

Extrait de l'œuvre

«**Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier**»

Edités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par  
Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz

---

Les devoirs d'information  
du banquier à la lumière de la  
jurisprudence fédérale récente

---

Isabelle Romy  
Olivier Bloch

Schulthess §

Information bibliographique de «Der Deutschen Bibliothek»  
Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008  
ISBN 978-3-7255-5528-1

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Extrait de l'œuvre

«**Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier**»

Edités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par  
Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz

---

Les devoirs d'information  
du banquier à la lumière de la  
jurisprudence fédérale récente

---

Isabelle Romy  
Olivier Bloch

Schulthess §

Information bibliographique de «Der Deutschen Bibliothek»  
Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008  
ISBN 978-3-7255-5528-1

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale récente

ISABELLE ROMY, docteure en droit, Professeure à l'Université de Fribourg,  
avocate à Zurich

OLIVIER BLOCH, docteur en droit, avocat à Zurich

## Table des matières

- I. Sources et enjeux
- II. Le devoir d'information de la banque en sa qualité de négociant
  - 1. Source et champ d'application
  - 2. Nature juridique
  - 3. Contenu et portée
  - 4. Modalités de l'information
- III. Les devoirs d'information de la banque fondés sur le droit des contrats
  - 1. Généralités
  - 2. Dans le cadre de l'exploitation d'un compte bancaire et d'un dépôt
  - 3. Dans le cadre de l'octroi d'un crédit
    - (i) Principes
    - (ii) Dans le cadre d'un crédit à la consommation
  - 4. Dans le cadre de conseils en placements
  - 5. Dans le cadre de la gestion du patrimoine
    - (i) Principes
    - (ii) Contenu et portée du devoir d'information en matière de rétrocessions
- IV. Conclusion

## I. Sources et enjeux

Les banques, en leur qualité de négociants en valeurs mobilières, sont soumises à de nombreuses règles de droit public qui ont pour but d'assurer le bon fonctionnement et la transparence des marchés ainsi que l'égalité de traitement des investisseurs. Tant la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (ci-après: «LB»; RS 952) que la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ci-après: «LBVM»; RS 954.1) imposent aux banquiers des règles de conduite et des devoirs à l'égard de leurs clients, dont l'inobservation peut conduire à des sanctions administratives, voire civiles.

Parmi ces règles, l'art. 11 al. 1 LBVM prévoit expressément que le négociant en valeurs mobilières a envers ses clients un devoir d'information, un devoir de diligence et un devoir de loyauté. Selon une jurisprudence fédérale récente, cette disposition institue

des règles de conduite tant en droit public qu'en droit privé<sup>1</sup>. L'art. 11 LBVM constitue ainsi une (nouvelle) source de responsabilité de droit privé des banques à l'égard de leurs clients.

Les obligations d'information, de diligence et de loyauté consacrées par l'art. 11 LBVM constituent également le cœur des devoirs imposés aux banques par les règles du contrat de mandat, qui imprègnent toutes les relations contractuelles entre le banquier et son client. Historiquement, ces devoirs ont été déduits par la jurisprudence du devoir de diligence et de fidélité du mandataire envers son mandant inscrit à l'art. 398 al. 2 CO, ainsi que du principe de la confiance de l'art. 2 CC<sup>2</sup>.

Il est essentiel de définir les contours de ces devoirs car, en vertu de l'art. 398 al. 2 CO, le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. Or, comme l'enseigne le Professeur Tercier, la mesure de la diligence requise par le contrat de mandat est essentielle pour décider quand le mandataire a commis une faute engageant sa responsabilité<sup>3</sup>. La difficulté réside cependant en ceci que, même si le critère de la diligence attendue est objectif, il doit néanmoins être adapté aux circonstances du cas et varie notamment selon la nature des biens en cause ainsi que d'une profession à l'autre. Il incombe ainsi au juge de déterminer le niveau de la diligence attendue du mandataire dans les multiples domaines d'application du contrat de mandat en fonction de l'ensemble des circonstances<sup>4</sup>.

En matière bancaire, la jurisprudence rendue ces dernières années a précisé et affiné l'étendue et le contour exacts de la diligence requise du banquier<sup>5</sup>. L'objet de cette contribution est de dégager les principes posés par les arrêts récents du Tribunal fédéral et de dresser ainsi un état de la situation en matière de devoirs d'information de la banque. Nous laisserons en revanche de côté l'examen des autres conditions de la responsabilité du mandataire, à savoir le dommage, la faute et le lien de causalité<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.3 = SJ 2007 I 313, 315; ATF 133 III 97, 99 s. consid. 5.2 et les nombreuses références doctrinales citées = SJ 2007 I 252, 253.

<sup>2</sup> La jurisprudence a été fluctuante dans le sens où elle a tantôt rattaché le devoir d'information au devoir de fidélité du mandataire, tantôt à son devoir de diligence. Néanmoins, cette question n'a pas de portée pratique: arrêt du TF du 4 juillet 2006, 4C.125/2006 consid. 4; arrêt du TF du 21 février 2006, 4C.20/2005 consid. 4.2.3; arrêt du TF du 5 juillet 2005, 4C.51/2005 consid. 3.2; arrêt du TF du 2 mai 2005, 4C.459/2004 consid. 2.1; ATF 131 III 377, 381 consid. 4.1.1 = JdT 2005 I 612, 616; arrêt du 23 juin 1998, 4C.410/1997 consid. 3a = SJ 1999 I 205, 206; ATF 124 III 155, 162 consid. 3a = SJ 1998 I 689, 696; ATF 119 II 333, 335 consid. 5a = JdT 1994 I 610, 611 s.; ATF 115 II 62, 65 consid. 3a = JdT 1989 I 539, 542.

<sup>3</sup> Pierre Tercier, *Les contrats spéciaux*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2003, no 4662 ss.

<sup>4</sup> Tercier, *op. cit.*, no 4665.

<sup>5</sup> Arrêt du TF du 2 avril 2007, 4C.385/2006 consid. 5.2 = SJ 2007 I 499, 500; arrêt du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.2 = SJ 2007 I 313, 314; ATF 133 III 97, 102 s. consid. 7.1 = SJ 2007 I 252 s. (rés.); arrêt du 23 juin 1998, 4C.410/1997 consid. 3 = SJ 1999 I 205, 206 ss.; ATF 124 III 155, 162 s. consid. 3a = SJ 1998 I 689, 696 s.; ATF 119 II 333, 335 s. consid. 5 et 7 = JdT 1994 I 610, 611 ss;

<sup>6</sup> Il convient néanmoins de mentionner qu'en ce qui concerne l'exigence d'un lien de causalité, la jurisprudence se contente d'un lien hypothétique entre le comportement générateur de responsabilité – l'omission d'informer ou de mettre en garde le client – et la survenance du dommage subi par ce dernier. Le juge doit parvenir à la conviction que si la banque avait convenablement rempli son obligation, le client n'aurait pas subi de dommage ou l'aurait diminué. Par exemple, si la banque avait averti le client des risques liés à l'opération financière envisagée, ce dernier ne l'aurait pas effectuée et n'aurait, par consé-

Quelques précisions terminologiques s'imposent encore. Les termes généraux «devoirs d'information» revêtent plusieurs acceptions, qu'il convient de bien distinguer pour en cerner l'objet et la source: il s'agit de l'information proprement dite, du conseil et de la mise en garde. Stricto sensu, l'information est une transmission objective de renseignements, tandis que le conseil suppose une appréciation des renseignements transmis. La mise en garde implique l'indication d'un danger concret imminent. Nous y reviendrons plus en détail ci-dessous.

Dans un premier temps, nous examinerons le devoir d'information du négociant découlant de l'art. 11 LBVM (II), avant d'étudier les devoirs d'information du banquier résultant des relations contractuelles ou quasi-contractuelles qui le lient à ses clients (III). Nous terminerons notre exposé par une brève conclusion (IV).

