



Article scientifique

Article

2021

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Ordres bancaires frauduleux : discours de la méthode

Liegeois, Fabien; Hirsch, Célian

How to cite

LIEGEOIS, Fabien, HIRSCH, Célian. Ordres bancaires frauduleux : discours de la méthode. In: La Semaine judiciaire. II, Doctrine, 2021, vol. 143, n° 4, p. 117–156.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:152410>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 16.03.2023 01:45

ORDRES BANCAIRES FRAUDULEUX: DISCOURS DE LA MÉTHODE

par

Fabien LIÉGEOIS

Membre du Centre de droit bancaire et financier
à l'Université de Genève,
Chargé de cours à l'Université de Fribourg,
Chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel,
Avocat au barreau de Genève

et

Célian HIRSCH

Assistant doctorant au Centre de droit bancaire et financier
à l'Université de Genève,
Avocat au barreau de Genève

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2021 II 117 ss



ORDRES BANCAIRES FRAUDULEUX : DISCOURS DE LA MÉTHODE

par

Fabien LIÉGEOIS

Membre du Centre de droit bancaire et financier
à l'Université de Genève,
Chargé de cours à l'Université de Fribourg,
Chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel,
Avocat au barreau de Genève

et

Célian HIRSCH

Assistant doctorant au Centre de droit bancaire et financier
à l'Université de Genève,
Avocat au barreau de Genève

I. INTRODUCTION

Les affaires qui suivent ne se ressemblent pas. Elles auraient plu à Balzac, car elles fourmillent d'illusions perdues, d'humains qui jouent la comédie ou rivalisent de bassesses. Un aperçu devrait servir cette entame :

- i. un homme de confiance s'enrichit au mépris d'une dame. Il est de condition modeste ; elle est immensément riche. Le masque finira par tomber et avec lui le traître ;
- ii. un homme d'affaires se dissimule derrière une structure offshore. Il aime l'anonymat, moins les impôts. Il paiera au prix fort la distance à laquelle il a cru bon de tenir ses avoirs ;
- iii. une cliente parisienne est fidèle à son gestionnaire, lui moins. Elle promet de relever demain le courrier qu'elle a laissé tomber hier ;
- iv. un retraité est pillé. Ses héritières n'y sont pour rien. Les coupables — pirates des temps modernes — sont à l'étranger. Il leur aura suffi d'imiter le style du vieil homme pour empocher leur butin ;
- v. une comptable est crédule. Le trait se prête mal à la fonction. Son patron jure, mais un peu tard, qu'on ne l'y reprendra pas.

Ces récits diffèrent si peu, souffle le moraliste : ils respirent la cupidité. Le juriste, lui, constate prosaïquement qu'ils se terminent mal, parce que la banque exécute, à chaque fois, des ordres qui n'émanent pas directement de son client. Un tiers s'entremet et trompe son monde. Le client est loin d'être blanc comme neige : soit il accorde une confiance aveugle, soit il manque aux précautions d'usage. Il faut donc déterminer qui supporte le dommage résultant de ces «ordres frauduleux». C'est l'objet de la présente contribution.

L'extourne est le moyen le plus simple pour replacer le client dans la position qu'il occupait avant le virement contesté. Lorsque la banque refuse de «passer une contre-écriture», le lésé peut devoir agir en justice. Et comme ces affaires exigent un examen minutieux des circonstances, l'avocat s'affaire pour fournir au juge un maximum d'éléments d'appréciation. C'est la raison pour laquelle nous commencerons par identifier cinq *situations* pertinentes tirées de la jurisprudence (II.). Après avoir mis en évidence les questions topiques, nous aborderons la méthode qu'a dégagée le Tribunal fédéral pour les résoudre (III.). Au moment d'appliquer cette méthode aux situations identifiées, nous tenterons de formuler quelques observations critiques (IV.).

II. AFFAIRES ET PROBLÉMATIQUES

A. Homme de confiance

La cliente a hérité d'une somme importante au décès de son compagnon. Peu versée dans les affaires, elle se fie à un ami qu'elle juge digne de confiance pour administrer sa fortune. Elle lui octroie une procuration générale et illimitée sur ses comptes. La procuration l'autorise même à disposer des avoirs de la dame «en sa propre faveur». Après quelques opérations légitimes, l'homme de confiance détourne des fonds à son profit : sur une période de trente mois, il opère 14 virements pour un total d'environ CHF 14 millions à l'insu de la cliente. Il ordonne lui-même les transferts par téléphone ou en se rendant sur place. Un ordre fait exception : il est passé via *e-banking*. Concrètement, l'argent est débité du compte de la dame et crédité sur un compte que le malin a ouvert auprès de la même banque. Cette dernière lui octroie même un crédit hypothécaire. Le chargé de relation s'interroge sporadiquement sur la cause des transferts : «l'homme de confiance» lui répond que la dame lui a accordé un prêt en vue de la construction d'un chalet à Villars. La banque se satisfait de cette explication. Lorsque la dupe découvre le forfait, elle réclame à l'établissement financier la restitution des fonds qui lui ont été dérobés¹.

La banque a-t-elle exécuté de bonne foi les ordres qui émanaient, non pas de sa cliente, mais de l'homme de confiance (CO 33 III *cum* CC 3 II)?

B. Avocat distrait

Un homme d'affaires ouvre deux comptes numérotés auprès d'une banque. Sur conseil de son gestionnaire, il constitue une société au Panama et lui apporte des fonds. La société détient désormais les comptes bancaires. Deux avocats sont nommés pour la représenter. Confidentialité oblige, la société décide de faire envoyer la documentation bancaire à l'un des avocats. Plus tard, le gestionnaire quitte la banque pour rejoindre un autre établissement. La société le suit, résilie le mandat octroyé à la banque, et le confie à la société de gestion de fortune que vient de rejoindre le gestionnaire. Ce dernier se met alors à détourner l'argent de la société *offshore*. La banque envoie les avis de débit à l'homme de loi, qui ne les conteste pas. Finalement alerté, l'ayant droit découvre l'ampleur des méfaits. La société panaméenne réclame alors à la banque la restitution d'une somme d'environ EUR 1'350'000².

La banque peut-elle opposer la clause de réclamation à la cliente (CC 2 II)?

¹ État de fait tiré de l'ATF 146 III 121, commenté *in* cdbf.ch/1135/.

² État de fait tiré de l'arrêt du TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020.

C. Ex-employé félon

La cliente vit à Paris. Elle a confié la gestion d'une partie de sa fortune à une banque suisse. Lorsque l'employé qui s'occupe de son compte quitte la banque, la cliente lui confie directement la gestion de ses avoirs, qui restent déposés au sein de la banque. La cliente ignore que le gestionnaire lui a (déjà) détourné de l'argent avant de quitter la banque. Les mauvais tours continuent après son départ. Le désormais ex-employé félon dérobe au total environ EUR 1'200'000 en imitant la signature de la cliente. À l'exception du premier ordre, la banque met à chaque fois les avis de débit dans le courrier en banque restante. Lorsqu'elle se rend finalement à la banque pour consulter les documents, la cliente constate que son compte a été vidé³.

La cliente peut-elle être tenue responsable du dommage pour avoir omis de consulter la documentation en banque restante (CC 2 I *cum* CO 97 I)?

D. Pirates informatiques

Le client est un homme d'affaires turc à la retraite. La valeur de ses titres auprès de la banque excède EUR 2'350'000. Il décide de transférer une partie de cette somme (environ EUR 850'000) à une société de négoce en valeurs mobilières. Il signe une décharge pour les ordres «transmis par téléphone, fax & e-mail» qui permet à la négociante d'exécuter les instructions qu'elle reçoit sans attendre de confirmation écrite. Au cours de la première année, le client n'ordonne que deux virements: le premier en faveur de sa fille, le second en sa propre faveur. Il communique avec le négociant via une adresse «hotmail», puis «gmail», avant que des pirates informatiques ne prennent le contrôle de sa messagerie. Les escrocs imitent sa manière de communiquer avec la société et parviennent à détourner plus de EUR 30'000 et GBP 350'000. Les huit virements sont adressés à trois bénéficiaires différents et dirigés pour la plupart vers une banque au Royaume-Uni⁴.

Le négociant en valeurs mobilières a-t-il commis une faute grave en exécutant les ordres (CO 100 I)?

³ État de fait tiré de l'arrêt du TF 4A_337/2019 du 18 décembre 2019.

⁴ État de fait tiré de l'arrêt de l'ATF 146 III 326, commenté *in* cdbf.ch/1150/.

E. Fraude au président

Une jeune comptable reçoit l'appel téléphonique d'un prétendu avocat. L'entreprise qui l'emploie serait sur le point de réaliser une opération urgente et confidentielle avec des sociétés chinoises. La dupe s'adresse alors à la banque et lui demande d'exécuter cinq virements. Elle n'en informe pas son supérieur. Elle n'utilise pas non plus ses accès *e-banking*. L'employé de banque, qui remplace le chargé de relation habituel, lui détaille ce qu'il croit être la marche à suivre : l'ordre doit être transmis par courriel à la banque. Il faut ensuite le confirmer une première fois par téléphone et une seconde par le courriel d'un autre titulaire de la signature collective à deux. Contrairement à ces indications, la documentation contractuelle prévoit en réalité que la *signature* conjointe de deux personnes autorisées est nécessaire pour engager la société. La transmission d'ordres au moyen de simples courriels ou téléphones est donc exclue. Se fiant aux informations reçues, la comptable demande par courriel à la banque d'exécuter cinq ordres en faveur d'une société chinoise pour un total excédant EUR 4'000'000. La banque reçoit par la suite des courriels de confirmation qui proviennent en apparence du CEO.

Ils contiennent de nombreuses fautes d'orthographe et émanent d'une adresse électronique tierce. De retour au travail, le chef du service comptable découvre la fraude⁵.

Quelles sont les conséquences juridiques de la faute concomitante de la banque (CO 44 I *cum* CO 97 I)?

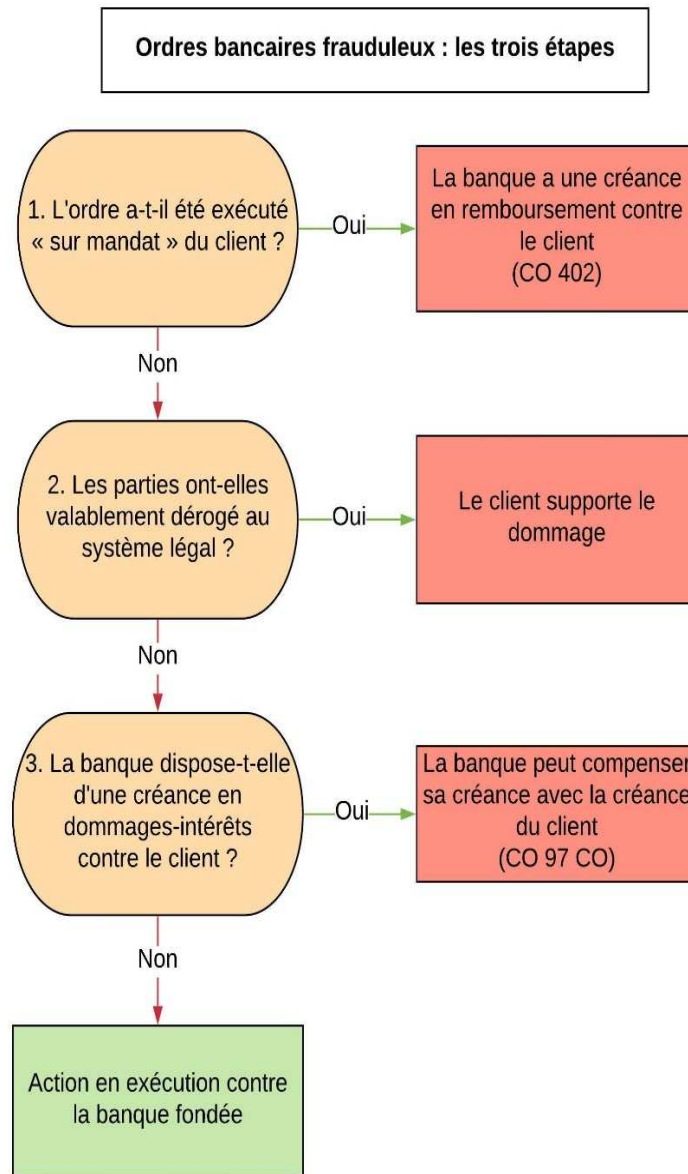
III. MÉTHODE EN TROIS ÉTAPES

Dans l'arrêt de l'homme de confiance (ATF 146 III 121), le Tribunal fédéral a exposé pour la première fois une méthode en trois étapes pour résoudre les problèmes consécutifs à des ordres bancaires frauduleux⁶. Cette méthode permet de déterminer qui, du client ou de la banque, supporte le dommage résultant d'un défaut de légitimation ou d'un accès indu sur le compte.

