



HAL
open science

”Le clair-obscur de l’obligation de vigilance du banquier”

Bertrand de Belval, Anthony Maymont

► To cite this version:

Bertrand de Belval, Anthony Maymont. ”Le clair-obscur de l’obligation de vigilance du banquier”. Gazette du Palais, 2021, n° 5, pp. 45-49. hal-03138445

HAL Id: hal-03138445

<https://uca.hal.science/hal-03138445>

Submitted on 13 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Bertrand de BELVAL
Avocat au Barreau de Lyon - AMCO

et

Anthony MAYMONT
Maître de conférences en droit privé
Membre du Centre de recherche Michel de l'Hospital (EA 4232)
Université Clermont Auvergne

Résumé

La vigilance est au cœur de la prévention des risques. Bien connue en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, l'obligation de vigilance possède des contours flous en matière de responsabilité du banquier, plus focalisée sur la mise en garde. L'objectif de cette étude est de montrer que l'obligation de vigilance a toute sa place et légitimité dans la pratique professionnelle. Ses manifestations et son effectivité en témoignent. Toutefois, il importe d'en fixer des limites pour éviter son dévoiement. L'obligation de vigilance ne doit pas devenir la source d'une responsabilité quasi-automatique du banquier. La jurisprudence doit effectivement veiller à conserver son caractère rationnel et raisonnable. Il en va de son bien-fondé et de sa portée.

Introduction

1. L'environnement bancaire et financier a profondément évolué ces dernières années¹ et cette tendance devrait encore s'accentuer². Les raisons sont économiques, technologiques³, sociologiques et même politiques⁴. L'incertitude, accentuée avec la crise sanitaire, devient de plus en plus prégnante. Alors que la « prime » de risque (le taux d'intérêt principalement) est très faible, le souci de sécurité devient plus fort. La propension à rechercher la responsabilité du banquier est une constante. Après l'obligation d'information, l'obligation de conseil et le devoir de mise en garde – dont les contours sont désormais assez bien définis et parfois trop restrictifs au goût de certains plaideurs, dont l'imagination se manifeste alors –, l'obligation de

¹ V. par ex. D. Legeais, « Les métamorphoses du droit bancaire contemporain », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà, Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, Joly éditions, 2017, p. 433 sq.

² N. Huchet, *La nouvelle Europe bancaire et financière, Réflexions sur le modèle français*, préf. Ph. Gilles, L'Harmattan, 2020.

³ B. Roman et A. Tchiboza, *Transformer la banque - Stratégies bancaires à l'ère digitale*, Dunod, 2017.

⁴ Cf. not. l'hypothèse du forum shopping : C. Baudouin, *Stratégie bancaire et réglementation – De la contrainte à l'opportunité*, Dunod, 2019 ; P. Debly, *Réglementations bancaires et financières depuis la crise de 2008*, Maxima, 2019 ; Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^e éd., Bruylant, 2020.

vigilance tend aujourd'hui à se frayer une place dans le paysage législatif et jurisprudentiel⁵. C'est devenu une ligne de force en matière de responsabilité sociale des entreprises⁶.

2. L'obligation de vigilance⁷, qui n'est spécifiquement définie ni par la loi, ni par la jurisprudence, peut revêtir diverses dénominations telles que celles de prudence, de précaution, voire de surveillance⁸. Afin de mieux appréhender cette notion, la doctrine a commencé à en déterminer les contours car il n'existe *a priori* pas d'étude approfondie la concernant. Au regard de la définition apportée, elle consisterait, pour le banquier, à agir en bon professionnel en s'informant sur les opérations que ses clients souhaitent réaliser et à faire preuve de suffisamment de discernement pour ne pas intervenir si les circonstances l'imposent⁹.

3. L'objet de cet article est de faire le point sur l'obligation de vigilance en droit bancaire. Néanmoins, il ne s'agira d'étudier ni la question de la législation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), qui ne sera que rappelée pour mémoire, ni celle concernant la protection de l'environnement et le droit des sociétés¹⁰. En effet, il s'agit de composantes du droit de la compliance essentiellement destinées à la préservation de l'intérêt public¹¹. Cette étude portera donc uniquement sur les aspects relatifs à la responsabilité bancaire à l'aune de la protection des clients. Au regard de l'évolution actuelle, une question se pose : l'obligation de vigilance est-elle si nécessaire que son application ne doit souffrir aucune restriction ? Une réponse nuancée s'impose. Il s'agira, d'une part, d'examiner le champ d'application de l'obligation de vigilance et son bien-fondé (I). D'autre part, il importera de mettre en évidence les risques d'une expansion sans limite de l'obligation de vigilance, qui tend à son dévoiement (II).

