

Frédérique Bensahel / Sébastien Micotti

## Nouveautés en matière de conseil en placements

---

Vers une « suitability » helvétique ? Le Tribunal fédéral a rendu le 13 juin 2008 un arrêt important en matière de responsabilité de la banque dans le cadre d'une relation de conseil en placement. La présente contribution traite particulièrement de l'étendue accrue du devoir d'information de la banque et du moment de la détermination du dommage.

---

Catégorie(s) : Droit bancaire

Proposition de citation : Frédérique Bensahel / Sébastien Micotti, Nouveautés en matière de conseil en placements, in : Jusletter 15 décembre 2008

## Table des matières

- I. Les faits
- II. Les considérants essentiels
  - a. Le devoir d'information
  - b. Le lien de causalité
  - c. La faute concomitante
- III. Commentaire
  - a. Etendue des devoirs du conseiller
  - b. Le moment de la détermination du dommage

### I. Les faits

[Rz 1] Le complexe de faits soumis au Tribunal fédéral (TF) était en substance le suivant : A., chirurgien indépendant, a ouvert en 1989 divers comptes auprès d'une banque à Zurich (ci-après la « banque »). Les avoirs déposés à la banque étaient essentiellement destinés à des fins d'investissements, selon un profil « croissance » financé en partie par un crédit de la banque. Le 1er février 1991, A. a confié un mandat de gestion de fortune à la banque, lui donnant plein pouvoir d'appréciation en matière d'investissements. A. a cependant résilié ce mandat de gestion le 22 décembre 1993 pour le remplacer par un mandat de conseil dès cette date. Selon le nouveau contrat, toutes les décisions de placement appartenaient à A.

[Rz 2] Dans le courant de l'année 2000, A. a manifesté à la banque son intention de prendre sa retraite dès 2001.

[Rz 3] Les 19 octobre et 21 décembre 2000, la banque a présenté à A. une stratégie d'investissement intitulée « X. Life Cycle Plan », dont la première mouture contenait un « Worst Case Scenario », non repris dans la seconde. A. a adopté la stratégie d'investissement proposée par la banque et a poursuivi, après sa retraite, cette même stratégie que l'arrêt présente comme agressive et hautement risquée.

[Rz 4] L'arrêt a également retenu que le client n'avait que des connaissances limitées en matière de gestion conservatrice du fait qu'il avait jusque-là pratiqué une gestion agressive ( ! ).

[Rz 5] Par courrier du 10 septembre 2001, A. a résilié le mandat de conseil qui le liait à la banque et a confié à la société B. AG un mandat de gestion sur l'ensemble de ses avoirs auprès de la banque.

[Rz 6] Le 21 août 2002, constatant une diminution importante de sa fortune, A. a retiré l'ensemble de ses avoirs auprès de la banque et résilié toutes les relations de dépôt et de crédit avec celle-ci. Sur ce, il a communiqué à la banque qu'il considérait que la cause de ses pertes résidait dans la stratégie d'investissement « X. Life Cycle Plan » et qu'il la tenait pour responsable du dommage d'un montant de Fr. 4'386'196.- plus intérêt légal dès le 1er décembre 2003 dont il exigeait réparation.

[Rz 7] Le Tribunal de commerce de Zurich a condamné la banque à payer à A. la somme de Fr. 720'000.-, considérant qu'elle avait manqué à ses devoirs en omettant d'avertir A.,

dès sa retraite, des risques relatifs à ses investissements très spéculatifs. Toutefois, le tribunal zurichois a retenu que la résiliation du mandat de conseil, en septembre 2001, entraînait une rupture du lien de causalité entre le comportement de la banque et le dommage et a chargé, sur la base de l'art. 42 al. 2 CO, un expert indépendant de procéder à l'évaluation du dommage subi à cette date ; puis, le tribunal a tenu compte d'une faute concomitante de A. et réduit de moitié le montant arrêté par l'expert.

[Rz 8] A. et la banque ont tous deux saisi le TF, le premier en contestant l'interruption du lien de causalité et la prise en compte d'une faute concomitante pour justifier la réduction de l'indemnité allouée, la seconde contestant toute faute de sa part.

### II. Les considérants essentiels

[Rz 9] Nous ne nous arrêtons pas aux considérants consacrés aux questions de procédure ni au sort des griefs tirés de l'arbitraire ou de la mauvaise application de l'art. 8 CC – tous écartés par le TF faute de motivation suffisante (consid. 1 à 6).

