DE PREUX AVOCATS

NEWSLETTER JANVIER 2021

ORDRES FRAUDULEUX EXÉCUTÉS PAR LA BANQUE : QUI EST RESPONSABLE ?

EXAMEN AU TRAVERS DE TROIS ARRÊTS RENDUS PAR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL

I. INTRODUCTION

La présente contribution traite d'une thématique actuelle souvent rencontrée au cours des derniers mois dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, à savoir la détermination de la responsabilité – de la banque ou du client – en présence d'ordres frauduleux exécutés par la banque.

La première partie présentera le raisonnement en trois étapes développé par le Tribunal fédéral pour déterminer qui de la banque ou du client doit être considéré comme responsable lorsque des ordres frauduleux ont été exécutés.

La seconde partie exposera et commentera trois arrêts récents rendus par le Tribunal fédéral, lesquels examinent le cas d'espèce selon un raisonnement en trois étapes. De brèves remarques et recommandations à l'attention des banques et des clients seront faites après chaque arrêt.

II. LE RAISONNEMENT EN TROIS ÉTAPES DÉVELOPPÉ PAR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL

Dans l'ATF 146 III 121 du 10 décembre 2019 exposé *infra*. III. A., le Tribunal fédéral a élaboré la méthode des trois étapes, qu'il convient de suivre lorsque l'on se trouve à juger une affaire relative à des ordres frauduleux pourtant exécutés.

La première étape consiste à déterminer si les ordres ont été exécutés sur ou sans mandat du client de la banque, ce qui revient à examiner s'ils ont été exécutés selon les instructions du client.

En présence d'un client représenté, il convient alors de procéder à l'examen des pouvoirs du représentant à l'égard du représenté ce qui conduit en particulier à se poser la question de l'éventuelle protection de la bonne foi de la banque.

La deuxième étape prévoit qu'en l'absence de mandat du client pour l'exécution de l'ordre litigieux, le juge doit examiner si une clause de transfert des risques existe et, dans l'affirmative, si elle met à la charge du client le dommage subi.

En l'absence d'une telle clause, le dommage subi en raison de l'exécution de l'ordre litigieux est un dommage de la banque.

La troisième et dernière étape, qui doit être examinée uniquement en présence d'un dommage de la banque, permet à cette dernière d'agir en compensation à l'encontre de son client en se prévalant de violations contractuelles commises par ce dernier ayant contribué à causer ou à aggraver le dommage subi par la banque.

III. LE RAISONNEMENT EN TROIS ÉTAPES À LA LUMIÈRE DE TROIS ARRÊTS RENDUS PAR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL

A. L'ATF 146 III 121 du 10 décembre 2019

1. Les faits

La cliente d'un établissement bancaire avait octroyé, sur deux de ses comptes, une procuration générale et illimitée à un "ami de longue date" présenté en tant que tel à la banque.

Sur une période de plus de deux ans, le représentant a ainsi détourné un montant d'environ CHF 13 millions au moyen de 14 ordres de virement en faveur de son propre compte détenu en les livres de la même banque ou auprès d'une tierce banque, ainsi qu'en faveur d'un compte joint détenu avec son épouse auprès du même établissement bancaire que la cliente.

Les montants prélevés sur les comptes bancaires de la cliente représentée ont notamment servi de garantie aux crédits que la banque octroyait au représentant.

Un des 14 virements effectués par le représentant a été exécuté par *e-banking*, la cliente lui ayant donné ses codes d'accès.

Les deux gestionnaires successifs des comptes de la cliente n'ont quant à eux jamais directement pris contact avec celle-ci. Bien qu'un des gestionnaires ait eu des doutes sur les virements effectués par le représentant, il s'est toutefois contenté de prendre contact avec le représentant.

2. Le droit

La question centrale était la suivante: la banque peut-elle se prévaloir de sa bonne foi lui permettant ainsi de ne pas rembourser un montant de près de CHF 13 millions à sa cliente?

A l'aune de l'analyse de la première étape, le Tribunal fédéral rappelle que dans le domaine bancaire, les pouvoirs conférés par le client à un représentant sont habituellement octroyés sur une procuration préimprimée soumise aux règles des art. 32 al. 1 *cum* 33 al. 2 CO et 33 al. 3 CO.

