

TUTO ROSSI

RELATIONS FINANCIÈRES ET INVESTISSEMENTS BOURSIERS ENTRE BANQUE ET CLIENT. L'EXEMPLE DE LA SUISSE

SOMMAIRE: 1. Avant-propos. – 2. Le rôle et l'activité de la banque. – 3. La propriété des avoirs déposés en banque. – 3.1. En général. – 3.2. La dématérialisation des biens patrimoniaux et ses conséquences législatives. – 4. Les contrats de la banque avec ses clients. – 4.1. L'établissement de la relation entre banque et client. – 4.1.1. Les intérêts en jeux. – 4.1.2. Le contrat de mandat comme contrat-cadre des activités bancaires hors-bilan. – 4.1.2.1. L'obligation de la banque d'informer et de conseiller son client (obligation de diligence). – 4.1.2.2. L'obligation de la banque de ne pas spéculer au détriment de son client (obligation de fidélité). – 4.2. Les divers types de contrat de mandat proposés par les banques à leurs clients. – 5. L'obligation de la banque d'informer son client en pratique. – 5.1. La migration du droit public au secours du droit privé. – 5.2. L'illusion d'un «no man's land» juridique, ou du blanchiment de l'argent sale à celui de l'argent propre. – 5.3. Arlequin serviteur de deux maîtres. – 5.3.1. La créance en restitution des rétrocessions bancaires. – 5.3.2. Les pertes dues aux obligations de la Kaupthing Bank.

1. Avant-propos

Pour comprendre les situations compliquées de la vie financière d'aujourd'hui, il faut remonter aux sources des relations contractuelles entre la banque et ses clients. Alors que les situations financières actuelles sont inédites, les problèmes sous-jacents sont souvent anciens et connus.

Pour les appréhender, il faut d'abord faire un effort de clarification des intérêts en jeu et se garder de proposer de nouvelles catégories juridiques, avant d'analyser si les institutions juridiques traditionnelles ne seraient pas en mesure d'apporter des solutions efficaces.

Aussi, il ne faut pas se méprendre devant le mur terminologique. La finance internationale utilise une terminologie spécifique, le plus souvent de dérivation anglo-saxonne. Il en demeure pas moins qu'à la base de ces contrats, il y a toujours la volonté humaine, avec ses comportements et ses désirs. Ce sont finalement les intérêts en jeu et les rapports de force contractuels qui nous permettent de décrypter les formules contractuelles les plus exotiques.

Le but de notre travail n'est pas de présenter des contrats innommés inédits, mais de fournir une méthode d'analyse juridique des situations financières inhabituelles.

2. Le rôle et l'activité de la banque

Le rôle traditionnel de la banque est de récolter l'épargne auprès du public et de le redistribuer dans l'économie réelle.

La collecte des ressources, la distribution des crédits et la mise à disposition des moyens de paiement se fait par le biais de l'établissement de relations contractuelles entre banque et client.

Dans les opérations actives, ces contrats forment des opérations d'intérêt, d'escompte (l'achat de papiers valeurs et parfois de crédits sur facture de la part de la banque contre le paiement anticipé à un taux d'intérêt négatif), de crédit lombard (crédits nantis du dépôt de titres du client), d'octroi de crédit à court terme en monnaie locale ou étrangère par caisse (facilité de caisse, découvert) ou par signature (engagements de financement, avals, etc.).

Les opérations actives sont celles qui figurent dans la colonne de l'actif du bilan et comprennent les activités par lesquelles la banque place et utilise les ressources dont elle dispose. La colonne des actifs du bilan montre entre autres tous les crédits que la banque a octroyé à ses clients à une date déterminée¹. L'octroi de crédits constitue l'activité principale de toute banque et représente la partie plus importante de l'actif du bilan.

Les opérations passives, qui figurent dans la colonne du passif du bilan, comprennent principalement les contrats de dépôts bancaires, c'est-à-dire l'acceptation en dépôt de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers (à vue ou à échéance, c'est-à-dire pour un délai déterminé), l'acceptation de fonds de la part d'autres établissements bancaires, l'acceptation d'emprunts et d'obligations internationales à long terme, les obligations envers le marché monétaire, etc.². Dans les opérations passives la banque attire les fonds dans ses caisses³.

¹ U. EMCH, H. RENZ, R. ARPAGAU, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, Zurich-Berne 2004, n. 704 ss.

² Pour une représentation exhaustive de la composition de l'actifs et du passif du bilan d'une banque cf. U. EMCH, H. RENZ, R. ARPAGAU, *op. cit.*, n. 2509 s.

³ M. PALVI, P. QUITTNER, *Entzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank-, und Borsenwesen*², Frankfurt am Main 1958, p. 195 ss.

Depuis la moitié du siècle dernier, la banque ne se limite plus à son activité traditionnelle, mais elle «fait autre chose». Au lieu de prêter son argent (collecté auprès du public) en échange d'un intérêt, elle prête son crédit, c'est-à-dire ses relations financières, sa réputation interne ou internationale de puissance économique prospère et fiable.

La banque exécute un service (par exemple: activités de gestion, encaissement des dividendes des coupons etc.) par des prestations qualifiées comme des activités hors bilan.

Avec le développement de ces activités, on a assisté à une *bancarisation de la vie économique*.