#### a. Le devoir d'information

[Rz 10] Le TF rappelle le contenu de l'obligation d'information de la banque (consid. 7).

[Rz 11] Dans le prolongement de sa jurisprudence bien établie (en particulier ATF 124 III 155, consid. 3a et les références de jurisprudence et de doctrine), le TF explique que les personnes et les entreprises qui s'occupent à titre professionnel de gestion de patrimoine, d'opérations de placements, etc., sont soumises à un devoir d'information particulier à l'égard de leurs clients. Le conseiller ou intermédiaire en matière de placements, qui intervient dans la gestion du patrimoine de son client ou déploie une activité dans le cadre de celle-ci, a également une obligation de conseil et de mise en garde, qui se fondent l'une et l'autre sur l'exigence de la « bonne et fidèle exécution du mandat » qui découle de l'art. 398 al. 2 CO. Le client doit être renseigné sur les risques des investissements envisagés, conseillé au besoin sur les possibilités de placement et prévenu lorsqu'il entend prendre des décisions qui apparaissent mal fondées, cela compte tenu de ses connaissances dans le domaine et de la nature des opérations en cause. Le mandataire est tenu de questionner son client à ce sujet de même que sur sa tolérance au risque. Le TF souligne encore que les exigences en matière d'obligation d'informer sont plus élevées lorsque le client entend spéculer non seulement avec ses avoirs mais au moyen de crédits mis à sa disposition par la banque (ATF 133 III 97 consid. 7.1.1 et les références).

[Rz 12] Sur cette base, le TF fait sien le raisonnement du Tribunal de commerce selon lequel la banque avait l'obligation en vertu du mandat du 22 décembre 1993 (mandat de conseil)

d'informer son client sur les risques liés à la poursuite de ses opérations hautement spéculatives. Le tribunal cantonal avait examiné en particulier si la banque avait satisfait à ses obligations d'information lorsqu'elle a formulé sa proposition d'investissement « X. Life Cycle Plan » entre octobre et décembre 2000, sachant que A. entendait justement prendre sa retraite. Les juges zurichois ont estimé que la situation et les connaissances financières de A. commandaient dès sa retraite une gestion conservatrice à l'opposé de la stratégie d'investissement proposée, soit une stratégie en actions financée par un crédit de la banque. Cette dernière, en sa qualité de spécialiste, a ainsi failli à son devoir d'avertir le client de l'inadéquation de la stratégie poursuivie et des risques associés à cette stratégie. De l'avis des juges zurichois, en laissant son client penser que la stratégie d'investissement présentée à l'automne 2000 était adaptée à sa capacité financière à supporter les risques, la banque avait engagé sa responsabilité sur la base du principe de la confiance.

[Rz 13] Si le client avait voulu coûte que coûte poursuivre une gestion agressive, en vue des perspectives de rendements élevés, l'arrêt précise que la banque aurait néanmoins dû attirer son attention sur l'écart manifeste entre son profil de risque objectif et sa tolérance subjective au risque, en prenant soin de documenter ce fait, voire mettre fin à la stratégie d'investissement en cours, et exposer au client les motifs de cette décision.

## b. Le lien de causalité

[Rz 14] Le considérant 8 de l'arrêt est consacré à la question de l'établissement d'un lien de causalité hypothétique entre les manquements de la banque et le dommage du client, alors que le considérant 11 s'attache à l'interruption de ce même lien de causalité.

[Rz 15] Le TF rappelle le principe fondamental du droit de la responsabilité selon lequel un lien de causalité tant naturelle qu'adéquate doit exister entre le comportement illicite et le dommage allégué. Si la causalité naturelle (*conditio sine qua non* à l'établissement de la responsabilité) est une question de fait, la nature adéquate du lien de causalité relève, elle, du droit. En cas d'omission fautive, rappelle le TF, il importe de déterminer si le dommage se serait ou non produit si l'acte omis avait eu lieu ; le juge se prononcera en fonction de son expérience de la vie et du cours ordinaire des choses (théorie de la causalité hypothétique où l'on examine le lien de causalité entre une omission et le dommage – cf. ATF 124 III 155, consid. 3d et les références).

