

Responsabilité de la banque pour renseignements inexacts au sujet d'un gérant externe

Une analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Par Jean-Philippe Klein, docteur en droit

It results from the case law of the Swiss Federal Tribunal that a bank's statement, following a request to recommend an external asset manager, has to be true, comprehensive and complete, irrespective of whether such a statement is qualified as contractual, based on a particular confidence relationship, or on tort. The bank's obligation results from a legal relationship which comes into existence as soon as the request is made because of the bank's particular knowledge, the importance of the request is recognizable and the bank accepts to give such statement. If the bank is aware of facts which could dissuade the

beneficiary of the statement from entrusting his/her assets to the manager, it has either to disclose these facts in its statement or refuse to give a statement. If the hidden information affects the trustworthiness of the manager, the bank may be held liable if the beneficiary of the statement suffers a loss due to mismanagement. Clauses according to which the bank's statement do not carry any commitment hardly affect its potential liability. However, the indemnification may be reduced if the beneficiary of the statement acted without proper thought.

Table des matières

- I. Introduction
- II. La responsabilité pour renseignements inexacts dans la jurisprudence du Tribunal fédéral : tour d'horizon
- III. Application de la jurisprudence
 - 1. Engagement contractuel (indépendant et par absorption)
 - 2. Engagement reposant sur la responsabilité fondée sur la confiance
 - 3. Responsabilité délictuelle et absence d'engagement
- IV. Etendue des obligations de la banque
 - 1. En cas de fondement contractuel (indépendant et par absorption)
 - 2. En cas de responsabilité fondée sur la confiance
 - 3. En cas de fondement délictuel
 - 4. Résumé
- V. Lien de causalité
- VI. Exclusion ou limitation de responsabilité ?
- VII. Portée d'une éventuelle faute concomitante de l'intéressé
- VIII. Conclusion

I. Introduction

Lorsqu'un particulier envisage de confier la gestion de ses avoirs à un gérant indépendant, il s'adressera généralement en premier lieu à celui-ci pour déterminer s'il veut lui accorder sa confiance. Cependant, cette gestion impliquant souvent le transfert des avoirs auprès d'une banque avec laquelle le gérant entretient des relations privilégiées, il n'est pas rare que ce particulier, peut-être même plus familier avec

le nom de la banque qu'avec celui du gérant, veuille également s'assurer auprès de celle-ci du sérieux du gérant. Il aura tendance à faire plus confiance au gérant si la banque dépositaire jouit d'une bonne réputation, et *a fortiori* si celle-ci adopte un comportement rassurant, voire encourageant.

L'implication de la banque pourra se limiter à recevoir le futur client avec le gérant externe dans ses locaux, ou être plus active. L'intéressé souhaitera peut-être un entretien avec un représentant de la banque, au cours duquel il lui demandera s'il peut recommander le gérant indépendant. Certains, particulièrement prudents, demanderont une lettre de recommandation. Si la banque accepte d'émettre un tel document, elle mentionnera peut-être les «bons rapports» entretenus avec le gérant, ou la «relation très satisfaisante» établie avec ce dernier. Les termes sont, même accompagnés de précautions d'usage, régulièrement positifs, dès lors qu'une mise en garde ou un refus de la banque d'émettre un tel document reviendrait, de fait, à déconseiller de confier la gestion au gérant externe.

Au stade des différentes interventions envisagées ci-dessus, le particulier n'a encore conclu de contrat ni avec la banque, ni avec le gérant. L'attitude de la banque aura néanmoins une influence sur sa décision. Si par la suite le gérant se montre insouciant des intérêts du client et que ses investissements se soldent par des pertes, se posera la question de la responsabilité de la banque pour les renseignements ou la recommandation qu'elle a donnés, s'il s'avère que ceux-ci étaient inexacts ou incomplets.

Avant de proposer des qualifications juridiques des différents cas de figure, il convient de procéder à un tour d'horizon de la jurisprudence du Tribunal

fédéral en matière de renseignements inexacts (II).¹ L'analyse portera ensuite sur le fondement juridique applicable aux différentes hypothèses envisagées (ci-après III) et sur les obligations qui en résultent pour la banque (ci-après IV). Après avoir abordé la nécessité du lien de causalité adéquate (V), nous nous pencherons sur l'incidence d'une clause d'exclusion de responsabilité (VI) et d'une éventuelle faute concomitante du lésé (VII) avant de conclure (VIII).

II. La responsabilité pour renseignements inexacts dans la jurisprudence du Tribunal fédéral: tour d'horizon

La qualification juridique de renseignements donnés en dehors d'une relation préexistante occupe le Tribunal fédéral depuis des temps très anciens. Dans un arrêt de 1904, le Tribunal fédéral eut à qualifier le comportement d'un fonctionnaire de commune qui s'était exclamé, lors de l'ouverture d'un testament, que le texte de celui-ci prêtait à confusion et pouvait donner lieu à un procès, suite à quoi la veuve avait renoncé, à son désavantage, au bénéfice du testament. Notre Haute Cour considéra que l'instance précédente avait eu raison d'admettre que le Code des obligations connaissait le principe d'une responsabilité extracontractuelle pour les conséquences dommageables d'un conseil inexact, et cela non seulement dans l'hypothèse du dol ou de la négligence grave, mais également en cas de faute légère.² En l'occurrence, le Tribunal fédéral considéra toutefois que l'employé avait uniquement, et spontanément, exprimé son opinion personnelle, sans en avoir été requis, ce qui n'engageait pas sa responsabilité.

En 1915, le Tribunal fédéral eut à se prononcer sur la responsabilité d'une banque qui avait fausse-

ment indiqué que sa cliente, la société Bungartz AG, potentiel employeur du requérant, était en bonne situation financière. Ce renseignement avait non seulement déterminé le requérant à accepter le poste de direction qui lui était proposé, mais également à se porter acquéreur d'actions de la société, qui tomba en faillite peu de temps après. Le Tribunal fédéral considéra que dès lors que le renseignement « *n'avait pas été donné dans l'exercice d'une profession ni contre rémunération [...] le fait d'avoir donné un renseignement n'est pas l'exécution d'une obligation contractuelle, mais un acte extracontractuel* »³ et confirma la condamnation de la banque sur la base des art. 41 ss CO.