⁵ État de fait tiré de l'arrêt de l'ATF 146 III 387 et commenté *in* cdbf.ch/1160/.

⁶ ATF 146 III 121 c. 2 p. 127 (homme de confiance). Cette méthode a ensuite été confirmée dans plusieurs arrêts successifs : ATF 146 III 326 c. 4 p. 330 s. (pirates informatiques); TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 3 (avocat distrait); ATF 146 III 387 c. 3.1 p. 392 (fraude au président).

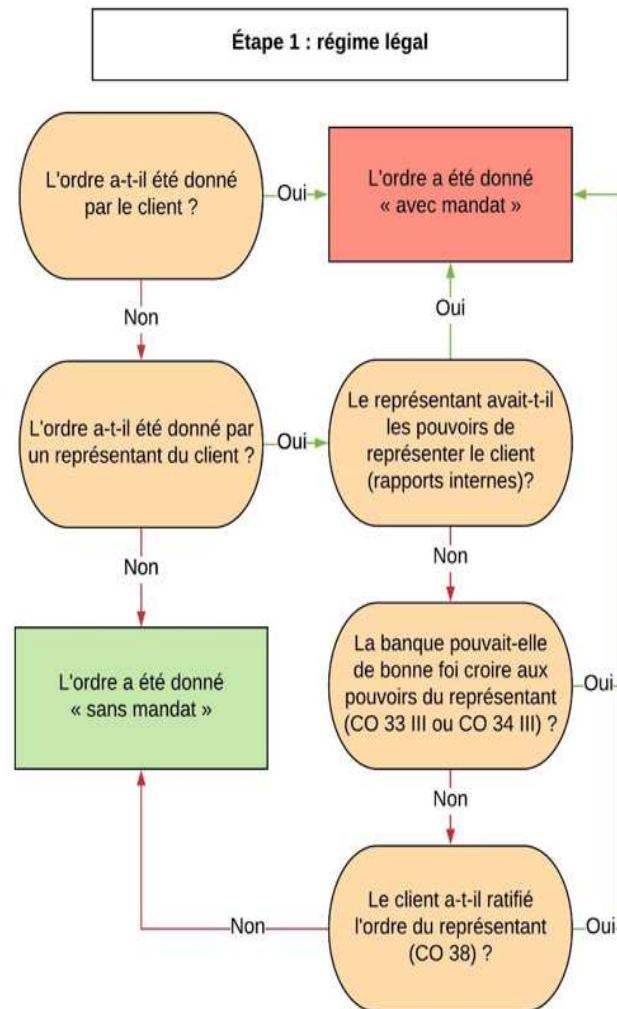
Le schéma qui suit déroule son fonctionnement :



Précisons le raisonnement qu'impose chacune de ces trois étapes.

A. Première étape : régime légal

Le déroulement de la première étape se présente comme suit.



1. Droit au remboursement (CO 402 I)

Selon l’art. 402 al. 1 CO, «[l]e mandant doit rembourser au mandataire, en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a faits pour l’exécution régulière du mandat, et le libérer des obligations par lui contractées». En application de cette disposition, la banque acquiert une créance en remboursement contre le client lorsqu’elle exécute ses

ordres⁷. Le client ne peut alors plus obtenir la restitution de l'entier des avoirs dont il disposait avant l'exécution de l'ordre. En effet, la banque peut lui opposer une créance en compensation à hauteur de l'ordre qu'elle a exécuté pour lui⁸.

L'étape 1 consiste dès lors à vérifier si l'art. 402 al. 1 CO s'applique.

- Lorsque l'ordre est donné par le client ou par un représentant, cette disposition trouve application: il s'agit d'un ordre «avec mandat»⁹. La banque acquiert une créance en compensation. Le raisonnement peut s'arrêter et l'étape 2 devient superflue.
- Lorsque l'ordre n'émane ni du client ni de son représentant, la banque supporte le dommage qui en résulte: il s'agit d'un ordre «sans mandat». La formule «qui paie mal paie deux fois» résume la situation. L'art. 402 al. 1 CO ne trouve pas application¹⁰. Par conséquent, la banque ne peut pas invoquer la compensation.

Lorsqu'elle exécute un ordre «sans mandat», la banque supporte le dommage. Le système légal met donc à sa charge le préjudice résultant d'un ordre frauduleux¹¹. Les parties peuvent cependant déroger à cette répartition légale du dommage. C'est l'objet de l'étape 2 de la méthode dégagée par le Tribunal fédéral¹².

⁷ ATF 146 III 121 c. 3.1.1 p. 128 (homme de confiance); ATF 146 III 326 c. 5.1 p. 331 s. (pirates informatiques); TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 4.2 (avocat distrait); TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 2.2.2.

⁸ ATF 146 III 121 c. 3.1.1 p. 128 (homme de confiance); ATF 146 III 326 c. 5.1 p. 331 s.; TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 4.2 (avocat distrait).

⁹ Le Tribunal fédéral utilise l'expression «avec mandat» pour désigner l'ordre qui est exécuté sur *instruction* ou *autorisation* du client (ou de son représentant) et l'expression «sans mandat» pour désigner celui qui est exécuté en l'absence d'*instruction* ou d'*autorisation*. Comme le contrat de mandat chapeaute toujours la relation d'affaires entre la banque et son client, cette formulation peut prêter à confusion. Nous la reprenons néanmoins à notre compte pour ne pas ajouter de la complexité à la complexité.

¹⁰ ATF 146 III 121 c. 3.1.2 p. 128 s. (homme de confiance); ATF 146 III 326 c. 5.1 p. 331 s. (pirates informatiques); TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 4.2 (avocat distrait); 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 2.2.2.

¹¹ ATF 146 III 121 c. 3.1.2 p. 128 s. (homme de confiance); ATF 146 III 326 c. 5.2 p. 332 (pirates informatiques); ATF 132 III 449 c. 2, SJ 2006 377; TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 4.2 (avocat distrait); TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 2.2.2.

¹² Cf. *infra* III.B.

2. *Représentation*

a. *Exposé de la problématique pour la banque*

La première étape se complique lorsque l'ordre ne provient pas directement du client, mais d'une personne qui apparaît comme son représentant. Le problème peut surgir lorsque le titulaire du compte octroie des pouvoirs à un proche ou à un gestionnaire de fortune indépendant. La situation se présente aussi lorsque la cocontractante de la banque est une personne morale¹³.

Pour déterminer si l'ordre est réputé donné «avec mandat», le tribunal examine les conditions classiques de la représentation (CO 32 ss). Le droit bancaire ne connaît pas de règles spéciales.

- Le client avait-il conféré au représentant les pouvoirs de transmettre l'ordre en son nom (rapports internes)¹⁴?
- Dans la négative, la banque pouvait-elle, de bonne foi, se fier aux pouvoirs apparents du représentant (rapports externes)¹⁵?
- Enfin, le client a-t-il ratifié l'ordre¹⁶?

Ces questions s'inscrivent dans une logique de subsidiarité.

b. *Rapports internes*

Le client peut autoriser un tiers à agir en son nom et pour son compte vis-à-vis de la banque en lui octroyant une procuration (CO 32I)¹⁷. Les pouvoirs que le client confère à ce tiers sont qualifiés de «pouvoirs internes». Leur étendue dépend en premier lieu de la volonté réelle et commune des parties. Si celle-ci ne peut être établie, le juge statue selon le principe de la confiance (CO 18)¹⁸. Les ordres transmis dans le respect de la procuration sont donnés «avec mandat» (ou sur instruction).

¹³ ATF 146 III 387 c. 4.2 p 392 (fraude au président).

¹⁴ ATF 146 III 121 c. 3.2.1 p. 129 (homme de confiance); Cf. ég. TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 c. 5.1.2.

¹⁵ ATF 146 III 121 c. 3.2.2 p. 129 s. (homme de confiance) où le Tribunal fédéral rappelle que la communication au tiers ne fait pas naître les pouvoirs, mais supplée à leur absence en cas de bonne foi du tiers; cf. ég. TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 c. 6.3.1.

¹⁶ TF 4A_616/2019 du 17 avril 2020 c. 3.2.1.

¹⁷ Pour une approche historique de la procuration en droit suisse, cf. HÄUSLER, p. 282 ss.

¹⁸ TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 c. 5.1.1.

c. *Rapports externes*

La banque exécute les ordres qu'elle reçoit du titulaire de la procuration lorsqu'ils sont conformes à la procuration (rapports externes)¹⁹. Malheureusement, il arrive que le représentant «abuse» des pouvoirs qu'il a reçus (*Vollmachtsmissbrauch*) ou qu'il effectue un acte qui «excède» ses pouvoirs (*Vollmachtsüberschreitung*)²⁰. Dans un cas comme dans l'autre, il peut engager le client victime de l'ordre frauduleux. L'acte du représentant déploie ainsi des effets malgré la violation de ses pouvoirs internes lorsque les deux conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- i. la procuration a été portée à la connaissance de la banque (expressément ou tacitement)²¹, et
- ii. la banque pouvait de bonne foi croire à l'existence de pouvoirs du représentant (CO 33 III *cum* CC 3 II)²².

La procuration indique à la banque les opérations que le représentant est autorisé à réaliser sur le compte. Le fait que la procuration couvre l'opération requise n'exclut pas que la banque doive procéder à des vérifications complémentaires avant d'exécuter l'ordre. Face à des indices concrets d'abus ou d'excès de pouvoirs du représentant, elle doit chercher à établir un contact direct avec son client. Sinon, elle risque de se voir reprocher de s'être fiée à tort aux pouvoirs du représentant. Le client plaidera qu'elle n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances commandaient (CC 3 II)²³. Lorsque la banque se trouve en situation de conflit d'intérêts, elle doit faire preuve d'une attention accrue²⁴.

¹⁹ ATF 146 III 121 c. 3.2.1 p. 129 (homme de confiance) ; TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 c. 4.1.1.

²⁰ Sur la controverse jurisprudentielle et doctrinale concernant le degré de diligence selon qu'il s'agisse d'un abus ou d'un excès de pouvoirs, cf. BERNET / VON DER CRONE, p. 494 s. ; FISCHER, p. 1258. HÄUSLER voit dans l'arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 un abandon de la distinction entre dépassement et abus de pouvoirs (HÄUSLER, p. 292 s.)

²¹ ATF 146 III 121 c. 3.2.2 p. 129 s. (homme de confiance) ; TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 c. 6.3.1.

²² ATF 146 III 121 c. 3.2.2 p. 129 s. (homme de confiance) ; TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 c. 6.3.2. Contrairement aux pouvoirs internes, l'étendue des pouvoirs externes ne s'interprète que selon le principe de la confiance (ATF 146 III 121 c. 3.2.2 p. 129 s. [homme de confiance]).

²³ ATF 146 III 121 c. 3.2.3 p. 130 (homme de confiance) ; Cf. ég. TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 c. 6.3.2 et ATF 143 III 653 c. 4.3.3.

²⁴ ATF 146 III 121 c. 3.4.2 et 3.4.3 p. 132 s. (homme de confiance), où le représentant se sert de l'argent du représenté pour solliciter et obtenir un crédit hypothécaire de la part de la banque qui agissait comme dépositaire des deux protagonistes. Cf. ég. FISCHER, p. 1259 ss ; BERNET / VON DER CRONE, p. 495 ss.

d. Ratification

En l'absence de «pouvoirs internes» ou si la banque ne peut pas se prévaloir de sa bonne foi pour bénéficier de l'effet légal de représentation (CO 33 III et 34 III), il faut se demander si le client a ratifié les actes du «pseudo-représentant» (CO 38 I)²⁵. La ratification n'est soumise à aucune exigence de forme²⁶: elle peut être expresse ou résulter d'actes concluants²⁷. Le silence du client ne saurait cependant valoir ratification, sauf si la bonne foi exigeait une réaction de sa part (CC 3 II)²⁸. Le problème de la fiction de ratification (ou d'acceptation) qu'entraîne la clause de réclamation doit être examiné dans la deuxième étape; nous y reviendrons²⁹.