[Rz 16] Même en cas de causalité hypothétique, la jurisprudence distingue la causalité naturelle de la causalité adéquate. Alors que, d'ordinaire, l'appréciation du juge ne concerne que le caractère adéquat de la causalité, cette interprétation intervient déjà dans l'établissement de la causalité naturelle hypothétique, de sorte qu'il ne serait en général pas nécessaire d'appliquer en plus à la chaîne de causalité ainsi

déterminée le test de l'adéquation. Les constatations du juge du fait sur l'existence d'une omission lient le TF en vertu des règles générales sur l'établissement de la causalité naturelle (question de fait – sous réserve de l'art. 97 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF]). Ce n'est que lorsque la causalité hypothétique ne repose que sur l'expérience générale de la vie – et non sur des moyens de preuve – que le TF retrouve un plein pouvoir d'examen (cf. aussi ATF 132 III 715 consid. 2.3 ; 132 III 305 consid. 3.5 ; 115 II 440 consid. 5a, avec les références respectives).

[Rz 17] Ces principes rappelés, le TF constate avec le Tribunal de commerce qu'il n'est plus possible au jour de l'arrêt de déterminer quel aurait été le comportement de A. s'il avait dûment été averti des risques inhérents à la stratégie de placement proposée. Il n'est ainsi pas possible de se ranger sans une très grande retenue à l'avis de la banque selon lequel A. aurait poursuivi en tous les cas la stratégie initiée, compte tenu de sa volonté affichée à prendre des risques. Selon le TF, la conclusion des premiers juges, selon laquelle l'omission d'informer de la banque constituait la cause adéquate du dommage, doit ainsi être confirmée.

[Rz 18] A. contestait pour sa part que la résiliation du mandat de conseil avec la banque et la conclusion simultanée d'un mandat de gestion avec un tiers eût mis fin au lien de causalité (consid. 11 de l'arrêt). De jurisprudence bien établie, le comportement du lésé ou d'un tiers ne peut, normalement, rompre le lien de causalité adéquate entre le dommage et le comportement de son auteur, même si la faute du lésé ou du tiers est plus importante que celle de l'auteur du dommage. C'est l'intensité des deux rapports de causalité qui est déterminante. Si l'un d'eux s'impose, après examen, avec une telle intensité qu'il écarte pour ainsi dire l'autre et lui enlève toute signification apparente, on admet alors qu'il y a rupture de cet autre lien (ATF 116 II 519 consid. 4b ; 130 III 182 consid. 5.4 avec les références respectives).

[Rz 19] Selon notre Haute Cour, tel est précisément le cas lorsque le client a résilié le mandat de gestion de fortune confié à la banque, même s'il ne s'est pas immédiatement défait des titres acquis en violation des règles du mandat, alors même que le risque élevé de pertes lui était désormais connu (arrêt 4C.126/2004 du 15 septembre 2004 consid. 3, publié in Pra 2005 n. 63 p. 486). Dans la mesure où le client a confié ses intérêts à un tiers (gérant externe), il doit se voir imputer le degré de compétence professionnelle de ce dernier selon les règles de la représentation (art. 32 ss CO). Le TF se réfère sur ce point à Matthias Kuster, *Verschärfte Aufklärungspflicht des Vermögensverwalters, Der Schweizer Treuhänder* 1998, p. 311/313 s. ; Hanspeter Dietzi, *Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters*, SZW 1997, p. 193/195 ; il renvoie également à l'arrêt 4C.97/1997, consid. 6a, = SJ 1998 p. 198, où le devoir d'information de la banque dépositaire a été nié, lorsque le client a mandaté un tiers gérant avec plein pouvoir de gestion.

[Rz 20] En l'espèce, le TF a fait sien le raisonnement des juges zurichoïses pour lesquels le lien de causalité entre le dommage et l'omission de la banque « n'a pas survécu à la résiliation du mandat de conseil » le 10 septembre 2001, date à laquelle a pris fin l'obligation de mise en garde – dont la violation constituait la cause du dommage. En qualité de simple banque dépositaire, la recourante n'avait dès lors plus aucune obligation d'information et de mise en garde envers A.

[Rz 21] L'intervention d'un gérant externe vient confirmer cette solution. Ayant mandaté un professionnel de la gestion, A. devait être réputé pleinement conscient des risques élevés de pertes liés à la stratégie de placement poursuivie.

