bancaire, tiré du droit des individus au respect de leur vie privée tel que garanti par l'article 8 de cette convention, n'est pas absolu en sorte qu'une dérogation peut y être apportée à la double condition qu'il n'existe pas d'autre moyen pour le demandeur de prouver ses prétentions et que la révélation soit circonscrite aux seuls éléments utiles à cet égard.

Plus précisément, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) retient que le droit communautaire « s'oppose à une disposition nationale [...] qui autorise, de manière illimitée et inconditionnelle, un établissement bancaire à exciper du secret bancaire », en précisant qu'il « appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier l'existence, le cas échéant,

1. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 ; Com. 24 mai 2018, n° 17-27.969 ; Com. 4 juillet 2018, n° 17-10.158 ; Com. 15 mai 2019, n° 18-10.491.

2. Com. 29 novembre 2017, n° 16-22.060.

3. CEDH 27 octobre 1993, *Bombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, Série A, n° 274 ; CEDH 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c/ Belgique*, n° 65097/01 ; CEDH 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, n° 7508/02.

4. CJUE 16 juillet 2015, C-580/13.



dans le droit interne concerné, d'autres moyens ou d'autres voies de recours qui permettraient aux autorités judiciaires compétentes d'ordonner que les informations nécessaires [...] soient fournies ».

Cette position n'est pas neuve, c'était déjà celle avancée en 2002 par la Cour de cassation qui invitait alors les juges du fond à « aborder la recevabilité d'un mode a priori inadmissible ou suspect à travers le prisme d'un rapport de proportionnalité entre les intérêts que le secret protège et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle, dès lors que, dans cette mise en balance, l'atteinte au secret paraît moindre, et constituer le seul moyen de faire triompher une légitime prétention de fond »⁵.

L'arrêt du 29 novembre 2017

L'arrêt du 29 novembre 2017 ne dit pas autre chose. Certes, il surprend par la généralité apparente de sa solution en décalage avec la jurisprudence de la chambre commerciale en retenant que « le secret bancaire institué par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier ne constitue pas un empêchement légitime [souligné par nous] au sens de l'article 145 du Code de procédure civile lorsque la demande de communication de documents est dirigée contre l'établissement de crédit non en sa qualité de tiers confident mais en celle de partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité », alors que jusque-là on était plus habitué à lire dans sa motivation la solution inverse selon laquelle « le secret professionnel auquel est tenu un établissement ban-

caire en application de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier constitue un empêchement légitime opposable au juge civil » au sens de l'article 11 du Code de procédure civile.

Mais dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt du 29 novembre 2017, la Cour précise que les preuves litigieuses ne pouvaient être obtenues par d'autres moyens, et les motifs de l'arrêt objet du pourvoi démontrent qu'un contrôle de proportionnalité a bien été opéré, en sorte qu'il ne saurait être soutenu au visa de cet arrêt que le secret bancaire cède par principe au profit du droit à la preuve lorsqu'une banque est assignée en responsabilité par un tiers à la relation d'affaires.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant donné lieu au pourvoi⁶ relève souverainement que les preuves querelées ne pouvaient être obtenues par d'autres moyens et surtout que « le juge des requêtes a pris soin de prescrire des modalités qui sont de nature à éviter la divulgation de faits qui ne sont pas strictement nécessaires à la défense des intérêts de la société SICL, puisqu'il a prévu, dans un premier temps, la mise sous séquestre des pièces réunies [...] et, dans un second temps, une procédure de référé pour qu'il soit statué sur la communication de ces pièces aux parties ».

La difficulté tient en réalité à ce que la formulation catégorique de l'arrêt du 29 novembre 2017 semble subordonner l'opposabilité du secret bancaire à la seule qualité de la banque et rendre ainsi mécanique

5. Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, La Preuve, p. 329.

6. Paris 9 juin 2016, n° 14/02244.

sa mise à l'écart lorsque la banque n'est pas en situation de tiers confident mais qu'un procès est dirigé ou annoncé contre elle.