I – Le bien-fondé de l'obligation de vigilance du banquier

4. L'obligation de vigilance est souvent invoquée par les praticiens qui cherchent à engager la responsabilité du banquier. Pourtant, ce n'est pas une notion classique de la jurisprudence, qui use davantage du devoir de mise en garde. Il sera ainsi précisé la délimitation de l'obligation de vigilance (A) puis son effectivité (B).

A – La délimitation de l'obligation de vigilance

5. **Les contours de l'obligation de vigilance.** Cette obligation du banquier, laquelle est inhérente et constante à son activité, lui permet de détecter les anomalies et les irrégularités que

⁵ V. en droit des sociétés : *Le devoir de vigilance*, dir. S. Schiller, LexisNexis, 2019.

⁶ P. Barraud de Lagerie, *Les patrons de la vertu, De la responsabilité sociale des entreprises au devoir de vigilance*, PU Rennes, 2019.

⁷ Cette obligation n'apparaît pas dans les index des ouvrages tant de droit des obligations que de droit bancaire. On retrouve surtout l'obligation de vigilance sous l'index de la LCB/FT ; Cf. Code de la Compliance, 1^{re} éd., Dalloz, 2021.

⁸ R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, 4^e éd., Dalloz, 2018/2019, n° 321.11 et n° 581.15.

⁹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 13^e éd., LGDJ, 2019, n° 591 ; J. Lasserre Capdeville, M. Storck, M. Mignot, J.-Ph. Kovar et N. Érésié, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, n° 271.

¹⁰ L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

¹¹ M.-E. Boursier, « Qu'est-ce que la compliance ? », in *Dossier Compliance – Nouveau paradigme pour l'avocat*, dir. W. Feugère, *Dalloz avocats – Exercer et entreprendre* mars 2020, p. 140 sq.

ne doit pas manquer un professionnel normalement diligent¹². Elle prendrait la forme, selon les cas, d'une obligation de moyen renforcée, voire de résultat. La vérification de l'identité et de l'adresse du client lors de la conclusion d'une convention de compte en est un exemple.

La vigilance du banquier doit s'exercer à l'encontre d'anomalies tant matérielles qu'intellectuelles, lesquelles doivent s'apprécier *in concreto*. Les anomalies matérielles sont celles relatives à la falsification d'un instrument de paiement, comme le chèque¹³. Les anomalies intellectuelles, quant à elles, sont plus complexes à détecter. Le banquier doit pouvoir déceler les anomalies évidentes¹⁴. Il n'est donc tenu d'être « vigilant » sur le fonctionnement d'un compte que s'il est anormal, étant observé que là se situe précisément toute la difficulté de l'exercice¹⁵.

6. Les multiples facettes de l'obligation de vigilance. Le banquier est soumis à diverses obligations professionnelles, tant générales que spécifiques. Celles-ci comprennent notamment le devoir de non-immixtion, le secret bancaire, l'obligation d'information, l'obligation d'éclairer, le devoir de mise en garde et l'obligation de conseil. Le positionnement de l'obligation de vigilance parmi ces obligations s'avère délicat. En effet, en présence d'anomalies, le banquier peut tout simplement refuser d'accomplir l'opération souhaitée par le client, et ce par application de sa liberté contractuelle¹⁶. Cependant, cette obligation peut adopter la forme d'une mise en garde du client, ce que confirme la Chambre mixte de la Cour de cassation dans deux décisions en date du 29 juin 2007¹⁷. De manière plus exceptionnelle, l'obligation de vigilance peut revêtir la forme d'une obligation de conseil. Il faut néanmoins nuancer ce dernier aspect. Sauf s'il en a pris l'engagement, le banquier n'est pas tenu d'une obligation de conseil envers les emprunteurs, mais seulement d'une obligation d'information sur les caractéristiques du prêt proposé¹⁸.