[Rz 22] Les juges cantonaux avaient ajouté, sans que le TF n'y voie rien à redire, que le fait pour A. d'avoir poursuivi, en de telles circonstances, la politique d'investissement suggérée par la banque constituait une faute concomitante grave propre à interrompre le lien de causalité entre la faute de la banque et le dommage allégué.

[Rz 23] Les juges fédéraux ont par ailleurs écarté l'argument de A., selon lequel son nouveau mandataire n'avait pas été chargé d'examiner le bien-fondé de la stratégie d'investissement mise en Suvre.

### **c. La faute concomitante**

[Rz 24] Le TF se penche enfin sur le grief de A. tiré de la violation par les juges cantonaux de l'art. 44 al. 1 CO (consid. 12 et 13).

[Rz 25] Notre Haute Cour relève que le comportement du lésé appartient aux éléments que le juge doit prendre en compte selon l'art. 44 al. 1 CO, pour réduire le montant du dommage (ATF 130 III 591 consid. 5.2). La faute concomitante du lésé est essentiellement déterminée selon les mêmes règles que la faute du débiteur (au sens de l'art. 44 al. 1 in fine CO). Par contre, l'illicéité du comportement du lésé n'est pas une condition à la prise en compte de la faute concomitante. D'ailleurs, le lésé ne commet le plus souvent aucun acte illicite en contribuant à son propre dommage, l'atteinte à un bien juridiquement protégé qui lui appartient n'étant précisément pas illicite. Le lésé peut cependant se voir reprocher de n'avoir pas usé du soin nécessaire à la sauvegarde de ses propres intérêts, à condition toutefois qu'il ait été en mesure de prévoir la survenance d'un dommage possible et qu'il n'ait néanmoins pas adapté son comportement. La faute concomitante s'apprécie de manière objective et le comportement du lésé doit être comparé à celui, hypothétique, d'une personne raisonnable dans une situation identique (arrêt 4C.225/2003 du 24 février 2004 consid. 5.1 et 5.2, publié in FamPra.ch 2004 p. 653 et les références à la doctrine notamment).

[Rz 26] Le TF estime, avec les juges cantonaux, que A. avait effectivement commis une faute concomitante grave en ignorant totalement le « Worst Case Scenario » de la première étude fournie par la banque. En outre, son expérience

passée en matière d'investissements à hauts risques devait lui permettre d'apprécier, sinon les risques spécifiques liés à son retrait de la vie active et les conséquences pour son train de vie, à tout le moins l'éventualité de subir des pertes dans le cadre d'une politique d'investissement hautement spéculative. Dès lors, avec un tant soit peu d'attention, A. aurait pu prendre conscience, du moins dans une certaine mesure, des risques à poursuivre une telle stratégie, une fois retraité. Contrairement à ce qu'affirme A., son manque d'expérience en matière de gestion conservatrice adaptée à la situation d'un retraité ne le dispensait pas de faire preuve de l'attention nécessaire à la préservation de ses intérêts.

[Rz 27] Compte tenu du pouvoir d'appréciation du juge dans le cadre de l'art. 44 al. 1 CO, le TF a écarté les griefs de A. contestant la réduction de moitié du montant du dommage, arrêté au jour de la résiliation du mandat de conseil avec la banque (consid. 13).

## **III. Commentaire**

[Rz 28] Les arrêts fédéraux en matière de mandat de conseil sont peu nombreux (on en compte six entre 2000 et 2008, dont cinq depuis 2005) en comparaison de l'importance pratique de ce type de relation contractuelle dans le domaine de la gestion de fortune ; chaque nouvelle décision mérite dès lors une attention toute particulière. Plusieurs enseignements doivent être tirés de l'arrêt discuté ici. Il nous paraît utile de nous concentrer sur deux points en particulier, soit l'étendue du devoir d'information de la banque, d'une part, et le moment de la détermination du dommage, d'autre part.

### **a. Etendue des devoirs du conseiller**

[Rz 29] Des arrêts récents ont mis en lumière les obligations d'information et de mise en garde qui incombent à la banque (ou au gestionnaire indépendant) au bénéfice d'un contrat de conseil en placements ; ces obligations découlent du devoir de fidélité du mandat (arrêt 4A\_168/2007, consid. 2.4 et les références ; Isabelle Romy/Olivier Bloch, Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence récente, in Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zurich 2008, p. 656 s. et les nombreuses références sous notes 55 ss).