3. Fardeau de la preuve

L'étape 1 suppose d'examiner si la banque peut se prévaloir de l'art. 402 al. 1 CO afin de pouvoir opposer une créance en compensation au client. Il lui appartient donc d'alléguer et de prouver que l'ordre provient bel et bien du client ou d'une personne qui l'a valablement représenté (CC 8)³⁰.

Lorsque la banque démontre que l'ordre du représentant est couvert par la procuration bancaire, c'est au client de montrer, d'une part, l'absence de pouvoirs internes, et, d'autre part, le défaut d'attention exigé par les circonstances de la banque³¹. Cette répartition du fardeau de la preuve résulte du fait que la loi présume la bonne foi (*guter Glaube*) des parties (CC 3 I)³².

²⁵ Sur la notion de pseudo-représentant, cf. not. ZUFFEREY, p. 92 et les références citées.

²⁶ CR CO I-CHAPPUIS, art. 38 CO N 8; BSK-WATTER, art. 38 CO N. 6.

²⁷ CR CO I-CHAPPUIS, art. 38 CO N. 8; BSK-WATTER, art. 38 CO N. 6. Pour une illustration de ratification expresse, cf. TF 4A_616/2019 du 17 avril 2020. Dans cet arrêt, un membre d'un conseil de fondation avait contresigné des quittances bancaires attestant de prélèvements opérés par la fille de la bénéficiaire de la fondation. Celle-ci n'avait pourtant pas le pouvoir d'engager la personne morale. Le Tribunal fédéral a jugé en l'espèce que la contre-signature valait ratification au sens de l'art. 38 al. 1 CO (cf. c. 3.2.2).

²⁸ CR CO I-CHAPPUIS, art. 38 CO N. 8; BSK-WATTER, art. 38 CO N. 6.

²⁹ Cf. *infra* III.B.2.

³⁰ BERNET / VON DER CRONE, p. 492.

³¹ « [L]a preuve de la mauvaise foi du tiers relève du fait, alors que la mesure de l'attention exigée par les circonstances au sens de l'art. 3 al. 2 CC est une question de droit, soumise à l'appréciation du juge (art. 4 CC) » (TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 c. 6.3.2).

³² Sur la répartition du fardeau de la preuve en matière de bonne foi et de représentation, cf. not. TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 c. 6.3.2; sur la charge de la preuve en cas de représentation indirecte, cf. ZUFFEREY, p. 153-164.

De même, si la banque réussit à prouver que l'ordre est transmis depuis l'adresse de messagerie électronique du client, ce dernier devra alors établir, à son tour, qu'un tiers l'a «piratée». Il y a au moins deux façons d'y parvenir selon nous :

- i. Le client produit une expertise privée³³ ou demande l'établissement d'une expertise judiciaire³⁴ qui conclut au piratage.
- ii. La nature même de l'ordre montre qu'il ne pouvait provenir que de «pirates». Tel sera le cas si le contenu de l'ordre (montant ou libellé) est insolite et si le lieu du virement est «exotique»³⁵.

En pratique, le dépôt d'une plainte pénale et la mise en œuvre de l'arsenal d'enquête peuvent corroborer les dires du client et ainsi servir ses intérêts.

L'éventuelle négligence du client dans la protection de son adresse électronique n'est pas pertinente à ce stade. Elle doit être appréciée lors de l'étape 3³⁶.

Le client qui souhaite contester la transmission d'un ordre par *e-banking* devra prouver qu'un tiers est parvenu à s'authentifier à sa place. Le système d'authentification «à deux facteurs» que la banque met en place vise précisément à éviter de telles intrusions³⁷. Il facilite ainsi l'apport de la preuve que l'ordre provient bien du client.

En procédure, le client pourra exiger de la banque qu'elle collabore à l'apport de la preuve en lui fournissant par l'exemple l'adresse IP depuis laquelle a été transmis l'ordre (CPC 160). Si le client ne se trouvait pas dans le «pays d'origine» de cette adresse IP au moment de la

³³ Une expertise privée ne constitue pas, en l'état, une preuve, mais un simple allégué des parties (cf. ATF 141 III 433 c. 3.6, SJ 2016 162, et Message du Conseil fédéral relatif à la modification du code de procédure civile suisse du 26 février 2020 [FF 2020 2607], p. 2659).

³⁴ Cf. art. 183 CPC.

³⁵ Pour une illustration, cf. TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 2.4.2.

³⁶ Cf. *infra* III.C.

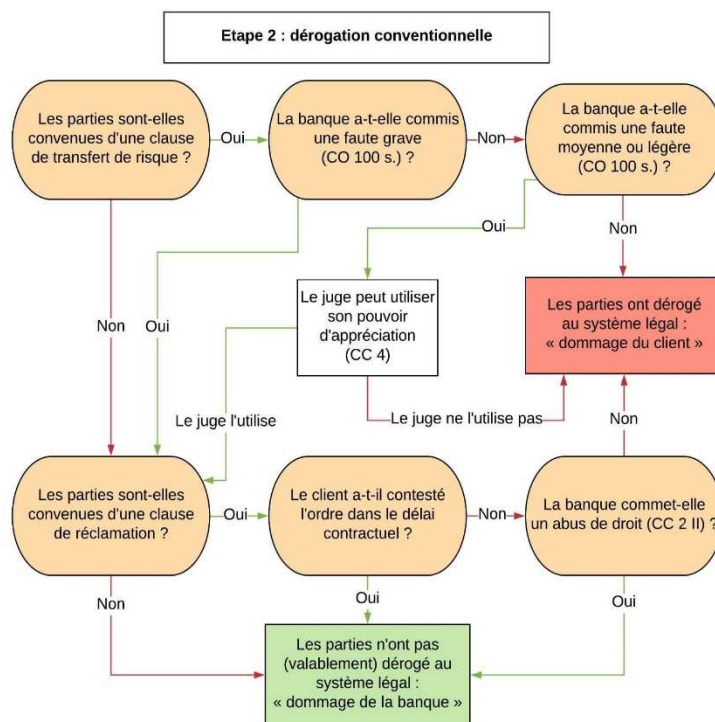
³⁷ Les banques utilisent actuellement l'authentification dite «à deux facteurs» (ou authentification forte, authentification à double facteur ou encore vérification en deux étapes). Ce processus impose à l'utilisateur de saisir deux facteurs d'authentification parmi les suivants : (1) un facteur que seul l'utilisateur connaît (p. ex. un mot de passe); (2) un facteur que seul l'utilisateur possède (p. ex. un téléphone portable); (3) un facteur propre à l'utilisateur (p. ex. une empreinte digitale ou rétinienne); (4) un facteur qui procède de l'utilisateur (p. ex. sa signature ou équivalent). En pratique, les banques suisses exigent un mot de passe et la confirmation sur un téléphone portable, voire encore l'utilisation d'une empreinte digitale. Concernant l'utilisation de données biométriques par les banques lors de l'authentification, cf. EMMENEGGER / REBER. Au niveau européen, une authentification à deux facteurs est exigée pour l'accès à l'*e-banking* ainsi que pour tout paiement électronique (cf. art. 97 al. 1 de la Directive du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement [DSP 2]). Bien que cette directive ne soit pas directement applicable dans notre ordre juridique, elle influence la pratique des banques suisses (BRACHER, p. 161).

transmission de l'ordre et que son contenu est insolite, le tribunal pourra admettre qu'il s'agit d'un ordre « sans mandat ».

Comme pour le piratage de l'adresse électronique, l'éventuelle négligence du client dans la protection de ses accès *e-banking* doit être examinée à l'étape 3³⁸.

B. Deuxième étape : dérogation conventionnelle

L'étape 2 peut être présentée comme suit.



Comme indiqué, si l'ordre a été donné « sans mandat » du client, le système légal veut que la banque supporte le dommage. L'étape 2 vise à vérifier si les parties y ont valablement dérogé. Pour ce faire, il faut à la fois que le contrat modifie la répartition légale des risques et que la clause se révèle efficace *in concreto*. L'étape 2 est donc subsidiaire, car elle suppose que le tribunal parvienne à la conclusion intermédiaire que l'ordre a été exécuté « sans mandat » au sens de l'étape 1.

³⁸ Cf. *infra* III.C.

1. Clause de transfert de risque

a. Portée et but

Par le biais de leurs conditions générales, les banques intègrent des clauses dites «de transfert de risque» à la relation contractuelle (*Risikotransferklausel*, *Schadensabwälzungsklausel* ou encore *Risikoüberwälzungsklausel*). Celles-ci ont pour effet de transférer sur la tête du client tout ou partie du risque que le système légal fait peser sur la banque en cas d'exécution irrégulière³⁹.

La clause protège la banque du défaut de légitimation ou de faux non décelés. Elle la protège également en cas d'accès indu à l'*e-banking* du client⁴⁰. En revanche, la clause de transfert de risque est inapplicable en cas de faute grave⁴¹ ou, lorsque la clause le prévoit, en cas de violation du devoir de diligence de la banque⁴². La banque étant reconnue de longue date comme exerçant une «industrie concédée par l'autorité»⁴³, ces clauses ne sont valables que dans les limites des art. 100 et 101 CO⁴⁴.

³⁹ Sur le «transfert des risques sur la tête du client», cf. ATF 132 III 449 c. 2 p. 452, SJ 2006 377; 122 III 26 c. 4a p. 32; 112 II 450 c. 3a p. 454; cf. ég. GUGGENHEIM / GUGGENHEIM, p. 125 s.; sur l'effet de normalisation des conditions générales, cf. BAHAR, p. 100-102.

⁴⁰ Cf. p. ex. l'art. 6 des «Conditions de base pour UBS Digital Banking» d'octobre 2020 («La clause de légitimation (...) signifie que le Cocontractant assume les risques résultant (i) des manipulations du Système informatique de l'Utilisateur autorisé, (ii) de l'utilisation frauduleuse des Moyens d'accès personnels, (iii) de la violation des obligations de diligence ou (iv) d'interventions de tiers non autorisés lors de la transmission des données»). Cf. ég. l'art. 3.3 des «Conditions applicables à l'Online Banking» de Credit Suisse de juillet 2016: «Le client supporte toutes les conséquences résultant de l'utilisation — même abusive — de ses moyens d'identification ou de ceux des utilisateurs».

⁴¹ ATF 146 III 326 c. 6.1 p. 333 s. (pirates informatiques); ATF 132 III 449 c. 2, SJ 2006 377; TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 2.2.3.

⁴² Cf. p. ex. l'art. 6 des conditions générales d'UBS de janvier 2020 selon lequel «UBS prend des mesures appropriées afin de déceler et d'empêcher les utilisations abusives. Si elle viole le devoir de diligence usuel dans la profession, elle répond des dommages survenus.». Cette formulation avait été proposée en 1989 par la Commission des cartels (devenue la Commission de la concurrence) qui considérait l'uniformisation des conditions générales de banque comme une limitation notable de la concurrence (THÉVENOZ, 1993, p. 41). Cf. ég. MARTIN, p. 64 s. N. 129.

⁴³ L'activité de la banque est assimilée à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité (ATF 112 II 450 c. 3a; ATF 132 III 449 c. 2, SJ 2006 377; TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 2.2.4; CR CO I-THÉVENOZ, art. 100 N. 27). On peut se demander si les autres établissements financiers (LEFin 2 I) doivent également être considérés comme exerçant une «industrie concédée par l'autorité» au sens de l'art. 100 al. 2 CO; THÉVENOZ répond à notre interrogation par l'affirmative (CR CO I-THÉVENOZ, art. 100 N. 27b).