Pour autant, si l'obligation de vigilance peut aboutir à l'adoption de formes d'obligations professionnelles spécifiques, elle se démarque essentiellement du devoir de non-immixtion qui lui interdit toute ingérence dans les affaires de son client¹⁹. Toutefois, et lorsque les circonstances l'exigent, ce devoir peut être tempéré à certains égards par l'obligation de vigilance du banquier²⁰, dont les applications effectives sont nombreuses.

¹² Cass. com., 10 déc. 2003, n° 00-18653, *Bull. civ.* IV, n° 200 ; *Banque et droit* mai-juin 2004, p. 50, obs. Th. Bonneau ; *Gaz. Pal.* 23 au 25 mai 2004, p. 12, note S. Piédelièvre ; Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-30101, *Bull. civ.* IV, n° 190 ; *JCP G* 2012, 105, note J. Lasserre Capdeville.

¹³ V. Cass. com., 15 mai 2019, n° 18-10491, *Bull. civ.* IV ; *JCP G* 2019, 642, note Th. Bonneau ; *Lexbase* Hebdo édition affaires, n° 596, 6 juin 2019, note A. Maymont ; *Gaz. Pal.* 22 oct. 2019, p. 52-53, note C. Houin-Bressand ; *JCP E* 2019, 1443, note J. Lasserre Capdeville ; Cass. com., 17 juin 2020, n° 18-18629, *Gaz. Pal.* 20 oct. 2020, p. 58, note C. Houin-Bressand.

¹⁴ Cass. com., 10 déc. 2003, n° 00-18653, *Bull. civ.* IV, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 2017, n° 15-24496, *RTD civ.* 2018, p. 76, note D. Mazeaud ; *JCP G* 2017, 1320, note J. Lasserre Capdeville ; Cass. com., 13 févr. 2019, n° 17-24340, n° 17-50052, n° 18-10585, *RCA* mai 2019, comm. n° 134 ; *Gaz. Pal.* 11 juin 2019, p. 54-55, note B. Bury ; *JCP E* 2019, 1267, n° 4, obs. A. Salgueiro.

¹⁵ A rapprocher de B. Ménard, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, préf. S. Porchy-Simon, Bibliothèque de droit privé, t. 596, LGDJ, 2020.

¹⁶ A. Maymont, *La liberté contractuelle du banquier, Réflexions sur la sécurité du système financier*, préf. D. Legeais, avant-propos J. Stoufflet, LGDJ, 2014.

¹⁷ Cass. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104, *Bull. mixte*, n° 7 ; n° 06-11673, *Bull. mixte*, n° 8.

¹⁸ Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-15988, *Dr. et patr.* sept. 2016, p. 108-109, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm.

¹⁹ Cass. com., 27 nov. 2012, n° 11-19311, *D.* 2013, p. 2430-2431, obs. D. R. Martin ; *JCP E* 2013, 1282, n° 20, obs. L. Dumoulin ; Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-20512 ; Cass. com., 28 juin 2016, n° 14-21256, *JCP E* 2016, 1587, n° 5, obs. Ch. Lassalas.

²⁰ V. concernant des placements atypiques, N. Kilgus et Th. de Ravel D'Esclapon, « Les placements atypiques et la vigilance du banquier », *D.* 2020, p. 2018 sq.

B – L’effectivité de l’obligation de vigilance

7. Les applications pratiques de l’obligation de vigilance. Celles-ci sont nombreuses et se matérialisent tant lors de l’ouverture d’un compte que lors de son fonctionnement. Le banquier doit effectivement procéder à certaines vérifications, tant lors de l’entrée en relation²¹ qu’au cours de celle-ci²². Sa vigilance doit notamment porter sur l’identification et la vérification de l’identité du client, voire du bénéficiaire effectif. Elle se matérialise par la règle anglaise *know your customer*, autrement dénommée par son acronyme « KYC », qui désigne la procédure liée à la connaissance par les banquiers de leurs clients. Il s’agit d’éviter qu’un client n’effectue des opérations sous un nom d’emprunt, ce qui pourrait causer un préjudice aux tiers. Dans cette hypothèse, le banquier manquerait à son obligation de vigilance.

