

L'obligation de vigilance des banques

Décryptage d'une notion plurielle

Julien MARTINET

Avocat associé, Hogan Lovells

*Chargé d'enseignement à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
en Master 2 Droit bancaire et financier*

On voit se développer dans les réclamations judiciaires de personnes victimes de fraudes ou de mauvaises affaires, dans le contexte d'investissements dits « atypiques », la référence à un devoir « général » de vigilance, qui serait de nature à engager la responsabilité des banques pour n'avoir pas décelé, sur les comptes qu'elles tiennent, une activité ou des mouvements « anormaux » qui auraient dû les faire réagir.

Ce qui surprend dans ces réclamations, c'est qu'à la différence des classiques fraudes aux moyens de paiement, elles émanent de personnes qui ne contestent pas être à l'origine des ordres de paiement donnés, et que la fraude ne touche donc pas l'ordre de paiement lui-même, mais le contrat sous-jacent (une vente ou un mandat de souscription de produits financiers souvent), dans lequel la jurisprudence rappelle pourtant classiquement que le banquier prestataire de services de paiement n'a pas à s'immiscer.

Si, face à ces principes pourtant bien établis, la pression contentieuse se fait aujourd'hui ressentir¹, c'est probablement en raison de la conjonction de trois principaux facteurs.

D'abord, les marchés financiers offrent des performances absolues modestes, ce qui peut inciter des investisseurs à la recherche de rentabilité à sortir des circuits classiques offerts par les banques, lesquelles ne sont alors plus approchées comme conseils en investissements financiers ou prestataires de services d'investissement, avec les obligations associées (connaissance du client, information, mise en garde), mais comme simples prestataires de services de paiement et teneurs de comptes courants. Les banques restent pour autant, dans l'esprit des clients, leur interlocuteur et leur point d'entrée.

Un deuxième facteur tient à la place croissante des obligations réglementaires de vigilance des banques dans leur rôle de teneur de compte, au titre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT²).

1. De début 2019 à fin 2020, les réclamations ont doublé tous les semestres.

2. C. monét. fin., art. L. 561-4-1 et s., dont le champ s'est étendu au-delà de ces sujets de terrorisme et blanchiment, pour viser désormais toute infraction pénale punie de plus d'un an d'emprisonnement (C. monét. fin., art. L. 561-15).

Le régulateur sanctionne les manquements à ces obligations avec une sévérité croissante, et les banques, en réaction, invoquent ces obligations plus systématiquement avant de nouer une relation de compte, l'actualiser, ou exécuter un paiement, notamment si elles soupçonnent que l'opération sous-jacente pourrait être illicite. Certes, ces obligations ne sont pas sources de responsabilité civile³, mais le client, confronté aux demandes régulières et parfois invasives de justificatifs de sa banque sur ses affaires – que celle-ci justifie par une obligation réglementaire à sa charge – est tenté d'en conclure qu'elle devrait en répondre civilement lorsqu'il subit un préjudice.

Un troisième facteur est qu'il n'existe pas de notion générale de vigilance mais diverses sources textuelles ou jurisprudentielles qui ont chacune leur régime. À côté de l'obligation de vigilance large tirée de la LCB-FT susvisée, les tribunaux appliquent des notions de vigilance qui, elles, sont sources de responsabilité civile mais de champ restreint, où le banquier n'a qu'une obligation limitée à son office : contrôle de l'adéquation du crédit aux ressources de l'emprunteur pour le banquier prêteur ou de vérification que l'auteur du paiement est bien le titulaire du compte pour le banquier prestataire de services de paiement. On rappelle dans ces décisions le devoir classique de prompt exécution et de non-immixtion de la banque dans les affaires de son client en vertu duquel elle n'a pas à répondre de ses mauvaises affaires ni à vérifier l'opportunité de l'emploi de ses fonds. Ce n'est que lorsque l'ordre de paiement lui-même est affecté (faux, ordre falsifié, procuration viciée) et que le débat porte sur les contrats de dépôt et de mandat liant le client à sa banque que cette dernière, obligée à restitution, doit justifier de l'apparence du mandat reçu et de l'absence d'anomalie, matérielle ou intellectuelle affectant le paiement.