[Rz 30] Il faut rappeler que, dans un rapport de conseil, le pouvoir de décision en matière d'investissements appartient toujours au client. C'est bien ce dernier qui décide des investissements dans le cadre d'une stratégie de placement convenue avec le mandataire (arrêt 4A\_168/2007, consid. 2.1 ss). S'il entend suivre les conseils de la banque, le client en assume normalement seul les risques.

[Rz 31] En tant que mandataire, le conseiller en placements assume pour sa part un devoir étendu d'information à l'égard de son client, en particulier sur les chances et les risques liés aux placements envisagés (arrêt 4A\_168/2007, consid. 2.4 et

les références). L'information doit être *exacte, compréhensible* et *complète* (ibidem, avec références à Carlo Lombardini, Droit et pratique de la gestion de fortune, 3e éd. 2003, n. 12 p. 148-149 ; Claude Bretton-Chevallier, Le gérant de fortune indépendant, thèse Genève 2002, p. 95 ; Urs Philipp Roth, Aufklärungspflicht im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, p. 13).

[Rz 32] Une partie de la doctrine va plus loin, en affirmant que les conseils donnés doivent paraître adéquats et raisonnables au regard de la situation financière du client et de ses objectifs de placement (I. Romy/O. Bloch, op. cit., p. 660 et les références). L'activité du conseiller suppose un jugement de ce dernier sur l'adéquation de tel produit ou de telle transaction avec les besoins du client, soit ses connaissances et son expérience financières, sa situation et ses objectifs (Luc Thévenoz, Information, conseil, mise en garde : Risques et responsabilités dans les opérations sur valeurs mobilières, in Journée 2007 de droit bancaire et financier, Genève 2007, p. 20 – 57, p. 42). Le conseiller serait partant tenu de connaître non seulement l'expérience du client en matière financière et les objectifs qu'il se fixe, mais aussi sa situation personnelle (y compris) professionnelle, et vérifier que les conseils donnés y soient adaptés (Eric Sibbern/Hans Caspar Von der Crone, Informationspflichten im Anlagegeschäft, RSDA 2/2007, p. 173 – 183, 181 et les références sous note 59). Cela étant, il peut légitimement se fier aux indications que lui donne le client et n'est pas tenu de procéder à des investigations pour en vérifier l'exactitude (Carlo Lombardini, Droit bancaire suisse, Genève, Zurich, Bâle, 2002, n. 17 s., p. 496).

[Rz 33] A ce jour, le TF a considéré dans sa jurisprudence que la banque devait répondre des conséquences d'un conseil donné si celui-ci était objectivement faux et manifestement déraisonnable au moment où il a été donné (ATF 111 II 471 = JT 1986 I 487, cité par Romy/Bloch, op. cit., p. 660). La responsabilité du mandataire est également susceptible d'être engagée en cas d'omission de communiquer un élément objectivement important (arrêt 4A\_168/2008 consid. 2 et les références). La plupart des arrêts ont jusqu'à ce jour porté sur le caractère suffisant, exact et précis de l'information et de la mise en garde adressées au client par rapport à un produit ou une stratégie de placement (notamment arrêts du TF 4C.62/2007 ; 4A\_168/2008 ; ATF 133 II 97). La règle est qu'en l'absence d'un mandat de gestion, la banque n'a pas un devoir général de sauvegarder les intérêts de son client (arrêts 4A.189/2007 consid. 2.3 ; 4C.205/2006 consid. 3.4.2 = SJ 2007 I 313 ; ATF 133 III 92, consid. 7.1 = SJ 2007 I 252 ; 4C.366/2004 consid. 3.1). La banque n'est pas obligée de mettre en garde son client contre des investissements spéculatifs si le client était conscient des risques de tels investissements (ATF 133 III 97 = SJ 2007 I 252 ; ATF 119 II 333 = JT 1994 I 610 = SJ 1994 130). Le devoir de diligence (et de mise en garde) de la banque s'intensifie à mesure que les conseils donnés concernent des opérations à caractère plus

spéculatif et que le client est moins expérimenté (notamment arrêt 4C. 459/2004, consid. 2.1 et les références). Ce n'est que si le mandataire reconnaît (ou doit reconnaître) que les instructions du client vont à l'encontre des intérêts du client lui-même qu'il peut, voire doit, refuser de les exécuter (arrêt 4C.385/2006 = SJ 2007 I 499 « *execution only* »).

