

Grégoire Geissbühler

Responsabilité de la banque. . . restante

**Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral,
4A_119/2018 du 7 janvier 2018**

Die Klausel der banklagernden Post und die Möglichkeit des Kunden, Geschäfte auf seinem Konto innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu bestreiten, werden in der Regel als Obliegenheiten bezeichnet. In der hier besprochenen Entscheidung ist das Bundesgericht jedoch der Ansicht, dass der Kunde verpflichtet war, seine banklagernde Post abzuholen und für Schäden haftbar gemacht werden kann. Die Erwägungen des Bundesgerichts scheinen mehr von Fairness und der Beurteilung der Fehler der Parteien als von der strikten Anwendung des Obligationenrechts bestimmt zu sein. (as)

Beitragsarten : Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete : Obligationenrecht ; Bankrecht

Zitiervorschlag : Grégoire Geissbühler, Responsabilité de la banque. . . restante, in : Jusletter 1. April 2019

Table des matières

1. Introduction
2. Résumé
3. Qualification de la clause de banque restante
4. Responsabilité de la cliente
5. Conclusion : une faute partout, la balle au centre

1. Introduction

[Rz 1] La clause de banque restante est une institution connue dans les relations bancaires, mais dont le rôle est généralement de prémunir la banque contre une action de la part du client si celui-ci ne conteste pas à temps les opérations dont il aurait pu avoir eu connaissance s'il avait diligemment récupéré son courrier gardé par la banque.

[Rz 2] L'arrêt du Tribunal fédéral 4A_119/2018 donne une autre portée à cette clause. La banque pourrait ici se prévaloir d'un manquement du client pour réclamer des dommages-intérêts. Cette configuration nouvelle mérite quelques développements sur la situation factuelle qui a mené à cette décision, sur la qualification de la clause de banque restante ainsi que sur les risques encourus par les clients.

2. Résumé

[Rz 3] Pour comprendre l'arrêt du TF 4A_119/2018, il est nécessaire de revenir à l'arrêt précédent, l'arrêt du TF 4A_379/2016.

[Rz 4] A. était la cliente de la banque Z. SA, et avait notamment conclu un contrat de gestion de fortune. Son compte était géré par B., qui était à l'époque un directeur adjoint de la banque. B. a ensuite quitté la banque pour rejoindre la société V. SA, dont il était administrateur et vice-président. Il poursuivait la gestion du compte de A., toujours ouvert auprès de la banque Z. SA.

[Rz 5] Entre 2006 et 2008, B. a détourné plusieurs centaines de milliers d'euros du compte de A. En 2006, il avait donné un ordre interne, profitant ainsi de sa position de directeur. En 2008 et 2010, alors qu'il avait quitté la banque Z. SA, il a recouru à des ordres de virement, sur lesquels il falsifiait la signature de A. Les avis de débit étaient placés dans la correspondance en banque restante de A., avec copie à la société V. SA.

[Rz 6] A. ne s'est aperçue de la situation qu'en janvier 2011, après que son compte a été vidé, et a récupéré à ce moment la correspondance en banque restante. A. a ensuite cédé sa créance à sa fille X., qui a ouvert action contre la banque.

[Rz 7] En première et deuxième instance cantonale, X. n'a obtenu que le remboursement du premier versement, effectué alors que B. était encore directeur adjoint de la banque. A. a recouru au Tribunal fédéral (arrêt du TF 4A_379/2016).

[Rz 8] En substance, le Tribunal fédéral a retenu l'existence de deux relations contractuelles : entre la banque et la cliente d'une part, et avec le gérant (B.) d'autre part. La banque n'était liée que par une relation « *execution only* » à A., et ne répondait pas de la gestion en tant que telle.

[Rz 9] En revanche, la banque qui exécute un transfert ne peut récupérer le montant sur le compte de la cliente que sur la base du contrat du mandat, ce qui suppose qu'elle ait correctement exécuté

son obligation (art. 402 CO) – et notamment qu'elle ait effectué les vérifications de signature nécessaires.

[Rz 10] Les conditions générales de la banque peuvent prévoir que le risque de falsification est supporté par la cliente, mais une telle clause est interprétée comme une exclusion de responsabilité, avec les restrictions connues en matière de faute grave (art. 100 et 101 CO – étant rappelé que les banques sont soumises au régime aggravé des industries concédées).

[Rz 11] Dans le cas d'espèce, les opérations ordonnées n'étaient pas couvertes par la procuration et inhabituelles au vu de la gestion du compte. Dans un tel cas, l'employé de la banque ne pouvait pas se contenter de vérifier auprès du gérant sans contacter la cliente. Il apparaît de plus que l'employé avait renoncé à ces vérifications en raison de ses rapports de proximité avec B., avec qui il avait travaillé au sein de la banque. Le Tribunal fédéral a donc considéré qu'il y avait là une faute grave.