En présence d'un abus du pouvoir de représentation, le représentant, qui n'a en réalité jamais eu l'intention d'agir pour le compte du représenté, utilise uniquement l'apparence découlant des pouvoirs communiqués au tiers pour agir dans son seul intérêt de façon délictueuse. Dans ces circonstances, le tiers – soit en l'occurrence la banque – peut être empêché de se prévaloir de la bonne foi lorsqu'il n'a pas fait preuve de l'attention exigée par les circonstances au sens de l'art. 3 al. 2 CC.

Dans le cas d'espèce, treize des ordres litigieux donnés par le représentant s'inscrivaient dans un contexte particulier, puisque les montants prélevés sur le compte de la cliente servaient à garantir des crédits accordés par la banque au représentant. La banque se trouvait donc face à un conflit d'intérêts, situation lui commandant d'être particulièrement attentive.

Bien qu'ayant eu des doutes sur le pouvoir du représentant d'effectuer les virements

litigieux, le gestionnaire du compte de la cliente n'a pas procédé à des vérifications auprès de celle-ci directement, mais uniquement auprès du représentant, ce qui ne saurait suffire, ce d'autant plus que le représentant a intégralement vidé le compte de la cliente.

Partant, le Tribunal fédéral a retenu que la banque n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger d'elle. Elle aurait dû, au vu des circonstances, procéder à des vérifications supplémentaires auprès de la cliente.

Ainsi, les 13 virements ont été effectués sans mandat de la cliente.

Le virement effectué par le représentant au moyen de la plateforme *e-banking* a quant à lui été exécuté par la banque sur mandat de la cliente, puisqu'il était impossible pour la banque de savoir que l'ordre avait en réalité été donné par le représentant.

Dans l'examen de la seconde étape, le Tribunal fédéral a retenu qu'il n'existait pas de clause de transfert des risques, de sorte que le dommage découlant des 13 virements indus est un dommage de la banque.

Pour la dernière étape, la Tribunal fédéral a constaté que la banque n'a pas démontré avoir allégué les faits ni fourni les moyens de preuve permettant d'établir l'existence et la quotité de sa prétention en compensation à l'encontre de la cliente, de sorte que sa prétention en compensation à l'égard de la cliente a été rejetée.

3. Portée de l'arrêt

L'existence d'une procuration générale et illimitée ne permet ainsi pas à la banque de se prévaloir en tous les cas de sa bonne foi en présence de virements frauduleux ordonnés par un représentant.

Lorsque des personnes au sein de la banque ont des doutes sur la légitimité du représentant pour effectuer certains ordres, il convient de ne pas exécuter l'ordre et de procéder immédiatement à des vérifications auprès du client directement et non auprès de son représentant, ce d'autant plus lorsque la banque se trouve dans un conflit d'intérêts avec le représentant.

Toutefois, en présence de virements effectués par *e-banking*, la bonne foi de la banque est plus largement admise, dans la mesure où la banque ne peut pas savoir que le représentant est la personne ayant effectivement donné l'ordre, puisque le client n'est pas censé lui remettre ses mots de passe et/ou codes d'accès. Dans de telles hypothèses, les virements seront probablement souvent considérés comme ayant été exécutés par la banque sur mandat du client.

Enfin, cet arrêt rappelle que la banque doit alléguer les faits et fournir les moyens de preuve nécessaires pour établir l'existence et la quotité de la prétention qu'elle entend faire valoir à l'encontre de son client, ce dès le début de la procédure devant les instances cantonales. A défaut, sa prétention en compensation sera rejetée.

B. Les arrêts du Tribunal fédéral 4A_178/2019 et 4A_192/2019 du 6 août 2020

1. Les faits

La société recourante détenait des comptes auprès de la banque. Selon la documentation contractuelle, la société était valablement représentée uniquement lorsque figurait une signature collective à deux personnes. Aucun ordre ne pouvait au demeurant être passé par e-mail.

Durant plus de dix ans, les ordres ont toujours été transmis par *e-banking*, jamais par e-mail ni par téléphone.

En 2014, la société est victime d'une "escroquerie au Président". Un escroc se fait passer pour un avocat lors d'un appel téléphonique avec la comptable de la société, puis pour le CEO de la société au travers d'un courriel adressé à la banque.

Convaincue d'être en contact avec un avocat agissant pour les intérêts de la société, la comptable donne suite aux instructions de l'escroc en transmettant à la banque les cinq ordres demandés. L'employée n'a, à aucun moment, référé de la situation au chef du service de la compatibilité.

