



La monnaie des conclusions dans les litiges bancaires

NICOLAS OLLIVIER*



GRÉGOIRE GEISSBÜHLER**

Le choix de la monnaie des conclusions est une question d'importance en procédure civile : une erreur en la matière suffit pour que le créancier soit débouté, le forçant ainsi à réintroduire sa demande. Dans le domaine particulier des litiges bancaires, où les placements et investissements se font souvent en plusieurs monnaies, cette question est d'une grande complexité – ce qui ne va pas sans risques pour le client et son avocat. Cette contribution a pour but de fournir au lecteur une « boîte à outils », lui permettant de déterminer le dommage et sa monnaie dans les configurations classiques en droit bancaire – execution only, contrat de gestion, et conseil en placement – ainsi que des repères procéduraux, si un besoin de modifier les conclusions apparaît en cours de procédure.

Die Wahl der Währung im Rechtsbegehren ist im Zivilprozess von grundlegender Bedeutung; Eine Fehlentscheidung in diesem Bereich führt zu einer Abweisung der Forderungen des Gläubigers und zwingt ihn dazu, seine Klage erneut einzureichen. Die richtige Wahl gestaltet sich besonders bei Bankenstreitigkeiten als äusserst schwierig, da Anlagen und Investitionen oftmals in verschiedenen Währungen getätigt werden. Dies birgt sowohl für den Klienten als auch für dessen Anwalt Risiken. Dieser Beitrag liefert dem Leser praktische Hinweise, wie der Schaden und dessen Währung in den klassischen Bank-Verträgen – «execution only»-, Verwaltungs- sowie Anlageberatungsverträgen – zu ermitteln sind und zeigt in prozessualer Hinsicht das Vorgehen, falls sich eine Änderung des Rechtsbegehrens im Laufe des Prozesses als notwendig erweist.

Plan

- I. Introduction
- II. Principes dégagés par le Tribunal fédéral
 - A. Droit des poursuites et faillite (art. 67 al. 1 ch. 3 LP)
 - B. L'action au fond (art. 84 CO)
- III. Application dans les litiges bancaires
 - A. Execution only
 1. Le calcul du dommage
 2. La monnaie des conclusions
 - B. Contrat de gestion
 1. Le calcul du dommage
 2. La monnaie des conclusions
 - C. Conseil en placement
 1. Le calcul du dommage
 2. La monnaie des conclusions
- IV. Considérations procédurales
 - A. Sort de l'action
 - B. Conclusions subsidiaires et action non-chiffrée
 - C. Modification de la demande
- V. Conclusion

I. Introduction

En présence d'une dette d'argent, les tribunaux de certains cantons ont longtemps fait preuve d'une certaine tolérance vis-à-vis de la monnaie de la créance réclamée dans les conclusions d'une demande en paiement, lorsque celle-ci n'était pas certaine : la créance pouvait être libel-

lée en monnaie étrangère, en monnaie étrangère et suisse, voire uniquement en francs suisses si une poursuite avait été introduite¹. Le Tribunal fédéral a mis fin à cette pratique dans des arrêts de 2008 et 2010², mais sans que l'on puisse déduire pour chaque cas d'espèce une solution univoque quant à la détermination de la monnaie.

La présente contribution a pour but d'explorer cette thématique dans le domaine des litiges bancaires. La diversité des monnaies et des relations contractuelles rend cette question particulièrement technique. Pour les praticiens, notamment les avocats, les montants en jeu et le risque d'une action en responsabilité civile ne font que renforcer la nécessité d'une clarification.

Notre plan sera le suivant : nous commencerons par rappeler les principes dégagés par le Tribunal fédéral en matière de monnaie des conclusions, et les conséquences qu'ils entraînent (II.). Nous appliquerons ensuite ces principes au cadre particulier des litiges bancaires, sous l'angle des trois constructions les plus fréquentes en matière d'investissement (III.). Nous examinerons également les conséquences procédurales de ces règles (IV.), avant de conclure sur quelques considérations à destination des praticiens et propositions d'évolution (V.).

Les réflexions présentées ici sont basées sur l'hypothèse que les contrats sont régis par le droit suisse et soumis à la compétence des tribunaux suisses. L'approche adoptée est essentiellement pratique. Elle a pour but d'ex-

* NICOLAS OLLIVIER, LL.M., avocat, conseil en l'Étude LALIVE, Genève.

** GRÉGOIRE GEISSBÜHLER, Dr en droit, chargé de cours à l'Université de Lausanne, avocat-stagiaire en l'Étude LALIVE, Genève.

¹ CJ GE, ACJC/269/2017, 10.3.2017, c. 3.1.

² ATF 134 III 151 ; 137 III 158.

poser dans la mesure nécessaire les principes dégagés par la jurisprudence pour calculer le dommage avant d'éclaircir autant que faire se peut la problématique de la monnaie des conclusions d'une action judiciaire. La présente contribution n'a pas vocation à circonscrire l'ensemble des paramètres déterminant le dommage ni encore moins à caractériser les frontières parfois ténues entre les différents types de relations contractuelles du droit bancaire.

II. Principes dégagés par le Tribunal fédéral

Lorsque la monnaie des conclusions doit être déterminée dans un litige, une première distinction doit être faite quant à la procédure en cours. En effet, les règles applicables ne sont pas les mêmes selon que l'on se trouve dans le cadre d'une poursuite (A.), ou d'une action au fond (B.)

A. Droit des poursuites et faillite (art. 67 al. 1 ch. 3 LP)

Une réquisition de poursuite doit indiquer le montant « *en valeur légale suisse* » (art. 67 al. 1 ch. 3 LP) quand bien même le dommage survient dans une autre monnaie ou que la monnaie du contrat est autre. Il s'agit d'une règle d'ordre public et une nécessité de la pratique³. En effet, le produit de la réalisation des biens saisis s'obtient normalement en valeur suisse.

Cette conversion relève du droit de l'exécution forcée et ne modifie pas la relation contractuelle existante entre le créancier et le débiteur. Elle n'a pas pour effet de nover la dette ou de la convertir en francs suisses. Les biens du débiteur situés en Suisse seront – pour des motifs pratiques – assujettis à l'exécution pour un montant qui, en valeur suisse, correspond à la dette de monnaie étrangère⁴.

Il convient donc de garder à l'esprit que la conversion en francs suisses requise par l'art. 67 al. 1 ch. 3 LP ne poursuit que des objectifs relevant du droit de l'exécution forcée, ce après que la créance litigieuse exprimée dans la monnaie effectivement due a (ou aura) été jugée au fond.

B. L'action au fond (art. 84 CO)

Dans la procédure au fond (reconnaissance de dette ou demande en paiement), le tribunal ne doit prononcer une condamnation que dans la monnaie due⁵. Si une poursuite a déjà été introduite, le demandeur peut conclure à, d'une part, la condamnation du défendeur au paiement en monnaie étrangère et, d'autre part, la mainlevée de l'opposition pour le montant en poursuite libellée en francs suisses⁶.

Dans son ancienne jurisprudence, le Tribunal fédéral faisait preuve d'une certaine tolérance en la matière⁷. Il avait jugé qu'une demande concluant à un paiement en francs suisses portant sur une dette exprimée en monnaie étrangère ne devait pas être rejetée au motif qu'il s'agirait d'une prestation induue. La question de l'admissibilité de la conversion des conclusions était laissée au droit de procédure cantonal⁸.

Ainsi, certains tribunaux cantonaux toléraient des conclusions libellées en francs suisses si elles réservaient la possibilité pour le débiteur de s'acquitter de sa dette en monnaie étrangère⁹. Par exemple, la Cour de justice de Genève admettait qu'un jugement condamnant à tort à un paiement en francs suisses, puisse être réformé pour prononcer une condamnation en paiement dans la monnaie étrangère due conformément à l'art. 84 CO¹⁰. Les Tribunaux zurichois permettaient qu'une demande exclusivement libellée en francs suisses puisse être convertie en une condamnation alternative, en francs suisses et monnaie étrangère¹¹. En revanche, la Cour d'appel du canton de Vaud avait jugé que le droit vaudois n'autorisait pas un tribunal à allouer des dollars sur la base de conclusions libellées en francs suisses¹².

³ CR CO I-LOERTSCHER, art. 84 N 18, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012 (cit. CR CO I-auteur) ; BSK SchKG-KOFMEL EHRENZELLER, art. 67 N 40, in : Daniel Stahelin/Thomas Bauer (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Bâle 2017 ; BSK OR I-LEU, art. 84 N 11, in : Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (édit.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015 ; CR LP-RUEDIN, art. 67 N 27 ss, in : Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (édit.), Poursuite et faillite : commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Commentaire romand, Bâle/Genève 2005.

⁴ BSK SchKG-KOFMEL EHRENZELLER (n. 3), art. 67 N 40 ; CR LP-RUEDIN (n. 3), art. 67 N 27 ; ATF 125 III 443 c. 5a ; 134 III 151, in : JdT 2010 I 124, c. 2.3.

⁵ Comm. CPC-HALDY, in : François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (cit. Comm. CPC-auteur), art. 58 N 7 ; JACQUES HALDY, Procédure civile suisse, Bâle 2014, N 224 ; ATF 134 III 151, in : JdT 2010 I 124.

⁶ ATF 134 III 151, in : JdT 2010 I 124, c. 2.4.

⁷ Cf. n. 2 ; CJ GE, ACJC/414/2017, 7.4.2017, c. 4.1.

⁸ ATF 72 III 100 c. 3 ; TF, 4A_323/2012, 30.10.2012, c. 2.3.

⁹ ATF 134 III 151, in : JdT 2010 I 124.

¹⁰ CJ GE, ACJC/1210/2007, 12.10.2007.

¹¹ KassGer. ZH, AA060104, 24.7.2007, c. 2a.

¹² TF, 4A_555/2014, 12.3.2015, c. 4.2.

