ATF 146 III 121 | TF, 10.12.2019, 4A_504/2018*

La banque qui exécute des virements bancaires requis par un titulaire d’une procuration ne peut pas invoquer sa bonne foi (art. 3 al. 2 CC) lorsqu’elle se trouve en conflit d’intérêts, qu’elle a des doutes quant à la légitimation du représentant et qu’elle ne procède néanmoins à aucune vérification directement auprès de la cliente. N’étant pas de bonne foi, la banque ne peut pas se prévaloir de la procuration bancaire signée par la cliente (rapports externes) lorsque le représentant dépasse les pouvoirs qui lui ont été octroyés par la cliente (rapports internes).

Faits

Un homme d’affaires milliardaire français et sa compagne tissent des liens de confiance avec un maître de chantier. Au décès du premier, l’homme de confiance reste proche de la compagne. Il s’occupe notamment peu à peu de la gestion de ses avoirs.

Après s’être installée en Suisse en 2004, la compagne ouvre un compte bancaire et donne une procuration générale et illimitée à l’homme de confiance, lequel est présenté à la banque comme un ami de longue date.

De 2006 à 2009, l’homme de confiance détourne environ CHF 13’000’000 à l’aide de 14 ordres de virement en faveur de son propre compte auprès de la banque ou d’une banque tierce. Ces transferts lui permettent d’obtenir des crédits hypothécaires auprès de la même banque afin de s’offrir un luxueux chalet à Villars.

La compagne découvre les détournements lorsqu’elle charge un *family office* de gérer ses avoirs. Après qu’elle a déposé une plainte pénale contre l’homme de confiance, ce dernier reconnaît avoir commis les détournements susmentionnés.

La compagne dépose une demande en paiement contre la banque devant le Tribunal de première instance du canton de Genève afin d’obtenir les CHF 13’000’000 détournés. Les deux instances cantonales rejettent sa demande.

La Cour de justice considère notamment que la banque n’est pas tenue de vérifier la

légitimité de transactions en l'absence de tout motif de suspicion. Par ailleurs, le représentant a le droit de contracter avec lui-même en matière bancaire. Étant donné que la banque avait expliqué à sa cliente le sens de la procuration et que les ordres de l'homme de confiance étaient couverts par la procuration (rapports externes), la banque n'avait pas à se mêler des rapports internes entre la cliente et l'homme de confiance (ACJC/897/2018).

Saisi par la compagne, le Tribunal fédéral est amené à préciser sa jurisprudence lors de défaut de légitimation en matière bancaire et sur l'application des règles générales concernant la représentation (art. 32 ss CO).

Droit

Le Tribunal fédéral commence par clarifier les étapes du raisonnement à suivre lorsqu'un client allègue que la banque a exécuté des virements frauduleux. Afin de déterminer qui doit supporter le dommage qui en résulte, le tribunal doit procéder en trois étapes.

1. Dans la première étape, le tribunal doit clarifier si les virements ont été effectués sur instruction du client (« sur mandat ou sans mandat » selon les termes du Tribunal fédéral). En matière de représentation, cela implique de déterminer si les actes du représentant lient le représenté.
2. Dans la deuxième étape, qui s'applique lorsque les virements ont été effectués sans instructions, le tribunal examine s'il existe une clause de transfert de risque et, le cas échéant, sa validité (au regard des art. 100 s. CO).
3. Dans la troisième et dernière étape, le tribunal se penche sur la possible action en compensation qu'aurait la banque à l'égard du client si ce dernier a violé ses obligations contractuelles (par exemple en ne consultant pas les communications reçues de la banque, lesquelles auraient permis de déceler l'existence de virements frauduleux (cf. 4A_119/2018 c. 6.1.2)).