Une telle exigence est également imposée en matière de services d’investissement pour lesquels une obligation générale d’information existe au sein de toute convention. Celle-ci implique la confiance des investisseurs et nécessite d’être clairement déterminée. Elle s’accompagne de l’obligation de vigilance dont la constance impose son respect pendant toute la relation contractuelle²³. En l’occurrence, les instruments de paiement et de crédit ainsi que les opérations de crédit sont deux domaines où l’expression de l’obligation de vigilance est notable.

D’une part, la vigilance du banquier s’impose en matière d’opérations de paiement. Comme précédemment énoncé, le banquier n’est en principe tenu d’être vigilant sur le fonctionnement d’un compte que si celui-ci est anormal. Aussi, l’inscription de deux sommes significatives sur le compte bancaire d’une société n’est pas considérée comme anormale et n’appelle aucune vigilance particulière de sa banque, laquelle est tenue à un devoir de non-immixtion dans les affaires de sa cliente²⁴. En revanche, une telle vigilance incombe au banquier en matière de chèques car il doit vérifier la conformité de la signature du tireur, voire l’existence d’une éventuelle opposition au paiement²⁵.

D’autre part, la vigilance du banquier s’applique en matière de crédits²⁶. Les financements d’installations de panneaux photovoltaïques ont, ces dernières années, fourni de nombreuses illustrations dans ce domaine²⁷. Il s’agit de crédits affectés impliquant une interdépendance entre les contrats de vente et de crédit. En l’espèce, la Cour de cassation a décidé que la banque pouvait commettre une faute en s’abstenant de vérifier la régularité du contrat principal avant de verser les fonds empruntés²⁸. Dès lors, une véritable obligation de vigilance est imposée au banquier avant tout déblocage des fonds, celui-ci étant alors tenu de vérifier la conformité du

²¹ C. mon. fin., art. L. 561-5, I, al. 1.

²² C. mon. fin., art. L. 561-6.

²³ Par ex. sur un service, C. Houin-Bressand, « Devoir de vigilance du banquier dans la tenue du compte et la location d’un coffre-fort », *Gaz. Pal.* 8 mars 2016, p. 61.

²⁴ Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-27891, *Banque et droit* nov.-déc. 2017, p. 26, obs. Th. Bonneau ; *Gaz. Pal.* 14 nov. 2017, p. 59-60, obs. C. Houin-Bressand ; *JCP E* 2017, 1637, n° 3, obs. N. Mathey.

²⁵ R. Bonhomme et M. Roussille, *Instruments de crédit et de paiement, Introduction au droit bancaire*, 13^e éd., LGDJ, 2019, n° 315 et n° 333 *sq.*

²⁶ Par ex., dans les contrats de construction de maison individuelle (CCMI) : cela est plus souvent abordé sous l’angle du devoir de mise en garde, V. Cass. 3^e civ., 5 juill. 2018, n° 17-18803.

²⁷ Par ex., N. Boullez, « La responsabilité bancaire est-elle soluble dans la protection du consommateur ayant souscrit un crédit affecté ? », *Gaz. Pal.* 22 oct. 2019, p. 46 *sq.* ; M. Roussille, « Crédit affecté : florilège autour du contentieux du photovoltaïque », *Gaz. Pal.* 23 oct. 2018, p. 58 *sq.*

²⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2018, n° 17-13528, *Gaz. Pal.* 12 juin 2018, p. 59-60, note M. Roussille ; Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2018, n° 17-20907, n° 17-20882 ; Cass. com., 17 juin 2020, n° 17-26398 ; V. not. M. Roussille, « Crédit affecté : florilège autour du contentieux du photovoltaïque », *loc. cit.*

contrat principal aux dispositions légales et son exécution²⁹. En d'autres termes, sa responsabilité est engagée si la prestation relative à l'installation est incomplète et n'a pas été exécutée conformément aux conditions de l'offre préalable. Certes, le prêteur ayant versé les fonds sans avoir procédé aux vérifications nécessaires liées à la régularité formelle du contrat principal ou de sa complète exécution peut être privé de sa créance de restitution. Toutefois, l'emprunteur devra apporter la preuve d'un préjudice subi en lien avec cette faute³⁰.