Le gestionnaire habituel du compte de la cliente étant absent, son remplaçant a proposé, au vu de l'urgence de la situation qui lui était présentée, de faire confirmer par une deuxième personne de la société l'ordre que la comptable donnerait à la banque par simple e-mail confirmé par téléphone.

Ainsi, la comptable devait donner l'ordre par e-mail, puis le confirmer par téléphone. Ensuite de cela, l'ordre devait être confirmé par un e-mail envoyé par une seconde personne, soit en l'espèce l'escroc, qui s'est fait passer pour le CEO.

L'adresse électronique utilisée par l'escroc ne correspondait pas aux adresses électroniques des autres employés de la société. Quant au contenu des e-mails de confirmation envoyés par le prétendu CEO, ils comprenaient des fautes d'orthographe.

2. Le droit

Le Tribunal fédéral devait déterminer si la faute de la banque pouvait interrompre le lien de causalité entre la faute commise par l'employée de la société et le dommage.

Pour la première étape, les juges de Mon Repos relèvent que la procédure permettant d'engager la société convenue entre les parties n'a pas été suivie ni respectée par la banque, puisqu'une signature collective à deux personnes – notamment la comptable et le CEO – devait figurer sur l'ordre qui ne pouvait aucunement être passé par e-mail.

L'employé de banque s'est contenté d'un e-mail de la comptable, confirmé par téléphone, ainsi que d'un e-mail du prétendu CEO.

C'est donc sans mandat que la banque a exécuté les cinq ordres litigieux.

S'agissant de la seconde étape, le Tribunal fédéral relève que la banque et la société n'ont pas conclu de clause de transfert des risques, de sorte que le dommage est à la charge de la banque.

C'est dans le contexte de la troisième étape que les juges ont examiné la faute concomitante de la banque, afin de déterminer si cette faute doit être considérée comme un facteur interruptif du rapport de causalité adéquate ou seulement comme un facteur de réduction de l'indemnité due au client.

In casu, la cliente a violé ses obligations contractuelles, puisque la comptable a incité l'employé de banque à s'écarter du système de représentation convenu, à savoir une signature collective à deux. Néanmoins, le Tribunal fédéral considère que les fautes concomitantes de la banque et de ses auxiliaires ont interrompu le rapport de causalité adéquate entre cette violation des obligations contractuelles et le dommage.

L'employé de banque a proposé à la comptable un procédé qui ne respectait pas la procédure convenue pour engager la société, à savoir une signature collective à deux et manuscrite.

Les e-mails du prétendu CEO étaient en outre suspects, car l'adresse électronique ne correspondait pas à celle des personnes de la société. Quant au contenu des e-mails, il comportait des fautes d'orthographe et de syntaxe, ce qui était inhabituel, la société et le CEO étant suisses.

Les ordres sont en outre insolites en raison du moyen utilisé, puisqu'ils n'ont pas été transmis via la plateforme *e-banking*, de leur montant, ainsi que de leur fréquence.

En conséquence, la banque doit supporter seule l'entier du dommage, puisque les fautes imputées à la comptable et à la cliente apparaissent comme lointaines dans la chaîne des causes ayant entraîné le dommage, même si, sans elles, l'escroquerie ne se serait pas produite.

3. Portée de l'arrêt

Il ressort de cet arrêt que bien qu'une faute du client soit à l'origine du dommage de la banque, cette dernière doit en tous les cas respecter les procédures mises en place et convenues avec son client pour l'engager, à défaut de quoi elle risque de supporter seule le dommage. Ainsi et même en présence d'une situation urgente alléguée par le client, la banque ne doit pas s'éloigner des règles contractuelles convenues.

La banque doit également être attentive aux habitudes de ses clients (façon de s'exprimer, adresses utilisées, fréquence des contacts et des ordres, montant des ordres, destination du virement).

C. L 'arrêt 4A_9/2020 du 9 juillet 2020

1. Les faits

Selon les documents d'ouverture de compte d'un client auprès d'une société de négoce en valeurs mobilières, les parties ont convenu d'une décharge pour les ordres transmis par téléphone, télécopie, fax et e-mail. Selon cette décharge, le "*client autorise expressément la société à accepter des instructions données notamment par e-mail et à exécuter immédiatement, en n'importe quelles circonstances, même si elles ne sont pas suivies d'une confirmation écrite. Le client déclare assumer tous les risques, même en cas d'erreur de la part de la société quant à son identité et dégager celle-ci de toute responsabilité de ce chef pour tous dommages qu'il pourrait encourir*".