Les banques occupent aujourd'hui des domaines de plus en plus variés de la vie publique: délivrance de conseils – en placement en gestion de fortune –, planification financière et prévoyance, assistance dans le déroulement des opérations commerciales, assistance dans la succession héréditaire des entreprises d'une génération à l'autre, assistance dans la vente d'entreprises – en offrant ces services spécialisés dans la due diligence, en mettant à disposition du vendeur la palette de ses clients, etc. – activités d'agence de communication, de certification de signatures, d'authentification des contrats etc.

Pour attirer de plus en plus de clients, les banques font du marketing, c'est à dire qu'elles vont activement à la rencontre des besoins et désirs des clients.

Tout comme d'autres entrepreneurs, architectes, ingénieurs, avocats, chirurgiens plastiques, sociétés fiduciaires, aujourd'hui les banques offrent au public de nombreux services qui se recoupent avec ceux d'autres professions.

Dans un prospectus décrivant le travail d'un chirurgien plastique de Lausanne, on peut lire que «Le Docteur Z. chaque jour, modifie les visages et les silhouettes, pour réconcilier l'être et le paraître».

La publicité de ce docteur n'est pas foncièrement différente du prospectus d'une banque privée qui pour attirer la clientèle publie ce texte: «Votre conseiller détermine avec vous votre stratégie de placement individuelle et vous soutient dans sa mise en œuvre et sa surveillance périodique. Vous obtenez de lui des idées de placement, mais prenez vous-même les décisions correspondantes».

Du point de vue juridique, il faut s'interroger sur les conséquences de cette expansion dans les droits et obligations de la banque envers son client.

3. La propriété des avoirs déposés en banque

3.1. En général

L'argent du client est une chose fongible qui devient propriété de la banque par mélange dès qu'il y est déposé. Cet argent entre dans le bilan de la banque, et le client a envers cette dernière une créance en restitution, généralement assortie d'un intérêt lorsque cette créance est libellée en monnaie locale.

Les papiers-valeurs au porteur sont considérés comme des choses de genre et sont généralement conservés séparément dans le dépôt du client; les papiers-valeurs nominatifs sont des choses d'espèce qui restent individualisés et n'entrent pas dans le patrimoine de la banque dépositaire, mais restent dans celui du client déposant (cf. art. 484 CO⁴).

Un papier-valeur est un titre auquel un droit est incorporé d'une manière telle qu'il est impossible de faire valoir ce droit ou de le transférer indépendamment du titre. Il s'ensuit, d'une part, que celui qui possède le titre peut se prévaloir du droit incorporé et, d'autre part, que le transfert du droit incorporé nécessite le transfert de la possession du titre (cf. art. 965 CO⁵).

Étant des objets matériels, les papiers-valeurs tombent sous l'empire des droits réels. Le titulaire d'un papier-valeur déposé auprès d'une banque n'a pas simplement une créance envers cette dernière, mais aussi un droit réel à la restitution de sa chose.

Cette distinction comporte qu'en cas de déconfiture, l'argent déposé rentre dans la masse en faillite de la banque, tandis que les papiers-valeurs, notamment les actions achetées par les investisseurs par l'intermédiaire de la banque, restent dans la propriété de leurs titulaires.

Depuis les années soixante-dix du siècle dernier, on assiste toutefois à une dématérialisation progressive des biens patrimoniaux. Les droits de participation et les titres (physiques) de créance, les lingots d'or, l'argent

⁴ Sous la note marginale «Mélange de choses entreposées», l'art. 484, al. 1 du Code des obligations suisse affirme que «L'entrepositaire ne peut mélanger des choses fongibles avec d'autres de même espèce et qualité que si ce droit lui a été expressément conféré».

⁵ Sous la note marginale «Obligations dérivant du papier-valeur», l'art. 965 du Code des obligations suisse affirme que «1. Celui dont la dette est incorporée dans un papier-valeur n'est tenu de payer que contre la remise du titre. 2. Sauf dol ou négligence grave de sa part le débiteur est libéré par un paiement à l'échéance entre les mains de la personne à qui le titre confère la qualité de créancier».

comptant, les titres (certificats d'action et d'obligation, cédule hypothécaires) sont remplacés par des écritures, qui aujourd'hui ne sont même plus figées sur papier. Tout est mis sur un extrait comptable et, à la lecture, un compte-courant ne diffère guère plus d'un compte dépôt.

Par conséquent, les droits réels n'entrent plus en ligne de compte pour protéger les clients en séparant leur patrimoine de celui de la banque.

3.2. La dématérialisation des biens patrimoniaux et ses conséquences législatives

Pour pallier à la disparition des titres physiques, le législateur suisse à promulgué la Loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI)⁶.

Dans son article premier, la loi fédérale sur les titres intermédiés délimite son objet et son but par la formule suivante: «La présente loi règle la conservation des papiers-valeurs et des droits-valeurs par les dépositaires ainsi que leur transfert. 2. Elle garantit la protection des droits de propriété des investisseurs».

A son art. 3 cette loi définit les titres intermédiés comme étant des «créances et les droits sociaux fongibles à l'encontre d'un émetteur qui répondent aux conditions suivantes: a. ils sont inscrits au crédit d'un compte de titres; b. le titulaire du compte peut en disposer selon la présente loi».

Le deuxième alinéa de l'art. 3 LTI ajoute que: «Les titres intermédiés sont opposables au dépositaire ainsi qu'à tout tiers; ils sont soustraits à la mainmise des autres créanciers du dépositaire».

Cette nouvelle législative consacre ainsi un nouveau bien juridique patrimonial «sui generis»: les titres intermédiés⁷.