⁴⁴ Ces dispositions s'appliquent par analogie, cf. ATF 112 II 450 c. 3a p. 455 (arrêt de principe); ATF 132 III 449 c. 2, SJ 2006 377; ATF 146 III 326 c. 5.4.1 et 6.1 p. 331 et 332 s. (pirates informatiques); TF 4A_379/2016 du 15 juin 2017 c. 3.3.1; TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 2.2.3. Les art. 100 et 101 CO ne sont pas directement applicables puisque la demande du client ne provient pas d'une responsabilité contractuelle, mais il s'agit d'une action en exécution (restitution des avoirs déposés auprès de la banque).

b. Première limite : faute grave d'un organe de la banque

De jurisprudence constante, il y a faute grave en cas de « violation des règles élémentaires de prudence dont le respect se serait imposé à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances »⁴⁵. Cette notion suppose un examen *in concreto* de la situation. Le standard de la « personne raisonnable » permet d'objectiver le comportement attendu⁴⁶.

La faute grave d'un organe de la banque fut notamment admise dans une affaire où les différences entre les signatures figurant sur les ordres litigieux et les signatures déposées à la banque étaient « décelables au premier coup d'œil »⁴⁷. L'indication de l'agence de la banque bénéficiaire du paiement et du pays où elle se trouvait était par ailleurs entachée de fautes d'orthographe⁴⁸.

La faute grave fut également admise dans une affaire où les ordres avaient été transmis par courriel et contenaient des fautes d'orthographe. Les paiements étaient par ailleurs destinés à un tiers à Hong-kong et portaient sur un montant considérable. En outre, le motif de ces paiements faisait défaut. Enfin, ils étaient présentés comme urgents. Chacun de ces éléments s'écartait de la manière de procéder du client⁴⁹.

Si le tribunal parvient à la conclusion que la faute est grave, il *doit* prononcer la nullité de la clause (CO 100 I).

c. Deuxième limite : faute d'un organe de la banque qui n'est pas grave

Le tribunal qui ne retient pas la faute grave d'un organe de la banque doit encore examiner si la faute, même légère, suffit à écarter la clause de transfert de risque. Dans ce cas, il *peut* exercer son pouvoir d'appréciation et décider de tenir la clause de transfert de risque pour nulle (CC 4). La loi ne le lui impose pas (CO 100 II)⁵⁰.

⁴⁵ TF ATF 146 III 326 c. 6.2 p. 333 (pirates informatiques); TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 2.2.5; TF 4A_398/2009 du 23 février 2010 c. 6.1. Cf. ég. CR CO I-THÉVENOZ, art. 100 N 15.

⁴⁶ Cf. not. TERCIER / PICHONNAZ, N. 563.

⁴⁷ TF 4A_438/2007 du 29 janvier 2008 c. 5.5.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 2.4.2.

⁵⁰ Dans ce type de situations, le juge prend en considération, d'une part, le besoin de protection des clients contre les clauses préformulées et, d'autre part, l'intérêt de la banque à se prémunir contre certains risques difficilement évitables (ATF 112 II 450 c. 3a; ATF 132 III 449 c. 2, SJ 2006 377).

d. Troisième limite : faute d'un auxiliaire

Si la faute n'est pas commise par un organe formel ou matériel de la banque, l'art. 101 CO trouve application. En effet, la notion d'*auxiliaire* inclut tout employé qui n'occupe pas la position d'organe au sens de cette disposition⁵¹.

Dans cette hypothèse, la clause de transfert de risque s'applique seulement si la faute n'est que légère (CO 101 III)⁵². Le juge ne peut donc pas la priver d'effet si un employé fait preuve d'une simple négligence. Contrairement à l'art. 100 al. 2 CO, l'art. 101 al. 3 CO ne lui confère pas de pouvoir d'appréciation s'agissant des *conséquences* de la règle : le juge ne peut pas prononcer la nullité de la clause s'il estime que la faute de l'auxiliaire n'est que « légère ».

En revanche, s'il considère que la faute de l'auxiliaire est plus que légère, le juge *devra* écarter la clause de transfert de risque (CO 101 III).

La question de la fonction du responsable de l'erreur peut donc s'avérer décisive dans l'allocation des risques entre la banque et son client⁵³.

2. Clause de réclamation

Les clauses dites « de réclamation » sont monnaie courante en matière bancaire (*Genehmigungsklausel* ou *Genehmigungsfiktionsklausel*)⁵⁴. Ces clauses imposent au client de contester toute opération irrégulière dans un certain délai, faute de quoi l'opération est réputée acceptée⁵⁵. La clause de réclamation, qui favorise la sécurité juridique, entraîne donc une fiction de ratification⁵⁶.

⁵¹ CR CO I-THÉVENOZ, art. 101 N. 8.

⁵² ATF 132 III 449 c. 2, SJ 2006 377.

⁵³ Pour une critique de cette distinction entre le fait de l'organe et celui de l'auxiliaire, Cf. CR CO I-THÉVENOZ, art. 101 N. 38.

⁵⁴ Cf. art. 6 des Conditions applicables aux documents électroniques du Credit Suisse intitulé « contestation de l'utilisateur » (décembre 2018); art. 6 al. 1 des Conditions générales de la banque Migros (mars 2019); art. 35 des Conditions générales et règlement de dépôt de Swissquote (v. 6.0 consultées le 16.02.2020); art. 11 des Conditions générales de UBS (janvier 2020).

⁵⁵ TF 4A_556/2019 du 29 septembre 2020 c. 5.2.; TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 5.2.1 (avocat distrait) et les références citées.

⁵⁶ TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 5.2.1 (avocat distrait) et les références citées. La doctrine critique une application aussi absolue de la fiction et propose souvent de la limiter à la connaissance effective de l'opération frauduleuse (LOMBARDINI, p. 351 N. 104; WHERLOCK / VON DER CRONE, p. 105). Le *Handelsgericht* zurichois considère que la fiction de ratification ne s'applique que lorsque les transactions ressortent clairement du relevé bancaire et qu'il est ainsi possible pour le client de s'y opposer (HG160052 du 5 décembre 2017 c. 3.5.2.1).

Le délai de contestation court à compter de la notification de l'avis d'exécution de l'ordre ou de la date qui figure sur le document. Ce délai s'élevé généralement à 30 jours⁵⁷. Pour les documents transmis via *e-banking*, le délai commence à courir dès que l'avis d'exécution est mis à disposition du client dans le système⁵⁸. Dans l'affaire de l'avocat distrait, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 100 CO ne s'appliquait pas (même par analogie) aux clauses de réclamation⁵⁹. Il semble donc que seul l'abus de droit permette de faire échec à une telle clause.

3. *Clause de banque restante*

Pour des raisons de confidentialité, il arrive que le client demande à la banque de bien vouloir conserver la documentation qu'elle produit pour lui. Comme la clause de réclamation, la clause «banque restante» (*banklagernde Korrespondenz*) s'accompagne de sa propre fiction, dite «de réception». Le client est dès lors réputé avoir pris connaissance de la documentation que la banque conserve pour lui⁶⁰. Comme la clause «banque restante» sert les intérêts du client, celui-ci doit accepter les risques qu'implique ce mode de communication⁶¹.

Le client qui utilise l'*e-banking* renonce à l'envoi de courriers au profit d'une mise à disposition de la documentation bancaire sur son espace informatique. À cet égard, l'utilisation du système d'*e-banking* aboutit au même résultat qu'une clause «banque restante»⁶². Le client doit ainsi veiller à consulter ses documents électroniques au risque de se voir opposer la fiction de réception. Il faut néanmoins apporter une

⁵⁷ Cf. art. 6 des Conditions applicables aux documents électroniques du Credit Suisse intitulé « contestation de l'utilisateur » (décembre 2018); art. 6 al. 1 des Conditions générales de la banque Migros (mars 2019); art. 35 des Conditions générales et règlement de dépôt de Swissquote (v. 6.0 consultées le 16.02.2020); art. 3.5 des Conditions régissant le trafic des paiements de UBS « trente jours à compter de la date de l'avis » (octobre 2020).

⁵⁸ Cf. p. ex. art. 15 des « Conditions de base pour UBS Digital Banking » d'octobre 2020 (« Un document est réputé dûment parvenu au destinataire lorsqu'il est accessible électroniquement par UBS Digital Banking et les fonctionnalités y afférentes »). Cf. ég. l'art. 7 (Documents électroniques) des « Conditions de participation - Offre de prestations numériques » de PostFinance de mars 2020 : « Les documents électroniques sont considérés comme notifiés une fois qu'ils sont enregistrés sur le canal défini par PostFinance et peuvent y être consultés ».

⁵⁹ TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 5.4.1 (avocat distrait). Le Tribunal fédéral considère également que cette clause n'est pas insolite, cf. TF 4C.342/2003 du 8 avril 2005 c. 2.3; pour une analyse critique du régime de la clause insolite, cf. PICHONNAZ, Conditions générales, p. 390 s.

⁶⁰ TF 4A_471/2017 du 3 septembre 2018 c. 4.2.1; GUGGENHEIM / GUGGENHEIM, p. 131 s.

⁶¹ TF 4A_471/2017 du 3 septembre 2018 c. 4.2.1; cf. ég. BAHAR, p. 118.

⁶² Pour des exemples de clause, cf. *supra* nbp 58.

nuance : le système *e-banking* ne sert pas uniquement les intérêts du client. La numérisation présente aussi des avantages certains pour la banque dont les services « s'industrialisent »⁶³. L'argument selon lequel la clause banque restante favorise le client n'est ainsi pas transposable aux documents électroniques. Il faudra donc se montrer plus circonspect avec la banque qui cherchera à se prévaloir de la fiction de réception en matière d'*e-banking*.

4. Cumul des clauses de banque restante et de réclamation

Si la conjonction des clauses de « réclamation » et « banque restante » est possible, elle peut s'avérer périlleuse pour le client. En effet, lorsque la banque dépose un avis de débit dans le dossier « banque restante » ou dans l'*e-banking* du client, elle pourra considérer que celui-ci l'a tacitement ratifié après le délai contractuel, même s'il n'en a pas pris effectivement connaissance. Pour combattre cette double fiction (réception et réclamation), le client devra donc montrer que la banque commet un abus de droit en les invoquant (CC 2 II)⁶⁴. Un tel argument a déjà été admis lorsque la banque savait que le client n'approuvait pas les actes communiqués en banque restante⁶⁵.

Dans l'arrêt « avocat distrait », le Tribunal fédéral a expressément souligné que cette jurisprudence ne s'appliquait pas lorsque les communications avaient été reçues par le client ou son représentant⁶⁶. En effet, dans cette affaire, les clauses de banque restante et de réclamation n'ont pas œuvré de concert. Seule la clause de réclamation était pertinente puisque les avocats avaient reçu la documentation bancaire. Bien qu'admis de manière restrictive, l'abus de droit peut, à notre avis, également venir au secours du client lorsque seule l'application de la clause de réclamation est litigieuse.

5. Fardeau de la preuve

Si le tribunal applique l'étape 2 du raisonnement, c'est qu'il a considéré que l'ordre avait été donné « sans mandat » (étape 1).

⁶³ BAHAR, p. 100.

⁶⁴ TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019 c. 6.1.3; 4A_471/2017 du 3 septembre 2018 c. 4.2.2; 4A_614/2016 c. 6.1; 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 3.2.3; 4A_42/2015 c. 5.2.

⁶⁵ TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 3.2.3.

⁶⁶ TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 5.4.5 (avocat distrait). Cf. ég. arrêt de la Cour de justice genevoise ACJC/1747/2020 du 1^{er} décembre 2020 c. 5.2.3. *Contra* arrêt du *Handelsgericht* zurichois HG160052 du 5 décembre 2017 c. 3.4.2.

