CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Contrats bancaires

Conseil en placement, perte et investissements hypothétiques

Par Laurent Hirsch le 26 février 2020

Un client turc avait ouvert action contre sa banque suisse pour réclamer le remboursement de pertes résultant d'opérations spéculatives sur devises. Par arrêt du 11 décembre 2019 (4A_202/2019), le Tribunal fédéral confirme le jugement du *Handelsgericht* zurichois rejetant la demande du client. Ce dernier n'avait en effet pas allégué le scénario hypothétique des investissements qu'il aurait effectués à la place des opérations spéculatives contestées.

La relation bancaire était une relation de conseil (*advisory*), sans mandat de gestion de fortune. Les opérations litigieuses consistaient en ventes (à découvert) d'options *call* USD en livres turques pour une somme de USD 15 mios, ventes renouvelées une vingtaine de fois alors que le cours du dollar s'élevait par rapport à la livre turque (de 25 % environ durant la période considérée). Au moment où la banque a décliné de renouveler encore ces ventes (le renouvellement de chaque vente ayant pour but de couvrir l'exécution de l'option précédente et donc de reporter le moment du dénouement effectif de l'opération), le rachat des options non couvertes a engendré un coût substantiel, aboutissant à une perte nette de USD 2.4 mios environ.

Le client alléguait que ces opérations avaient été effectuées sans son accord, respectivement avec un accord vicié pour la première opération. L'action a été rejetée en raison du fait que le dommage n'avait pas été suffisamment allégué, les faits pertinents n'ayant partant pas à être établis par les tribunaux.

Le client soutenait qu'il lui suffisait d'alléguer la perte causée par ces opérations contestées, sans devoir offrir un scénario hypothétique de comparaison. Le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence classique, selon laquelle l'établissement du dommage suppose la comparaison de la situation effective avec la situation hypothétique dans laquelle la violation contractuelle alléguée ne serait pas intervenue. Le Tribunal fédéral a admis une exception dans un cas de gestion de fortune discrétionnaire (4A_449/2018, commenté in Célian Hirsch, cdbf.ch/1061/, considérant qu'il revenait à la banque de démontrer comment elle aurait investi de manière conforme au contrat), mais cette exception n'est pas applicable dans le cas d'espèce, d'une part parce qu'il s'agissait d'une relation de conseil, d'autre part parce que les griefs du client visaient des opérations spécifiques et non la gestion du portefeuille dans son ensemble.

Même s'il s'agit d'une vente d'options, qui n'implique donc pas un décaissement pour faire l'acquisition d'un investissement, le Tribunal fédéral relève que le client doit engager un certain

capital, que la banque bloque à titre de marge, et qu'il revient donc au client d'alléguer (puis de démontrer) comment il aurait choisi d'investir son portefeuille si les opérations litigieuses n'avaient pas été effectuées. Le Tribunal fédéral ajoute que l'on ne peut pas admettre facilement l'hypothèse que le client se serait abstenu de tout investissement alternatif (le Tribunal fédéral mentionne que le client n'a pas allégué ou démontré avec une vraisemblance prépondérante qu'il serait resté passif), compte tenu de ce qu'une relation de conseil laisse supposer que le client entend en principe procéder à des investissements.

Cet arrêt du Tribunal fédéral démontre comment l'application de principes classiques (notion du dommage, fardeau de la preuve, fardeau de l'allégation) peut aboutir à rejeter des demandes d'indemnisation d'un client sans même examiner le fond. Les avocats pourront retenir la leçon découlant de cet arrêt du Tribunal fédéral et veiller à formuler tous les allégués éventuellement pertinents.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Laurent Hirsch, Conseil en placement, perte et investissements hypothétiques, publié le 26 février 2020 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/1110/