Dans ses arrêts de principe de 2008 et 2010, le Tribunal fédéral a jugé que la maxime de disposition (aujourd'hui établie à l'art. 58 al. 1 CPC¹³) et l'art. 84 CO s'opposent à ce que le juge alloue une prétention dans la monnaie étrangère effectivement due alors que les conclusions de la demande sont exclusivement libellées en francs suisses¹⁴.

Selon le Tribunal fédéral, des prétentions en euros, en dollars ou en francs suisses ne sont pas identiques. Demander l'une au lieu de l'autre constitue ainsi un *aliud* que le juge ne peut corriger¹⁵. Autrement dit, en présence d'une dette en monnaie étrangère, le créancier ne peut faire valoir sa prétention – contractuelle ou délictuelle – que dans cette monnaie¹⁶.

Le créancier ne peut se baser sur l'art. 84 al. 2 CO pour réclamer la contrevaletur de sa prétention dans une autre monnaie que celle effectivement due ; cette disposition permet uniquement au débiteur de se libérer alternativement en payant dans la monnaie du contrat ou dans la monnaie du pays¹⁷.

Enfin, l'indication de la valeur litigieuse (estimée en francs suisses¹⁸) requise par les art. 221 al. 1 let. c et 244 al. 1 let. d CPC ne poursuit que des buts de droit de procédure¹⁹ et n'influence pas la monnaie des conclusions de la demande en paiement.

Il résulte de ce qui précède que le créancier/demandeur doit dorénavant prendre des conclusions dans son action au fond dans la « monnaie effectivement due » (« *geschuldete Währung* »)²⁰, notion qui reste toutefois difficile à définir.

A priori, en matière contractuelle, il semblerait aller de soi que la monnaie effectivement due soit celle stipulée dans le contrat. Cependant, le Tribunal fédéral, se référant à la doctrine, a précisé que :

Sur le fond, [...] les créances en dommages-intérêts contractuels ne sont pas nécessairement soumises à la monnaie qui régit le contrat. Elles doivent en principe être établies dans la monnaie de l'État dans lequel le dommage patrimonial est survenu. Selon les circonstances, la monnaie du contrat peut rester déterminante, en particulier lorsque les dommages-intérêts se substituent à une obligation contractuelle de paiement telle salaire, honoraires, droit de licence [...].²¹

Ce considérant a une résonance toute particulière dans le cadre des litiges bancaires. La qualification des relations contractuelles peut s'avérer complexe et la détermination de la monnaie du contrat, respectivement de celle dans lequel le dommage s'est cristallisé, peut s'en trouver mal aisée. Nous aborderons le cœur de ce problème dans les sections suivantes.

III. Application dans les litiges bancaires

La relation contractuelle entre une banque et son client est généralement constituée de divers contrats portant sur les différents services fournis, tels compte courant, dépôt, changes de devises, virements de fonds, crédit bancaire, financement, garantie bancaire, opérations de bourse et d'investissement.

En matière d'opérations en bourse, le Tribunal fédéral considère qu'il existe généralement trois types de relations contractuelles distinctes : le contrat *execution only* (A.), le mandat de gestion de fortune (B.), et le conseil en placement (C.)²². Nous reprendrons ces trois catégories dans notre analyse ci-dessous car la qualification de la relation contractuelle entre la banque et le client influence non seulement l'existence et l'étendue des devoirs d'in-

¹³ L'art. 58 al. 1 CPC dispose que : « Le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse. »

¹⁴ ATF 134 III 151, in : JdT 2010 I 124 ; 137 III 158, in : JdT 2013 II 283. Voir également : ALFRED KOLLER, (2) Schadenersatzpflicht als Fremdwährungsschuld? (Art. 43 Abs. 1 und 84 OR), PJA 2013, 929 ss ; TF, 4A_391/2015, 1.10.2015, c. 3 ; 4A_341/2016, 10.2.2017, c. 2.2 ; CJ GE, ACJC/414/2017, 7.4.2017, c. 4.1.

¹⁵ TF, 4A_391/2015, 1.10.2015, c. 3 ; 4A_341/2016, 10.2.2017, c. 2.2 ; HGer. ZH, HG160124-O, 23.11.2016, c. 4.4 ; CJ GE, ACJC/414/2017, 7.4.2017, c. 4.1 et 4.2. *Contra* : KOLLER (n. 14), 930, et ALFRED KOLLER, Haftung für Fremdwährungsschäden : Die Massgebliche Währung, Revue de l'avocat 2017, 263 ss, 265, pour qui une demande en francs suisses au lieu de monnaie étrangère serait possible, car il s'agit de dommages-intérêts (art. 43 al. 1 CO).

¹⁶ ATF 134 III 151, in : JdT 2010 I 124, c. 2.2 et 2.4 ; TF, 4A_341/2016, 10.2.2017, c. 2.2 ; CJ GE, ACJC/414/2017, 7.4.2017, c. 4.1.

¹⁷ CR CO I-LOERTSCHER (n. 3), art. 84 N 17 ; ATF 134 III 151, in : JdT 2010 I 124 ; TF, 4A_391/2015, 1.10.2015, c. 3 ; HGer. ZH, HG160124-O, 23.11.2016, c. 4.4.

¹⁸ Comm. CPC-BOHNET (n. 5), art. 91 N 29 ; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, art. 91 N 4, in : Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cit. BSK ZPO-auteur).

¹⁹ P.ex. : la détermination de la compétence *ratione valoris* de la juridiction saisie, le type de procédure (ordinaire ou simplifiée), la voie de recours disponible (appel ou recours), le calcul des frais et dépens.

²⁰ TF, 4A_341/2016, 10.2.2017, c. 2.2.

²¹ TF, 4A_341/2016, 10.2.2017, c. 2.2.

²² ATF 133 III 97, in : JdT 2008 I 84, c. 7.1 ; TF, 4A_90/2011, 22.6.2011, c. 2.2.1 ; 4A_341/2016, 10.2.2017, c. 3.1.

Ces catégories ne sont pas figées, il est possible qu'un contrat *execution only* devienne un contrat de conseil si une relation de confiance se développe entre le client et la banque : ATF 133 III 97, in : JdT 2008 I 84, c. 7.2.

formation, de conseil et de mise en garde²³ mais également le calcul du dommage et la monnaie des conclusions.

Même pour les contrats ne relevant pas nécessairement d'une opération en bourse, tels qu'un prêt, une garantie bancaire ou un accreditif²⁴, il convient également de rapporter le cas d'espèce à l'une de ces trois catégories. En effet, bien que la jurisprudence retienne une notion générale du dommage juridiquement reconnu²⁵, le Tribunal fédéral applique des règles différentes au sein de chacune de ces catégories. Le concept général de dommage est ainsi précisé afin de fournir des critères utiles pour son calcul²⁶. Le Tribunal fédéral a en particulier admis en matière de mandat de gestion et de conseil suivi la référence à un portefeuille hypothétique pour calculer le dommage alors qu'un calcul concret est nécessaire en cas d'*execution only* ou conseil ponctuel.

Pour certains contrats stipulant directement la monnaie de l'obligation, il est aisé de déterminer la monnaie effectivement due. Par exemple, une demande relative à un accreditif²⁷ ou une garantie bancaire²⁸ prévoyant une obligation en dollars américains devra être libellée en cette monnaie. Il en va de même pour un prêt stipulé en euros²⁹.

D'autres accords n'expriment en revanche pas la monnaie du contrat car ils visent l'exécution d'opérations pouvant être libellées dans diverses monnaies et/ou portant sur la vente et l'achat de produits financiers impliquant plusieurs monnaies. C'est le cas des conditions générales relatives à la relation bancaire, règlements de dépôt, contrats-cadre (*master agreements*) pour les opérations

de change *over the counter* (OTC) et options de vente et d'achat sur devises et métaux précieux, contrats-cadre de crédit, ou encore des conditions relatives à la gestion de contrats d'options/contrats de futures.

D'autres encore (par exemple, les contrats de gestion de fortune ou de conseil suivi) stipulent parfois une « monnaie de référence ». Celle-ci ne correspond pas nécessairement à la monnaie dans laquelle les investissements seront opérés. En effet, les avoirs sont généralement placés dans des produits financiers émis dans (ou liés à) différentes monnaies, afin d'éviter la concentration du portefeuille sur une seule monnaie et de diversifier ainsi les risques³⁰.

Nous avons rappelé ci-dessus le principe selon lequel la créance en dommages-intérêts contractuels doit être établie dans la monnaie de l'État dans lequel le dommage patrimonial est survenu – et qui ne correspond pas nécessairement à la monnaie régissant le contrat³¹. Ici, le dommage se cristallise souvent sur un compte bancaire (ou sous-compte) comptabilisant les opérations en une seule et unique devise laquelle ne correspond pas forcément à celle du contrat (si tant est qu'elle ait été convenue)³².

Ces principes posés, nous allons maintenant, examiner pour chaque catégorie de contrat les règles relatives au calcul du dommage, avant de dégager les règles applicables à la détermination de la monnaie des conclusions.

A. Execution only

1. Le calcul du dommage

Lorsqu'un client se plaint d'une violation d'un contrat *execution only*, le dommage résulte en principe d'une ou plusieurs transactions déterminées. Si la banque a, en réalité, géré le portefeuille sans mandat pour ce faire, la relation contractuelle peut être qualifiée de gestion de fortune³³. Dans ce cas de figure, le dommage doit être déterminé selon les principes applicables à cette relation (*infra* III.B.1.).

Nous avons identifié six hypothèses principales de violation d'un contrat *execution only*, pour lesquelles les principes suivants s'appliquent.

Lorsqu'une *vente non-autorisée* d'un instrument financier a été opérée, le dommage consiste en la différence entre le produit de vente crédité sur le compte et la valeur de marché du titre au moment où le client apprend l'exis-

²³ TF, 4A_436/2016, 7.2.2017, c. 3.1.

