

JURISTES, FISCALISTES & JURISPRUDENCE

Responsabilité pour renseignements donnés à titre professionnel

...article de Me François Roger Micheli*



ME FRANÇOIS ROGER MICHELI

WWW.PPLEX.CH

Au début du mois de mars 2017, une banque étrangère a été définitivement condamnée à payer plus de CHF 38 mio. à son ancien client, ensuite d'informations incomplètes qu'elle avait données. Le jugement apporte certaines modifications à la jurisprudence, et rappelle d'autres règles applicables aux renseignements donnés à titre professionnel. Ces questions sont importantes pour les gérants indépendants, tant lorsqu'ils sont amenés à demander des informations, que lorsqu'ils sont sollicités pour en donner.

Résumé des faits

Une société de gestion indépendante a démarché un client potentiel, lui remettant le prospectus de son fonds de placement et lui expliquant qu'elle travaillait principalement avec une banque déterminée. Le client, qui n'était pas un professionnel de la finance et ne connaissait pas le gérant indépendant, a demandé à ce dernier que la banque établisse une lettre de recommandation à son égard. La banque s'est exécutée, décrivant la société de gestion et ses deux animateurs, certains de ses produits, ainsi que sa collaboration passée avec elle. Cette lettre d'information spécifiait qu'elle ne se voulait qu'informatrice et qu'elle ne comportait pas d'engagement de la banque.

Peu après, les animateurs de la société de gestion se sont rendus, accompagnés d'un représentant de la banque, au domicile du futur client. Les seules indications supplémentaires données par le représentant de la banque à cette occasion sont que la banque n'allait en rien être impliquée dans la gestion proprement dite; son rôle allait

être "execution only". Sur question – très générale – du futur client, le représentant de la banque lui a indiqué que son risque maximal était de tout perdre. Néanmoins, l'entretien s'est bien déroulé, le futur client ayant été rassuré quant aux bonnes relations existant entre la banque et la société de gestion.

Sur ce, le client a déposé un montant de CHF 21 mio. à la banque, et a donné un mandat de gestion discrétionnaire au tiers-gérant, afin que celui-ci investisse les avoirs déposés dans son fonds de placement.

Deux ans plus tard, il s'est avéré que le fonds de placement concerné était, dans sa conception même, une escroquerie. Au moyen de documents falsifiés, les animateurs de la société de gestion avaient réussi à lever plus de CHF 140 mio., auprès d'environ 150 investisseurs.

Les procédures

Dans la procédure pénale qui s'ensuivit, seuls env. CHF 14 mio. ont pu être recouvrés. Les principaux animateurs du tiers-gérant ont été condamnés à des peines de prison de 6 et 5 ans. La banque n'a pas été mise en cause.

Au cours de la procédure pénale, l'on apprit néanmoins quelques faits complémentaires connus de la banque, au sujet du tiers-gérant et ses animateurs, qu'elle n'avait pas jugé utile de mentionner dans sa lettre de recommandation, ni d'évoquer lors de sa réunion avec le futur client.

A l'issue de la procédure pénale, le client a assigné sa banque en paiement du dommage causé. Le client, tout en reconnaissant que les informations données par la banque n'étaient pas mensongères, lui reprochait d'avoir passé sous silence certains éléments qui l'auraient influencé dans sa décision de confier la gestion des montants déposés au gérant indépendant. L'affaire a donné lieu à un jugement du Tribunal de première instance de Genève (*qui donnait entièrement raison au client*), puis d'un premier arrêt de la Cour de justice (*qui donnait entièrement tort au client*). Le Tribunal fédéral (*Arrêt du Tribunal fédéral 4A_369/2015, du 25 avril 2016*) a cassé cet arrêt, et a renvoyé l'affaire à la Cour de justice afin que cette juridiction tienne compte de certaines preuves qu'elle avait précédemment écartées. La Cour de