## II. Le devoir d'information de la banque en sa qualité de négociant

### 1. Source et champ d'application

Lorsqu'un client souhaite effectuer des opérations boursières, le négociant chargé d'exécuter de telles transactions est tenu à divers devoirs légaux. Sous le titre «Règles de conduite», l'art. 11 al. 1 LBVM, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1997, prévoit que le négociant en valeurs mobilières a envers ses clients (a) un devoir d'information (il les informe en particulier sur les risques liés à un type de transactions donné), (b) un devoir de diligence (il assure en particulier la meilleure exécution possible de leurs ordres et veille à ce qu'ils puissent les reconstituer) et (c) un devoir de loyauté (il veille en particulier à ce qu'ils ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts). Dans l'accomplissement de ces devoirs, il sera tenu compte de l'expérience des clients et de l'état de leurs connaissances dans les domaines concernés (art. 11 al. 2 LBVM).

Sont assujettis à ces règles de conduite tous les négociants au sens de l'art. 2 let. d LBVM, soit toute personne physique ou morale ou société de personnes qui, pour son compte, en vue d'une revente à court terme, ou pour le compte de tiers, achète et vend

---

quent, pas subi les dommages résultant de cette opération: arrêt du TF du 31 juillet 2007, 4A\_189/2007 consid. 3.3.4; arrêt du TF du 4 juillet 2006, 4C.125/2006 consid. 6.2; arrêt du TF du 4 août 2005, 4C.82/2005 consid. 7.3; arrêt du TF du 29 novembre 2000, 4C.251/2000 consid. 2c; ATF 124 III 155, 165 consid. 3d = JdT 1999 I 125, 135.

A signaler aussi les arrêts récents suivants qui traitent notamment du dommage. Le TF a jugé dans un arrêt du 2 avril 2007, 4C.385/2006 consid. 6 que le dommage à réparer par la banque était égal à la différence entre le prix d'achat et le prix de vente des actions litigieuses que le client n'aurait pas acquises si la banque l'en avait dissuadé en raison des risques liés à une concentration excessive de ces actions dans son portefeuille. Dans l'arrêt 4C.82/2005 du 4 août 2005 au considérant 7.3, le TF a renvoyé l'affaire à l'instance cantonale pour compléter l'état de fait, tout en retenant que le dommage subi par l'emprunteuse indûment renseignée sur les risques de son emprunt correspondait aux montants qu'elle-même devait verser à la banque dispensatrice de crédit en vertu du contrat de prêt. Dans une affaire concernant des transactions sur des options à terme négociées en bourse, le TF a jugé que le client insuffisamment mis en garde par la banque par rapport aux risques liés à de telles opérations spéculatives avait droit au remboursement de l'intégralité des montants investis, y compris des commissions facturées: ATF 124 III 155, 166 consid. 3d = JdT 1999 I 125, 135.

à titre professionnel des valeurs mobilières sur le marché secondaire, qui les offre au public sur le marché primaire ou qui crée elle-même et offre au public des dérivés. Une banque est un négociant dès le moment où elle a obtenu une autorisation d'exercer l'activité de négoce de titres visée à l'art. 10 LBVM et aux art. 17 ss OBVM. Elle est dès lors à ce titre assujettie à l'art. 11 LBVM, même si, dans le cadre d'une relation bancaire avec un client, elle n'a pas effectué d'ordre de bourse pour le compte de ce dernier<sup>7</sup>. En d'autres termes, les règles de l'art. 11 LBVM s'appliquent indépendamment du fait que la banque ait ou non effectué des transactions en bourse pour le compte d'un client particulier, dès le moment où elle a l'autorisation d'exercer le négoce.

De son côté, l'Association suisse des banquiers a adopté le 22 janvier 1997 des Directives portant sur les règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres (ci-après: «les Règles de conduite»). Comme l'indique son Préambule, ces Règles de conduite concrétisent les devoirs d'information, de diligence et de loyauté prévus par l'art. 11 LBVM. Elles ne sont pas directement applicables aux relations juridiques entre les négociants et les clients et ne lient pas le juge civil. En revanche, elles peuvent guider ce dernier pour déterminer l'objet et l'étendue du devoir d'information du négociant<sup>8</sup>.

## 2. Nature juridique

Conformément aux conceptions soutenues depuis plusieurs années par la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral a récemment confirmé que l'art. 11 LBVM institue des règles de conduite tant de droit public que de droit privé<sup>9</sup>. Deux conséquences en découlent sur le plan civil. Premièrement, les accords de droit privé ne sont valables que dans la mesure où ils ne contredisent pas les règles de conduite imposées par l'art. 11 LBVM<sup>10</sup>. Deuxièmement, ces règles s'appliquent même si le contrat conclu entre les parties ne contient aucune réglementation correspondante ou ne s'y réfère pas. Le négociant est tenu d'informer ses clients au titre de l'art. 11 al. 1 let. a LBVM quelles que soient la nature et la qualification des relations contractuelles qu'il entretient avec ces

<sup>7</sup> Arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.5.1 = SJ 2007 I 313 (passage non reproduit). Le Tribunal de district de Zurich a jugé dans un sens contraire dans un arrêt antérieur du 13 juillet 2006 consid. 8.3.2, paru in ZR 106 (2007) n° 57 p. 225 ss, 227.

<sup>8</sup> Arrêt du TF du 2 avril 2007, 4C.385/2006 consid. 4.2.3 = SJ 2007 I 499 (rés.); Benoît Chappuis/Franz Werro, Le devoir d'information de l'art. 11 LBVM et son rôle en droit civil à la lumière des règles de conduite de l'ASB, PJA 2005, p. 569.

<sup>9</sup> Arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.3 = SJ 2007 I 313, 315; ATF 133 III 97, 99 s. consid. 5.2 et les nombreuses références doctrinales citées = SJ 2007 I 252, 253.

<sup>10</sup> La majorité de la doctrine considère également que cette disposition revêt un caractère impératif: Bernhard Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung: dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Berne 2000, p. 102 ss et p. 179 s.; Chappuis/Werro, PJA 2005, p. 564; Urs P. Roth, Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zurich 2000, N. 92 ad art. 11 LBVM; Eric Sibbern/Hans Caspar von der Crone, Informationspflichten im Anlagegeschäft, RSDA 2007/2, p. 176; Eric Stupp/Dieter Dubs, Basler Kommentar zum Börsengesetz, Bâle 2007, N. 13 et 46 ad art. 11 LBVM; Luc Thévenoz, Les règles de conduite des négociants, RSDA 1997 (Numéro spécial), p. 26.

derniers<sup>11</sup>. Les règles de conduite prescrites à l'art. 11 LBVM sont, à notre sens, des devoirs légaux qui doivent être qualifiés d'obligations contractuelles accessoires lorsque les parties concluent ou négocient un contrat de vente ou d'achat de valeurs mobilières; en l'absence d'une convention, ils constituent des devoirs précontractuels<sup>12</sup>.

### 3. Contenu et portée

Selon la jurisprudence fédérale récente, l'art. 11 LBVM pose un standard d'information minimum à la charge des négociants, indépendamment de l'existence ou de la qualification des rapports contractuels qui les lient à leurs clients. En particulier, ce devoir légal s'applique même en l'absence d'un contrat de gestion de fortune entre le banquier et son mandant.

Quant à son objet, le devoir d'information visé à l'art. 11 al. 1 let. a LBVM oblige le négociant à informer les clients des risques de perte liés à un type de transaction donné, par exemple sur les risques liés aux produits structurés ou aux opérations à terme. Le négociant n'est en revanche pas tenu d'analyser et d'indiquer au client les risques spécifiques à une transaction portant sur un titre en particulier<sup>13</sup>. Ainsi, il n'est pas tenu d'avertir son client en vertu de l'art. 11 LBVM que le cours des valeurs mobilières que ce dernier entend acquérir baisse fortement. Cette disposition n'a pas non plus pour objet d'obliger la banque à renseigner son client en détail sur le fonctionnement de la bourse suisse<sup>14</sup>.

Le Tribunal fédéral a clairement rejeté toute obligation du négociant, fondée sur l'art. 11 al. 1 let. a LBVM, de se renseigner sur la situation patrimoniale du client et d'examiner si les opérations boursières que ce dernier entend effectuer sont adaptées à son profil de risque, ainsi qu'aux objectifs financiers qu'il poursuit (*suitability*)<sup>15</sup>. Il a toutefois laissé ouverte la question de savoir si, comme le soutiennent plusieurs auteurs, la banque qui distribue activement certains produits financiers peut néanmoins être tenue d'examiner la situation financière de son client et de le conseiller dans ses placements en conformité des objectifs poursuivis, que ce soit sur la base d'un contrat de conseil en placements passé par actes concluants ou d'une adaptation au droit européen<sup>16</sup>. A notre avis, une telle obligation peut, selon les circonstances, découler des rapports contractuels entre le banquier et son client, notamment dans le cadre de conseils en placement.