[Rz 12] Le Tribunal fédéral a donc admis le recours de la cliente, et renvoyé la cause à l'instance précédente, en l'enjoignant également à examiner la question d'une éventuelle responsabilité de la cliente, pour ne pas avoir retiré son courrier en banque restante.

[Rz 13] Un an et demi plus tard, et après que la cour cantonale a pleinement fait droit aux conclusions de la cliente, le Tribunal fédéral se prononce à nouveau sur l'affaire (arrêt 4A_119/2018). Il reprend le raisonnement là où il s'était arrêté en 2017, sur l'éventuelle responsabilité de la cliente pour ne pas avoir relevé son courrier en banque restante.

[Rz 14] La banque considère que la cliente a violé ses obligations en ne relevant pas le courrier gardé en banque restante. La banque fait également valoir que la monnaie des conclusions (l'euro) ne serait pas la bonne, ce qui devrait conduire au rejet de ces dernières¹. Le Tribunal fédéral n'aborde toutefois pas ce point, qui n'est pour l'heure pas nécessaire à la résolution du litige.

[Rz 15] Après avoir rappelé sa jurisprudence relative à la banque restante et la ratification, le Tribunal fédéral considère que la cliente avait l'*obligation* de relever son courrier en banque restante, et qu'elle doit en répondre. Il s'agit là du principal développement des deux arrêts faisant l'objet du présent commentaire, ce point ne ressortant pas des arrêts précédents².

[Rz 16] En revanche, reconnaître la violation d'une obligation à la charge de la cliente ne suffit pas à lui imputer une responsabilité ni à calculer un dommage. Le Tribunal fédéral admet donc le recours, et renvoie l'affaire à l'instance précédente pour une nouvelle décision. La cour cantonale devra déterminer si la cliente aurait pu se rendre compte des malversations si elle avait relevé son courrier à temps, puis – dans l'affirmative – peser les fautes respectives des parties pour allouer la répartition du dommage.

¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_119/2018 du 7 janvier 2019, c. D. Sur cette problématique : OLIVIER/GEISSBÜHLER, La monnaie des conclusions dans les litiges bancaires, PJA 2017 1439 ss.

² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_379/2016 du 15 juin 2017, c. 3.2.2, citant les arrêts Tribunal fédéral 4A_54/2009 du 20 avril 2009 et 4A_438/2007 du 29 janvier 2008, qui eux-mêmes indiquent : « Le dommage découlant du paiement indu est un dommage de la banque, non du client. La banque peut tout au plus demander des dommages-intérêts à son client s'il a fautivement contribué à causer le dommage qu'elle a subi ; dans ce sens, l'art. 1132 CO prévoit que le dommage résultant d'un chèque faux ou falsifié est à la charge du tiré si aucune faute n'est imputable à la personne désignée comme tireur dans le titre. Ainsi, selon la réglementation légale, le client qui n'a pas, d'une manière ou d'une autre, incité la banque à procéder au transfert indu, n'a pas à supporter le dommage qui en résulte, même en l'absence de faute de la banque ».

3. Qualification de la clause de banque restante

[Rz 17] La clause de banque restante (« *banklagernde Post* » ; « *holdmail* ») est celle par laquelle le client et la banque s'accordent sur le fait que la correspondance adressée au client ne sera pas envoyée à l'adresse de ce dernier, mais conservée par la banque, le client pouvant la consulter dans les locaux de celle-ci. Son but est généralement de préserver la discrétion des clients. Combinée à une autre clause – fréquente – prévoyant la ratification par le client des opérations qui n'auraient pas été contestées dans un certain délai, elle peut conduire les clients à ratifier une opération contestable dont il n'aurait même pas eu connaissance. Si ce résultat est admissible sur le principe, car il résulte d'un risque librement consenti par le client dans son propre intérêt, le Tribunal fédéral a posé certains garde-fous en matière d'abus de droit. La banque ne peut en particulier pas agir sciemment de façon contraire à la volonté ou aux intérêts des clients pour ensuite se prévaloir de la ratification³.

[Rz 18] Reste maintenant à qualifier cette clause. Lorsqu'un contrat prévoit qu'une partie doit faire ou ne pas faire une certaine action, on peut – schématiquement et dans la mesure qui nous occupe dans ce commentaire – la ranger dans l'une des deux catégories suivantes :

- il s'agit d'une obligation « classique », à laquelle le débiteur doit se conformer sous peine de s'en voir imposer l'exécution et/ou d'être tenu à des dommages-intérêts.
- Il s'agit d'une incombance, à laquelle le débiteur doit se conformer sous peine de perdre un de ses droits – l'autre partie ne pouvant faire valoir une quelconque prétention dans ce cas.