La première étape a lieu parce que, lorsque la banque vire de l'argent depuis le compte d'un client sur ordre d'un tiers (p. ex. un hacker), et non sur ordre du client, ce dernier dispose encore de sa créance à l'encontre la banque. Le client peut ainsi déposer une action en restitution (*Erfüllungsklage*; art. 107 al. 1 CO) et non pas une action en dommages-intérêts

(art. 97 ss CO). Étant donné qu'il s'agit d'une action en restitution, la banque ne peut pas invoquer la faute concomitante du client puisque l'art. 44 al. 1 CO ne s'applique qu'en matière de responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) et non lors d'une action en exécution. Partant, l'éventuel manquement du client peut uniquement être examiné dans la troisième étape.

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite de manière didactique la problématique de la représentation. En principe, afin que l'acte du représentant lie le représenté au sens de l'art. 32 al. 1 CO, les deux conditions suivantes doivent être réunies :

1. Le représentant doit agir au nom du représenté.
2. Le représentant doit avoir le pouvoir de représenter le représenté (rapports internes).

Lorsqu'une de ces deux conditions cumulatives n'est pas remplie, l'acte du représentant lie tout de même le représenté lorsque :

1. Le représenté ratifie l'acte du représentant (art. 38 CO), ou
2. Le tiers a cru de bonne foi à l'existence d'une représentation car le représenté a porté à sa connaissance les pouvoirs de représentation (art. 33 al. 3 CO *cum* art. 3 CC).

En l'espèce, l'homme de confiance a outrepassé les pouvoirs internes que la compagne lui avait conférés. En effet, elle ne lui avait évidemment pas donné le droit de s'approprier ses avoirs afin d'acheter un chalet luxueux.

Le Tribunal fédéral doit ainsi déterminer si l'acte du représentant, à savoir l'homme de confiance, lie tout de même le représenté, à savoir la cliente. En effet, les pouvoirs de représentation ont été communiqués par la cliente à la banque grâce à la procuration, qui prévoyait expressément des pouvoirs généraux et illimités donnés par la cliente à l'homme de confiance. Se pose ainsi la question de l'application de l'art. 33 al. 3 CO au cas d'espèce.

L'art. 33 al. 3 CO prévoit que si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite. Même si le texte légal ne le prévoit pas expressément,

cette disposition ne s'applique que si le tiers est de bonne foi.

L'art. 3 al. 1 CC prévoit que la bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit. L'art. 3 al. 2 CC dispose que nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui. Cette disposition renvoie aux règles du droit et de l'équité conformément à l'art. 4 CC.

Le Tribunal fédéral précise que les règles générales susmentionnées s'appliquent également en matière bancaire. Il examine alors si la banque peut invoquer sa bonne foi afin de se prévaloir de l'art. 33 al. 3 CO.

Parmi les 14 ordres de virement, un seul a été transmis par *e-banking*. En effet, la cliente avait donné ses codes d'accès à l'homme de confiance. Pour la banque, il était donc « impossible de savoir que l'ordre avait été donné par le représentant ».

Pour les treize autres virements, le Tribunal fédéral souligne d'emblée le contexte particulier du cas d'espèce. En effet, la banque était dans un conflit d'intérêts dès lors que les montants prélevés sur le compte de la cliente servaient de garantie pour le représentant afin de recevoir des crédits auprès de la même banque. Cette dernière devait ainsi être « particulièrement attentive », d'autant plus que les virements portaient sur des montants importants. Par ailleurs, un gestionnaire du compte a effectivement eu des doutes quand à la légitimation du représentant. Un autre s'est posé des questions. Enfin, l'homme de confiance a entièrement vidé le compte de la cliente. Le Tribunal fédéral en conclut que les circonstances permettaient d'exiger de la banque de procéder à des vérifications supplémentaires, en particulier auprès de la cliente (art. 3 al. 2 CC). À noter que, pour un autre ordre non litigieux donné par l'homme de confiance pour le compte du fils de la cliente, lequel possédait également un compte auprès de la même banque avec une procuration en faveur de l'homme de confiance, la banque a précisément procédé à une vérification directement auprès du fils de la cliente.