C'est sans doute la confusion résultant de ces différents régimes et notions, dans le contexte économique particulier du moment, qui explique cette nouvelle vague, où les clients bancaires cherchent à faire reconnaître une obligation « générale » de vigilance, qui astreindrait ainsi la banque à intervenir pour prévenir généralement les fraudes, y compris celles dont ils sont les seules victimes, touchant le contrat sous-jacent à l'opération de paiement.

Une telle évolution, on le verra, n'est ni légale ni souhaitable et une clarification s'impose donc de ces notions de vigilance et de la justification de leur régime respectif, en distinguant celle fondée sur la LCB-FT, de portée large mais non source de responsabilité civile (I), de celle prétorienne, dont la banque répond vis-à-vis de ses clients, mais qui est de portée restreinte, hors le cas particulier de l'ordre irrégulier (II).

I. L'obligation de vigilance fondée sur la LCB-FT

Cette obligation est de portée large (A), mais n'est pas source de responsabilité civile (B).

A. Une obligation de portée large

L'obligation de vigilance, tirée du régime posé aux articles L. 561-1 et suivants du Code monétaire et financier, est large en ce sens qu'elle doit être exercée

3. Pour l'arrêt de principe, Cass. com., 28 avr. 2004, n° 02-15.054.

de manière constante, pour tous métiers de la banque et pour tous clients, qu'ils soient avertis ou non.

Elle s'exerce avant l'entrée en relation d'affaires, pour obtenir du futur client des informations relatives au bénéficiaire effectif de la relation⁴, à l'objet et à la nature de la relation⁵ (activité professionnelle, situation financière) et à l'origine des fonds⁶, et ces informations doivent être actualisées tout au long de la relation d'affaires⁷.

La vigilance se poursuit en cours de relation par un examen des opérations sur lesquelles la banque doit exercer une vigilance constante⁸ pouvant impliquer des diligences complémentaires⁹ et renforcées¹⁰. Elle doit se renseigner sur l'origine et la destination des fonds, l'objet de l'opération et l'identité du bénéficiaire effectif. En cas de risque élevé, les informations sur l'origine et la destination des fonds doivent être fiables et donc justifiées par des éléments suffisants¹¹.

On le voit, l'obligation de vigilance tirée de la LCB-FT nécessite pour le banquier de sortir de sa réserve, puisqu'il doit obtenir de son client des explications et justificatifs de la nature de l'opération, c'est-à-dire du contrat sous-jacent dont le paiement constitue une des obligations, et de la personne qui les reçoit, c'est-à-dire le cocontractant au titre de ce contrat sous-jacent.

Cela contraste avec son rôle habituellement en retrait, mais la comparaison a deux limites. La première est que l'objet de cette réglementation n'est pas de protéger, spécifiquement, le client de la banque contre les fraudes ou mauvaises affaires, mais d'identifier, en général, d'éventuelles fraudes visées par le dispositif de LCB-FT dans le seul but de les signaler à Tracfin, qui reste libre du sort à réserver à ces signalements. La seconde limite est que les textes ne donnent pas à la banque le droit et ne lui imposent encore moins le devoir de bloquer les opérations litigieuses¹².

Certes la banque qui ne reçoit pas les informations demandées « doit s'abstenir » de réaliser l'opération¹³, mais cette injonction n'est valable que « jusqu'à la déclaration de soupçon » et ne se pose donc pas comme une dérogation à l'obligation de prompt exécution (C. monét. fin., art. L. 133-13). La banque est donc, en pratique, obligée de procéder à la déclaration de soupçon dans les délais légaux d'exécution et n'est autorisée à bloquer *in fine* le paiement que si elle y est requise par l'autorité. C'est ce que posent les rares décisions rendues sur le sujet, à savoir

4. C. monét. fin., art. L. 561-21 ; Lignes directrices de l'ACPR, 14 déc. 2018.

5. C. monét. fin., art. R. 561-12.

6. C. monét. fin., art. L. 561-8.

7. C. monét. fin., art. L. 561-5-1 et L. 561-5-2.

8. C. monét. fin., art. L. 561-6.

9. Personnes politiquement exposées, produits et opérations qui par leur nature présentent un risque de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, et opérations à distance ou avec des personnes situées dans des pays à risque (C. monét. fin., art. L. 561-10).

