CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Conseil en placement

La preuve du dommage en cas de transactions non autorisées

Par Célian Hirsch le 14 mai 2018

L'art. 42 al. 2 CO, qui permet au demandeur de ne pas prouver de manière exacte le montant de son dommage, ne trouve application qu'à la condition qu'une preuve stricte ne soit pas possible ou ne puisse être exigée. Dans un arrêt destiné à la publication, le Tribunal fédéral précise l'application de cette disposition légale dans le contexte d'une demande en dommages-intérêts contre une banque et admet le recours de la banque contre un jugement du *Handelsgericht* de Zurich (Arrêt du Tribunal fédéral 4A_586/2017 du 16 avril 2018, publié aux ATF 144 III 155).

L'état de fait est le suivant : un client actionne la succursale zurichoise d'une banque genevoise devant le *Handelsgericht* de Zurich en vue d'obtenir la réparation de son dommage qu'il chiffre à USD 6'373'485.99. Le client indique que ce montant correspond à la différence entre (i) le relevé officiel de sa fortune présenté par sa conseillère le 24 janvier 2014 et (ii) le montant effectif de sa fortune à cette même date en raison d'opérations non conformes. Dans sa réplique, le client propose une autre méthode afin de prouver son dommage, soit la différence entre le montant qu'il a investi, augmenté d'environ 2.8 % correspondant au gain réalisé par un portefeuille de référence dans le même laps de temps, avec le montant qui lui reste effectivement.

Le *Handelsgericht* constate en premier lieu que les parties sont liées par un contrat de conseil en placement et que la banque a effectué 16 transactions sans accord du client, lesquelles ne correspondaient pas non plus à la stratégie du client. En second lieu, le Tribunal de commerce considère que le calcul du dommage sur la base d'une évaluation individuelle n'est plus possible ou ne peut être exigé en raison du grand nombre d'investissements effectué durant plusieurs années. Le *Handelsgericht* en conclut que le dommage a été suffisamment étayé au sens de l'art. 42 al. 2 CO et condamne la banque au paiement d'environ 5.6 millions de dollars.

La banque dépose un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral en invoquant le fait que le client n'avait pas suffisamment établi son dommage.

Le Tribunal fédéral distingue deux types de violations contractuelles :

1. d'une part, le dommage peut provenir d'une gestion fautive du portefeuille dans son entier due à une stratégie d'investissement non conforme au contrat ;
2. d'autre part, la violation du contrat peut se limiter à quelques investissements

déterminés effectués de manière non conforme au contrat.

Dans la première hypothèse, le dommage peut uniquement être estimé en confrontant le résultat du portefeuille administré en violation du contrat avec celui d'un portefeuille hypothétique géré de manière conforme au contrat ; l'art. 42 al. 2 CO trouve ainsi application.

Dans la seconde hypothèse, le dommage se limite à la différence entre la valeur réelle des investissements effectués en violation du contrat et la valeur hypothétique du patrimoine si l'investissement en question avait été conforme au contrat, c'est-à-dire selon la stratégie d'investissement. L'art. 42 al. 2 CO n'est, dans cette seconde hypothèse, pas applicable.

Le Tribunal fédéral reconnaît que la distinction entre la gestion fautive de l'entier d'un portefeuille et la mauvaise exécution de quelques investissements peut s'avérer difficile en pratique. La doctrine propose ainsi de reconnaître une gestion fautive de l'entier du portefeuille lorsque les investissements fautifs ne sont plus déterminables ou lorsqu'il n'existe pas assez d'investissements exécutés en bonne et due forme en comparaison avec les investissements fautifs. Cette seconde hypothèse ne s'applique que si la part d'investissements fautifs l'emporte sur les investissements conformes ou si l'écart par rapport à la stratégie d'investissement initialement convenue est clairement reflété dans le patrimoine final du client.

En l'espèce, le *Handelsgericht* n'a pas comparé les 16 transactions non conformes aux autres transactions conformes. Il n'a pas non plus examiné si l'écart par rapport à la stratégie d'investissement initialement convenue ressort de manière manifeste dans le patrimoine final du client. L'instance précédente s'est ainsi, à tort, contentée de constater qu'il existait un nombre absolu élevé de transactions non conformes pour conclure que l'estimation du dommage n'était plus possible ou, du moins, ne pouvait plus être exigée. Le *Handelsgericht* a ainsi conclu, à tort, que l'art. 42 al. 2 CO trouvait application.

Dès lors que le client n'a pas suffisamment établi le dommage invoqué et que l'art. 42 al. 2 CO ne trouve pas application, le Tribunal fédéral admet le recours de la banque et rejette les prétentions du client.

Le praticien retiendra de cet arrêt l'importance d'alléguer puis d'établir, preuves à l'appui, l'étendue du dommage concret subi par son client, faute de quoi l'intégralité des prétentions pourrait être rejetée alors même que l'existence du dommage est certaine, comme dans l'arrêt commenté.

En matière de conseil en placement et de gestion de fortune, l'avocat devra analyser si la part d'investissements fautifs l'emporte sur les investissements conformes ou si l'écart par rapport à la stratégie d'investissement initialement convenue est clairement reflété dans le patrimoine final du client. Ce n'est que dans l'une de ces hypothèses que l'avocat pourra plaider l'application de l'art. 42 al. 2 CO et voir ainsi le fardeau de la preuve du dommage s'alléger afin d'appliquer la méthode de comparaison avec le portefeuille hypothétique. Toutefois, même dans cette hypothèse, l'avocat prudent devrait, si possible, alléguer et offrir les moyens de preuves suffisants afin de prouver le dommage exact et concret subi par le client en lien avec chaque transaction exécutée de manière non conforme. Ainsi, le tribunal pourrait appliquer l'art. 42 al. 1 CO s'il devait arriver à la conclusion que l'estimation du dommage selon l'art. 42 al. 2 CO ne s'appliquerait pas au cas d'espèce.

Cf. également sur le même sujet : Ollivier Nicolas / Geissbühler Grégoire, La monnaie des conclusions dans les litiges bancaires, in : PJA 2017 p. 1439.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Célian Hirsch, La preuve du dommage en cas de transactions non autorisées, publié le 14 mai 2018 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/1004/