<sup>11</sup> Dans le même sens: Eric Sibbern/Hans Caspar von der Crone, RSDA 2007/2, p. 175 et références citées sous n. 14; Eric Stupp/Dieter Dubs, op. cit., N. 12 ad art. 11 LBVM.

<sup>12</sup> Dans ce sens: Paul Felix Wegmann/Hans Caspar von der Crone, Aufklärung und Haftung bei der Anleihsenmission, RSDA 2006/4, p. 316; apparemment plus restrictif: jugement du Tribunal de district de Zurich du 13 juillet 2006 consid. 8.3.2, paru in ZR 106 (2007) n° 57 p. 225 ss, 227.

<sup>13</sup> ATF 133 III 97, 100 consid. 5.3 et références doctrinales citées = SJ 2007 I 252, 253; cf. art. 3 al. 3 des Règles de conduite pour négociants.

<sup>14</sup> ATF 133 III 221, 227 consid. 5.3.

<sup>15</sup> ATF 133 III 97, 101 consid. 5.4 et références doctrinales citées = SJ 2007 I 252, 253.

<sup>16</sup> ATF 133 III 97, 101 consid. 5.4 in fine et références doctrinales citées (consid. non traduit à la SJ 2007 I 252); Sibbern/von der Crone, RSDA 2007/2, p. 179 s.

Le devoir d'information du négociant se rapporte essentiellement aux opérations à risques élevés (par exemple les dérivés) ou particulièrement complexes (tels que les produits hybrides ou structurés). Le négociant doit fournir des informations portant sur les risques financiers<sup>17</sup> propres à chaque catégorie d'actifs présentant une structure de risque différente<sup>18</sup>. Le négociant devra ainsi indiquer distinctement les risques propres aux opérations de bourse portant par exemple sur les hedge funds, les options ou futures, ainsi que sur les produits structurés ou hybrides. Les investissements financés à l'aide de fonds étrangers – notamment prêtés par la banque en contrepartie de la mise en gage du portefeuille du client (crédit lombard) – constituent, de manière distincte, un type particulier de transactions visé par l'art. 11 al. 1 let. a LBVM. A ce titre, le banquier est tenu d'indiquer à l'emprunteur les risques inhérents à ce type d'opérations, tels que ceux liés à l'existence d'un effet de levier<sup>19</sup>.

Le négociant est tenu de fournir à ses clients des informations claires, complètes et exactes<sup>20</sup>. Celles-ci doivent être aisément compréhensibles pour l'investisseur non expérimenté et ne disposant pas de connaissances particulières en matière financière, de manière à lui permettre de prendre ses décisions d'investissement en toute connaissance de cause<sup>21</sup>.

L'art. 11 al. 2 LBVM prévoit expressément que le négociant doit tenir compte de l'expérience et des connaissances de son client dans les domaines concernés. Celles-ci sont déterminantes pour définir l'objet et l'étendue du devoir d'information du négociant découlant de l'art. 11 LBVM<sup>22</sup>. Le client expérimenté ou qui connaît déjà les risques liés à une opération envisagée n'a pas besoin d'être informé par le négociant<sup>23</sup>. Un client peut valablement renoncer aux informations concernant les risques liés à un type d'investissement déterminé lorsqu'il déclare qu'il les connaît déjà<sup>24</sup>.

En cas de litige, la question se pose de savoir à qui incombe la preuve du degré de connaissances du client, qui est déterminant pour moduler l'étendue du devoir d'information du négociant selon l'art. 11 al. 2 LBVM. L'art. 3 al. 2 des Règles de conduite précitées prévoit que le négociant peut en principe admettre que chaque client connaît les risques habituellement liés à l'achat, à la vente et à la détention de valeurs mobi-

<sup>17</sup> Selon le commentaire n° 6 ad art. 3 des Règles de conduite, l'étendue du devoir d'information s'accroît parallèlement à l'augmentation du potentiel de risque et à la complexité croissante de la structure de risque d'un type de titres déterminé.

<sup>18</sup> Dans ce sens également: Roth, op. cit., N. 64 ad art. 11 LBVM; Sibbern/von der Crone, RSDA 2007/2, p. 177.

<sup>19</sup> Du même avis: Sibbern/von der Crone, RSDA 2007/2, p. 177.

<sup>20</sup> Sibbern/von der Crone, RSDA 2007/2, p. 177; Eric Stupp/Dieter Dubs, op. cit., N. 32 ad art. 11 LBVM.

<sup>21</sup> ATF 133 III 97, 100 s. consid. 5.3 et références doctrinales citées = SJ 2007 I 252, 253.

<sup>22</sup> Arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.3 = SJ 2007 I 313, 315.

<sup>23</sup> Manfred Küng/Felix M. Huber/Matthias Kuster, Kommentar zum Börsengesetz, vol. II, Zurich 1998, N. 40 ad art. 11 LBVM; Roth, op. cit., N. 76 ss ad art. 11 LBVM; Sibbern/von der Crone, RSDA 2007/2, p. 176; Eric Stupp/Dieter Dubs, op. cit., N. 47 ad art. 11 LBVM.

<sup>24</sup> L'art. 3 al. 5 des Règles de conduite prévoit que le négociant n'a aucune obligation d'informer au sujet des risques de certains types d'opérations, lorsqu'un client confirme, au moyen d'une déclaration écrite particulière, qu'il connaît les risques afférents à ce type d'opérations – qui doivent être décrits exactement – et qu'il renonce à des informations supplémentaires.

lières, en particulier les risques de solvabilité et de cours des actions, des obligations et des parts de fonds de placement. La question se pose de savoir si cette présomption est opposable aux clients sur le plan civil. Comme mentionné ci-dessus<sup>25</sup>, ces règles de conduite ne lient pas le juge civil, mais servent d'aide à l'interprétation de la loi. Le Tribunal fédéral a récemment laissé indécise la question de savoir si une banque pouvait présumer la connaissance, par ses clients, des risques décrits à l'art. 3 al. 2 précité, au motif que le litige ne portait pas sur l'omission de la banque de les informer des risques généraux liés à des placements en actions visés à l'art. 3 al. 2 des Règles de conduite, mais de ceux découlant d'une concentration excessive de leurs placements sur une seule et même action<sup>26</sup>. La doctrine est partagée sur ce point<sup>27</sup>. Il convient d'admettre, avec Chappuis et Werro, que l'art. 11 al. 2 LBVM, en exigeant une information minimum, ne pose pas une telle présomption et «que la pratique bancaire ne saurait faire peser sur le client le fardeau de la preuve de son ignorance»<sup>28</sup>. Certes, une information standardisée est possible (voir ch. 4 ci-dessous), mais elle ne dispense pas le banquier de s'assurer que son client l'a bien comprise s'il y a des raisons de penser que tel n'est pas le cas.

#### 4. Modalités de l'information

L'information visée à l'art. 11 al. 1 let. a LBVM peut être communiquée par le négociant à ses clients de manière standardisée ou individualisée. Dans le premier cas, il faut partir du principe d'un client dont le degré d'expérience et de connaissances est objectivement bas. Si l'information se fait de manière individualisée, on peut attendre du négociant qu'il établisse le degré d'expérience et les connaissances particulières de chaque client<sup>29</sup>. Le négociant documente de quelle façon il a informé le client afin de pouvoir en apporter la preuve<sup>30</sup>. La forme de cette documentation est laissée à son appréciation<sup>31</sup>.

Le négociant est tenu en principe d'informer le client en temps utile avant l'exécution de la transaction<sup>32</sup>. Si, compte tenu des circonstances, le négociant n'est pas en mesure de renseigner complètement et en temps utile le client sur les risques liés à un type de transaction<sup>33</sup>, ce dernier devrait en être averti. Le négociant doit alors fournir au client

<sup>25</sup> Supra p. 650.

