

Procès civil entre banque et client à la suite de détournements de fonds

Romain Dupuis

Avocat au barreau de Genève

Genève, le 13 février 2023

Conférence organisée par le Jeune Barreau
de l'Ordre des avocats de Genève



Plan de la conférence

1. Introduction
2. **Lorsque la banque est poursuivie par un-e client-e: action de nature *contractuelle***
 - a) Distinction entre action en exécution et action en dommages-intérêts
 - b) Fraude externe: analyse en trois étapes
 - i. Virement exécuté «sur mandat» ou «sans mandat» ?
 - ii. Qui supporte le risque: banque ou client-e ?
 - iii. Prétention en dommages-intérêts de la banque ?
3. **Lorsque la banque est poursuivie par une victime qui n'est pas cliente: action de nature *délictuelle***
 - a) Art. 305^{bis} CP (blanchiment d'argent) comme norme de protection ?
 - b) Comportement de la banque ou comportement d'employé-e-s spécifiques ?
 - c) Art. 102 CP (responsabilité de l'entreprise) comme fondement de la responsabilité délictuelle ?
 - d) Autres conditions de la responsabilité délictuelle

1. Introduction

- La Suisse demeure le leader mondial de la gestion de fortune (plus de 8'600 milliards de francs d'actifs sous gestion en 2021 selon l'ASB)
- Cela explique une jurisprudence abondante en matière de litiges financiers, notamment en ce qui concerne les cas de détournements de fonds
- Que fait généralement une victime de détournements ?
 - Procédure pénale contre l'auteur-e de l'infraction
 - Procédure pénale et/ou civile contre la banque
- Depuis quelques années, le Tribunal fédéral a rendu de nombreux arrêts concernant des litiges civils initiés par des clients à l'encontre de banques suisses à la suite de détournements de fonds commis par des tiers
 - En matière d'actions contractuelles, la jurisprudence est désormais bien établie et prescrit une méthodologie claire, en trois étapes, afin de savoir qui, du client ou de la banque, doit supporter le dommage résultant du détournement
 - En matière d'actions délictuelles, la jurisprudence est moins abondante et certaines questions demeurent en suspens

2. Lorsque la banque est poursuivie par un-e client-e: action de nature contractuelle

a) Distinction entre action en exécution et action en dommages-intérêts (arrêt du Tribunal fédéral 4A_407/2021 du 13 septembre 2022, destiné à publication)

- Lorsque la fraude est «interne» (commise par un-e employé-e de la banque) → *action en dommages-intérêts* (art. 398 al. 2 et 97 ss CO)
 - Lorsque la fraude est «externe» (commise par un tiers) → *action en exécution du contrat* (concrètement, restitution des montants détournés et correction des écritures erronées)
 - Justification (non convaincante) du Tribunal fédéral: défaut de légitimation ou faux non décelé font partie des «risques inhérents à l'activité bancaire», de sorte que c'est la banque qui subit le dommage et qui est donc exposée à payer deux fois → mais les fraudes internes constituent également un risque opérationnel pour les banques
 - Impact pratique de la distinction:
 - Preuve du dommage
 - (Im)possibilité pour la banque d'invoquer une faute concomitante du / de la client-e ?
- L'action en exécution est favorable au / à la client-e

2. Lorsque la banque est poursuivie par un-e client-e: action de nature contractuelle

b) Fraude externe: analyse en trois étapes (ATF 146 III 121)

« Lorsque le demandeur allègue que des versements ou virements ont été exécutés par la banque en dépit du défaut de légitimation du donneur d'ordre ou à la suite de faux non décelés, le juge doit examiner qui, du client ou de la banque, doit supporter le dommage qui en résulte en procédant en trois étapes » (consid. 2)

i. Première étape: le juge doit examiner si les virements ont été exécutés «sur mandat» ou «sans mandat» du / de la client-e

- Situations envisageables:
 - Le tiers est au bénéfice d'une procuration sur le compte et abuse de ses pouvoirs
 - Le tiers falsifie la signature du / de la client-e
 - Le tiers utilise indument l'email ou l'accès e-banking du / de la client-e