Les titres intermédiés présentent à la fois certaines caractéristiques des créances et des choses. Ils ont toutes les caractéristiques fonctionnelles d'un papier-valeur sans être une chose au sens des droits réels. Un régime juridique unique s'applique ainsi à tous les titres intermédiés, que l'actif sous-jacent soit un papier-valeur, un certificat global ou un droit-valeur.

Il s'agit donc d'une nouvelle institution qui suit un régime juridique qui lui est propre⁸.

⁶ Loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI) du 3 octobre 2008, RS 957.1.

⁷ Sur ce sujet, J.P.G. LEIBENSON, *Les actes de disposition sur les titres intermédiés*, Thèse de doctorat, Univ. Genève, 2012, no. D. 858.

⁸ J.P.G. LEIBENSON, *op. cit.*, p. 78 s.

Le régime des droits réels n'est toutefois pas définitivement écarté, mais uniquement suspendu. Il reprend vigueur si le titulaire demande au dépositaire de lui remettre des papiers-valeurs dont le nombre et le genre correspondent aux titres inscrits au crédit de son compte, selon l'art. 8 LTI. La «restitution» des titres n'intervient cependant pas sur la base des règles sur la possession, mais en vertu d'un droit de créance qui trouve son fondement aussi dans la relation contractuelle entre le propriétaire des droits et le dépositaire.

C'est ce qui a reconnu le Tribunal fédéral suisse dans un arrêt du 10 janvier 2012⁹.

D'après l'art. 16 de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB)¹⁰: «Sont réputées valeurs déposées selon l'art. 37d: 1. les choses mobilières et les titres déposés par les clients; 2. les choses mobilières, les titres et les créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants».

Au «chapitre XII-Faillite de banques insolubles (faillite bancaire)» sous la note marginale, «distraction de valeurs déposées», l'art. 37d LB affirme que «Les valeurs déposées, au sens de l'art. 16, sont distraites conformément aux art. 17 et 18 de la loi du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés. En cas de découvert, l'art. 19 de cette loi est applicable».

L'art. 17 LB prévoit que: «1. Lorsqu'un dépositaire fait l'objet d'une procédure de liquidation forcée tendant à l'exécution générale, le liquidateur distrait d'office de la masse, à concurrence des avoirs en compte de titres disponibles: a. les titres intermédiés inscrits au crédit d'un compte de titres que le dépositaire détient auprès d'un sous-dépositaire [...]; 2. Si le dépositaire détient ses propres titres et les titres de ses clients titulaires

⁹ ATF 138 III 137 cons. 5.2.1: «Bucheffekten sind vertretbare Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber dem Emittenten, die einem Effektenkonto gutgeschrieben sind und über welche der Kontoinhaber nach den Vorschriften des BEG verfügen kann (Art. 3 Abs. 1 BEG). Sie sind Vermögensobjekte *sui generis* [...] Das an ihnen bestehende Eigentum ist nicht im engen sachenrechtlichen Sinn zu verstehen [...] Die sachenrechtliche Beziehung des Hinterlegers zu den Urkunden wird indessen nicht aufgehoben, sondern lediglich sistiert [...]. Sie lebt wieder auf, wenn die Wertpapiere von der Verwahrungsstelle herausgegeben werden (vgl. Art. 8 BEG). Diesen Grundsätzen entsprechend ist eine Vindikation von Bucheffekten und die Restituierung nach den Regeln des Besitzschutzes ausgeschlossen [...]. Eine Rückabwicklung hat vielmehr nach schuldrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen, wobei sich ein entsprechender Anspruch etwa auch aus einem Vertragsverhältnis ergeben kann».

¹⁰ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) du 8 novembre 1943, RS 952.0.

d'un compte sur un même compte de titres auprès d'un sous-dépositaire, les titres inscrits au crédit de ce compte sont présumés être ceux de ses clients titulaires d'un compte. 4. Les titres distraits et les prétentions à la remise de titres sont: a. soit transférés au nouveau dépositaire désigné par le titulaire d'un compte; b. soit remis au titulaire d'un compte sous la forme de papiers-valeurs».

De même, en cas de faillite d'un sous-dépositaire, l'art 18 LTI prévoit que «lorsqu'un sous-dépositaire fait l'objet d'une procédure de liquidation forcée tendant à l'exécution générale, le dépositaire fait valoir à l'encontre du sous-dépositaire la distraction des titres au profit de ses titulaires d'un compte».

L'institution du titre intermédié comme droit patrimonial autonome a permis de sauvegarder la différence de régime entre les comptes dépôts qui demeurent dans le patrimoine du titulaire même au cas de faillite de la banque, et les comptes courants sur lesquels le titulaire n'a qu'un droit de créance chirographaire envers la masse.

Cette distinction est d'une importance fondamentale, puisqu'elle est à la base de toute l'activité bancaire hors-bilan.

4. Les contrats de la banque avec ses clients

L'activité contractuelle de la banque envers ses clients est tributaire de la division entre activité traditionnelle et activité hors-bilan.

L'activité traditionnelle étant basée sur la collecte de l'épargne et sa redistribution dans l'économie du pays, les contrats qui la caractérisent relèvent du dépôt et du prêt. Ici, la banque encaisse des intérêts.

Lors de l'activité hors bilan; la banque exécute un service; elle exploite son renom, ses relations financières, c'est-à-dire qu'elle prête son crédit.