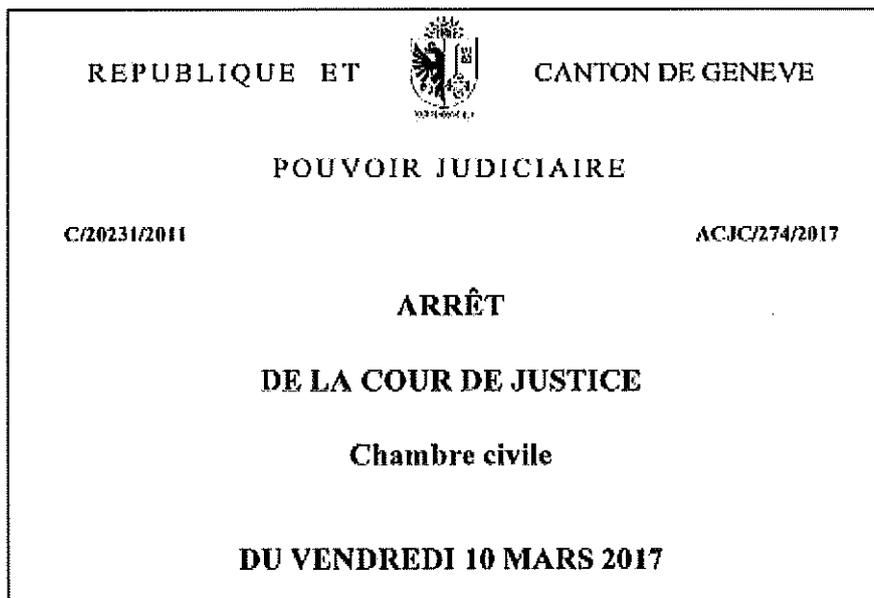
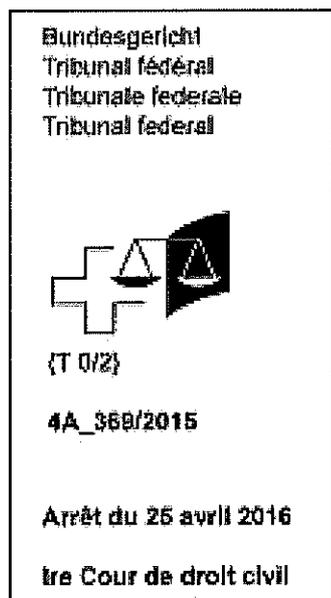
* Avocat aux barreaux de Genève et Zürich; Etude Python. La présente contribution est une version légèrement remaniée de la conférence donnée à l'occasion de la XXIIIème assemblée générale annuelle du GSCGI, le 18 mai 2017.

...cont'd on page 9 & 10

JURISTES, FISCALISTES & JURISPRUDENCE

Responsabilité pour renseignements donnés à titre professionnel

...article de Me François Roger Micheli



justice s'est exécutée, a renversé son appréciation antérieure, et a condamné la banque à payer à son client le montant qu'il réclamait (ACJC/274/2017, du 10 mars 2017). Cet arrêt est entré en force.

Dans son dernier arrêt, la Cour de justice est parvenue à la conclusion que, si la banque avait informé son futur client des éléments moins glorieux relatifs au gérant indépendant et ses animateurs, cela aurait amené le client à ne pas confier la gestion de ses avoirs au tiers-gérant, ou à tout le moins à procéder à des vérifications plus poussées avant de conclure.

L'intérêt des décisions judiciaires

La responsabilité de la banque a été engagée non pas en raison d'informations fausses qu'elle aurait données, mais en raison du caractère incomplet de sa lettre de recommandation. Le reproche adressé par les juridictions à la banque consiste donc en une omission.

Jusqu'à la présente affaire, le Tribunal fédéral n'avait admis l'existence d'un devoir de la banque de renseigner spontanément son client dans le contexte d'une relation de dépôt (*"execution only"*), qu'en cas de relations étroites entre la banque et son client, sur une longue durée (*conditions qui manifestement n'étaient pas remplies en l'espèce*). L'arrêt du Tribunal fédéral, et à sa suite le deuxième arrêt de la Cour de justice, reconnaissent que le rapport de confiance particulier entre

le client et la banque dépositaire peut également résulter d'autres éléments qu'une relation de longue durée, soit en l'espèce d'une lettre de recommandation établie à la demande du client.

Exposer les technicités légales de l'affaire n'aurait d'intérêt que pour un cercle de juristes spécialisés. Dans le cadre de WealthGram, il paraît plus utile de rappeler quelques principes de base, s'agissant de renseignements donnés à titre professionnel.

Lorsque le gérant indépendant est amené à demander des informations

Les quelques principes qui suivent peuvent sembler n'être que d'aimables généralités. Tout est bien sûr une affaire de particularités d'un cas d'espèce.

Une demande d'information, voire une lettre de recommandation, sur un tiers ou sur un produit financier, doivent bien sûr être adressées à une personne ou entité dont la solvabilité paraît assurée. A défaut, la valeur de l'information ou de la recommandation attendues s'en trouve à certains égards diminuée.

Celui qui sollicite une information ou une lettre de recommandation demandera que celle-ci porte sur les aspects pertinents (*p. ex. compliance, litiges légaux, performances économiques, aspects réputationnels*), non seulement actuels, mais aussi passés.