10. Opérations particulièrement complexes ou d'un montant inhabituellement élevé ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite (C. monét. fin., art. L. 561-10-2).

11. Par ex., ACPR, Comm. sanctions, 24 févr. 2021, procédure n° 2020-02, 3 millions d'euros infligés à ING pour n'avoir pas recueilli des informations adaptées en fonction du risque lié à la relation d'affaires.

12. L'article L. 133-10 du Code monétaire et financier, qui définit les obligations du banquier qui « refuse d'exécuter un ordre de paiement », ne crée pas un droit général de refus d'exécution des ordres, ce qui serait contraire au mandat général de paiement dont est investi le banquier, mais ne peut être lu que comme renvoyant aux cas où la banque est spécifiquement autorisée à ne pas exécuter (défaut de provision, erreur matérielle, etc.).

13. C. monét. fin., art. L. 561-16.

que « si ces dispositions donnent à Tracfin le pouvoir de s’opposer à l’opération pendant douze heures au plus [à l’époque], elles ne prévoient nullement que l’établissement bancaire puisse, de sa propre initiative, refuser l’opération »¹⁴.

B. Une obligation non-source de responsabilité civile

C’est ce qui explique le principe posé par la Cour de cassation selon lequel ce devoir spécial de vigilance au titre de la LCB-FT n’est pas source de responsabilité civile¹⁵ : cette obligation « n’a pour seule finalité que la détection de transactions portant sur des sommes en provenance du trafic de stupéfiants ou d’activités criminelles organisées ».

La victime d’agissements frauduleux ne peut donc se prévaloir de l’inobservation d’obligations résultant de ces textes pour réclamer des dommages-intérêts à l’établissement financier¹⁶.

La justification de cette absence de responsabilité est claire.

Elle ne tient pas, bien sûr, au seul fait que c’est une obligation réglementaire. On aura en effet à l’esprit que d’autres obligations réglementaires ont pu être considérées comme sources de responsabilité civile, notamment l’obligation de couverture dans les marchés d’instruments financiers à terme, au motif que cette obligation¹⁷ ne protège pas que le marché mais également l’investisseur¹⁸.

Ici, en effet, le raisonnement est d’une tout autre nature.

Dans l’exercice de son obligation de vigilance tirée de la LCB-FT, la banque exerce incidemment une sorte d’activité d’auxiliaire des pouvoirs de police en donnant son concours à la détection et au signalement d’infractions pénales passant par les comptes qu’elle tient dans ses livres.

Or, cette activité n’est pas sa spécialité – qui est l’appréciation du risque –, ni sa mission première qui est d’exécuter le mandat tacite de paiement qui lui est confié par l’ouverture du compte en respectant l’obligation de prompt exécution, rappelée par le Code monétaire et financier, sous réserve que l’ordre émane bien de son client et qu’il y ait la provision au compte. La banque, au demeurant, n’est pas dotée des moyens de prévenir les délits qui passent par les comptes qu’elle tient, les autorités policières dont c’est pourtant la spécialité n’y arrivant pas elles-mêmes.

En somme, la banque exerce sur les comptes ouverts dans ses livres une sorte de filtre, qui est par nature imparfait, un filet entre les mailles duquel passent nécessairement des infractions, dont les auteurs et parfois même les victimes font d’ailleurs en sorte qu’elles soient indétectables.