Les contrats qui caractérisent cette activité relèvent donc du contrat de mandat. Ici, la banque n'encaisse pas des intérêts, mais des commissions.

4.1. L'établissement de la relation entre banque et client

La relation contractuelle entre la banque et le client s'établit par le biais d'un contact personnel entre le client (personne physique ou représentant d'une personne morale) et une personne physique, un fonctionnaire de banque, qui stipule le contrat avec le client (au nom de la banque).

Dès l'ouverture de la relation contractuelle, un fonctionnaire, appelé souvent «gérant de fortune» ou «conseiller», sera désigné par la banque comme responsable pour son compte de la relation contractuelle avec le client.

Dans les simples relations de compte-courant, ce fonctionnaire de banque n'est généralement pas personnellement connu par le client. Le «gérant de fortune» ou «conseiller» est lié à sa banque par un contrat de travail.

4.1.1. Les intérêts en jeux

Le client qui dépose son argent en banque est poussé par deux mobiles: la sécurité et le désir d'obtenir une rémunération.

En stipulant un contrat de dépôt, la banque assure au client de lui conserver ses actifs en sécurité.

Le désir d'obtenir une rémunération s'exprime de deux manières; le client dépose ses actifs en banque pour percevoir des intérêts ou pour le faire «travailler» dans le but d'obtenir une rémunération.

Le taux d'intérêt est normalement fixé d'avance dans les divers formes de contrats de prêt (compte courant, compte épargne avec limitation de retrait, ou bien obligations de caisse émises par les banques à un taux d'intérêt fixe et qui ne sont pas négociées sur la place boursière).

Lorsque le client charge sa banque de «faire travailler» son argent, il lui demande de lui prêter son savoir-faire et ses instruments pour obtenir une rémunération qui s'attend être supérieure à celle offerte par un contrat de prêt à taux fixe, mais qui peut aussi conduire à des pertes d'argent.

Le client est disposé de payer un spécialiste dans le but d'accroître son patrimoine (*mutatis mutandis* comme il pourrait demander les services d'un avocat pour qu'il lui fasse récupérer une créance vis-à-vis d'une contrepartie qui se croit en droit de ne pas payer).

La banque accepte cette offre parce qu'elle a le *know how* et la structure pour offrir des services rémunérés qui s'ajoutent à son activité traditionnelle de collecte de l'épargne et prêt d'argent.

En prêtant ces services, elle encaisse des commissions sur chaque opération qu'elle effectue au nom du client et elle accroît son patrimoine.

4.1.2. Le contrat de mandat comme contrat-cadre des activités bancaires hors-bilan

Lorsque la banque prête son service dans le cadre des activités hors bilan, les échanges de prestations entre le client et sa banque sont généralement caractéristiques du contrat du mandat.

D'après l'art. 394 CO, le mandat se définit comme «un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis».

En vertu du principe de l'autonomie de la volonté (ou liberté contractuelle), l'étendue du mandat est d'abord fixé dans la convention.

Si les parties n'ont rien décidé, l'étendue du mandat est déterminée par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte (art. 396 CO).

La banque mandataire doit d'abord se tenir aux instructions du client. Elle «ne peut s'en écarter qu'autant que les circonstances ne lui permettent pas de rechercher l'autorisation du mandant et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été au courant de la situation» (art. 397, al. 1 CO).

Le mandataire est d'abord «responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat» (art. 398, al. 2 CO).

Ensuite, il est soumis à une obligation de reddition de compte, étant «tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit [et] Il doit l'intérêt des sommes pour le versement desquelles il est en retard» (art. 400 CO).

L'art. 425 du Code des Obligations s'occupe d'une sous-espèce de mandat; le contrat de commission de vente et d'achat qu'il règle de la manière suivante. «Le commissionnaire en matière de vente ou d'achat est celui qui se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières ou de papiers-valeurs, moyennant un droit de commission (provision)».

Les obligations du mandataire stipulées dans le Code des Obligations sont à l'origine de deux obligations fondamentales de la banque: l'obligation d'informer et de conseiller le client (obligation de diligence), et l'obligation de ne pas spéculer au détriment du client (obligation de fidélité).

4.1.2.1. L'obligation de la banque d'informer et de conseiller son client (obligation de diligence)

L'obligation d'information et de conseil dérive du mandat uniquement lorsqu'elle en est l'objet (principal).

Par contre, lorsque elle n'est qu'accessoire, cette obligation s'impose de par la loi, ou du principe de la bonne foi, en fonction de l'activité qui est en cause.

L'obligation d'information (qui ne découle pas de l'obligation de rendre compte de l'art. 400 CO) oblige le mandataire à fournir une information exacte, complète et au moment où elle est nécessaire.

Le mandataire doit notamment informer le mandant sur les risques des opérations financières envisagées.

L'obligation de conseil et de mise en garde, oblige le mandataire à indiquer au mandant les investissements qui correspondent mieux à son intérêt et à le rendre attentif contre les risques qu'il encourt. L'étendue de l'obligation de la banque dépend de l'expérience de son client, de la durée de la relation contractuelle avec celui-ci, du risque inhérent à l'opération envisagée, du fait que la banque finance elle-même par le biais d'un crédit lombard les opérations boursières de son client. L'étendue de ces droits dépend aussi du type de contrat en vigueur entre la banque et le client.

L'obligation de discrétion impose au mandataire une obligation de garder le silence sur tout qui peut nuire aux intérêts du mandant, mais le droit public peut l'obliger à révéler certains faits (par exemple, au fisc²).