Voir également : SUSAN EMMENEGGER, Le devoir d'information du banquier, in : Christine Chappuis/Bénédict Winiger (édit.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genève/Zurich/Bâle 2009, 68 s. ; LUC THÉVENOZ, Information, conseil, mise en garde : risque et responsabilité dans les opérations sur valeurs mobilières, in : Luc Thévenoz/Christian Bovet (édit.), *Journée 2007 de droit bancaire et financier*, Genève 2008, 21.

²⁴ Ces contrats sont en effet souvent liés à un compte bancaire débité/crédité pour permettre l'exécution du contrat, voir *infra* III.A.1.

²⁵ « Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire du patrimoine net correspondant à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Le dommage peut consister en une diminution de l'actif, une augmentation du passif, une non augmentation de l'actif ou encore une non diminution du passif » (ATF 133 III 462 c. 4.4.2). La notion juridique du dommage est commune aux responsabilités contractuelle et délictuelle (art. 99 al. 3 CO) : CR CO I-THÉVENOZ (n. 3), art. 99 N 17 ; ATF 131 III 511 c. 5.

²⁶ TF, 4A_364/2013, 5.3.2014, c. 7.1.

²⁷ TF, SJ 1998 205, c. 9b.

²⁸ TF, 4A_111/2014, 31.10.2014.

²⁹ ATF 134 III 151, in : JdT 2010 I 124, c. 2.1.

³⁰ CARLO LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, 815, N 52.

³¹ TF, 4A_341/2016, 10.2.2017, c. 3.1.

³² LAURENT ETTER, *Le contrat de compte courant*, Zurich 1994, 92.

³³ TF, 4A_90/2011, 22.6.2011, c. 2.2.

tence de l'opération litigieuse et aurait pu, s'il la jugeait contraire à ses intérêts, procéder au rachat du titre³⁴. Le client ne saurait attendre plusieurs années avant de demander la réparation de son préjudice et choisir, dans cet intervalle, le moment où par hypothèse la valeur du titre est la plus élevée³⁵ – un bref délai de réflexion reste toutefois admissible³⁶.

En cas d'*achat non autorisé*, la même règle s'applique *mutatis mutandis*. En effet, le Tribunal fédéral a retenu qu'en cas d'opérations ordonnées par une personne non autorisée, le dommage correspond aux pertes liées à ces opérations (en tenant compte de leur valeur résiduelle) déduction faite des gains réalisés par ces mêmes opérations irrégulières³⁷.

Si la banque omet d'exécuter un ordre de vente d'un instrument financier dont le cours chute par la suite, le dommage correspond à la différence entre la valeur de marché à la date à laquelle l'ordre aurait dû être exécuté et celle du jour où le client a découvert que son instruction n'a pas été exécutée, respectivement que sa position n'est plus protégée en cas de transaction sur une option³⁸.

La non-exécution d'un ordre d'achat est également un cas dans lequel le dommage équivaut à l'intérêt positif calculé au jour de la découverte par le client de l'inexécution, soit la différence entre le prix du marché au jour où l'ordre aurait dû être exécuté et le prix plus élevé du marché au jour de la découverte.

En cas de *mauvaise exécution d'un ordre*, le client a droit à la réparation de son intérêt positif³⁹. Par exemple, la banque qui exécute un ordre à un cours plus élevé que le cours maximum autorisé par le client doit indemniser le client du montant payé en trop⁴⁰. Lorsque la banque achète un autre titre que celui indiqué par le client, le dommage correspond à l'intérêt positif et non à l'intérêt négatif. Une action judiciaire dans laquelle un client ne prouverait son dommage que sous l'angle de l'intérêt négatif, soit le montant « débité »⁴¹ de son compte, devrait être rejetée,

faute d'avoir apporté la preuve de l'existence du dommage⁴². En effet, si la banque avait exécuté parfaitement l'ordre d'achat, le titre voulu par le client aurait été placé dans son portefeuille. Le calcul du dommage s'effectue en différenciant le prix du titre fautivement acheté avec celui du titre qui aurait dû figurer au portefeuille⁴³.

Enfin, en cas d'*omission de renseigner*⁴⁴, le client doit établir avec une vraisemblance prépondérante qu'il aurait pris, s'il avait été informé, une décision qui lui aurait permis d'éviter le dommage⁴⁵. À notre avis, le client lésé a droit à l'intérêt positif s'il prouve avec une vraisemblance prépondérante quelle transaction de remplacement aurait été ordonnée⁴⁶. Dans le cas contraire, il a droit à l'intérêt négatif, c'est-à-dire à être replacé dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas conclu la transaction litigieuse⁴⁷.

2. La monnaie des conclusions

Les règles exposées ci-dessus permettent de calculer le dommage mais non encore d'arrêter de manière définitive la monnaie dans laquelle les conclusions d'une demande en paiement doivent être libellées.

Dans un arrêt de 2004⁴⁸, le Tribunal fédéral a retenu que la banque répond en dollars américains d'une perte

cuter cet achat. Nous discuterons plus loin du cas où la monnaie du titre et celle du compte devaient être différentes (*infra* III.A.2.).

⁴² TF, 4C.412/2004, 23.2.2005, c. 3.2.2. Selon nous, cette décision n'est plus compatible avec la Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiaires (LTI ; RS 957.1). En cas de litige portant sur un titre intermédiaire, le client peut demander à la banque d'extourner l'opération litigieuse aux conditions de l'art. 27 LTI. L'extourne implique une *restitutio in integrum* : le débit est annulé et le titre est intégralement restitué. L'art. 27 al. 3 LTI réserve le paiement de « dommages-intérêts fondés sur le code des obligations ». À notre avis, un client est en droit de conclure uniquement à l'extourne. En conséquence, le titre fautivement acquis devra être débité du compte dépôt et le prix d'achat recredité sur le compte courant. Cela correspond au paiement de dommages-intérêts négatifs.

⁴³ Dans ce sens : TF, 4C.412/2004, 23.2.2005, c. 3.2.2, portant sur un contrat de conseil ponctuel (*infra* III.C.).

⁴⁴ EMMENEGGER (n. 23), 76–78 ; TF, 4C.385/2006, 2.4.2007, in : SJ 2007 I 499.

⁴⁵ TF, 4A_593/2015, 13.12.2016, c. 8.1, rendu dans le cadre d'un contrat de conseil ponctuel conclu tacitement, à notre avis, le même principe s'applique dans le cadre d'une relation de type *execution only* en cas de défaut d'information.

⁴⁶ TF, 4C.74/2001, 17.10.2001, qui indique que le client n'a pas suffisamment prouvé devant les instances cantonales l'investissement hypothétique qui aurait été opéré en lieu et place des transactions irrégulières, question de fait non revue par le Tribunal fédéral.

⁴⁷ TF, 4A_402/2016, 13.12.2016 ; CJ GE, ACJC/274/2017, 10.3.2017, c. 4.2.2 et 5. Même principe appliqué à une relation de conseil en placement dans laquelle la banque a parfois géré de fait le portefeuille : ATF 124 III 155 c. 3d.

⁴⁸ TF, 4C.191/2004, 7.9.2004, c. 6.

³⁴ TF, 4A_548/2013, 31.3.2014, c. 4.3.

³⁵ TF, 4A_548/2013, 31.3.2014, c. 4.4 ; CJ GE, ACJC/1177/2013, 27.9.2013, c. 6.2.

³⁶ TF, 4C.191/2004, 7.9.2004, c. 5.2.

³⁷ TF, 4C.74/2001, 17.10.2001, rendu dans une affaire portant sur des transactions données par une personne non-autorisée.

³⁸ TF, 4C.191/2004, 7.9.2004, c. 5.1 et 5.2.

³⁹ TF, 4C.471/2004, 24.6.2005, c. 3.2.1.

⁴⁰ TF, 4C.471/2004, 24.6.2005, c. 3.2.1, concernant une affaire dans laquelle les parties étaient liées par un contrat de conseil ponctuel (*infra* III.C.), pour lequel les principes applicables sont à notre avis les mêmes qu'en *execution only*.

⁴¹ Terme utilisé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt TF, 4C.471/2004, 24.6.2005, c. 3.2.1. Dans le cas d'espèce, le titre acheté était sans doute dans la même monnaie que celle du compte débité pour exé-

subie par sa cliente sur une opération boursière ayant pour objet des options libellées en dollars américains, et dont la vente devait rapporter un bénéfice dans cette monnaie. En application de l'art. 84 al. 1 CO, le client n'avait ainsi d'autre choix que de libeller ses conclusions en dollars américains. Cette règle a été reprise dans des arrêts cantonaux et fédéraux, qui considèrent que la « monnaie du contrat » est celle dans laquelle l'investissement devait être opéré⁴⁹. Ainsi, une première règle se dégage : la monnaie des conclusions devrait en principe être celle de l'investissement litigieux.

Cependant, à notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais dû se prononcer sur des cas plus complexes comme, par exemple, un investissement dans un titre libellé en dollars américains effectué par le débit d'un compte courant tenu en francs suisses. Dans un tel cas de figure, une opération de change de devises CHF/USD est opérée dans un premier temps afin d'obtenir le montant nécessaire à l'achat dans un second temps du titre en dollars américains. On peut alors hésiter entre la monnaie du compte courant (francs suisses) et la monnaie de l'investissement (dollars américains).

À notre sens, il convient d'adopter une approche individualisée permettant de tenir compte des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce. Le concept de « monnaie du contrat » n'est pas nécessairement le plus adéquat pour résoudre la question de la « monnaie effectivement due » : l'interprétation du contrat ne permet pas de déterminer la monnaie du contrat dans tous les cas⁵⁰. Pour déterminer la monnaie effectivement due, il convient alors de prendre en compte le principe voulant que la réparation soit exprimée dans la même valeur que celle dans laquelle

la diminution du patrimoine est intervenue, étant donné que le but de la demande en dommages-intérêts est de compenser la diminution du patrimoine qui s'est réellement produite⁵¹.