<sup>26</sup> Arrêt du TF du 2 avril 2007, 4C.385/2006 consid. 3.2 et 4.2.4 = SJ 2007 I 499, 500 (rés.); voir aussi infra, p. 657.

<sup>27</sup> Voir notamment Sibbern/von der Crone, note 36 à p. 178 et références citées.

<sup>28</sup> Chappuis/Werro, op. cit., p. 569.

<sup>29</sup> Arrêt du TF du 2 avril 2007, 4C.385/2006 consid. 4.2.2 = SJ 2007 I 499, 500 (rés.); ATF 133 III 97, 100 consid. 5.3 = SJ 2007 I 252, 253; art. 3 al. 4 des Règles de conduite.

<sup>30</sup> Voir arrêt du TF du 3 décembre 2004, 4C.18/2004, consid. 1.8.

<sup>31</sup> Commentaire n° 11 ad art. 3 des Règles de conduite.

<sup>32</sup> Cf. art. 4 des Règles de conduite; Christian Thalmann, Von der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Bank zur börsengesetzlichen Informationspflicht des Effekthändlers, Festschrift Druey, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 989.

<sup>33</sup> Par exemple, s'il s'agit d'un type d'opération complexe nécessitant des recherches préalables, alors que l'investisseur souhaite effectuer la transaction sans délai.

les informations complémentaires requises selon l'art. 11 al. 1 let. a LBVM dès le moment où il a pu ou aurait pu raisonnablement les recueillir<sup>34</sup>.

Pour le surplus, le négociant doit assumer activement son devoir d'information<sup>35</sup>. L'art. 11 al. 1 let. a LBVM fonde une obligation de renseignements réitérée lorsqu'au cours d'une relation, le client entreprend de nouvelles opérations présentant une structure de risque différente<sup>36</sup>. En revanche, l'art. 11 LBVM n'oblige pas le négociant à suivre l'évolution de tous les titres qu'il détient en dépôt pour en informer leurs détenteurs respectifs. D'une manière générale, on ne saurait raisonnablement attendre d'une banque, en sa seule qualité de négociant en valeurs mobilières, qu'elle surveille tous les titres de l'ensemble de ses clients et émette, le cas échéant, des recommandations de vente ou d'achat<sup>37</sup>. Une telle obligation de renseignement et de mise en garde peut en revanche résulter des relations contractuelles liant la banque à son client. Il s'agit donc d'examiner les contours des devoirs d'information, de conseil et de mise en garde contractuels ou quasi-contractuels de la banque envers ses clients.

### III. Les devoirs d'information de la banque fondés sur le droit des contrats

#### 1. Généralités

Outre les devoirs découlant de l'art. 11 LBVM, que l'on peut considérer désormais comme un standard minimum, la banque a des obligations d'information, de conseil et de mise en garde qui ont leur source dans les obligations de diligence et de fidélité inscrites à l'art. 398 CO et à l'art. 2 CC. Dans les rapports précontractuels, la violation de ces devoirs fonde la responsabilité de la banque pour culpa in contrahendo<sup>38</sup>. Par exemple, s'il octroie un crédit ou recommande des placements, le banquier peut être tenu, selon les circonstances, d'informer ou de mettre en garde le client des risques liés à l'opération envisagée et de s'assurer que celle-ci est adaptée aux besoins et à la volonté de son mandant. Lorsque la violation du devoir d'information a lieu avant la conclusion d'un contrat litigieux, mais que finalement ce contrat a été conclu, la responsabilité contractuelle absorbe la responsabilité précontractuelle<sup>39</sup>. Dans cette hypothèse, ce sont donc les règles contractuelles qui s'appliquent.

Comme exposé ci-après de manière plus détaillée, l'objet et l'étendue du devoir d'information du banquier dépendent en premier lieu des services requis par le client,

<sup>34</sup> Sur cette question, voir Sibbern/von der Crone, RSDA 2007/2, p. 178 et les références doctrinales citées.

<sup>35</sup> Cf. art. 4 des Règles de conduite.

<sup>36</sup> Arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.5.2 = SJ 2007 I 313 (passage non reproduit); commentaire n° 13 ad art. 4 des Règles de conduite; Roth, op. cit., N. 90 ad art. 11 LBVM.

<sup>37</sup> Arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.5.2 = SJ 2007 I 313 (passage non reproduit).

<sup>38</sup> Arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.2 = SJ 2007 I 313, 314; arrêt du TF du 23 juin 1998, 4C.410/1997 consid. 3a et les références citées = SJ 1999 I 205, 207.

<sup>39</sup> Arrêt du TF du 4 août 2005, 4C.82/2005 consid. 7.1; ATF 131 III 377, 380 consid. 3 = JdT 2005 I 612, 615; arrêt du TF du 8 juin 1998, 4C.447/1997 consid. 3a et les références citées = SJ 1999 I 113, 116.

ainsi que de l'expérience et des connaissances de ce dernier<sup>40</sup>. Celui-ci n'a besoin d'être informé que s'il apparaît qu'il ne connaît pas les risques encourus liés aux placements qu'il opère. De même, le mandataire n'a pas l'obligation de signaler un risque dont chacun peut reconnaître l'existence.

Nous passerons en revue les contrats les plus courants de la pratique bancaire pour dégager les principes applicables en la matière.

## 2. Dans le cadre de l'exploitation d'un compte bancaire et d'un dépôt

Lorsque la banque détient des titres ou des avoirs pour le compte de son client à des fins de placement, les parties sont liées à la fois par les règles relevant du contrat de dépôt au sens des art. 472 ss CO et du mandat<sup>41</sup>.

En premier lieu, la banque dépositaire a l'obligation de conserver les titres et les valeurs remis en dépôt. La banque a, au titre de l'art. 400 al. 1 CO, une obligation envers son client de rendre compte des avoirs que ce dernier a en dépôt auprès de son établissement<sup>42</sup>. En matière bancaire, la banque dépositaire doit spontanément et régulièrement informer son client de l'état de ses avoirs<sup>43</sup>. Cette fréquence est déterminée selon la volonté des parties et les conditions générales de la banque<sup>44</sup>.

Ensuite, la banque dépositaire qui s'engage à exécuter des instructions ponctuelles de son mandant portant sur la gestion de ses avoirs n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du mandant en l'absence de mandat de gestion<sup>45</sup>. Lorsque le client donne de manière inconditionnelle des ordres ou des instructions ciblés de vente ou d'achat de titres, il montre qu'il n'a pas besoin de l'information et des conseils de la banque, ni ne les souhaite<sup>46</sup>. La banque est alors tenue d'exécuter avec diligence les instructions du client conformément à l'art. 397 al. 1 CO<sup>47</sup>. La banque chargée d'exécuter des ordres déterminés n'est pas tenue de conseiller spontanément le client sur les développements probables des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques<sup>48</sup>.

<sup>40</sup> Voir par exemple arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.3 in fine = SJ 2007 I 313, 316.

<sup>41</sup> Arrêt du TF du 23 juillet 2002, 4C.108/2002 consid. 2a; Daniel Guggenheim, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 4<sup>ème</sup> éd., Genève 2000, p. 148.

<sup>42</sup> ATF 115 II 62, 66 consid. 3d = JdT 1989 I 539, 544; ATF 110 II 181, 182 s. consid. 2 (fr.) = JdT 1984 I 488 (rés.).

<sup>43</sup> Guggenheim, *op. cit.*, p. 153.

<sup>44</sup> Dans ce sens, l'art. 5 des Directives concernant le mandat de gestion de fortune adoptées par l'Association suisse des banquiers prévoit que le client reçoit les extraits de compte et de dépôt dans les termes convenus avec lui en vue de leur vérification.

<sup>45</sup> Arrêt du TF du 31 juillet 2007, 4A.189/2007 consid. 2.3; arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.4.2 = SJ 2007 I 313, 319; ATF 133 III 97, 102 consid. 7.1.1 = SJ 2007 I 252 (passage non traduit); arrêt du TF du 4 novembre 2004, 4C.366/2004 consid. 3.1.