Dans un arrêt de 1931, le Tribunal fédéral eut à qualifier le renseignement faussement rassurant donné à un particulier par le président du conseil d'administration de la société de fabrication de cuirs Alpina SA, renseignement qui avait convaincu ce dernier de conserver le poste important d'actions qu'il détenait dans cette société et dont le cours s'effondra peu après. Le demandeur assigna le président du conseil d'administration en justice en invoquant l'existence d'un contrat de renseignement. Le Tribunal fédéral confirma que de jurisprudence constante, un tel renseignement, qui n'était donné ni dans l'exercice d'une profession ni contre rémunération, ne constituait qu'un acte extracontractuel, qui obligeait toutefois, dans les circonstances du cas d'espèce, à réparation.⁴

Cette jurisprudence ne connut pas de changement durant les décennies qui suivirent. Dans un arrêt de 1985, qui portait sur un renseignement inexact donné par une banque au sujet de la solvabilité de l'un de ses clients, le Tribunal fédéral rappela que « *celui qui fournit des renseignements – pour autant qu'il ne le fait pas dans l'exercice d'une profession ou contre rémunération – n'exécute pas un engagement assumé contractuellement mais simplement un acte extracontractuel [...]. Ainsi en va-t-il de renseignements bancaires qui n'entrent pas dans le cadre d'une affaire traitée avec un client de la banque* »⁵. Notre Haute Cour précisa par ailleurs que la personne requise doit être mise à contribution « *du fait de ses connaissances particulières résultant de sa position* »

¹ Les expressions « renseignement », « recommandation » et « conseil » sont utilisées comme synonymes. D'un point de vue linguistique, on peut envisager de distinguer entre le « simple » renseignement et la « recommandation ». Une telle distinction semble toutefois (sous réserve d'une analyse approfondie) impraticable au niveau juridique. En effet, quand passe-t-on du renseignement au conseil ? Un renseignement qui ne contient pas d'information négative représente-t-il une recommandation ? C'est vraisemblablement la raison pour laquelle le sujet est désigné, dans la doctrine et jurisprudence de langue allemande, et également par le Tribunal fédéral, indifféremment sous l'expression « Haftung für Rat und Auskunft ».

² ATF 30 II 258, cons. 2 (p. 267 s.).

³ ATF 41 II 77, cons. 4 (p. 82, nous traduisons).

⁴ ATF 57 II 81, cons. 2 (p. 85, nous traduisons).

⁵ ATF 111 II 471 (=JT 1986 I 485), cons. 2 (p. 473, nous traduisons).

et être en mesure de reconnaître l'importance de son renseignement pour le requérant.⁶

Un an plus tard, notre Haute Cour jugea la célèbre affaire de l'estimation d'une lampe d'Emile Gallé: un particulier avait demandé par écrit à une galerie d'art, dont il n'était pas le client, une estimation d'une lampe de style Art nouveau sur la base d'une photographie. La galerie avait alors décrit la lampe reproduite sur la photo remise par l'intéressé par téléphone à son expert à Londres. Celui-ci se trompa et indiqua une valeur beaucoup trop basse. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral rappela d'abord les principes énoncés en matière de renseignements dans l'arrêt cité *supra*, en précisant à nouveau que cela valait notamment en matière de renseignement donné par une banque.⁷ Dans le cas d'espèce cependant, le Tribunal fédéral admit l'existence d'un contrat d'expertise, sans avoir recours aux critères qu'il avait développés, considérant « [...] que l'existence d'un contrat ressort déjà du comportement réciproque des parties et du fait qu'il s'agissait de l'estimation d'un objet de valeur déterminé [...] »⁸. Le Tribunal fédéral releva notamment qu'il s'agissait d'un service impliquant les connaissances d'un spécialiste, auquel la galerie avait également un intérêt propre.⁹

A notre connaissance, le prochain arrêt retenant une responsabilité contractuelle pour faux renseignement date de 2006. Dans cette affaire, l'intervenant avait agi comme intermédiaire indépendant dans le cadre de l'achat de « lettres » de l'European Kings Club, censées rapporter 70% en un an, mais qui faisaient en réalité partie d'un système pyramidal. L'instance d'appel cantonale avait condamné l'intervenant pour violation d'un contrat de renseignement et de conseil, soumis aux règles du mandat. Dans l'arrêt relatif à cette affaire, le Tribunal fédéral rappela une nouvelle fois les principes développés en matière de renseignement et considéra que l'intervenant avait un intérêt propre à l'achat desdites « lettres », que l'importance de son conseil, à la base de la décision d'investissement, était à l'évidence reconnaissable et qu'il répondait bien en vertu d'un contrat.¹⁰

Dans le fameux arrêt Grossen de 1995, qui faisait suite à l'arrêt Swissair,¹¹ par lequel notre Haute Cour avait introduit la responsabilité fondée sur la confiance en droit suisse, le Tribunal fédéral précisa, dans un obiter dictum, qu'en matière de renseignement hors relation contractuelle, la responsabilité résultait « du fait que le renseignement inexact ou le conseil incorrect a suscité chez l'autre partie une confiance justifiée qui se trouve trompée ultérieurement »¹².

On aurait pu s'attendre à ce que les cas de renseignements inexacts hors relation contractuelle fussent dès lors analysés à l'aune des critères régissant la responsabilité fondée sur la confiance.¹³ Mais dans un arrêt de 2001, dans lequel le Tribunal fédéral avait à qualifier le comportement d'un directeur de banque qui avait reçu un investisseur avec plusieurs prétendus gérants et tenu, sur demande de l'intéressé, des propos rassurants, voire cautionnés les investissements envisagés, le Tribunal fédéral rappela d'abord qu'un conseil ou un renseignement n'était considéré comme relevant du contrat que s'il était donné dans l'exercice d'une profession ou contre rémunération, rappelant à nouveau que cela valait également pour des renseignements donnés par une banque en dehors d'une affaire concrète.¹⁴ Cependant, sans explorer plus loin la piste contractuelle, le Tribunal fédéral suivit ensuite l'instance cantonale qui avait condamné la banque en application de l'art. 41 CO et de la responsabilité fondée sur la confiance. Notre Haute Cour releva, après avoir confirmé la responsabilité de la banque sous l'angle de la responsabilité délictuelle, que la responsabilité fondée sur la confiance supposait en plus un rapport particulièrement étroit entre les parties au litige,¹⁵ qui pouvait notamment résulter d'un intérêt propre de la partie requise à donner le renseignement.¹⁶ Considérant que tel avait été le

¹¹ ATF 120 II 331.

¹² ATF 121 III 350 (= Pra 85/1996, n° 168, p. 613 ss), cons. 6.c (p. 354). V. également Arrêt 4C.447/1997 du 8 juin 1998 (= SJ 1999 I 113), cons. 3.a.

¹³ Encore ouvert ATF 124 III 363, cons. II.5.a (p. 368 s.).

¹⁴ Arrêt 4C.193/2000 du 26 septembre 2001, cons. 4.a.

¹⁵ Arrêt précité, cons. 5 (nous traduisons): « Cette relation particulière se distingue de la configuration délictuelle [...] en ceci que les parties – en dehors d'un rapport contractuel préexistant ou toujours en vigueur – se trouvent juridiquement dans un rapport particulièrement étroit ».

¹⁶ *Ibidem*, avant-dernier al. Il se peut que le fait pour la banque d'avoir reçu les parties dans ses locaux ait égale-

⁶ Arrêt précité, cons. 3 (p. 474, nous traduisons).

⁷ ATF 112 II 347 (=JT 1987 I 28), cons. 1.a (p. 350).

⁸ Arrêt précité, cons. 1.a (p. 350, nous traduisons).