Un arrêt d'espèce

L'examen des faits à l'origine de cet arrêt amène à en tempérer la portée. En l'espèce, préalablement à son placement en procédure collective, une société SICL des îles Caïman a procédé à un important virement (50 millions de dollars) depuis son compte bancaire en Suisse vers un autre compte ouvert à son nom dans les livres de la banque IFA située en France, duquel elle a immédiatement transféré les fonds sur un compte ouvert chez IFA, au nom d'une société de Bahrein, DELMON DANA, en partie détenue par l'épouse du président du conseil d'administration de la société SICL, lequel était également actionnaire et membre du conseil d'administration de la banque IFA.

Ces circonstances rendant crédible une manœuvre à laquelle la banque IFA avait pu participer afin de dissimuler l'actif de la société SICL, le juge saisi par les liquidateurs de cette dernière, a d'abord rappelé l'évidence, selon laquelle le secret ne leur était pas opposable pour avoir accès aux éléments d'informations tirés de la relation de leur liquidée avec la banque⁷. La Cour a également retenu, et c'est la partie plus critiquable de la décision, que la banque devait également communiquer des informations concernant le bénéficiaire du paiement, la société DELMON DANA. Certes, la cour s'est efforcée de mettre en place une solution respectueuse du secret et adaptée aux faits assez particuliers de l'affaire, cette solution consistant à circonscrire le champ des éléments saisis et à les placer entre les mains d'un séquestre le temps qu'un débat relatif à leur communication ait lieu, mais l'on peut persister à regretter que la cour ne se soit pas assurée de la présence aux débats de la société DELMON DANA, bénéficiaire des fonds et du secret attaché à la relation d'affaires. Ici, la Cour a estimé, en quelque sorte, que le soupçon de fraude collective liée à la proximité des intérêts en présence suffisait à écarter le droit pour la société DELMON DANA de s'expliquer, mais les circonstances très particulières de l'affaire et les difficultés de principe susceptibles d'être générées par cette solution, ne peuvent aboutir à la conclusion qu'il s'agirait d'une décision de principe.

La situation est en tout cas très différente de celle du tiers, qui, alléguant l'existence d'une fraude du client de la banque, s'imagine fondé à n'assigner que cette dernière pour qu'elle produise les éléments de sa relation de compte, le tout en vue d'alimenter un procès contre elle.

Les décisions des 24 mai 2018, 4 juillet 2018 et 15 mai 2019

Surtout, cette solution n'est pas reprise en l'état par les décisions ultérieures de la même chambre de la Cour de cassation des 24 mai 2018, 4 juillet 2018 et 15 mai 2019⁸.

En effet, l'arrêt du 24 mai 2018 reprend le principe posé en 2017, mais y apporte une nuance essentielle en retenant que : « le secret bancaire institué par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier ne constitue pas nécessairement [souligné par nous] un empêchement légitime au sens de l'article 145 du Code de procédure civile lorsque la demande de communication de documents est dirigée contre l'établissement de crédit non en sa qualité de tiers confident mais en celle de partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité ».

L'ajout de l'adverbe « nécessairement » autorise le contrôle de proportionnalité requis par tout conflit entre plusieurs droits fondamentaux, et marque en cela une saine rectification de l'arrêt du 29 novembre 2017 dont la lettre pouvait être source de confusion. L'examen des décisions des 4 juillet 2018 et 15 mai 2019 le confirme, la Cour y faisant expressément référence à la double condition dérogatoire au secret tenant aux caractères indispensable et proportionnée de l'atteinte.

D'ailleurs l'arrêt du 29 novembre 2017 procédait bien, comme indiqué précédemment, au-delà du principe général posé, à un contrôle de la proportionnalité en limitant le périmètre et les conditions d'accès aux documents communiqués, dans l'esprit de ce que prévoient les articles L. 153-1 et L. 153-2 du Code de commerce en matière de secret des affaires en permettant au juge, si la protection du secret l'exige, de prendre connaissance seul des éléments litigieux, d'en circonscrire la communication à certains documents, au besoin sous une forme restreinte, et de limiter la publicité des débats et de la décision à intervenir. Notons que le Haut Comité juridique de la Place financière de Paris recommande, dans son rapport du 6 juillet 2020⁹, d'étendre au secret bancaire ce dispositif propre au secret des affaires.