[Rz 19] La clause de banque restante semble plutôt revêtir les caractéristiques de l'incombance du point de vue de la cliente : s'il omet de relever son courrier à temps, il perd le droit de faire rectifier les opérations erronées⁴. Tout au plus pourrait-on y voir certaines obligations à la charge de la banque : celle, négative, de ne pas envoyer de courriers à l'adresse de la cliente, et celle, positive, de les conserver en ses locaux. La contestation des écritures erronées dans le délai prévu est également une incombance⁵.

[Rz 20] La qualification d'obligation à la charge de la cliente de la clause de banque restante est donc à notre avis contestable, et ne semble pas faire l'objet d'un véritable questionnement, ni dans cet arrêt, ni dans l'arrêt précédent⁶.

[Rz 21] En tout état, la clause de banque restante n'est pas reproduite, ce qui rend son interprétation difficile. On peut toutefois partir du principe que la clause ne prévoyait pas de délai pour que la cliente relève son courrier en banque restante – d'autant plus que la banque, qui est maîtresse de la rédaction des conditions générales, devrait voir la clause interprétée en sa défaveur (« *contra stipulatorem* »).

³ NICOLAS BÉGUIN/BENOÎT CHAPPUIS, in : Alessandro Bizzozero/André Feletti/Samantha Meregalli Do Duc (édit.), *Le mandat de gestion de fortune*, 2^e éd., Schulthess 2017, p. 475 s. ; LÉONARD BRUCHEZ, *La clause de banque restante dans la gestion de fortune*, Bulletin CEDIDAC no 44, p. 2 ; CARLO LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, 2^e éd., Schulthess 2008, p. 351 – 352 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_119/2018 du 7 janvier 2019, c. 6.1.1 – 6.1.3 (ainsi qu'une abondante jurisprudence fédérale qu'il serait fastidieux de lister ici).

⁴ Dans ce sens : BRUCHEZ (n. 3), p. 2.

⁵ BÉGUIN/CHAPPUIS (n. 3), p. 475.

⁶ Pour paraphraser l'adage militaire, « si ça a le goût du poulet, l'odeur du poulet et ça ressemble à du poulet, mais que le Tribunal fédéral te dit que c'est du mouton, alors c'est du mouton ».

[Rz 22] Dans ces circonstances, il est difficile de fixer abstraitement un délai maximal, et de le faire correspondre à une hypothétique volonté des parties. La cliente ne souhaitait pas recevoir son courrier et les conditions générales lui réservaient la possibilité de le consulter ou non. À moins de retenir un abus de droit de la cliente, on voit mal comment l'usage de cette liberté pourrait lui être reproché.

4. Responsabilité de la cliente

[Rz 23] À supposer que la clause de banque restante soit effectivement une obligation et que sa violation puisse entraîner la responsabilité de la cliente, cela n'entraîne pas automatiquement une prétention en dommages-intérêts. Encore faut-il que les autres conditions de l'art. 97 al. 1 CO soient remplies, notamment l'exigence du dommage, de la causalité et de la faute.

[Rz 24] Le dommage est une diminution involontaire du patrimoine net. Ici, on peut soit le voir comme une diminution de l'actif (la banque transfère les fonds à B.), soit comme une non-augmentation de l'actif (une fois le transfert effectué, elle ne peut pas débiter le compte de sa cliente). Mais dans les deux cas, la banque est la responsable première et directe de son propre dommage : elle a transféré les fonds à B. en omettant les vérifications nécessaires, et ce manquement – qualifié de faute grave par le Tribunal fédéral lui-même – a conduit à la perte de son droit de récupérer les montants transférés sans droit.

[Rz 25] Le même schéma s'est reproduit pour chacune des transactions concernées. Si on peut admettre qu'une réaction de la cliente aurait permis de mettre fin aux prélèvements sur son compte, ce lien de causalité est *dépassé* par les actions fautives de la banque. En effet, tant que la cliente ne réagissait pas, le préjudice ne se matérialise pas, et ce simple risque ne suffit pas à fonder sa responsabilité⁷. En revanche, au moment du transfert patrimonial, la banque est la responsable primaire du transfert et de son propre dommage.

