

Responsabilité de la banque bénéficiaire d'un virement : revirement de jurisprudence fondé sur les dispositions issues de la directive sur les services de paiement de 2015 ?



Par Alexandre
PERON

Legal counsel
au sein de la
Banque Française
Mutualiste,
Fondateur du
cabinet @droit
Consulting

La question de la responsabilité des banques du fait des obligations leur incombant, est un sujet ayant fait couler beaucoup d'encre. Il faut notamment souligner la question délicate résidant dans le fait de savoir si une banque peut ou non opposer à ses clients, des actes de négligence dans l'utilisation de leurs outils et données bancaires afin de se soustraire à sa responsabilité. Si l'état du droit positif et de la jurisprudence constante semblait à peu près clair, cela était sans compter sur la transposition de la directive sur les services de paiements, autrement appelée DSP 2, ayant notamment introduit en droit français les nouvelles dispositions de l'article L. 133-21 du code monétaire et financier, qui pourrait être un fondement à un revirement de jurisprudence nouveau, accentuant un peu plus un phénomène grandissant, à savoir la déresponsabilisation croissante des banques au regard des actes des clients, actes qui ont de plus en plus tendance à être constitutifs d'un comportement qualifié de « négligeant » de la part des clients.

Cass. com., 21 janv. 2018, n° 16-22.336, P+B

Propos liminaires

La directive sur les services de paiements a plongé la place bancaire dans un émoi sans précédent. Depuis le 13 janvier 2018, la majorité des dispositions de la directive sont entrées en application et, en France, c'est le projet de loi de ratification de l'ordonnance n° 2017-1252 du 9 août 2017⁽¹⁾ portant transposition de l'ordonnance de transposition de la directive qui doit prévoir celles-ci.

La directive 2015/2366/UE prévoit une actualisation du cadre réglementaire des paiements au sein de l'Europe. Les nombreuses évolutions technologiques et nu-

mériques⁽²⁾ ayant émergé ces dernières années ont considérablement modifié les services de paiement et l'univers bancaire classique. La DSP 2 impose notamment que des sociétés tierces⁽³⁾ puissent avoir accès, gratuitement, aux données des comptes de paiement des clients, dans le cadre de deux activités nouvelles : le service d'information sur les comptes et le service d'initiation de paiement.

Le service d'information sur les comptes est un service d'agrégation de données fournissant au client titulaire de comptes au sein de différents établissements des informations consolidées.

Le service d'initiation de paiement permet à un prestataire de services de paiement de

(1) Projet de loi de ratification de l'ordonnance n° 2017-1252 du 9 août 2017 portant transposition de la directive 2015/2366/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, n° 368

(2) Les services de paiements numériques notamment.

(3) Comme les « Fintechs » par exemple.

transmettre un ordre de paiement à l'établissement teneur de compte, et ce, au nom et pour le compte du client

La directive poursuit deux objectifs majeurs : d'une part, favoriser l'innovation afin de permettre l'émergence d'un marché européen des paiements, compétitif et, d'autre part, renforcer le niveau de sécurité des paiements, et donc la protection des clients. Elle prévoit ainsi des obligations d'enregistrement (pour les agrégateurs) ou d'agrément (pour les initiateurs de paiement) ou d'agrément (pour les initiateurs de paiement). Ce dernier point marquant ici une véritable révolution dans la mesure où ces derniers interviennent aujourd'hui *via* la technique du « web scraping⁽⁴⁾ », sans aucun cadre réglementaire précis ni même défini et ceci sous la seule responsabilité des clients qui leur ont donné accès à leurs comptes en leur communiquant leurs identifiants et mots de passe. La mise en place d'API⁽⁵⁾ doit prévoir un cadre plus strict.

Néanmoins, il faut souligner que la question du périmètre des comptes concernés n'est toujours pas une question sur laquelle la France est précise. Si la directive ne prévoit que l'agrégation des comptes de paiement, certains acteurs, s'appuyant notamment sur le considérant 28 du texte, soutiennent que ce dernier vise à permettre à l'utilisateur d'avoir une vue d'ensemble sur sa situation financière, ceci incluant donc une vue globale incluant les comptes d'épargne. En ce sens, lors de la dernière lecture du projet de loi de ratification de l'ordonnance, les sénateurs français ont introduit un amendement afin de permettre l'agrégation de tous les comptes⁽⁶⁾. Toutefois, aux vues de l'échec de la commission mixte paritaire, ce point n'est pas définitivement tranché.