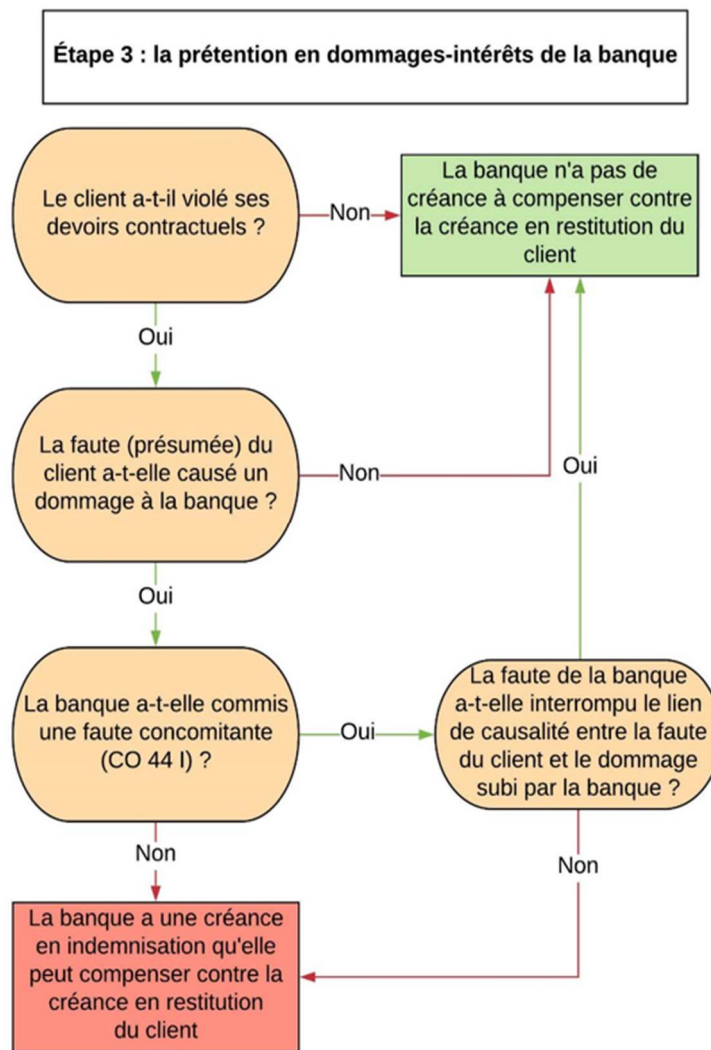
Dans cette deuxième étape, il appartient donc à la banque de démontrer la dérogation au système légal. Il lui suffira de souligner que les parties sont convenues d'une clause de transfert de risque et/ou de réclamation.

Face à cet allégué, le client devra, à son tour, opposer ses propres faits destructeurs ou dirimants⁶⁷. Il devra ainsi montrer que la banque a commis une faute (pour la clause de transfert de risque) et un abus de droit (pour la clause de réclamation). Son but est de convaincre le juge que la dérogation au système légal n'est pas valable *in concreto*.

Pour ce faire, le client devra se livrer à un véritable exercice de comparaison qui consiste à relever les différences entre ses propres ordres et ceux qu'il conteste. De telles différences peuvent se manifester en relation avec l'origine des ordres (adresses électroniques, adresses IP, signatures) ou provenir du moyen de transmission (en main propre, par courrier, courriel ou *e-banking*). Le client examinera en outre les horaires de transmission, la teneur du message (langue, fautes d'orthographe, style de rédaction), ou les types de destinataires (proches ou tiers, nouveaux ou récurrents, habituels ou inhabituels, etc.). Il cherchera enfin à pointer d'éventuelles anomalies en relation avec les lieux de virement. L'avocat doit donc réaliser un travail de fourmi.

⁶⁷ Les faits dirimants permettent à une partie de prouver l'extinction du droit litigieux ou sa paralysie, cf. not. ATF 139 III 7, c. 2.2, SJ 2013 181.

C. Troisième étape : prétention en dommages-intérêts de la banque



Si l'ordre frauduleux a été donné « sans mandat » (étape 1) et que les parties n'ont pas valablement dérogé au système légal, c'est-à-dire en l'absence de clause de transfert de risque ou lorsque celle-ci est neutralisée (étape 2), le tribunal détermine, dans la troisième et dernière étape, si la banque peut obtenir une indemnisation du client pour le dommage

qu'elle subit en raison du fait qu'elle a débité à tort le compte du client⁶⁸. L'application de la troisième étape devrait donc rester exceptionnelle.

La banque doit à ce stade démontrer la réunion des conditions de la responsabilité contractuelle du client (CO 97 I). Si elle y parvient, la banque bénéficiera d'une créance à opposer en compensation au client⁶⁹.

1. Violation du contrat par le client

La relation de mandat impose un devoir de diligence au mandataire qu'est la banque (CO 398 II). Grâce aux conditions générales, celle-ci peut, à son tour, imposer à son mandant des devoirs de diligence. En particulier, le client doit protéger ses identifiants *e-banking*⁷⁰. Il ne peut ni les communiquer à d'autres personnes, ni les conserver ou les enregistrer sur des supports non protégés. Par ailleurs, ses identifiants ne doivent pas être aisément identifiables⁷¹.

Certaines banques imposent des obligations plus étendues que d'autres. Elles exigent notamment du client qu'il mette à jour immédiatement son système d'exploitation et les logiciels d'utilisation. Elles imposent aussi expressément au client de prendre des mesures de sécurité, telles que l'installation d'un antivirus. Lorsqu'il se connecte à son *e-banking*, le client peut enfin devoir vérifier l'authenticité du certificat à l'aide du *fingerprint*⁷².

Indépendamment des obligations qui découlent des conditions générales, le Tribunal fédéral juge que les règles de la bonne foi imposent certaines obligations au client en présence d'une clause banque restante.

⁶⁸ TF 4A_337/2019 du 18 décembre 2019 c. 2.1 (ex-employé félon); ATF 146 III 121 c. 5 p. 134 (homme de confiance); ATF 146 III 387 c. 6 p. 398 (fraude au président). *Contra* EMMENEGGER qui considère que lorsque les parties sont convenues d'une clause de transfert de risque le raisonnement s'arrête à l'étape 2 (« *the bucks stop here* »), même si la banque supporte le dommage. En effet, selon elle, la clause de transfert de risque règle définitivement la question de la partie qui supporte le dommage. Il découle de ce point de vue que la banque ne peut plus chercher à actionner le client en dommages-intérêts dans une troisième étape (EMMENEGGER / THÉVENOZ / REBER / HIRSCH [article à paraître]).

⁶⁹ ATF 146 III 387 c. 6.1 p. 398 (fraude au président).

⁷⁰ Cf. not. le rapport « Secure e-Banking » publié en septembre 2009 par l'Association suisse des banquiers (ASB), p. 4 ss.

⁷¹ Art. 5 des « Conditions de participation - Offre de prestations numériques » de PostFinance de mars 2020 qui s'intitule précisément « Devoirs de diligence du client ». Art. 5 des « Conditions de base pour UBS Digital Banking » d'octobre 2020 intitulé « Obligations de diligence ». Art. 4 des « Conditions de Raiffeisen e-banking » de janvier 2021 intitulé « Obligations de diligence du client ».

⁷² *Ibid.*

Il a ainsi retenu que celui-ci doit examiner les communications qu'il reçoit de sa banque pour pouvoir, le cas échéant, contester les écritures qui lui paraissent irrégulières ou infondées⁷³.

Les obligations que la banque met à la charge du client lui permettent de se retourner contre lui dans l'hypothèse, rare en pratique, où les parties n'auraient pas — valablement — dérogé au système légal⁷⁴. Par exemple, lorsqu'un tiers parvient à accéder à l'*e-banking* d'un client imprudent, l'exécution de l'ordre devrait être considérée comme « sans mandat » au sens de l'étape 1. Le client qui viole ses obligations contractuelles peut donc causer un dommage à la banque. Si les clauses de transfert de risque et de réclamation ne s'appliquent pas (étape 2), la banque devra prouver que le client a violé le contrat pour être indemnisée (étape 3).

2. *Faute concomitante de la banque*

Dans l'examen de la prétention en dommages-intérêts qu'elle élève contre le client, le problème de la faute concomitante *de la banque* peut se poser.

La faute concomitante entraîne une réduction de l'indemnité accordée au lésé en raison de son implication dans la survenance du dommage (CO 44 I *cum* CO 99 III). En l'occurrence, la réduction se mesure en appréciant la gravité de la faute (concomitante) de la banque par rapport à la faute du client⁷⁵.

Si la faute de la banque est « si grave qu'elle fait apparaître comme lointaines et juridiquement sans importance les violations contractuelles du client ayant contribué au dommage », elle interrompt le lien de causalité adéquate entre le dommage et le comportement du client⁷⁶. Partant, la faute de la banque peut exclure sa prétention en dommages-intérêts⁷⁷.

⁷³ TF 4A_556/2019 du 29 septembre 2020 c. 5.2; TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 5.2.1 (avocat distrait); TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019 c. 6.1.2. Le Tribunal fédéral s'est notamment fondé sur THÉVENOZ, 2008, p. 460. BERNET / VON DER CRONE soulignent que cette approche est convaincante (p. 500). Pour une critique de cette jurisprudence, cf. GEISSBÜHLER, N. 19 ss.

⁷⁴ STOLL souligne que les conditions générales des banques ont précisément élargi les devoirs de diligence à la charge du client afin qu'elles puissent bénéficier d'une créance en compensation contre la créance en restitution des avoirs (STOLL, p. 417).

⁷⁵ ATF 146 III 387 c. 6.3.2 p. 400 (fraude au président).

⁷⁶ ATF 146 III 387 c. 6.3.1 p. 399 s. (fraude au président).

⁷⁷ Pour une illustration, cf. *infra* IV.A.5 « Fraude au président ».

3. *Fardeau de la preuve*

Dans cette troisième étape, le fardeau de la preuve suit les règles classiques en matière de responsabilité contractuelle⁷⁸.

La banque doit ainsi alléguer et prouver que son dommage provient d'une violation des devoirs contractuels du client⁷⁹. Elle a intérêt à le plaider dès l'entame de la procédure pour éviter que d'éventuels allégués ou pièces ne soient par la suite déclarés irrecevables⁸⁰.

Deux procédures distinctes illustrent ce risque⁸¹.

- i. Dans l'affaire de l'homme de confiance, le Tribunal fédéral a considéré que la banque n'avait pas « démontré avoir [...] allégué les faits et fourni les moyens de preuve propres à établir l'existence et la quotité de la prétention qu'elle entendait opposer en compensation »⁸².
- ii. Dans l'affaire de l'« ex-employé félon », la banque avait omis d'alléguer à temps qu'un avis de débit avait été remis dans le courrier en banque restante⁸³. Qui plus est, elle avait produit tardivement un relevé de compte pertinent de la cliente⁸⁴. Ces deux éléments auraient pu lui permettre de réclamer une indemnisation au client (étape 3). Faute d'allégué, tel n'a toutefois pas été le cas.

Le client doit de son côté démontrer son absence de faute s'il veut s'opposer avec succès à la demande de la banque. La violation par le client de devoirs contractuels n'équivaut pas forcément à la commission d'une faute. En effet, les conditions générales mettent parfois à la charge du client de véritables obligations de résultat⁸⁵. Or celui-ci peut

⁷⁸ Cf. BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N. 60 ss; BK OR-WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 N. 518 ss.

⁷⁹ ATF 146 III 387 c. 6.2 p. 398 s. (fraude au président).

⁸⁰ Cf. art. 229 CPC et 105 al. 2 LTF.

⁸¹ ATF 146 III 121 (homme de confiance); TF 4A_337/2019 du 18 décembre 2019 (ex-employé félon).

⁸² ATF 146 III 121 c. 5.2 p. 136 (homme de confiance).

⁸³ TF 4A_337/2019 du 18 décembre 2019 c. 5.2 (ex-employé félon).

⁸⁴ TF 4A_337/2019 du 18 décembre 2019 c. 6.3.1 (ex-employé félon).

⁸⁵ « Les Moyens d'accès (en particulier les NIP / mots de passe, le code de sécurité et le numéro de carte de l'Access Card) ne doivent en aucun cas être transmis ou rendus accessibles par tout autre moyen à des tierces personnes. Les NIP / mots de passe reçus doivent être aussitôt modifiés et gardés secrets. Les NIP / mots de passe ne doivent pas être notés sur un des Moyens d'accès (p. ex. l'Access Card) et doivent être cryptés de manière adéquate en cas d'enregistrement électronique (p. ex. UBS Safe). Les NIP / mots de passe ne doivent pas facilement être identifiables (pas de numéros de téléphone, dates de naissance, numéros de plaques d'immatriculation, suites de chiffres facilement identifiables, etc.) » (Art. 5 des « Conditions de base pour UBS Digital Banking » d'octobre 2020). « Les moyens d'identification personnels et les éléments de sécurité doivent être gardés secrets. Ils ne doivent en aucun cas être communiqués à d'autres personnes, ni conservés avec l'appareil utilisé ou enregistrés »

violer une obligation de résultat sans se montrer négligent. Ainsi, il n'est pas certain que le client, qui omettrait de vérifier l'authenticité du certificat du site internet de son *e-banking*, soit considéré comme fautif en cas de piratage de son compte. Cette omission peut néanmoins constituer une violation d'un devoir contractuel⁸⁶.