L'approche que nous préconisons est de déterminer les actes qui constituent la ou les violations contractuelles de la banque et ce qui a été accepté par le client, en particulier l'opération de change et le risque de fluctuation des cours afférents.

Dans l'exemple susmentionné, visant le cas particulier d'investissements opérés dans une autre monnaie que celle du compte, si l'achat du titre en dollars américains n'était pas autorisé, la monnaie effectivement due est le franc suisse. En effet, le client n'a jamais accepté que son compte tenu en francs suisses soit débité pour acheter l'instrument financier. La violation contractuelle porte non seulement sur l'achat du titre mais également sur l'opération de change de devises CHF/USD. Le client doit donc être indemnisé pour la différence de valeur du titre en tenant compte de la fluctuation de change.

L'éventuel gain réalisé sur l'opération de change non autorisée devrait être déduit de la perte subie sur le titre litigieux. Inversement, le client doit être indemnisé si l'évolution du cours de change lui est défavorable.

La même solution prévaut en cas de vente non autorisée du titre qui aurait été valablement achetée, le client aurait en effet pu décider de vendre à un moment plus favorable eu égard au cours de change⁵².

Il en va de même si la banque n'exécute pas une instruction d'achat ou de vente. La banque répond alors tant d'une évolution défavorable du cours de change que de l'opération portant spécifiquement sur le titre.

En définitive, il n'en irait autrement que si la banque omettait de donner un renseignement portant non pas sur le risque de change mais sur le seul investissement. Dans

⁴⁹ TF, 4A_341/2016, 10.2.2017, c. 2.2 ; CJ GE, ACJC/38/2013, 11.1.2013, c. 6.3 ; ACJC/1210/2007, 12.10.2007, c. 4 ; ACJC/1611/2012, 9.11.2012, c. 3. En cas de retrait frauduleux, la monnaie du compte débité est la monnaie effectivement due : CJ GE, ACJC/1612/2012, 9.11.2012, c. 4.2.

⁵⁰ L'arrêt CJ GE, ACJC/1572/2011, 9.12.2011, illustre la limite du concept de la monnaie du contrat. L'affaire mettait en cause une société de gestion de fortune gérant les comptes d'une fondation liechtensteinoise pour notamment un virement non-autorisé de FF 3'500'000 débité d'un compte en francs suisses. La Cour relève tout d'abord que « [l]a monnaie due est généralement déterminée par le contrat en cause, soit expressément, soit tacitement » (c. 3.1) pour ensuite retenir que « [d]ans la mesure où cette somme [FF 3'500'000] a été débité d'un compte bancaire libellé en francs suisses, on peut admettre que la monnaie du contrat lié à la gestion de ce compte était le franc suisse » (c. 3.2). Le principe voulant que la réparation soit exprimée dans la même valeur que celle dans laquelle la diminution du patrimoine est intervenue aurait été plus approprié selon nous et aurait permis de retenir que le dommage était survenu en francs suisses. Partant, des conclusions libellées en francs suisses auraient dû être admises.

⁵¹ CJ GE, ACJC/589/2017, 19.5.2017, qui concerne non pas un investissement litigieux mais le débit frauduleux d'un compte en dirhams des Emirats Arabes Unis, crédité sur différents comptes en dirhams des Emirats Arabes Unis et dollars américains, dont un compte à Genève ouvert en dollars américains. Les conclusions de l'action contre la banque genevoise sur la base de l'art. 41 CO libellés uniquement en francs suisses ont été rejetées car le dommage n'était pas survenu en francs suisses. La Cour a néanmoins laissé ouverte la question de savoir dans quelle monnaie autre que le francs suisses le demandeur aurait dû chiffrer ses conclusions.

⁵² Dans le même sens : TF, 4C.191/2004, 7.9.2004, c. 6, retenant comme monnaie des conclusions celle de l'investissement, qui était également celle dans laquelle un « *bénéfice* » aurait dû être réalisé lors de la vente. En effet, le bénéfice est réalisé dans la monnaie du compte courant devant être crédité sur le compte et constitue un élément du dommage.

un tel cas, le client a accepté le risque de change et ne peut se prévaloir par la suite d'une évolution défavorable. Les dommages-intérêts devraient ainsi être libellés dans la monnaie de l'investissement (dans notre exemple, en dollars américains).

Toutefois, les banques ouvrent souvent des sous-comptes tenus dans les différentes monnaies dans lesquelles les investissements sont opérés, et comptabilisent les débits et crédits afférents sur le sous-compte de la monnaie correspondante. La dichotomie entre la monnaie de l'investissement et celle du compte n'existe dès lors pas. Dans un tel cas, la monnaie des conclusions est celle de l'investissement. À titre d'exception, lorsque le client n'a pas accepté l'ouverture du sous-compte dans une autre monnaie que celle du compte principal, c'est alors la monnaie du compte principal qu'il convient de retenir pour libeller les conclusions.

Aussi, lorsque le solde d'un sous-compte (dont l'ouverture a été acceptée par le client) est insuffisant pour opérer un investissement, un transfert entre sous-comptes (intra-comptes) est souvent effectué afin d'obtenir le montant nécessaire à l'investissement envisagé. En cas d'achat non-autorisé, la monnaie des conclusions devrait être celle du compte débité des liquidités (et non celui subséquemment débité pour l'achat de l'investissement) afin de tenir compte de la fluctuation des cours non acceptée par le client. Dans les autres cas de figure, la monnaie des conclusions devrait être en principe celle de l'investissement.

Finalement, la détermination de la monnaie effectivement due peut se relever être particulièrement compliquée, voire impossible, dans le cadre d'opérations relatives à des instruments financiers complexes. La relation contractuelle est parfois régie par un contrat cadre (*master agreement*) – tel le Contrat-cadre suisse pour produits dérivés OTC – stipulant les droits et obligations des parties applicables à chaque transaction individuelle pouvant être conclue. Une « confirmation » est alors émise par la banque pour chaque transaction qui stipule ainsi les conditions spécifiques de la transaction. La confirmation énonce les conditions de fonctionnement du produit. Ainsi, une option sur monnaies avec de multiples échéances peut générer de très nombreux mouvements sur les sous-comptes. Par ailleurs, certaines options prévoient le paiement d'une prime qui peut être libellée dans une monnaie différente des monnaies dans lesquelles fonctionne le produit. En effet, la banque se réserve généralement le droit de choisir à son entière discrétion la monnaie de paiement des primes.

En cas de résiliation anticipée du contrat cadre, le contrat cadre prévoit généralement que la « monnaie de

liquidation »⁵³ peut être une seule monnaie pour toutes les transactions et quelles que soient les monnaies convenues par les confirmations⁵⁴. Les banques précisent souvent dans leur contrat-cadre que le franc suisse est la monnaie de liquidation, à tout le moins lorsque la majorité des obligations de paiements stipulées dans les confirmations étaient déjà libellées dans cette monnaie.

En conséquence, la monnaie de liquidation pourrait être retenue comme la monnaie effectivement due en cas de litige impliquant une résiliation anticipée portant sur l'ensemble des transactions⁵⁵. Tant la banque que le client sont en droit de résilier de manière anticipée le contrat en cas de violation contractuelle de l'autre partie⁵⁶. Cependant, c'est généralement la banque qui résilie suite à un appel de marge non honoré par le client. À notre avis, si un tribunal devait retenir que c'est en réalité la banque qui a violé ses obligations contractuelles envers le client, celui-ci devrait être en droit de choisir la ou les monnaies dans lesquelles le dommage est calculé. En effet, le concept de « monnaie effectivement due » trouve ici sa limite du fait des nombreux changes entre devises ayant été opérés. La banque peut de manière discrétionnaire choisir la monnaie de liquidation des transactions et la monnaie de l'appel de marge. De plus, la ligne de crédit peut être stipulée dans une monnaie différente de la monnaie de liquidation et les titres liquidés peuvent encore être émis dans d'autres monnaies. La banque compense finalement les soldes des sous-comptes respectifs à la fin du processus de liquidation qui n'aurait pas dû être initié.

Dans les autres cas de figure, on adoptera une approche individualisée, vu la difficulté de recalculer les différents flux monétaires. Il conviendra de faire preuve d'une certaine souplesse étant donné que les produits structurés et

⁵³ Selon le Contrat-cadre suisse pour produits dérivés OTC ASB, « [o]n entend par « Monnaie de liquidation » le CHF ou une autre monnaie librement transférable déterminée par la partie qui n'est pas en défaut ou, le cas échéant, par la partie qui fixe une Date de résiliation anticipée, sous réserve qu'il s'agisse d'une des monnaies dans lesquelles les paiements en relation avec une Transaction résiliée doivent être effectués », 11.

⁵⁴ Voir art. 8.4 Contrat-cadre suisse pour produits dérivés OTC ASB précisant que « [t]ous les montants libellés dans une monnaie autre que la Monnaie de liquidation sont convertis par X dans la Monnaie de liquidation. [...] ».

⁵⁵ Dans ce sens, mais dans un contexte de voyage à forfait : « Les parties ayant convenu d'un prix global en francs suisses, c'est cette monnaie qui était due par la défenderesse, cela quelle que fussent la ou les autres monnaies dans lesquelles la demanderesse s'était elle-même engagée » (TF, 4A_555/2014, 12.3.2015, c. 4.2).

⁵⁶ Voir art. 6.1 let. d du Contrat-cadre suisse pour produits dérivés OTC ASB qui considère comme un cas de défaut la violation de tout contrat entre la banque et le client donnant droit à une résiliation anticipée au sens de l'art. 7.

les options sont généralement fabriqués sur mesure par la banque elle-même qui développe des formules mathématiques non-divulguées et est l'agent de calcul des flux inhérents en fonction de scénarios de paiements prédéfinis par la structuration⁵⁷. Les conclusions libellées dans la ou les monnaies retenue(s) par l'expert privé ou judiciaire pour le calcul du dommage devraient dès lors être admises en application de l'article 42 al. 2 CO.