Dérive contentieuse

Les juridictions enregistrent un nombre croissant de réclamations en lien avec de prétendues fraudes aux investissements dits atypiques (manuscrits, terres rares, diamants, crypto-actifs, etc.) dans le cadre desquelles les demandeurs, tiers à la relation de compte, sollicitent du juge civil, soit avant tout procès, soit dans le cours d'une instance, la condamnation de la banque seule défenderesse à communiquer les éléments tirés de sa relation d'affaires avec leur cocontractant, afin de caractériser un manquement de la banque à son devoir de vigilance lors de l'ouverture et le fonctionnement du compte, motifs pris du profil atypique du client ou du caractère anormal des opérations passées par ses comptes.

Caricaturalement présenté comme s'opposant à la manifestation de la vérité, il convient de rappeler que le secret bancaire est avant tout édicté « dans l'intérêt [de son] propriétaire [...] et non dans celui du banquier »¹⁰. Il constitue en effet l'une des expressions du droit au respect de sa vie privée protégé par les articles 8 de la Conv. EDH et 7 de la Charte des droits fondamentaux, ainsi qu'au

7. Pour l'administrateur d'une société en redressement judiciaire : Com. 11 avril 1995, n° 92-20985.

8. Com. 24 mai 2018, n° 17-27.969; Com. 4 juillet 2018, n° 17-10.158; Com. 15 mai 2019,

n° 18-10.491.

9. HCJP, Rapport sur le secret bancaire du 6 juillet 2020, recommandation n° 3.

10. Paris 15 mai 2019, n° 18/27356.

droit à la protection des données personnelles de chacun garanti par l'article 8 du même texte. À ce titre, les tribunaux retiennent que « lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile le juge doit notamment veiller à ce que ce texte ne soit pas détourné de sa fonction probatoire par une partie cherchant à mettre à jour les secrets des affaires de ses fournisseurs ou concurrents »¹¹.

C'est pourquoi les conditions de dérogation au secret tenant aux caractères indispensable et proportionnée de l'atteinte doivent être d'interprétation stricte.

Une violation du secret pas toujours indispensable à l'exercice de la preuve

La révélation par une banque d'informations couvertes dans le cadre d'une instance civile à laquelle le bénéficiaire du secret n'est pas partie doit demeurer exceptionnelle. Les cas justifiant une telle atteinte sont en pratique rares.

En effet, d'autres voies existent pour obtenir la communication des éléments de compte d'un tiers, au premier rang desquelles figure la voie pénale. Lorsqu'une plainte est déposée contre le client de la banque, le secret bancaire peut être levé à la demande d'une autorité de police et d'un juge d'instruction. Dans ce contexte, le plaignant peut suggérer au magistrat instructeur les mesures qui lui paraissent utiles à la poursuite de son enquête et ce magistrat instructeur jugera – en parfaite indépendance – de l'opportunité d'y donner suite.

Si le juge pénal décide, après avoir exercé son filtre, que les soupçons de fraude justifient la production de ces éléments, alors le plaignant est libre de solliciter du Procureur de la République l'autorisation de les communiquer dans le cadre d'un procès civil intenté contre la banque du présumé fraudeur.

Certes, le juge civil exerce également un contrôle visant à s'assurer que les pièces requises sont bien utiles à l'exercice du droit de la preuve de la partie en demandant la communication, mais son office diffère de celle du juge pénal et la loi n'autorise pas le banquier sur ordre du juge civil de porter atteinte au secret. Le risque existe que les données personnelles d'un client de la banque fassent l'objet de débats hors sa présence et qu'il vienne reprocher à la banque d'avoir violé le secret et engagé à ce titre sa responsabilité.

À cet égard, lorsque l'identité du client de la banque est connue du demandeur rien ne fait obstacle à ce que ce dernier ou son représentant soient mis en cause par le demandeur dans le cadre de son action contre la banque afin de lever le secret bancaire et pouvoir se prononcer au sujet des éléments révélés.

En revanche, il n'appartient pas à l'établissement bancaire ni d'avoir engagé sa responsabilité de prendre l'initiative d'une telle communication l'obligeant à commettre un délit¹² et autorisant ainsi tout plaideur à

obtenir, par facilité, la communication d'informations confidentielles hors la présence des personnes qu'elles concernent, et la jurisprudence, dans sa grande globalité, ne dit pas le contraire.