<sup>46</sup> Arrêt du TF du 21 février 2006, 4C.20/2005 consid. 4.2.3; arrêt du TF du 2 mai 2005, 4C.459/2004 consid. 2.1; arrêt du TF du 8 décembre 2000, 4C.166/2000 consid. 5b/dd.

<sup>47</sup> Arrêt du TF du 30 novembre 2006, 4C.295/2006 consid. 4.2.

<sup>48</sup> Arrêt du TF du 4 novembre 2004, 4C.366/2004 consid. 3.1; arrêt du TF du 31 août 2001, 4C.45/2001 consid. 4a = SJ 2002 I 274, 275; arrêt du TF du 23 juin 1998, 4C.410/1997 consid. 3b = SJ 1999 I 205, 208; ATF 119 II 333, 335 consid. 5a = JdT 1994 I 610, 612.

Lorsque la gestion a été confiée à un gérant indépendant, la banque dépositaire des avoirs n'a pas à rendre le client attentif aux risques élevés qu'il encourt, ni à requérir son autorisation avant de procéder aux opérations requises<sup>49</sup>. Le banquier n'est pas le tuteur de son client et il doit en principe exécuter les ordres licites qui lui sont donnés<sup>50</sup>. Seules des circonstances tout à fait particulières dénotant à l'évidence un comportement déloyal du tiers gérant envers le client justifient éventuellement que la banque avertisse le titulaire du compte concerné<sup>51</sup>, à l'exclusion de l'ayant droit économique en tant que ce dernier n'est pas partie à la relation bancaire<sup>52</sup>.

A noter que dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé que la banque n'était pas tenue d'informer son client des risques liés à une possible intervention illicite de tiers dans la transmission d'un ordre donné par le client à sa banque, dans la mesure où il n'était pas établi que la banque eût concrètement connaissance de la commission de telles infractions au moment des faits litigieux<sup>53</sup>.

Le principe selon lequel la banque n'est pas tenue de sauvegarder les intérêts de son client de manière générale **est tempéré par un système d'exceptions** dont la portée semble s'accroître. Tout d'abord, si le client demande à sa banque dépositaire des informations ou des conseils sur l'opération envisagée, celle-ci doit le renseigner, le conseiller ou le mettre en garde en conséquence<sup>54</sup>. Ensuite, la banque doit spontanément informer, voire mettre en garde son client lorsque, en faisant preuve de l'attention requise, elle a reconnu ou aurait dû reconnaître que celui-ci n'a pas identifié un danger lié au placement, de sorte que la banque doit l'y rendre attentif. En outre, lorsqu'un rapport particulier de confiance s'est développé dans le cadre d'une relation d'affaires durable entre le client et la banque, cette dernière doit, sur la base des règles de la bonne foi, informer le client des risques liés à sa stratégie de placement et peut même être tenue de le mettre en garde<sup>55</sup>. Les affaires suivantes permettent d'illustrer ces principes:

<sup>49</sup> Arrêt du TF du 4 novembre 2004, 4C.366/2004 consid. 3.1; arrêt du TF du 29 octobre 1997, 4C.97/1997 consid. 6a = SJ 1998 I 198, 203.

<sup>50</sup> Arrêt du TF du 23 juillet 2002, 4C.108/2002 consid. 2b = Pra 2003 n° 51, p. 244; arrêt du TF du 14 décembre 1993, 4C.24/1993 consid. 3b = SJ 1994 I 284 (passage non traduit).

<sup>51</sup> Arrêt du TF du 5 juin 2007, 4C.397/2006 consid. 4.

<sup>52</sup> Arrêt du TF du 23 juillet 2002, 4C.108/2002 consid. 3a/c/aa.

<sup>53</sup> Il s'agissait en l'espèce d'un ordre de paiement illicitement intercepté et modifié par des malfaiteurs inconnus de façon à ce que le versement soit effectué sur le compte postal d'un tiers domicilié à l'étranger: arrêt du TF du 31 octobre 2007, 4A.301/2007 consid. 2.5 et 2.6. La question n'a pas été tranchée par le TF de savoir si la banque a le devoir d'informer ses clients sur les risques liés à la transmission des données par internet, afin de combler un déficit de connaissances de la part du client sur les aspects techniques et les risques qui y sont liés: même arrêt et références doctrinales citées au consid. 2.4.

<sup>54</sup> Arrêt du TF du 31 octobre 2007, 4A.301/2007 consid. 2.3; arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.4.2 = SJ 2007 I 313, 319; arrêt du TF du 4 novembre 2005, 4C.366/2004 consid. 3.1.

<sup>55</sup> Arrêt du TF du 31 juillet 2007, 4A.189/2007 consid. 2.3; arrêt du TF du 4 avril 2007, 4C.385/2006 consid. 2.2; arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.4.2 = SJ 2007 I 313, 319; ATF 133 III 97, 103 consid. 7.1.2 = SJ 2007 I 252 (passage non traduit); arrêt du TF du 2 mai 2005, 4C.459/2004 consid. 2.1; ATF 131 III 377 consid. 4.1.1 = JdT 2005 I 612, 616; arrêt du TF du 4 novembre 2004, 4C.366/2004 consid. 3.1; arrêt du TF du 31 août 2001, 4C.45/2001 consid. 4a = SJ 2002 I 274, 275; arrêt du TF du 8 décembre 2000, 4C.166/2000 consid. 5b/dd; ATF 124 III 155, 162 s. consid. 3a = JdT 1999 I 125, 132 s.

- Le Tribunal fédéral a récemment admis que la banque avait une obligation d'informer ses clients des risques de perte liés à leurs investissements en raison de l'existence d'une relation de confiance liant les clients avec un employé de la banque, qui s'était développée alors que cet employé travaillait pour le compte d'un autre établissement bancaire. La relation bancaire entre les clients et la banque mise en cause avait duré du 13 décembre 2000 au 30 octobre 2002<sup>56</sup>. Cette relation particulière fondait une obligation d'information accrue de la banque. En l'espèce, il a été jugé que la banque avait manqué à son devoir d'information envers ses clients pour avoir omis de les mettre en garde des risques liés à une concentration excessive de leurs placements dans des actions Vivendi Universal<sup>57</sup>.
- Dans une autre affaire récente, le Tribunal fédéral a jugé que le client pouvait de bonne foi s'attendre à ce qu'une société fiduciaire – qui assume un rôle comparable à celui d'une banque – attire spontanément son attention sur les risques éventuels particuliers liés à un placement proposé par un tiers. Le Tribunal fédéral a retenu que l'intervention de cette société fiduciaire ne s'était pas limitée à l'ouverture d'un compte et au transfert des fonds en faveur du tiers selon les instructions précises du client. Bien plutôt, comme toutes les discussions liées à l'opération financière, ainsi que la signature des différents contrats concrétisant celle-ci avaient eu lieu au siège de cette société en présence d'un de ses employés, ces circonstances étaient propres à convaincre le client du sérieux et de la faisabilité de cette opération financière créant ainsi entre les parties une relation de confiance particulière laquelle fonde un devoir spontané de mise en garde de la part de la société fiduciaire<sup>58</sup>.
- Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a constaté qu'une relation particulière de confiance fondant un devoir d'information et de mise en garde découlait du fait que la banque avait donné des conseils en placement à l'un de ses clients pendant une période de deux ans et demi, même en l'absence d'un contrat écrit. En l'espèce, la banque avait correctement rempli ses obligations en enjoignant son client, à réitérées reprises, à réaliser ses gains, à couvrir ses positions et à se montrer prudent<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Arrêt du TF du 2 avril 2007, 4C.385/2006 consid. 3.2 = SJ 2007 I 499.

<sup>57</sup> Arrêt du TF du 2 avril 2007, 4C.385/2006 consid. 3.2, 4.2.3, 4.2.4 et 5.2 = SJ 2007 I 499, 500 (rés.). Il convient de noter qu'en l'occurrence, la responsabilité de la banque a été admise semble-t-il uniquement sur la base du rapport de confiance particulier précité, lequel fondait un devoir particulier de mise en garde de la banque nonobstant l'absence d'un mandat de gestion. L'arrêt n'en pose pas moins la question de savoir si une concentration excessive des placements sur une seule et même action constitue un risque particulier sous l'angle de l'art. 11 LBVM, et dans l'affirmative, si la banque a un devoir légal de mise en garde réitérée lorsque le client augmente sa position sur un titre particulier. Cette conception nous paraîtrait contredire le principe selon lequel l'art. 11 LBVM n'impose pas au banquier d'analyser les risques liés à une transaction portant sur un titre déterminé. En outre, elle obligerait le négociant à contrôler la composition des portefeuilles en dépôt, ce qui dépasse le but de l'art. 11 LBVM. En revanche, c'est à juste titre qu'une telle obligation et un devoir de mise en garde correspondant peuvent être déduits du droit privé, selon les circonstances de l'espèce.

