

# *Rapport annuel 2008*

*Schweizerischer Bankenombudsman  
Ombudsman des banques suisses  
Ombudsman delle banche svizzere  
Swiss Banking Ombudsman*



*Article définissant le but de la Fondation Ombudsman des banques suisses: la Fondation a pour but de mettre à la disposition des clients des banques un Ombudsman neutre et indépendant, auquel ils peuvent s'adresser et qui les informe. L'Ombudsman intervient en tant que médiateur, sans pouvoir de juridiction. L'activité de l'Ombudsman s'étend à tout le territoire suisse.*



# Table des matières

<i>Introduction</i>	4
<i>Procédure</i>	6
<i>Statistiques</i>	7
<i>Avoirs sans nouvelles</i>	13
<i>Organisation et personnel</i>	18
<i>Exemples</i>	20
<i>Secrétariat</i>	49
<i>Fondation</i>	50
<i>Départ d'Otto Schoch, Président du Conseil de fondation</i>	51

# Intro- duction

*Pour l'Ombudsman des banques suisses, la crise sur les marchés financiers a été l'événement majeur qui a marqué l'exercice écoulé. Il s'est traduit par une insécurité accrue chez les clients des banques, un nombre record de requêtes et de cas, une fréquentation en forte hausse de notre site Internet, ou encore un intérêt sans précédent de la part des médias. Depuis que l'Ombudsman existe, c'est-à-dire depuis 1993, jamais son activité de médiation n'avait été aussi intense que durant l'exercice sous revue.*

*Certes, le nombre de cas s'est inscrit en augmentation dès le premier semestre 2008, et des clients se sont inquiétés de savoir si leur banque était toujours sûre. Mais le jour où la panique s'est emparée des marchés est très facile à situer: c'était le 15 septembre 2008, lorsque Lehman Brothers a déposé son bilan et s'est placée sous la protection du chapitre 11. Une semaine plus tard, le nombre de requêtes de clients transmises par correspondance avait déjà explosé et nous étions littéralement assaillis de requêtes téléphoniques. A fin 2008, l'Ombudsman avait enregistré 4 144 requêtes (transmises par correspondance et téléphoniques), contre 1 609 à fin 2007.*

*Entre septembre et décembre 2008, la faillite de Lehman Brothers à elle seule a suscité quelque 1 200 requêtes transmises par correspondance et 500 requêtes téléphoniques, soit un total de 1 700. Outre Lehman Brothers, les produits dits absolute return (à rendement absolu), c'est-à-dire les instruments de placement qui prétendent générer des rendements positifs quelle que soit la situation du marché, ont également beaucoup occupé l'Ombudsman. Des réclamations les concernant ont été l'objet de 400 cas environ. Alors qu'en temps «normal», seuls 15% à 20% des cas concernent le secteur «Conseil en placement et gestion de fortune», ce pourcentage a frôlé les 60% en 2008.*

*En termes d'effectifs, l'instance de médiation des banques a très vite réagi à cette situation inédite. Dès la fin du mois d'octobre, son personnel est passé de six à presque neuf postes à plein temps. En fin d'année, quatorze collaboratrices et collaborateurs se partageaient neuf postes et demi à plein temps.*

*Parallèlement à la multiplication vertigineuse des requêtes de clients, l'intérêt des médias s'est accru lui aussi. Les nombreuses demandes d'interviews ont été les bienvenues, dans la mesure où elles nous ont permis d'apporter à un large public de premières réponses aux questions d'ordre général. Nous avons aussi eu recours à notre site Internet, qui se présente désormais sous un jour nouveau, et qui s'est révélé être un vecteur et un outil d'information important. En 2008, nous avons compté quelque 130 000 visiteurs (2007: 62 000) pour 830 000 pages consultées au total (2007: 235 000). Cette statistique reflète elle aussi l'accélération des événements: au deuxième semestre, nous avons enregistré près de 90 000 visiteurs pour 685 000 pages consultées.*

*Le 25 septembre, nous avons mis en ligne et publié nos premières informations sur la problématique Lehman Brothers, suivies le 24 octobre d'un questionnaire destiné à guider les clients lésés dans les*

démarches à entreprendre. Entre octobre et novembre, 38% des visiteurs de notre site ont téléchargé ce questionnaire.

Rappelons-le une fois encore: l'Ombudsman est un médiateur entre le client et sa banque. Pour lui, chaque cas est donc un cas particulier qu'il convient de traiter individuellement. Or certaines banques ont suivi une autre approche, en privilégiant non un traitement personnalisé mais une solution globale et rapide. Ceci a suscité de nouvelles requêtes auprès de l'Ombudsman, lorsque les clients concernés n'étaient pas vraiment en mesure d'évaluer la proposition de la banque. Dans de nombreux cas, il est apparu que ces propositions étaient satisfaisantes pour les clients, voire parfois plus que satisfaisantes, et nous avons pu confirmer que l'indemnisation proposée était équitable. Certaines banques ont pris en charge 80%, 90%, ou même 100% du préjudice. Mais d'autres propositions ont été jugées insuffisantes, voire gravement insuffisantes par l'Ombudsman.

S'agissant de leurs propositions d'indemnisation, certaines banques ont tenté d'imposer des délais d'acceptation si courts que les clients auraient été dans l'impossibilité de consulter l'Ombudsman. Or aux termes des statuts de l'Association suisse des banquiers, tout client d'une banque en Suisse a le droit de faire appel gratuitement aux services de l'Ombudsman. Il va de soi que ceci ne doit pas lui porter tort. En négociant avec les banques concernées, l'Ombudsman a donc pu obtenir qu'elles maintiennent la validité de leurs propositions d'indemnisation pour la durée de la procédure de médiation.

Pour l'Ombudsman, l'importance du traitement individuel ne résulte pas seulement du fait que les banques aussi réservent un traitement individuel à chacune de leurs relations d'affaires. Au vu des dossiers qui nous ont été transmis, et qui sont plus d'un millier, nous l'affirmons une fois de plus: une recommandation d'achat qui est tout à fait appropriée pour tel client peut se révéler erronée pour tel autre. S'il en résulte une perte, il convient de déterminer à qui incombe la responsabilité.

N'oublions pas non plus les documents de vente parfois franchement savoureux des banques, où l'on évoque certes d'éventuelles pertes, mais en précisant par écrit dans la foulée: «Grâce à une gestion scrupuleuse des risques, celles-ci restent toutefois maîtrisables». En cas de perte massive, voire totale, il est essentiel de savoir dans quelles conditions un tel placement a pu être conseillé à un client présentant une tolérance au risque adéquate, surtout lorsque l'objectif de placement convenu est «un rendement stable moyennant des risques calculés» ou lorsqu'on a promis une «protection intégrale du capital à l'échéance».

Rien d'étonnant dès lors à ce que l'Ombudsman se soit trouvé confronté à des clients totalement déstabilisés, parfois désespérés, dont la première question était: que faire? L'instance de médiation – et sans doute les banques également – n'en ont certainement pas fini avec les conséquences de l'année 2008, qui marqueront les années à venir. L'exercice sous revue ne s'est pas contenté de causer bien des soucis aux clients des banques et à de nombreux professionnels du secteur financier, il a aussi exigé des collaboratrices et collaborateurs de l'Ombudsman un travail acharné, à la limite de leurs capacités et de leur flexibilité.

Quant au Conseil de fondation, il a connu d'importants changements au cours de l'exercice sous revue. Otto Schoch, qui en assurait la présidence depuis de longues années, s'est retiré et a été remplacé par Annemarie Huber-Hotz (cf. p. 51 du présent rapport). Margrit Krüger-Eggenberger s'est elle aussi retirée après onze années d'une collaboration engagée. En tant qu'ancienne présidente du Konsumentinnenforum, elle défendait les intérêts des consommateurs au sein du Conseil de fondation. Nous tenons à la remercier ici pour son action efficace. Elle est remplacée par Monika Weber, ancienne Conseillère aux Etats et également ancienne présidente du Konsumentinnenforum.

# Procédure

*Le déroulement d'une procédure de médiation est décrit en détail tant dans une brochure que sur le site Internet de l'Ombudsman ([www.bankingombudsman.ch](http://www.bankingombudsman.ch)), lequel a été remanié durant l'exercice. Contrairement à certaines instances étrangères comparables et afin de garder une flexibilité maximale, l'instance suisse de médiation s'est toujours abstenue de figer une procédure stricte; toutefois, il est dans l'intérêt des clients des banques eux-mêmes que les requêtes soient soumises à certains critères.*

*L'étape préalable de la négociation directe entre les parties, client et banque, est en principe indispensable: il leur appartient en effet de rechercher dans un premier temps un accord amiable. Normalement, l'Ombudsman n'intervient donc qu'à partir du moment où le client, en dépit d'efforts raisonnables – le plus souvent, une réclamation écrite suivie d'une prise de position de la banque – n'est pas parvenu à s'entendre directement avec cette dernière. Le client a alors la possibilité de s'adresser à l'instance de médiation, soit par téléphone, soit par correspondance. De nombreux clients, tant en Suisse qu'à l'étranger, choisissent de soumettre d'abord leur problème et/ou leurs questions par téléphone. Il n'est pas rare que cette première prise de contact soit l'occasion de leur expliquer certains aspects fondamentaux concernant leur question ou leur contestation, de sorte qu'ils se déclarent satisfaits de ces renseignements et que l'ouverture formelle d'une procédure de médiation n'a plus lieu d'être. Lorsque tel n'est pas le cas, l'Ombudsman leur demande de lui communiquer les documents pertinents. D'autres clients préfèrent soumettre leur dossier directement, sans appel téléphonique préalable. Ils doivent alors autoriser formellement l'Ombudsman à prendre contact avec la banque. Un formulaire à cet effet est disponible sur le site Internet. Ils peuvent aussi charger un représentant dûment mandaté d'assurer le suivi des relations avec l'Ombudsman.*

*S'il ne ressort du dossier aucun élément laissant à penser que la banque a pu avoir un comportement fautif, l'Ombudsman fait connaître son appréciation au client, généralement par écrit. Si toutefois, après avoir analysé les pièces en sa possession, il considère que se posent pour le moins des questions auxquelles la banque doit répondre, ou que des indices laissent présumer une faute de cette dernière, il lui demande de prendre position par écrit. Dès lors que cette prise de position ne permet pas d'exclure un éventuel comportement fautif de la banque, et que la banque ne suggère d'emblée aucune solution, l'Ombudsman lui fait une proposition de règlement amiable. S'il parvient à s'entendre avec elle, il justifie la solution envisagée auprès du client et lui recommande de l'accepter. Dans les cas où la banque ne peut se rallier à la proposition de l'Ombudsman, celui-ci fait connaître son appréciation au client – car ce dernier est en droit de connaître sa position – et lui laisse le soin d'examiner l'opportunité d'introduire éventuellement une procédure judiciaire contre la banque.*



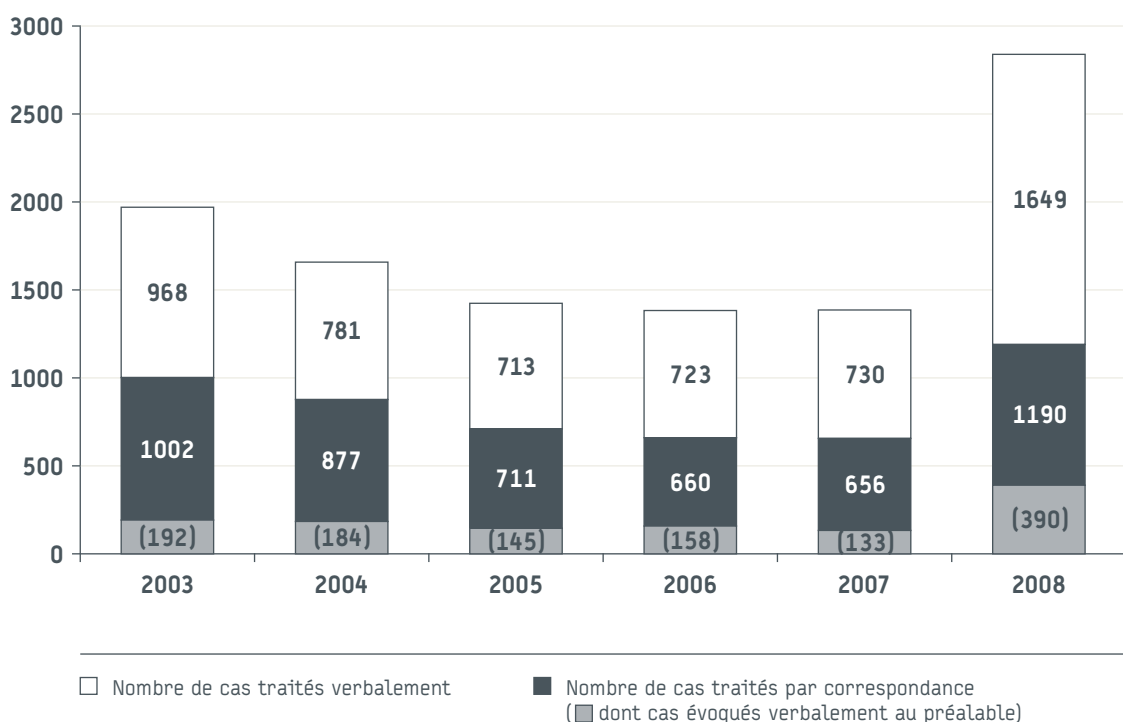
# Statistiques

Comme indiqué en introduction, le nombre des cas a fortement augmenté durant l'exercice sous revue. Au total, 3 754 clients se sont adressés à l'Ombudsman, soit 2 278 de plus qu'en 2007 (1 476). Ceci représente une augmentation de plus de 150%, imputable au premier chef au nombre de requêtes concernant les problématiques «Lehman Brothers», «Kaupthing Bank» ou «produits dits à rendement absolu» (absolute return), appelés ci-après «produits d'épargne» par souci de clarté: à elles seules, celles-ci ont donné lieu à 1 593 cas. En faisant appel à deux avocats externes et en engageant de nouveaux collaborateurs à temps partiel, nous avons tenté de les traiter sans retards excessifs. Nous n'y sommes toutefois pas parvenus comme nous l'aurions souhaité, ainsi qu'en témoignent les chiffres ci-après.

Le nombre des requêtes transmises par correspondance a augmenté de plus de 180% par rapport à 2007, passant de 746 à 2 105. Seuls 1 190 cas ont pu être réglés définitivement, de sorte qu'un nombre non négligeable de requêtes (915, soit 43%) restaient en suspens en fin d'exercice. Par ailleurs, la durée de traitement s'est allongée. Alors qu'au cours des exercices précédents, 80% à 85% des cas étaient réglés dans les trois mois, ceci n'a été possible que pour 75% des cas en 2008. Cette évolution défavorable s'explique elle aussi principalement par l'afflux de réclamations concernant des «produits d'épargne».