IV. ANALYSE

A. Dénouement

1. *Homme de confiance : procuration*

L'affaire de l'homme de confiance témoigne, s'il le fallait encore, de l'importance des principes généraux dans l'application du droit. La bonne foi (CC 3 II) sert en l'occurrence à résoudre ce cas complexe où les parties ont multiplié les maladresses.

- La cliente avait accordé une procuration très étendue en faveur d'un tiers, qu'elle a présenté à la banque dépositaire comme un proche. Les ordres exécutés, en violation des pouvoirs internes, correspondaient aux termes de la procuration qui incluait des actes de disposition en faveur de l'intéressé (CO 33 III)⁸⁷. Le dossier de la dame comporte donc ses faiblesses.
- La banque savait que sa cliente était étrangère au monde des affaires. Il est par ailleurs étonnant que l'établissement n'ait jamais cherché à s'assurer de l'existence du prêt que le titulaire de la procuration prétendait s'être fait octroyer. Ce soi-disant prêt a justifié des transferts importants sur son compte pendant plus de deux ans. La banque n'a pas pris la peine de poser la question de l'existence du prêt à sa cliente (ni en prenant rendez-vous ni au moyen d'un appel téléphonique). Sa passivité est critiquable compte tenu de l'ampleur et de la durée des détournements. Les circonstances concrètes exigeaient une réaction⁸⁸.

Et pourtant cette affaire aurait pu connaître un sort différent si un conflit d'intérêts n'avait définitivement fait pencher la balance : pendant que le titulaire de la procuration se livrait à ses méfaits, la banque consentait à lui accorder un crédit hypothécaire. Les fonds versés sur

dessus (même sous une forme modifiée) » (Art. 5 des « Conditions de participation - Offre de prestations numériques » de PostFinance de mars 2020).

⁸⁶ Art. 5 des « Conditions de base pour UBS Digital Banking » d'octobre 2020.

⁸⁷ ATF 146 III 121 c. 3.3 p. 131 (homme de confiance).

⁸⁸ ATF 146 III 121 c. 3.2.4 p. 131 (homme de confiance).

le compte — que le malhonnête venait d'ouvrir au sein du même établissement — servaient ainsi de garantie à la banque⁸⁹. Cette circonstance s'est révélée, à juste titre, décisive dans l'appréciation juridique : la bonne foi de la banque a été niée de sorte qu'elle n'a pas pu se prévaloir de l'effet guérisseur de l'art. 33 al. 3 CO. Par conséquent, elle supporte le dommage (ordres « sans mandat » selon l'étape 1).

La procédure de vérification dite « *call back* » aurait permis d'éviter un tel litige. Les banques appliquent généralement cette procédure qui consiste à contrôler l'identité du donneur d'ordre au moyen d'un appel téléphonique ou d'un message électronique. Le but est d'accroître la sécurité des opérations.

2. *Avocat distrait : clause de réclamation*

L'affaire de l'avocat distrait illustre le fonctionnement des clauses de réclamation. Il peut coûter cher au client de les traiter avec désinvolture.

En l'espèce, la cliente a désigné un avocat pour réceptionner la documentation bancaire. Celui-ci omet de l'éplucher. La cliente est victime de détournements de son gestionnaire de fortune (« ordres sans mandat » au sens de l'étape 1). Même si le Tribunal fédéral souligne que la banque a gravement fauté dans la vérification des ordres litigieux de sorte que la clause de transfert de risque est inapplicable (étape 2)⁹⁰, la cliente (ou son conseil) aurait dû réagir à temps aux irrégularités (clause de réclamation)⁹¹. La cliente supporte donc les conséquences de ses omissions, en l'occurrence le dommage résultant des ordres frauduleux.

L'affaire aurait pris une autre tournure *si* la cliente (ou son avocat) avait contesté à temps les transferts litigieux.

3. *Ex-employé félon : banque restante*

Cette affaire pourrait illustrer le problème classique de la faute concomitante, à ceci près qu'il est étranger à l'action en exécution⁹².

En l'espèce, la cliente confie ses avoirs à un gestionnaire qui se livre à une série de détournements (ordres « sans mandat » étape 1). Elle omet de consulter sa correspondance « en banque restante » (étape 2), ce qui ne l'empêche pas de soutenir que la banque a payé à tort. L'établissement financier répond que le dommage (en l'occurrence, le sien) aurait

⁸⁹ ATF 146 III 121 c. 3.4.2 p. 132 s. (homme de confiance).

⁹⁰ TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 5.3 (avocat distrait).

⁹¹ TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 5.4.1 (avocat distrait).

⁹² Cf. *infra* IV.A.5 « Fraude au président » : faute concomitante.

pu être évité si la cliente avait lu son courrier (étape 3). L'habileté de l'argument n'ébranle pas les juges : la banque a négligé de mettre l'avis de débit et le relevé de compte pertinents dans le dossier de la cliente. Cette dernière n'aurait pas pu découvrir le premier détournement. Comme le gestionnaire travaillait encore pour la banque au moment des faits, son comportement lui est imputable (étape 3)⁹³. La banque est donc déboutée.

La faute concomitante peut ainsi faire son apparition dans ce type de litiges : si la prétention de la banque est fondée, elle opposera la compensation à son client, à moins que... celui-ci ne convainque le juge que la banque a elle-même commis une faute concomitante. Alambiqué dites-vous ? La situation restera, soyons rassurés, exceptionnelle.

4. *Pirates informatiques : faute grave*

Cette affaire illustre le problème de l'appréciation juridique de la notion de faute grave.

Le client et le négociant en valeurs mobilières sont convenus de deux clauses de transfert de risque : l'une pour les faux non décelés, l'autre pour les « erreurs de transmission par l'emploi du courrier électronique ».

En l'espèce, le négociant exécute une série d'ordres frauduleux (ordres « sans mandat », étape 1). Les opérations interviennent environ une année après que le client lui a confié la gestion de ses avoirs. Il communiquait alors par courriel ou par téléphone, employant « un anglais approximatif » et se dispensant de formules de politesse. Cette circonstance s'avère déterminante : le négociant ne peut se voir reprocher d'avoir ignoré les approximations des pirates dans leurs communications dès lors que l'anglais n'était pas la langue maternelle du client et qu'il avait lui-même commis des fautes dans ses précédents courriels⁹⁴. Le négociant obtient donc gain de cause : le client supportera le dommage.

Cette affaire se distingue si peu (et pourtant suffisamment) d'une autre affaire où la banque dut supporter le dommage pour avoir manqué de reconnaître la différence entre les communications truffées d'erreurs de pirates et celles de son client qui s'était toujours exprimé en bon anglais, avec une syntaxe correcte et une variété de termes adéquats et précis⁹⁵. Heureux rappel du poids des mots dans le droit.

⁹³ TF 4A_337/2019 du 18 décembre 2019 c. 6.3.2 (ex-employé félon).

⁹⁴ ATF 146 III 326 c. 6.3.2.3 p. 337 s. (pirates informatiques).

⁹⁵ Cf. TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016.

5. *Fraude au président : faute concomitante*

Cette affaire illustre le problème de l'appréciation juridique de la faute concomitante de la banque. L'action en exécution n'est pas le lieu d'examiner cette question, qui se pose, comme on l'a vu⁹⁶, seulement lorsque la banque répond à la cliente par une action en responsabilité (CO 97 I). L'éventuelle discussion sur la faute concomitante prend donc place à l'étape 3 du raisonnement.

En l'espèce, deux erreurs de taille émaillent ce cas.

- D'une part, une comptable crédule consent à effectuer des transferts de fonds importants vers la Chine à la suite d'une tromperie grossière qualifiée de « fraude au président » (ordre donné « sans mandat », étape 1).
- D'autre part, l'employé de banque se trompe dans la marche à suivre pour transmettre les ordres. La banque accepte qu'ils soient donnés par courriel alors que la documentation contractuelle ne prévoyait pas une telle possibilité. Curieusement, le contrat ne comportait pas de clause de transfert de risque (étape 2).

L'étape 3 permet d'examiner la faute de la banque. Elle est en l'espèce si grave qu'elle relègue au second plan les violations contractuelles du client⁹⁷. L'employé de banque admet en effet des ordres dépourvus de signature manuscrite sans que le contrat le permette. Cette faute suffit à rompre le lien de causalité adéquate. Mais il y a davantage: les courriels qu'a envoyés le prétendu CEO à la banque (en réalité, l'escroc) étaient « manifestement suspects »⁹⁸. Enfin, cette façon de communiquer était elle-même insolite dans la relation d'affaires en question. Pour toutes ces raisons, la banque doit supporter le dommage⁹⁹.

B. Observations critiques

1. *Risques de confusion*

La méthode en trois étapes devrait faciliter le travail des avocats et des juges. Elle comporte néanmoins son lot de subtilités. Quelques ambiguïtés méritent ainsi d'être levées.

⁹⁶ Cf. *supra* III.C.

⁹⁷ ATF 146 III 387 c. 6.4 p. 401 s. (fraude au président).

⁹⁸ ATF 146 III 387 c. 6.4 p. 402 (fraude au président).

⁹⁹ *Ibid.*

a. Faute de la banque

L'éventuelle faute de la banque est examinée une première fois lors de l'étape 2. Elle permet alors de dire si la clause de transfert de risque s'applique et, par voie de conséquence, si la banque a valablement dérogé au système légal. La notion de faute s'imisce ainsi par la petite porte dans l'action en exécution du client¹⁰⁰.

La question se pose à nouveau à l'étape 3 lorsque le client plaide que la faute — concomitante — de *la banque* a aggravé le dommage qu'elle subit (voire rompu le lien de causalité). Le client soutiendra alors que la faute de la banque vient réduire (ou anéantir) la contre-prétention que la banque élève à son égard au motif qu'il aurait violé ses devoirs contractuels (action en responsabilité)¹⁰¹. L'articulation de ces deux étapes, élégantes en théorie, peut donc se révéler délicate en pratique.

b. Faute et abus de droit de la banque

L'étape 2 est le lieu d'examiner la question de la faute de la banque et celle de l'abus de droit¹⁰². Alors que la faute neutralise les effets de la clause de transfert de risque (CO 100 s.), l'abus de droit paralyse ceux de la clause de réclamation (CC 2 II).

Lorsque le tribunal constate que la clause de transfert de risque ne s'applique pas en raison d'une faute grave de la banque, il peut — dans un même mouvement — considérer que la banque commet un abus de droit en cherchant à opposer au client la clause de réclamation. Cette dernière n'a pas vocation à protéger la négligence grossière de la banque. Admettre la fiction de ratification pourrait ainsi conduire à un résultat choquant¹⁰³. Ce raisonnement ne s'applique pas pour autant de manière systématique.

¹⁰⁰ Cf. *supra* III.B.1.

¹⁰¹ Pour une illustration, cf. ATF 146 III 387 c. 6.4 p. 401 s. (fraude au président).

¹⁰² Cf. *supra* III.B.

¹⁰³ Dans une affaire de pirates informatiques, le Tribunal fédéral s'est précisément référé à la « grave négligence » de la banque afin de souligner le résultat « choquant » auquel conduirait l'application des fictions de réception et de ratification, cf. TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 c. 3.3 ; S'appuyant sur les art. 100 et 101 CO, THÉVENOZ considère que la clause de réclamation ne s'applique pas lorsque la banque effectue des transactions « en violation grave de ses obligations » (THÉVENOZ, 2008, p. 463). Pour sa part, LOMBARDINI est d'avis que la clause de réclamation « n'est pas applicable si elle a pour effet de couvrir des irrégularités commises par la banque, si la banque doit présumer que le client ne donnera de toute façon pas son consentement à ce qui a pu se dérouler ou si elle a des doutes quant au fait que le client est réellement d'accord avec la transaction litigieuse » (LOMBARDINI, p. 351 N. 104).

Dans l'arrêt «avocat distrait», le Tribunal fédéral a admis une faute grave de la banque. La clause de transfert de risque était donc inapplicable. En revanche, la clause de réclamation a déployé ses effets. Il a considéré que la banque pouvait se prévaloir de la fiction de ratification sans commettre d'abus de droit. En effet, le représentant de la cliente avait reçu les avis d'exécutions des ordres frauduleux sans réagir¹⁰⁴. Dans cette affaire aux circonstances particulières, faute grave et abus de droit n'ont donc pas œuvré de concert. La portée de ce cas devrait selon nous rester limitée.