[Rz 34] A notre connaissance, le TF n'a pas à ce jour examiné l'adéquation du conseil donné (ou omis) avec les *besoins objectifs* du client. Ainsi, la particularité de l'arrêt discuté est la référence explicite à la situation objective du client, en particulier les changements intervenus ou à intervenir de par son retrait de la vie professionnelle, ce qui inclut sa capacité économique réelle à assumer les risques encourus (« objective Risikofähigkeit »). Les juges ont ainsi considéré qu'il était du devoir de la banque en sa qualité de conseillère en placements de vérifier l'adéquation de la stratégie poursuivie par le client (et la tolérance du client au risque) avec ses ressources et ses besoins objectifs – au motif que la banque ne pouvait ignorer les changements intervenus et à intervenir dans la situation personnelle et économique de A.

[Rz 35] Il est ainsi intéressant de relever que les juges cantonaux ont estimé que le retrait du client de la vie professionnelle commandait d'adopter une gestion de type conservatrice et de mettre ainsi fin à un profil agressif pratiqué jusque-là (consid. 7.2 et passim), ce que la banque n'a pas contesté.

[Rz 36] Dans l'ATF 133 II 97 déjà cité (consid. 5.2 notamment ; SJ 2007 I 252), le TF a jugé que l'art. 11 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) ne contenait pas d'obligation analogue au test de *suitability* des opérations envisagées par le client par rapport à son profil de risque, tel que le connaît notamment la récente directive européenne du 21 avril 2004 sur les marchés d'instruments financiers (2004/39/CE, abrégée « MiFID », applicable aussi aux Etats membres de l'EEE). Le TF n'a cependant pas exclu que l'obligation du conseiller d'apprécier l'adéquation des placements envisagés aux besoins de son client ne puisse découler des règles générales du mandat.

[Rz 37] C'est le lieu de rappeler que si le principe de l'art. 19 par. 3 MiFID correspond au devoir d'information de l'art. 11 al. 1 let. a LBVM, le contenu de l'information que doit fournir le gestionnaire ou conseiller en placements est sensiblement plus étendu que ce qui résulte de l'interprétation de la dispositions suisse précitée – et des Règles de conduite de l'Association suisse des banquiers (ASB). Les paragraphes 4 et 5 de l'art. 19 MiFID contiennent en outre des devoirs qui ne figurent pas dans la LBVM. Thévenoz explique que la *suitability* européenne fait obligation au mandataire de se procurer spontanément les informations nécessaires pour déterminer si le produit ou la stratégie proposés conviennent non seulement aux connaissances et à l'expérience de son client mais aussi à sa situation financière et à ses objectifs d'investissement (Luc Thévenoz, op. cit., p. 37 ss). Pour cet

auteur, le conseil en investissement, sous l'angle du droit suisse, suppose un jugement du conseiller sur l'adéquation d'un produit ou d'une transaction aux besoins du client, c'est-à-dire non seulement ses connaissances et son expérience financières, mais aussi sa situation économique et ses objectifs de placement (op. cit., p. 42).

[Rz 38] Comme nous l'avons souligné, la jurisprudence suisse en matière de mandat de conseil est encore peu abondante, mais l'arrêt discuté ici semble confirmer la position des auteurs qui plaident pour un test d'adéquation.

[Rz 39] Il ne faut cependant pas perdre de vue les circonstances particulières de l'état de fait où la banque avait une connaissance précise de la situation du client. En l'espèce, elle avait été mise au courant par le client de son intention de prendre sa retraite à brève échéance. Les juges ont estimé que, connaissant le caractère de A. d'une part, sa situation économique et son niveau de connaissances limitées en matière de gestion conservatrice, d'autre part (en dépit – ou à cause – de plusieurs années d'opérations spéculatives...), la banque ne pouvait que constater une inadéquation « manifeste » et partant, avait le devoir d'adapter ses conseils en conséquence. Nous ne pensons pas toutefois que notre Haute Cour ait pris le parti d'accepter la « mise sous tutelle » des clients sous mandat de conseil, en imposant au mandataire d'orienter les choix de ceux-ci de manière intrusive et d'enquêter de façon approfondie sur leur situation financière et leurs besoins actuels et futurs. Cet arrêt marque néanmoins une évolution dans les devoirs d'information du conseiller, en ce que le TF considère ici que les conseils donnés doivent être adéquats, soit objectivement adaptés non seulement aux connaissances, à l'expérience et aux objectifs du client, mais encore à sa situation financière et personnelle.