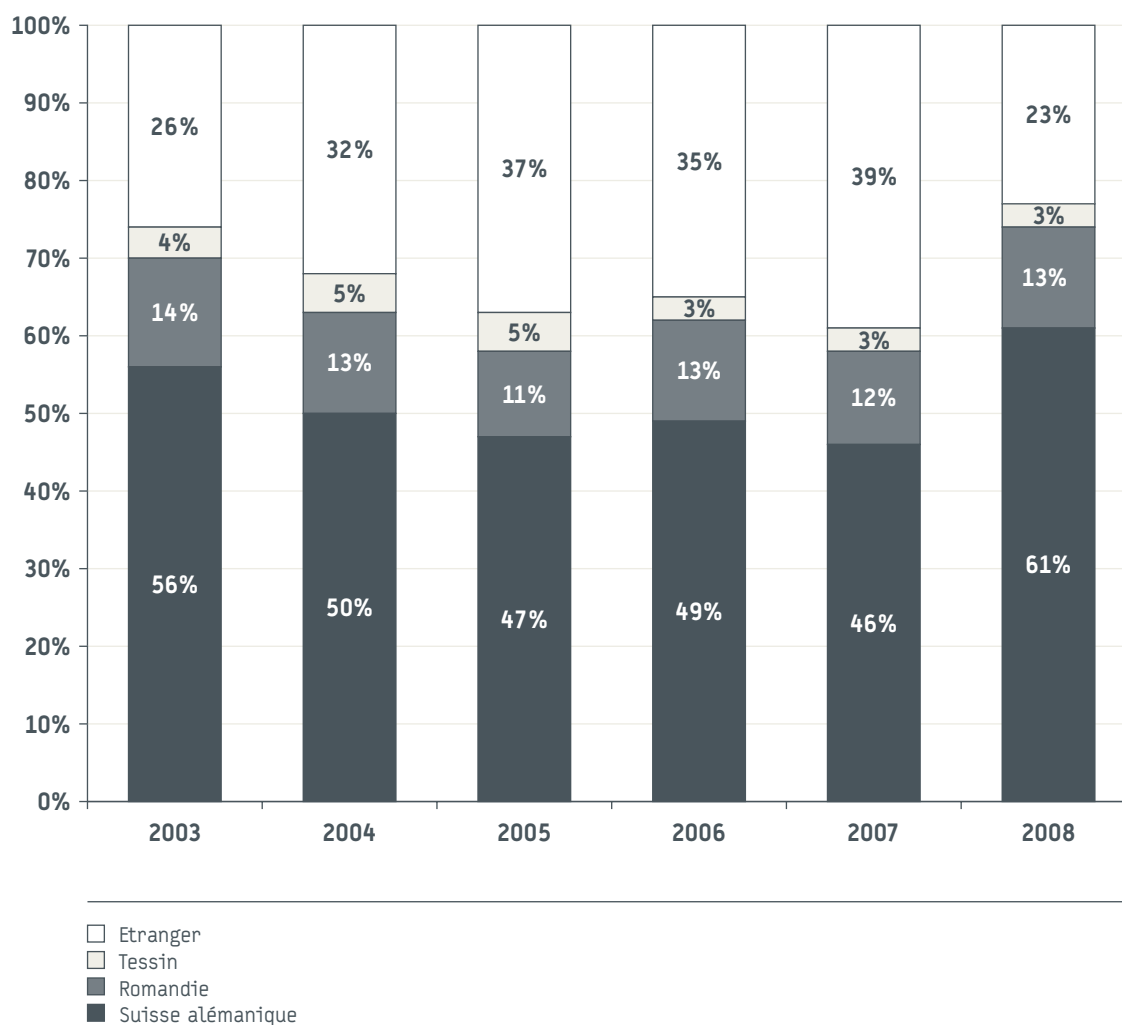
S'agissant des requêtes téléphoniques, bien qu'elles aient plus que doublé, l'augmentation a été un peu plus modérée, puisqu'elle s'est établie à 125% «seulement» (1 649 cas contre 730 en 2007). Les requêtes concernant des «produits d'épargne» ont été au nombre de 483.

## Evolution du nombre de cas réglés



Les développements ci-après exposent un peu plus en détail certains aspects de notre activité. Comme à l'accoutumée, les données portent sur les 1 190 requêtes traitées par correspondance et réglées définitivement durant l'exercice sous revue. La répartition selon la provenance des clients se présente comme suit:

### Provenance des clients (cas réglés par correspondance)



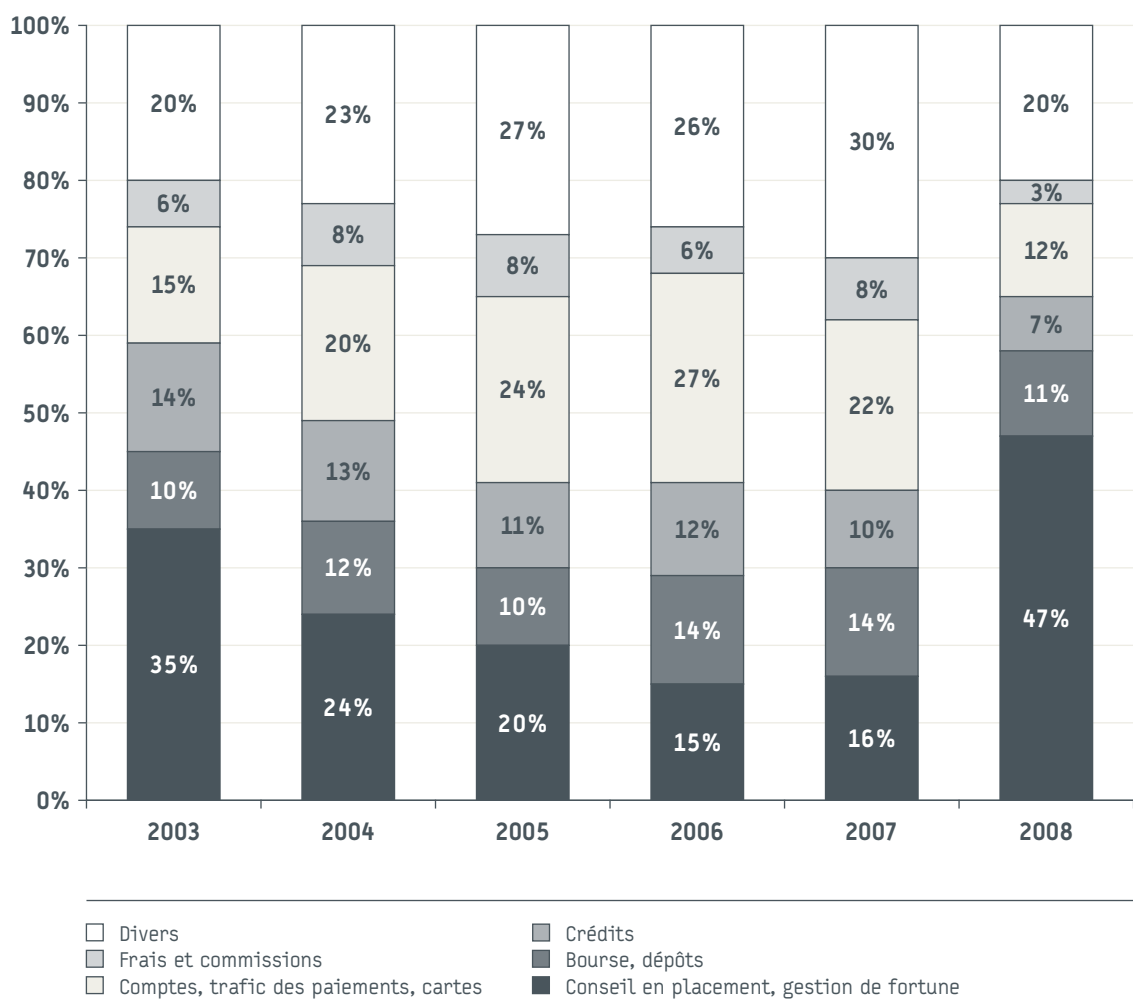
Durant l'exercice sous revue, le nombre des requêtes provenant de la Suisse italienne et de la Suisse romande est resté pratiquement constant. En revanche, les requêtes provenant de l'étranger se sont inscrites en fort recul à 23% – ceci après avoir été constamment orientées à la hausse durant les exercices précédents, et après avoir même affiché une progression remarquable à 39% en 2007. On peut toutefois s'attendre à ce que l'évolution constatée en 2008 reste temporaire, dans la mesure où les clients étrangers se sont vu recommander et vendre moins de « produits d'épargne » axés sur les petits épargnants, c'est-à-dire de produits financiers assortis de garanties du capital (parfois toutes virtuelles) ou de sécurités (pas toujours efficaces en période de crise financière). En revanche, ces instruments financiers sont pour l'essentiel à l'origine de l'augmentation exceptionnelle du nombre de requêtes provenant de la Suisse alémanique. D'une manière générale, c'est principalement à eux que sont dues aussi les ruptures de tendances des statistiques ci-après.

Durant l'exercice sous revue, la part des requêtes de clients commerciaux s'est inscrite en net recul à 4% (2007: 7%). Par «clients commerciaux» ou «clientèle entreprise», nous entendons les personnes morales, y compris les sociétés de personnes et les sociétés individuelles.

17% des clients se sont fait représenter par un tiers. C'est nettement moins qu'au cours des exercices précédents, où ils étaient environ 25%. Ce sont bien souvent des avocats qui choisissent de s'adresser à l'Ombudsman, afin d'aboutir rapidement à une solution économique pour leurs clients. Des fiduciaires, parents et connaissances font aussi volontiers office de représentants des clients mécontents.

La répartition selon la nature des cas se présente comme suit:

**Evolution de la répartition selon la nature des cas (cas réglés par correspondance)**



La forte augmentation du nombre de cas se répartit de façon très inégale selon la nature des requêtes, et ceci n'a rien de surprenant. Celles ayant trait au conseil en placement et à la gestion de fortune ont connu la plus forte progression durant l'exercice sous revue, puisqu'elles ont presque triplé en passant de 16% à 47%. En revanche, la part de la deuxième catégorie des opérations sur titres – exécution de transactions boursières et administration de titres (opérations de dépôt) – s'est inscrite en léger recul, de 14% à 11%. Il n'en demeure pas moins que parmi les cas soumis à l'Ombudsman, quasiment six sur dix portaient sur des opérations sur titres, ce qui reflète indéniablement les tensions sur les marchés financiers. A noter que lors de la dernière crise boursière, entre

2001 et 2003, la part des cas ayant trait au conseil en placement et à la gestion de fortune n'avait jamais dépassé 35% (2003).

Par effet de miroir, pour ainsi dire, la part des autres sous-secteurs a enregistré des reculs parfois marqués, à une exception près. Les chiffres s'établissent comme suit: comptes/livrets d'épargne 6% (10%), trafic des paiements 3% (6%), cartes 3% (6%), crédits 2% (2%), hypothèques 4% (6%) et crédit/leasing à la consommation 1% (2%). Seul le sous-secteur comptes/livrets d'épargne avait un peu régressé sur les trois dernières années, y compris en chiffres absolus.

Si l'on excepte les 360 cas concernant les problématiques «Lehman Brothers», «Kaupthing Bank» ou «produits à rendement absolu (absolute return)», la progression du nombre de cas ayant trait au conseil en placement et à la gestion de fortune reste certes forte, mais nettement moindre, puisque leur part passe de 16% à 23% (contre 47% si l'on intègre les 360 cas précités). Parallèlement, les pondérations dans les autres secteurs évoluent également, mais pas de façon significative.

Dans 23% des cas, après un examen attentif du dossier, l'Ombudsman a jugé bon d'intervenir auprès de la banque et de lui demander de prendre position. En 2007, ce chiffre s'établissait à 39%, ce qui représente un niveau élevé. D'une part, ce recul du nombre des interventions (en pourcentage) s'explique sans doute par le fait que nous avons souvent dû inviter les clients à contacter d'abord directement leur banque, ce qu'ils n'avaient pas encore fait. En outre, nous avons travaillé à plusieurs reprises sur la base de cas pilotes, qui nous ont permis d'évoquer avec la banque concernée la problématique inhérente à des cas similaires et ainsi de reporter certaines interventions.

D'autre part, le phénomène résulte certainement en partie du fait que des clients ont subi de fortes pertes sur leurs placements et souhaitaient examiner l'hypothèse d'en imputer la responsabilité à la banque. Là résidait indubitablement le défi majeur que nous avons eu à relever durant l'exercice sous revue: distinguer les cas sans espoir où le client était clairement responsable de la perte subie de ceux où une éventuelle responsabilité de la banque ne pouvait être exclue d'emblée. En d'autres termes, il s'agissait de séparer le bon grain de l'ivraie.

Toujours est-il qu'à l'issue d'une analyse approfondie de chaque requête soumise, nous avons pu répondre aux clients sans même avoir à intervenir auprès de la banque dans environ la moitié des cas (49%). Ces réponses consistaient souvent à indiquer au client pourquoi, dans un cas donné, la banque ne saurait être tenue responsable des pertes subies.

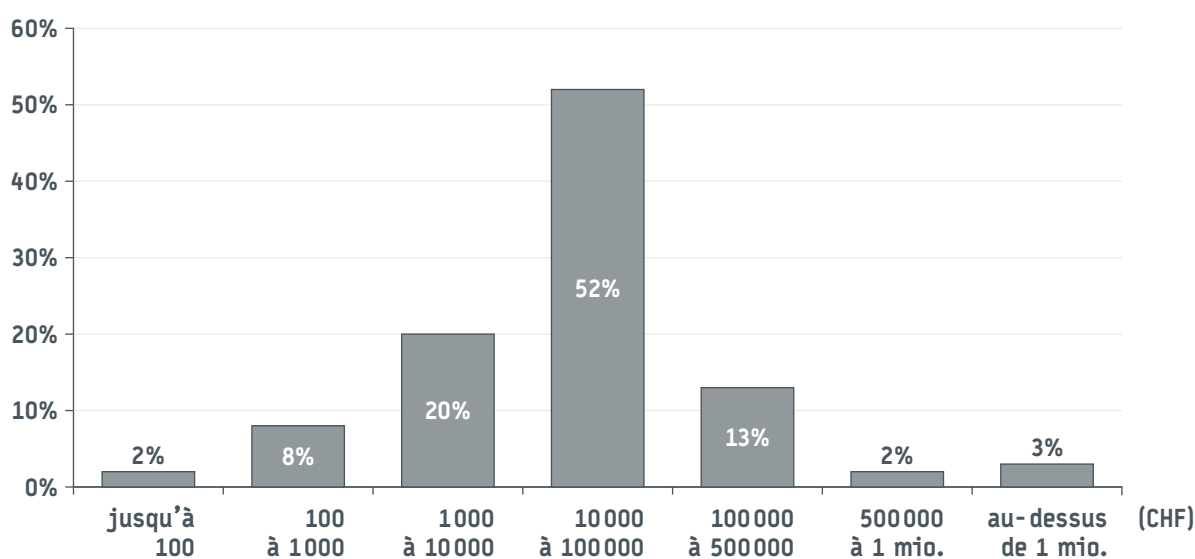
Par ailleurs et comme indiqué précédemment, l'Ombudsman a eu matière à intervenir auprès de la banque dans 270 cas (23%). Et dans la moitié de ces cas environ, son intervention s'est révélée justifiée, dans la mesure où il a été demandé à la banque de prendre des mesures correctives ou de dédommager intégralement ou partiellement le client.

Dans 7% des cas, nous avons été dans l'obligation d'informer le client que l'Ombudsman n'était pas compétent pour traiter son problème. Lorsque le client et la banque ont des positions si diamétralement opposées que la solution au problème, si elle existe, ne peut résulter que d'une procédure d'administration de preuves («Question de preuve», 6%), procédure pour laquelle l'Ombudsman n'est pas compétent, le client est invité à porter l'affaire devant les tribunaux s'il tient à faire valoir ses droits.