8. Les atténuations éphémères à l'obligation de vigilance. Cette obligation du banquier n'est donc pas absolue. Elle est tempérée à la fois par le devoir de non-immixtion et par le préjudice dont le client doit rapporter la preuve lors de la réalisation des opérations par le banquier. Comme l'énoncent plusieurs auteurs, le banquier n'a pas « à effectuer de recherches pour s'assurer que les opérations qu'un client souhaite effectuer sont régulières, non dangereuses pour le client et non susceptibles de nuire injustement à un tiers »³¹.

Il n'existe aucune obligation de se renseigner pour informer en droit commun des contrats³², et cela vaut en droit bancaire. Certes, le banquier doit recueillir diverses informations tant lors de l'entrée en relation avec son client que tout au long de la relation contractuelle. Cela résulte de son obligation de vigilance qui constitue une norme permettant d'apprécier si le banquier s'est comporté en professionnel normalement diligent³³. En revanche, une obligation contraignante peut résulter de l'alinéa 1 de l'article 1112-1 du Code civil, lequel dispose que : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Cela étant, ces atténuations à l'obligation de vigilance ne sont qu'éphémères et ne résistent pas au dévoiement dont elle fait l'objet de la part des praticiens, lequel est accentué par l'évolution des décisions jurisprudentielles.

II – Le dévoiement de l'obligation de vigilance

9. Pour des motifs pluriels, notamment la recherche d'une personne solvable, la responsabilité du professionnel ne cesse de s'accroître, au point qu'elle tend à devenir quasi-automatique dès lors qu'il est argué d'un dommage (A). Ce dévoiement dénature le sens d'une obligation qui ne peut être qu'un compromis entre les deux parties concernées – le professionnel et le bénéficiaire – et exige un lien de causalité direct. C'est pourquoi l'obligation de vigilance doit rester dans des limites rationnelles et prévisibles (B).

A – La manifestation d'une responsabilité quasi-automatique du banquier

10. De la vigilance à la responsabilité présumée. Devant les juridictions de première instance, la mise en cause de la responsabilité du banquier a tendance à prospérer, déformée par une

²⁹ A. Maymont, « L'exigence de conformité des contrats bancaires et financiers », CCC juin 2019, Focus, n° 23.

³⁰ Sur la réception conforme au bon de commande, V. Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2019, n° 18-18089, *Gaz. Pal.* 25 févr. 2020, p. 56-57, note M. Roussille ; Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2020, n° 19-14908, *Bull. civ.* I.

³¹ J. Lasserre Capdeville, *op. cit.*, n° 268.

³² M. Mekki, « L'ordonnance du 10 février 2016 réforme le droit des contrats et des obligations », *JCP N* 2016, act. 297, p. 5 *sq.*, spéc. p. 6.

³³ A. Maymont, « Les présomptions en droit bancaire et financier : un mécanisme probatoire défavorable au banquier », in *Les présomptions, Les artifices du droit (III)*, dir. A.-B. Caire, LGDJ, 2020, p. 157 *sq.*, spéc. n° 16, p. 174.

approche centrée sur le dommage, à l'exclusion de la faute éventuelle. Il faut souvent atteindre l'appel ou la cassation pour voir le droit en la matière rétabli, ce qui n'est guère compatible avec le temps court actuel, et génère en tout cas des frais qui peuvent être disproportionnés au regard de l'intérêt du litige.

Par exemple, en matière de chèques, il est imposé une obligation de vigilance particulièrement rigoureuse quant aux contrôles des signatures, non seulement pour la banque réceptrice mais également parfois pour la banque émettrice qui n'a pas eu le chèque en sa possession. Pour ce faire, les juges se fondent notamment sur l'article 1937 du Code civil, lequel impose au dépositaire de restituer la chose déposée à celui qui la lui a confiée. Partant, et alors même que le faux serait indécélable, la responsabilité du banquier pourrait être retenue pour s'être dessaisi, entre les mains d'un tiers³⁴, des fonds que son client lui a confiés, sans autorisation de ce dernier. Le banquier serait effectivement considéré comme « le garant de la régularité du titre », avec une responsabilité accrue depuis l'avènement du procédé de présentation dit « image-chèque »³⁵. Le seul moyen pour le banquier de s'exonérer de sa responsabilité – ou à tout le moins de la partager – consisterait à démontrer une faute du client tireur ayant facilité la fraude d'un préposé, voire d'un tiers³⁶. Certes, un titre dépourvu de la signature du véritable titulaire du compte ne peut avoir la qualité de chèque. Ce faisant, l'obligation de restitution des fonds au tireur par le banquier ne serait pas remplie³⁷.