Une autre solution peut s'imposer lorsque la relation contractuelle contient une clause de banque restante/*e-banking* et une clause de réclamation. La banque qui commet une faute grave dans l'exécution d'ordres frauduleux court le risque d'entendre qu'elle abuse de son droit si elle se prévaut dans ces conditions à la fois de la fiction de réception et de celle de ratification.

c. *Pas de place pour la faute concomitante du client*

Dans les arrêts «pirates informatiques» et «avocat distrait», le Tribunal fédéral laisse entendre que la faute concomitante devrait être traitée à l'étape 2¹⁰⁵.

L'action du client en restitution de ses avoirs ne doit cependant pas être confondue avec l'action en responsabilité contractuelle¹⁰⁶. Cette dernière est intentée en cas de violation du contrat (CO 97 ss), alors que l'action en restitution des avoirs suppose simplement que le client fasse valoir son droit à l'exécution du contrat. Ce droit consiste à obtenir le paiement de sa créance à l'égard de la banque (*Erfüllungsklage*; CO 107 I)¹⁰⁷.

L'action en exécution ne laisse pas de place à une éventuelle faute concomitante du client, contrairement à l'action en responsabilité (CO 44 I *cum* CO 99 III). Comme le dit lui-même le Tribunal fédéral dans l'arrêt de l'homme de confiance, il en découle que : «la banque ne peut pas opposer à l'action en restitution du client une prétention en réduction pour faute concomitante de celui-ci au sens de l'art. 44 al. 1 CO»¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Dans ce cas, les fictions de réception et de ratification ne se sont pas cumulées, cf. *infra* III.B.2.

¹⁰⁵ ATF 146 III 326 c. 4.2 p. 326 (pirates informatiques); TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 c. 5.2 (avocat distrait).

¹⁰⁶ ATF 146 III 121 c. 3.1.2 p. 128 (homme de confiance).

¹⁰⁷ ATF 146 III 121 c. 3.1.2 p. 128 (homme de confiance).

¹⁰⁸ ATF 146 III 121 c. 3.1.2 p. 128 s. (homme de confiance).

2. *Pouvoir d'appréciation du juge*

L'intérêt de la méthode nous paraît résider dans la possibilité qu'elle offre de standardiser l'approche en cas d'ordre frauduleux. Il ne s'agit pas pour autant de priver le juge de son pouvoir d'appréciation (CC 4). À chaque étape du raisonnement, un ou plusieurs points d'appui peuvent lui permettre d'exercer son jugement.

- À l'étape 1, le juge *apprécie* la bonne foi de la banque qui a exécuté l'ordre d'un individu soupçonné d'avoir abusé de ses pouvoirs de représentation ou d'en avoir excédé les limites.
- À l'étape 2, le juge *apprécie* la gravité de la faute pour déterminer si la clause de transfert de risque doit être déclarée inefficace.
- À l'étape 3, le juge *apprécie* la faute concomitante de la banque et l'éventuelle rupture du lien de causalité.

Le droit bancaire ne contient pas de règles propres: il procède d'une application des principes généraux du droit privé, tels que la bonne foi ou l'abus de droit¹⁰⁹. Les règles du mandat contiennent par ailleurs de nombreuses notions juridiques indéterminées¹¹⁰. Ces dernières, comme les principes généraux du droit, véhiculent des valeurs et correspondent à des réalités qui ne se laissent pas saisir a priori. Il s'opère ainsi une *sorte de* délégation horizontale de compétence du législateur au juge qui donne corps à la règle en confrontant la norme aux circonstances¹¹¹. Le procédé autorise en somme un espace de «liberté argumentative»¹¹².

3. *Examen de la faute selon le mode de transmission*

L'appréciation de la faute de la banque peut dépendre du mode de transmission de l'ordre.

- Signature (*Unterschrift*): la banque n'a pas à prendre de mesures extraordinaires, incompatibles avec une liquidation rapide des opérations; elle n'a pas à systématiquement présumer l'existence d'un faux¹¹³. Elle doit comparer la signature qui lui est présentée avec

¹⁰⁹ À ce sujet, cf. GUGGENHEIM / GUGGENHEIM, p. 5 et p. 29 ss.

¹¹⁰ Sur la notion juridique indéterminée ou «*lacune intra legem*», cf. STEINAUER, N. 369-372.

¹¹¹ Pour une illustration de l'application de l'art. 4 CC à une notion juridique indéterminée (*unbestimmte Rechtsbegriff*), cf. ATF 103 Ia 501 c. 7 p. 502 s.

¹¹² Sur cette élégante formule, cf. MOOR, en particulier p. 123; Au sujet des inférences non déductives dans l'interprétation de la loi, cf. la contribution notable de TORRIONE, p. 275 ss.

¹¹³ Cf. not. ATF 111 II 263 c. 2b p. 268; ATF 122 III 26 c. 4a/aa p. 32.

celle que le client ou son fondé de pouvoir a déposée auprès d'elle¹¹⁴. Elle ne doit procéder à des vérifications supplémentaires que s'il existe des indices sérieux d'une falsification¹¹⁵.

- Courriel: toujours dans l'optique de favoriser la liquidation des opérations, la banque se contente en principe de vérifier que l'ordre transmis provient effectivement de l'adresse électronique du client. Elle commet une faute grave seulement lorsqu'elle néglige des indices sérieux d'usurpation d'identité¹¹⁶. Plus précisément, il doit sauter «aux yeux de toute personne raisonnable que l'ordre transmis, de par son adresse, son texte, son contenu ou un lieu de virement exotique, et compte tenu de la situation du client, ne pouvait émaner de celui-ci»¹¹⁷. La faute grave est donc reconnue de façon restrictive dans cette hypothèse.
- *E-banking*: la faute de la banque doit être, selon nous, admise de manière plus restrictive encore s'agissant de cet outil. En effet, l'ordre est transmis par un système qui permet en principe à la banque de s'assurer que l'ordre provient bien du client. À cette fin, la banque doit instaurer un processus d'authentification conforme aux usages professionnels¹¹⁸. Actuellement, la plupart des établissements financiers recourent au système dit à deux facteurs¹¹⁹. Ce système devrait garantir que l'ordre provient bien du client (ou d'une personne à qui il a dûment confié ses accès¹²⁰). Si le client est victime d'un *phishing* élaboré, voire d'un *smishing*¹²¹, une faute grave peut

¹¹⁴ Cf. not. ATF 111 II 263 c. 2b p. 268; sur le devoir de vérification de la banque en cas de procuration bancaire, cf. not. GUGGENHEIM / GUGGENHEIM, p. 503 s.

¹¹⁵ ATF 146 III 326 c. 6.2.1.1 p. 333 s. (pirates informatiques). Une faute grave lors de la vérification de la signature a été retenue dans l'arrêt TF 4A_379/2016 du 15 juin 2017 (c. 5.3.2).

¹¹⁶ ATF 146 III 326 c. 6.2.1.2 p. 334 s. (pirates informatiques). Une faute grave lors d'envoi d'ordres par courriel a été retenue dans l'arrêt TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 (c. 2.4.3).

¹¹⁷ ATF 146 III 326 c. 6.2.1.2 p. 326 s. (pirates informatiques).

¹¹⁸ Cf. ég. la Circulaire 2008/21 (Risques opérationnels – banques) de la FINMA qui impose aux banques de mettre en place des processus garantissant la confidentialité, l'intégrité et de la disponibilité des données et des systèmes IT critiques et/ou sensibles (Cm 135.8).

¹¹⁹ Sur la notion d'authentification à deux facteurs, cf. *supra* nbp 37.

¹²⁰ Lorsque le client transmet ses accès *e-banking* à un tiers, la responsabilité fondée sur l'apparence juridique (*Rechsscheinhaftung*) peut permettre à la banque de considérer que l'ordre provient du client, cf. BERNET / VON DER CRONE, p. 497.

¹²¹ Le *smishing* est une méthode d'arnaque semblable au *phishing*. Au lieu d'opérer par courriel, le pirate informatique passe par le service de messagerie du téléphone ou par WhatsApp pour déjouer l'authentification à deux facteurs (MELANI, Rapport semestriel 2020/1, p. 45). Concernant les diverses méthodes de fraude par *e-banking*, cf. RAPPO / STOJANOVIC, *e-banking* et fraudes informatiques, EF 1-2/18 p. 60 s.

néanmoins être retenue lorsque le système informatique aurait dû détecter le caractère manifestement insolite de l'ordre. La banque doit en toute hypothèse s'assurer contre un piratage massif de son système¹²².

Parmi ces trois modes de transmission, la signature et les courriels présentent plus de risques de détournement ciblé que le système *e-banking*. La banque et le client doivent en être conscients.

C. Pistes de réflexion

Avant de conclure, il nous paraît utile de proposer quelques pistes de réflexion aux parties. Nous nous limiterons à en évoquer trois (du général au particulier): le principe d'interprétation *in dubio contra stipulatorem*, la clause abusive et la théorie du contrat avec soi-même.

1. *In dubio contra stipulatorem*

Face à des clauses ambiguës (*zweideutig*), le client peut chercher à invoquer le principe « *in dubio contra stipulatorem* » pour soutenir une interprétation des conditions générales qui aille dans son sens. En cas de doute, l'interprétation doit en effet se faire « dans le sens défavorable à la partie qui a rédigé et proposé le texte »¹²³. Ce principe a pour l'instant été appliqué essentiellement aux contrats d'assurance (cf. LCA 33)¹²⁴. Il nous paraît cependant que le plaideur en droit bancaire doit aussi pouvoir s'en prévaloir ne serait-ce qu'en vertu de l'asymétrie entre la position de la banque et de son client¹²⁵. En pratique, rares sont ceux qui ont le pouvoir de négocier le contrat ou de s'opposer à une mise à jour des conditions générales¹²⁶.

¹²² Les banques doivent en effet garantir la « protection des processus opérationnels et de l'infrastructure technologique contre les cyberattaques, notamment sous l'angle de la confidentialité, de l'intégrité et de la disponibilité des données et des systèmes [IT critiques et/ou sensibles] » (Cm 135.8 [Principe 4: infrastructure technologique], Circulaire FINMA 2008/21 Risques opérationnels – banques). Cf. ég. l'art. 8 al. 1 OLPD, qui concrétise l'art. 7 LPD (sécurité des données).

¹²³ TERCIER / PICHONNAZ, p. 240 N. 1027; BAHAR, p. 116; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N. 44.

¹²⁴ Cf. TF 4A_92/2020 du 5 août 2020 c. 3.2.2; ég. not. ATF 133 III 61 c. 2.2.2.3 p. 69, SJ 2007 217; ATF 126 V 499 c. 3b p. 503 s.; 124 III 155 c. 1b p. 158, SJ 1998 689.

¹²⁵ Pour une illustration dans une affaire ancienne qui concernait livret d'épargne nominatif, cf. ATF 116 II 459 c. 2.a p. 461 s.; sur le déséquilibre entre les parties, cf. not. BAHAR, p. 105 s.

¹²⁶ Cf. GAUCH / SCHLUEP / EMMENEGGER / SCHMID, N. 1234.

2. *Clause abusive*

En application de l'art. 8 LCD, le tribunal peut considérer qu'une clause des conditions générales est nulle lorsque trois conditions cumulatives sont réunies.

1. Le client doit être un consommateur, à savoir une personne physique dont la relation avec la banque n'est pas en rapport avec son activité commerciale ou professionnelle¹²⁷.
2. La clause crée une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.
3. La clause est en contradiction avec les règles de la bonne foi¹²⁸.

Une clause de transfert de risque ou de réclamation pourrait ainsi être inapplicable, même lorsque la banque n'a pas commis de faute. En particulier, le tribunal pourra retenir la nullité de ces clauses si le client (consommateur) doit supporter un dommage qui ne provient pas de sa sphère d'influence¹²⁹.