L'Ombudsman ne traite pas les cas sur lesquels une autorité, par exemple un tribunal, est déjà intervenue («Autorité», près de 1% comme précédemment). Il ne traite pas non plus ceux qui concernent non une banque, mais par exemple un gérant de fortune indépendant ou une compagnie d'assurance; enfin, l'Ombudsman n'intervient pas dans les cas mettant en cause la politique commerciale des banques, par exemple l'aménagement de leurs conditions. Il se déclare alors non compétent («Non compétent», 7%). La catégorie «Dossier incomplet» (7%) regroupe les cas où le client, à réception de sa requête, a été invité par l'Ombudsman à communiquer des informations complémentaires, mais n'a pas donné suite malgré un courrier de rappel.

Pour l'exercice 2008 comme pour les exercices précédents, nous allons tenter de donner ci-après quelques indications sur les valeurs en litige ou les montants des préjudices.

#### Répartition selon la valeur en litige (cas réglés par correspondance)

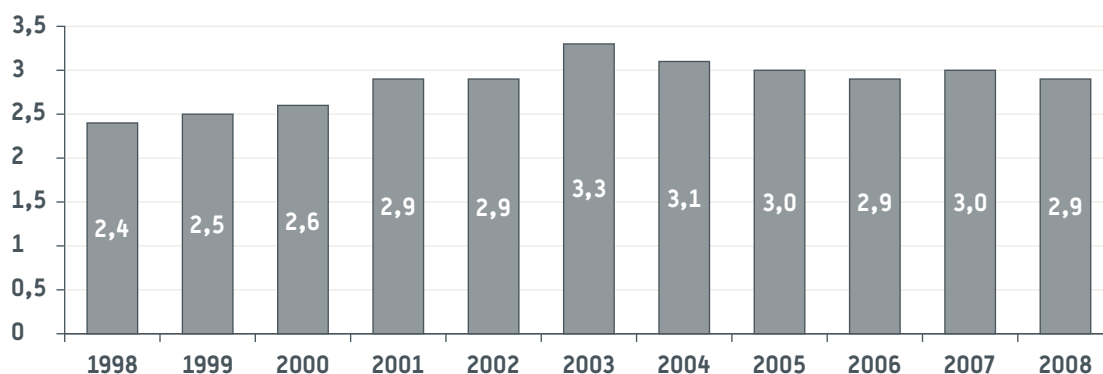


Dans la mesure du possible, nous nous efforçons de déterminer ou d'évaluer la valeur en litige pour chaque requête. En 2008, nous y sommes parvenus dans un peu plus de 60% des cas. Même si toutes les données ainsi collectées ne répondent pas aux critères d'une stricte rigueur scientifique, ils permettent de tirer globalement des conclusions intéressantes. Il s'est ainsi confirmé durant l'exercice sous revue que les cas bénins soumis à l'Ombudsman sont relativement peu nombreux, puisqu'ils n'ont représenté en 2008 que 2% de l'ensemble des requêtes. A l'inverse, plus de la moitié des requêtes ont porté sur des montants tout à fait substantiels. Cette observation ne doit toutefois pas faire oublier qu'au-delà du règlement du litige, l'enjeu est aussi de restaurer, si possible, la confiance du client en sa banque.

Comme pour les exercices précédents, nous nous efforcerons ci-après d'examiner des critères non seulement quantitatifs, mais aussi qualitatifs, comme par exemple la complexité des cas à traiter. A cet effet, nous mesurons le degré de complexité à l'aune du nombre de courriers adressés aux banques par cas et par année: il s'agit donc de diviser le nombre total de ces courriers (789) par le nombre de cas réglés avec intervention auprès de la banque (270). Il en ressort que durant l'exercice sous revue, nous avons adressé en moyenne 2,92 courriers à la banque par cas traité.

Le graphique ci-après présente l'évolution de cet indicateur sur les derniers exercices.

#### **Nombre de courriers à la banque par intervention**



Il apparaît ainsi qu'en 2008, l'analyse et le traitement des requêtes de clients ont nécessité un peu moins de travail que précédemment. En d'autres termes, nous avons enregistré en ce domaine une (modeste) réduction de notre activité.

# Avoirs sans nouvelles

Placé sous l'autorité de l'Ombudsman, l'Office de recherche d'avoirs non réclamés gérés par des banques suisses apporte depuis 1996 son soutien aux ayants droit dans leurs recherches d'avoirs dits sans nouvelles et présumés dans des banques suisses non identifiées. Ses activités sont régies par les Directives de l'Association suisse des banquiers du 1<sup>er</sup> juillet 2000 relatives au traitement des avoirs (comptes, dépôts et compartiments de coffre-fort) dans des banques suisses lorsque la banque est sans nouvelles du client. Ces Directives ont été élevées au rang de normes professionnelles et s'imposent donc à toutes les banques de Suisse, qu'elles soient ou non membres de l'Association suisse des banquiers (ASB).

## **A. Procédure**

Les Directives susmentionnées étant consultables sur le site Internet de l'ASB ([www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org)), les développements ci-après se bornent à rappeler les éléments principaux de la procédure.

Des avoirs – ou plus précisément des relations bancaires – deviennent sans nouvelles lorsque la banque constate que le contact avec le client ou son éventuel mandataire est rompu, à savoir:

- lorsque des courriers de la banque ne peuvent plus être remis à leur destinataire;
- s'agissant de la correspondance en banque restante, des livrets d'épargne et des compartiments de coffre-fort, lorsque la banque sait de source sûre que le client est décédé et au plus tard au bout de dix ans sans contact avec le client, son mandataire ou ses héritiers;
- lorsque tous les efforts de la banque pour rétablir le contact sont restés vains.

Dès lors que la valeur de la relation d'affaires sans nouvelles n'est pas inférieure à 100 CHF, la banque est tenue d'enregistrer les informations concernant le client et son mandataire dans une base de données centrale, à laquelle seul l'Office de recherche de l'Ombudsman des banques suisses est habilité à accéder dans le cadre de consultations individuelles.

Ces consultations de l'Office de recherche (extractions) sont comparées quotidiennement, selon des critères phonétiques, avec les relations d'affaires sans nouvelles enregistrées par les banques, et le système signale les concordances identifiées (matches).

Avant de pouvoir saisir une requête, l'Office de recherche doit vérifier la légitimité à agir du requérant au regard d'un questionnaire et de documents officiels qui lui sont remis (certificat d'héritier, attestation d'exécuteur testamentaire, etc.).

*Si une concordance identifiée par le système apparaît plausible, l'Office de recherche transmet le dossier correspondant (questionnaire et documents) à la banque qui a fait le signalement. Celle-ci procède alors à un examen plus approfondi. Il lui appartient de décider si la relation d'affaires recherchée par l'Ombudsman correspond effectivement à celle signalée comme sans nouvelles et si le requérant a bien le droit d'accéder aux informations. Le cas échéant, l'Office de recherche peut contester ou vérifier la décision négative.*

## **B. Limites de l'Office de recherche**

*L'Office de recherche ne peut effectuer ses recherches que parmi les relations d'affaires signalées comme sans nouvelles. Lorsqu'une relation d'affaires existante n'est pas (encore) réputée sans nouvelles, elle n'est pas (encore) enregistrée comme telle par la banque concernée et ne peut donc pas (encore) être identifiée par l'Office de recherche. Par conséquent, il n'y a pas lieu de s'adresser à l'Office de recherche lorsque, par exemple, un mandataire maintient le contact avec la banque y compris après le décès du client concerné. Pour la même raison, l'Office de recherche en est de plus en plus réduit à décevoir des héritiers légitimes, parce qu'un membre de la communauté héréditaire fait usage d'une procuration donnée par le défunt de son vivant et se montre peu coopératif à l'égard de ses cohéritiers.*

*Comme seules peuvent devenir sans nouvelles des relations d'affaires encore existantes, celles qui sont clôturées ne sont pas signalées par les banques dans la base de données centrale et ne peuvent donc pas être recherchées par l'Office de recherche.*

*L'Office de recherche n'est pas non plus compétent pour les requêtes concernant des victimes des persécutions nazies. Depuis quelques années, celles-ci font l'objet d'une procédure spécifique dans laquelle l'Ombudsman ne peut pas intervenir ([www.crt-ii.org](http://www.crt-ii.org)).*

*Enfin, il est inutile de faire appel à l'Office de recherche lorsque la requête concerne un client avec lequel la banque n'a plus eu aucun contact depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Dès 1997, les banques suisses ont publié des listes de relations d'affaires sans nouvelles depuis 1945 et, jusqu'ici, l'Office de recherche n'a pas pu identifier dans la base de données centrale une seule relation d'affaires datant d'avant 1945 et qui n'aurait pas été publiée en 1997. S'agissant des requêtes portant sur la période antérieure à 1945, toujours nombreuses, l'Ombudsman informe systématiquement les requérants que leurs chances d'aboutir sont minimes, mais beaucoup d'entre eux tiennent néanmoins à ce que l'Office de recherche consulte la base de données centrale.*

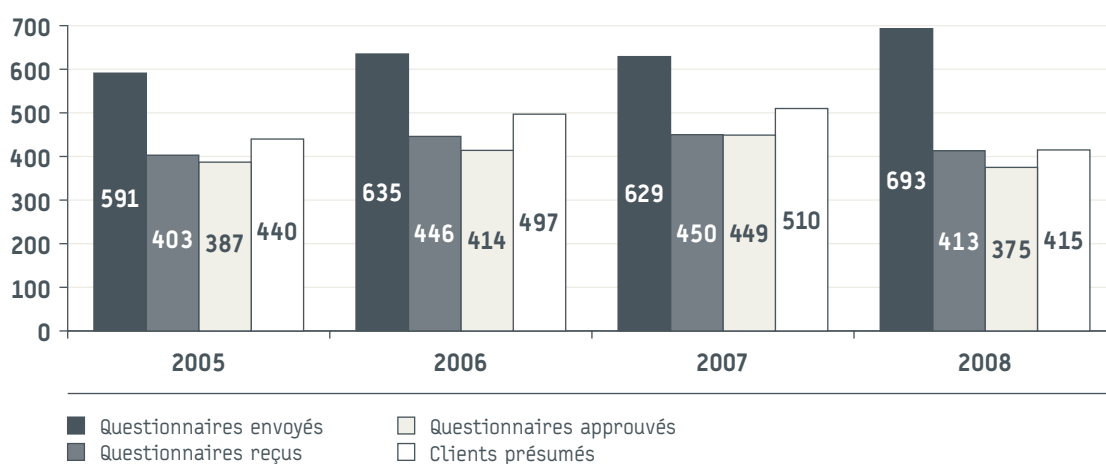


### C. Statistiques

Durant l'exercice sous revue, 693 questionnaires (2007: 629) ont été demandés auprès de l'Office de recherche. Dans le même temps, 413 (450) lui ont été retournés et, après examen, 375 (449) ont été jugés suffisamment légitimés. Parmi ces questionnaires retournés, beaucoup restaient à traiter en fin d'exercice car, au quatrième trimestre 2008, le responsable de l'Office de recherche a dû consacrer une partie importante de son temps à des cas de médiation. Les 375 questionnaires validés ont toutefois fait apparaître au total 415 (510) noms, qui ont fait l'objet d'extractions de la base de données. 15% de ces noms concernaient la période antérieure à 1945. Le système a donc identifié de nombreuses concordances, dont 94 (60) ont été jugées plausibles par l'Office de recherche. Les dossiers correspondants ont alors été transmis aux banques concernées en vue d'un examen approfondi. Celles-ci ont confirmé la concordance dans 22 (19) cas, ce qui a permis de restituer aux ayants droit des avoirs à hauteur de 2,25 millions de CHF ainsi que le contenu de deux compartiments de coffre-fort. Un cas est toujours en cours d'examen (la concordance a été confirmée mais, faute d'un dossier complet, le contact n'a pas encore pu être établi entre le requérant et la banque). Quatre concordances concernaient des relations d'affaires signalées par des banques comme sans nouvelles au cours de l'exercice sous revue et qui avaient déjà fait l'objet d'une vérification infructueuse auparavant, de sorte que les requérants avaient reçu une réponse provisoire négative. Ceci montre une fois de plus que le système fonctionne bien et qu'il identifie automatiquement les concordances entre les anciennes requêtes de l'Office de recherche et les relations d'affaires nouvellement signalées par les banques dans la base de données.

Depuis 2001, l'Office de recherche a identifié au total 183 concordances avérées. Les ayants droit ont ainsi pu récupérer des avoirs d'une valeur de 23,3 millions de CHF, ainsi que le contenu de 20 compartiments de coffre-fort.

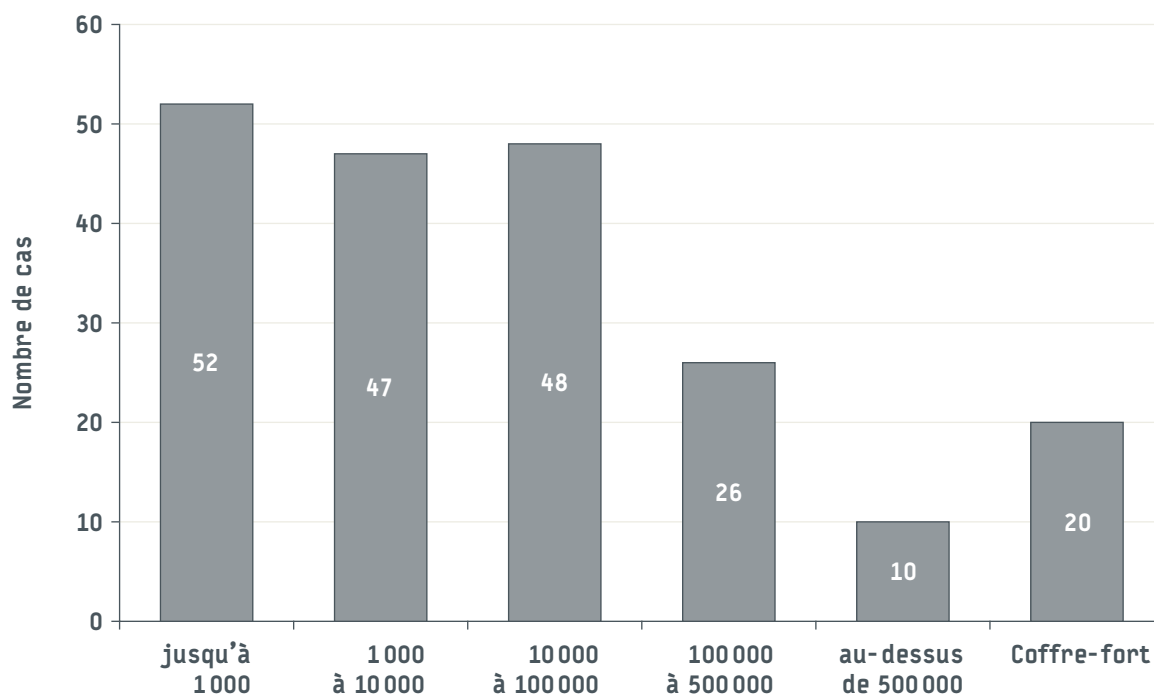
#### Evolution des requêtes transmises à l'Office de recherche (2005–2008)



Statistiques du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2008 (en %)

Répartition géographique	Questionnaires envoyés	Questionnaires reçus	Questionnaires validés	Clients présumés	Dont avant 1945	Concordances confirmées
<b>Europe</b>	<b>71,3</b>	<b>77,5</b>	<b>77,1</b>	<b>79,5</b>	<b>73,8</b>	<b>72,7</b>
Suisse	9,1	8,7	7,7	8,2	8,2	4,5
Allemagne	27,7	32,4	34,4	34,9	21,3	13,6
France	10,4	9,7	10,4	10,1	8,2	18,2
Italie	4,2	4,6	4,3	4,6	3,3	0
Europe de l'Est	5,9	6,5	5,9	5,3	6,6	4,5
Reste de l'Europe	14,0	15,5	14,4	16,4	26,2	31,8
<b>Afrique</b>	<b>1,6</b>	<b>1,7</b>	<b>1,6</b>	<b>1,4</b>	<b>3,3</b>	<b>4,5</b>
<b>Asie</b>	<b>4,3</b>	<b>5,3</b>	<b>5,6</b>	<b>4,1</b>	<b>4,9</b>	<b>4,5</b>
<b>Australie/Océanie</b>	<b>0,6</b>	<b>1,2</b>	<b>1,6</b>	<b>1,4</b>	<b>1,6</b>	<b>0</b>
<b>Amérique Centrale/du Sud</b>	<b>2,5</b>	<b>1,7</b>	<b>1,6</b>	<b>1,4</b>	<b>0,0</b>	<b>0</b>
<b>Amérique du Nord</b>	<b>15,0</b>	<b>12,6</b>	<b>12,5</b>	<b>12,9</b>	<b>16,4</b>	<b>18,2</b>
<b>Nombre total</b>	<b>693</b>	<b>413</b>	<b>375</b>	<b>415</b>	<b>61</b>	<b>22</b>

### Répartition des avoirs restitués aux ayants droit, selon leur montant en CHF (2001–2008)



#### **D. Informations particulières**

Depuis juillet 2008, le questionnaire de l'Office de recherche peut être commandé directement sur le nouveau site Internet de l'Ombudsman. Les requérants sont de plus en plus nombreux à utiliser ce système et, en fin d'exercice, près de la moitié d'entre eux y avaient déjà eu recours.