Or, il n’est pas concevable, ni réalisable, ni conforme à l’État du droit de demander à la banque d’être la garante de la légalité des activités exercées par ses clients, ni souhaitable d’amener la banque, par la pression qui résulterait d’une

14. CA Paris, 9 avr. 2004, n° 2003/03522.

15. Cass. com., 28 avr. 2004, n° 02-15.054, décision publiée au Rapport annuel de la Cour de cassation.

16. En ce sens, CA Douai, 3 juill. 2014, n° 13/03516. – CA Paris, 11 janv. 2018, n° 16/05789. – CA Nancy, 5 nov. 2020, n° 19/01280. – CA Paris, pôle 5-5, 11 janv. 2018, n° 16/05789. – TJ Paris, 13 nov. 2020, n° 18/14425. – TJ Paris, 28 mai 2020, n° 17/07516, *El Khoury*. – TJ Paris, 28 mai 2020, n° 17/07520, *Plihon*.

17. RGAMF, art. 516-15 et s.

18. Cass. com., 26 févr. 2008, n° 07-10.761. – Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-21.415. – Cass. com., 13 mai 2014, n° 09-13.805.

telle responsabilité, à renforcer son processus de sélection de ses clients (les Anglo-Saxons parlent déjà de *de-risking*¹⁹ lié à la pression réglementaire).

Quelques décisions isolées font l'erreur du raisonnement inverse. Ainsi la cour d'appel de Reims a pu retenir que : « Il importe peu que ces dispositions visent à faciliter la lutte contre le blanchiment. La [banque] ne saurait soutenir que ce texte est étranger au débat, alors qu'il impose une obligation de vérification et de vigilance à tout organisme financier qui ouvre un compte pour un client et qu'en l'espèce le litige a pour origine les conditions d'ouverture d'un compte titres ».

Mais, dans sa grande majorité, la jurisprudence l'a bien compris en rappelant le principe selon lequel la banque n'engage pas sa responsabilité pour n'avoir pas décelé une infraction touchant le contrat sous-jacent à l'occasion d'un paiement dont il n'est pas contesté qu'il émane bien du titulaire du compte. Nul ne souhaite faire de son banquier son tuteur et le censeur de son activité.

II. Le devoir de vigilance, source de responsabilité civile : un devoir de portée restreinte

À côté de la notion de vigilance attachée à la LCB-FT, l'obligation de vigilance des banques susceptible d'engager leur responsabilité est de portée restreinte (A). Seul le cas particulier des ordres de paiement affectés d'une irrégularité (ordre faux ou falsifié, procuration irrégulière, etc.) suppose une appréciation différente de la responsabilité du banquier, non en raison du caractère suspect de l'opération sous-jacente mais parce que la bonne exécution des contrats qui lient la banque à son client (dépôt et mandat) est contestée (B).

A. Une obligation de vigilance de portée restreinte

L'examen classique de la jurisprudence montre qu'il est demandé à la banque d'être vigilante dans plusieurs de ses métiers : lors de l'octroi d'un crédit (1), lors de l'ouverture d'un compte (2) et lors de l'exécution des ordres de paiement (3).

1. L'octroi de crédit

La moitié des décisions rendues par la cour d'appel de Paris entre 2015 et 2018 utilisant le terme de « vigilance » concernait des cas d'octroi de crédit. L'analyse de la jurisprudence et des tentatives de dérives dans ce domaine est instructive, car ces dernières ont eu lieu principalement lors de la vague de réclamations consécutive à la crise de l'immobilier de 2008, aujourd'hui passée, ce qui permet d'en tirer des enseignements.

Le principe en la matière est que l'obligation de la banque, lors de l'octroi d'un crédit, est limitée à la vérification de l'adéquation des revenus de l'emprunteur non averti au montant du crédit²⁰. La preuve du caractère disproportionné du prêt au regard des capacités financières de l'emprunteur pèse sur ce dernier²¹.