Partant, le Tribunal fédéral considère que, à l'exception du virement par *e-banking*, les treize autres virements ont eu lieu sans instruction au sens de la première étape.

Dans la deuxième étape, le Tribunal fédéral constate que les parties n'ont pas dérogé au système légal en convenant d'une clause de transfert de risque.

Dans la troisième étape, le Tribunal fédéral considère que la banque n'a pas allégué les faits ni fourni les moyens de preuve propres à établir son éventuelle créance en compensation qu'elle pourrait invoquer contre la cliente.

Partant, le Tribunal fédéral admet le recours et condamne la banque à restituer à la cliente presque l'entier du montant réclamé, soit environ CHF 12'000'000 avec intérêts.

Note

Audience publique

Cet arrêt a fait l'objet d'une audience publique le 10 décembre 2019 lors de laquelle l'auteur de ces quelques lignes était présent. Cette audience a notamment ceci d'intéressant qu'elle nous permet d'affirmer que l'arrêt reflète en réalité l'approche juridique d'une seule juge fédérale, alors qu'il s'agit d'un arrêt rendu à cinq juges.

Deux autres juges fédérales proposaient également d'admettre le recours, mais pour d'autres raisons. Elles considéraient que les virements requis par l'homme de confiance étaient en réalité des contrats avec soi-même. Ils étaient donc nuls. L'arrêt évoque d'ailleurs la question, mais la laisse expressément indécise (c. 3.3).

Deux autres juges fédérales désiraient rejeter le recours. Elles considéraient notamment que la banque était de bonne foi, en particulier parce que le représentant était un « ami » de la cliente, et non un gérant de fortune comme dans d'autres situations qui ont donné lieu à de tels virements frauduleux. Par ailleurs, elles considéraient que la banque aurait dû procéder à des vérifications supplémentaires uniquement s'il était reconnaissable « sans aucun doute » que l'homme de confiance dépassait ses pouvoirs internes. Or, selon ces juges fédérales, tel n'était pas le cas en l'espèce.

À notre avis, il faut retenir que cet arrêt repose sur un état de fait particulier et qu'on ne peut donc pas forcément généraliser les considérants du Tribunal fédéral. Nous pensons que deux points méritent néanmoins d'être soulignés.

Premièrement, le Tribunal fédéral met l'accent sur le conflit d'intérêts dans lequel se trouvait l'établissement financier. Les banques doivent ainsi se montrer « particulièrement attentives » lorsque des montants qui proviennent du compte du représenté servent à garantir des prêts en faveur du représentant.

Deuxièmement, même si elles n'ont pas été suivies par la majorité, l'opinion des deux juges fédérales considérant nul le contrat avec soi-même mériterait d'être approfondie. Rappelons brièvement que, selon l'opinion de ces juges, les virements requis par le représentant en sa propre faveur seraient nuls. Pour sa part, la doctrine bancaire considère que le contrat avec soi-même doit être admis plus facilement dans la pratique bancaire (cf. notamment Guggenheim Daniel A./Guggenheim Anath, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5e éd., Berne 2014, N 1598 ; Lombardini Carlo, Droit bancaire suisse, 2e éd., Genève/Zurich/Bâle 2008, N 146). De manière plus générale, Tercier/Pichonnaz considèrent que le contrat avec soi-même est valable lorsque le représenté y a expressément autorisé le représentant (Tercier/Pichonnaz, Le droit des obligation, Zurich 2019, N 454). Enfin, l'art. 191 CO 2020, évoqué lors de l'audience publique, proposait expressément que le représenté approuve l'acte du représentant en cas de contrat avec soi-même et de double représentation. Se pose ainsi la question de savoir si une procuration qui prévoit expressément la possibilité pour le représentant de conclure avec soi-même est valable, ou si le représenté doit expressément ratifier chaque contrat du représentant avec soi-même (pour un récent ATF sur le contrat avec soi-même en droit des sociétés, cf. ATF 144 III 388 résumé *in* LawInside.ch/661/).