B. Contrat de gestion

1. Le calcul du dommage

En cas de mandat de gestion, la jurisprudence constante reconnaît que le gestionnaire doit veiller à la sauvegarde des intérêts du client⁵⁸. La banque s'engage à gérer les actifs du client selon ses instructions. Elle doit dès lors surveiller les avoirs du client et procéder à tout acte nécessaire conformément au cadre fixé par le client⁵⁹. L'action en dommages-intérêts, fondée sur l'art. 398 al. 2 CO, vise généralement à la réparation de l'intérêt positif, soit la bonne et fidèle exécution du contrat⁶⁰.

Le calcul du dommage peut être établi selon deux méthodes : la comparaison de portefeuilles⁶¹ ou le calcul concret⁶². Pour déterminer quelle méthode doit être appliquée, le Tribunal fédéral distingue deux types de violations contractuelles, soit (i) les violations relatives à la stratégie d'investissement (mauvaise gestion du portefeuille dans son entier) et (ii) les violations portant sur des investissements individuels (mauvaise gestion confinée à des postes particuliers du portefeuille). Le Tribunal fédéral se réfère à la doctrine qui préconise cette distinction eu égard à l'étendue des actes de gestion litigieux, soit entre (i) une gestion globale ou majoritairement non-conforme à la stratégie convenue et (ii) quelques investissements litigieux opérés dans le cadre d'un portefeuille géré de manière conforme⁶³.

Dans le premier cas, le calcul du dommage doit porter sur l'ensemble du portefeuille. Le dommage peut être calculé en comparant le résultat du portefeuille administré en violation du mandat avec celui d'un portefeuille hypothétique de même ampleur, géré pendant la même période conformément aux instructions du contrat⁶⁴. Le point de référence n'est pas la gestion d'un gestionnaire particulièrement performant mais celle qui aurait été entreprise par un gestionnaire moyen à l'aune des marchés de l'époque et compte tenu du but fixé par le client⁶⁵. Un fonds de placement, une combinaison de ceux-ci et/ou des indices peuvent être utilisés pour constituer le portefeuille hypothétique⁶⁶. La comparaison doit se faire en tenant compte de la globalité du portefeuille et non pour chaque investissement poste par poste⁶⁷. Cela est justifié par le fait qu'en pratique il est impossible de savoir, pour chaque poste du portefeuille, quel autre investissement aurait choisi un gestionnaire diligent et quel aurait été le résultat de cet investissement⁶⁸. Le client lésé ne peut se contenter d'alléguer que son dommage correspond aux pertes liées aux investissements entrepris. Il lui incombe d'exposer une comparaison de portefeuilles pertinente⁶⁹. En d'autres termes, le client ne peut se limiter à réclamer des dommages-intérêts négatifs car la baisse généralisée des marchés sur la période concernée⁷⁰ doit être prise en compte dans le calcul du dommage⁷¹.

Dans le deuxième cas de figure, la détermination du dommage doit être limitée aux investissements litigieux

⁵⁷ Dans ce sens : OGer ZH, LB150026, 15.3.2016, concernant un calcul concret du dommage subi en raison de transactions notamment sur options Eurex. L'arrêt ne précise pas dans quelle(s) monnaie(s) les options étaient négociées. Le Tribunal a admis le calcul du dommage concret en francs suisses pour toutes les transactions litigieuses sur la base des relevés bancaires émis par Crédit Suisse qui valorisait les options en francs suisses. Le Tribunal fédéral a confirmé ce jugement dans son arrêt TF, 4A_280/2016, 10.10.2016, sans aborder la question de la monnaie des conclusions.

⁵⁸ ATF 124 III 155 c. 2b.

⁵⁹ LOMBARDINI (n. 30), 801, N 3.

⁶⁰ BENOÎT CHAPPUIS, Le moment du dommage, Zurich 2007, N 763 ; TF, 4C.18/2004, 3.12.2004, c. 2.1.

⁶¹ P.ex. : TF, 4A_481/2010, 14.12.2012, c. 3 et 5.

⁶² P.ex. : TF, 4A_280/2016, 10.10.2016, c. 4.2.

⁶³ TF, 4A_436/2016, 7.2.2017, c. 5.1 ; 4A_280/2016, 10.10.2016 ; 4C.158/2006, 10.11.2006.

⁶⁴ LOMBARDINI (n. 30), 818, N 64 s. ; TF, 4C.18/2004, 3.12.2004, c. 2.1 ; 4C.295/2006, 30.11.2006 ; 4A_351/2007, 15.1.2008, c. 3.2.1 ; 4A_481/2012, 14.12.2012, c. 3 et 5.

⁶⁵ TF, 4C.18/2004, 3.12.2004, c. 2.1

⁶⁶ RASHID BAHAR/YAËL BENMENNI, Devoirs et responsabilité de la banque dépositaire : *quis custodiet sub-custodians* ?, in : Luc Thévenoz/Christian Bovet (édit.), Journée 2009 de droit bancaire et financier, Genève/Bâle/Zurich 2010, 47 ; GERHARD AUER, La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune – la vision du praticien/expert-comptable, in : Luc Thévenoz/Christian Bovet (édit.), Journée 2008 de droit bancaire et financier, Genève/Bâle/Zurich 2009, 115 ; TF, 4A_351/2007, 15.1.2008, c. 3.2.2.

⁶⁷ CJ GE, ACJC/1030/2015, 11.9.2015, c. 4.3.

⁶⁸ CJ GE, ACJC/1030/2015, 11.9.2015, c. 4.3.

⁶⁹ TF, 4A_481/2012, 14.12.2012, c. 5 ; CJ GE, ACJC/1814/2012, 14.12.2012, c. 9.3 et 9.4. Plus particulièrement en lien avec l'art. 42 al. 2 CO : TF, 4A_45/2016, 20.6.2016, c. 2.4.2.

⁷⁰ En principe, la période de comparaison doit être celle depuis la violation du contrat au jour de la résiliation (TF, 4C.18/2004, 3.12.2004, c. 1.2). Cependant, le Tribunal fédéral a admis une comparaison de portefeuilles portant sur la période courant de la conclusion du contrat à sa résiliation, en l'absence de preuve apportée par la banque que la perte aurait été moindre sur la période courant depuis le début des violations contractuelles (TF, 4A_41/2016, 20.6.2016, c. 5.3).

⁷¹ TF, 4A_481/2012, 14.12.2012, c. 5 ; CJ GE, ACJC/1814/2012, 14.12.2012, c. 9.3 et 9.4.

et un calcul concret est nécessaire. Il s'agit alors de déterminer la perte afférente à chaque transaction litigieuse⁷². La jurisprudence est inconstante sur la question de savoir si le lésé a l'incombance de lister non seulement les pertes mais également les gains résultant des opérations prohibées.

Un arrêt du Tribunal fédéral du 22 juin 2011 retient que : « Pour dire s'il y a eu un dommage, il faut tout d'abord établir la liste de toutes les opérations prohibées, et non pas seulement de celles qui se sont soldées par une perte »⁷³. La conséquence de l'absence d'une telle liste est que le dommage ne serait pas prouvé, faute de pouvoir déterminer si et dans quelle mesure les opérations prohibées se sont soldées par une perte⁷⁴.

Dans un arrêt plus récent du 10 octobre 2016⁷⁵, le Tribunal fédéral confirme un jugement du Tribunal de commerce du canton de Zurich⁷⁶ appliquant le calcul concret et mettant à la charge du gérant – et non du client – la preuve des gains réalisés découlant des opérations litigieuses. On saisit mal en quoi l'art. 8 CC imposerait au client lésé le fardeau de la preuve des profits résultant des opérations litigieuses, qui réduit la responsabilité du gérant. C'est donc bien au gérant de supporter le fardeau de la preuve en la matière⁷⁷. Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que seuls les gains liés aux opérations litigieuses peuvent être compensés à l'exclusion de ceux résultant des opérations conformes⁷⁸.

Cela posé et une fois la perte totale arrêtée, il convient encore de déterminer si le montant de la perte totale doit être ajusté aux conditions de marché prévalant durant la période déterminante. Le calcul concret tel qu'admis dans l'arrêt du 10 octobre 2016 fait abstraction des conditions de marchés (haussier ou baissier), le dommage étant égal à la perte réelle entre l'opération d'achat et de vente de l'investissement. À la lecture de cet arrêt, cela semble provenir du fait que le gérant n'a pas tenté d'alléguer, à titre subsidiaire, qu'un tel ajustement devait être effectué,

afin de réduire le dommage⁷⁹. En effet, notre Haute Cour a retenu dans l'arrêt du 10 novembre 2006 que même en cas de calcul concret il convenait de prendre en considération, à l'avantage du gérant fautif, la perte que le client aurait probablement subie aussi avec un gérant consciencieux, par l'effet d'une baisse généralisée des cours dans la période en cause⁸⁰. Le dommage correspond alors au résultat du calcul concret réinvesti dans un portefeuille hypothétique. À notre avis, c'est bien cette approche qu'il faut privilégier. Le dommage étant défini comme l'intérêt à l'exécution conforme du mandat, cela revient à devoir établir l'état du patrimoine qui aurait été atteint si le contrat avait été exécuté correctement selon la diligence requise⁸¹.

2. La monnaie des conclusions

Lorsque le demandeur doit évaluer le dommage par un calcul concret, il convient de se référer aux règles applicables en matière de relation de type *execution only* (*supra* III.A.2.). En cas de calcul du dommage par comparaison de portefeuilles en confrontant le résultat d'un portefeuille hypothétique à celui du portefeuille réel résultant de la gestion non-diligente, une autre approche est nécessaire étant donné que le calcul ne porte pas sur chaque transaction prise individuellement mais relève d'une appréciation globale du dommage en application de l'art. 42 al. 2 CO⁸².