19. Pour l'European Banking Authority, le *de-risking* est un instrument de gestion des risques par les banques, signe d'une inefficacité du système nécessitant que les autorités compétentes trouvent des solutions (www.eba.europa.eu). Le Groupe d'action financière (GAFI) a défini en 2015 le *de-risking* comme l'une de ses priorités en identifiant comme facteurs de ce dernier la rentabilité, le risque réputationnel, la diminution de l'appétence au risque, l'importance croissante de la régulation, des obligations et sanctions (www.fatf-gafi.org, document *FATF action to tackle de-risking*).

20. Cass. ch. mixte, 29 juin 2017, n° 06-11.673.

21. Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-13.843.

La banque n'engage pas sa responsabilité si l'emprunteur fournit des justificatifs incomplets ou falsifiés, ou s'il fait des déclarations mensongères sur son endettement ou ses engagements²². La seule limite est que la banque, tenue de vérifier les documents présentés par le client pour l'octroi de crédit, doit réagir s'ils présentent des incohérences ou des anomalies apparentes flagrantes. Seule l'évidence, qui saute aux yeux, justifie que la banque s'alerte²³.

Pour le reste, le principe de non-immixtion commande que la banque n'interfère pas dans les affaires de son client, celle-ci n'étant pas tenue d'apprécier l'opportunité de l'opération ni la viabilité du projet financé²⁴. Ainsi, il n'appartient pas à la banque de vérifier si le bien acquis est trop cher, mal placé ou si le marché locatif n'est pas dynamique²⁵.

Si le principe est fermement établi aujourd'hui, la jurisprudence a été mise à l'épreuve après la crise de l'immobilier de 2008 alors que la courbe haussière du coût de l'immobilier s'est inversée, ce qui a fortement impacté le marché des acquisitions de biens en l'état futur d'achèvement où les acquéreurs, focalisés sur l'objectif de défiscalisation, négligent souvent le produit acquis et achètent au prix fort des biens sur un marché locatif déjà tendu.

L'importante sinistralité et l'émotion qui en a résulté ont généré, à l'époque, des tentatives de voir juger que l'obligation de vigilance de la banque devait la conduire à vérifier non seulement l'endettement de ses clients, mais également la viabilité du projet financé et, en quelque sorte, son juste prix. Globalement ces réclamations ont été écartées, mais certaines décisions isolées ont retenu un principe inverse, ce qui a pu susciter des questionnements, comme cette décision de la cour d'appel de Nîmes du 26 février 2015 posant le principe et son contraire en retenant que : « Si le banquier ne saurait s'immiscer dans les affaires de son client et contrôler l'opportunité du projet qu'il lui soumet, il est tenu d'en vérifier la viabilité et de se renseigner sur les éléments essentiels qui en constituent l'architecture » ; ceci pour reprocher à la banque de ne pas s'être alertée que le bien mis en vente avait été acquis vingt ans plus tôt pour un prix très inférieur²⁶.

La vague de réclamations sur cette thématique s'est aujourd'hui tarie et ce genre de décision n'est plus observé, les tribunaux rappelant que le devoir de vigilance du banquier se limite au contrôle de l'endettement du client et ne porte pas sur le caractère approprié ou non de l'opération immobilière financée. C'est au demeurant logique, la banque n'étant pas un agent immobilier.

2. L'ouverture d'un compte bancaire

Lorsque la banque ouvre un compte bancaire au profit de son client, les dispositions légales susceptibles d'engager sa responsabilité en cas de défaut – à la différence des obligations larges applicables en matière de LCB-FT – se limitent à exiger d'elle qu'elle vérifie son identité et son domicile²⁷, et pour une personne

22. Cass. com., 4 juill. 2018, n° 17-13.128, fausse attestation d'absence d'endettement. – CA Paris, 20 oct. 2017, n° 15/25022, omission de déclarer un cautionnement.

23. Pour le cas du programme manifestement voué à l'échec, CA Paris, 10 nov. 2017, n° 16/04405.

24. Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-14.741.

25. Pour des applications récentes du principe : CA Nîmes, 25 févr. 2021, n° 19/00758. – CA Colmar, 8 févr. 2021, n° 19/02061.