⁹ Arrêt précité, cons. 1.b (p. 351 s.).

¹⁰ Arrêt 4C.394/2005 du 29 mars 2006, cons. 2.

cas, le Tribunal fédéral confirma le double fondement de responsabilité retenu par l'instance précédente. Il faut donc en déduire que la responsabilité fondée sur la confiance et la responsabilité délictuelle constituent, également en matière de renseignements et de recommandations, deux chefs de responsabilité distincts pouvant être réalisés concurremment.

Dans la jurisprudence présentée jusqu'ici, il s'agissait de qualifier directement et uniquement le premier contact entre les parties. Aucune relation contractuelle n'avait été nouée par la suite avec la partie requise. Il est cependant des cas où le renseignement donné est le préalable d'un contrat conclu subséquemment avec l'institution qui a donné le renseignement. Il en est régulièrement ainsi lorsque le requérant, en tant que futur client déposant, se fie au renseignement ou à la recommandation donnée par la banque au sujet du tiers gérant. Se pose alors la question de savoir quelle est l'incidence du contrat de dépôt conclu postérieurement sur le fondement de la responsabilité liée à un renseignement donné avant la conclusion de ce contrat.

Il nous semble que c'est dans un arrêt de 1942 que le Tribunal fédéral s'interrogea pour la première fois sur la question de savoir si un faux renseignement donné par une banque, et qui avait été suivi de l'ouverture d'un compte et donc de l'établissement d'une relation contractuelle, devait être analysé sous l'angle de la responsabilité extracontractuelle ou contractuelle. Un client avait ouvert un dépôt d'épargne auprès de la Bank in Ragaz, dépôt privilégié en cas d'assainissement de la banque. Désireux d'ouvrir un deuxième carnet d'épargne, le client s'était enquis auprès de l'établissement si la deuxième relation bénéficierait du même privilège. La banque lui répondit que tel était bien le cas, sur quoi le deuxième compte fut ouvert. Par la suite, une procédure d'assainissement fut engagée à l'encontre de la banque, et la créance résultant du deuxième placement du client fut colloquée sans aucun privilège. Le Tribunal fédéral rappela d'abord les principes appliqués en matière de renseignement. Il continua cependant: «*En revanche, le Tribunal n'a pas encore eu l'occasion de traiter la question de savoir quelle est la situation lorsque la banque donne son renseignement en*

vue d'un contrat à conclure»¹⁷. Le Tribunal fédéral estima à l'époque qu'en raison de la conclusion subséquente d'un contrat, le fondement de la responsabilité devait être vu dans la culpa in contrahendo, considérant «*contraire à la logique de soumettre [...] une recommandation donnée avant la conclusion du contrat aux principes régissant le contrat conclu postérieurement...*»¹⁸.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a plus été amené à revoir sa position jusqu'en 1998, lorsqu'il considéra, en se fondant sur des avis exprimés en doctrine, que la «*théorie de l'absorption*», clairement rejetée dans l'arrêt précédent, conduisait «*en principe à des résultats tout à fait satisfaisants*»¹⁹. Depuis, le Tribunal fédéral a, à plusieurs reprises, confirmé l'application de cette théorie.²⁰ Ainsi, en 2005, notre Haute Cour eut l'occasion d'apprécier le comportement d'une fiduciaire qui avait laissé de futurs investisseurs dans le flou au sujet de la confiance que méritait le financier auquel ils comptaient confier leurs avoirs. Relevant que l'implication de la fiduciaire, qui avait reçu les futurs investisseurs dans ses locaux et assisté aux pourparlers, était loin d'être marginale, le Tribunal fédéral évoqua à nouveau la responsabilité fondée sur la confiance, retenant toutefois une responsabilité contractuelle dès lors qu'une relation de dépôt avait par la suite été nouée entre les investisseurs et la fiduciaire en vue de l'investissement prospecté.²¹

¹⁷ ATF 68 II 295, cons. 5 (p. 302, nous traduisons).

¹⁸ Arrêt précité, *ibidem*. Ce faisant, le Tribunal fédéral se départit expressément de la jurisprudence des tribunaux allemands, qui admettaient dans ce genre de situation une absorption de la relation précontractuelle par la relation contractuelle subséquente. A noter cependant que le Tribunal fédéral appliqua sans réserve les principes régissant la responsabilité contractuelle à la culpa in contrahendo. Le régime applicable à la culpa in contrahendo était alors controversé. Ce n'est que beaucoup plus tard que le Tribunal fédéral fixa définitivement les principes applicables à la culpa in contrahendo, auquel il applique désormais la prescription délictuelle (cf. ATF 104 II 94).

¹⁹ Arrêt 4C.447/1997 (n. 12), cons. 3a. Pour une critique de cet arrêt et pour la théorie de l'absorption en général v. Nicolas Kuonen, La responsabilité précontractuelle, thèse 2008, n° 1784 ss.

²⁰ Arrêt 5C.267/2004 du 1^{er} juin 2005; arrêt 4C.82/2005 du 4 août 2005, cons. 7.1; arrêt 4C.205/2006 du 21 février 2007 (= SJ 2007 I 313), cons. 3.2.

²¹ ATF 131 III 377 (= SJ 2005, 409 et JT 2005 I 612), cons. 3 et 4. Cet arrêt ne fait pas expressément référence à l'absorption. Dans la mesure où le Tribunal fédéral considère que le comportement de la fiduciaire lors des pourparlers

Au vu de ce qui précède, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de renseignements peut être résumée comme suit :

- Lorsqu'un tiers fournit un renseignement sur demande et dans l'exercice de son métier et/ou contre rémunération, le fondement d'une éventuelle responsabilité sera contractuel ;
- sans atteindre l'intensité de l'engagement contractuel, un tiers, qui intervient du fait de sa position et de ses connaissances et donne des renseignements ou cautionne par son comportement (actif ou passif) une action que le futur lésé envisage d'entreprendre, et alors que l'importance de cette intervention est reconnaissable, répond de son intervention sous l'angle de la responsabilité fondée sur la confiance ; ceci à tout le moins lorsque l'intervention du tiers poursuit un intérêt propre ; si tel n'est pas le cas, l'on envisagera la responsabilité délictuelle ;
- lorsque l'intervention du tiers est suivie d'un contrat avec ce dernier, celle-ci se trouve absorbée par la relation contractuelle subséquente, de sorte que la relation dans son ensemble sera appréciée à l'aune de la responsabilité contractuelle.
- Enfin, l'intervention spontanée, l'expression d'une opinion personnelle qui ne relève ni du renseignement, ni du conseil, n'engage pas celui qui s'exprime.