Durant l'année précédant les ordres litigieux, le client a donné deux ordres de virement par e-mail.

En décembre 2015, le client aurait adressé huit e-mails provenant de l'adresse e-mail communiquée à la société de négoce en lui demandant d'exécuter les virements expressément indiqués.

En janvier 2016, la société de négoce reçoit de nouveaux e-mails provenant d'une adresse électronique légèrement différente de celle habituellement utilisée par le client. La société de négoce bloque alors tous les ordres de virement et contacte le client.

2. Le droit

S'agissant de la première étape, le Tribunal fédéral a retenu que les ordres litigieux passés en décembre 2015 émanaient d'inconnus, de sorte qu'ils avaient été exécutés sans mandat du client.

La seconde étape conduit à examiner l'existence et la validité d'une clause de transfert des risques convenue entre les parties par une application analogique des art. 100 et 101 al. 3 CO.

Le Tribunal fédéral relève d'abord que les clauses de transfert des risques – qui ne peuvent s'étendre aux cas de faute grave commise par la banque – sont fréquentes dans les relations entre une banque (ou une société de négoce agissant comme une banque) et son client. Une faute est grave et engage la responsabilité de la banque lorsque l'examen auquel elle procède laisse apparaître des indices sérieux d'une usurpation d'adresse e-mail et, partant, d'identité (adresse e-mail utilisée, contenu de l'e-mail ou encore destination du virement).

Dans le cas d'espèce, les parties ont conclu une "décharge" selon laquelle le client accepte que les instructions données par e-mail soient exécutées immédiatement, en n'importe quelle circonstance. Il accepte ainsi de supporter tous les risques en découlant, à l'exception des dommages découlant d'une faute grave de la banque.

Le Tribunal fédéral a nié la commission d'une faute grave pour la banque en soutenant que depuis le début de la relation contractuelle entre les parties – soit il y a un peu plus d'un an – tous les échanges s'étaient faits par e-mail, au moyen de l'adresse e-mail communiquée par le client lui-même et utilisée pour les ordres frauduleux communiqués en décembre 2015. Les fautes contenues dans les e-mails ne devaient pas être considérées comme des indices sérieux, puisque les précédents e-mails comprenaient de telles erreurs. Les virements litigieux ont été effectués à destination d'une banque connue du Royaume-Uni et non d'une banque "exotique". Enfin, la société de négoce ne s'était jamais engagée à vérifier l'identité du bénéficiaire final.

Pour ces motifs, la société de négoce n'a pas commis de faute grave, mettant ainsi à la charge du client l'entier du dommage.

3. Portée de l'arrêt

Cet arrêt démontre que les clauses de transfert des risques, bien que limitées à la faute grave de la banque, peuvent être lourdes de conséquences pour un client, qui, sans faute de sa part, se fait pirater son adresse e-mail.

Il convient dès lors d'être très prudent lorsque des ordres peuvent être transmis par e-mail, puisque la faute grave de la banque n'est que difficilement admise, soit en particulier lorsque des indices sérieux d'usurpation apparaissent.

IV. CONCLUSION

Au vu des développements qui précèdent, il appartient aux banques d'être attentives aux détails d'une relation bancaire et aux habitudes de leur client. Dès que le moindre doute d'une opération frauduleuse surgit, la banque doit immédiatement entreprendre des recherches et s'adresser directement à son client.

Les clients doivent quant à eux se méfier des ordres pouvant être transmis uniquement par e-mail et sans vérification subséquente, puisqu'en présence d'une clause de transfert des risques, la faute grave de la banque n'est que rarement admise par les tribunaux.

Le contenu de cette Newsletter ne représente pas un avis ou un conseil juridique. Un des avocats suivants se fera un plaisir de vous conseiller sur votre situation particulière:

Christian de Preux

Associé

christian.depreux@depreuxavocats.ch

Leïla Ménétrey

Collaboratrice

leila.menetrey@depreuxavocats.ch

de Preux Avocats

6, rue de Rive

CP 3194

1211 Genève 3

T + 41 22 700 51 52

F + 41 22 700 51 53

www.depreuxavocats.ch