26. CA Nîmes, 26 févr. 2015, n° 14/00849.

27. C. monét. fin., art. R. 312-2. – Cass. com., 25 avr. 1967 : *Bull. civ.* 1967, IV, n° 162. – Cass. com., 20 nov. 2001, n° 99-13.894. En cas d'ouverture sans présence physique, un second document d'identité est exigé, C. monét. fin., art. R. 561-5 et R. 561-20.

morale qu'elle obtienne un extrait K-bis et un document d'identité de son gérant²⁸. La banque n'a pas à demander d'autres documents, sauf contradictions ou irrégularités manifestes au vu des documents fournis²⁹. Elle est en droit de se fier aux informations fournies³⁰ et n'a pas à mener d'investigations sur l'honorabilité du client, l'exactitude de la profession qu'il indique exercer ou encore l'objet social déclaré³¹. Comme l'exprime un auteur, « ce serait lui attribuer la police de la réalité des objets sociaux, ce qui n'est pas sa vocation »³².

Là encore, la jurisprudence est constante, mais deux décisions isolées vont au-delà de ces principes en exigeant du banquier, pour le cas de clients qui exerçaient une profession réglementée, qu'il vérifie l'existence de leur agrément³³. Ces solutions sont discutables car cette exigence n'est pas prévue par les textes, lesquels constituent des exceptions nécessairement d'interprétation stricte au principe de non-immixtion du banquier.

Aucune de ces deux décisions d'espèce ne pose d'ailleurs de principe ni ne vise un quelconque devoir « général de vigilance » dans sa motivation. En tirer la conclusion que tout client appartenant à la catégorie des professions réglementées devrait faire l'objet d'un contrôle par la banque de son agrément serait donc excessif. En effet, la liste des professions réglementées est longue : à côté des greffiers, huissiers, avocats, commissaires-priseurs, architectes, notaires, experts-comptables, commissaires aux comptes, géomètres-experts et de l'essentiel des professions de santé, figurent également les agents généraux d'assurance, agents immobiliers, gérants d'auto-école, chauffeurs de taxi, transporteurs, coiffeurs, boulangers, bouchers, buralistes, charcutiers, glaciers, maréchaux-ferrants et les ramoneurs. En outre, les textes comme la raison ne posent pas de justification qui imposerait à la banque d'ajouter la copie certifiée d'un diplôme aux pièces requises par la loi à l'ouverture du compte.

3. L'exécution d'un ordre de paiement

L'examen qui précède des principes applicables dans le contexte de la responsabilité du banquier permet assurément de dégager une logique de raisonnement qui n'est pas différente en matière d'exécution d'un ordre de paiement, dès lors qu'il n'est pas discuté que son auteur est bien le titulaire du compte. L'obligation de vigilance est de portée restreinte, seules les irrégularités manifestes justifient l'intervention du banquier.

Le principe de base en la matière est celui de prompt exécution, codifié à l'article L. 133-13 du Code monétaire et financier, qui commande d'exécuter un ordre de paiement dans un délai bref fixé par la loi à un jour ouvré par principe, et à deux jours ouvrés si le support est papier ; le délai pouvant aller jusqu'à quatre jours ouvrés notamment en matière d'ordre international.

28. Cass. com., 20 nov. 2001, n° 99-13.894.

29. Cass. 1^{re} civ., 2 nov. 2005, n° 03-10.909, carte d'identité périmée et adresse différente de celle déclarée. – CA Amiens, 27 juin 2019, n° 18/00324, défaut de production d'un second document d'identité pour un compte ouvert en l'absence du client.

30. Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-11.453.

31. Cass. com., 6 avr. 1993, n° 90-13.894, sur l'adresse. – CA Paris, 5 mars 2015, n° 13/23756 et CA Paris, 22 mai 2014, n° 13/04843, sur l'exactitude et le caractère suffisant des documents fournis. – CA Nîmes, 12 oct. 1988 : *Banque janv.* 1989, n° 490. – T. Bonneau, « Chronique de droit bancaire » : *Banque & Droit* 2002, n° 81, p. 47.