2. Lorsque la banque est poursuivie par un-e client-e: action de nature contractuelle

- **Situation 1: Le tiers (proche, gérant de fortune, etc.) est au bénéfice d'une procuration sur le compte et abuse de ses pouvoirs (ATF 146 III 121)**
 - Le tiers au bénéfice d'une procuration est un représentant (art. 32 ss CO)
 - Pour qu'un acte juridique fait par le représentant lie le représenté, deux conditions doivent être remplies (art. 32 al. 1 CO):
 - Le représentant doit agir au nom du représenté
 - Le représentant doit avoir le pouvoir de représenter le représenté
 - En pratique:
 - Si l'acte n'entre pas dans le cadre de la procuration → le virement est réputé effectué «sans mandat» et ne lie donc pas le / la client-e (sauf ratification)
 - Si l'acte entre dans le cadre de la procuration → le virement est réputé effectué «sur mandat» et lie donc le / la client-e, sauf si la banque ne peut pas invoquer sa bonne foi car elle n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger d'elle (justification des transferts, doute des employés, absence de vérification directe auprès du / de la client-e, etc.)

2. Lorsque la banque est poursuivie par un-e client-e: action de nature contractuelle

- **Situation 2: Le tiers falsifie la signature du / de la client-e (arrêts du Tribunal fédéral 4A_379 2016 du 15 juin 2017 et 4A_337/2019 du 18 décembre 2019)**
 - En cas d'instruction falsifiée, le transfert de fonds est imputable à un tiers non-authorized → il est par conséquent effectué «sans mandat» et ne lie pas le / la client-e
- **Situation 3: Le tiers utilise indument l'email ou l'accès e-banking du / de la client-e (ATF 146 III 326)**
 - En cas d'accès indu à l'email ou à l'e-banking du / de la client-e, le transfert de fonds est, là encore, imputable à un tiers non-authorized → il est par conséquent effectué «sans mandat» et ne lie pas le / la client-e
- **Fardeau de la preuve:**
 - Il incombe à la banque de prouver que l'ordre provient du client ou qu'il est couvert par la procuration
 - Il incombe au / à la client-e de prouver la falsification de sa signature, le «piratage» de son adresse email ou de son accès e-banking, ou encore l'abus de pouvoir du représentant et le défaut d'attention de la banque

2. Lorsque la banque est poursuivie par un-e client-e: action de nature contractuelle

- ii. **Deuxième étape:** si l'ordre a été exécuté «sans mandat», le juge doit examiner si le dommage a été mis à la charge du client par le biais d'une clause de transfert de risque
- **Système légal:** le dommage découlant du paiement exécuté «sans mandat» (défaut de légitimation du donneur d'ordre) par la banque est un dommage de celle-ci et non du client → selon le système légal, la banque répond du dommage
 - **Dérogation:** les parties peuvent toutefois modifier conventionnellement la réglementation légale du risque de défaut de légitimation en adoptant une clause de transfert de risque (qui figure en principe dans les conditions générales) → une telle clause met préventivement à la charge du client le dommage subi par la banque
 - **Limite:** art. 100 et 101 al. 3 CO → en cas de faute grave de la banque, la clause de transfert de risque n'est pas applicable
 - Constitue une faute grave la violation des règles élémentaires de prudence dont le respect se serait imposé à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances → «*manquement absolument inexcusable*» (ATF 146 III 326, consid. 6.3.2.3) → à admettre de façon restrictive !

2. Lorsque la banque est poursuivie par un-e client-e: action de nature contractuelle

- Lorsque la clause de transfert de risque est inapplicable car le juge considère que la banque a commis une faute grave, la jurisprudence du Tribunal fédéral est malheureusement contradictoire
- **ATF 146 III 326, consid. 4.2:** en cas de faute grave de la banque, le juge doit ensuite examiner la faute concomitante du / de la client-e comme facteur d'interruption du lien de causalité ou de réduction de l'indemnité (solution erronée: dans une action en exécution, la question de la faute concomitante du / de la lésé-e ne se pose pas, au contraire d'une action en dommages-intérêts)
 - **Faute concomitante du / de la client-e:** application de la clause de «réclamation» et de la clause de «banque restante» (sauf abus de droit de la banque) → ne pas consulter les avis de débit et ne pas réagir face à des opérations non voulues constituent une violation contractuelle (arrêt du Tribunal fédéral 4A_161/2020 du 6 juillet 2020, consid. 5.4.4)
- **ATF 146 III 121, consid. 3.1.2:** dans le cadre de l'action en exécution, la banque ne peut pas opposer une prétention en réduction pour faute concomitante → l'examen de la faute du client se fait dans le cadre de la troisième étape de l'analyse (solution correcte qui tient compte de la nature juridique de l'action)