Dans notre dernier rapport annuel, deux exemples d'actualité nous ont donné l'occasion d'aborder la problématique des relations d'affaires sans nouvelles en cas de liquidation de la banque. Nous annonçons alors que l'Ombudsman s'emploierait à ce que soit trouvée une solution aussi simple que possible, et d'application générale. Durant l'exercice sous revue, cette question a fait l'objet d'une réunion avec la Commission fédérale des banques (devenue la FINMA). L'Ombudsman a pu faire valoir ses idées et est convaincu non seulement que la balle est désormais dans le camp des autorités compétentes, mais aussi qu'une solution raisonnable pourrait voir le jour.

# Organi- sation et personnel

*Le Conseil de fondation veille à ce que l'Ombudsman respecte les prescriptions statutaires ainsi que le règlement et le cahier des charges qui lui sont applicables, il assure la surveillance administrative du Secrétariat, mais il n'intervient pas dans la gestion quotidienne. L'Ombudsman s'est toutefois vu contraint de solliciter la nouvelle Présidente du Conseil de fondation, Madame Annemarie Huber-Hotz – qu'il nous soit permis ici de la saluer très chaleureusement – au-delà des tâches qui sont les siennes, alors qu'elle n'était pas en fonction depuis six mois. La direction d'une banque se refusant à respecter les obligations qui lui incombent dans le cadre de procédures de médiation en vertu de son appartenance à l'Association suisse des banquiers, et l'Ombudsman ne parvenant pas à lui faire entendre raison, la Présidente est intervenue auprès du Conseil d'administration de cette banque. Lors d'un entretien subséquent avec la direction, il a alors été convenu que la banque accorderait à ses clients des délais suffisants pour leur permettre de soumettre leurs litiges – en l'occurrence, une proposition de solution émanant de la banque – à l'Ombudsman pour appréciation. Même si le règlement n'accorde aucune compétence de décision à l'Ombudsman, cet exemple montre que celui-ci tient à faire valoir ses droits formels tout comme ceux des clients des banques, et qu'il est en mesure de le faire.*

*Pour traiter les dossiers qui lui sont soumis et fournir les renseignements demandés, l'Ombudsman est entouré de trois adjoints qui sont des professionnels de la banque. En raison de la crise financière et de l'avalanche de requêtes qu'elle a déclenchée, il a fallu renforcer cette équipe entre octobre et la fin de l'exercice, en recourant aux services de deux avocats externes et en engageant trois personnes supplémentaires en interne. L'effectif est ainsi passé en quelques mois d'un peu plus de 3,5 postes à plein temps à près de 6,5 postes à plein temps. En reportant certaines tâches récurrentes et à long terme, le responsable de l'Office de recherche a pu lui aussi consacrer une partie de son temps au traitement des dossiers de médiation.*

*Du personnel à temps partiel est également venu en renfort à l'administration, de sorte que le niveau de qualité jusqu'ici en vigueur a pu être globalement maintenu au niveau de la comptabilité, de la gestion du personnel, des traductions et des tâches de secrétariat. En fin d'exercice, le Secrétariat comptait au total sept collaboratrices et collaborateurs permanents (6,25 postes à plein temps) et six collaboratrices et collaborateurs internes et externes à temps partiel (3,25 postes à plein temps), soit au total 9,5 postes à plein temps.*

*Durant cette période marquée par la crise, le Secrétariat a été extrêmement sollicité. Néanmoins, de nombreux retours positifs nous sont parvenus des clients requérants, y compris lorsque l'activité était à son comble. Ces clients se sont dit ravis de pouvoir soumettre leur problème à des personnes compétentes et d'avoir ainsi une première appréciation ou des indications sur la marche à suivre. Que toutes les collaboratrices et tous les collaborateurs soient ici chaleureusement remerciés pour le travail énorme qui a été le leur.*

*Mes remerciements vont aussi au Conseil de fondation, qui nous a apporté un soutien sans faille. En particulier, il a su se montrer pragmatique et rapide lorsqu'il s'est agi d'accorder les moyens financiers nécessaires pour maîtriser l'afflux de requêtes. Je tiens enfin à dire ma gratitude à notre Président sortant, Otto Schoch, qui a été un partenaire de choix aux côtés de l'Ombudsman et lui a permis d'accomplir ses tâches sereinement et en toute indépendance.*

*Hanspeter Häni  
Ombudsman*

# Exemples

L'année 2008 restera gravée dans nos mémoires comme une année sans précédent, pour deux raisons: tout d'abord, l'Ombudsman a été lui aussi frappé de plein fouet par la crise financière internationale; mais aussi, dans le secteur du conseil en placement et de la gestion de fortune, deux thématiques ont motivé à elles seules plus de 80% des requêtes.

D'une part, **l'approche absolute return** (rendement absolu) préconisée par diverses banques auprès d'une large clientèle, loin de répondre aux attentes, s'est soldée par des échecs cuisants. Ce concept devait permettre – en théorie – de dégager des rendements positifs tant sur des marchés haussiers que sur des marchés baissiers. Or avec la crise financière, les fonds proposés par certaines banques ont subi des pertes parfois considérables.

D'autre part, la faillite de la banque d'investissement américaine **Lehman Brothers** a contraint bien des clients à réaliser que, lorsqu'on investit dans des produits dérivés à capital intégralement protégé, ledit capital n'est remboursé que si «l'émetteur» est solvable à l'échéance. Lehman Brothers était très active dans le domaine des produits à capital protégé, de sorte que de très nombreux clients ont subi les conséquences de sa faillite.

Autre élément nouveau et pour le moins marquant: dans bien des cas, on a vendu des produits dits à rendement absolu, ainsi que des produits à capital protégé, à des clients novices en matière boursière et présentant une propension au risque extrêmement réduite. A la différence des crises antérieures, les turbulences qui secouent actuellement les marchés financiers touchent donc aussi et surtout une nouvelle catégorie de clients, que nous désignerons ci-après par le terme d'«épargnants» au sens strict, et qui se distingue fondamentalement de la catégorie habituelle des «investisseurs» telle que nous la connaissons. Un «épargnant» au sens strict est une personne pour laquelle la sécurité du placement est une priorité absolue. Il confie son argent à la banque qui lui inspire confiance. Pour cette raison, il fait aussi confiance à son conseiller auprès de la banque. Les opérations boursières ne lui sont pas familières et il ne lui viendrait pas à l'idée de se renseigner sur d'autres formes de placement. Son argent est déposé sur un compte ou placé tout au plus en obligations de caisse ou sur un compte à terme. L'épargnant n'opte pour un autre produit que si son conseiller le démarche activement et lui recommande des placements présentés comme tout aussi sûrs que ceux qu'il détient déjà. Toute perte de capital est exclue d'emblée. Contrairement à l'épargnant, l'investisseur se préoccupe lui-même de son argent. Il suit les marchés qui l'intéressent et attend de son conseiller qu'il lui recommande des alternatives. Pour lui, c'est le rendement qui – parmi d'autres éléments – est décisif.

Les développements ci-après visent à préciser, à l'aide d'exemples concrets, les critères selon lesquels l'Ombudsman apprécie les requêtes qui lui sont soumises. Afin d'éviter tout malentendu, il est indispensable de souligner ce qui suit:

Dans les médias, les problèmes auxquels ont été confrontés les clients détenteurs de produits à rendement absolu et à capital garanti de Lehman Brothers ont été évoqués principalement en relation avec les deux grandes banques suisses. Nous tenons à préciser ici expressément que des clients d'autres banques ont eux aussi été touchés, de sorte qu'on ne saurait conclure que les exemples ci-après se réfèrent systématiquement à des clients d'une des deux grandes banques.

**2008/01: Conseil en placement: étendue des prestations de conseil envers un épargnant au sens strict, responsabilité pour conseil incomplet lorsque le risque d'émetteur n'a pas été signalé**

La cliente avait fait un petit héritage. En plus du compte personnel qu'elle détenait déjà, elle ouvrit un compte d'épargne sur lequel elle fit virer le montant de l'héritage. Lors d'une visite à sa succursale bancaire, on l'informa que le solde de son compte d'épargne, soit 30000 CHF, lui permettait d'acquérir des produits à capital protégé. On lui présenta donc ces produits. La cliente emporta la documentation avec elle mais, relancée par la banque, elle fit savoir à cette dernière qu'elle n'était pas intéressée. Un an plus tard, la banque revint à la charge. La cliente prétendit avoir indiqué à la banque que son avoir en compte d'épargne représentait l'ensemble de ses économies, auxquelles elle ne devait pas toucher dans l'immédiat. Elle lui aurait dit aussi qu'elle ne voulait prendre aucun risque et que de plus, en étudiant la documentation qui lui avait été remise l'année précédente, elle s'était rendu compte qu'elle n'était pas en mesure d'évaluer les risques. Elle n'avait donc d'autre choix que de se fier à son conseiller. Sur la recommandation de ce dernier, elle investit la totalité de son avoir d'épargne dans un produit à capital garanti de Lehman Brothers.

Pour l'essentiel, la banque confirma les faits tels que les avait décrits la cliente. Elle souligna toutefois que celle-ci s'était vu remettre non seulement la brochure «Risques particuliers dans le commerce de titres», mais aussi des term sheets spécifiques au produit concerné qui signalaient les risques et indiquaient qu'il s'agissait d'un produit émis par une banque tierce. En outre, selon la banque, le conseiller avait donné des explications complémentaires à la cliente lors des différents entretiens, répondu à ses questions et attiré spontanément son attention sur les risques.

En l'espèce, il n'était pas contesté que la banque avait conseillé la cliente, ni que cette dernière avait passé l'ordre d'achat du produit à la suite de la prestation de conseil. Il convient donc de se demander si la cliente avait été correctement conseillée.

Pour qu'un conseiller puisse faire des recommandations à un client, il faut qu'il connaisse ses besoins. En règle générale, il commence donc par établir un profil de risque. Ceci lui permet d'établir quel risque le client est en mesure d'assumer au regard de sa situation financière (capacité de risque). Mais par ailleurs, il est tout aussi important de savoir quel risque le client est disposé à prendre (propension au risque). Sur la base de ces informations, le conseiller est alors en mesure de soumettre au client des propositions concrètes et conformes à ses besoins.

En particulier lorsque l'entretien conseil intervient à l'initiative de la banque, le conseiller ne doit recommander au client que des produits qui correspondent à son profil de risque. Il peut bien entendu l'informer aussi sur d'autres produits, dès lors que le client le demande au cours de l'entretien. Mais dans cette hypothèse, il doit lui indiquer sans ambiguïté que, selon lui, ces produits ne correspondent pas à ses besoins. Si le client écarte d'un revers de main l'avis du conseiller et entend acquérir néanmoins les produits, la banque peut et doit évidemment exécuter l'ordre passé en ce sens. Le conseiller a cependant tout intérêt à dûment mentionner dans le dossier (et, pour des raisons de preuve, à se faire confirmer par écrit par le client) que celui-ci a pris sa décision à l'encontre de l'avis de son conseiller.

Si la banque n'est pas chargée de gérer la fortune du client et si, comme dans le cas présent, son collaborateur conseille le client sur le choix d'un placement ponctuel, la décision quant à l'achat du titre incombe au client. A cet effet, il doit disposer des informations requises. Tel est le cas uniquement lorsque le conseiller lui donne des informations complètes et à sa portée sur le produit proposé, et qu'il lui explique le mode de fonctionnement ainsi que les avantages et les inconvénients dudit produit. Alors seulement, le client est en mesure d'apprécier si le produit correspond à ses attentes et alors seulement, il peut prendre sa décision en toute connaissance de cause.

Si le client prétend avoir subi un préjudice en raison d'un manquement de la banque aux obligations lui incombant, c'est en principe à lui de rapporter la preuve de ce manquement. Si en revanche il est clair que la banque a conseillé au client un produit non conforme à son profil de risque, l'Ombudsman considère que la preuve est faite.

En l'espèce, il est parvenu à la conclusion que la cliente était une épargnante au sens strict. Elle était une cliente de longue date de la banque concernée. Pour elle, la priorité était la sécurité du capital. Elle s'était toujours montrée satisfaite, ne s'était jamais renseignée sur d'éventuelles possibilités de placement et n'avait aucune expérience en matière de titres. Elle n'avait cédé aux arguments du conseiller qu'au bout de deux entretiens.

Un produit structuré n'est pas par définition inadéquat pour un épargnant. S'il est assorti d'une protection du capital, il peut tout à fait répondre à ses besoins et à ses souhaits. On peut toutefois se demander si un produit émis par un émetteur étranger tient suffisamment compte du critère primordial de la sécurité dans la mesure où, en cas de défaillance, le client n'a le plus souvent d'autre choix que d'intenter à l'étranger une procédure contre le débiteur étranger. En outre, un des risques inhérents aux créances sur des débiteurs étrangers est que l'argent ne puisse pas être transféré en raison d'interventions étatiques ou autres. Par hypothèse, l'Ombudsman considère donc qu'un épargnant au sens strict écarterait le produit d'un émetteur étranger dès lors que les inconvénients théoriques y relatifs lui ont été exposés. Il en conclut qu'un produit à capital protégé émis par un émetteur étranger ne correspond pas au profil de risque d'un épargnant au sens strict.