4.1.2.2. L'obligation de la banque de ne pas spéculer au détriment de son client (obligation de fidélité)

L'obligation de fidélité vise à éviter que le mandataire abuse de son pouvoir; elle implique un devoir d'honnêteté de loyauté et de désintéressement, donc l'interdiction de profiter personnellement des opérations conclues pour le compte du mandant, par exemple par des rétrocessions.

La mise en pratique de ses préceptes n'est pas aisée: d'abord la banque comme toute entreprise se doit d'être rentable, c'est-à-dire de «rentabiliser» ses clients. Dans le cadre du Portfolio Management, elle leur vend des produits financiers contre le paiement de commissions. Puisqu'elle administre souvent les comptes des clients de façon autonome sans instruction particulière, elle peut aussi déterminer la vitesse des transactions. Il y a donc le risque que la banque effectue des investissements répétés dans le seul but de générer des commissions («churning»: la gestion d'un compte par des transactions sans but économique en dehors de celui de générer du courtage en faveur du mandataire).

Il est parfois difficile de comprendre si la banque effectue les investissements sur le compte des clients dans le but d'en augmenter la performance, ou d'accroître le volume du courtage. Un portefeuille basé sur des actions comporte un nombre plus grand de transactions, qu'un portefeuille de seuls obligations, et dans un marché très volatile il est parfois judicieux d'opérer avec des transactions répétées à court terme¹¹.

¹¹ U. EMCH, H. RENZ, R. ARPAGAU, *op. cit.*, n. 1496 ss.

4.2. Les divers types de contrat de mandat proposés par les banques à leurs clients

Deux options principales s'ouvrent à l'investisseur qui veut (en réalité «doit») faire appel à une banque pour administrer son patrimoine

La première consiste à confier entièrement à la banque ses liquidités et ses valeurs mobilières pour qu'elle les gère de façon professionnelle.

Dans ce cas, l'investisseur/client spécifie dans un contrat de mandat ce qu'il désire obtenir de la banque (par exemple, qu'elle se limite à des investissements en monnaie locale, qu'elle n'investisse qu'en obligations de la Confédération, ou qu'elle se limite à l'industrie pharmaceutique en refusant d'investir dans le secteur bancaire).

Contre le paiement d'une rémunération fixée d'avance, l'investisseur le désintéresse du quotidien de ses placements en se limitant à vérifier si la banque agit de façon conforme au résultat envisagé dans le contrat.

La deuxième option consiste à demander à la banque de mettre à disposition seulement son infrastructure et ses capacités techniques, tandis que les décisions d'investissement restent à l'apanage du client.

Dans ce cas, l'investisseur paie une commission fixée dans un tarifaire de la banque à chaque fois qu'il utilise ses services.

La banque n'assume aucun devoir de conseil ou d'information à l'égard de son client. Celui-ci est seul responsable des résultats atteints ou pas atteints.

Dans le premier cas il s'agit d'un mandat de gestion de fortune (gestionnaire; pas d'application de la LBVM), dans le deuxième cas l'on est en présence d'un mandat «execution only» (soumis à l'art. 11 LBVM)

Ces deux types de contrat se sont rapidement montrés insuffisants pour régler la réalité du rapport entre banque et client.

Même en l'absence d'un mandat de gestion, le rapport de confiance qui s'établit entre le gérant de fortune et le client amène souvent ce dernier à demander au premier des indications quant à l'opportunité de procéder à un investissement déterminé.

En fait (tout comme l'avocat ou le médecin) c'est bel et bien le banquier et pas le client qui est le spécialiste des investissements.

Le fonctionnaire de banque auquel le client a été affecté va donc dispenser des conseils, des suggestions même si cette activité n'est pas spécifiquement rémunérée (la banque encaisse cependant une commission à chaque opération d'achat ou de vente de titres boursiers).

Une forme intermédiaire de contrat est donc apparue; le contrat de

conseil en placement; les investissements sont décidés par le client, mais effectués sur la base d'informations et recommandations de son conseiller (soumis à l'art. 11 LBVM).

La banque conseillère en investissement peut aussi avoir un intérêt propre à dispenser certains conseils, puisque elle peut véhiculer par-là l'achat des titres émis par elle-même ou par un institut lié contractuellement avec elle.

5. L'obligation de la banque d'informer son client en pratique

Chaque client qui oriente l'administration de son patrimoine mobilier vers la gestion de fortune, au lieu de choisir un placement avec des instruments à taux fixe (compte épargne ou souscription d'obligation de caisse) cherche à maximiser son profit tout en limitant les risques de perte.

La pondération entre augmentation des chances de gain et risques de perte est au centre du raisonnement de tout investisseur.

C'est à ce moment que se développe la discussion entre le client et le banquier (gérant de fortune). Si ce dernier explique qu'un certain produit boursier a des fortes chances d'augmenter sa valeur, mais présente aussi un petit risque majeur, la réponse classique du client est: «Qu'est que vous feriez à ma place».

La question est très délicate en cas de perte d'argent. Elle requière d'abord d'individualiser qui est le détenteur de l'information.

Faut-il aussi considérer le degré de connaissances financières du client, avant de lui fournir une réponse?

Faut-il de plus tenir compte de la valeur d'ensemble de son patrimoine?

Autrement dit, le banquier doit-il demander un «consentement éclairé» à son client, avant d'exécuter l'opération discutée, ou peut-il se contenter d'un simple accord?