Il faut également noter que le paysage juridique français se veut chargé et que les dispositions de la DSP 2 et notamment en matière de sécurité, doivent impérativement se concilier avec les nouvelles dispositions du RGPD relatives à l'accès aux données sensibles⁽⁷⁾.

Enfin, avec les nouvelles dispositions prévues par la directive, c'est dorénavant l'État membre d'origine de ces nouveaux acteurs (le pays où ils ont leur siège statutaire) qui a en charge leur contrôle. En France, ces nouveaux acteurs seront contrôlés par l'Autorité de contrôle prudentielle et de résolution (ACPR).

(4) Le web scraping consiste à extraire des informations dans une page web afin de réutiliser les données dans un autre cadre et/ou sous une autre forme par rapport au contenu original.

(5) Interface de programmation destinée à permettre aux nouveaux acteurs du marché d'avoir accès de manière sécurisée aux systèmes d'information des banques, et cela dans le cadre général de ce qui est appelé « Open Banking ».

(6) <https://www.agefi.fr/fintech/actualites/quotidien/20180315/france-fait-premier-pas-dans-l-extension-dsp2-a-242591>

(7) Régl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

Cette évolution a son importance car le teneur de compte est tenu à une obligation nouvelle, c'est-à-dire qu'en cas de fraude opérée à partir d'une initiation de paiement, il doit rembourser le client. Ce régime inédit de responsabilité fait peser sur le teneur de compte le coût de la fraude, quelle qu'en soit l'origine, charge à lui de se retourner vers l'initiateur de paiement, soumis quant à lui à une obligation d'assurance.

C'est dans ce contexte, que la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt le 21 janvier 2018⁽⁸⁾, faisant application directe du nouvel article L. 133-21 du code monétaire et financier (ci-après, « CMF »), issu de la transposition de la directive européenne et ce dans le cadre de la responsabilité pesant sur la banque bénéficiaire d'un virement.

I. – L'état antérieur du droit et de la jurisprudence

Dans une acception large du terme, le virement consiste en un jeu d'écritures, ou se combine une double inscription : au débit d'un compte et corrélativement au crédit d'un autre compte. La particularité du virement interbancaire repose sur le fait qu'il n'est déclenché ni par l'émission d'un chèque ni par le paiement opéré à l'aide d'une carte bancaire. Seul un ordre de virement donné à sa banque par le titulaire du compte débité suffit.

Ainsi, il apparaît deux phases distinctes, à savoir, d'une part, l'ordre de virement *stricto sensu*, qui peut s'analyser comme étant une forme de mandat délivré par le donneur d'ordre à son banquier. Ce mandat a pour objet de transférer des fonds au profit d'un bénéficiaire déterminé.

D'autre part, la deuxième phase réside en l'opération de virement à proprement parler, celle-ci étant réalisée par le banquier mandataire, qui par un jeu d'écritures, va opérer le transfert de fonds.

En pratique, comme nous l'avons exposé *supra*, tant la doctrine que la jurisprudence analysent l'ordre de virement comme une sorte de mandat donné par le titulaire du compte à son banquier de débiter son compte et de créditer le compte du bénéficiaire lorsque ce dernier a son compte domicilié dans les livres de la même banque, soit le compte de la banque du bénéficiaire, lorsque son compte est domicilié dans les livres d'un autre établissement bancaire.

Dans ce dernier cas, au-delà de l'aspect pratique régi par l'existence de conventions interbancaires entre les différents établissements, un sujet purement juridique est soulevé, à savoir celui de la responsabilité entre les deux banquiers et notamment au regard de la qualité que l'on souhaite attribuer à la banque bénéficiaire.

(8) Cass. com., 21 janv. 2018, n° 16-22.336, P+8.

Ainsi, nous pouvons envisager que celle-ci intervient comme mandataire substitué de la banque du donneur d'ordre ; ou comme mandataire du bénéficiaire chargé d'un mandat général d'encaissement, prenant sa source dans la convention générale de service bancaire qui lie le bénéficiaire à sa banque.

Comme expliqué, tout l'intérêt réside dans le fait de déterminer le régime de responsabilité en cas de défaillance dans l'exécution du virement. En effet, en pareille situation, le donneur d'ordre doit-il agir sur le fondement de l'article 1994 du code civil⁽⁹⁾, ou au contraire, doit-on envisager que cela relève d'une action en responsabilité délictuelle fondée sur l'article 1240 du code civil⁽¹⁰⁾ ?