Le raisonnement en trois étapes, déjà modifié par le Tribunal fédéral ?

Le raisonnement en trois étapes, qui ne ressortait jusqu'ici pas de la jurisprudence de manière aussi claire, est le bienvenu et doit être salué. L'action contre la banque lors d'ordres frauduleux a en effet ceci de particulier qu'elle consiste en une action en exécution, et non en une demande en dommages-intérêts.

Ce raisonnement a d'ailleurs déjà été repris et confirmé dans au moins trois arrêts subséquents (4A_337/2019, 4A_161/2020, 4A_9/2020*).

Néanmoins, le Tribunal fédéral a très récemment considéré que la « faute concomitante » du client doit déjà être analysée dans la deuxième étape comme « un facteur d'interruption du lien de causalité adéquate ou de réduction de l'indemnité » qui est due au client (4A_161/2020 c. 3.2, 4A_9/2020* c. 4.2).

À notre avis, le Tribunal fédéral manque de cohérence.

En effet, dans la deuxième étape, le tribunal examine uniquement si les parties ont dérogé au système légal en prévoyant une clause de transfert de risque (ou également, selon nous, une clause de réclamation). Vu que la demande du client constitue une action en exécution, il nous semble y avoir aucun examen possible d'un éventuel « lien de causalité adéquate », ni d'une éventuelle « indemnité » puisqu'il ne s'agit pas d'une action en dommages-intérêts au sens des art. 97 ss CO. Le client demande simplement à sa banque l'exécution de ses obligations contractuelles, à savoir la restitution de ses avoirs (le paiement d'une créance). La faute concomitante du client, au sens de l'art. 44 CO, ne peut pas non plus être examinée dans le cadre d'une action en exécution (on se trouve dans la demeure du débiteur au sens de l'art. 107 al. 1 CO).

Enfin, prendre en compte la « faute concomitante » du client dans la deuxième étape reviendrait à vider de sens la troisième étape. En effet, une éventuelle « faute » du client ne doit être examinée que lors de la troisième et dernière étape, c'est-à-dire lorsque la banque invoque une violation contractuelle commise par le client (cf. 4A_379/2016 (résumé *in* LawInside.ch/466) et 4A_119/2018 (commenté *in* cdbf.ch/1051) qui traitent de la même affaire dans laquelle le Tribunal fédéral a considéré que la cliente avait violé son devoir de diligence en ne relevant pas son courrier banque restante durant plusieurs années).

De brefs conseils pratiques

En pratique, les avocats de la banque doivent bien préparer dès leur réponse la troisième étape lors de laquelle ils doivent alléguer et prouver les faits leur permettant de convaincre le tribunal que la violation contractuelle par le client (p. ex. une violation du devoir de diligence en ne surveillant pas le représentant ou en ne consultant pas la documentation contenue dans l'*e-banking*) a causé un dommage à la banque (c'est-à-dire l'exécution

d’ordres frauduleux).

De leur côté, les avocats du client victime d’ordres frauduleux doivent bien distinguer entre les trois éléments suivants.

1. L’éventuelle faute de la banque dans l’examen des ordres frauduleux, laquelle peut rendre inefficace la clause de transfert des risques dans la deuxième étape (art. 100 s. CO).
2. L’abus de droit, qui peut rendre inopposables les clauses de banque restante et de réclamation.
3. La faute concomitante de la banque, qui réduit, dans la troisième étape, la créance en compensation invoquée par la banque contre son client qui aurait violé ses obligations contractuelles.

Pour un autre commentaire de cet arrêt, cf. Fabien Liégeois, Abus du pouvoir de représentation : Le Tribunal fédéral ne croit pas à la bonne foi de la banque, publié le : 24 juin 2020 par le Centre de droit bancaire et financier, cdbf.ch/1135/.

Proposition de citation : Célian Hirsch, L’homme de confiance, la procuration illimitée et la bonne foi de la banque, in: https://lawinside.ch/947/