La question de la monnaie des conclusions en cas de litige en matière de gestion de fortune est relativement peu abordée par la jurisprudence fédérale. L'arrêt du Tribunal fédéral 4A_45/2016 pose néanmoins quelques jalons. Le client avait confié à un gérant de fortune externe un mandat de gestion avec un profil dynamique et choisi le franc suisse comme monnaie de référence des placements. Le gérant a investi les avoirs en euros, et le portefeuille a subi une perte quasi-totale en raison du dépassement de la limite des investissements spéculatifs admise et d'un manque de diversification.

Les juridictions cantonales ont considéré que le dommage pouvait être estimé en équité et sa preuve apportée par une comparaison de portefeuilles. L'expertise judi-

⁷² TF, 4A_280/2016, 10.10.2016, c. 4.2.

⁷³ TF, 4A_90/2011, 22.6.2011, c. 2.2.5. Dans le même sens : LOMBARDINI (n. 30), 821, N 71.

⁷⁴ TF, 4A_90/2011, 22.6.2011, c. 2.2.5.

⁷⁵ TF, 4A_280/2016, 10.10.2016, c. 4.2.

⁷⁶ OGer ZH, LB150026, 15.3.2016.

⁷⁷ Dans ce sens aussi voir FRÉDÉRIQUE BENSACHEL/SÉBASTIEN MICOTTI/JEAN-FRANÇOIS SCHERRER, Certains aspects du dommage dans la gestion de fortune, SJ 2008 II 333 ss, 350. Comparer avec TF, SJ 1994 284, qui retenait que « le juge devra compenser les pertes dues aux opérations déraisonnables avec les gains occasionnés par d'autres investissements qu'un gérant avisé n'aurait pas entrepris ». L'extrait publié ne permet néanmoins pas de déterminer quelle partie supporte le fardeau de la preuve des gains réalisés.

⁷⁸ TF, 4A_280/2016, 10.10.2016, c. 4.2 ; TF, SJ 1994 284.

⁷⁹ Le gérant s'est contenté de critiquer l'application du calcul concret en soutenant qu'un portefeuille hypothétique démontrait que la perte totale aurait été plus élevée que celle résultant du calcul concret et donc qu'aucun dommage ne pouvait être retenu en l'espèce, voir TF, 4A_280/2016, 10.10.2016, c. 4.2., et OGer ZH, LB150026, 15.3.2016, c. 6.

⁸⁰ TF, 4C.158/2006, 10.11.2006, c. 4.

⁸¹ TF, 4C.18/2004, 3.12.2004, c. 2.1 ; CHAPPUIS, (n. 60), N 763.

⁸² La comparaison de portefeuilles est un cas d'application de l'art. 42 al. 2 CO, voir p.ex., TF, 4A_351/2007, 15.1.2008, c. 3.3.1.

ciaire s'est référée à deux indices pour évaluer deux performances hypothétiques à laquelle une gestion diligente aurait abouti, soit un indice UBS Actions (en franc suisse), respectivement l'indice Euro Stoxx 50 (en euro). Les tribunaux cantonaux ont retenu ce dernier indice le considérant plus proche du type de gestion pratiquée par le gérant dans le cadre des mandats de gestion de ses autres clients. Cela fait, les juges cantonaux ont condamné le gérant à payer des dommages et intérêts en francs suisses.

Le Tribunal fédéral a confirmé ce jugement en relevant que « Certes, la monnaie de référence pour cet indice est l'euro, tandis que le contrat optait pour le franc suisse. Cet élément n'est toutefois pas déterminant dans le cas particulier ». Les considérations suivantes qui justifient cette position ne sont pas toutes d'une limpidité éclairante⁸³ mais la décision du Tribunal fédéral doit être approuvée dans son principe.

Il convient effectivement de distinguer la monnaie de référence du contrat de gestion de celle de l'indice utilisé comme portefeuille hypothétique. En effet, le mandat de gestion de fortune doit stipuler une monnaie de référence⁸⁴. Il s'agit de la monnaie dans laquelle la stratégie de placement est menée et la performance du portefeuille est calculée⁸⁵. On peut dès lors considérer en principe cette monnaie de référence comme celle du contrat et partant celle dans laquelle les conclusions d'une action en dommages et intérêts doivent être libellées.

Il ne faut pas confondre cette « monnaie de référence » avec d'autres monnaies auxquelles la terminologie ban-

caire se réfère parfois également au moyen des mêmes termes. Les systèmes informatiques bancaires requièrent la spécification d'une monnaie de tenue de compte avant l'ouverture d'un compte quel que soit la relation contractuelle choisie (*execution only*, conseil ou mandat de gestion). Cette monnaie comptable est notamment utilisée pour calculer les frais bancaires prélevés par la banque et éditer les relevés de portefeuille. Ainsi, les documents d'ouverture de compte des banques actives dans le *private banking* offrent généralement au client le choix de cocher une case pour choisir une telle monnaie comptable parfois désignée sous les termes « monnaie de référence ». Dans une autre mesure, les indices ou fonds de placements utilisés pour calculer le dommage par une comparaison de portefeuilles peuvent être exprimés dans une monnaie de référence, par exemple un fonds de placement investissant dans différentes monnaies est évalué dans une seule et unique monnaie, celle de sa NAV (*net asset value*).

C'est à raison que le Tribunal fédéral a jugé dans l'arrêt 4A_45/2016 que le portefeuille hypothétique n'avait pas à être composé d'un indice exprimé dans la même monnaie que celle du contrat. De manière générale, les avoirs gérés peuvent être placés dans différentes monnaies dans le but de diversifier le risque. Les pourcentages des monnaies dans lesquels les avoirs sont investis peuvent grandement varier au fil du temps (des limites peuvent être convenues contractuellement avec le client) de sorte que l'on ne pourrait arrêter que de manière arbitraire lesdits pourcentages pour calculer le dommage en le ventilant en plusieurs monnaies. La monnaie de référence stipulée dans le contrat de gestion est ainsi celle devant être retenue pour le calcul du dommage subi et le libellé des conclusions.

C. Conseil en placement

1. Le calcul du dommage

En matière de contrat de conseil en placement, la responsabilité de la banque peut résulter de divers manquements, qui ne découlent pas nécessairement d'une violation de l'obligation de conseil. Tel est le cas de l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un ordre donné par le client. Dans un tel cas de figure, les mêmes règles de calcul du dommage que celles prévalant pour une relation de type *execution only* doivent s'appliquer. En effet, en présence d'un contrat mixte il convient de rechercher le centre de gravité des relations contractuelles pour déterminer quelles sont les règles applicables à la question litigieuse⁸⁶. En cas de

⁸³ TF, 4A_45/2016, 20.6.2016, c. 3.5 : « En effet, le franc suisse a été choisi en relation avec un profil très risqué, ce qui excluait au moins le risque sur effet de change. Or, encore une fois, ce profil contractuel ne saurait servir de critère pour le portefeuille hypothétique, la défenderesse ayant violé l'art. 398 al. 2 CO en omettant d'informer la cliente des risques d'un tel profil, qui était inadapté à sa situation. L'Euro Stoxx 50 est notoirement considéré comme une référence du marché de la zone euro ; il effectue une moyenne des actions de cinquante grandes sociétés de la zone euro, sélectionnées dans divers secteurs de l'économie en fonction de l'importance de leur capitalisation boursière. On se situe ainsi dans une perspective de gestion plus classique et diversifiée, appropriée à la situation de la demanderesse, les risques étant moindres que ceux ressortant du profil défini dans le contrat. L'administrateur de la défenderesse a par ailleurs approuvé le choix d'un indice en euros, alors que l'évolution respective du franc suisse et de l'euro sur la période critique lui était connue. Dans ces circonstances, il n'y a pas matière à critiquer l'utilisation de cet indice. »

⁸⁴ Voir Circulaire FINMA 2009/01 cm 9 ; art. 1 al. 2 des Directives concernant le mandat de gestion de fortune de l'ASB 2017.

⁸⁵ LUC THÉVENOZ, Réflexion sur l'idée d'une loi sur les services financiers – une première discussion du document de la FINMA de février 2012, in : Luc Thévenoz/Christian Bovet (édit.), *Journée 2011 de droit bancaire et financier*, Genève/Bâle/Zurich 2012, 175, n° 8.

⁸⁶ ATF 139 III 49 c. 3.3.

contrat de conseil en placement, le client conserve toute latitude d'instruire la banque d'exécuter une opération sans que la banque ne l'ait nécessairement conseillé. Il n'y a dès lors aucune raison de se départir des principes relatifs au calcul du dommage applicables à une relation de type *execution only* (*supra* III.A.1.)⁸⁷.

La doctrine et la jurisprudence distinguent deux types de contrat de conseil en placement, le conseil ponctuel et le conseil général/suivi⁸⁸. Lorsque les parties ont conclu un contrat de conseil en placement par lequel la banque s'oblige à suivre le portefeuille et conseiller régulièrement le client en proposant les mutations à opérer, le calcul du dommage peut se départir des principes applicables à un rapport *execution only*.

Dans un cas de gestion de fait dans le cadre d'un contrat de conseil en placement suivi, le Tribunal fédéral semble établir que la comparaison de portefeuilles est la méthode appropriée, mais il ne l'a pas appliquée au cas d'espèce car le client, après avoir découvert l'acquisition par la banque, avait conservé une partie des actions litigieuses a maintenu la relation contractuelle encore de nombreux mois tout en conservant une partie des dites actions⁸⁹. Cela dit, notre Haute cour a ainsi posé un jalon pour déterminer le dommage en cas de contrat de conseil en placement suivi. A notre avis, il faut établir la même distinction qu'en cas de mandat de gestion, soit distinguer les cas dans lesquels un calcul concret doit être effectué de ceux où une comparaison de portefeuilles est admissible (*supra* III.B.1)⁹⁰.