Pour la jurisprudence, en 2002⁽¹¹⁾, c'était bien sur l'article 1382, devenu article 1240 du code civil, qu'il fallait se fonder pour toute action en responsabilité.

Au-delà de ces analyses d'ordre pratique, quid des conditions de forme ? Le principe du consensualisme trouve-t-il à s'appliquer, ainsi donc le virement ne semble soumis à aucun formalisme *ad validitatem*.

Le seul avantage à utiliser un format déterminé et traçable réside dans l'administration de la preuve en cas de litige. Avec l'émergence du numérique, les ordres de virements recouvrant la forme électronique se sont multipliés et sont, depuis, encouragés par les banques.

Toutefois et jusqu'à récemment, le défaut de respect de ces exigences ne pouvait entacher de nullité l'ordre de virement.

II. – L'évolution du droit et de la jurisprudence : la DSP 2 et l'arrêt du 21 janvier 2018

Comme exposé *supra*, la DSP 2 a ébranlé la place bancaire en introduisant dans l'ordre juridique français de nouvelles dispositions et de nouvelles obligations s'imposant aux établissements bancaires.

Parmi les nombreuses nouveautés, dans le cadre qui nous intéresse ici, il faut en souligner une en particulier, à savoir le nouvel article L. 133-21 du code monétaire et financier, issu de la transposition de la directive européenne.

(9) C. civ., art. 1994 : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée ».

(10) C. civ., art. 1240 (anc. art. 1382) : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

(11) Cass. com., 29 janv. 2002, n° 99-16571, Bull. civ. IV, n° 20.

Depuis le 13 janvier 2018, la majorité des dispositions de la directive sont entrées en application en France et cela a rapidement donné lieu à des situations inédites et, par voie de conséquence, à une jurisprudence à considérer avec attention.

Dans l'arrêt inédit en date du 21 janvier 2018, la chambre commerciale a eu à se prononcer sur la responsabilité du banquier bénéficiaire d'un virement. Si ce sujet n'est pas nouveau, c'est la position adoptée par la cour et son fondement qui le sont. En effet, celle-ci a décidé que la banque du bénéficiaire d'un virement n'avait pas à vérifier la concordance entre l'identifiant unique de virement dont elle était réceptrice et le numéro de compte du bénéficiaire désigné.

L'enjeu ici, comme nous l'avons déjà exposé, réside dans la question évidente de la responsabilité des banquiers, notamment au regard des opérations de virement, et tout cela dans un cadre législatif nouveau avec l'évolution des organisations bancaires qui doivent notamment composer avec les nouveaux acteurs du marché. L'enjeu est important car, si nous nous en référons de manière stricte à cet arrêt, celui-ci ressemble bel et bien à un revirement de jurisprudence, la DSP 2 apportant sa première vague de bouleversements. Toutefois, cette évolution est-elle exclusivement due à l'application du nouvel article du CMF issu de la transposition de la DSP 2 ? Nous allons voir que le sujet se veut en réalité bien plus global.

Avant toute chose, il est important de revenir aux fondamentaux. Ainsi, si un virement consiste en un jeu d'écritures, il s'agit d'un ordre « simple » donné par le titulaire du compte à son banquier, qui va déclencher le jeu d'écriture.

Il faut noter que la majorité de la doctrine et de la jurisprudence analyse l'ordre de virement comme un mandat, donné par le titulaire du compte à son banquier de débiter son compte et de créditer le compte du bénéficiaire, même si comme nous l'avons vu, certains arrêts de la Cour de cassation fondent malgré tout la responsabilité du banquier sur l'article 1240 du code civil.

Lorsque le compte du bénéficiaire n'est pas domicilié dans la même banque que le compte du donneur d'ordre, se posent alors plusieurs questions juridiques dont notamment celle de savoir quelle est la responsabilité du banquier destinataire, si le virement ne parvient pas à son client bénéficiaire.

Jusqu'alors, il était possible de considérer que, si deux banquiers intervenaient, le banquier du bénéficiaire du virement avait une double qualité. Il était mandataire de son client pour le compte duquel il reçoit les fonds et mandataire substitué du banquier du donneur d'ordre qui le charge d'inscrire le montant de la somme virée au crédit du compte du bénéficiaire.

