



Présentation / Intervention

2022

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Le dommage d'investissement et sa preuve

Thévenoz, Luc; Hirsch, Célian

How to cite

THÉVENOZ, Luc, HIRSCH, Célian. Le dommage d'investissement et sa preuve. In: Journée de droit bancaire et financier 2022. Genève. 2022. 27 p.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:165294>



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Journée de droit bancaire et financier 2022

Le dommage d'investissement et sa preuve

Luc Thévenoz et Célian Hirsch



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Plan

- I. La jurisprudence à grands traits
- II. Les transactions non autorisées
- III. Les transactions induites par un dol
- IV. Le calcul du dommage causé par des transactions irrégulières identifiables
- V. Le calcul du dommage sur l'ensemble du portefeuille
- VI. Synthèse



Violation du contrat et dommage

- Distinction entre gestion de fortune, conseil en placement et *execution only*
 - 4A_54/2017 c. 5.1.1

- Application de la théorie de la différence limitée au portefeuille financier concerné par le service, voire aux opérations concernées
 - 4A_357/2018, c. 4.2 ; 4A_374/2018 c. 3.5 ; 4C.158/2006 c. 4.3

- Indemnisation de l'intérêt à la bonne exécution du contrat (intérêt positif)
 - 4A_72/2020 c. 5.3.2

Les deux types de calcul du dommage : transactions et portefeuille

- Distinction entre deux méthodes de calcul: transactions et portefeuille (ATF 144 III 155 c. 2.2; 4C.158/2006 c. 4.3)
 - Primauté au calcul du dommage par référence aux transactions
 - ATF 144 III 155 c. 2.2
 - Méthode transactions : investissement alternatif ou hypothèse passive ?
 - 4A_297/2019 c. 6.4.2.1
 - Méthode portefeuille, dite « méthode comparative » : détermination du portefeuille de référence
 - 4A_72/2020 c. 5.3.2
- Application restrictive de l'art. 42 al. 2 CO
 - ATF 144 III 155 c. 2.3



Transactions non autorisées: action en exécution ou dommages-intérêts ?

- Jurisprudence constante relative aux **paiements et virements sans instruction valable du client**: action en exécution (ATF 112 III 450), raisonnement en trois étapes (ATF 146 III 121)
- ... sans écho pour les **transactions financières sans autorisation du client**
 - 4C.285/1993, SJ 1994 729, c. 2.b/aa; 4A_262/2008, c. 2.1; etc.
 - Exception: *Handelsgericht* ZH 07.11.2017, HG150075 (remboursement des transactions non autorisées relève de l'action en exécution et doit être demandée dans la monnaie du compte)
- Affaire du desk turc #1, 4A_126/2019, c. 4: «En l'absence de grief ..., il n'y a pas lieu d'examiner si la question devait être traitée [...] sous l'angle de la responsabilité contractuelle de la banque pour violation de son devoir de diligence et d'information [...] (art. 398 al. 2 CO) ou si elle aurait dû l'être en application des règles sur l'action du client en restitution de ses avoirs (*Erfüllungsklage*) à la suite d'ordres donnés par un représentant sans mandat du client (défaut de légitimation).»
- Affaire du desk turc #2, ACJC/787/2021, c. 5.1 : « Dans la mesure où le client réclame la restitution de l'avoir en compte, il exerce une action en exécution du contrat qui n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de la banque. »



Transactions non autorisées: de quoi parle-t-on ?

Acquisition, aliénation (vente, prêt, création d'une sûreté) **ou déboucement** d'une **position** (valeur mobilière, autre instrument financier, dérivé, autre actif) ...

- sans instruction du client ou de son représentant autorisé
- par un représentant agissant hors des pouvoirs communiqués (excès de procuration)
- par un représentant qui abuse de ses pouvoirs de manière reconnue ou reconnaissable par la banque (ATF 146 III 121, c. 3.2.3, «homme de confiance»; ATF 119 II 23, *Caves Mövenpick*), ou
- par la banque titulaire d'un mandat de gestion, pour les opérations exclues par le mandat ou par une instruction du client (art. 397 CO)

Une position peut être longue ou courte, ce qui inverse les calculs

... **sauf ratification** expresse, par acte concluant ou par application de la clause de réclamation

En l'espèce (4A_407/2021) divers virements à des tiers; diverses acquisition directes ou indirectes d'actions; opérations forex.*