III. Application de la jurisprudence

Il s'agit à présent d'appliquer les principes dégagés de la jurisprudence aux différentes hypothèses envisagées sous chiffre I. D'emblée, il s'agit de relever que dans le domaine qui nous intéresse, le premier contact sera souvent suivi d'un contrat entre le particulier et la banque. Dans de nombreux cas, une éventuelle responsabilité pour un renseignement inexact sera par conséquent soumise à la responsabilité contractuelle en vertu de la théorie de l'absorption. Peu importe donc la qualification – prise pour

elle-même – de l'intervention de la banque avant la conclusion du contrat de dépôt. Il s'agira alors uniquement de déterminer quelles étaient les obligations de la banque, rétrospectivement, dans le cadre de son intervention. Cela étant, la qualification indépendante du renseignement ou de la recommandation conserve son intérêt dans l'hypothèse où l'intéressé ne conclurait finalement pas de contrat de dépôt avec la banque, soit parce que les fonds seront déposés au nom du gérant,²² soit parce qu'il décide de remettre les fonds à une autre banque ou qu'il choisit de les laisser auprès de sa banque actuelle tout en confiant la gestion de son patrimoine au gérant recommandé. Restent enfin les cas plus hypothétiques où le contrat de dépôt serait annulé par la suite ou, pour une autre raison, n'aurait pas produit d'effets juridiques ; dans ces hypothèses, l'on retomberait probablement sur la qualification indépendante du renseignement ou de la recommandation.²³

1. Engagement contractuel (indépendant et par absorption)

On a vu qu'en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, une relation contractuelle en matière de renseignement se noue entre le requérant et la banque lorsque le renseignement est donné par le tiers dans l'exercice de sa profession et/ou contre rémunération. Si ces conditions sont réunies, on admettra la conclusion d'un contrat de renseignement ou de conseil, soumis aux règles du mandat.²⁴

La question de savoir si la recommandation d'un gérant externe tombe sous « l'exercice de la profession » du banquier n'a à notre connaissance pas encore été tranchée en jurisprudence. Celle-ci nous enseigne en revanche qu'un renseignement demandé au sujet d'un autre client de la banque,²⁵ des renseignements de nature juridique,²⁶ ou au sujet d'autres affaires qui ne ressortissent pas à l'activité bancaire,

était constitutif d'une violation du contrat, qui n'avait pas encore été conclu, ce considérant présuppose cependant une telle absorption. Cf. également arrêt 4C.205/2006, du 21 février 2007, cons. 3.2. : « *Toutefois, lorsque la violation du devoir d'information a lieu avant la conclusion d'un contrat litigieux mais que finalement ce contrat a été conclu, la responsabilité contractuelle absorbe la responsabilité précontractuelle* ».

²² Comme cela avait été le cas dans l'arrêt 4C.193/2000 (n. 14).

²³ Arrêt 4C.447/1997 (n. 12). V. cependant les remarques de *Kuonen* (n. 19).

²⁴ Arrêt 4A_168/2008 du 11 juin 2008, cons. 2.3, avec références. Le fait que l'information est donnée gratuitement n'empêche pas qu'il y ait mandat (art. 394 CO). V. cependant plus bas dans le texte.

²⁵ ATF 111 II 471 (n. 5).

²⁶ ATF 68 II 295 (n. 17). Cela alors même que le renseignement donné en l'espèce relevait du droit bancaire.

telles que la situation financière d'une société,²⁷ ne répondent pas au critère et ne sont donc en principe pas susceptibles d'engager la responsabilité contractuelle de la banque. Dans un arrêt qui concernait un avocat qui avait donné une confirmation écrite inexacte sur l'état du patrimoine d'un trust dont il était le protector, le Tribunal fédéral avait relevé que le type de renseignement donné ne faisait pas partie des services typiquement rendus – «typisches Dienstleistungsangebot» – d'un avocat et exclu un engagement contractuel.²⁸ Faut-il en déduire qu'un renseignement ou une recommandation ne relèvent du contrat que lorsque cette activité fait typiquement partie des activités du requis? Une telle conclusion nous paraîtrait contraire à la liberté contractuelle. Le contrat de renseignement est un mandat, qui ne nécessite rien d'autre que la volonté concordante des parties, réelle ou objectivée, en application de la théorie de la confiance. Le critère de l'«exercice de la profession» ne peut donc avoir d'autre but que de «standardiser» les hypothèses dans lesquelles, à défaut d'établissement d'une volonté concordante réelle, le requérant était en droit de considérer qu'il y avait contrat.²⁹ A partir de là, si un lien entre la profession du requis et le type de renseignement donné paraît effectivement nécessaire, l'existence d'un contrat ne saurait toutefois être limitée aux cas où la profession du requis consisterait précisément à donner des renseignements du type de celui fourni.³⁰ C'est sur cette base que nous poursuivrons notre raisonnement.

Le gérant externe ne faisant pas partie de l'institution bancaire, le renseignement donné à son sujet paraît à première vue étranger à l'activité bancaire. Cependant, outre le fait que l'activité du tiers gérant est régulièrement proposée par les banques elles-mêmes, les fonctions de dépositaire pour la banque

et de gérant pour le tiers sont complémentaires et constituent souvent, pour le futur client, un ensemble. C'est d'ailleurs ainsi que cette relation est souvent présentée. Lorsque le renseignement ou la recommandation est susceptible de déboucher sur l'ouverture d'un dépôt auprès de l'établissement requis, la banque a par ailleurs un intérêt économique propre à son intervention.³¹ De ce point de vue, on peut donc à tout le moins s'interroger si la recommandation donnée par la banque ne relève pas, du moins dans un sens plus large, de l'activité bancaire. En tous les cas, on ne saurait nier une forte connotation bancaire à la recommandation d'un gérant externe, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un gérant avec lequel la banque travaille sur une base régulière.

On peut également se demander si une recommandation donnée en faveur d'un gérant avec lequel la banque entretient une relation préexistante, et censée déboucher sur l'ouverture d'un dépôt auprès de la banque, n'est pas, en réalité, également un renseignement donné «contre rémunération», deuxième critère, alternatif, pour l'admission d'une relation contractuelle. En effet, même si la banque n'est pas payée pour son renseignement, elle sait que l'ouverture d'une relation bancaire rapportera des commissions de dépôt et de courtage sur opérations. La condition de la rémunération sera ainsi réalisée si l'on interprète celle-ci comme un avantage économique dans un sens plus large que purement synallagmatique. Cette rémunération suppose toutefois la conclusion du contrat de dépôt et le dépôt effectif d'avoirs, et ne sera relevante que lorsque le bénéficiaire du renseignement et le titulaire de la relation subséquente ne sont pas identiques. Sinon, on se trouvera dans l'hypothèse d'un engagement contractuel absorbant la phase de recommandation.³²

²⁷ ATF 41 II 77 (n. 3).

²⁸ ATF 124 III 363 (n. 13), cons. II.5.b (p. 369).

²⁹ Le Tribunal fédéral entretient à cet égard un certain flou sur ce qui nous paraît être une évidence. L'arrêt «Gallé» (ATF 112 II 347 [n. 7]), et notamment son cons. 1.a, pourrait donner l'impression que la responsabilité contractuelle en matière de renseignement pourrait soit découler de la réalisation de critères spécifiques, soit du comportement des parties.