Incontestablement, les informations données doivent tenir compte des connaissances et de l'expérience du client concerné: cela est stipulé, notamment, à l'art. 11 al. 2 de la loi sur les bourses. Mais ceci résulte aussi des principes du droit du mandat, lequel est applicable aux situations de conseil. Dans la mesure où l'épargnant au sens strict n'a aucune expérience en matière de titres et privilégie la sécurité, la banque ne peut pas présumer qu'il connaît, par exemple, les risques inhérents à un placement auprès d'une autre banque. Compte tenu des connaissances du client, l'Ombudsman considère que cet aspect doit lui être clairement explicité. La remise d'une documentation indiquant de manière plus ou moins compréhensible que le remboursement ou la protection du capital n'incombe pas à la banque choisie par le client ne suffit en aucun cas. La banque doit préciser au client, d'une part, qui est tenu du remboursement et, d'autre part, quels sont les risques y afférents. Si la banque



*n'est pas en mesure de prouver qu'elle a respecté cette obligation, l'Ombudsman part du principe que le client – s'il s'agit d'un épargnant au sens strict – n'a pas été correctement informé. Il exige alors de la banque qu'elle indemnise le client.*

*La banque doit aussi s'assurer que le client a compris les explications de son conseiller. Selon l'Ombudsman, les exigences à cet égard ne sauraient toutefois être trop élevées, car on est en droit d'attendre du client qu'il pose des questions s'il n'a pas compris quelque chose. Toutefois, lorsque le conseiller ne peut ignorer que le client risque de ne pas suivre ses explications, ou lorsque, comme dans le cas présent, la cliente prétend avoir porté à son attention que de toute façon elle n'était pas en mesure d'appréhender la situation ou le produit et lui faisait entière confiance, l'Ombudsman considère que la banque ne saurait déduire de l'ordre d'achat signé par le client que celui-ci a compris les caractéristiques du produit.*

*En l'espèce, la banque ne relata pas comme la cliente la teneur des entretiens de conseil, de sorte qu'il fut impossible de déterminer qui avait expliqué quoi. Mais surtout, elle s'avéra incapable de prouver qu'elle avait correctement informé la cliente sur les risques liés au produit: l'Ombudsman conclut donc qu'elle était tenue d'une obligation d'indemnisation. La banque ne l'entendit pas de cette oreille et contesta notamment qu'il lui appartenait de signaler le risque d'émetteur à la cliente, au motif que Lehman Brothers était une des plus grandes banques américaines et qu'elle bénéficiait à l'époque d'une excellente notation (rating). Mais c'était oublier qu'en l'espèce, il ne s'agissait pas de la solvabilité de Lehman Brothers (ou d'autres banques). L'élément déterminant résidait en ce que Lehman Brothers était un débiteur étranger, d'où une situation de risque différente par rapport à un débiteur suisse. Et la cliente devait en être informée.*

*Par ailleurs, la banque opposa à notre raisonnement l'argument selon lequel à la date des prestations de conseil, personne ne pouvait anticiper qu'une grande banque américaine ferait faillite; dès lors, dans la perspective de l'époque, il s'agissait d'un risque négligeable qui n'avait donc pas à être spécifiquement explicité. On peut rétorquer à cela que certes, un investisseur expérimenté aux placements largement diversifiés ne tiendra pas compte de ce risque dans ses réflexions. Mais dans de nombreux cas, des clients ont convaincu l'Ombudsman qu'ils n'auraient pas acquis le titre litigieux si le conseiller leur avait indiqué qu'il était émis ou garanti par une banque américaine. En outre, cette argumentation ne tient pas compte du fait que notre droit ne distingue pas entre risques importants et risques mineurs. Selon une doctrine et une jurisprudence reconnues, une prestation de conseil n'est complète et correcte qu'à partir du moment où elle permet au client de prendre sa décision en intégrant tous les aspects. Si la banque s'abstient d'expliquer un aspect, comme par exemple, dans le cas d'espèce, le risque d'émetteur, il ne peut lui en être fait grief dès lors qu'il s'agit d'un client dont la banque peut supposer qu'il connaît le risque concerné. Mais si cette hypothèse se révèle infondée ou erronée et si le risque se réalise ultérieurement, il appartient à la banque de supporter les conséquences de son erreur.*

*Enfin, la banque fit valoir que la distinction opérée par l'Ombudsman entre les «épargnants au sens strict» et les autres investisseurs, ainsi que les conclusions en résultant, étaient floues et non pertinentes, d'autant plus que la jurisprudence n'en faisait pas état et qu'elle ne reposait sur aucun fondement juridique. L'Ombudsman se rallie à cet avis dans la mesure où il s'agit en effet d'une classification nouvelle. Mais comme la faillite de Lehman Brothers a touché aussi une nouvelle catégorie de clients, les nouvelles approches se justifient pleinement. Sans compter que l'Ombudsman est fermement convaincu que cette classification permet d'aboutir à des résultats parfaitement conformes à la doctrine et à la jurisprudence, mais aussi au principe d'équité.*

Ce cas d'espèce n'en a pas moins connu une issue positive. La banque a proposé à la cliente de lui racheter le produit à 85% de sa valeur nominale, ce que celle-ci a accepté. (S'agissant des réflexions de l'Ombudsman quant à la diversification (risque de concentration), nous renvoyons à l'exemple 2008/08).

### **2008/02: Conseil en placement: en cas de remise d'une documentation, caractère suffisant de l'information seulement si l'investisseur est expérimenté**

La cliente, née en 1928, avait économisé durant sa vie quelque 130 000 CHF. Elle disposait depuis toujours d'un compte d'épargne et d'un compte personnel. Dès que le solde de son compte personnel dépassait un certain montant, elle faisait virer l'excédent sur son compte d'épargne. Elle expliqua que depuis un certain temps, son conseiller l'avait contactée avec insistance. Elle avait répondu à chaque fois qu'elle était satisfaite et n'avait besoin de rien d'autre. Mais de guerre lasse, elle finit par accepter qu'il vienne la rencontrer chez elle. Selon elle, il lui expliqua que son avoir en compte d'épargne était trop peu rémunérateur et lui recommanda divers placements. Il lui remit des documentations sur les produits évoqués, en surlignant les points essentiels à ses yeux. Comme elle ne donna pas suite, le conseiller la relança par téléphone et lui demanda si elle avait besoin d'explications complémentaires. Elle lui répondit que pour elle, cette paperasserie, c'était du chinois, et qu'en plus elle avait du mal à lire, surtout quand c'était écrit si petit. Elle accepta toutefois que le conseiller lui propose une nouvelle fois un produit par écrit.

Quelque temps plus tard, de passage au guichet de sa banque pour d'autres raisons et une fois ses opérations terminées, la cliente fut invitée par son conseiller à l'accompagner dans un salon. Là, elle signa l'ordre d'achat du produit à capital protégé de Lehman Brothers qui lui avait été recommandé, pour un montant de 100 000 CHF. Dans son courrier de confirmation, la banque la remercia notamment pour l'ordre d'achat «de notre note à cinq ans». La cliente déclara qu'elle avait cru investir dans un produit de la banque.

S'agissant de la classification de la cliente et de ses incidences sur la question de la charge de la preuve, nous nous contenterons de renvoyer ici aux développements concernant l'exemple précédent: dans le cas présent aussi, selon l'Ombudsman, la banque a vendu le produit à une épargnante au sens strict.

La banque fit valoir qu'en remettant à la cliente la brochure «Risques particuliers dans le commerce de titres» de l'Association suisse des banquiers, elle avait dûment respecté son devoir d'information sur les risques généraux inhérents au type d'opération concerné, y compris à l'égard d'un client inexpérimenté, au sens où l'entend la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cette brochure, selon la banque, mentionnait clairement le risque d'émetteur lié aux produits structurés.

C'était ignorer qu'outre le devoir d'information sur les risques généraux inhérents à un type d'opération, il existe aussi des devoirs d'information, d'explication et de mise en garde relevant du droit du mandat, qui portent sur chaque cas particulier et doivent tenir compte des connaissances et de l'expérience du client. Comme il s'agissait en l'espèce d'une épargnante au sens strict, et de surcroît novice en matière de placements, les risques liés à l'opération lui étaient inconnus: la banque était donc tenue de les lui expliquer et de s'assurer qu'elle les avait bien compris.

*Dans ce cas comme dans le précédent, la cliente ne contesta pas avoir reçu la brochure «Risques particuliers dans le commerce de titres», ainsi qu'une documentation sur le produit (fact sheet). Mais les déclarations de la banque et de la cliente divergeaient quant à la teneur des divers entretiens, de sorte qu'il fut impossible de déterminer ce qui s'était dit précisément. Toutefois, dans ce cas d'espèce, la banque avait aussi adressé des courriers à la cliente. L'Ombudsman partit donc du principe que ce qui était surligné dans la documentation et avait été confirmé par écrit dans les courriers correspondait pour l'essentiel à ce qui avait été dit à la cliente dans le cadre des entretiens. Au vu des éléments du dossier, la situation se présentait comme suit.*

*Lors du premier entretien, la cliente s'était vu remettre la documentation sur le produit. Y figure en en-tête, et en gros caractères, le logo de la banque. L'intitulé du produit y figure également, lui aussi en gros caractères et sur fond de couleur. Il ne permet pas d'identifier qui est l'émetteur, c'est-à-dire le débiteur. Celui-ci n'est mentionné qu'à la rubrique «Conditions indicatives», et en très petits caractères. Seules sont surlignées des informations positives (notamment la protection intégrale du capital, le taux d'intérêt minimal garanti, ou encore la faible commission d'émission, corrigée à la main). Le nom de l'émetteur, lui, n'est pas surligné. A la rubrique «Risques», le risque d'émetteur n'est pas mentionné. Si le rédacteur de cette documentation s'est efforcé d'employer des phrases simples, le texte n'en est pas moins truffé d'expressions techniques et de termes étrangers. Rien que dans le premier paragraphe du descriptif du produit, soit huit lignes, on trouve neuf expressions techniques et/ou termes étrangers non usuels dans le langage «normal». Rien d'étonnant dès lors à ce qu'une octogénaire à la vue défaillante abandonne assez vite la lecture de ces explications, qui s'étalent sur deux pages A4, et avoue à son conseiller qu'elle ne comprend goutte au contenu d'une telle documentation.*

*Dans son premier courrier, la banque n'évoque que le taux d'intérêt minimal garanti ainsi que le taux maximal, très intéressant par rapport à celui du livret d'épargne. Elle ne mentionne ni les risques, ni le nom de l'émetteur ou débiteur.*

*Dans le courrier adressé à la cliente après la passation de l'ordre, la banque récapitule les «conditions principales». Là encore, il n'est pas fait mention de l'émetteur. La banque remercie toutefois la cliente d'avoir passé un ordre d'achat de «notre note». Elle lui confirme par ailleurs qu'à l'échéance, le remboursement du produit intervient à 100% et en francs suisses. La protection du capital fait l'objet d'une restriction, dans la mesure où il est indiqué qu'elle n'est valable qu'à la date de remboursement prévue. Aucun autre risque n'est mentionné.*

*Les courriers susmentionnés ne font pas état du risque d'émetteur, ni du fait que l'émetteur et la banque sont distincts. On ne saurait donc présumer que ces aspects ont été évoqués dans le cadre des entretiens, d'autant plus que la banque, dans son deuxième courrier, remercie la cliente d'avoir acheté «notre note». Ceci laisse plutôt à penser que le collaborateur de la banque, lui aussi, pensait qu'il s'agissait d'un produit «maison». Dès lors, l'Ombudsman a jugé parfaitement plausible l'affirmation de la cliente selon laquelle elle avait supposé qu'il s'agissait d'un produit émis par la banque, supposition qui n'avait été ni examinée ni corrigée lors de l'entretien. Il a donc incité la banque à indemniser intégralement la cliente. La banque s'est montrée réticente et a proposé 80% de l'investissement, ce que la cliente a accepté.*

*Concernant la clarté et la lisibilité des documentations remises aux clients, évoquons encore brièvement deux autres exemples.*

### **2008/03: Conseil en placement: documentation donnant une impression trompeuse, responsabilité du fait de la confiance suscitée?**

*En janvier 2006 et octobre 2006, le client avait acheté deux produits auprès de la même banque. Les deux fact sheets portent en en-tête, bien en évidence, le logo de la banque. L'intitulé du produit y figure en caractères gras et est absolument identique dans les deux cas, à l'exception de la durée et du taux d'intérêt. Le nom de l'émetteur est indiqué en petits caractères; il s'agit dans un cas de la banque du client, et dans l'autre de Lehman Brothers.*

*Dans un autre cas, le nom de la banque du client est évoqué y compris dans l'intitulé du produit. Parmi les informations clés, sous «Emetteur», c'est un autre établissement qui est mentionné. Sous «Risques», il est dit que «ce produit est soumis au risque de défaillance du débiteur». Mais le terme «débiteur» ne figure nulle part ailleurs dans le document.*

*Nous ne reviendrons pas ici plus avant sur les éléments de fait. Mais ces exemples permettent de montrer que dans certains cas, les documentations remises aux clients ne sont pas seulement rédigées de façon compliquée et peu claire: lorsque des clients affirment que le traitement visuel ou la présentation des informations les a incités à penser qu'il s'agissait d'un produit de la banque, il n'est pas rare en effet que l'on soit tenté de leur donner crédit. D'ailleurs à ce jour, l'Ombudsman n'a trouvé personne capable de justifier de manière convaincante pourquoi la plupart des banques font certes figurer l'émetteur dans le décompte de Bourse, mais omettent presque toujours de l'indiquer dans le titre de la documentation remise aux clients (fact sheet). De même, l'Ombudsman constate qu'en matière d'obligations et autres produits similaires, trois éléments étaient auparavant essentiels: le nom du débiteur, la durée et le taux d'intérêt. On ne comprend pas pourquoi, en matière de produits structurés, il faudrait employer un terme étranger spécifique pour désigner la partie qui est responsable du bon déroulement de l'opération et du remboursement du capital investi. Une clarification s'impose notamment lorsque le produit concerné s'adresse non aux investisseurs expérimentés, mais aux épargnants encore novices en matière d'opérations sur titres – ceci en vertu du principe selon lequel le niveau d'explication et d'information doit tenir compte des connaissances et de l'expérience du client. L'Ombudsman irait presque jusqu'à dire que récemment encore, le fait d'indiquer dans la documentation que l'émetteur était «Lehman Brothers» ne disait rien à une grande partie de la population et lui importait peu: en effet, avant que la crise financière éclate, on n'avait quasiment jamais vu de clients faire les frais de problèmes concernant l'émetteur. Enfin, soulignons que la notion de «protection du capital» laisse à penser que le capital est protégé dans tous les cas. Or, comme le montrent les exemples donnés ici, il se trouve qu'il n'est justement pas protégé dans la situation la plus critique, à savoir en cas d'insolvabilité de l'émetteur.*

**2008/04: Conseil en placement: est-on une épargnante au sens strict lorsqu'on a déjà acheté d'autres produits?**

*En 2006, sur les conseils de sa banque, la cliente avait investi 100 000 CHF dans un produit à capital protégé de Lehman Brothers. Elle prétendit n'avoir aucune expérience en matière de placements. Dans sa prise de position, la banque fit valoir que ce n'était pas vrai puisqu'en 2001, cette même cliente avait vendu des actions et des parts de fonds qu'elle détenait en portefeuille. Elle avait donc des connaissances en matière d'opérations sur titres.*

*La cliente, sans contester ces cessions de titres, prétendit que la banque en tirait des conclusions erronées. Selon ses dires, elle avait en effet hérité les titres concernés en 1998, les avait laissés en dépôt et ne s'en était plus préoccupée. Fin 2001, un collaborateur de la banque attira son attention sur le fait qu'ils avaient subi une perte de valeur considérable. Elle réalisa alors – toujours selon ses dires – que des placements peuvent aussi se déprécier, raison pour laquelle elle décida de vendre tous ses titres et de laisser le produit de ces opérations en compte d'épargne. Cinq ans plus tard, une collaboratrice de la banque lui recommanda le produit structuré litigieux. La cliente lui rappela expressément les mauvaises expériences faites en 2001 et lui fit savoir qu'elle n'y entendait rien. Pour elle, la priorité absolue était la sécurité. Elle n'accepta d'acheter le produit proposé qu'après que la collaboratrice de la banque l'eut assurée qu'il s'agissait d'un produit à capital protégé, sûr à 100%, qu'elle recommanderait même à sa propre grand-mère.*

*L'Ombudsman ne put déterminer quelles étaient les connaissances réelles de la cliente, ni ce qui avait été discuté entre elle et la collaboratrice de la banque. Il considéra toutefois que le simple fait qu'un client, par le passé, ait déjà effectué une opération sur titres, ne permet pas nécessairement de conclure qu'il s'agit d'un investisseur chevronné. En particulier en cas d'héritage, l'Ombudsman est régulièrement amené à constater que les héritiers, par respect pour le défunt, choisissent de conserver les titres transmis alors même qu'ils ne correspondent pas à leur profil de risque. Certes, l'Ombudsman est lui aussi d'avis que lorsqu'un client détient déjà des actions en dépôt, la banque peut à bon droit présumer qu'il connaît les risques y afférents. Mais lorsque, dans le cadre de l'entretien conseil, elle est bien obligée de constater que tel n'est pas le cas, il lui appartient d'y remédier, de donner au client toutes explications utiles ou de le mettre en garde.*

L'exemple ci-après est plus probant encore.