Action en exécution ou dommages-intérêts: enjeux

Action en exécution

- Restitutions en nature: contrepassation des écritures
- Ev. preuve d'un dommage supplémentaire du client
- Ev. responsabilité du client pour dommage causé par la violation de ses obligations de diligence envers la banque (97 I CO)

Dommages-intérêts

- Preuve des transactions non autorisées
- Chef de responsabilité (CO 101 ou 55)
- Preuve du dommage causé par chaque transaction (yc transaction alternative?)
- Indemnisation dans la monnaie du dommage; intérêt compensatoire
- Ev. réduction pour faute concomitante (44 I CO)



Affaire du desk turc #2 : TF 4A_407/2021* du 13 septembre 2022, [cdbf.ch/1255](https://www.cdbf.ch/1255)

Relation «*execution only*»; onze opérations en EUR non autorisées, dix déficitaires; une en GBP

- Tribunal de première instance: dommages-intérêts EUR 4'551'000 & GBP 50'000, contre remise à la banque des titres acquis sans autorisation
- Cour (ACJC/787/2021) confirme la condamnation en EUR et augmente celle en GBP 250'000
 - En changeant de fondement: action en exécution (c. 4.2 & 5.1)
 - Pas de violation fautive des obligations du client envers la banque (c. 6)
 - Restitutions réciproques des titres et des sommes débitées dans la monnaie de comptes
- Tribunal fédéral écarte l'action en exécution au profit de dommages-intérêts «pour violation du contrat *execution only*»
 - Rejette les griefs de la banque concernant le calcul du dommage (sauf pour GBP)
 - Renvoie aux instances cantonales pour examiner une faute concomitante du client

Dommmages-intérêts: les arguments du Tribunal fédéral



4.2 Selon la jurisprudence, en l'absence de mandat de gestion de fortune, la banque ne peut effectuer une opération déterminée sur le compte de son client que sur instructions ou avec l'accord de ce dernier (arrêt 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.1). En

- Par conséquent, si la banque effectue des opérations bancaires sans instructions ou sans l'accord de son client, elle répond du dommage qui en résulte pour celui-ci selon les règles de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO) (arrêt 4A_268/2008 précité consid. 2.1 et les

Justification?

Gestion d'affaires sans mandat ?



Dommmages-intérêts: les arguments du Tribunal fédéral

Lorsque l'on se trouve en présence de détournements des avoirs du client commis par un employé de la banque, qui ont donc été exécutés sans instructions et sans l'accord du client, le dommage est subi par le client et la banque en est responsable conformément aux art. 398 al. 2 et 97 ss CO. Dans une telle situation, ni les règles sur la gestion d'affaires sans mandat (parfaite ou imparfaite), ni celles sur le contrat de commission ne peuvent être appliquées directement. On est en présence d'actes illicites au sens de l'art. 41 CO commis par l'employé de la banque et, si le client bénéficie certes du concours de l'action délictuelle et de l'action contractuelle (cf. LUC THÉVENOZ, Commentaire romand, 3^e éd. 2021, t. I, n^o 13 ad Intro. art. 97-109 CO), la banque répond contractuellement des actes de son auxiliaire en vertu de l'art. 101 CO (cf. arrêt 4C.191/2004 précité consid. 4.2). Elle en

Détournement par un employé
=> dommage subi par le client

Pourquoi ??

~~Gestion d'affaires sans mandat~~
Responsabilité CO 398 et 101
Acte illicite CO 41



Dommmages-intérêts: les arguments du Tribunal fédéral

4.3 Il faut bien distinguer ces cas d'actes illicites qui engagent la responsabilité contractuelle de la banque de la banque effectue des versements ou des virements à un tiers parce qu'elle n'a pas décelé le faux du donneur d'ordre ou l'existence d'un faux. En effet, selon la jurisprudence, le défaut de légitimation ou l'existence de faux non décelés font partie des risques inhérents à l'activité bancaire, au même titre que l'insolvabilité du client (ATF 146 III 387 consid. 3.2, 121 consid. 3.1.2; arrêt 4A_616/2019 du 17 avril 2020 consid. 3.1.2). Dans ces deux hypothèses, puisque le risque est celui de la banque, c'est celle-ci qui subit le dommage et qui est donc exposée à devoir payer une seconde fois le montant au client, lequel dispose d'une action en exécution (*Erfüllungsklage*) (ATF 146 III 387 consid. 5.1, 121 consid. 4.1). Il s'agit là d'exceptions au régime général de la responsabilité contractuelle des art. 398 al. 2 et 97 ss CO. Est