³⁰ Le Tribunal fédéral a lui-même quelque peu relativisé ce lien en considérant, dans l'affaire du European Kings Club (arrêt 4C.394/2005 [n. 10], cons. 2.2 in fine) que le fait que l'activité professionnelle du défendeur n'était pas de donner des renseignements, mais la distribution de placements, ne changeait rien à son engagement contractuel.

³¹ L'intérêt économique de celui qui donne le renseignement plaide d'une façon générale en faveur d'un engagement contractuel. Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il considéré dans l'ATF 116 II 695 (=JT 1991 I 625), cons. 2.b.bb que le «fait que celui qui fournit la prestation ait un intérêt propre, juridique ou économique à offrir de l'aide ou que le bénéficiaire ait un intérêt reconnaissable à être conseillé ou assisté de manière compétente parle en faveur d'une volonté de contracter». Cf. à cet égard également l'arrêt 4C.193/2000 précité (n. 14).

³² A notre sens, la distinction entre le bénéficiaire de la recommandation et le titulaire de la relation bancaire n'empêche pas de tenir compte de la rémunération de la banque; rien n'exclut la rémunération par un tiers. Ce qui

Les réflexions qui précèdent pourraient donner l'impression qu'en définitive, toutes les interventions de la banque dans le cadre de la mise en place de la relation entre le tiers gérant et son futur client seraient constitutives d'un engagement contractuel. Une telle conclusion ne refléterait toutefois pas les exigences en la matière. Comme on l'a vu, les critères développés par le Tribunal fédéral pour admettre un engagement contractuel indépendant ne représentent rien d'autre qu'une «standardisation» des circonstances dans lesquelles le requérant est en droit de considérer qu'il y a contrat.³³ A notre sens, un engagement contractuel ne pourra être retenu qu'en cas de recommandation expresse et concrète, notamment au moyen d'une lettre de recommandation personnelle, cas échéant doublée d'une participation active et encourageante aux discussions, et pour autant que la banque y ait un intérêt économique propre. Dans ces hypothèses, le requérant est en droit de considérer qu'il y a engagement contractuel. Dans les autres cas de figure, une éventuelle responsabilité reposera plutôt sur la confiance ou la responsabilité délictuelle.

Enfin, et évidemment, même un engagement contractuel de la banque n'est pas synonyme de responsabilité. Devront pour cela s'ajouter la survenance d'un dommage, la violation de l'obligation de diligence de la banque (ci-après IV), un lien de causalité adéquate (ci-après V) et l'absence de preuve libératoire, la faute étant présumée (art. 97 CO).

2. Engagement reposant sur la responsabilité fondée sur la confiance

Si la banque intervient dans le cadre de la future relation entre le client et le tiers gérant sans émettre de recommandation concrète, sans participer activement et de façon encourageante aux discussions, si elle intervient pour ainsi dire uniquement en marge des pourparlers, il n'y aura en principe pas de contrat. En revanche, la discussion d'un éventuel investissement entre les personnes concernées, en présence d'un représentant de la banque, qui aura peut-être même consenti à se déplacer chez le client ou le gérant pour un rendez-vous, peut conduire à l'admission d'un lien de confiance particulier, cela notam-

ment en présence d'un intérêt propre de la banque. Si dans de telles circonstances, le représentant de la banque cautionne, même sans intervenir activement, la future relation entre le client et le gérant, on envisagera une responsabilité de la banque sous l'angle de la confiance créée. De même, l'émission d'un produit d'investissement en commun par la banque et par le gérant externe, cas échéant même présenté sur une brochure commune, peut renforcer cette confiance, à tout le moins lorsque la banque sait que le gérant utilise cette brochure. En effet, cette confiance ne repose pas nécessairement uniquement sur des éléments issus de la relation entre le requérant et la banque.³⁴

3. Responsabilité délictuelle et absence d'engagement

Enfin, les art. 41 ss CO s'appliqueront lorsque la banque, requise pour ses connaissances particulières, et pour autant que l'importance de son intervention soit reconnaissable, intervient sans qu'il existe de lien de confiance particulier. Lorsque la banque ne doit pas se douter de l'importance de son intervention, où lorsque des connaissances particulières ne sont pas en jeu, il s'agira d'un simple service rendu au tiers («reine Gefälligkeit»), qui ne l'engagera pas.

IV. Etendue des obligations de la banque

1. En cas de fondement contractuel (indépendant et par absorption)

Lorsque l'intervention de la banque permet de conclure à un engagement contractuel, il s'agira d'une relation de conseil en placement, soumise aux règles du mandat. Dans ce domaine, la banque doit sauvegarder les intérêts légitimes de son cocontractant, et l'information qu'elle donne doit être, selon le Tribunal fédéral, «exacte, compréhensible et complète», conformément à son obligation de diligence et de loyauté découlant, entre autres, de l'art. 398 al. 2 CO.³⁵

est décisif au titre de la rémunération, c'est que le renseignement ne soit pas gratuit.

³³ Cf. à cet égard ATF 124 III 363 (n. 13), cons. II.5.a (p. 368 s.).

³⁴ Dans le fameux arrêt «Swissair» (n. 11), la responsabilité de la société mère avait été retenue sur la base de prospectus destinés à un large public, et non d'un contact direct entre le lésé et Swissair.

³⁵ P. ex. arrêt 4C.205/2006 (n. 20), cons. 3.4.1.

Dans l'hypothèse où l'implication de la banque n'atteindrait pas l'intensité du lien contractuel, une éventuelle responsabilité reposera sur un lien de confiance particulier, ou alors résultera d'une responsabilité délictuelle, sauf si le client conclut par la suite un contrat avec la banque, qui sera régulièrement un contrat de dépôt qui absorbera la relation précontractuelle. Or, le Tribunal fédéral considère de jurisprudence constante qu'une banque qui n'est que simple dépositaire, et non mandataire, n'est pas le tuteur de son client et qu'elle n'a pas à substituer sa vigilance à celle du client.³⁶ Cela pourrait laisser penser que les exigences seraient alors réduites, l'art. 398 CO ne s'appliquant pas. Mais cette conclusion serait hâtive. En effet, l'existence d'un contrat de dépôt n'a pas pour effet de limiter la responsabilité de la banque s'agissant de renseignements qu'elle donne à la demande du client. Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il rappelé, précisément dans un contexte de contrat de dépôt, qu'une « *information véridique et complète est [...] requise chaque fois que dans un cas concret, le client souhaite information et conseil qui lui sont fournis par la banque professionnellement compétente. De plus, un devoir d'information marqué existe dans l'hypothèse où la banque recommande au client, même spontanément, certaines dispositions patrimoniales. Ce devoir résulte alors de la confiance fondée sur les connaissances professionnelles spécifiques de la banque, qui doit être considérée comme le fondement d'un contrat de conseil par actes concluants dans le cadre du déroulement de l'affaire* »³⁷. Ces considérations démontrent que l'existence d'un contrat de dépôt ne s'oppose pas à ce que certains aspects de la relation soient qualifiés de mandat. Il en sera de même lorsque le comportement en question précède la conclusion du contrat de dépôt, précisément en vertu de la théorie de l'absorption. La recommandation, même spontanée, d'un gérant peut ainsi entraîner la responsabilité de la banque fondée sur un contrat de conseil par absorption lorsque celle-ci n'est pas « *véridique et complète* » et qu'un contrat de dépôt est conclu sur cette base par la suite.