### **2008/05: Conseil en placement: est-on une épargnante au sens strict lorsqu'on a déjà acheté d'autres produits?**

En 2004 et 2007, la cliente avait acheté deux produits à capital protégé, dont le deuxième émis par Lehman Brothers. Trois années s'étant écoulées entre les deux opérations, la banque considéra que la cliente connaissait le produit et qu'elle n'était donc tenue d'aucun devoir d'information particulier à son égard.

L'Ombudsman ne souscrit pas à ce raisonnement. Il s'avéra en effet que cette cliente, inexpérimentée, avait acheté le premier produit sur recommandation de sa banque. Elle expliqua qu'alors comme aujourd'hui, elle avait fait confiance à son conseiller, dans la mesure où il était son interlocuteur de longue date et lui avait toujours donné entière satisfaction. Selon la cliente, il savait qu'elle privilégiait la sécurité et que l'argent investi représentait l'ensemble de ses économies. D'ailleurs, le premier produit n'avait suscité aucun problème. Trois ans plus tard, la cliente avait été à nouveau démarchée par son conseiller. Soulignant que dans l'intervalle, elle avait épargné une somme conséquente, il lui avait proposé un produit identique, également à capital garanti, et assorti de conditions avantageuses. La cliente avait à nouveau fait confiance à son conseiller et investi 20 000 CHF.

Clairement, la cliente n'avait aucune autre expérience que celle de son premier placement. Il n'était pas contesté que le deuxième achat était intervenu, comme le premier, sur incitation de la banque. Il n'était pas contesté non plus que le conseiller avait recommandé le deuxième produit en soulignant qu'il était identique à celui que la cliente détenait déjà en dépôt. S'agissant des informations concernant ce deuxième produit, la banque fit valoir qu'elle s'en était tenue à des explications sommaires, puisque la cliente avait déjà acheté un produit similaire. Mais pour l'Ombudsman, il était quand même un peu fort de déduire qu'elle en connaissait le mécanisme et les risques au seul motif qu'elle n'avait jamais réclamé ou posé de questions. Comme le produit avait très bien évolué et que les intérêts avaient toujours été servis en temps et en heure, la cliente n'avait aucune raison de remettre en question le conseil qui lui avait été donné à l'époque. L'Ombudsman campa donc sur ses positions: la cliente était une épargnante au sens strict, de sorte qu'il appartenait à la banque de prouver qu'elle l'avait amplement informée soit dans la perspective du premier achat, soit, à défaut, dans la perspective du deuxième.

La banque ne fut pas en mesure de le faire. De plus, le deuxième produit était certes similaire au premier en ce sens que le capital était protégé et que le taux d'intérêt effectif dépendait de l'évolution de certains placements. Mais il s'en distinguait sur un point capital: l'émetteur n'était pas la même banque. En d'autres termes, le respect des conditions et le remboursement du capital incombaient à deux établissements différents. La banque ne parvint pas à prouver de manière plausible que la cliente avait été informée de cette différence essentielle, de sorte que l'Ombudsman lui demanda d'indemniser la cliente. Elle le fit, mais pas intégralement.

**2008/06: Conseil en placement: étendue des prestations de conseil envers un investisseur averti, mention explicite du risque d'émetteur non requise**

*La cliente sollicite sa banque: elle souhaitait se renseigner sur des placements plus rémunérateurs que le compte d'épargne. Selon ses dires, elle indiqua clairement qu'elle n'était pas disposée à prendre de risques. La banque lui recommanda divers fonds, ainsi qu'un produit à capital protégé de Lehman Brothers, et lui remit la documentation correspondante. La cliente opta alors pour le produit de Lehman Brothers et investit une partie de son avoir d'épargne. Elle reprocha à la banque de lui avoir fait perdre la totalité du montant investi.*

*A la manière dont la cliente lui relata les faits, l'Ombudsman douta qu'il pût s'agir d'une épargnante au sens strict. Un entretien avec la banque lui permit de clarifier les choses. Ainsi, celle-ci souligna que la cliente effectuait régulièrement des placements depuis longtemps. Elle avait notamment souscrit cinq ans auparavant des parts de fonds obligataire en monnaies étrangères. Au cours des trois années précédentes, elle avait aussi acheté plusieurs produits structurés présentant un risque actions. L'initiative de ces opérations revenait à la cliente elle-même: munie de coupures de presse et de documents publicitaires, elle était venue rencontrer son conseiller pour lui demander ce qu'il en pensait. Selon la banque, le conseiller lui avait expliqué les caractéristiques des produits et, dans certains cas, lui avait déconseillé de les acheter. Bien que la plupart des opérations réalisées lui aient permis de dégager des plus-values, la cliente avait subi une perte sur un produit, dans la mesure où elle s'était vu livrer des actions. Elle l'avait accepté et avait revendu immédiatement ces dernières. Ceci ne l'avait pas empêchée de continuer à acheter des produits structurés. La cliente confirma globalement ces faits: l'Ombudsman en conclut dès lors qu'elle savait parfaitement ce qu'il convenait d'entendre par «émetteur». Lorsqu'un client dispose de ce type de connaissances, l'Ombudsman considère lui aussi que le conseiller n'a pas à aborder la question du risque d'émetteur.*

Le cas suivant est assez similaire.

**2008/07: Conseil en placement auprès d'un investisseur expérimenté, mention du risque d'émetteur non requise**

*Le client n'en faisait pas mystère: il s'y connaissait en matière d'opérations sur titres et, sous réserve que les risques en soient clairement délimités, il n'était pas fermé à la spéculation. C'est toutefois dans une autre perspective qu'à l'en croire, il avait acheté les produits Lehman Brothers à capital protégé. Il entendait en effet mettre de côté 50 000 CHF pour chacun de ses enfants encore mineurs, de sorte qu'ils disposeraient d'un petit capital pour le cas où ils voudraient faire des études ou s'offrir un bien d'une certaine valeur. Le client avait donc donné carte blanche à son conseiller, se bornant à lui signaler que pour cette partie de sa fortune, la sécurité était absolument prioritaire. Puis il ne s'était plus occupé de rien et avait mis les justificatifs des opérations de côté sans y prêter attention. De même, il ne s'était pas posé de questions lorsque les placements effectués étaient apparus sur son relevé de dépôt.*

*Au vu des documents fournis, il s'avéra que tant le libellé des justificatifs que le descriptif des titres figurant sur le relevé de dépôt indiquaient clairement qu'il s'agissait de produits de Lehman Brothers. Le client ne nia d'ailleurs pas que s'il avait examiné ces documents, il s'en serait rendu compte. Il reconnut aussi qu'il n'avait pas donné mandat à la banque d'investir uniquement dans des produits «maison», et donc d'exclure les risques liés à un placement auprès d'une banque tierce aux Etats-Unis. Il était conscient que la banque elle-même ne pouvait prévoir la faillite de Lehman Brothers. Et il ne contesta pas non plus que, même si la banque avait explicitement attiré son attention sur le fait que l'émetteur et débiteur était une banque américaine, il ne se serait pas opposé aux opérations, d'autant plus qu'il s'agissait de produits en francs suisses et qu'il n'y avait donc aucun risque de change. Lors d'un entretien avec l'Ombudsman, ce client très ouvert et tout à fait prêt à reconnaître ses erreurs admit qu'on ne pouvait guère parler en l'espèce d'une mauvaise prestation de conseil de la part de la banque, et que donc il n'y avait pas matière à demander des indemnités.*



## **2008/08: Conseil en placement: risque de concentration; remboursement du montant qui dépasse la limite normale**

*Le client entretenait depuis longtemps des relations d'affaires avec deux banques. Sur le compte ouvert auprès de la première banque, il se faisait verser son salaire. Il utilisait aussi ce compte pour effectuer ses paiements. Le compte ouvert auprès de la deuxième banque était un compte d'épargne. Lorsque le client voyait qu'il n'aurait pas besoin d'une partie des avoirs en compte auprès de la première banque, il faisait virer des montants ronds sur son compte d'épargne auprès de la deuxième banque. Lorsqu'il eut économisé un peu plus de 40 000 CHF, la deuxième banque prit contact avec lui et lui recommanda d'investir dans un produit à capital protégé de Lehman Brothers. Cédant aux instances de son conseiller, le client investit 40 000 CHF dans un seul et même titre.*

*Lors des négociations avec la banque, une des pierres d'achoppement fut de savoir si ce client devait être considéré comme un épargnant au sens strict. Afin d'éviter de nous répéter, nous n'y reviendrons pas ici. En revanche, ce cas est symptomatique d'un autre phénomène, que l'Ombudsman a observé à de nombreuses reprises dans les requêtes qui lui sont soumises: le principe élémentaire de la répartition des risques, qui revient à éviter les risques de concentration, est bien souvent gravement enfreint. En vertu de ce principe, les risques peuvent et doivent être répartis en fonction de divers critères. Or dans le cas qui nous occupe, plus de 90% des avoirs confiés à la deuxième banque avaient été investis dans un seul et même titre. (Même en tenant compte des actifs déposés auprès de la première banque, la concentration était de 66%).*

*Il n'existe pas de règle absolue, applicable dans tous les cas, qui dit si le principe de diversification a été enfreint ou non. La réponse à cette question dépend de multiples facteurs: il est évident en effet que le critère ne peut pas être le même pour toutes les catégories de titres, ou pour la concentration géographique, ou pour les monnaies, ou pour les débiteurs. De même, le volume du patrimoine doit être pris en compte, tant il est vrai que l'application du principe de diversification est bien plus pertinente lorsque le montant en jeu est de l'ordre du million que lorsqu'il s'agit d'investir prudemment, et en tenant compte des frais en résultant, quelque 100 000 CHF ou même moins. Lorsque, comme l'affirmait la banque en l'espèce, le patrimoine est trop restreint pour être réparti, il convient de se tourner vers les placements collectifs en fonds, qui eux-mêmes suivent le principe de diversification. En toute hypothèse, selon l'Ombudsman, un petit patrimoine ne justifie en aucun cas que l'on enfreigne le principe de diversification.*

*Pour fonder son appréciation quant au cas présent, l'Ombudsman s'est appuyé sur la règle selon laquelle, s'agissant d'avoirs de prévoyance, les placements ne doivent pas excéder 5% par débiteur. En matière de fonds de placement, la limite se situait jusqu'à récemment à 10%. Les dernières Directives concernant le mandat de gestion de fortune ne donnent plus de limite précise, mais stipulent de manière générale au chiffre 9 que la banque doit éviter la survenance de grands risques que provoquerait la concentration anormale d'un nombre trop limité de placements. Dans une interview parue dans *Finanz und Wirtschaft* le 18 octobre 2008, le Président de l'Association suisse des produits structurés préconise de fixer la limite à 10% du patrimoine investi. Les produits à capital protégé de Lehman Brothers étant des produits structurés, il n'apparaît pas faux, selon l'Ombudsman, de s'en tenir à cet ordre de grandeur (sauf pour les cas extrêmes).*

En l'espèce, la concentration s'établissait à 90%, elle était donc sans commune mesure avec la limite de 10% préconisée. Dès lors, il était incontestable que la banque, en recommandant au client d'investir une très grande partie de son patrimoine dans un seul titre, avait enfreint les règles élémentaires du conseil en placement et de la gestion de fortune. C'est pourquoi l'Ombudsman demanda à la banque de rembourser au client la différence entre le montant d'un placement tenant compte des principes applicables (10% du patrimoine) et le montant effectivement investi.

La banque contesta le raisonnement de l'Ombudsman. Elle fit valoir qu'en matière de conseil en placement, où les prestations ne sont que ponctuelles et concernent des opérations précises, l'aspect de la diversification ne joue qu'exceptionnellement un rôle – s'il joue un rôle – dans la mesure où le client ne transfère pas à la banque la responsabilité de composer et structurer son dépôt. Elle jugea également problématique l'approche consistant à définir le risque de concentration uniquement au regard du pourcentage que représente un titre donné par rapport au patrimoine global. Enfin, s'agissant d'un produit à capital protégé bien noté par les agences de notation, la banque affirma que la question de la diversification était à envisager moins strictement: on ne saurait en effet fonder des prétentions en dommages et intérêts pour risque de concentration dès lors que les notations des deux établissements – la banque du client et Lehman Brothers – sont comparables en termes de risques. Sur la base d'autres considérations, la banque proposa néanmoins un remboursement partiel en signe de bonne volonté.

### **2008/09: Conseil en placement: rôle décisif de la situation au moment du conseil, devoir de mise en garde incombant à la banque en cas de changement de circonstances ultérieur?**

En mai 2006, le client investit 50 000 CHF dans un produit à capital protégé de Lehman Brothers. Courant 2008, il constata que cette banque était mal notée et que ses actions se négociaient avec une décote de plus de 50%. Il se renseigna en juillet 2008 auprès de sa conseillère, qui le rassura. Selon les dires du client, elle lui expliqua qu'il n'y avait aucun risque, puisque le placement était garanti à 100%. Lorsque, début septembre 2008, il s'agit de prolonger un dépôt à terme fixe, on évoqua à nouveau la sécurité et la solvabilité de Lehman Brothers. Mais – toujours selon le client – on ne lui conseilla pas de vendre le titre, alors que d'autres banques conseillaient déjà depuis longtemps de le faire. Le client considérait donc que la banque devait l'indemniser.