<sup>58</sup> ATF 131 III 377, 381 consid. 4.1.2 = JdT 2005 I 612, 616.

<sup>59</sup> ATF 133 III 97, 103 s. consid. 7.2 = SJ 2007 I 252, 253 (rés.).

### 3. Dans le cadre de l'octroi d'un crédit

#### (i) Principes

Lorsque la banque octroie un crédit, elle assume de ce fait des obligations d'information spécifiques. Les parties sont alors liées par un contrat innommé de crédit bancaire régi par analogie par les art. 312 ss CO<sup>60</sup>. On parle de crédit lombard lorsque les fonds prêtés servent à financer des transactions ou des investissements et, en même temps, sont garantis par les actifs détenus par le client<sup>61</sup>. Les exigences liées aux devoirs d'information de la banque sont plus élevées lorsque le mandant ne spéculé pas seulement avec sa fortune, mais avec les crédits de la banque<sup>62</sup>. Tant sur la base des art. 11 LBVM que 398 CO, la banque créancière doit informer l'emprunteur des risques liés à ce type d'opérations. De plus, la banque doit éviter que la ligne de crédit soit dépassée et informer le client sans délai si la couverture du crédit devient insuffisante<sup>63</sup>.

Hormis son intérêt propre de couverture, la banque n'est en règle générale pas tenue de faire spontanément des investigations sur le besoin de crédit du client, sur ses intentions quant à l'utilisation des fonds ou sur la justification matérielle et l'opportunité de sa demande<sup>64</sup>. Un tel devoir de conseil et de mise en garde concernant les risques liés au crédit envisagé n'existe que dans des conditions spécifiques: par exemple lorsque le prêt a été conclu à l'instigation ou par l'intermédiaire de la banque ou lorsque celle-ci bénéficie de connaissances particulières quant au risque spécial lié au financement d'un projet<sup>65</sup>. Ces devoirs existent également lorsque les parties entretiennent déjà un rapport durable de confiance dépassant la conclusion du seul contrat<sup>66</sup> ou lorsqu'un client inexpérimenté se fie de manière reconnaissable aux renseignements, conseils et informations de la banque. Enfin, la banque est tenue à un devoir particulier d'information lorsqu'elle se trouve dans une situation de conflit d'intérêts<sup>67</sup>. Un conflit d'intérêts n'existe que lorsque la banque privilégie ses propres intérêts au détriment de ceux de son client ou de tiers, par exemple lorsqu'elle encourage les crédits à une entreprise

<sup>60</sup> Arrêt du 23 juin 1998, 4C.410/1997 consid. 3 = SJ 1999 I 205, 206; Guggenheim, *op. cit.*, p. 259 ss.

<sup>61</sup> Carlo Lombardini, *Droit et pratique de la gestion de fortune*, 3<sup>ème</sup> éd., Genève/Bâle/Munich 2003, p. 117.

<sup>62</sup> Arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.4.2 = SJ 2007 I 313, 319; ATF 133 III 97, 102 in fine consid. 7.1.1 = SJ 2007 I 252 (passage non traduit); ATF 119 II 333, 335 consid. 5a = JdT 1994 I 610, 612.

<sup>63</sup> Cf. arrêt du TF du 7 février 2001, 4C.352/2000 consid. 2; Claude Bretton-Chevallier, *Le gérant de fortune indépendant: rapport avec le client, la banque dépositaire, obligations et responsabilités*, thèse Genève 2001, Zurich 2002, p. 251 s.; Carlo Lombardini, *op. cit.*, p. 116.

<sup>64</sup> Arrêt du TF du 4 août 2005, 4C.82/2005 consid. 6.2 et 6.4; arrêt du TF du 23 juillet 2002, 4C.108/2002 consid. 2b.

<sup>65</sup> Arrêt du TF du 19 septembre 2004, 4C.202/2004 consid. 3.3; arrêt du TF du 23 juin 1998, 4C.410/1997 consid. 3c = SJ 1999 I 205, 209 s.

<sup>66</sup> Arrêt du TF du 14 septembre 2004, 4C.202/2004 consid. 3.4 où le TF a considéré que la banque avait de toute manière suffisamment renseigné le client sur les conditions du crédit litigieux, laissant ouverte la question de l'existence d'un éventuel rapport de confiance particulier entre les parties découlant de la conclusion de trois contrats de prêt en un peu plus de deux ans.

<sup>67</sup> Arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.4.2 = SJ 2007 I 313, 319; arrêt du TF du 23 juin 1998, 4C.410/1997 consid. 3c = SJ 1999 I 205, 209 et les références citées.

en danger dans le but de favoriser le remboursement de ses propres créances incertaines<sup>68</sup>.

(ii) *Dans le cadre d'un crédit à la consommation*

A noter pour être complet que si le prêt consenti par la banque est un crédit à la consommation au sens de l'art. 1 al. 1 de la Loi fédérale sur le crédit à la consommation<sup>69</sup> (ci-après: «LCC»)<sup>70</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, la banque est tenue à un devoir d'information particulier visant à protéger le consommateur. Tout d'abord, les différentes opérations de crédit visées aux art. 9 ss LCC doivent faire l'objet d'un contrat écrit dont un exemplaire doit être remis au consommateur. Ensuite, le contrat doit contenir au moins les indications énumérées aux dispositions précitées portant notamment sur les conditions du crédit et le droit de le révoquer dans un délai de sept jours. En vertu de l'art. 15 al. 1 LCC, la violation des art. 9 ss LCC entraîne la nullité du contrat de crédit.

#### 4. Dans le cadre de conseils en placements

Lorsque la banque renseigne ou conseille son client à sa demande ou spontanément sur des dispositions patrimoniales, en particulier des placements de capitaux<sup>71</sup>, elle est alors tenue de le faire avec diligence en vertu des règles du mandat (art. 398 al. 2 CO)<sup>72</sup>. Cette obligation découle soit d'un contrat de conseil en placements expressément conclu, soit d'un contrat passé par actes concludants, soit encore des règles relevant du principe de la confiance<sup>73</sup>.

Les renseignements basés sur des faits objectifs fournis par la banque au client doivent, au moment où ils sont fournis, être justes, compréhensibles, donnés sur la base des éléments disponibles, précis et exhaustifs<sup>74</sup>. Néanmoins, le spéculateur ne peut pas se fier sûrement à un conseil relatif à un événement futur et incertain. En principe, il doit assumer lui-même les risques s'il suit le conseil de la banque<sup>75</sup>. La banque ne répond

<sup>68</sup> Arrêt du TF du 4 août 2005, 4C.82/2005 consid. 6.2; arrêt du TF du 23 juin 1998, 4C.410/1997 consid. 3c = SJ 1999 I 205, 209 et les références citées.

<sup>69</sup> Cette disposition prévoit que le crédit à la consommation est un contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir un crédit à un consommateur sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire.

Par ailleurs, l'art. 7 LCC prévoit que plusieurs catégories de crédit ne sont pas soumis à la loi fédérale sur le crédit à la consommation.

<sup>70</sup> RS 221.214.1.

<sup>71</sup> Arrêt du TF du 21 février 2006, 4C.20/2005 consid. 4.2.3; arrêt du TF du 23 juin 1998, 4C.410/1997 consid. 3b = SJ 1999 I 205, 208.

<sup>72</sup> Cf. arrêt du TF du 21 février 2006, 4C.20/2005 consid. 4.2.3.

<sup>73</sup> Sur les sources des devoirs d'information de la banque en matière de conseils en placements, voir en particulier Sibbern/von der Crone, RSDA 2007/2, p. 181 et références citées.

<sup>74</sup> Carlo Lombardini, Droit bancaire suisse, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 494 s.