2. En cas de responsabilité fondée sur la confiance

L'obligation de diligence et de loyauté, concrétisée par l'obligation d'une information « *exacte, compréhensible et complète* » ou « *véridique et complète* » existe également en dehors de toute relation contractuelle. En effet, comme le relève le Tribunal fédéral, les devoirs de diligence et de fidélité de l'art. 398 al. 2 CO, concrétisés en matière bancaire par les devoirs d'information et de conseil, constituent en réalité des « *devoirs accessoires qui sont déduits d'un <contrat bancaire général> soit d'un rapport légal d'obligation sans prestation primaire* » qui « *sortent [...] du nexus contractuel et, en cas de violation, justifient une responsabilité qui est comprise aujourd'hui comme une responsabilité fondée sur la confiance. Celle-ci résulte avec une intensité variable de la relation particulière entourant ledit rapport contractuel* »³⁸. Dans un arrêt de 2006, le Tribunal fédéral considéra ainsi que les obligations de diligence et de fidélité « *tendent de manière uniforme à la sauvegarde loyale des intérêts d'autrui* » et « *[...] existent tant dans les rapports précontractuels que contractuels* »³⁹. C'est dire que les obligations en matière contractuelle et celles découlant de la confiance sont, du moins dans le domaine qui nous intéresse, en principe les mêmes. La jurisprudence admet, même en matière de responsabilité fondée sur la confiance, un devoir d'information spontané dans certaines circonstances. Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il insisté sur le fait qu'un « *devoir précontractuel de mise en garde incombe notamment à la banque lorsqu'elle peut prévoir un danger non reconnaissable pour le client et menaçant un placement ou en cas de conflit d'intérêts [...]* »⁴⁰. Le fait pour la banque de taire certaines connaissances qu'elle a au sujet du gérant externe – ou des produits que celui-ci propose⁴¹ – et qui pourraient dissuader l'intéressé de confier ses fonds au gérant en question peut donc engager la responsabilité de l'établissement bancaire.

³⁶ P. ex. arrêt 4C.82/2005 (n. 20), du 4 août 2005, cons. 6.2, arrêt 4C.108/2002 du 23 juillet 2002, cons. 2b; arrêt 4C.205/2002, également du 23 juillet 2002, cons. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral du 29 octobre 1997 in SJ 1998, p. 198 ss. (commenté par Breton-Chevallier in SJ 1998, p. 700 ss) et déjà ATF 119 II 333.

³⁷ Arrêt du 23 juin 1998 (=SJ 1999 I 205), cons. 3b.

³⁸ Même arrêt, cons. 3.a avec de nombreuses références; v. également arrêt 4C.45/2001 du 31 août 2001, cons. 4.a.

³⁹ Arrêt 4C.205/2006 (n. 20), cons. 3.2.

⁴⁰ *Ibidem*. Déjà arrêt du 23 juin 1998 (n. 37), cons. 3.c.

⁴¹ Cf. arrêt 4C.193/2000 (n. 14), cons. 5 (nous traduisons): « *De même, [le banquier] a-t-il suscité la confiance en se taisant et en hochant positivement de la tête lorsqu'il fut question de la sécurité de l'argent, le type de placement et la surveillance exercée par la banque* ».

3. En cas de fondement délictuel

On sait qu'une responsabilité délictuelle suppose la commission d'un acte illicite, le dommage purement patrimonial ne donnant pas à lui seul droit à réparation sous l'angle de l'art. 41 CO. Il faut donc prouver la violation d'une norme spécifique de conduite visant à protéger les intérêts pécuniaires lésés. Dans l'arrêt Alpina de 1931, le Tribunal fédéral s'était penché sur la responsabilité délictuelle du président du conseil d'administration qui avait indiqué par écrit, et contrairement à ses connaissances, à un actionnaire important qui se souciait de l'état de la société, qu'il ne « voyait pas pour quelle raison les actions Alpina devraient subir une forte baisse ces prochains temps ». Le Tribunal fédéral considéra qu'aucune disposition légale n'obligeait, d'une façon générale, de dire la vérité, mais qu'il devait « être considéré [...] comme obligation découlant de l'ordre juridique dans son ensemble que celui qui est requis de donner des informations sur certains faits en raison de ses connaissances particulières (et à condition qu'il décide d'y répondre) doit donner des informations conformes à la vérité, s'il doit reconnaître que sa réponse aura ou est susceptible d'avoir de lourdes conséquences pour le requérant. Il lui est interdit de donner sciemment de faux renseignements, ou de donner à la légère de tels renseignements, dont l'inexactitude ou le caractère incomplet doivent lui sauter aux yeux sans effort particulier »⁴².

Cette jurisprudence est toujours d'actualité. Dans l'arrêt 4C.193/2000, le Tribunal fédéral a retenu que celui qui est requis de donner une information en vertu de ses connaissances est tenu de donner une réponse exacte en vertu d'une « norme de conduite non écrite visant à protéger les intérêts pécuniaires de tiers »⁴³. En constatant, dans cet arrêt, qu'en matière de faux conseils ou renseignements, il existe une parenté étroite entre la responsabilité délictuelle et celle reposant sur la confiance,⁴⁴ le Tribunal fédéral

a encore davantage rapproché les obligations découlant de ces deux chefs de responsabilité. L'acte illicite peut également être commis par omission. Dans un autre arrêt déjà évoqué, le Tribunal fédéral a précisé que « le requis n'agit pas seulement de façon délictuelle lorsqu'il donne volontairement ou à la légère des renseignements qu'il sait inexacts, mais également lorsqu'il tait des faits qui lui sont connus et dont il doit se douter que leur connaissance est susceptible d'influencer la décision en question »⁴⁵. Le fait pour un directeur de banque de recevoir les futures parties dans ses locaux, d'assister à la discussion et d'y apporter une « caution morale » en hochant de la tête alors qu'il n'avait en réalité aucune connaissance des produits proposés, peut ainsi être considéré comme acte illicite.⁴⁶

4. Résumé

L'analyse de la jurisprudence démontre qu'en toutes circonstances, dès lors que le stade d'une relation juridiquement relevante est atteint, la banque, si elle décide de donner suite à la requête, est tenue de donner une information « exacte, compréhensible et complète », indépendamment de la qualification juridique de la relation. La banque ne peut en aucun cas – sauf à risquer d'engager sa responsabilité – se permettre de donner une recommandation à la légère, puisqu'elle sera, dans les hypothèses qui nous intéressent, toujours au moins sollicitée en raison de sa position et de ses connaissances spécifiques, et que l'importance de son intervention est régulièrement reconnaissable pour elle. Tout au plus admettra-t-on que l'intensité de l'obligation – et notamment le degré de recherche qui pourra être attendu du requis – soit modulée en fonction des circonstances. Comme l'a retenu le Tribunal fédéral dans l'arrêt « Bungartz » de 1915 concernant la responsabilité d'une banque pour avoir faussement présenté une société cliente comme étant en bonne santé financière, le requis doit

⁴² ATF 57 II 81 (n. 4), cons. 2 (p. 86; nous traduisons). V. déjà ATF 41 II 77 (n. 3), cons. 4 (p. 82).