Le risque de fraude interne est typique des banques et fait l'objet d'assurances

Le risque de défaut de légitimation est propre à tout débiteur

Risque de faux ou de défaut de légitimation non décelé est inhérent à l'activité bancaire

donc la banque subit le dommage et est exposée à payer deux fois

 Exceptions au régime général de la responsabilité contractuelle



Action en exécution: nos arguments

- Les dépôts bancaires sont le plus souvent des dépôts de **fongibles**
- L'obligation de restituer en tout temps et en nature est une **obligation essentielle du dépositaire**. En demandant la restitution des valeurs déposées (sommes d'argent, titres intermédiés, autres instruments financiers, autres valeurs), le client exerce l'action en exécution.
- Une transaction non autorisée
 - **ne libère pas** la banque de son obligation de restituer en nature les valeurs confiées (pas d'effet libératoire de la prestation; pas de droit au remboursement selon CO 402 I)
 - et l'**oblige à corriger** les écritures erronées (extourne)
- **Comptes monétaires**: jurisprudence relative au défaut de légitimation, not. virements frauduleux
 - Pas de raison que le client soit traité plus sévèrement en cas de fraude interne à la banque qu'en cas de fraude externe
 - A fortiori en cas de fraude interne et externe (collusion)



Action en exécution: nos arguments

- **Titres intermédiés:** le droit à l'extourne a une base légale expresse
 - «Le débit de titres intermédiés dans un compte de titres peut [doit] être extourné s'il a été effectué sans instruction» (LTI 27 I (a))
 - Prescription 3 ans/10 ans, LTI 27 IV

- **Exception:** restitution en nature devient une restitution en espèces si l'instrument a expiré (obligation remboursée, option non exercée à maturité)
 - Reddition de compte CO 400 I
 - Dommages-intérêts CO 97 I, 101 ou 103 II
 - Ev. enrichissement illégitime ou restitution du gain illicite (CO 62, 423)



Action en exécution: le régime

Action en exécution = remise des actifs déposés & correction des écritures erronées

- Dommage, causalité, faute et faute concomitante sans pertinence
- Eventuelle responsabilité du client pour dommage causé à la banque en violation des obligations stipulées ou résultant des règles de la bonne foi (402 II CO & 2 I CC)
- Rapport d'échange: remboursement contre reprise par la banque de l'actif que la transaction non autorisée a procuré au client
- Conversion en dommages-intérêts (pleine valeur de l'actif)
 - ... si banque tarde ou refuse de restituer, aux conditions de CO 107 II, 2^e voie (délai supplémentaire, déclaration immédiate), ou
 - ... si l'actif a été remboursé (cf. planche précédente)
- Ev. indemnisation d'un dommage supplémentaire (e.g., revenus non perçus, investissement alternatif...)
 - Fondée sur CO 97 I avant réclamation, CO 103 après (demeure du débiteur)
 - Maxime de disposition



Quid des transactions induites par un dol?

- Le contrat (commission, vente, souscription) relatif à une transaction est entaché d'un dol (28 CO) lorsque le client a été induit à le conclure, aux conditions proposées, par
 - l'affirmation intentionnelle d'un fait faux ou
 - l'omission intentionnelle de révéler un fait contrairement à une obligation d'informer
- Le dol d'un tiers (e.g., conseiller financier indépendant) n'est opposable à la banque que si celle-ci le connaissait ou aurait dû le connaître (28 II CO)
- Le client **peut** invalider le contrat dans l'année suivant la découverte du dol (31 I CO)
 - Dol admis, invocation tardive: *Handelsgericht ZH HG170121, c. 7* (fonds *CumEx*)
- Un contrat invalidé ne déploie aucun effet; les prestations fournies doivent être restituées, dommages-intérêts éventuels sur la base d'une responsabilité précontractuelle
 - Régime analogue à une transaction non autorisée selon notre analyse



Investissement alternatif ou hypothèse passive ?

4A_202/2019 (options *call*) : investissement alternatif

- Ventes (à découvert) par la banque d'options *call* USD en livres turques pour une somme de USD 15 mios, dans le cadre d'une relation de conseil.
- Le client conteste la validité de ces opérations et allègue la perte causée par ces opérations, sans offrir un scénario hypothétique de comparaison.
- Tant le HG/ZH que le TF rejettent la demande : le client devait alléguer (puis démontrer) comment il aurait choisi d'investir son portefeuille si les opérations litigieuses n'avaient pas été effectuées.

