CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Transactions non autorisées

Quelle action contre la banque ?

Par Célian Hirsch le 27 octobre 2022

Si la banque exécute des transactions non autorisées, le client doit-il déposer une demande en exécution ou en dommages-intérêts ? Cela dépend si la fraude est interne ou externe, *dixit* le Tribunal fédéral dans l'ATF 149 III 105 (arrêt 4A_407/2021).

L'état de fait peut être simplifié de la sorte : un chargé de relation, responsable du desk turc d'une banque, procède à des transactions (opérations Forex, investissements, virements …) sur les comptes de plusieurs clients, sans avoir reçu d'ordres au préalable. Afin de dissimuler ces transactions non autorisées, l'employé remet aux clients uniquement des résumés qu'il a lui-même préparés, et non des documents officiels de la banque.

Lorsque le chargé disparaît en Turquie, la fraude est découverte. Plusieurs clients actionnent la banque afin d'obtenir le remboursement des montants débités sans droit (cf. 4A_126/2019 commenté *in* cdbf.ch/1112 et ACJC/548/2021). Dans le cas qui nous intéresse, le client a listé douze transactions qu'il n'avait pas ordonnées, totalisant EUR 4'550'958,30.

Le client saisit le Tribunal de première instance genevois d'une demande en paiement. Il agit, à titre principal, en exécution du contrat, réclamant la restitution de ses avoirs, et, à titre subsidiaire, en responsabilité pour inexécution du contrat, exigeant la réparation de son préjudice.

Après une procédure de près de dix ans, le Tribunal condamne la banque, en application des règles de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO), à payer au client EUR 4'550'958,30 contre restitution des titres se trouvant dans son portefeuille.

Statuant sur appel de la banque et appel joint du client, la Cour de justice confirme en grande partie le jugement. Cela étant, elle considère que le client dispose d'une action en exécution, et non en dommages-intérêts. En effet, les fonds déposés sur le compte bancaire ouvert au nom d'un client sont la propriété de la banque. À concurrence des sommes déposées, le client acquiert contre la banque une créance correspondante. Or la banque peut se prévaloir de sa propre créance en remboursement des avances et frais engagés uniquement si elle a été valablement instruite en ce sens (cf. art. 402 CO). La Cour ne voit aucun motif pour distinguer cette situation selon l'origine de la transaction non autorisée, à savoir qu'elle provienne d'un employé de la banque ou d'un tiers non autorisé (ACJC/787/2021).

La banque recourt contre cet arrêt auprès du Tribunal fédéral. Elle soutient que la banque voit

sa responsabilité engagée lorsqu'elle exécute des transactions non autorisées. Le client ne disposerait que d'une action en dommages-intérêts. Il devrait alléguer et prouver son dommage, ce qu'il n'aurait pas fait *in casu*. Par ailleurs, l'indemnité devrait être réduite en raison d'une faute concomitante du client (examen qui n'existe pas dans le cadre d'une action en exécution).

La qualification de l'action est pertinente, car elle influence tant la preuve du dommage que la possibilité d'invoquer la faute concomitante du client.

Le Tribunal fédéral affirme que « si la banque effectue des opérations bancaires sans instructions ou sans l'accord de son client, elle répond du dommage qui en résulte pour celui-ci selon les règles de la gestion d'affaires sans mandat ».

Il continue, sans référence jurisprudentielle ou doctrinale :

> « [l]orsque l'on se trouve en présence de détournements des avoirs du client commis par un employé de la banque, qui ont donc été exécutés sans instructions et sans l'accord du client, le dommage est subi par le client et la banque en est responsable conformément aux art. 398 al. 2 et 97 ss CO ».

Il s'agit donc d'une action en dommages-intérêts.

Enfin, le Tribunal fédéral justifie la distinction entre la situation dans laquelle un employé détourne les avoirs d'un client, de celle où les ordres frauduleux émanent de tiers (cf. en particulier ATF 146 III 121, commenté *in* cdbf.ch/1135). Dès lors que les cas de défaut de légitimation font partie du risque inhérent à l'activité bancaire, le risque est supporté par la banque. Cela justifierait ainsi de retenir de manière exceptionnelle l'action en exécution, et non celle en dommages-intérêts.

Partant, la Cour de justice a retenu à tort l'action en exécution. Le client ne dispose que d'une action en responsabilité. Cela étant, le Tribunal fédéral considère que le dommage a bien été allégué par le client. C'est au contraire à la banque qu'il revenait de contester les pertes invoquées.

Enfin, concernant la faute concomitante du client, le Tribunal fédéral considère que la Cour a commis une « contradiction irréductible ». En effet, elle a admis, d'une part, que le client avait découvert que le chargé lui avait acheté des parts d'un fonds, malgré l'absence d'instruction. D'autre part, elle a retenu que le client n'avait aucune raison de s'attendre à ce qu'il y ait des transactions non autorisées sur son compte, malgré cet incident.

Le Tribunal fédéral admet ainsi le recours de la banque et renvoie la cause à la Cour afin qu'elle apprécie la faute concomitante du client pour réduire son indemnité.

Le raisonnement du Tribunal fédéral excluant l'action en exécution n'est pas convaincant. Le client qui dépose des avoirs auprès d'une banque bénéficie d'une créance à son encontre. Comme le prêteur qui prête à l'emprunteur. Si ce dernier se fait voler l'argent emprunté, que cela soit par un employé ou par un tiers, il reste débiteur du même montant envers le créancier. L'action en exécution ne peut pas être transformée en une action en dommages-intérêts en

raison des écritures internes de la banque, que celles-ci proviennent d'une fraude interne ou externe.

Si le Tribunal fédéral ne revient pas sur cette malheureuse jurisprudence, le client devrait être bien méticuleux sur l'allégation du dommage et proposer une expertise judiciaire afin de le prouver. Même si le Tribunal fédéral semble avoir été indulgent dans cet arrêt, il s'est montré bien plus sévère dans le passé (cf. ATF 144 III 155, commenté *in* cdbf.ch/1004 et 4A_202/2019, commenté *in* cdbf.ch/1110).

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Célian Hirsch, Quelle action contre la banque ?, publié le 27 octobre 2022 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/1255/