La jurisprudence ayant trop longtemps hésité à affronter ces questions, voilà-que le droit public a dû intervenir.

5.1. La migration du droit public au secours du droit privé

L'obligation d'informer le cocontractant découle en premier lieu du principe de la bonne foi (art. 2 CC) et n'est pas une prérogative du contrat de mandat (ATF 4C. 410/1997).

D'après Franz Werro et Benoît Chapuis¹²: «Le devoir d'information du banquier est fondé sur la diligence que ce dernier doit mettre en œuvre, compte tenu de la relation particulière qu'il entretient avec son client (Sonderverbindung), en tant que professionnel spécialisé, capable d'apprécier le risque d'un dommage et de définir les mesures qu'il faut prendre pour l'éviter».

Si en cas de mandat de gestion de fortune, l'on s'accorde pour reconnaître que le banquier est tenu d'assurer la sauvegarde générale des intérêts du client, dans les autres cas l'obligation d'information du banquier devrait être différenciée selon le type de contrat, ce qui en pratique pose des problèmes presque insurmontables.

Bien que considéré comme de droit impératif, l'art. 398 CO n'a pas été à même de délimiter avec une précision suffisante les obligations de la banque envers le client.

De par sa position monopolistique, la banque se trouve en position de force et peut obliger le client à souscrire des formules contractuelles excessivement protectrices à son égard.

Pour protéger les clients, la jurisprudence a donc puisé dans les règles de droit public qui avaient été édictées pour protéger le renom de la place financière suisse et non pour gérer des rapports de droit privé.

L'art. 11 de loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, LBVM) a été considéré par la jurisprudence comme étant une norme double ayant aussi vocation d'aménager la relation particulière entre banque et client, alors qu'elle avait été conçue comme une règle de droit administratif visant à réglementer une profession.

Sous la note marginale, «Règles de conduite» l'art. 11 LBVM affirme que «al. 1 Le négociant 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 la reconstituer; c) un devoir de loyauté; il veille en particulier à ce qu'ils ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts. Al. 2 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».

¹² B. CHAPPUIS, F. WERRO, *Le devoir d'information de l'article 11 LBVM et son rôle en droit civil à la lumière des Règles de conduite de l'ASB AJP/Pratique Juridique Actuelle*, in *AJP/PJA*, 5/2005, p. 560 ss.

L'art. 11 LBVM a donc été converti dans un standard minimal de droit impératif réglant l'obligation d'information de la banque envers le client.

Une conversion semblable a été opérée par les directives de l'Association suisse des banquiers concernant le mandat de gestion¹³, qui avaient été adoptées «dans le but de promouvoir et de préserver l'image et le haut niveau de qualité de la gestion de fortune en Suisse».

Selon le Tribunal fédéral ces directives représentent une source d'interprétation des obligations de la banque envers le client (ATF, 4C.45/2001), quand bien même leur champ d'application demeure ambigu.

Selon leur préambule en effet ces «directives représentent des règles de comportement (autorégulation) et sont reconnues comme standard minimal par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). Elles ne déploient aucun effet direct sur la relation contractuelle qui lie le client à la banque. Cette relation est régie d'une part par les dispositions légales applicables (en particulier les art. 394 et ss. CO), et d'autre part par les conventions conclues entre les parties (comme p. ex. le mandat de gestion conféré à la banque, les conditions générales de la *banque*)».

L'art. 1 de ces directives définit le mandat de gestion de fortune dans ces termes: «Par le mandat de gestion de fortune, le client autorise la banque à accomplir tous les actes qu'elle jugera utiles à la gestion du compte, pour autant qu'ils entrent dans le cadre des opérations bancaires ordinaires en la matière. La banque exerce le mandat avec diligence en tenant compte de la situation personnelle du client dans la mesure où celle-ci peut lui être connue. A cet effet, elle établit un profil de risque qui définit la propension au risque et la tolérance au risque du client. La banque exerce le mandat selon sa libre appréciation dans le cadre de sa politique de placement, des objectifs d'investissement déterminés avec le client, de la stratégie d'investissement qui en résulte ainsi que des éventuelles instructions de celui-ci (y compris les éventuelles restrictions de placement)».

Dans un arrêt successif de 2007 (4C.205/2006 du 21 février 2007), le Tribunal fédéral a rappelé que le devoir d'information de la banque peut découler des obligations de diligence et de fidélité ancrées dans les règles du mandat (art. 398 al. 2 CO), du principe de la confiance (art. 2 CC), ou encore de l'art. 11 LBVM.

¹³ Swissbanking, Directives concernant le mandat de gestion de fortune, préambule pt. 2. Ces directives sont révisées régulièrement et sont publiées sur internet, cf. http://shop.sba.ch/999918_f.pdf.

Ces devoirs tendent de manière uniforme à la sauvegarde loyale des intérêts d'autrui et existent tant dans les rapports précontractuels que contractuels¹⁴.

Dans ce domaine, l'évolution est constante et turbulente. Ceci mine la sécurité du droit qui devient de moins en moins justiciable.

Le 15 juin 2018, le Parlement suisse a adopté la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin). La LSFin établit les règles que les prestataires de services financiers doivent respecter en matière d'offre de valeurs mobilières et d'autres instruments financiers et facilite aux clients l'exercice de leurs prétentions à l'égard de ces prestataires. La LEFin introduit des règles de surveillance cohérentes pour les établissements financiers (gestionnaires de fortune, gestionnaires de fortune collective, directions de fonds et maisons de titres). Ces deux lois entreront en vigueur le 1er janvier 2020.