[Rz 26] À notre sens, la responsabilité de la cliente ne pourrait être engagée que si la violation de son obligation avait conduit au préjudice sans action fautive de la banque. On peut concevoir, dans un autre contexte, que la cliente laisse par négligence accès à son compte e-banking à des tiers (ce cas étant généralement prévu par les conditions générales), qui en profitent pour effectuer des virements. Dans ce cas, il s'agit toujours d'un ordre non-autorisé et d'une négligence de la cliente, mais la banque n'a pas failli à ses obligations au moment de la réalisation du risque.

[Rz 27] La causalité est d'autant plus difficile à démontrer que l'absence de consultation de la banque restante n'est de nature à causer un dommage à la banque que dans l'hypothèse où une opération effectuée par la banque n'est pas valable – ici suite à une faute grave. Or, c'est cette même faute grave qui est à l'origine du dommage dont la banque demande réparation.

[Rz 28] Ces multiples renversements de l'allocation du dommage et de l'attribution de la causalité (d'abord à la cliente par les conditions générales, puis à la banque au vu de sa faute, puis à nouveau à la cliente suite à la violation de son « obligation » de relever son courrier) sont difficiles à suivre et globalement insatisfaisants.

⁷ THOMAS PROBST, La causalité aujourd'hui, in : Christine Chappuis/Bénédict Winiger (édit.) les causes du dommage, Schulthess 2007, p. 18 ss.

[Rz 29] Reste enfin la question de la faute, qui est la condition la plus simple à analyser dans ce cas, car elle permet d'avoir une vision globale de la situation, basée sur le pouvoir d'appréciation du juge, ce que les autres conditions ne permettent guère.

[Rz 30] La cliente n'a pas relevé son courrier pendant quatre ans, un délai qui paraît effectivement long. Si elle a assuré le suivi de compte, elle s'est uniquement basée sur les relevés que lui fournissait son gérant, qui s'avérait être celui qui vidait son compte. En revanche, elle n'avait pas de raison de douter de la probité du gérant et du fait que celui-ci lui transmettait fidèlement les relevés, ce qu'il faisait déjà alors qu'il travaillait encore au sein de la banque. Un/e juge pourrait pondérer ces différents éléments et retenir une faute – probablement légère ou moyenne – à la charge de la cliente sans que cela ne soit choquant.

5. Conclusion : une faute partout, la balle au centre

[Rz 31] À la lecture de cet arrêt, on peut comprendre que le Tribunal fédéral ne parvienne pas à trouver une solution satisfaisante au litige qui oppose les deux parties. La solution serait bien plus simple si la cliente avait eu une prétention en dommages-intérêts contre la banque, sur une base contractuelle ou délictuelle. Les fautes respectives des parties pourraient être évaluées par le juge, et le dommage réparti en des proportions équitables.

[Rz 32] Le fait que la banque ne puisse en principe qu'exercer son action contractuelle en restitution (art. 402 CO) conduit à un montage intellectuellement insatisfaisant – et juridiquement bancal – pour réintroduire la faute dans une constellation juridique qui ne lui fait pas de place. Comme exposé, l'appréciation de la faute se fait au détriment de la qualification de l'obligation, de l'évaluation du dommage et de l'attribution de la causalité. Cet arrêt donne l'impression d'avoir été rendu en équité plutôt que sur la base du droit positif, ce qui explique sans doute le fait qu'il n'est pas destiné à publication.

[Rz 33] Cet arrêt a toutefois le mérite de rappeler, indirectement, la nécessité de l'évaluation de la faute dans les rapports juridiques. Dans le domaine bancaire, la violation d'une obligation est souvent laissée à une réglementation et une jurisprudence abondantes, alors que l'évaluation du dommage et de la causalité sont l'affaire d'experts financiers. La faute est la dimension humaine du droit des obligations et du droit bancaire : les deux parties ont péché par excès de confiance, l'une envers son ancien directeur, l'autre envers son gérant, il n'est de ce point de vue pas injuste de répartir le dommage entre les deux.

[Rz 34] Il serait à notre sens erroné de conclure qu'un client qui ne relèverait pas son courrier en banque restante se verrait automatiquement imputer une responsabilité à l'égard de la banque pour tout dommage qui surviendrait.

[Rz 35] Le but du Tribunal fédéral n'est ni d'aggraver la situation des clients, ni d'offrir aux banques une échappatoire supplémentaire en cas de violation de leurs obligations. Il faut uniquement comprendre cet arrêt comme un rappel : toutes les circonstances du cas d'espèce doivent être prises en compte lors de l'allocation du dommage, fut-ce au prix de contorsions et d'incertitudes.

[Rz 36] Nul doute que l'affaire retournera au Tribunal fédéral et que celui-ci aura le dernier mot.

GRÉGOIRE GEISSBÜHLER est docteur en droit, chargé de cours à l'Université de Lausanne et avocat en l'Étude LALIVE, à Genève.