2. Lorsque la banque est poursuivie par un-e client-e: action de nature contractuelle

- iii. **Troisième étape:** si le dommage est subi par la banque, le juge doit examiner si la banque peut opposer, en compensation à l'action en restitution du / de la client-e, une prétention en dommages-intérêts pour violation de ses obligations → quatre conditions classiques (art. 97 CO)
- **Violation de ses obligations contractuelles par le / la client-e → examen des conditions générales**
 - Le / la client-e ne conteste pas les écritures irrégulières ou infondées qu'il / elle aurait pu ou dû constater en consultant les relevés de compte qu'il / elle a reçus ou en ne relevant pas, ni ne contrôlant son courrier en banque restante (i.e. en ne surveillant pas son gérant indépendant) (ATF 146 III 121, consid. 5.1)
 - Le / la client-e ne protège pas suffisamment ses identifiants email ou *e-banking*, les communique à des tiers, les enregistre sur des supports non protégés, etc.
 - Appréciation de la gravité de la faute de la banque par rapport à la faute du / de la client-e
 - **Damage:** montant que la banque doit payer une seconde fois au / à la client-e en raison des transferts exécutés «sans mandat»
 - **Lien de causalité et faute (présumée)**

3. Lorsque la banque est poursuivie par une victime qui n'est pas cliente: action de nature *délictuelle*

a) Art. 305^{bis} CP (blanchiment d'argent) comme norme de protection?

- Un tiers lésé par des détournements peut-il / elle fonder une action en responsabilité civile délictuelle contre une banque en invoquant de prétendus actes de blanchiment d'argent ?
 - Quatre conditions classiques de la responsabilité délictuelle (art. 41 CO):
 - Acte illicite
 - Dommage
 - Lien de causalité naturelle et adéquate
 - Faute
- Une banque est une personne morale: elle répond du dommage causé par ses organes (art. 55 CC) ou par ses employés (aux conditions de l'art. 55 CO)

3. Lorsque la banque est poursuivie par une victime qui n'est pas cliente: action de nature *délictuelle*

- **Acte illicite:** atteinte à un droit absolu ou lésion du patrimoine (uniquement en cas de violation d'une norme de comportement visant à protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé)
- Selon la jurisprudence, l'art. 305^{bis} CP constitue une norme de protection dans la mesure où elle tend à sauvegarder non seulement la bonne administration de la justice, mais également les intérêts patrimoniaux de ceux qui sont lésés par le crime préalable (ATF 146 IV 211)
- Puisque cette infraction ne peut être réalisée que sous la forme intentionnelle («avec conscience et volonté»), l'auteur-e d'un acte de blanchiment commis par négligence ne commet pas d'acte illicite au sens de l'art. 41 CO (ATF 133 III 323)
- Le blanchiment d'argent peut être commis par omission (art. 11 CP) en raison de la position de garant des intermédiaires financiers (dont les banques) découlant de la LBA (ATF 136 IV 188)
- Une absence de clarification (cf. art. 6 LBA) ou de communication au MROS en cas de soupçon (cf. art. 9 LBA) peut ainsi être constitutive de blanchiment d'argent (ATF 136 IV 188)

3. Lorsque la banque est poursuivie par une victime qui n'est pas cliente: action de nature *délictuelle*

b) Comportement de la banque ou comportement d'employé-e-s spécifiques ?