⁴³ Arrêt 4C.193/2000 (n. 14), cons. 4.a. Cf. également ATF 121 III 350 (n. 12), cons. 6c; ATF 116 II 695, cons. 4; ATF 111 II 471 (n. 5), cons. 3.

⁴⁴ Arrêt précité, cons. 5 (nous traduisons): « Comme il a déjà été indiqué, il existe en matière de recommandation ou de renseignement inexact une étroite parenté entre les deux fondements de responsabilité [...] ». On avoisine la confusion si l'on rapproche cet arrêt de l'arrêt cité à la n.

37, où le Tribunal fédéral a considéré la confiance comme fondement d'un contrat de conseil.

⁴⁵ ATF 111 II 471 (n. 5), cons. 3 (nous traduisons). Également arrêt 4C.193/2000 (n. 14), cons. 4a: « Der Angefragte handelt nicht bloss dann widerrechtlich, wenn er wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige positive Angaben macht, sondern ebenso, wenn er Tatsachen verschweigt [...] ».

⁴⁶ ATF 4C.193/2000 (n. 14), cons. 4.b.

« y porter le degré d'attention et d'intérêt que le requérant était en droit d'attendre de lui au vu de l'importance de l'affaire »⁴⁷.

V. Lien de causalité

Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral présentée sous II, l'inexactitude du renseignement avait, plus ou moins directement, été à l'origine du dommage subi par son bénéficiaire. Ainsi, l'investisseur, rassuré à tort par le conseil d'administration de la société, s'était porté acquéreur d'actions peu avant que la société ne tombe en faillite,⁴⁸ le requérant était entré en relations commerciales avec un partenaire après avoir obtenu un renseignement inexact quant à la solvabilité du client de la banque,⁴⁹ ou alors c'est l'investissement-même qui avait été cautionné par le représentant de la banque.⁵⁰ En d'autres termes, il existait un lien de causalité non seulement naturel, mais également adéquat entre l'inexactitude du renseignement et le dommage subi.

Dans les hypothèses traitées ici, ce lien est moins évident. En effet, en règle générale, le renseignement donné par la banque ne portera pas sur l'investissement envisagé, mais plutôt sur la personne et les mérites du gérant. Or, il faut, pour que la responsabilité de la banque soit engagée, que la violation de son obligation de diligence, soit l'information inexacte ou incomplète à l'égard du requérant, présente non seulement un lien de causalité naturelle, mais également adéquate avec le dommage subi par ce dernier. Si le renseignement inexact est en rapport direct avec l'investissement envisagé par le client, comme ce fut le cas dans les arrêts Bungartz et Alpina, la responsabilité ne fera aucun doute. Si en revanche les faits tus par la banque – par hypothèse la commission par le tiers gérant d'infractions contre la loi sur la circulation routière – ne présentent aucun lien avec les faits dommageables, ce lien fera défaut. Entre ces deux extrêmes, de nombreuses hypothèses peuvent être envisagées, que nous ne pouvons toutefois traiter ici. Il faudra en tout cas, à notre sens, que le renseignement inexact où les faits non dévoilés soient en lien

avec la confiance que mérite le gérant au niveau de ses compétences professionnelles.⁵¹

VI. Exclusion ou limitation de responsabilité ?

Le renseignement écrit de la banque comportera peut-être une clause d'exclusion de responsabilité telle que « *this statement carries no commitment on our side* ». A notre sens, la valeur d'une telle clause est très limitée, voire nulle. D'abord, la jurisprudence nous enseigne que celui qui donne volontairement ou à la légère des renseignements inexacts ou tait des faits dont il doit se douter qu'ils sont pertinents commet en tous les cas un acte illicite. Or le Tribunal fédéral considère, d'ancienne jurisprudence, qu'il n'y a pas d'exclusion de responsabilité en matière illicite.⁵² Par ailleurs, toute exclusion de responsabilité, en tant que dérogation au système légal, nécessiterait l'accord du destinataire.⁵³ Le silence du destinataire – une acceptation expresse étant improbable – peut-il valoir accord tacite au sens de l'art. 6 CO ? A notre sens non. En effet, la banque ne peut s'attendre, de bonne foi, à ce que le bénéficiaire du renseignement accepte que la banque se désengage de toute responsabilité au sujet du renseignement, ce qui ôterait tout sérieux et toute valeur à la recommandation. Ensuite, l'information correcte et complète est l'essence-même de l'obligation de celui qui accepte de répondre. Dans cette mesure, une exclusion de tout engagement serait, du moins selon certains auteurs, nulle parce que contraire à l'obligation elle-même.⁵⁴ Finalement, et en toute hypothèse, l'art. 100 al. 1 CO dispose que toute limitation de responsabilité pour faute grave ou dol est nulle. Or, le fait de donner des renseignements incorrects, ou incomplets, alors même que la banque sait qu'elle est requise en vertu de ses connaissances

⁴⁷ ATF 41 II 77 (n. 3), cons. 6 (p. 85, nous traduisons).

⁴⁸ ATF 30 II 258 (n. 2).

⁴⁹ ATF 111 II 471 (n. 5).

⁵⁰ Arrêt 4C.193/2000 (n. 14).

⁵¹ En ce sens arrêt précité, cons. 4.d : « *Es liegt auf der Hand, dass unzutreffende Angaben bzw. ein erweckter unzutreffender Eindruck über die Seriosität der Geschäfte eines Partners allgemein geeignet sind, Verluste aus den mit ihm getätigten Geschäften zu bewirken* ».

⁵² Cf. ATF 111 II 471 (n. 5), cons. 11, avec renvoi à un arrêt ancien.

⁵³ ATF 111 II 471 (n. 5), cons. 11.

⁵⁴ V. à cet égard ATF 124 III 155, cons. 3.c, avec des références aux avis exprimés en doctrine. Le Tribunal fédéral a jusqu'à présent laissé la question ouverte (cf. arrêt 4C.158/2006 du 10 novembre 2006, cons. 2.3).

spécifiques, sera rarement constitutif d'une faute légère.⁵⁵

VII. Portée d'une éventuelle faute concomitante de l'intéressé

Si, en principe, l'obligation de la banque requise ne change pas en fonction de son fondement juridique, la responsabilité pour l'ensemble du dommage peut paraître, selon les circonstances, exagérée. Une réduction de l'indemnisation pourra ainsi être envisagée en application des art. 99 al. 2 CO et/ou 43 et 44 CO, notamment en cas de faute concomitante du lésé.