...cont'd on page 10

JURISTES, FISCALISTES & JURISPRUDENCE

Responsabilité pour renseignements donnés à titre professionnel

...article de Me François Roger Micheli*

Par ailleurs, il faut exposer la raison pour laquelle l'information est sollicitée, et inviter celui qui est requis à fournir toute autre information ou indication qui pourrait être pertinente pour la décision à prendre. Ce dernier élément est particulièrement important afin que l'information attendue couvre également d'éventuels aspects ignorés par le demandeur, mais connus de celui qui donne l'information.

Lorsque le gérant indépendant est amené à donner des informations

La règle de base est évidente: les informations données doivent être (i) véridiques, (ii) objectives, et (iii) complètes. C'est précisément pour n'avoir pas accordé suffisamment d'attention à ce troisième aspect que, dans le cas commenté ici, la banque a perdu son procès.

Le cas échéant, il faut préciser, de façon limitative, sur la base de quelles vérifications et de quels documents l'information est fournie. Cette précaution permet de circonscrire efficacement la portée du renseignement donné. Dans le même contexte, la prudence élémentaire commande d'indiquer que l'information donnée ne constitue pas, à elle seule, une base suffisante pour prendre une décision en matière économique: l'information donnée ne saurait remplacer une *due diligence*.

A l'évidence, celui qui donne une information en perd le contrôle. C'est pourquoi il est utile de spécifier le contexte dans lequel l'information est donnée, et les fins auxquelles elle peut légitimement être utilisée.

Liée à ce dernier point, l'indication selon laquelle l'information donnée ne sera pas spontanément mise à jour dans le futur, n'est pas qu'une clause de style. Il s'agit au contraire d'un élément essentiel: dans l'affaire commentée ici, la banque aurait pu efficacement contrer certains reproches qui lui ont été adressés, si elle avait indiqué qu'elle n'entendait pas spontanément mettre à jour l'information donnée.

S'agissant de la nature objective de l'information donnée, il peut être approprié de signaler au destinataire les éventuels intérêts propres du donneur d'information. Cet élément n'a pas joué de rôle dans l'affaire commentée ici: il est de notoriété publique que les banques prélèvent des commissions de transaction et de dépôt sur les portefeuilles de leurs clients. Néanmoins, la pratique judiciaire enseigne que l'argument d'un (*prétendu*) conflit d'intérêts revient régulièrement dans la bouche de clients cherchant à mettre en cause la responsabilité de leur banque.

Une croyance persistante - mais erronée - veut qu'une information donnée gratuitement ne saurait entraîner la responsabilité civile de son auteur. S'il est exact que les informations données par pure complaisance n'engagent pas la responsabilité, il en va différemment dès que l'information est fournie à titre professionnel. Il suffit, pour engager la responsabilité de l'auteur d'une information, que celle-ci soit fournie dans un contexte général qui comporte pour lui des aspects économiques. C'est donc dans un contexte plus large (*que celui de la simple demande et fourniture d'une information*) qu'est examinée la question de savoir s'il s'agit d'une information donnée par pure complaisance, ou bien d'un renseignement engageant la responsabilité de son auteur. Le fait que le renseignement donné relève du domaine d'activité de la personne requise, est un indice de poids dans le sens de la seconde branche de l'alternative.

Enfin, il faut rappeler que les "*disclaimers*" à teneur standardisée ne constituent pas une protection efficace. L'affaire commentée ici l'illustre de façon particulièrement nette. Le client cherchait à se faire une idée sur le gérant indépendant et ses produits. L'indication, toute générale, donnée par le représentant de la banque et selon laquelle le risque maximal du client était "de tout perdre", ne permettait pas à ce dernier de se faire une idée correcte et adéquate du risque qu'il courait concrètement.

Conclusions

Le plus souvent, les renseignements et informations qui sont donnés à titre professionnel le sont à un moment où "tout va bien", et où d'éventuels éléments pouvant mitiger une appréciation positive donnée, paraissent négligeables.

Après que le problème ait éclaté, c'est un regard tout différent que l'on porte sur les mêmes faits, et des éléments tels que des irrégularités mineures, d'autres incidents passés, etc. prennent un relief qu'ils n'avaient pas au moment où l'information a été donnée.

L'information sollicitée d'un professionnel ne déploiera son importance et sa portée qu'une fois que les choses auront tourné mal. C'est cet aspect diachronique qu'il faut avoir présent à l'esprit, tant lorsqu'on demande que lorsqu'on donne une information à titre professionnel.

ME FRANÇOIS ROGER MICHELI
 WWW.PPLEX.CH