## **b. Le moment de la détermination du dommage**

[Rz 40] La question de la fixation du dommage et du moment déterminant pour en arrêter le cours a fait l'objet d'une récente jurisprudence (arrêt du TF du 15 janvier 2008, 4A\_351/2007, commenté notamment par Benoît Chappuis, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_351/2007 du 15 janvier 2007, REAS 2/2008, p. 141 ss, et par Carlos Jaïco Carranza/Sébastien Micotti, Gestion de fortune et dommage causé au client, Jusletter du 26 mai 2008). A la différence de la présente affaire, l'arrêt du 15 janvier 2008 concernait un cas de mandat de gestion. Notre Haute Cour a jugé en janvier 2008 que la résiliation du mandat de gestion (possible en tout temps selon l'art. 404 CO, de droit impératif) entraîne la rupture du lien de causalité entre la faute du gérant et le dommage. Partant, le montant du dommage subi est arrêté au jour de la résiliation. La question de savoir si l'évolution favorable des titres acquis sans droit par le gérant et demeurés en mains du client après sa résiliation, a été laissée sans réponse.

[Rz 41] Dans le cadre d'un mandat de gestion, il nous semble

en effet que le lien de causalité entre les actes fautifs du gérant et le dommage ne saurait subsister, une fois que le mandat a pris fin (arrêt 4A\_351/2007 précité). Le client a retiré au gérant tout pouvoir d'intervention dans la gestion de ses avoirs et celui-ci n'a plus de prise sur les investissements opérés – par hypothèse fautifs ; il n'est en particulier plus autorisé à vendre des positions acquises en violation du mandat, ou à prendre toute autre mesure visant à réduire le dommage de son client. Avec la résiliation du mandat, le client redevient le seul maître (et le seul responsable) de la gestion de ses avoirs. Partant, les décisions ultérieures du client en la matière ne doivent ni ne peuvent, selon nous, être prises en considération dans le calcul du dommage (Frédérique Bensahel/Sébastien Micotti/Jean-François Scherrer, Certains aspects du dommage dans la gestion de fortune, SJ 2008 II 333 – 361, 349). C'est le lieu de rappeler que tant le fait de vendre les titres litigieux que de les conserver en portefeuille doit être considéré comme un acte de gestion de la part du client.

[Rz 42] L'évolution des pertes du client après la résiliation du mandat ne fait selon nous pas partie du dommage – au même titre que d'éventuels gains si la tendance venait à s'inverser. Peu importe que le client décide de conserver les positions acquises ou pas, qu'il mandate un tiers gérant, ou encore qu'il quitte la banque ou conserve une simple relation de dépôt. Il faut naturellement réserver le cas dans lequel le gérant a opéré des investissements fautifs dont le client ne peut se défaire suite à la résiliation du mandat, faute notamment de négociabilité des positions acquises (il est par exemple des fonds de placement qui n'autorisent un rachat de parts que quatre fois par an, voire moins en cas de circonstances exceptionnelles – cf. art. 109 de l'ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (OPCC) ; certains produits structurés peuvent entraîner des pertes importantes en cas de revente anticipée). Dans une telle situation, si le mandataire n'est pas disposé à racheter les titres litigieux à son ancien client, empêchant de ce fait le lésé de réduire son dommage, l'évolution du dommage peut se poursuivre au-delà de la résiliation du mandat.

[Rz 43] A l'inverse, en cas de mandat de conseil, le dommage résulte en principe des pertes liées à des investissements décidés par le client, mais effectués sur la base d'informations et recommandations de son conseiller. La résiliation du mandat n'a pas pour effet de transférer le pouvoir de décision relatif aux investissements au client. Ce dernier a déjà ce pouvoir et le conserve. Lorsqu'il résilie le mandat de conseil, le client renonce aux obligations de conseil et de mise en garde du mandataire. La résiliation n'enlève toutefois pas au mandataire la faculté de prendre des décisions d'investissement : ce dernier n'a la jamais eue. Dans ces circonstances, il nous paraît que le lien de causalité perdure jusqu'au moment où le client prend conscience de la faute de son conseiller et du fait que celle-ci est à la base des pertes qu'il subit (« connaissance de l'effet dommageable de la violation du contrat » - cf.