Néanmoins, et sur le plan pratique, c'est faire fi des modalités de traitement des chèques, qui sont informatisées, et des risques inhérents à l'émission de chèques, lesquels ne sont pas dotés, *per se*, de mécanismes de sécurité³⁸. La « vigilance » du banquier ne peut porter que sur des anomalies grossières, ce qui n'est donc plus à proprement parler de la vigilance mais une question de vérifications documentaires et, partant, de régularité. Le système d'image-chèque aujourd'hui usité fait que l'obligation de vigilance n'est plus adaptée aux méthodes de gestion du chèque, hormis le seul aspect de la remise en banque. Devrons-nous bientôt considérer que l'intelligence artificielle, laquelle aura vocation à réaliser les contrôles à la place du banquier, sera débitrice d'une obligation de vigilance ?

De même, en matière de paiement par carte bancaire ou virement, la « vigilance » imposée confère une présomption de responsabilité quasi irréfragable. Récemment, la Cour de cassation a considéré que « *le prestataire de services de paiement doit aussi prouver que l'opération en cause a été authentifiée, dûment enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre* »³⁹. Si l'obligation de vigilance n'est pas *expressis verbis* citée, elle figure cependant en filigrane. Il en va de même en matière de *phishing* ou d'utilisation anormale des comptes bancaires⁴⁰. Comme l'écrit la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)⁴¹, « Soyez vigilants », mais on constate que cette vigilance s'applique surtout *a posteriori* au professionnel, alors que l'origine du problème se situe en amont.

³⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, n° 08-21484, *JCP E* 2010, 1496, n° 7, obs. R. Routier.

³⁵ R. Bonhomme, « Chèque », *Rép. com.* mars 2020, n° 309.

³⁶ V. par ex., Cass. com., 11 déc. 2019, n° 18-16868, *JCP E* 2020, 1256, n° 23, obs. A. Salgueiro.

³⁷ R. Bonhomme et M. Roussille, *op. cit.*, n° 334.

³⁸ Selon l'Observatoire de la sécurité des moyens de paiement (OSMP), le chèque reste le moyen de paiement le plus fraudé en France, atteignant jusqu'à 46 % de la fraude totale aux moyens de paiement en termes de montant, soit environ 539 millions d'euros, V. OSMP, *Rapport annuel 2019*, Banque de France, 2020, p. 23.

³⁹ Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-12112, *Bull. civ.* IV ; *D.* 2020, p. 2284.

⁴⁰ Sur ce sujet, Cass. com., 1^{er} juill. 2020, n° 18-21487, *Gaz. Pal.* 20 oct. 2020, p. 59 *sq.*, note M. Roussille.

⁴¹ DGCCRF, « Phishing (hameçonnage) », Ministère de l'économie, des finances et de la relance, 30 sept. 2020.

11. La vigilance *a posteriori* impossible. La vigilance imposée tend à exiger une surveillance de tous les instants et de toutes les opérations pour en détecter les éventuelles anomalies, et ce en arrière-plan, alors que l'opération a souvent déjà été effectuée. Il s'agit de tenter de remettre la situation en l'état, alors que les moyens techniques et les professionnels de la fraude sont d'une rapidité et ingéniosité qui rendent quasi impossible le retour des sommes détournées. Cette vision consistant à considérer le professionnel comme responsable du fait qu'il a fourni le moyen de paiement apparaît totalement déconnectée de la réalité. Il ne peut y avoir un conseiller derrière chaque opération et l'on ne peut mettre en place un système d'autorisation systématique, sauf à développer des procédés cryptés inviolables, à l'instar de la blockchain⁴², instrument d'authentification forte réputé incorruptible. Le coût des services n'est pas non plus adapté à une telle « vigilance »⁴³.

En définitive, ce n'est plus de vigilance dont il s'agit, mais d'indemnisation d'un dommage du seul fait que le banquier aurait, par exemple, fourni les moyens de paiement. Cette évolution de la responsabilité n'est pas propre au secteur bancaire⁴⁴, mais elle y trouve un terreau favorable.