32. M. Cabrillac, note ss Cass. com., 19 juin 1990 : *RTD com.* 1991, p. 74.

33. CA Paris, 6 nov. 2001, n° 1999/02403, décision non publiée (pour une banque). – Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-30.101 (pour un promoteur immobilier).

Notons que les cas d'opposition au paiement d'un chèque, stipulés à l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier, sont limitatifs³⁴ et que l'escroquerie n'y figure pas³⁵. La banque qui refuse d'exécuter une opération en dehors de ces cas engage sa responsabilité civile³⁶ et pénale³⁷.

Le devoir de non-immixtion – que la jurisprudence et la doctrine rattachent au droit au respect de la vie privée du client – implique que la banque n'est pas tenue de contrôler les opérations effectuées par son client ni de vérifier les mouvements de ses comptes courants. La banque n'a pas à intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte qu'elle estimerait irrégulier ou inopportun³⁸.

Ces principes sont à raison appliqués par les premières décisions rendues en matière d'investissements sur le Forex³⁹, dans les diamants ou la cryptomonnaie⁴⁰, qui retiennent que « la banque n'a pas à effectuer de recherches, à réclamer de justifications pour s'assurer que les opérations qui lui sont demandées par un client sont régulières »⁴¹. La banque, sauf convention contraire, n'est pas tenue à un devoir de conseil sur les produits sous-jacents au prêt. Même s'il existe une convention patrimoniale de banque privée et un mandat de gestion de portefeuille, ces derniers portent sur les produits financiers proposés par la banque et gérés ou logés en compte-titres au sein de la banque et non sur les opérations – quelles qu'elles soient – opérées directement par le client avec des cocontractants tiers et n'impliquant le compte courant que pour le paiement de l'opération sous-jacente sur laquelle le client a seul la main⁴².

Le principe de non-immixtion ne cède qu'en présence d'anomalies et d'irrégularités manifestes. Le simple caractère inhabituel d'une opération n'implique pas nécessairement qu'elle soit illicite ou frauduleuse⁴³. Ne constituent pas en soi une anomalie apparente le montant des virements, leur caractère transfrontalier et la nature de l'opération⁴⁴.

L'obligation de vigilance de la banque dans le cadre de l'exécution des ordres de paiement est donc limitée à la vérification de leur régularité formelle⁴⁵, à savoir que le client est effectivement à l'origine de l'opération.

Le fait qu'un bénéficiaire de paiement ait son nom sur une liste noire de l'Autorité des marchés financiers est une alerte pour l'investisseur mais non pour le banquier, aucun texte ne commandant aux banques de refuser les opérations ou de geler les comptes de personnes figurant sur cette liste, contrairement à ce qui est prévu pour le régime du gel des avoirs qui donne lieu, lui, à une obligation de blocage à la charge de la banque⁴⁶.

La jurisprudence applique très largement ces principes lorsque l'auteur du paiement est bien le titulaire du compte, mais quelques décisions font exception.

34. Cass. com., 16 juin 2015, n° 14-13.493.

35. Cass. com., 4 juin 1991, n° 89-19.934. – Cass. com., 17 févr. 2015, n° 13-22.520. – CA Douai, 29 juin 2017, n° 16/05310.

36. C. monét. fin., art. L. 131-70.

37. Pour le chèque, C. monét. fin., art. L. 163-1.

38. Cass. com., 14 oct. 2008, n° 07-16.522.

39. TJ Paris, 28 mai 2020, n° 17/07516, *El Khoury* et TJ Paris, 28 mai 2020, n° 17/07520, *Plihon*.

40. TJ Metz, 2 juin 2020, *H2M Group*.

41. TJ Paris, 13 avr. 2021, n° 18/14180.

42. TJ Paris, 6 mai 2021, n° 18/14423, *Willlaume*. – TJ Paris, 14 mai 2021, n° 17/16487, *Fritsch Théard*.

43. TJ Paris, 13 avr. 2021, n° 18/14180.

44. TJ Paris, 26 janv. 2021, n° 17/14880.

45. Cass. com., 27 mai 2008, n° 07-15.132.

46. C. monét. fin., art. L. 562-4.

Ainsi, la cour d'appel de Versailles⁴⁷ a pu estimer que la domiciliation bancaire du bénéficiaire du virement dans un État pour lequel la presse avait relaté des cas de fraude constituait une anomalie intellectuelle que la banque ne pouvait pas ignorer.