4A_297/2019 (Affaire *CumEx*): hypothèse passive

- Une banque suisse conseille à une société allemande d'investir dans un fonds qui pratique l'arbitrage de dividendes (*CumEx*). La société achète alors des parts du fonds pour EUR 1'000'000.-.
- En procédure, la société lésée ne démontre pas dans quels autres placements elle aurait investi si la banque avait respecté ses obligations d'information. Le HG/ZH déboute ainsi la société.
- Le TF admet le recours et retient l'hypothèse dite « passive ».



Le calcul du dommage dans l'investissement **alternatif**

- Le **dommage** correspond à la perte (ou au gain) sur la transaction irrégulière effective («*damnum emergens*»), à laquelle il faut ajouter le gain ou la perte de l'investissement alternatif hypothétique («*lucrum cessans*»)
 - Autre méthode de calcul du dommage : valeur au jour du dommage de l'investissement alternatif soustraite de la valeur au jour du dommage de la transaction irrégulière (cf. annexe « Calcul du dommage d'investissement »)
 - **Perte relative**

- Investissement **alternatif**
 - « Comme mesure de comparaison, il faut prendre en compte les placements alternatifs qui correspondent à la stratégie de placement convenue contractuellement, qui auraient été effectués par le gérant et dont le résultat se situe dans la moyenne » (4A_72/2020 c. 5.3.2).
 - L'investissement alternatif n'est pas déterminé selon un client *lambda*, mais selon le client concret (4A_539/2014 c. 3.5 ; 4A_297/2019 c. 6.4.2.1)



Qui supporte le fardeau de la preuve de l'investissement alternatif ?

■ Le client

- Tant en conseil en placement
 - 4A_202/2019 c. 6.4; 4A_539/2014 c. 3.5 et 3.7 ; TC/VD HC/2019/518 du 25 juin 2019
- Qu'en gestion de fortune
 - 4A_449/2018 c. 6.2.4

■ Mais le prestataire doit contester de manière circonstanciée l'investissement alternatif allégué par le client, en raison du déséquilibre des connaissances entre les parties

- *Obliegenheit einer substantiierten Bestreitung*
- 4A_449/2018 c. 6.2.4, cf. ég. 4A_126/2019 c. 6.1.4.



Quel degré de preuve de l'investissement alternatif et du dommage ?

- **Choix de l'investissement alternatif:** vraisemblance prépondérante (causalité hypothétique)
 - Un investissement alternatif déterminé
 - Investissement dans une classe d'actifs (p. ex. *blue chip* suisse, *private equity*)
 - Proposition: présomption de fait que l'investissement alternatif porterait sur la même classe d'actif que l'investissement effectif (comp. 4C.158/2006 c. 4.1)

- **Gain ou perte sur l'investissement alternatif**
 - Investissement alternatif spécifique pour lequel existe un cours du marché : CO 42 I
 - Autre investissement alternatif
 - Vraisemblance prépondérante (CO 42 II ; 4A_539/2014 c. 3.3)
 - Le client doit alléguer toutes les circonstances qui constituent des indices de l'existence d'un dommage et qui permettent d'en estimer l'étendue (ATF 144 III 155 c. 2.3)



Le calcul du dommage dans l'hypothèse passive

- **Hypothèse passive:** le client n'aurait effectué aucun investissement si le prestataire avait respecté ses devoirs
 - 4A_297/2019 c. 6.4.2.1

- Le **dommage** correspond à la perte causée par la transaction irrégulière (4A_126/2019 c. 6.1.2 ; ATF 147 III 463 c. 4.2.1)
 - **Perte absolue**
 - Sans intérêt compensatoire de 5%
 - L'intérêt correspondrait en réalité à un investissement alternatif (*lucrum cessans*), et non à un intérêt compensatoire (4A_297/2019 c. 6.5)



La preuve de l'hypothèse passive et du dommage

- Preuve de l'hypothèse passive
 - Qui supporte le **fardeau de la preuve** de l'hypothèse passive?
 - Le client
 - **Présomption de fait** de l'hypothèse passive
 - Proposition: opération non autorisée dans une relation *execution only* (4A_407/2021*) ou conseil en placement
 - Quel **degré de preuve** ?
 - Vraisemblance prépondérante (causalité hypothétique)
 - Admis restrictivement en cas de conseil en placement
 - ✓ Sauf lors d'un conseil initial ou unique (4A_297/2019 c. 6.4.2.1)
- Preuve du dommage
 - Il revient au client d'alléguer les pertes, mais à la banque de les contester de manière motivée (4A_407/2021* c. 5.2.2 ; cf. ég. 4A_126/2019 c. 6.1)