Dans l'arrêt concernant les renseignements donnés par le conseil d'administration de la société Alpina, le Tribunal fédéral avait non seulement considéré qu'un renseignement donné par pure complaisance justifiait en soi une réduction, mais également que l'actionnaire aurait dû envisager que le renseignement donné par un membre du conseil d'administration de la société pourrait manquer d'objectivité. Le Tribunal fédéral retint ainsi que l'actionnaire avait agi avec légèreté et réduisit le montant de l'indemnisation.⁵⁶ Dans l'arrêt concernant les privilèges accordés aux comptes-épargne, le Tribunal fédéral considéra qu'il ressortait déjà de la question du client que celui-ci avait des doutes quant à l'existence d'un tel privilège et que celui-ci n'aurait pas dû se contenter du renseignement sommaire donné par la banque, mais, s'agissant d'une question de droit, consulter un homme de loi. Ceci amena le Tribunal fédéral à réduire d'un tiers le montant réclamé.⁵⁷ Enfin, dans l'affaire du banquier qui avait reçu un investisseur dans ses locaux en compagnie de gérants douteux, le

Tribunal fédéral a confirmé la réduction de 75% du montant du dommage du fait que l'investisseur, qui portait plusieurs millions de Marks allemands sur lui, semblait particulièrement décidé à procéder à l'investissement, et que les rendements annuels, portés spontanément à 30% lors du rendez-vous en présence du banquier, auraient dû susciter sa méfiance.⁵⁸

Il en résulte qu'indépendamment du fondement de la responsabilité, la jurisprudence attache une importance non négligeable à la responsabilisation du lésé. Néanmoins, tout dépendra des circonstances. S'il apparaît parfaitement justifié que celui qui se rend au rendez-vous avec plusieurs millions dans sa valise et croit à un rendement annuel de 30% ne pourra réclamer l'entier du dommage pour s'être fié au hochement de tête approuvateur du banquier, d'autres cas peuvent appeler une allocation des risques plus nuancée. Il nous semble ainsi qu'en matière de responsabilité contractuelle notamment, l'on admettra plus facilement que l'intéressé était en droit de se fier au renseignement obtenu, alors qu'en matière délictuelle, il n'y a pas de « confiance » à protéger, mais plutôt un comportement à sanctionner, ce qui laisse plus de place à la responsabilité propre du lésé. Notons toutefois que même si dans certains cas, la réduction de l'indemnisation fut sensible, les tribunaux n'ont jamais considéré que la négligence avait été telle que le lien de causalité aurait été rompu, en d'autres termes, que la banque dispensatrice ne devait pas s'attendre à ce que le bénéficiaire du renseignement se fie aux informations données, ce qui est cohérent, dès lors que c'est précisément en vertu de ses connaissances que la banque est requise.

VIII. Conclusion

L'analyse qui précède montre qu'il n'existe pas de différence fondamentale, pour la banque impliquée dans la mise en place d'une relation client-tiers gérant, entre une intervention relevant du contrat, une intervention créatrice d'un rapport de confiance et une intervention restant en dehors d'un rapport de confiance particulier. En toute hypothèse, la banque est toujours obligée, pour autant qu'elle soit requise au moins en vertu de ses connaissances et qu'elle

⁵⁵ L'exploitation d'une banque est assimilée à « l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité » visée par l'art. 100 al. 2 CO (ATF 112 II 450, cons. 3). Cf. *Luc Thévenoz*, Commentaire Romand, n° 27 ad art. 100 CO. La question de savoir si le juge pourrait, aux termes de l'art. 100 al. 2 CO, tenir pour nulle également une exclusion de responsabilité pour faute légère, n'a à notre connaissance pas encore été tranchée. Même si le renseignement se situe en dehors de l'activité soumise à autorisation, la confiance qu'engendre l'implication de l'autorité déteint néanmoins sur le renseignement donné.

⁵⁶ ATF 57 II 81 (n. 4), cons. 3 (p. 90). Pour des considérations similaires v. également ATF 41 II 77 (n. 3), cons. 8 (p. 88 s.).

⁵⁷ ATF 68 II 295 (n. 17), cons. 6 (p. 304 s.).

⁵⁸ Arrêt 4C.193/2000 (n. 14), cons. 6.

reconnaisse l'importance que son implication représente pour le requérant, de donner des renseignements «*exacts, compréhensibles et complets*». La banque engage notamment sa responsabilité lorsqu'elle tait certains faits qui lui sont connus et dont elle doit se dire qu'ils pourraient être déterminants. L'obligation de diligence, concrétisée en matière de renseignement bancaire par une obligation d'une information véridique et complète, existe pour chacun des trois fondements de la responsabilité. Ce constat ressort de façon particulièrement frappante d'un arrêt du Tribunal fédéral de 2005, dans lequel celui-ci admet la violation de devoirs de diligence de la part de la banque avant même d'avoir déterminé le fondement de la responsabilité.⁵⁹ Raisonnement qui s'explique si l'on considère que les devoirs d'information imposés aux banques sortent en réalité du nexus contractuel pour résulter d'un rapport légal d'obligation sans prestation primaire.⁶⁰

Dans ces circonstances, l'intérêt de la distinction entre les différents chefs de responsabilité réside moins dans les obligations qui en résultent que dans les autres éléments caractérisant son fondement: ainsi, la prétention découlant de la responsabilité délictuelle ou fondée sur la confiance se prescrira par un an en vertu de l'art. 60 CO, alors que la responsabilité fondée sur un contrat indépendant, ou sur l'absorption, sera soumise à la prescription contractuelle. La faute sera présumée en matière contractuelle et de responsabilité fondée sur la confiance (art. 97 CO); elle devra être prouvée pour l'acte délictuel. Enfin, l'art. 101 CO permettra, en matière contractuelle et en application de la théorie de la responsabilité fondée sur la confiance, d'imputer plus facilement la faute d'un auxiliaire de la banque à celle-ci, alors qu'en matière délictuelle, la banque pourra le cas échéant apporter les preuves libératoires prévues à l'art. 55 CO.

⁵⁹ Arrêt 4C.82/2005 (n. 20), cons. 6.4 in fine. «*Force est donc de constater [...] que la défenderesse a violé son devoir de diligence, en n'informant ni ne mettant en garde la demanderesse [...]*» et 7: «*[e]ncore faut-il se demander si la violation du devoir de diligence de la banque est propre à engager sa responsabilité*», suite à quoi le Tribunal fédéral se penche sur la distinction entre culpa in contrahendo et responsabilité contractuelle par absorption.

⁶⁰ On retrouve d'ailleurs déjà le même raisonnement dans l'ATF 68 II 295 (n. 17), concernant l'affaire des deux comptes-épargne. On y lit, au cons. 5: «*La responsabilité de principe de la défenderesse ne faisant ainsi aucun doute, il s'agit d'examiner s'il s'agit d'une responsabilité contractuelle ou résultant d'un acte illicite*».