D'après le message du Conseil fédéral, «les prestataires de services financiers seront tenus d'observer des règles de comportement prudentielles. Au coeur de ces dispositions figurent en particulier les obligations d'informer les clients et de se renseigner sur ceux-ci. En effet, pour pouvoir prendre ses décisions d'investissement en toute connaissance de cause, le client doit disposer d'informations suffisantes aussi bien sur le prestataire de services financiers que sur les services et les instruments qu'il propose. De plus, le prestataire qui conseille un client ou gère sa fortune doit tenir compte des connaissances et de l'expérience de ce dernier, ainsi que de sa situation financière et de ses objectifs de placement».

5.2. L'illusion d'un «no man's land» juridique, ou du blanchiment de l'argent sale à celui de l'argent propre

Dans le but de lutter contre le blanchiment de l'argent sale et le financement du terrorisme, l'Association suisse des banquiers publie la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), qui depuis 1977 a subi de nombreuses révisions.

Cette Convention impose aux banques des obligations quant à la gestion des avoirs qui leur sont confiés ainsi que les modalités d'identification de leurs clients.

¹⁴ N. DE GOTTRAU, *Devoir d'information de la banque*, publié le 17 Avril 2007 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/510>; F. BENSACHEL, S. MICOTTI, *Nouveautés en matière de conseil en placements*, in *Jusletter*, 15 décembre 2008.

Per le biais du formulaire A, les banques sont emmenées à identifier le véritable Ayant Droit Economique (ADE ou BO) qui peut se cacher derrière le titulaire du compte.

Dans les intentions de l'Association suisse des banquiers et du législateur cette identification ne devait pas déployer des effets de droit privé, l'ADE n'étant pas partie de la relation contractuelle (le secret bancaire lui est opposable; cf. ATF 135 III 185; ATF 4A_249/2009 du 29.07.2009).

Le simple fait d'être bénéficiaire économique des avoirs ne permet pas de donner des instructions à la banque, ni de recevoir des renseignements sur la situation du compte.

Cette situation n'a pas fait long feu. Dans un arrêt 7B.25/2003 du 20 mars 2003, le Tribunal fédéral a décidé que la notion de ADE n'est pas limitée à la seule application de la CDB, mais peut être utilisée pour séquestrer des biens héréditaires ou pour augmenter les possibilités d'un créancier d'être payé.

C'est ainsi que les banques saisies d'une requête dénoncent les ADE à l'office des poursuites (art. 286 à 288 de la loi sur la poursuite des dettes et la faillite).

La politique de l'identification de l'ADE s'est développée dans l'obligation de la banque de connaître son client dans le détail, pour vérifier si les opérations financières qu'il entreprend sont compatibles avec son profil. Il s'agit des règles KYC, Know Your Client.

5.3. Arlequin serviteur de deux maîtres

Le conseiller à la clientèle tout comme le gérant de fortune est en même temps un employé lié à sa banque par un contrat de travail.

Son salaire est le plus souvent divisé en une partie fixe et une variable (bonus), tributaire des résultats financiers atteints... pour la rentabilité de la banque (non pour le client).

Au début de l'année, il est usuel que le conseiller à la clientèle reçoive des objectifs de rentabilité à atteindre. La banque l'oblige à produire un certain montant de commissions bancaires auprès de la clientèle que lui est attribuée.

Avec la sophistication des softwares de gestion bancaire, il arrive souvent que ce fonctionnaire reçoive vers la fin du mois des prévisions sur le montant manquant pour atteindre l'objectif, assorties de conseils sur les produits les plus rentables pour la banque à placer auprès des clients.

De plus, certaines banques émettent elles-mêmes des titres qui peuvent avoir une rentabilité majeure (produits structurés).

Le conseiller peut être induit à proposer à ses clients l'achat de ces titres dans l'intérêt de la banque mandataire plutôt que dans celui du client mandant.

Des pratiques comme le churning sont clairement interdites. Toutefois à partir de l'an 2000, les grandes banques ont conçu des méthodes pour rentabiliser les dépôts des petits épargnants.

Dans leur ensemble, ces dépôts ont une valeur énorme qui ne produit cependant pas de bénéfice pour la banque, puisque les clients n'effectuent généralement pas d'opérations boursières, se contentant de percevoir les intérêts.

Géré comme un seul patrimoine, l'ensemble des dépôts des petits épargnants présente un avantage considérable; étant un ensemble «sans propriétaire» (ou sans propriétaire unique), il n'y a pas d'investisseur pour négocier au rabais les commissions bancaires.

Tandis que tout gros client est en mesure d'imposer à sa banque des réductions importantes des commissions (sous la menace de transférer son patrimoine dans un autre institut), les petits épargnants n'ont pas ce pouvoir.

Ces derniers sont obligés d'accepter de payer le plein tarif.

La solution trouvée consistait à façonner des produits structurés adaptés aux petits portefeuilles des clients retails, qui ensemble atteignaient tout de même la somme de plusieurs milliards de francs.

Il fût ainsi que les conseillers à la clientèle furent chargés d'appeler activement tous les petits épargnants qui leurs étaient attribués, de façon à leur proposer la souscription de produits structurés émis par la banque ou par un institut voisin.

Lors de la faillite de la banque américaine Lehmann Brothers, des dizaines de petits épargnants ont perdu tout leur argent sans avoir la possibilité d'ester en justice.