«Méthode comparative» : dommage par référence à un portefeuille hypothétique

- Méthode utilisée pour la première fois semble-t-il en 2004 (4C.18/2004, c. 2.1)
- « En cas de gestion globalement irrégulière du portefeuille, le dommage peut en principe être déterminé par comparaison entre le résultat du portefeuille effectivement en cause (**portefeuille effectif**) et celui d'un portefeuille constitué et géré conformément au contrat et pendant la même période (**portefeuille hypothétique**). Dans cette hypothèse, le montant du dommage ne peut être qu'estimé (art. 99 al. 3 en lien avec l'art. **42 al. 2 CO**). Cette estimation du dommage repose sur le pouvoir d'apprécier les faits [...]; elle [...] ne peut être revue par le TF que sous l'angle de l'arbitraire. » (ATF 144 III 155, JdT 2018 II 287, c. 2.2.1)



Quand calcule-t-on le dommage par référence à un portefeuille hypothétique?

- Le plus souvent: gestion de fortune
 - Possible aussi dans conseil en placement orienté portefeuille (4C.68/2008, chirurgien)
- Lorsque la violation des obligations du prestataire se rapporte à la stratégie de placement
 - Stratégie suivie s'écarte de la stratégie convenue
 - Stratégie recommandée inadéquate pour le client (4A_394/2013, infirmière)
 - Pas de mise en garde sur le caractère inadéquat de la stratégie adoptée par le client (4C.68/2008)
- ... ou lorsque les opérations irrégulières (ATF 144 III 155, c. 2.3.3)
 - ne peuvent pas être déterminés individuellement
 - ou dépassent en nombre ou en importance les opérations régulières



Comment déterminer le portefeuille de référence? (I)

- Art. 42 al. 2 CO: appréciation des faits par le tribunal, preuve: vraisemblance prépondérante
- Généralement par une sélection de fonds d'allocation d'actifs proposée par l'expert (privé ou judiciaire)
 - Sélection souvent trop étroite
 - Sélection fréquente de fonds gérés de manière active
 - La commission de gestion des fonds se cumule de facto avec la commission de gestion du portefeuille (ACJC/1030/2015, c. 6); il convient d'éliminer cette double rémunération
 - Calculer une performance moyenne ou médiane
 - « Dans la méthode comparative, il y a lieu de se référer au soin qu'aurait apporté un gestionnaire dont le résultat aurait été dans la moyenne durant la même période. » ATF 144 III 155, c. 2.2.1
 - Contre-exemple: 4A.351/2007, c. 3.3.2 (fonds le moins performant !)
- Attention au choix de l'expert et à la définition de sa mission
 - et aux diverses hypothèses quant au moment du calcul du dommage



Comment déterminer le portefeuille de référence? (II)

- Même pour les stratégies non traditionnelles, il existe des fonds qui peuvent servir de référence
 - [Morningstar Global Category™ Classifications](#)

- A quand un benchmarking représentatif de portefeuilles privés gérés en Suisse?
 - [W performance watcher](#)
 - [MSCI PINMFA Private Investor Index Series](#)
 - [MPI STEP Managed Portfolio Indices](#)



En guise de synthèse...	Perte absolue	Perte relative
Transactions non autorisées	<p>TF: dommages-intérêts: perte sur valeur** des transactions non autorisées, [hypothèse passive doit être présumée]</p> <p>Selon nous: action en exécution, extournes = restitutions en nature, plus év. dommages-intérêts</p>	
Transactions induites par un dol	Action en exécution (cf. <i>supra</i>)	
Autres transactions irrégulières, transactions alternatives		<p>Domage = valeur** de l'investissement alternatif soustraite de la valeur** de la transaction irrégulière</p>
Autres transactions irrégulières, hypothèse passive	<p>Domage limité à la perte sur la valeur** de la transaction irrégulière</p>	
Violation des obligations en rapport avec la stratégie du portefeuille ou transactions irrégulières non identifiables ou prépondérantes		<p>Comparaison entre les valeurs** d'un portefeuille hypothétique et du portefeuille effectif</p>

** Valeur au jour du calcul du dommage

Nous vous remercions de votre attention !

Des questions ?

www.speakup.info

Room n° 64584