Les exceptions sont rares, en témoigne le cas où, comme dans l'arrêt du 15 mai 2019 précité¹³, l'émetteur d'un chèque souhaite connaître le nom de l'établissement teneur de compte du bénéficiaire afin de rechercher sa responsabilité. La solution retenue de contraindre la banque à communiquer le verso du chèque, bien qu'y figurent des informations couvertes par le secret telles que le nom, la signature et le numéro de compte bancaire du bénéficiaire, constitue incontestablement une évolution de la position de la chambre commerciale dont les juges estimaient classiquement que le secret bancaire faisait obstacle à une telle communication¹⁴. Néanmoins, l'objectif ici poursuivi par le demandeur est un objectif d'identification de la banque du bénéficiaire, information limitée et indispensable à l'exercice du procès envisagé. Il faut aussi observer que le chèque est de moins en moins usité et que dans un virement, l'on connaît toujours le nom et la banque du bénéficiaire. La légitimité pour le porteur d'un chèque, de taire à son émetteur le nom de la banque où il va l'encaisser s'estompe de ce fait en pratique.

C'est d'ailleurs cette même logique circonscrite d'identification qui présidait à l'élaboration de la solution retenue par la CJUE dans la décision du 16 juillet 2015¹⁵ précitée, où une société a interrogé une plateforme de vente proposant la contrefaçon de l'un de ses produits afin d'obtenir le nom et l'adresse du titulaire du compte bancaire sur lequel la plateforme avait versé le prix de vente du bien contrefaisant. La Cour retient que : « l'article 8, paragraphe 3, sous e), de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui autorise, de manière illimitée et inconditionnelle, un établissement bancaire à exciper du secret bancaire pour refuser de fournir, dans le cadre de l'article 8, paragraphe 1, sous c), de cette directive, des informations portant sur le nom et l'adresse du titulaire d'un compte. »

Une violation du secret souvent disproportionnée car inutile

Même selon les critères européens de nécessité et proportion de l'atteinte, l'argument selon lequel la communication de l'intégralité de la relation de compte du fraudeur serait nécessaire et proportionnée en ce qu'il faudrait bénéficier d'une vue d'ensemble des documents remis au banquier et des opérations enregistrées sur le compte afin de caractériser un défaut de vigilance de la banque lors de l'ouverture du compte et de l'encaissement des virements semble inopérant.

11. Ibid. note 8.

12. L'article 226-13 du Code pénal prévoit que « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

13. Ibid. notes 1 et 8.

14. Com. 13 juin 1995, n° 93-16.317 ; Com. 8 juill. 2003, n° 00-11.993 ; Com. 9 oct. 2004, n° 02-19.572 ; Com. 21 sept. 2010, n° 09-68.994.

15. Ibid. note 4.

En effet, lors du fonctionnement du compte, l'obligation de vigilance du banquier n'existe que dans deux hypothèses : d'une part, afin de s'assurer que l'ordre reçu émane bien du titulaire du compte et justifier ainsi, même s'il émane d'un tiers, de l'apparence formelle du mandat reçu, et d'autre part, en application des articles L. 561-1 et suivants du Code monétaire et financier, dans le cadre du système de contrôle des opérations inhabituelles ou suspectes mise en œuvre pour lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, mais ces dernières dispositions ne peuvent être source de responsabilité civile pour la banque¹⁶.

Les banques n'engagent pas leur responsabilité en exécutant des opérations qui se révéleraient ultérieurement illicites¹⁷ et n'ont aucune obligation générale de vérifier la régularité de l'intégralité des opérations enregistrées sur les comptes de leurs clients ni d'y faire arbitrairement opposition¹⁸. Elles sont au contraire tenues, au titre de leur mandat général d'encaissement, de recevoir les sommes déposées par des tiers au bénéfice de son client, l'article L. 133-14 du Code monétaire et financier leur imposant de créditer le compte au plus tard le lendemain de la réception des fonds, en sorte que la production de l'intégralité des éléments relatifs au fonctionnement du compte d'une personne suspectée de fraude ne semble jamais pouvoir constituer une atteinte au secret bancaire proportionnée.