Dans un arrêt de 2006, le Tribunal du commerce de Zurich a confirmé un calcul du dommage par comparaison de portefeuilles dans le cadre d'un contrat de conseil en placement. Le client avait ouvert un compte de dépôt sans conclure de contrat écrit de gestion ou de conseil en placement. La banque avait proposé de manière suivie des investissements dans des obligations et des *treasury bills* acceptés par le client. Le portefeuille comprenait

également environ 2 à 3 % d'actions. A la suite de l'arrivée d'un nouveau chargé de la clientèle, le pourcentage d'actions a augmenté considérablement pour atteindre 17%. La correspondance étant conservée en banque restante, le client n'a découvert qu'une année plus tard ces opérations d'achats d'actions dont il n'avait pas instruit la banque. Le Tribunal de commerce a retenu que la relation contractuelle devait être qualifiée de contrat de conseil en placement et confirmé le calcul du dommage par une comparaison de portefeuilles⁹¹.

2. La monnaie des conclusions

Lorsque le dommage concret doit être calculé, il convient d'appliquer les mêmes règles que celles établies pour une relation *execution only* (*supra* III.A.2.). La monnaie de référence du compte est sans portée⁹². Dans ce sens, la Cour de justice de Genève a jugé que dans le cadre d'un contrat de conseil en placement la monnaie des conclusions d'une action visant la réparation du dommage subi en raison de l'acquisition de parts dans un fonds de placement en dollars américains devait être cette même monnaie. Pour ce seul motif, la Cour a ainsi rejeté les conclusions prises uniquement en francs suisses et annulé le jugement du Tribunal de première instance qui faisait droit aux prétentions du client⁹³.

Si l'on se trouve dans un cas de figure où une comparaison de portefeuilles est admissible pour calculer le dommage, il faut alors recourir aux règles semblables appliquées en cas de gestion (*supra* III.B.2.). En principe, le conseiller diligent aura requis de son client qu'il choisisse une monnaie de référence à l'aune de laquelle il établira la stratégie et calculera la performance du portefeuille.

En l'absence d'une monnaie de référence stipulée dans le contrat, il s'agit d'interpréter la convention entre les parties selon le principe de la confiance pour dégager la monnaie de référence pour calculer le dommage et respectivement libeller les conclusions. L'on pourra retenir comme indices permettant de déterminer une monnaie de référence : la monnaie du taux de performance (ou rendement) attendu figurant sur la proposition d'investissement, la monnaie principale dans laquelle les fonds ont été apportés, la monnaie de l'unique compte débité à partir duquel les investissements dans différentes monnaies étaient opérés⁹⁴, la monnaie principale dans laquelle le client effectue ses dépenses courantes, ou encore par

⁸⁷ Dans ce sens : CJ GE, ACJC/38/2013, 11.1.2013, qui retient que le dommage correspond à la différence entre le prix d'achat et le remboursement inférieur crédité au compte. A relever que le moment du dommage est arrêté à la date du transfert des titres à une banque tierce. Voir également RJN 2009, 137, ainsi que les références citées en note 48 concernant le contrat de conseil en placement.

⁸⁸ LOMBARDINI (n. 30), 791, N 10 s. ; TF, 4A_498/2013, 19.3.2014, c. 3.

⁸⁹ TF, 4C.295/2006, 30.11.2006, c. 5.2.2.

⁹⁰ Bien que le montant du dommage en cas de gestion et de conseil suivi se calculerait ainsi par comparaison de portefeuilles, on pourrait retenir un moment du dommage différent pour tenir compte de la spécificité de chaque mandat : FRÉDÉRIQUE BENSANEL/SÉBASTIEN MICOTTI, Nouveautés en matière de conseil en placements, Jusletter du 15.12.2008, N 40 ss.

⁹¹ HGer ZH, 27.6.2006, in : ZR 2007, 11.

⁹² CJ GE, ACJC/38/2013, 11.1.2013, c. 6.4.

⁹³ CJ GE, ACJC/1611/2012, 9.11.2012, c. 3.

⁹⁴ Dans ce sens voir CJ GE, ACJC/800/2016, 10.6.2016, c. 3.2, concernant un cas de mandat de gestion de fortune.

exemple la monnaie dans laquelle est stipulée un prêt relatifs à des actifs du client, prêt garanti par le nantissement du portefeuille.

Il conviendra de ne pas se montrer trop strict eu égard à la ou les monnaies choisies par le client pour la comparaison de portefeuilles étant donné que l'absence de monnaie de référence peut être considérée comme une violation contractuelle du conseiller. Dans l'arrêt de 2006 mentionné ci-dessus, le Tribunal du commerce de Zurich a confirmé le calcul du dommage par le client au moyen d'un portefeuille hypothétique composé de *treasury bills* exprimés en dollars américains et d'obligations en dollars canadiens, et ainsi admis des conclusions libellées en dollars américains, respectivement en dollars canadiens, considérées comme conformes à l'art. 84 CO⁹⁵. Ainsi, il est même envisageable selon les circonstances du cas d'espèce d'admettre plusieurs monnaies dans le cadre d'un calcul de l'évolution hypothétique du portefeuille.

IV. Considérations procédurales

Maintenant que nous avons établi les principes permettant de déterminer la monnaie effectivement due, il nous faut examiner, quelles sont les conséquences d'une conclusion mal libellée (IV.A.), ainsi que les moyens de s'en prémunir, soit par des conclusions subsidiaires (IV.B.), soit par une modification des conclusions en cours de procédure (IV.C.).

A. Sort de l'action

Le demandeur qui prend ses conclusions dans une monnaie autre que celle effectivement due se verra donc débouté⁹⁶. Cela ne l'empêche pas d'introduire une nouvelle action, libellée dans la bonne monnaie. En effet, l'autorité de chose jugée du premier jugement ne porte logiquement que sur les conclusions libellées dans la mauvaise monnaie. Cela ne va toutefois pas sans conséquences négatives : le demandeur doit payer l'entier des frais de justice et des dépens, et doit réintroduire sa demande, ce qui entraîne une nouvelle avance de frais. La responsabilité civile de l'avocat qui aurait par hypothèse mal conseillé son client pourrait également être engagée.

S'agissant d'un déboutement et non d'une irrecevabilité, il n'est pas envisageable d'appliquer l'art. 63 CPC, qui permet de sauvegarder la litispendance. La prescription est toutefois valablement interrompue par le

dépôt d'une action libellée dans une monnaie inexacte, et ne recommence à courir qu'à l'issue de la procédure (art. 135 ch. 2 et 138 al. 1 CO)⁹⁷. En effet, la prescription est la conséquence du « désintérêt du créancier » pour sa créance⁹⁸, alors que l'on se trouve précisément dans un cas où le créancier a montré qu'il souhaitait la recouvrer.

L'interruption déploie en principe ses effets seulement à hauteur du montant indiqué, mais une certaine flexibilité est admise, notamment en cas d'action non-chiffrée⁹⁹. On se souviendra notamment que l'autre mode d'interruption par le créancier – l'introduction d'une poursuite – ne nécessite pas l'indication de la monnaie du dommage¹⁰⁰, mais uniquement le montant en valeur légale suisse.

Ainsi, l'introduction d'une action dans une monnaie autre que celle retenue par le juge suffit à notre sens à interrompre la prescription à hauteur de la valeur litigieuse – toujours libellée en francs suisses – en cause, comme pour une réquisition de poursuite.

B. Conclusions subsidiaires et action non-chiffrée

Afin de se prémunir contre le risque de déboutement, il est judicieux de prendre des conclusions subsidiaires. Une fois la monnaie la plus probable établie, celle-ci servira à chiffrer la prétention principale, les autres monnaies étant utilisées pour les conclusions subsidiaires.

Un risque existe toutefois avec cette méthode. Si la demande est constituée de plusieurs prétentions distinctes libellées dans plusieurs monnaies (par exemple, un ensemble de transactions litigieuses distinctes dans le cadre d'un contrat *execution only*), il est nécessaire de distinguer clairement chacun des postes. En effet, le juge n'examine les conclusions subsidiaires qu'à la condition que la conclusion principale ne soit pas admise¹⁰¹.

Cette manière de faire, si elle est la plus sûre au regard de la jurisprudence fédérale, est fastidieuse tant pour l'avocat que pour le juge : au lieu d'une unique conclusion, la partie doit indiquer pour chaque poste de son dommage le montant et la monnaie qu'elle souhaite réclamer, et l'ordre dans lequel ses conclusions doivent être considérées. Cela se conçoit facilement pour une unique prétention, mais

⁹⁵ HGer. ZH, 27.6.2006, in : ZR 2007, 12.

⁹⁶ CR CO I-LOERTSCHER (n. 3), art. 84 N 17.

⁹⁷ Dans ce sens : CJ GE, ACJC/589/2017, 19.5.2017, c. 3.1.2.

⁹⁸ CR CO I-PICHONNAZ (n. 3), art. 35 N 1.

⁹⁹ DAVID BOUVERAT/PIERRE WESSNER, Quelques questions choisies liées à la prescription extinctive : un état des lieux en droit suisse et quelques regards de droit comparé, PJA 2010, 951 ss, N 82 ; ATF 119 II 339, in : JdT 1995 II 159, c. 1 caa ; 133 III 675 c. 2.3.2.

¹⁰⁰ *Supra*, II.A.

¹⁰¹ FABIENNE HOHL, Procédure civile, T. I, 2^e éd., Berne 2016, N 442 ss ; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2^e éd., Berne 2016, N 4.43, 8.2.

beaucoup moins si le demandeur cherche à obtenir réparation pour un grand nombre de transactions financières.

Il est parfois possible de déposer une action non-chiffrée (art. 85 CPC)¹⁰², pour repousser le moment de la détermination de la monnaie. Une telle action est toutefois soumise à des conditions supplémentaires, notamment la démonstration que les conclusions ne peuvent être chiffrées au moment du dépôt de la demande et l'indication d'une valeur litigieuse provisoire¹⁰³. Cela peut être utile pour attendre le résultat d'une expertise ou d'une action en reddition de compte¹⁰⁴, mais n'apporte pas une solution définitive au problème de la monnaie des conclusions.