Des produits structurés «à capital garanti» (Capital Protected Unit Plus) avaient été massivement insérés dans des petits portefeuilles en créant ainsi un Klumpenrisiko ruineux¹⁵.

¹⁵ Cf. P. FISCHER, *Produits structurés «à capital garanti»: Devoirs d'information à charge de la banque*, publié le 16 mai 2012 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/807>.

5.3.1. La créance en restitution des rétrocessions bancaires

Pendant longtemps les banques avaient l'habitude de verser des commissions (*finder's fees*) aux apporteurs d'affaires (le plus souvent des agents fiduciaires) qui induisaient leurs clients à déposer leur argent auprès d'elles.

De nombreuses sociétés fiduciaires tiraient l'essentiel de leurs revenus de ces redevances, qui étaient versées à l'insu du client, nonobstant l'art. 400 CO.

De fait, les banques payaient ces commissions (dites aussi rétrocessions) avec l'argent du client, déposé chez elles sur indication de l'intermédiaire.

L'intermédiaire était d'une part le mandataire de son client (et donc il était obligé de lui rendre compte et de défendre ses intérêts avec diligence et loyauté), et d'autre part il était mandataire de la banque qui le chargeait de lui apporter de la clientèle.

Généralement l'intermédiaire n'informait pas son client du fait qu'il percevait des rétrocessions débitées (même si indirectement) au dépens du patrimoine que ce dernier avait déposé.

En 2006, avec l'arrêt 132 III 460, le Tribunal fédéral a mis fin à cette pratique, considérant que ces commissions appartenaient au client/mandataire et devaient donc lui être restituées sur la base de l'art. 400 CO.

Le mandataire n'a pas le droit de s'enrichir avec l'exécution du mandat en dehors des honoraires fixés avec le mandant.

Les rétrocessions qu'un tiers gérant reçoit de la banque dépositaire des fonds du client sont en principe soumises à une obligation de restitution au client. Par la suite, ce principe a été étendu à d'autres prestations financières, pour autant que le contrat conclu entre le bénéficiaire de celles-ci et le client final soit un mandat (ou un contrat assimilable à un mandat). Le Tribunal fédéral a également jugé que cette obligation de restitution est de droit dispositif et que le client peut y renoncer, pour autant qu'il ait été dûment informé¹⁶.

Le mandataire est en droit de garder les rétrocessions perçues par la banque dépositaire du patrimoine du client, que si celui-ci donne son accord par un consentement éclairé (ATF 137 III 393; cf aussi ATF 138 II 755).

¹⁶ *Id.*, *Rétrocessions: La créance en restitution des rétrocessions se prescrit par 10 ans*, publié le 14 Juillet 2017 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/978>.

La banque ne peut pas se prévaloir d'un engagement de confidentialité avec le fiduciaire pour refuser de renseigner son client sur les commissions qu'elle a versées (HGer ZH 20.06.2011, ZR 111/2012,23).

La créance en restitution des retrocession indûment perçues se prescrit par 10 ans (arrêt du Tribunal fédéral du 16 juin 2017, 4A_508/2016).

5.3.2. Les pertes dues aux obligations de la Kaupthing Bank

En octobre 2008 plusieurs banques islandaises (Kaupthing, Glitnir, Landisbanki, etc.) sont tombées en faillite et ont provoquées le collapse du système financier de tout le pays.

La Kaupthing avait émis des programmes d'obligations de € 12'000'000'000 et de USD 10'000'000'000. Ces obligations ont été souscrites par quatre banques, agissant comme dealer ou distributor. De ces «programmes» ont été tirées des tranches allant de Euro ou USD 50'000'000 à Euro ou USD 400'000'000, qui ensuite ont été découpés en plusieurs milliers de titres pour être vendus à la clientèle.

Pour avoir acheté ces obligations, les banques dealer ont reçu une rémunération (appelée «commission d'état») de la part de la banque émettrice, c'est-à-dire la Kaupthing Bank.

Elles ont ainsi pu gagner deux fois; l'une auprès de l'émetteur pour la distribution de son produit, l'autre auprès des investisseurs pour la vente de ce même produit (découpés en titres).

De plus en plaçant l'obligation dans le portefeuille de leurs clients, les banques dealer y ont en même temps transféré le risque de l'opération.

C'est ainsi que lors de la faillite de Kaupthing Bank ce ne sont pas les banques dealer qui ont essuyé la perte, mais bien les clients qui ont reçu ces produits dans le portefeuille.

Il est important de noter que les investisseurs n'étaient pas informés que les titres d'obligations qu'ils ont souscrit faisaient partie d'un prêt de € 12'000'000'000 (appelé programme d'obligation).

Ils n'étaient non plus informés des risques de faillite de l'opération pourtant bien explicités dans les contrats entre la banque émettrice et les banques dealers.

En conclusion, on peut affirmer qu'aujourd'hui le client d'une banque suisse reçoit un service de haut niveau et une gestion rapide simple et efficace des affaires.

Toutefois le contentieux bancaire n'est en pratique réservé qu'aux gros investisseurs. Eux seuls ont la possibilité de défier les banques devant la jus-

tice civile, qui en Suisse est très couteuse (les acteurs sont obligés d'avancer d'importants frais de justice avant d'introduire l'action).

Par contre, en cas de problèmes, l'investisseur «normal» (même s'il dispose d'une fortune de quelques millions) est livré au bon vouloir de sa banque.