

Conseil en placement

Investisseur mal informé : quel dommage ?

Par Célian Hirsch le 11 juillet 2020

Comment le client peut-il et doit-il prouver son dommage lorsque la banque viole son devoir d'information dans une relation de conseil en placement ? Un récent arrêt du Tribunal fédéral, rendu à cinq juges, donne aux praticiens quelques éléments de réponses ([4A 297/2019](#) du 29 mai 2020).

Une banque suisse conseille à une société allemande d'investir dans un fonds qui pratique de l'arbitrage de dividendes (*CumEx*). Elle lui promet un profit maximum de 12 %. En particulier, l'employé de la banque affirme dans un e-mail ce qui suit :

« l'investissement d'arbitrage dont il est question me semble particulièrement intéressant pour un investisseur prudent, car le risque lié à l'action est entièrement garanti et cet investissement est d'une courte durée [...]. De mon point de vue, cet investissement est un bon premier pas pour vous montrer que nous tenons nos promesses » (traduction libre).

La société allemande achète alors des parts du fonds pour EUR 1'000'000.-. L'année suivante, la banque informe sa cliente que le fonds est en manque de liquidités. La société allemande dépose une demande en paiement contre la banque devant le *Handelsgericht* zurichois en vue d'obtenir le remboursement de son investissement initial contre la remise de ses parts du fonds.

L'instance cantonale unique considère que la société allemande a été victime de dol, mais qu'elle a laissé s'écouler le délai de péremption d'un an prévu à l'[art. 31 al. 1 CO](#). La banque a également violé ses obligations contractuelles, en particulier ses devoirs d'information et de conseil ([art. 398 al. 2 CO](#)). Néanmoins, la demanderesse n'a pas suffisamment allégué son dommage au regard de l'[art. 42 al. 2 CO](#). En effet, la société allemande n'a pas démontré dans quels autres placements elle aurait investi si la banque avait respecté ses obligations. Le *Handelsgericht* déboute ainsi la société allemande ([HG170121-O](#)).

Saisi d'un recours en matière civile, le Tribunal fédéral nous rappelle que pour constater l'ampleur du dommage, il faut déterminer les autres investissements qui auraient été réalisés si la banque n'avait pas violé ses obligations. La nature de l'investissement hypothétique que le

client aurait effectué s'il avait reçu des conseils appropriés ne peut pas être déterminée sur la base de l'expérience générale de la vie. La manière dont une personne investit ses avoirs dépend plutôt des circonstances concrètes du cas d'espèce.

Lors de la conclusion d'un contrat de conseil en placement, le client souhaite effectuer des investissements et la banque s'engage à le conseiller à ce sujet. En raison de cette relation de conseil, on peut considérer en principe que, si la banque n'avait pas violé ses devoirs d'information et donc que le client n'avait pas investi dans l'investissement recommandé à tort, il aurait tout de même placé son argent dans un autre investissement. Par conséquent, le client doit en principe alléguer les autres placements dans lesquels il aurait investi. L'hypothèse « passive », celle dans laquelle le client n'aurait effectué aucun investissement si la banque avait respecté ses devoirs, ne peut ainsi pas être acceptée à la légère dans le cadre d'une relation de conseil en placement.

Le Tribunal fédéral souligne toutefois qu'il convient de distinguer entre la violation contractuelle lors du premier ou unique conseil, et celle lors d'une relation de conseil préexistante.

Dans l'[ATF 124 III 155](#), le Tribunal fédéral avait précisément considéré que le client avait droit au remboursement de son investissement initial puisqu'il s'agissait d'un premier conseil et qu'il n'existait aucune relation d'affaires préexistante.

En l'espèce, la demanderesse avait jusqu'ici investi uniquement dans l'immobilier. L'investissement dans le fonds *CumEx* était un premier essai et à court terme, comme l'atteste l'e-mail cité plus haut (« cet investissement est d'une courte durée (...) cet investissement est un bon premier pas »). Il apparaît ainsi avec une vraisemblance prépondérante que la cliente n'aurait pas effectué d'investissement alternatif si la banque n'avait pas violé ses devoirs. Elle doit ainsi être replacée dans la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait pas conclu ce contrat.

Le Tribunal fédéral admet ainsi le recours et fait droit à la demande de la cliente.

La solution consacrée dans cet arrêt est convaincante. Le praticien doit, lors d'un litige relatif à du conseil en placement, bien distinguer la situation du premier ou unique conseil de celle où il existe déjà une relation de conseil (pour ce second cas, cf. notamment le récent arrêt du TF [4A 202/2019](#) commenté in [Laurent Hirsch, cdbf.ch/1110/](#)). La relation de conseil en placement se distingue de celle du contrat de gestion de fortune dans laquelle il appartient à la banque de prouver de quelle façon le patrimoine du client aurait évolué si le contrat avait été exécuté de manière conforme (cf. [4A 449/2018](#) commenté in [Célian Hirsch, cdbf.ch/1061/](#)).

Concernant l'aspect procédural, le Tribunal fédéral a dû en l'espèce s'appuyer sur un fait implicite, lequel ne ressortait en outre pas de l'arrêt cantonal, afin de reconnaître que la demanderesse n'aurait pas effectué d'autres investissements si la banque n'avait pas violé son devoir d'information. Or une telle pratique n'est, à notre connaissance, pas habituelle. Dans la situation du premier ou unique conseil, le demandeur devra ainsi veiller à bien alléguer et prouver le fait qu'il n'aurait pas investi si la banque n'avait pas violé ses devoirs d'information.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Célian Hirsch, Investisseur mal informé : quel dommage ?, publié le 11 juillet 2020 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/1141/>