C'est à notre sens une erreur et une transposition inappropriée d'une appréciation qui ne peut gouverner en réalité que le cas des ordres donnés par un tiers non autorisé et ainsi affectés d'une irrégularité.

B. Le cas des ordres irréguliers

On l'a vu, la banque et son client sont liés entre eux par deux contrats, l'un de dépôt qui oblige la banque à ne se défaire des fonds que sur ordre de son client et qui l'oblige à restitution si l'ordre émane d'un tiers non habilité⁴⁸, et l'autre de mandat, tacite de par l'ouverture d'un compte, qui justifie que la banque mouve les fonds sur l'ordre de son client au profit de la personne que le client aura désignée.

Dans le cas d'un ordre émanant d'un fraudeur qui se fait passer pour le client de la banque, la jurisprudence retient que le banquier n'est déchargé de son obligation de restitution que si, en l'absence de faute de sa part, la fraude est causée par la faute du client⁴⁹. L'absence de faute du banquier est recherchée, notamment au vu des relevés de compte, pour apprécier si la banque pouvait déceler dans les opérations litigieuses un caractère anormal étant donné les habitudes du client.

C'est pour démontrer l'existence de ce mandat apparent, dont la preuve pèse sur la banque, et sa croyance légitime dans les pouvoirs de l'auteur de l'ordre de paiement, que celle-ci doit se justifier. C'est dans ce débat que lui est opposé le caractère inhabituel du montant ou de la destination des fonds, qui aurait dû lui faire prendre conscience que l'auteur du paiement n'est pas le titulaire du compte⁵⁰.

Ce test n'a en revanche aucune justification si l'ordre a bien été donné par le client de la banque. En présence d'un mandat incontesté, il n'est pas besoin de démontrer qu'il était apparent.

*

* *

Lorsqu'un nouveau type de réclamation contentieuse commence à occuper les étagères des directions contentieuses des banques, il n'est pas toujours évident d'en comprendre immédiatement l'origine et d'en mesurer l'impact éventuel. Certaines menaces disparaissent d'elles-mêmes⁵¹, d'autres prennent une ampleur totalement injustifiée⁵².

47. CA Versailles, 2 févr. 2021, n° 19/08729.

48. C. civ., art. 1937 et son expression plus spécifique *in* C. monét. fin., art. L. 133-18.

49. Cass. com., 29 nov. 1996, n° 94-17119. – Cass. com., 27 janv. 2015, n° 13-20.088.

50. Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569.

51. Ainsi, en 2014, les réclamations sur les bénéfices techniques et financiers de l'assurance emprunteur.

52. La vague de « contentieux TEG » initiée fin 2013 a envahi les tribunaux pendant plus de cinq ans au détriment des emprunteurs, qui ont globalement échoué en leurs réclamations, et des banques qui ont été contraintes d'y défendre.

Ici la pression réglementaire imposée aux banques, qui a modifié la conscience générale du rôle du banquier dans l'économie, n'est pas sans lien de causalité avec la survenance de cette vague de réclamations liée aux investissements atypiques.

Cette vague, comme d'autres, connaîtra un reflux car le banquier ne peut pas occuper le rôle tout à la fois de censeur et de garant des activités de chacun. Mais la matière est complexe et il faut faire preuve de pédagogie pour clarifier un débat qui porte nouvellement devant le même forum judiciaire plusieurs notions de vigilance qui étaient auparavant traitées séparément. Ces notions s'intègrent bien dans un ensemble logique, mais elles ont chacune leur sens propre. ■