Il convient de préciser ici en tout premier lieu que les produits à capital protégé émis par Lehman Brothers ne présentent aucun défaut et ne sont pas conçus en infraction à des principes reconnus. D'autres banques ont elles aussi «fabriqué» et vendu des produits identiques ou analogues, et elles continuent de le faire aujourd'hui encore. S'il y a eu des problèmes, c'est uniquement parce que l'émetteur et garant est devenu insolvable, de sorte que la protection du capital ne valait plus rien. Il est également incontesté que Lehman Brothers était une banque d'investissement reconnue, sûre, importante, et de surcroît bien évaluée par les agences de notation. Pour l'Ombudsman, il est indubitable que jusqu'à ce que la crise financière éclate, rien ne laissait présager la faillite de Lehman Brothers: on ne saurait donc contester sur ce fondement les conseils d'achat de produits de Lehman Brothers donnés antérieurement à la crise. Pour en revenir à l'exemple présent, on ne saurait reprocher à la banque d'avoir recommandé au client, en mai 2006, l'achat d'un produit à capital protégé de Lehman Brothers.

Le client reprochait à la banque de ne pas l'avoir spontanément mis en garde en lui conseillant de vendre le produit. A ses interrogations répétées, elle aurait toujours répondu que la patience était de mise.

*A cet égard, il convient de souligner tout d'abord qu'en l'espèce, la banque ne conseillait le client que ponctuellement; il n'existait aucun contrat lui confiant la défense des intérêts patrimoniaux du client de manière générale. Dans ce cas, la doctrine dominante considère qu'il appartient au client de surveiller les titres qu'il détient en dépôt et de prendre les décisions qui lui paraissent adéquates. Bien entendu, il n'est pas interdit à la banque de porter les évolutions «dangereuses» à l'attention du client. Mais elle n'est pas tenue de le faire.*

*On pourrait toutefois se demander si, dans la configuration suivante, il n'y a pas lieu d'imputer à la banque un devoir de mise en garde: la banque contacte un client novice en matière financière et lui conseille un produit donné, arguant du fait qu'il est tout aussi sûr que son avoir en compte d'épargne. Supposons maintenant que par la suite, la solvabilité de l'émetteur ou débiteur se dégrade notablement, et que la banque a tout lieu de penser que le client, en raison de son inexpérience, pourrait ne pas s'en rendre compte: l'Ombudsman considère qu'il convient alors pour le moins de se demander si la banque, en conseillant spontanément un produit absolument sûr, ne s'est pas engagée aussi à mettre en garde le client en cas de changement de circonstances.*

*Lorsque le client – pour en revenir à notre exemple – demande explicitement à son conseiller ce qu'il pense de la situation et quelle serait sa recommandation concernant un titre précis, on peut se référer aux règles générales: sauf accord contractuel préexistant, la banque n'est pas tenue de conseiller le client. Si elle le fait néanmoins, sa prestation de conseil doit être complète et correcte; en d'autres termes, elle doit lui recommander ce que lui aurait recommandé un professionnel expérimenté dans la même situation. Disons-le clairement une fois de plus: la banque ne peut être tenue responsable du simple fait que le conseil de son collaborateur se révèle erroné par la suite. Il n'y a erreur de conseil que lorsqu'un professionnel compétent, dans la même situation, n'aurait pas donné ce conseil.*

*En l'espèce, ce sont les nouvelles alarmantes diffusées dans les journaux qui inquiétèrent le client. Il prit donc contact avec sa banque en juillet 2008. Une collaboratrice accepta de le conseiller, de sorte qu'on est en droit d'examiner si son conseil était complet, correct et adapté aux circonstances. A cette date, il était clair que Lehman Brothers était très fortement touchée par la crise des marchés financiers. Certes, personne ne s'attendait à une faillite, d'autant plus qu'une autre banque américaine, Bear Stearns, avait été reprise et ainsi sauvée quelques mois auparavant. Mais il était patent que même les produits à capital protégé de Lehman Brothers se négociaient avec une forte décote – décote dont la seule explication était que le marché n'était plus vraiment convaincu de la solvabilité de la banque émettrice.*

*Pour l'Ombudsman, c'est une évidence: les informations données au client ne pouvaient être complètes que si la conseillère avait signalé cette situation. Il ne lui était pas interdit de lui faire part (ensuite) de son avis personnel. Mais alors, deux éléments sont fondamentaux: d'une part, qu'elle indique clairement qu'il s'agissait d'un avis personnel; et d'autre part, qu'elle mette tous les faits sur la table, pour que le client puisse prendre sa décision en toute connaissance de cause.*

*S'agissant de la teneur des entretiens conseil, les avis divergeaient. Selon le client, la conseillère lui avait bel et bien dit qu'en aucun cas il ne pouvait y avoir de problèmes, car le placement était garanti à 100% et fonctionnait exactement comme les placements ou produits «maison». Lors de l'entretien qui avait eu lieu juste avant l'ouverture de la faillite, elle avait insisté à nouveau sur la protection intégrale du capital et à aucun moment elle n'avait évoqué ne serait-ce que la possibilité de vendre. Quant à la banque, ses explications restèrent vagues. Selon elle et en substance, la conseillère avait déclaré qu'au regard de la situation et des cours en vigueur, personnellement, elle conserverait le produit. On n'eut toutefois pas à examiner plus avant si la collaboratrice de la banque*

avait respecté son devoir d'information: selon l'Ombudsman, les règles applicables en matière de diversification (risque de concentration) avaient elles aussi été enfreintes et la banque, malgré son désaccord, se déclara disposée à indemniser partiellement le client, qui accepta.

### **2008/10: Conseil en placement: spéculation sur un produit à capital protégé?**

En juillet 2008, le client se renseigne sur un éventuel placement. Le conseiller lui recommanda un produit à capital protégé qui, à la date de la prestation de conseil, se vendait à 83,5% de son montant nominal. Calculé sur la base de l'échéance prévue, en 2011, et rien qu'à cause de cette décote, le rendement s'établissait d'emblée à plus de 5% par an. Le client prétendit que le conseiller ne lui avait pas indiqué qu'il s'agissait d'un produit de Lehman Brothers. Il n'avait donc pas suivi le cours, car il s'était fié aux affirmations du conseiller selon lesquelles le montant nominal serait remboursé à 100% à l'échéance. Aussi tomba-t-il des nues, selon ses propres dires, lorsque le conseiller lui téléphona juste après la faillite de Lehman Brothers et lui annonça que lui aussi faisait partie des victimes collatérales. Selon lui, en juillet 2008, la banque n'aurait plus dû être autorisée à lui vendre le produit. Mais surtout, elle aurait dû être tenue de lui préciser qui était l'émetteur et garant.

Ce qui est décisif selon l'Ombudsman, c'est le risque que le client est disposé à assumer. Comme indiqué dans l'exemple précédent, le marché envisageait l'avenir de manière plutôt pessimiste. L'Ombudsman considère donc très clairement qu'à cette date, il ne fallait plus vendre de produits de Lehman Brothers à un client axé sur la sécurité. Si en revanche le client était informé des risques et prêt à les assumer dans une certaine mesure, il n'y a rien à reprocher à la banque qui, dans cette situation, lui a vendu un produit de Lehman Brothers.

Dans le cas présent, on ne parvint pas à s'entendre sur les risques que le client était disposé à prendre. Mais ce qui est sûr, c'est que le conseiller avait vanté les mérites du produit en arguant d'une très forte rémunération et d'une protection intégrale du capital à l'échéance. Il prétendit avoir dit au client qu'il s'agissait d'un produit de la banque d'investissement américaine Lehman Brothers. De plus, toujours selon le conseiller, ceci figurait dans le fact sheet remis au client, lequel fact sheet spécifiait une fois encore à la fin – et de façon très visible – qu'il ne s'agissait pas d'un produit «maison». Par ailleurs, nul ne contesta que le client ne s'était pas préoccupé de savoir pourquoi on avait pu lui proposer un produit apparemment sûr affichant un rendement largement supérieur à la moyenne. Le client reconnut enfin qu'à l'époque, il était au courant des problèmes que connaissaient de nombreuses banques et savait que Bear Stearns aurait fait faillite si elle n'avait pas été reprise par une autre banque. Comme en outre, normalement, chacun est supposé savoir qu'un taux d'intérêt élevé reflète toujours un risque lié au placement concerné, on pouvait tout à fait imaginer, selon l'Ombudsman, que le client non plus n'en ignorait rien et qu'il avait choisi d'acheter un titre spéculatif dans l'espoir que tout irait bien. Mais l'Ombudsman ne parvint pas à répondre de façon concluante à ces questions, ni à analyser l'ensemble de la situation, de sorte qu'il fut contraint de suspendre la procédure de médiation et de renvoyer le client devant le juge.

## 2008/11: Conseil en placement: responsabilité de la banque en cas d'informations incomplètes et de conseil inadéquat

Le client, en incapacité de travail et bénéficiaire de l'AI à la suite d'un accident, se fit verser l'indemnité d'une compagnie d'assurance, soit environ 250 000 CHF, sur son compte d'épargne. Selon ses dires, au bout de quelque temps, des collaborateurs de la banque le contactèrent par téléphone à deux reprises pour parler avec lui des sommes détenues en compte d'épargne et évoquer d'autres possibilités de placement. Il leur répondit qu'il n'était pas intéressé. La banque s'adressa alors à lui par écrit et lui proposa un rendez-vous pour un entretien. Lors de cet entretien, il refusa les propositions de la banque en indiquant qu'il ne souhaitait pas prendre de risques. La banque insista. A l'occasion d'un deuxième entretien, on soumit au client plusieurs propositions. Il n'y comprit pas grand-chose et se contenta de demander, pour chacune des propositions, si son capital serait en sécurité. A propos d'une des propositions, la banque lui expliqua qu'il pourrait gagner 20 000 CHF par an, mais qu'il était aussi possible qu'une fois ou l'autre, il perde 5 000 CHF. Il rejeta immédiatement cette solution. A propos d'une autre proposition, qui portait sur un produit du «groupe rendement absolu», le collaborateur lui expliqua – toujours selon les dires du client – qu'il n'était pas impossible qu'un paiement d'intérêts «saute», mais que le capital serait en sécurité et resterait intact. On lui promit que moyennant une commission unique de 2 500 CHF, son compte serait crédité chaque année d'environ 7 000 CHF. Ce n'est qu'après s'être fait reconformer ces chiffres verbalement qu'il avait signé l'ordre d'achat des titres. Son avoir d'épargne fut investi presque en totalité dans le même fonds. Les premiers temps, l'évolution du fonds confirma les dires du collaborateur de la banque. Mais à présent, le client était bien obligé de constater que ses parts avaient perdu de la valeur par rapport à la date d'achat. Il ne pouvait et ne voulait pas l'accepter. La banque devait respecter ses promesses.

Là encore, il s'avéra que la propension au risque du client avait été mal appréciée, ou que l'on avait vendu au client un produit inadéquat (car non conforme à sa propension au risque). Dans de tels cas, l'Ombudsman fait savoir aux clients que c'est à eux de décider s'ils entendent vendre le produit immédiatement ou pas.

Beaucoup de clients ont du mal à prendre cette décision, car ils craignent de vendre au plus mauvais moment. L'Ombudsman a beau comprendre cette crainte, il lui apparaît contradictoire que le client, d'un côté, affirme que le produit acheté ne correspond pas à ses besoins et, de l'autre, ne veuille quand même pas le vendre. Premièrement, en le gardant, il laisse entendre que sa propension au risque est malgré tout supérieure à ce qu'il prétend. Deuxièmement, on ne saurait admettre que le client spéculé aux frais de la banque: or c'est à cela que l'on aboutirait si, avant de vendre, il pouvait attendre de voir comment le produit évolue et si, pour le cas où il évoluerait négativement, il était en droit d'attendre de la banque qu'elle l'indemnise de l'ensemble des pertes subies jusqu'alors. Et troisièmement, il est juridiquement fondé que la banque ne puisse plus être tenue responsable des pertes futures à partir du moment où le client sait qu'il a suivi un conseil erroné. Dans le cas d'espèce, le client donna immédiatement ordre à la banque de vendre les titres.

La banque ne contesta pas explicitement les déclarations du client. Elle se contenta d'indiquer que celles-ci ne correspondaient pas nécessairement aux explications du conseiller, lequel prétendait que le client avait été informé des risques en détail, y compris à l'aide de croquis. En outre, selon la banque, il était hors de doute que le conseiller n'avait pas pu parler de garantie du capital, ce que le fact sheet remis au client confirmait d'ailleurs clairement. Le conseiller avait eu l'impression que le client avait compris le produit. Enfin, la banque contesta avoir recommandé un produit inadéquat au client. Le profil de risque avait été défini comme «revenu fixe» et «horizon de placement long» et le fonds concerné, à l'époque, correspondait à ce profil.

Là encore, l'Ombudsman ne parvint pas à déterminer quelle vision des faits correspondait à la réalité. Mais selon lui, on ne pouvait exclure qu'il y avait eu un malentendu entre le client et son conseiller quant à la réelle propension au risque du premier, que certains propos n'avaient pas recueilli toute l'attention qu'ils méritaient et que, le cas échéant, on avait tiré de mauvaises conclusions. Quoi qu'il en soit, nul ne contesta que l'incitation à acheter les parts de fonds, mais aussi le conseil d'investir l'ensemble de l'avoir d'épargne dans un seul et même fonds, émanaient de la banque. Au regard du premier point (cf. aussi à ce sujet les développements sous exemple 2008/01), il apparaît que la banque doit être particulièrement prudente en matière de conseil et donner des informations complètes. De plus, la banque ne peut recommander au client qu'un produit conforme à son profil de risque. A cet égard, l'Ombudsman avait des doutes.

Il convient tout d'abord de souligner un point: vérifier si la direction du fonds a respecté en tout temps les directives qui lui sont applicables va au-delà des tâches imparties à l'Ombudsman dans le cadre de la procédure de médiation. Néanmoins, l'Ombudsman demanda à cet égard des explications à la banque. Celle-ci fit valoir de manière probante que l'approche «rendement absolu» permet d'investir dans le monde entier et dans toute la gamme des obligations. Elle put démontrer en outre que le principe de diversification des risques avait toujours été respecté. Et selon l'Ombudsman, elle répondit valablement à l'objection formulée par diverses parties selon laquelle les investissements en titres exotiques n'étaient pas autorisés. Répétons-le une fois encore: l'Ombudsman n'est pas en mesure d'effectuer une vérification globale. Mais s'il interprète bien les arguments du fonds, celui-ci peut de fait investir de manière très large. La majeure partie doit certes être investie en obligations présentant une grande sécurité mais, dans certaines limites, le fonds peut aussi acquérir des instruments plus spéculatifs. L'Ombudsman considéra donc que formellement, la direction du fonds avait géré ses investissements de manière correcte.

Une toute autre question est de savoir si le conseil d'acheter des parts du fonds concerné correspondait aux besoins du client. Le profil de placement avait été défini comme «revenu fixe», ce que personne ne contestait. Typiquement, on recommande alors des placements à revenu fixe d'excellente qualité. Certes, pendant la durée desdits placements, le client supporte le risque de fluctuation des taux, qui peut influencer sur le cours des obligations. Mais s'il conserve les titres jusqu'à l'échéance, il peut en général partir du principe que les revenus fixés d'avance (intérêts annuels échus) lui seront versés régulièrement et que le capital lui sera remboursé à 100% à l'échéance. Mais les fonds appartenant à la catégorie «rendement absolu» présentent une autre caractéristique.