- Enjeu pour le / la client-e: établir un acte intentionnel (à tout le moins par dol éventuel) de blanchiment d'argent propre à engager la responsabilité civile délictuelle de la banque
- L'absence de condamnation pénale n'est pas déterminante (art. 53 CO)
- Mais établir un acte commis par qui ? La banque ou ses employé-e-s ?
- Chambre civile de la Cour de justice (ACJC/1202/2020, annulé par le Tribunal fédéral): la Cour s'intéresse au comportement de «la banque», sans identifier des employé-e-s spécifiques
- Tribunal fédéral (arrêt 4A_603/2020 du 16 novembre 2022, consid. 5.2): « *Un élément frappe à la lecture de ces considérants: il est toujours question de "la banque" plutôt que de personnes physiques déterminées. Or, la responsabilité de la banque ne saurait être engagée que dans la mesure où une/des personne (s) physique (s) a/ont commis un acte illicite* » → application de l'art. 29 CP

3. Lorsque la banque est poursuivie par une victime qui n'est pas cliente: action de nature *délictuelle*

- Art. 29 CP: cette disposition trace – de manière exhaustive – le cercle des personnes physiques auxquelles on peut reprocher d'avoir enfreint un devoir particulier incombant à la personne morale:
 - organes ou membres d'un organe (let. a)
 - associés (let. b)
 - collaborateurs dotés d'un pouvoir de décision indépendant (let. c)
 - dirigeants effectifs (let. d)
- S'agissant des «collaborateurs dotés d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont ils sont chargés», cette qualification dépend des circonstances d'espèce, notamment de l'organisation de la personne morale en question
- Quid de l'intention ? Le / la lésé-e doit prouver un acte intentionnel, à tout le moins par dol éventuel → compliqué !

3. Lorsque la banque est poursuivie par une victime qui n'est pas cliente: action de nature *délictuelle*

c) Art. 102 CP (responsabilité pénale de l'entreprise) comme fondement de la responsabilité délictuelle?

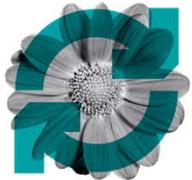
- Quelques rappels théoriques sur la responsabilité pénale de l'entreprise
 - Art. 102 al. 1 CP: responsabilité «subsidaire»
 - Art. 102 al. 2 CP: responsabilité «primaire» pour certaines infractions, dont le blanchiment d'argent
- Selon la jurisprudence, l'art. 102 CP est une norme d'imputation et non pas une contravention autonome sanctionnant une carence d'organisation (ATF 146 IV 68)
- Est-ce qu'une norme d'imputation pénale peut fonder une responsabilité civile délictuelle? Le Tribunal fédéral refuse de se prononcer (arrêt 4A_603/2020 du 16 novembre 2022, consid. 8) et la doctrine est partagée
- Dans tous les cas: l'art. 102 CP suppose que l'infraction sous-jacente soit établie, et par conséquent que les éléments objectifs et subjectif soient réalisés

3. Lorsque la banque est poursuivie par une victime qui n'est pas cliente: action de nature *délictuelle*

d) Autres conditions de la responsabilité délictuelle

- **Domage:** en matière de responsabilité civile délictuelle fondée sur des actes de blanchiment d'argent, le dommage correspond aux valeurs patrimoniales dont la confiscation a été empêchée par le blanchiment (ATF 146 IV 211, consid. 4.2.1)
 - la responsabilité du blanchisseur s'étend également au dommage causé par l'infraction préalable
- **Faute concomitante** (art. 44 al. 1 CO): peut entraîner une réduction des dommages-intérêts alloués, voire leur exclusion
- **Lien de causalité:**
 - En cas d'omission, il faut se poser la question de la causalité hypothétique → le dommage se serait-il produit si la banque avait agi conformément au droit ?
 - Analyse d'éventuels facteurs interruptifs comme la faute grave ou le fait de la victime ou de tiers

Merci !



Corporate Social Responsibility

We are committed to being
a responsible business.

→ www.swlegal.ch/CSR



Romain Dupuis

romain.dupuis@swlegal.ch

Schellenberg Wittmer SA / Avocats

15bis, rue des Alpes / Case postale 2088 / 1211 Genève 1 / Suisse

T +41 22 707 8000 / F +41 22 707 8001

www.swlegal.ch

Schellenberg
Wittmer