B – Le nécessaire retour à une obligation de vigilance rationnelle

12. La vigilance dénaturée. Il a été mis en évidence les risques d'une obligation extensive et mal définie. Ce flou n'est souhaitable ni juridiquement, ni économiquement. Cela affaiblit le droit en faisant peser un risque important d'arbitraire selon l'appréciation factuelle. Ce faisant, le coût des dispositifs internes exigés peut s'avérer très élevé alors que la rémunération des services ou des prêts est aujourd'hui relativement faible. Bien plus, l'obligation de vigilance s'inscrit dans un mouvement consistant à promouvoir l'éthique des affaires via, par exemple, la responsabilité sociale des entreprises⁴⁵. Si ses contours sont mal définis et incertains, la formation du personnel des services opérationnels et la transmission de bonnes pratiques ne peuvent se faire de manière satisfaisante.

Par ailleurs, la responsabilité ne peut pas être à sens unique. Elle concerne aussi le client. A titre d'exemple, la directive du 4 février 2014 met à la charge du banquier une obligation d'explication. Celle-ci lui impose de vérifier si les crédits et services proposés au client sont adaptés à ses besoins et à sa situation financière, et ce avant toute décision d'octroi. Il ne s'agit ni plus ni moins que de l'application du devoir de mise en garde⁴⁶. Toutefois, l'objectif est de transférer aux clients la responsabilité de prendre, une fois que le banquier leur a délivré les informations utiles, la décision de conclure ou non le contrat concerné.

13. La vigilance en tant qu'acte préventif. Il a été exposé la dérive de la vigilance post acte litigieux, avec la tentation d'en faire supporter exclusivement la responsabilité au banquier. Or, la vigilance ne peut être qu'une attitude en amont du risque, relevant de l'ordre du préventif – comme en matière de LCB/FT. C'est pourquoi il est nécessaire que la jurisprudence demeure mesurée. Elle doit résister à cette tentation d'appliquer une obligation mal cernée qui confine à

⁴² La blockchain est un procédé qui va au-delà de la vigilance ; D. Legeais, *Blockchain et actifs numériques*, LexisNexis, 2019.

⁴³ Le chèque est un moyen de paiement gratuit ; Sur la délivrance du chéquier : C. mon. fin., art. L. 131-71, al. 2.

⁴⁴ Cf. *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, dir. Ph. Le Tourneau, 12^e éd., Dalloz Action, 2021/2022, V. Introduction.

⁴⁵ C. Duchatelle, *Éthique des affaires, pour une gouvernance intègre*, L'Argus de l'assurance, 2020.

⁴⁶ Dir. 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 févr. 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, art. 16, §1.

une responsabilité quasi-automatique. La sécurité juridique, en cette matière comme dans d'autres, exige des qualifications maîtrisées de manière à ce que les personnes chargées de leur mise en œuvre puissent se les approprier. Mieux cerner l'obligation de vigilance est un objectif qui doit concerner tout à la fois le banquier et ses clients afin de faire en sorte que les risques soient mieux contrôlés, et partant limités. Il y a, dans ce souci de rigueur juridique, une démarche de compliance consistant à appréhender les difficultés *ex ante*, et non pas uniquement *ex post*⁴⁷.

14. Conclusion. L'avenir de l'obligation de vigilance ne doit pas passer par la mise en œuvre de la responsabilité après dommage, mais plutôt par l'élaboration d'une politique de compliance⁴⁸ déployant une méthodologie visant à prévenir les risques plutôt qu'à devoir en supporter *a posteriori* la réalisation. Être vigilant, c'est l'œuvre de tous, et pas seulement du professionnel. En conséquence, l'obligation de vigilance réinterroge le sens et l'équilibre du contrat ainsi que les obligations respectives des parties⁴⁹. A vouloir trop faire pencher la balance d'un côté, comme pour la Justice, on risque d'en altérer le sens et de perturber les échanges.

⁴⁷ Cf. not. M.-A. Frison-Roche : <https://mafr.fr/fr/publications/>

⁴⁸ M.-E. Boursier, « Qu'est-ce que la *compliance* ? Essai de définition », *D.* 2020, p. 1419 *sq.*

⁴⁹ Cf. l'ouvrage de R. Libchaber, *Le contrat au XXI^e siècle*, LGDJ, 2020.