C. Modification de la demande

Si le demandeur se rend compte en cours de procédure que les conclusions qu'il a déposées ne sont pas libellées dans la monnaie correcte, il peut parfois encore être possible de modifier ses conclusions. Les conditions auxquelles une telle modification est soumise dépendent du stade de ladite procédure.

Selon l'art. 227 al. 1 CPC, la demande peut être modifiée, avant l'ouverture des débats principaux, si la nouvelle prétention présente un lien de connexité avec la précédente, ou si la partie adverse y consent¹⁰⁵. Selon nous, vu le type d'action et la valeur litigieuse élevée de ce genre de litige, la condition de la « même procédure » ne posera en principe pas de problème.

Il est généralement peu probable que la partie adverse consente à une modification de la demande, qui pourrait conduire à l'admission de l'action. En revanche, le lien de connexité est selon nous systématiquement donné, dès lors que la prétention se base exactement sur le même complexe de faits.

Après l'ouverture des débats principaux, la modification de la demande est soumise à des restrictions supplémentaires. En effet, selon l'art. 230 CPC, la modification des conclusions suppose – en plus des conditions de l'art. 227 al. 1 CPC – que celle-ci soit basée sur des faits ou moyens de preuve nouveaux¹⁰⁶.

Parmi les moyens de preuves nouveaux, on peut citer dans notre contexte les documents qui seraient remis par la banque suite à l'aboutissement d'une action en reddition de compte menée à titre préalable à la demande de dommages-intérêts.

Un autre cas typique permettant une telle modification des conclusions est selon nous l'expertise judiciaire, qui serait par hypothèse rendue en cours de procédure et évaluerait le dommage dans une autre monnaie que celle des conclusions. Dans ce cas, nous sommes bien en présence d'un moyen de preuve (art. 168 al. 1 let. d CPC)¹⁰⁷ nouveau, qui permettra en tout état de cause une modification des conclusions.

Cette approche permet également d'éviter d'inutiles complications où une expertise judiciaire obligerait les parties à reprendre l'entier de la procédure depuis le début.

Une expertise privée, dont la valeur est – selon le Tribunal fédéral – celle d'une allégation de partie¹⁰⁸, n'est pas un moyen de preuve en tant que telle. Elle ne peut donc pas être utilisée pour modifier les conclusions postérieurement à l'ouverture des débats principaux.

Elle n'est cependant pas dénuée de toute utilité. Le client peut s'en servir à l'appui de sa demande, et elle permet de clarifier la situation factuelle. Elle sert également à la démonstration que le client a fait tout ce qui était en son pouvoir pour quantifier son dommage, ce qui devrait conduire le juge à appliquer l'art. 42 al. 2 CO ou à ordonner une expertise judiciaire, si un doute persiste.

V. Conclusion

La première étape de la rédaction d'une demande est d'identifier le type de relation liant les parties, et quelle hypothèse de calcul du dommage est applicable. Nous avons toutefois démontré que dans les litiges bancaires, ces hypothèses sont nombreuses, et leur application parfois malaisée.

Lorsqu'un calcul concret du dommage est requis, le demandeur (soit pour lui son avocat) devra séparer consciencieusement chaque poste potentiel du dommage dans des conclusions séparées, et déterminer pour chacun la quotité du dommage et la monnaie effectivement due. Au besoin, des conclusions subsidiaires pour chaque

¹⁰² JULIEN BROQUET, L'action en reddition de comptes et en restitution de l'art. 400 al. 1 CO, in : François Bohnet (édit.), *Quelques actions en exécution*, Bâle 2011, N 31 ; HOHL (n. 101), N 415 ss ; NICOLAS JEANDIN/AUDE PEYROT, *Précis de procédure civile*, Zurich 2015, N 283.

¹⁰³ JEANDIN/PEYROT (n. 102), N 285 s.

¹⁰⁴ HOHL (n. 101), N 4502.

¹⁰⁵ HOHL (n. 101), N 472 ss ; JEANDIN/PEYROT (n. 102), N 539 ; BSK ZPO-WILLISEGGER (n. 18), art. 227 N 28 ss.

¹⁰⁶ HOHL (n. 101), N 476 ss ; JEANDIN/PEYROT (n. 102), N 541 ; BSK ZPO-WILLISEGGER (n. 18), art. 230 N 10 ; CJ GE, ACJC/414/2017, 7.4.2017, c. 4.2.

¹⁰⁷ BSK ZPO-DOLGE (n. 18), art. 183 N 1 ; JEANDIN/PEYROT (n. 102), N 436 ss.

¹⁰⁸ ATF 141 III 433, in : SJ 2016 I 162, c. 2.5.2 ss. Voir également : BSK ZPO-HAFNER (n. 18), art. 168 N 4, et la critique, fondée à notre avis, de FRANCESCO TREZZINI/FRANÇOIS BOHNET, *L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433 – Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait*, RDS 2017, 367.

poste, libellées dans toutes les monnaies envisageables, devront être prises. Si nécessaire, il conviendra également de demander une expertise.

Cette manière de faire est longue et fastidieuse, mais elle est la seule à prémunir le demandeur – et son avocat – contre le risque d'un rejet de son action pour un mauvais choix de la monnaie, conduisant à la réintroduction de la procédure.

Dans les affaires impliquant des produits financiers sophistiqués, le nombre et la complexité des transactions peut même rendre une telle approche irréalisable. Des options sur monnaies avec de multiples échéances peuvent générer de très nombreux mouvements. De plus ces mouvements ne sont pas toujours réconciliables sur la base de la documentation bancaire remise au client. Des produits structurés, tels que par exemple les reverses convertibles ou les options peuvent résulter à leur exercice en des transactions sur les positions sous-jacentes dont les mouvements sont difficiles à réévaluer. La détermination de la valeur d'achat ou de vente du produit correct peut nécessiter l'accès à des modèles complexes ainsi qu'aux historiques des paramètres nécessaires.

Le juge confronté à un pareil cas devrait quant à lui faire largement usage de l'art. 42 al. 2 CO non seulement pour le calcul du dommage mais également pour la détermination de la monnaie des conclusions. Même si le Tribunal fédéral ne considère pas que l'application stricte des règles actuelles concernant la monnaie des conclusions pourrait poser un problème de formalisme excessif, ni le créancier, ni le débiteur, ni même le juge n'ont intérêt à ce que ces procédures judiciaires, souvent longues, coûteuses et complexes, se prolongent indéfiniment.

Malgré ces quelques aménagements, le système actuel reste ainsi critiquable. D'une part, une interprétation rigoureuse de l'art. 84 al. 1 CO aurait pour effet que le Tribunal fédéral lui-même devrait examiner le fonctionnement de produits financiers complexes pour se prononcer sur la monnaie effectivement due, si le recourant soulève et motive le grief de la violation de cet article dans l'application du dommage concret. Notre Haute Cour ne pourrait ainsi plus considérer qu'un tel grief relève de l'estimation du dommage, soit d'une constatation des faits échappant à sa cognition, sous réserve de la protection contre l'arbitraire¹⁰⁹.

D'autre part, si la maxime de disposition est un principe procédural nécessaire en droit privé, qui permet aux parties de délimiter elles-mêmes l'objet du litige, et d'assurer une certaine efficacité au processus judiciaire, une application trop stricte de cette maxime n'est cepen-

dant pas souhaitable. Les transactions financières se sont complexifiées au gré de l'évolution de notre monde de la cellule en mer primitive au produit dérivé bientôt intégré à la *blockchain*. Le principe voulant qu'une dette d'argent doive être réclamée dans la monnaie effectivement due est certes louable mais complexifie de manière disproportionnée le droit lorsque le litige implique des produits financiers plus sophistiqués qu'une action, obligation ou une option « *plain vanilla* ». A notre avis, il convient de trouver un juste milieu entre le respect du principe de la « monnaie effectivement due » et son assouplissement, afin de permettre au lésé de faire valoir le dommage subi par devant nos tribunaux pour en obtenir réparation¹¹⁰.

Les dettes d'argent ont toujours été soumises à un régime particulier : elles sont les seules à générer un intérêt¹¹¹ ou à ne jamais pouvoir être impossibles¹¹². Il ne serait pas particulièrement déroutant d'admettre qu'elles puissent être exprimées simultanément dans plusieurs monnaies. Le législateur a déjà fait un pas dans cette direction – il y a plus d'un siècle – en admettant qu'elles puissent être payées « en monnaie du pays ».

Deux voies sont envisageables *de jurisprudentia ferenda*. La première serait d'admettre que la partie demanderesse puisse prendre des conclusions alternatives, où il suffirait qu'une des monnaies soit correcte pour admettre la demande.

La seconde serait de laisser au juge la faculté de rectifier d'office la monnaie de la demande, pour qu'elle corresponde à la « monnaie effectivement due », s'inspirant en cela de l'ancienne pratique des tribunaux zurichois.

La première a notre préférence : elle conserve le principe de la maxime de disposition, en laissant au demandeur le soin de déterminer la monnaie dans laquelle il libelle ses conclusions. Elle est aisée à utiliser pour le créancier, et elle ne péjore pas la situation du débiteur, qui pourra choisir la monnaie qui lui est la plus favorable – une contrepartie bienvenue pour équilibrer les forces entre les deux parties.

¹⁰⁹ ATF 131 III 360 c. 5.1 ; 133 III 462 c. 4.4.2.

¹¹⁰ Voir en Angleterre la « good law initiative » dans le cadre de laquelle le rapport « When laws become too complex » a été publié le 16 avril 2013, consultable à <https://www.gov.uk/government/publications/when-laws-become-too-complex/when-laws-become-too-complex>.

¹¹¹ CR CO I-THÉVENOZ (n. 3), art. 104 N 7.

¹¹² PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5^e éd., Zurich 2012, N 1492 ; CR CO I-THÉVENOZ (n. 3), art. 97 N 17.