Il en résultait que les dispositions de l'article 1994 du code civil trouvaient à s'appliquer. Ainsi, le banquier pouvait être tenu responsable dans certains cas où les fonds virés ne parvenaient pas sur le compte du client bénéficiaire.

Jurisprudence commentée

Et ce fut notamment le cas dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 2 novembre 2016 où les juges du droit ont jugé que la banque réceptrice des fonds transférés par virement ne pouvait pas se borner à effectuer un traitement automatique de ce virement, afin d'en affecter les fonds au client bénéficiaire. Il est précisé que la banque aurait dû vérifier le nom du bénéficiaire associé au numéro de compte sur lequel le donneur d'ordre avait ordonné à sa banque d'effectuer le virement, d'autant plus que cette information était incluse dans les informations transmises par le donneur d'ordre.

Avec la DSP 2 et l'introduction du nouvel article L. 133-21 dans le CMF, la position de la chambre commerciale vient de changer radicalement. En effet, à peine dix jours après l'entrée en application des nouvelles dispositions de la directive en France, la haute cour s'est saisie du nouvel article, en réalisant ce qui ressemble véritablement à un revirement de jurisprudence fondé sur les dispositions du nouveau texte.

L'article L. 133-21 du CMF dispose que « un ordre de paiement exécuté conformément à l'identifiant unique fourni par l'utilisateur du service de paiement est réputé dûment exécuté pour ce qui concerne le bénéficiaire désigné par l'identifiant unique.

Si l'identifiant unique fourni par l'utilisateur du service de paiement est inexact, le prestataire de services de paiement n'est pas responsable de la mauvaise exécution de l'opération de paiement. (...) Si l'utilisateur de services de paiement fournit des informations en sus de l'identifiant unique ou des informations définies dans la convention de compte de dépôt ou dans le contrat-cadre de services de paiement comme nécessaires aux fins de l'exécution correcte de l'ordre de paiement, le prestataire de services de paiement n'est responsable que de l'exécution de l'opération de paiement conformément à l'identifiant unique fourni par l'utilisateur de services de paiement. »

Dès lors, l'avancée est de taille puisque le donneur d'ordre, s'il a fourni un identifiant inexact, sera responsable, la responsabilité éventuelle de sa banque pouvant être engagée, dans la mesure où la banque réceptrice n'est responsable que de l'exécution de l'opération de paiement conformément aux coordonnées ou à l'identifiant fourni par le donneur d'ordre.

C'est notamment ce qu'a décidé la chambre commerciale dans son arrêt du 24 janvier 2018.

L'enjeu ici, comme nous l'avons déjà exposé, réside dans la question évidente de la responsabilité des banquiers, notamment au regard des opérations de virement ()

En l'espèce, les juges ont en effet estimé que la banque réceptrice ne pouvait être tenue responsable de la mauvaise exécution du virement si l'identifiant unique fourni par le donneur d'ordre à sa banque et transmis par celle-ci à la banque du bénéficiaire désigné est erroné. L'argumentaire repose précisément sur le deuxième alinéa du nouvel article L. 133-21.

Ce revirement est probablement annonciateur d'autres solutions inédites à venir dans la mesure où le dernier alinéa de l'article L. 133-21 va encore plus loin puisqu'il sous-entend que, même en présence d'informations complémentaires à l'identifiant unique du client, le prestataire de paiement n'est tenu que de l'exécution de l'opération de paiement, ce qui de facto le libère du devoir de vigilance et de « vérification » qui avait été développé par la jurisprudence jusqu'alors.

Dans le cadre de la DSP 2 et de sa transposition, il faut s'attendre à d'autres mouvements jurisprudentiels car les principales dispositions de la directive sont entrées en application depuis janvier 2018, les dispositions relatives à la sécurité des opérations, comme le principe d'authentification forte du client par exemple, n'entreront en vigueur qu'à l'été 2019.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que cet arrêt semble s'inscrire dans un courant plus ou moins flou de la part de la Cour de cassation. En effet, depuis quelques arrêts déjà, elle semble diffuser un message confus, voire préoccupant, pour les consommateurs. Nous assistons en effet à une extension de plus en plus large de la notion de « négligence du client », ce qui vient réduire de plus en plus le poids de la charge de la preuve pesant sur le banquier et donc son obligation à remboursement et ce lorsqu'un cas de fraude est décelé par exemple. ■