Benoît Chappuis, *Le moment du dommage*, thèse, Fribourg, 2007, p. 356) et, cumulativement, qu'il est en mesure d'y remédier en se défaisant des titres acquis.

[Rz 44] Dans l'arrêt du 13 juin 2008, discuté ici, la faute de la banque consistait d'une part dans la présentation sans réserves suffisantes d'une stratégie d'investissement inadaptée au fait (connu de la banque) que le client prendrait sa retraite dans les mois qui suivaient, et dans son omission de mettre en garde son client contre la poursuite d'une stratégie inadaptée à ses besoins et ses moyens. Les obligations dont le TF a retenu la violation découlent du devoir de fidélité du mandataire au sens de l'art. 398 CO et perdurent tout au long de la relation contractuelle. Pour les juges zurichois comme pour le TF, dès lors que le mandat prend fin, le devoir de mise en garde de la banque envers le client cesse également.

[Rz 45] Il ne faut pas s'arrêter à la formulation de l'arrêt, qui pourrait laisser entendre que la résiliation du mandat de conseil et la conclusion simultanée d'un mandat de gestion avec un tiers gérant sont deux motivations indépendantes justifiant l'interruption du lien de causalité (voir les termes « darüber hinaus » qui font le lien entre les deux arguments au consid. 11.2). A notre sens, c'est bien la conjonction de ces deux éléments qui entraîne la rupture du lien de causalité entre l'omission de la banque et le dommage du client.

[Rz 46] Que le client résilie le mandat parce qu'il entend se passer des conseils du mandataire ou parce qu'il souhaite changer de mandataire, ou pour tout autre motif, le lien de causalité doit selon nous être considéré comme interrompu dès que le client a pris conscience du dommage (existence des pertes et origine probable de celles-ci) et qu'il peut se défaire des titres acquis sur la base des « mauvais conseils » du mandataire. Nous relevons à cet égard que le client sous mandat de conseil doit être considéré comme ayant connaissance de l'état de son portefeuille en tout temps et il lui incombe de se poser la question de l'origine des pertes lorsqu'elles surviennent. Il s'agit ici d'une application du principe de la bonne foi qui, selon nous, interdirait au client, sauf circonstances tout à fait exceptionnelles, de se prévaloir de l'existence d'un dommage au-delà d'un délai raisonnable.

[Rz 47] Nous notons encore que, dans l'affaire qui nous occupe, le TF a considéré que le client devait se laisser opposer le degré de connaissances techniques de son nouveau mandataire et, partant, était conscient de l'origine de ses pertes dès le changement de mandataire.

[Rz 48] C'est donc moins la résiliation du mandat de conseil que les raisons de cette résiliation qui sont à notre avis pertinentes.

[Rz 49] On peut encore se demander quelle aurait été la solution de l'arrêt si les dates avaient été inversées : prise de conscience du client dans un premier temps, puis résiliation du mandat ou changement de mandataire. La date de la résiliation du mandat de conseil serait-elle encore considérée

comme le moment déterminant pour arrêter le cours du dommage? Il nous est permis de penser que tel ne serait pas le cas, le client n'étant pas tenu de résilier le mandat pour pouvoir actionner la banque en dommages-intérêts (F. Bensahel/S. Micotti/J.-F. Scherrer, op. cit., p. 353 et les références). Si le client prend conscience de son dommage et des causes de celui-ci, sans toutefois modifier la stratégie viciée ou se défaire des investissements inadéquats, il n'est pas exagéré d'y voir effectivement une faute concomitante, le cas échéant d'une intensité suffisante à interrompre le lien de causalité, qu'il y ait ou non résiliation du mandat.

[Rz 50] En conclusion, contrairement à ce qui peut s'appliquer en matière de gestion de fortune, la résiliation du mandat de conseil à elle seule ne permet pas de fixer le moment pertinent pour la détermination du dommage du client, sauf si elle est concomitante à la prise de conscience par le client (ou par le nouveau mandataire de celui-ci) des pertes subies et des causes probables de celles-ci. D'autre part, une lourde faute concomitante du client, telle que la poursuite d'une stratégie viciée avec un nouveau mandataire professionnel, peut constituer un autre facteur d'interruption du lien de causalité.

---

Frédérique Bensahel et Sébastien Micotti, avocats, FBT Avocats à Genève

\* \* \*