3. *Contrat avec soi-même*

Dans l'affaire de l'homme de confiance, le titulaire de la procuration a utilisé ses pouvoirs pour effectuer des virements en sa « propre faveur ». Cette situation pathologique aurait pu être examinée sous l'angle de la théorie du contrat avec soi-même¹³⁰. Or « le contrat que le représentant passe avec lui-même est en principe illicite parce qu'il aboutit d'ordinaire

¹²⁷ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 132. Selon une partie de la doctrine, même un client particulièrement fortuné peut être considéré comme un consommateur (WIDMER, p. 183 N. 397). Bien que le Tribunal fédéral ne se soit pas encore prononcé sur cette question, le Tribunal cantonal vaudois semble retenir une notion plus étroite du consommateur, qui correspondrait à celle retenue à l'art. 32 CPC (arrêt HC/2020/857 du Tribunal cantonal vaudois du 18 décembre 2020, c. 6.2.1). Dans ce sens, cf. ég. KUONEN, p. 8 ss.

¹²⁸ Malgré la même terminologie, la bonne foi de l'art. 8 LCD va « plus loin » que celle de l'art. 2 al. 2 CC (CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N. 166).

¹²⁹ EMMENEGGER, p. 58 ; WIDMER, p. 203 N. 434 ; KOLLER, p. 53 ; BRACHER, p. 159. Par exemple si la banque exécute des ordres semblant provenir de l'adresse électronique du client (*spoofing*). Au contraire, si le client se fait pirater ses accès à son adresse électronique ou à son *e-banking*, le dommage provient de sa sphère d'influence.

¹³⁰ Le Tribunal fédéral laisse expressément la question ouverte (ATF 146 III 121 c. 3.3 p. 131 [homme de confiance]). Lors de l'audience publique, deux juges fédérales se montrèrent favorables à l'application de cette théorie pour trancher le litige.

à un conflit d'intérêts»¹³¹. Cette approche s'applique en général dans les rapports entre la société et celui qui la représente. Il n'est pas exclu qu'elle soit un jour étendue à des situations en matière bancaire¹³².

V. CONCLUSION

Pour conclure, nous synthétisons les trois étapes afin de permettre aux praticiens de les appréhender en un clin d'œil.

Étape 1

Lorsque le client ordonne le virement, celui-ci est réputé donné «avec mandat». La même conclusion s'impose lorsqu'un représentant agit valablement au nom et pour le compte du client. Dans les deux cas, l'art. 402 al. 1 CO s'applique.

Lorsque le client n'ordonne pas lui-même le virement ou que la représentation échoue, l'ordre est réputé donné «sans mandat». Dans cette situation, la banque supporte le dommage selon le système légal. Les parties peuvent y déroger par l'intégration au contrat d'une clause de transfert de risque ou de réclamation (étape 2).

Étape 2

L'étape 2, centrale, est le lieu de l'examen des conditions générales. Le juge apprécie la gravité de la faute de la banque et de ses auxiliaires afin de déterminer si la clause de transfert de risque s'applique. Le Tribunal fédéral réserve un traitement particulier à la clause de réclamation: il semble qu'il faille plaider l'abus de droit (de la banque) pour faire échec à la fiction de ratification qu'elle emporte. La faute de la banque, même grave, ne libère apparemment pas le client de son devoir de signaler les irrégularités. Ce point contestable mérite clarification.

¹³¹ Cf. not. ATF 126 III 361 c. 3a; ATF 127 III 332 c. 2 p. 333 s.; ATF 144 III 388 c. 5.3.2 p. 392. Cf. ég. en droit allemand l'art. 181 BGB qui prévoit ce qui suit: «*Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht*».

¹³² Cf. en 1945 déjà DE SAUSSURE, p. 87 ss. Plus récemment, et en faveur de la validité du contrat avec soi-même en matière bancaire: GUGGENHEIM / GUGGENHEIM, p. 515 N. 1958; BERNET / VON DER CRONE, p. 496. Contre la validité du contrat avec soi-même: CR CO-CHAPPUIS art. 33 N. 32. TERCIER / PICHONNAZ admettent sa validité lorsque le représenté l'a expressément autorisé. Cf. ég. FISCHER, p. 1260 ss.

Étape 3

L'étape 3 a sa logique propre puisqu'il n'est plus question d'action en exécution. Elle consiste pour la banque à élever une prétention en indemnisation contre son client. Son application restera exceptionnelle dès lors qu'elle suppose l'inefficacité des clauses de transfert de risque et de réclamation (ou leur omission). La banque doit démontrer que son dommage résulte d'une violation par le client de ses devoirs contractuels. Le cas échéant, le tribunal fera droit à la «contre-prétention» de la banque, dans la mesure où il n'aura pas retenu une faute concomitante de celle-ci.

Face aux opérations innombrables qu'exécutent les banques, le problème des ordres bancaires frauduleux se pose à la marge. Il n'empêche qu'il est récurrent et lourd de conséquences. La méthode en trois étapes qu'a dégagée le Tribunal fédéral offre une toile de fond aux avocats qui entendent raconter l'histoire — forcément singulière — de leur client. L'avenir dira si les contraintes du réel réduiront ce système élégant comme *peau de chagrin* ou s'il résistera à l'épreuve du temps¹³³.

¹³³ Sur cette question, les auteurs divergent, mais là n'est pas l'essentiel.

BIBLIOGRAPHIE

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur ou des auteurs.

BAHAR RASHID, Conditions générales: a time for change, in: Thévenoz / Bovet (édit.), Journée 2011 de droit bancaire et financier, Genève 2012, p. 99

BERNET SANDRO / VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftungsrechtliche Stellung der Bank bei Vollmachtsverhältnissen, RSDA 2020 p. 489

BRACHER NICOLAS, Legitimationsprüfung und Risikotransfer bei E-Mail-Zahlungsaufträgen, RSDA 2018 p. 156

CHAPPUIS CHRISTINE, Art. 33 CO, in: Thévenoz / Werro (édit.), Commentaire romand – Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 (cité: CR CO I-CHAPPUIS, art. ... N. ...)

DE SAUSSURE CLAUDE, L'acte juridique sans pouvoirs de représentation, thèse, Lausanne 1945

EMMENEGGER SUSAN, PSD2: Eckpunkte und Relevanz für Schweizer Finanzdienstleister, in: Emmenegger (édit.), Zahlungsverkehr - Beiträge zur Schweizerischen Bankrechtstagung 2018, Bâle 2018, p. 19

EMMENEGGER SUSAN / REBER MARTINA, Biometrische Daten im Bankkundenverkehr am Beispiel der Stimmauthentifizierung, in: Emmenegger (édit.), Banken und Datenschutz, Bâle 2019, p. 161

EMMENEGGER SUSAN / THÉVENOZ LUC / REBER MARTINA / HIRSCH CÉLIAN, Das schweizerische Bankprivatrecht 2020 = Le droit bancaire privé suisse 2020, RSDA 2021 (à paraître)

FISCHER DAMIAN A., Prüfung von Bankvollmachten und Interessenkonflikte, PJA 2020 p. 1250

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER / EMMENEGGER SUSAN / SCHMID JÖRG, OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 11^e éd., Zurich 2020

GEISSBÜHLER GRÉGOIRE, Responsabilité de la banque... restante, in: Jusletter 1^{er} avril 2019

GUGGENHEIM DANIEL / GUGGENHEIM ANATH, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5^e éd., Berne 2014

- HÄUSLER ADRIAN, La procuration et le tiers: évolution du droit suisse, RSJ 117/2021 p. 282
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Emmenegger (édit.), Schweizerische Bankrechtstagung 2013, Bâle 2013 p. 53
- KUONEN NICOLAS, Le contrôle des conditions générales: l'envol manqué du phénix, SJ 2014 II p. 1
- LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2008
- MARTIN CÉLINE, Das Kontokorrent im schweizerischen Bankgeschäft, Zurich/Saint-Gall 2020
- PICHONNAZ PASCAL, Art. 8 LCD, in: Martenet / Pichonnaz (édit.), Commentaire romand: Loi contre la concurrence déloyale, Bâle 2017 (cité: CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD)
- PICHONNAZ PASCAL, Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse?, in: Gauch / Werro / Pichonnaz (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 377 (cité: PICHONNAZ, Conditions générales)
- MOOR PIERRE, Dynamique du système juridique: une théorie générale du droit, Genève 2010
- RAPPO AURÉLIA / STOJANOVIC BRANKA, E-banking et fraudes informatiques, EF 1-2/18 p. 60
- STEINAUER PAUL-HENRI, Le titre préliminaire du Code civil, 2^e éd., Bâle 2009
- STOLL DANIEL, Missbrauch von Bankvollmachten – Geschädigte aus zivil- und strafrechtlicher Perspektive, RSJ 114/2018 p. 413
- TERCIER PIERRE / PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 6^e éd., Zurich 2019
- THÉVENOZ LUC, Le banquier, son client et l'ordinateur: réflexions sur la prestation de services en masse, SJ 1993 p. 17
- THÉVENOZ LUC, Les conditions générales des banques - réflexions sur un législateur innommé, in: Gauch / Werro / Pichonnaz (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 457
- THÉVENOZ LUC, Art. 97 – 100 CO, in: Thévenoz / Werro (édit.), Commentaire romand – Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (à paraître) (cité: CR CO I-THÉVENOZ, art. ... N. ...)

- TORRIONE HENRI, Le poids des arguments: discoursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique, in: Gauchs: Recht, Vertragsrecht und Baurecht: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2004.
- WATTER ROLF, Art. 38 OR, in: Honsell / Vogt /Wiegand (édit.), Basler Kommentar – Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR, 7^e éd., Bâle 2019 (cité: BSK-WATTER, art. 38 CO)
- WEBER ROLF H. / EMMENEGGER SUSAN, Art. 97-109 OR. Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung, in: Berner Kommentar, 2^e éd., Berne 2020 (cité: BK OR-WEBER / EMMENEGGER, Art. 97 N. ...)
- WHERLOCK ALEXANDER / VON DER CRONE HANS CASPAR, Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte, RSDA 2016 p. 96
- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG: unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, thèse, Zurich 2014
- WIEGAND WOLFGANG, Art. 97 OR, in: Honsell / Vogt Nedim / Wiegand (édit.), Basler Kommentar – Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR, 7^e éd., Bâle 2019
- ZUFFEREY MATHIEU, La représentation indirecte: étude d'une institution de droit suisse des obligations, thèse Fribourg, Genève/ Zurich/Bâle 2018
-

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	117
II.	AFFAIRES ET PROBLÉMATIQUES.....	119
	A. Homme de confiance.....	119
	B. Avocat distrait	119
	C. Ex-employé félon	120
	D. Pirates informatiques.....	120
	E. Fraude au président	121
III.	MÉTHODE EN TROIS ÉTAPES.....	121
	A. Première étape : régime légal.....	123
	1. Droit au remboursement (CO 402 I).....	123
	2. Représentation	125
	a. Exposé de la problématique pour la banque	125
	b. Rapports internes	125
	c. Rapports externes.....	126
	d. Ratification.....	127
	3. Fardeau de la preuve.....	127
	B. Deuxième étape : dérogation conventionnelle	129
	1. Clause de transfert de risque.....	130
	a. Portée et but	130
	b. Première limite : faute grave d'un organe de la banque	131
	c. Deuxième limite : faute d'un organe de la banque qui n'est pas grave	131
	d. Troisième limite : faute d'un auxiliaire	132
	2. Clause de réclamation.....	132
	3. Clause de banque restante.....	133
	4. Cumul des clauses de banque restante et de réclamation	134
	5. Fardeau de la preuve.....	134
	C. Troisième étape : prétention en dommages-intérêts de la banque.....	136
	1. Violation du contrat par le client	137
	2. Faute concomitante de la banque.....	138
	3. Fardeau de la preuve.....	139
IV.	ANALYSE.....	140
	A. Dénouement	140
	1. Homme de confiance : procuration	140
	2. Avocat distrait : clause de réclamation	141

3. Ex-employé félon : banque restante	141
4. Pirates informatiques : faute grave.....	142
5. Fraude au président : faute concomitante.....	143
B. Observations critiques	143
1. Risques de confusion	143
a. Faute de la banque	144
b. Faute et abus de droit de la banque	144
c. Pas de place pour la faute concomitante du client ..	145
2. Pouvoir d'appréciation du juge.....	146
3. Examen de la faute selon le mode de transmission	146
C. Pistes de réflexion	148
1. <i>In dubio contra stipulatorem</i>	148
2. Clause abusive	149
3. Contrat avec soi-même	149
V. CONCLUSION	150
BIBLIOGRAPHIE	152