<sup>75</sup> ATF 119 II 333, 336 consid. 7a et les références citées = JdT 1994 I 610, 613.

des conséquences d'un conseil objectivement faux que si, au moment où elle s'est exprimée, le conseil était manifestement déraisonnable<sup>76</sup>.

Par exemple, le Tribunal fédéral a jugé qu'un institut bancaire qui conseille un investissement à un client étranger en promettant de manière erronée l'exemption de la commission et de l'impôt anticipé manque à son devoir d'information. Ce manquement entraîne l'obligation de payer des dommages et intérêts positifs, correspondant au dommage que le client n'aurait pas subi si l'information avait été exacte et complète<sup>77</sup>.

Les recommandations concernant des dispositions patrimoniales doivent paraître adéquates, et partant raisonnables, au regard de la situation financière du client et de ses objectifs de placements<sup>78</sup>. Une telle appréciation s'effectue sur la base des circonstances de chaque cas d'espèce et en particulier des connaissances et de l'expérience du client concerné. Plus un placement présente un caractère spéculatif, et donc des risques de perte importants, plus l'on attendra de la banque qu'elle renseigne son client de manière complète et qu'elle le mette en garde de tels risques. Ainsi, le client inexpérimenté doit être clairement renseigné sur les risques de perte ou le faible espoir de gain dans les affaires à option hautement spéculatives<sup>79</sup>.

## 5. Dans le cadre de la gestion du patrimoine

### (i) Principes

On se trouve en présence d'un mandat de gestion lorsque la banque gère les avoirs du client et opère les placements pour son compte. Il s'agit d'un contrat mixte comprenant des éléments des contrats de dépôt, de commission et de mandat<sup>80</sup>. L'Association suisse des banquiers a adopté des Directives concernant le mandat de gestion de fortune, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006. Celles-ci constituent des règles de comportement à l'égard des banques affiliées et ne déploient aucun effet direct sur la relation de droit civil liant le client à la banque. Ces règles codifient dans une large mesure les développements de la jurisprudence évoqués ci-dessous<sup>81</sup>. Un mandat de gestion peut

<sup>76</sup> ATF 111 II 471, 474 consid. 3 = JdT 1986 I 487.

<sup>77</sup> ATF 110 II 360, 371 ss consid. 5 = JdT 1985 I 130, 141 ss.

<sup>78</sup> Cf. Sibbern/von der Crone, RSDA 2007/2, p. 181 et références citées.

<sup>79</sup> Arrêt du TF du 2 mai 2005, 4C.459/2004 consid. 2.1; arrêt du 31 août 2001, 4C.45/2001 consid. 4a = SJ 2002 I 274, 275.

<sup>80</sup> ATF 101 II 121, 123 consid. 1 = JdT 1976 I 281, 283; contra: Guggenheim, op. cit., p. 214 s.

<sup>81</sup> Cf. commentaire ad art. 1 des Directives concernant le mandat de gestion de fortune: „Au début des relations contractuelles, la banque renseigne le client sur le contenu du mandat de gestion. Elle examine et fixe directement avec le client les objectifs d'investissement de celui-ci. Pour atteindre ces objectifs, la banque définit, d'après sa libre appréciation, une politique de placement. Celle-ci peut être établie de manière générale pour l'ensemble de sa clientèle, ou être conçue pour des groupes de clients déterminés ou même pour un client pris à titre individuel.

La banque veille à ce que le mandat de gestion de fortune qui lui est conféré soit exercé avec soin, de manière à préserver les intérêts légitimes du client.

Lorsque le client donne des instructions spécifiques à la banque (de nature permanente ou se référant à des transactions particulières), les présentes directives ne s'appliquent qu'à titre subsidiaire. La banque

également être conclu oralement ou par actes concludants, même si l'art. 2 des Directives précitées prescrit qu'il doit être conféré en la forme écrite<sup>82</sup>.

L'existence d'un mandat de gestion de fortune a pour conséquence que le mandataire est tenu, en raison de son devoir de fidélité et de diligence, de sauvegarder **de manière générale** les intérêts de son mandant<sup>83</sup>. Une information spontanée et complète est requise en tant qu'elle fait partie du contenu de l'obligation principale d'un contrat de gestion de fortune fondé sur le conseil<sup>84</sup>. En vertu de l'art. 398 al. 2 CO, le mandataire qui se charge à titre professionnel de gérer la fortune d'autrui est soumis à des devoirs d'information, de conseil et de mise en garde. Ces devoirs impliquent que le client soit régulièrement et spontanément informé de manière adéquate par un mandataire disposant des aptitudes professionnelles nécessaires<sup>85</sup>. Il lui incombe de renseigner son client quant au risque des investissements envisagés, de le conseiller avec précision, suivant les besoins, sur les différentes possibilités d'investissement et de le mettre en garde contre des décisions hâtives.

L'étendue de ces obligations doit être déterminé en fonction des connaissances du client, d'une part, et, d'autre part, du type d'investissement à entreprendre. Le mandataire doit s'informer complètement sur l'état des connaissances du client et sur sa disposition à prendre des risques<sup>86</sup>. La diligence due s'apprécie plus sévèrement lorsque le mandataire fournit des services professionnels contre rémunération et accepte de déterminer lui-même les investissements qui seront effectués avec les fonds du mandant<sup>87</sup>. Dans une telle situation, le mandataire, en tant que spécialiste, doit renseigner le mandant, en vertu de son devoir de fidélité, sur tout ce qui est important pour lui<sup>88</sup>. Même sans demande particulière, il doit le conseiller et l'informer sur le caractère approprié de la mission, sur les frais, les dangers et les chances de succès<sup>89</sup>. Lorsqu'un client inexpérimenté confie son patrimoine à un spécialiste, il appartient à ce dernier d'informer le client des placements effectués ou, à défaut d'information, celui-ci est en droit d'attendre du mandataire que ce dernier respecte la stratégie de placements convenue et le risque de perte correspondant<sup>90</sup>.

---

doit consigner par écrit les instructions permanentes et leurs modifications ultérieures. Les autres instructions doivent être consignées de manière appropriée.

Dans les cas où l'exécution d'instructions spécifiques présente des risques particuliers liés à la nature de l'opération, la banque en informe le client."

<sup>82</sup> Dans ce sens: Guggenheim, op. cit., p. 213.

<sup>83</sup> Arrêt du TF du 15 mai 2000, 4C.52/2000 consid. 4b; ATF 119 II 333, 335 consid. 5 = JdT 1994 I 610, 611 s.

<sup>84</sup> Arrêt du TF 4C.410/1997 consid. 3b = SJ 1999 I 205, 208.

<sup>85</sup> ATF 124 III 155, 161 s. consid. 3 = JdT 1999 I 125, 131 s.

<sup>86</sup> ATF 124 III 155, 162 s. consid. 3a et références doctrinales citées = JdT 1999 I 125, 132 s.

<sup>87</sup> Arrêt du TF du 29 novembre 2000, 4C.251/2000 consid. 2b; ATF 124 III 155, 162 consid. 3a = JdT 1999 I 125, 132; ATF 119 II 333, 335 consid. 5a = JdT 1994 I 610, 611 s.; ATF 115 II 62, 64 consid. 3a = JdT 1989 I 539, 541 s.

<sup>88</sup> ATF 115 II 62, 65 consid. 3a = JdT 1989 I 539, 542.

<sup>89</sup> Arrêt du TF du 29 novembre 2000, 4C.251/2000 consid. 2b; ATF 119 II 333 consid. 5a = JdT 1994 I 610, 611 s.; ATF 115 II 62, 65 consid. 3a = JdT 1989 I 539, 542.

<sup>90</sup> Arrêt du TF du 3 décembre 2004, 4C.18/2004 consid. 1.8.

Le devoir de mise en garde est particulièrement marqué lorsque le mandataire propose des opérations qui, d'expérience, sont hautement spéculatives et risquées. Le client inexpérimenté dans ce type d'affaires doit être clairement renseigné sur le risque de perte et, en particulier, sur le danger de perdre la somme investie en peu de temps. En présence d'une opération aléatoire, le mandataire doit s'assurer, par des questions, que le mandant a compris l'étendue des risques et qu'il est prêt à les courir. Il ne suffit pas que le mandataire mentionne simplement le risque de perte et de faire signer au client une formule générale dans laquelle il reconnaît avoir connaissance des risques<sup>91</sup> – et cela d'autant plus si des perspectives de gains irréalistes sont en même temps présentées à ce dernier<sup>92</sup>.

