

Contrats bancaires

Devoir de diligence d'une banque lors de l'exécution d'une transaction

Par Philipp Fischer, Sébastien Pittet le 9 janvier 2020

Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt intéressant au sujet du devoir de diligence auquel une banque est soumise lors de l'examen des pouvoirs du représentant d'une cliente-personne morale (arrêt [4A 289/2019](#) du 24 octobre 2019, non destiné à la publication).

Deux transactions sont au cœur du litige entre la Banque B. SA et sa cliente, la société C. SA :

1. Le 15 juillet 2008, D. et E., administrateurs de la société C. SA avec un pouvoir de signature collective à deux inscrit au Registre du commerce, ont mis en gage les actifs de C. SA au profit de la Banque B. SA en vue de garantir les dettes de F. Ltd (incorporée à St. Vincent & the Grenadines) à l'égard de la banque. Le 24 novembre 2010, D. et E. (agissant pour le compte de C. SA) ont instruit la Banque B. SA de transférer un montant de CHF 13 millions en faveur de F. Ltd, montant destiné à éteindre les dettes qui font l'objet du droit de gage en faveur de la banque. Il s'est avéré ultérieurement que D. était dans une situation de conflit d'intérêts dans le cadre de ces deux transactions, dans la mesure où il semblait avoir disposé d'un certain intérêt économique personnel dans la société F. Ltd.
2. Le 11 novembre 2011, D., déclarant agir pour le compte de la société C. SA, donna l'ordre téléphonique à la Banque B. SA d'acquérir 350'000 obligations de la société H. SA (incorporée aux Iles Vierges Britanniques).

En 2015, une société à laquelle C. SA avait cédé sa créance contre la Banque B. SA intenta action contre la banque en reprochant à cette dernière d'avoir manqué à son devoir de diligence (i) lors de la mise en gage des avoirs et l'exécution du virement de CHF 13 millions et (ii) lors de l'achat des obligations de la société H. SA.

Le *Handelsgericht* de Zurich (arrêt [HG160258-O](#) du 8 mai 2019) rejeta les prétentions de la demanderesse. Dans l'arrêt résumé ici, le Tribunal fédéral confirme l'arrêt cantonal.

Transaction 1 : mise en gage et virement

Selon la demanderesse, la Banque B. SA aurait dû constater que la mise en gage des avoirs bancaires de C. SA en garantie des dettes d'une société tierce ne concordait pas avec le but social de C. SA. Selon l'arrêt cantonal, confirmé sur ce point par le Tribunal fédéral, un tiers peut se fonder sur les pouvoirs d'un représentant inscrit au Registre du commerce, hormis si la

transaction est clairement et directement contraire au but social. Or, dans le cas d'espèce, les opérations litigieuses n'étaient pas exclues par le but social de C. SA

Ce nonobstant, la demanderesse soutenait que la Banque B. SA aurait dû procéder à des *vérifications supplémentaires* (soit notamment demander un extrait du procès-verbal du conseil d'administration approuvant les transactions) avant d'effectuer les opérations litigieuses (i) car celles-ci étaient inhabituelles et (ii) car D. se trouvait placé dans une situation de conflit d'intérêts.

Selon la jurisprudence, s'agissant d'une transaction qui s'inscrit dans le cours usuel des affaires d'une société, une banque n'est pas tenue de procéder à des vérifications supplémentaires. Seules une accumulation de circonstances inhabituelles ou la présence d'un conflit d'intérêts (entre la société-cliente et son représentant) reconnaissable par la banque doivent amener cette dernière à procéder à des vérifications supplémentaires.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral estime que les opérations litigieuses n'étaient pas inhabituelles concernant C. SA. Par ailleurs, la Banque B. SA n'avait pas été en mesure d'identifier le conflit d'intérêts affectant D. Partant, la Banque B. SA n'était pas tenue de procéder à des vérifications supplémentaires avant d'exécuter les instructions reçues des représentants de la société-cliente inscrits au Registre du commerce en tant que signataires autorisés.

Transaction 2 : acquisition des obligations

Le Tribunal fédéral confirme que D., en sa qualité de membre du conseil d'administration avec un pouvoir de signature collective à deux, n'avait pas la capacité juridique d'engager seul la société C. SA. La Banque B. SA était donc en principe tenue de refuser d'exécuter cette transaction. Cela étant, le Tribunal fédéral retient que le conseil d'administration de C. SA a ratifié la transaction en laissant écouler un délai de 9 mois entre la prise de connaissance de la transaction (24 janvier 2012) et sa contestation (1^{er} novembre 2012). Partant, la société C. SA ne pouvait plus remettre en cause la transaction après l'expiration d'un tel délai.

Observations

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral indique qu'une banque n'est, en principe, pas tenue de procéder à des vérifications supplémentaires s'agissant des pouvoirs du représentant d'une cliente-personne morale si (i) la transaction est couverte par le but social (interprété de manière large), (ii) le ou les donneur(s) d'ordre est/sont inscrit(s) au Registre du commerce en qualité de signataire(s) autorisé(s) et (iii) la société qui est cliente de la banque n'a pas demandé spécifiquement à cette dernière de procéder à des vérifications supplémentaires (par exemple s'agissant de transactions à destination de certains pays ou dépassant certains seuils). Ainsi, ce n'est que si la banque est confrontée à une accumulation de circonstances inhabituelles ou si la banque peut (en usant d'une diligence raisonnable) reconnaître que le représentant se trouve placé dans une situation de conflit d'intérêts que la banque doit procéder à des vérifications supplémentaires.

Enfin, le Tribunal fédéral confirme qu'un ordre téléphonique donné par un représentant disposant d'une signature collective à deux (et agissant seul) n'engage pas valablement la société-cliente. Cela étant, la société doit rapidement remettre en cause la transaction afin

d'éviter de se voir opposer une ratification tacite de cette dernière (s'agissant de la fiction de ratification, qui n'est pas abordée expressément dans l'arrêt, cf. [Célian Hirsch, cddf.ch/1028](https://cddf.ch/1028)).

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Philipp Fischer, Sébastien Pittet, Devoir de diligence d'une banque lors de l'exécution d'une transaction, publié le 9 janvier 2020 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cddf.ch/1106/>