La situation est légèrement différente lors de l'ouverture du compte d'un nouveau client, pour laquelle le Code monétaire et financier¹⁹ impose seulement au banquier de recueillir son identité et un justificatif de son domicile lorsqu'il s'agit d'une personne physique, et pour une personne morale, un extrait Kbis de moins de trois mois et la carte d'identité de son gérant. En pareil cas, le secret bancaire ne pourrait donc, en théorie, céder qu'afin de prouver l'existence d'une anomalie flagrante sur ces documents, mais leur validité apparente épuise les obligations de contrôle du banquier et l'exonère de toute responsabilité au cas où ils se révéleraient faux, en sorte qu'aucune violation du secret bancaire ne saurait être justifiée par la nécessité de vérifier si le banquier a bien contrôlé les données indiquées sur les documents, ou mené des investigations sur l'honorabilité du client, l'exactitude de la profession qu'il indique exercer ou encore l'objet social déclaré²⁰.

Reste qu'en cas de doute sur la réalité des fraudes

dénoncées, la mise en cause du titulaire du compte semble indispensable afin qu'il puisse faire connaître ses observations au sujet du secret qui lui appartient et auquel il est demandé de porter atteinte.

Une évolution globalement conforme aux pratiques antérieures

Certes, la chambre commerciale de la Cour de cassation a modifié la formulation de ses motifs dans les affaires où il lui est demandé de trancher un différend lié à la production d'éléments de preuve tirés d'un compte bancaire et l'on retrouve depuis 2017 les critères empruntés à la position européenne de nécessité et de proportionnalité de l'atteinte. Reste qu'à travers ces critères, la jurisprudence continue d'avoir une position générale respectant les interdictions faites par les textes aux banques de violer le secret qu'elles doivent à leur client.

Que la banque soit recherchée en responsabilité est une chose, mais les moyens pour étayer le procès fait à la banque, ne peuvent passer – sans que l'on s'interroge sur les droits du titulaire du secret – par la production d'éléments tirés de la relation de compte d'une personne qui n'est pas partie à l'instance.

La notion de nécessité renvoie, dans ces procès où les plaideurs vont à la pêche aux informations pour tenter de caractériser une faute dont ils n'ont pas la preuve, au principe posé par le Code de procédure civile selon lequel le juge civil n'a pas à pallier la carence probatoire du demandeur.

La notion de proportionnalité, quant à elle, ne devrait jamais justifier que l'on puisse demander à la banque de communiquer des éléments couverts par le secret hors la présence du titulaire du compte, qu'il soit coupable ou simple suspect, in bonis ou en faillite, en France ou à l'étranger.

Dès lors que son compte est ouvert en France, la loi lui reconnaît un droit au respect de sa vie privée, dont son relevé de compte est le miroir et le moins que l'on puisse faire est de l'appeler aux débats lorsqu'il est question d'y porter atteinte pour des motifs qui doivent subir l'épreuve de la contradiction. ■

16. La Cour de cassation rappelle clairement que les obligations de vigilance prévues par ce régime ont pour « seule finalité [...] la détection portant sur des sommes en provenance du trafic des stupéfiants ou d'activités criminelles organisées », qu'elles « dérogent au principe de non-ingérence » et « n'ont pas été édictées pour la satisfaction d'intérêts privés » mais ne « relèvent que de la protection de l'intérêt général » (Com. 28 avril 2004, n° 02-15.054) ; voir également : Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, IV (d), Droit bancaire, pp. 257-258 ; Paris 11 janvier 2018, n° 16/05789.

17. Caen 5 avril 2018, n° 16/03853 ; Paris 12 mai 2016, n° 15/01340.

18. Paris 9 avril 2004, n° 2003/03522.

19. Notamment l'article R. 312-2 du Code monétaire et financier.

20. Com. 13 octobre 2015, 14-11.453, sur l'adresse du postulant ; Com. 20 novembre 2001, n° 99-13.894, sur l'activité envisagée ; Com. 6 avril 1993, 90-21.660, sur l'adresse du postulant ; Paris 5 mars 2015, n° 13/23756, et 22 mai 2014, n° 13/04843 sur la véracité et le caractère suffisant des documents fournis ; Nîmes 12 octobre 1988, Banque n° 490, janvier 1989, 423, sur l'honorabilité et l'activité antérieure.