(ii) *Contenu et portée du devoir d'information en matière de rétrocessions*

Dans un arrêt récent qui a fait couler beaucoup d'encre, le Tribunal fédéral a jugé qu'en vertu de l'art. 400 al. 1 CO, le gérant de fortune est tenu de rendre compte et de restituer au client les montants perçus de tiers à titre de rétrocessions<sup>93</sup>. Néanmoins, le mandant peut, moyennant certaines conditions, valablement renoncer à se faire restituer les rétrocessions perçues par le mandataire<sup>94</sup>. Le client doit être informé, de manière complète et véridique, sur les rétrocessions dont il renonce à la remise.

Dès lors, dans la mesure où les rétrocessions en cause tombent bien sous le coup de l'art. 400 CO<sup>95</sup>, un accord par lequel le mandant renonce, en connaissance de cause et sans équivoque, à se faire remettre les rétrocessions perçues de tiers par le mandataire est nécessaire<sup>96</sup>.

La question de l'étendue et du contenu de l'information à donner au client afin que sa renonciation soit valable est âprement discutée en doctrine<sup>97</sup>. A l'ATF 132 III 460, le Tribunal fédéral a nié que le client d'un gérant de fortune indépendant ait renoncé tacitement à la remise des rétrocessions perçues par ce gérant, comme le prétendait ce dernier, faute d'avoir eu connaissance des revenus effectivement reçus par le gérant à ce titre. En l'espèce, au vu des circonstances du cas, notre Haute Cour a considéré que le fait que la quotité des rétrocessions perçues ait pu être estimée en se fondant sur l'am-

<sup>91</sup> Arrêt du TF du 29 novembre 2000, 4C.251/2000 consid. 2b.

<sup>92</sup> Arrêt du TF du 5 juillet 2005, 4C.51/2005 consid. 3.2; ATF 127 III 357, 360 consid. 1d = JdT 2002 I 192, 195; ATF 124 III 155, 162 s. consid. 3a = JdT 1999 I 125, 132 s.; ATF 119 II 333, 335 consid. 5a = JdT 1994 I 610, 611 s.; ATF 115 II 62, 65 consid. 3a = JdT 1989 I 539, 542.

<sup>93</sup> ATF 132 III 460, 463 s. consid. 4.1 = SJ 2006 I 407, 411 s. Voir, sur cet arrêt, parmi beaucoup d'autres auteurs, Sandro Abegglen, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderungen – Eine dogmatische Nachlese zu BGE 132 III 460 ff., recht 2007/5, p. 190 ss; le même, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, in RSDA 2007/2, p. 122 ss; Roland von Büren/Hans Peter Walter, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, in RJB 2007, p. 495 ss.

<sup>94</sup> ATF 132 III 460, 465 consid. 4.2 = SJ 2006 I 407, 412 s.

<sup>95</sup> Tous les paiements désignés comme rétrocessions ne sont pas nécessairement des rétrocessions au sens de l'arrêt précité: voir Abegglen, Retrozession, op. cit., p. 122 ss.

<sup>96</sup> ATF 132 III 460, 467 consid. 4.3 = SJ 2006 I 407, 414.

<sup>97</sup> Voir Abegglen, recht 2007/5, et les références doctrinales citées aux p. 192 ss.

pleur des avoirs gérés, du montant convenu des honoraires de gestion et du caractère usuel de telles prestations n'accordait pas au client un niveau d'information suffisant, dans la mesure où de telles rétrocessions dépendent également d'autres facteurs, tels que le nombre d'ordres exécutés et le montant de la rémunération convenue entre le gérant et les tiers concernés<sup>98</sup>.

Les nombreux commentaires suscités par cet arrêt montrent que sa portée exacte sur le devoir d'information du banquier reste à préciser en ce qui concerne les exigences d'une renonciation expresse. On peut néanmoins en déduire que le client ne renonce «en connaissance de cause» que s'il sait ce qu'est une rétrocession, comprend son mécanisme et pourquoi celle-ci est versée à la banque et qu'il est conscient de la situation de conflits d'intérêts à laquelle une telle renonciation peut conduire. Pour le surplus, il faut admettre avec von Büren et Walter<sup>99</sup> que les principes généraux en matière de devoirs d'information de la banque s'appliquent, à savoir que l'étendue et le contenu de cette obligation dépendent des circonstances concrètes du cas ainsi que des connaissances et des besoins du client. C'est à la lumière de ces principes ainsi que des règles usuelles sur l'interprétation des déclarations de volonté qu'il convient d'examiner si et dans quelle mesure, dans un cas concret, le client d'une banque a renoncé aux rétrocessions et s'il existe un accord entre les parties à ce sujet. Selon les cas, on attendra de la banque qu'elle indique à son mandant les paramètres précis déterminant le volume des rétrocessions qu'elle perçoit, dans d'autres des renseignements plus généraux pourront suffire parce que le client est expérimenté et renonce à des explications supplémentaires.

#### IV. Conclusion

Les fluctuations et chutes boursières de ces dernières années ont donné lieu à des procès en responsabilité de clients mécontents envers les banques, à l'occasion desquels le Tribunal fédéral a été amené à préciser les contours et l'étendue de la diligence du banquier en matière d'information, de conseil et de mise en garde de ses clients. Ces devoirs sont véritablement des «notions à géométrie variable»<sup>100</sup>, parce que leur objet exact et leur étendue dépendent de la nature des prestations fournies par la banque et des circonstances du cas, notamment de l'expérience et des connaissances de son client. Cette variété de critères à prendre en considération complique la tâche du banquier, ce d'autant plus que les divers devoirs d'information de la banque ne s'épuisent pas à la conclusion du contrat entre la banque et son client, mais persistent durant toute la relation bancaire. Le besoin d'information et de mise en garde peut ainsi évoluer et se transformer durant le cours de cette relation, notamment au gré des investissements effectués, de l'apparition de nouveaux produits ainsi que de l'évolution des marchés financiers, ce qui exige une diligence constante et renouvelée du mandataire.

<sup>98</sup> ATF 132 III 460 consid. 4.5 = SJ 2006 I 407, 415.

<sup>99</sup> von Büren/Walter, RJB 2007, p. 499 s.

<sup>100</sup> Arrêt du TF du 21 février 2007, 4C.205/2006 consid. 3.2 = SJ 2007 I 313, 314.

En dépit du fait que chaque cas de violation alléguée de ce devoir de diligence doit être examiné individuellement, notamment à la lumière des connaissances du client, il se dégage de la mosaïque jurisprudentielle précitée une objectivisation accrue de la diligence attendue. L'art. 11 LBVM impose désormais un standard minimum au négociant en valeurs mobilières exécutant des ordres en bourse, qui s'applique à notre avis indépendamment de la qualification contractuelle des rapports entre la banque et son client. Par ailleurs, en l'absence d'un mandat de gestion, des conseils en placement – même spontanés – peuvent faire naître un rapport de confiance particulier qui, à son tour, fonde une obligation accrue de la banque d'informer et de mettre en garde ses clients.

Le constat s'impose que la diligence attendue du banquier n'est pas figée. Elle continuera à évoluer au regard des exigences sans cesse accrues qui lui sont imposées notamment par la LBVM, en particulier celles liées à la transparence, au bon fonctionnement des marchés et à l'égalité de traitement des investisseurs<sup>101</sup>. Ce mouvement en faveur d'une meilleure protection des investisseurs se reflète dans les rapports de droit privé entre les banquiers et leurs clients. Il devrait inciter ces mandataires à une vigilance croissante dans l'exécution de leurs obligations légales et contractuelles présentées ci-dessus.

---

<sup>101</sup> Voir Romeo Cerutti, *Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem – Ein Überblick*, in RDS 2008 I p. 69 ss, en particulier p. 95 qui pose le constat que les exigences posées aux banques d'un point de vue juridique et de «Compliance» vont continuer à s'accroître, du moins dans un futur prévisible.