Le fonds peut investir dans des obligations à taux plus élevé jusqu'à concurrence d'un pourcentage donné. Mais ce taux majoré n'est rien d'autre que la rémunération d'un risque de défaillance accru. Par ailleurs, il peut aussi investir dans des placements en monnaies étrangères. Pour un client qui compte en francs suisses, ceci accroît le risque de ne pas se voir rembourser à l'échéance l'intégralité (en francs suisses) du montant investi. La direction du fonds affirmait aussi que le produit litigieux visait à dégager un rendement meilleur que celui des produits standard. L'Ombudsman s'en tient pour sa part à sa conviction maintes fois répétée: il n'y a pas de rendement supplémentaire sans risque supplémentaire. Dans le cas présent, la banque lui opposa que, considéré dans sa globalité, un portefeuille largement diversifié (plusieurs catégories de placement, dans plusieurs monnaies, avec des débiteurs situés dans plusieurs régions) peut présenter un risque très faible, car certains risques s'annulent mutuellement. Elle imputa les pertes subies par le client non à la stratégie en elle-même, mais au fait que les marchés financiers internationaux, dans tous les domaines, ne réagissaient plus de manière normale et prévisible, de sorte que les principes jusqu'alors généralement reconnus ne pouvaient plus prétendre s'imposer. La banque campa donc sur ses positions: à la date où la recommandation avait été formulée, le fonds litigieux correspondait aux besoins du client.

*Même en admettant que la banque avait correctement évalué la situation, une autre question se posait: avait-elle correctement informé le client sur les risques liés au produit? En l'espèce, l'Ombudsman considéra que le client était un épargnant au sens strict (concernant cette notion et les conséquences en résultant, cf. les développements sous exemple 2008/01, qui s'appliquent pour l'essentiel au cas présent). Selon lui, il appartenait donc à la banque de prouver qu'elle avait attiré l'attention du client sur le risque de perte, risque dont la banque elle-même reconnaissait l'existence. La banque s'avérant incapable de rapporter cette preuve, l'Ombudsman conclut que le client n'avait pas été correctement informé.*

*Dans le cas présent, l'Ombudsman fut encore conforté dans ses positions par le fait que la documentation remise au client vantait les perspectives du produit en termes dithyrambiques. Elle soulignait le professionnalisme et les compétences des personnes chargées de gérer le patrimoine et faisait mention de stratégies innovantes, censées permettre d'atteindre avec une forte probabilité l'objectif de rendement fixé et de dégager un rendement absolu positif quel que soit le niveau des taux d'intérêt. Elle mettait également en avant un contrôle strict de la qualité et des risques, garant de la réalisation des objectifs. En revanche, pas un mot sur le risque de perte de capital. Le descriptif sommaire du produit indiquait uniquement, à la rubrique «Objectifs de rendement», que ceux-ci n'étaient pas garantis. L'Ombudsman comprend que le client, à la lecture de ce descriptif, ait pu conclure que seuls les rendements annoncés n'étaient pas garantis et pouvaient une fois ou l'autre manquer à l'appel. La formulation adoptée ne donnait en tout cas pas clairement à penser que le capital aussi pourrait être menacé. Et si la tonalité de cette documentation était à l'image des propos du conseiller envers le client, il y a tout lieu de penser que la prestation de conseil s'était bel et bien déroulée dans les termes décrits par le client.*

*Reste l'aspect du risque de concentration. A la différence des développements concernant les produits à capital protégé de Lehman Brothers (cf. exemple 2008/08), il convient de noter ici que le client avait investi dans un fonds. Le fonds constitue un patrimoine spécial qui répond envers tous les détenteurs de parts. Par ailleurs, il est largement diversifié, de sorte que la défaillance d'un débiteur n'a pas les mêmes conséquences que dans le cas où le client ne détient en dépôt qu'un seul produit de ce même débiteur. Le risque d'émetteur ne joue donc dans ce cas qu'un rôle très secondaire. Le principe de diversification n'en doit pas moins être respecté, dans la mesure où la direction du fonds peut prendre de mauvaises décisions qui grèvent la performance. Comme en l'espèce, le patrimoine était investi à plus de 90% dans un même fonds, il était indiscutable que la banque, par son conseil, avait incité le client à prendre un gros risque. Pour cette raison aussi, l'Ombudsman recommanda donc une indemnisation du client par la banque. Après de longues discussions, elle fit une proposition conforme à la situation concrète et indemnisa le client presque intégralement. Le client accepta sans se faire prier.*

*En 2006, la cliente décida d'investir une somme conséquente. On mit alors à jour son profil de risque, défini en ces termes: «prudence avec peu d'actions». Sur ce, la cliente opta pour un produit de la gamme «rendement absolu». Au départ, celui-ci évolua favorablement. Des entretiens avaient régulièrement lieu entre la banque et la cliente, où l'on évoquait l'évolution des placements. Une première réclamation intervint en décembre 2007, lorsque la valeur du fonds passa nettement dans le rouge. La cliente prétendit d'emblée qu'on lui avait recommandé le mauvais produit, car la banque connaissait son aversion à l'égard des actions. De plus, selon la cliente, le fonds avait dépassé la petite proportion d'actions convenue. Et la banque n'avait pas non plus respecté son engagement d'informer la cliente dès que la barre des 4% de pertes serait franchie et de prendre des mesures pour éviter toute perte supplémentaire. La cliente n'a pas vendu ses parts.*

*Il ressortit du dossier que le contact entre la banque et la cliente s'était fait à l'initiative de cette dernière. C'était la cliente qui avait sollicité la banque et demandé des propositions de placement. Comme elle avait déjà acheté des actions et d'autres titres précédemment, elle ne pouvait pas être considérée comme une épargnante au sens strict.*

*Le profil de risque de la cliente fut mis à jour à l'occasion de sa demande. On examina notamment de près quel risque elle était prête à prendre. Elle avait certes laissé entendre qu'elle ne souhaitait pas un investissement direct en actions, mais elle n'était pas opposée aux actions en complément d'un portefeuille largement diversifié. Le produit proposé par la banque s'adressait selon les spécialistes aux investisseurs en principe peu enclins au risque, mais qui souhaitaient ne pas laisser passer les opportunités de rendement supplémentaire que pouvait leur offrir le marché. De l'avis de l'Ombudsman, ce produit était conforme au profil de risque de la cliente au moment où il lui avait été recommandé, d'autant plus que la cliente ne voulut pas vendre les actions ni renoncer à une éventuelle remontée des cours.*

*La banque contesta avoir promis quoi que ce soit à la cliente. Selon elle, la documentation indiquait clairement que ni les revenus, ni la préservation du capital n'étaient garantis. Certes, cette documentation présentait sous forme de graphiques des exemples d'évolution possible du produit. Mais il était précisé en toutes lettres qu'il s'agissait d'exemples ne permettant ni d'extrapoler l'évolution effective du fonds, ni de déduire quelque engagement que ce soit. Selon la banque, en aucun cas on n'avait pu promettre à la cliente que si les pertes atteignaient 4%, des mesures seraient prises immédiatement pour éviter tout dérapage supplémentaire. La banque n'avait qu'une seule explication aux affirmations de la cliente: dans la documentation figurait effectivement un exemple qui partait d'une évolution initiale négative, évolution stoppée à 4% en dessous du prix d'achat. Peut-être la cliente avait-elle mal compris. La banque contesta également tout engagement d'informer la cliente dès lors qu'un certain seuil serait atteint. Mais selon elle, même si tel avait été le cas, cela n'aurait rien changé à la situation, car la cliente suivait de près l'évolution du fonds et avait pris régulièrement et spontanément contact avec la banque lorsqu'elle avait besoin d'éclaircissements. Ainsi, sur les quinze mois qui s'étaient écoulés entre l'achat et la réclamation, il y avait eu entre les parties trois entretiens et plusieurs conversations téléphoniques. A ces occasions, on n'avait pas manqué de revenir sur la décision d'investir dans le fonds litigieux, et on l'avait toujours jugée bonne. De même, selon la banque, il était faux de dire que le fonds était allé au-delà du petit risque actions convenu – la cliente parlait d'une limite fixée à 5%, tandis que la documentation ne mentionnait aucun chiffre concernant les actions et se bornait à évoquer les actions à propos de placements sans caractère obligatoire. Au contraire, en vertu des directives de placement applicables au fonds concerné, un risque actions nettement supérieur aurait été tout à fait possible.*



En l'espèce, l'Ombudsman ne parvint pas à déterminer si l'on avait donné à la cliente des assurances allant au-delà de ce que la documentation mentionnait expressément, ou si l'on avait omis de corriger les idées erronées qu'elle se faisait à ce sujet. Il ne put que faire remarquer que selon lui, la banque était exempte de tout reproche si les faits s'étaient bien déroulés comme elle le prétendait. Si en revanche les déclarations de la cliente étaient vraies, un comportement fautif de la banque n'était pas à exclure. L'Ombudsman ignore si la cliente a eu recours aux voies de droit.

**2008/13: Conseil en placement: risque de concentration résultant de produits structurés; absence de responsabilité de la banque dans la mesure où le client a été dûment averti du risque**

Le client, un investisseur averti, disposait de 800 000 CHF qu'il désirait placer. La banque examina ses besoins avec sérieux. Au vu de sa capacité de risque et de sa propension au risque, elle lui conseilla notamment d'investir 500 000 CHF dans des produits structurés. Elle lui proposa dix produits de diverses provenances. Le client prit sa décision sans tenir compte du conseil de la banque, il choisit quatre produits et investit 125 000 CHF dans chacun d'entre eux. Trois étaient des produits du type «Multi-Barrier Reverse Convertible», qui reposaient tous sur quatre actions différentes dont, dans les trois cas, l'action UBS SA. Avec l'évolution négative du marché boursier, la «barrière» fut atteinte pour les trois produits. Et pour les trois produits, à l'échéance, le client se vit livrer des actions UBS SA qui furent enregistrées en dépôt. Il en résulta qu'après l'échéance des produits structurés et malgré une forte dépréciation, les actions UBS SA représentaient encore quelque 30% de la valeur du dépôt.

La banque parvint à convaincre l'Ombudsman que le client avait été correctement conseillé: elle lui avait soumis une proposition pertinente et l'avait informé en détail sur chacun des produits, ce que d'ailleurs l'intéressé ne contesta pas. Il était donc conscient des risques et disposé à les prendre. De plus, non seulement il avait tenu à répartir le montant affecté à des produits structurés sur quatre produits seulement, mais il avait choisi lui-même ces produits parmi ceux proposés par la banque. Or selon lui, celle-ci aurait dû l'avertir explicitement que, compte tenu de sa sélection et si le scénario du pire – que personne n'attendait – se réalisait, les actions UBS SA représenteraient 30% de son dépôt. Il considérait que la banque aurait dû le mettre en garde par rapport à un éventuel risque de concentration.

On doit donner raison au client sur un point: une prestation de conseil sérieuse ne doit pas se cantonner à envisager la situation telle qu'elle prévaut au moment du conseil. Si la banque recommande des produits structurés pour lesquels on n'est pas certain des modalités de remboursement du client à l'échéance, le conseiller doit envisager les différentes configurations. Si l'une des variantes aboutit à un résultat contraire aux principes reconnus en matière de conseil en placement et de gestion de fortune, il lui appartient de modifier sa proposition de telle sorte que ce résultat ne puisse pas se concrétiser. Si le client n'a cure des conseils de la banque, celle-ci a tout intérêt à se le faire confirmer par écrit à des fins de preuve.

En l'espèce, il était prévisible que l'une des configurations aboutirait à un risque de concentration. Et nul ne contesta qu'il n'y aurait pas eu de risque de concentration si le client avait suivi le conseil de la banque. En outre, la banque fut en mesure de prouver qu'elle avait averti le client que sa décision augmentait le risque de détenir un grand nombre d'actions d'une même entreprise. Pourrait-il «vivre avec» si, à l'échéance des produits structurés, on lui «attribuait» des actions dans tous les cas? La banque avait invité le client à se poser la question. Certes, elle n'avait pas explicitement évoqué la possibilité d'un risque de concentration. Mais elle avait fait en sorte que le client, qui disposait d'une expérience boursière conséquente, puisse prendre sa décision au regard des informations essentielles. Selon l'Ombudsman, c'est suffisant. On ne répètera jamais assez que la banque, dans le

cadre d'une prestation de conseil, n'est pas tenue de prendre en compte tous les intérêts du client. Elle n'est pas son tuteur. Il lui appartient seulement – et ce n'est pas rien – de mettre le client en mesure de prendre sa décision en toute connaissance de cause. En l'espèce, pour l'Ombudsman, il était indubitable qu'elle l'avait fait, et que c'était donc au seul client d'assumer les conséquences de sa décision.

**2008/14: Banque électronique: vente automatique d'options le dernier jour de négoce, absence de responsabilité de la banque lorsque l'opération intervient dans le cadre d'un processus pertinent et équitable**

Le client effectuait presque quotidiennement des opérations de Bourse, pour lesquelles il utilisait le système électronique de sa banque. Il détenait en dépôt, notamment, des warrants, que la banque vendit au mieux à la date d'échéance. Le client prétendit qu'avant de procéder à la vente, la banque aurait dû lui demander des instructions. Il argua d'un préjudice car, l'après-midi du même jour, il aurait pu vendre les titres dans de meilleures conditions.

Étaient applicables à la relation bancaire les Conditions générales ainsi que d'autres documents contractuels spécifiques. Avant de pouvoir effectuer des opérations de négoce via la banque électronique, le client devait saisir son profil à l'écran. A la rubrique «Warrants-Verfall-Management» (WVM), il pouvait choisir comment il entendait procéder à l'échéance de ses warrants. Un clic sur le champ approprié lui permettait d'ouvrir une fenêtre où étaient précisées les possibilités dont il disposait. A lui alors de décider s'il s'occuperait lui-même de ses warrants ou s'il préférerait donner mandat général à la banque de vendre les warrants arrivant à échéance le dernier jour de négoce. Cette dernière variante était enregistrée par défaut lorsque le client ne modifiait pas le champ concerné. Le choix effectué pouvait être corrigé à tout moment. En l'espèce, le client ne modifia pas le champ, de sorte que la banque vendit les titres sans autre forme de procès. Le client reprocha à la banque que les documents contractuels écrits n'évoquent ni le profil client à saisir, ni le WVM, et que pas un mot d'explication ne soit donné quant à ce dernier.

Quinze jours avant l'échéance d'un warrant, l'événement était signalé dans une rubrique spéciale figurant sur le relevé de dépôt électronique. Il était précisé également que la banque procéderait conformément aux instructions saisies par le client dans le WVM. Cette information s'affichait aussi longtemps que le client ne la marquait pas comme «lue».

Le client ne contesta pas avoir marqué l'information comme «lue». Toutefois, il fit valoir que dans son contrat avec la banque, il n'était pas stipulé que des informations importantes étaient communiquées uniquement dans le relevé de dépôt en ligne, et uniquement dans cette rubrique spéciale où figuraient aussi les messages les plus divers et les plus anodins, notamment des publicités pour de nouveaux produits. Comme de surcroît il lui arrivait souvent de démarrer son système plusieurs fois par jour, il s'était tellement habitué aux messages affichés qu'il n'y prêtait plus guère attention. Sans doute n'avait-il pas vu l'information en cause et l'avait-il marquée comme «lue» par inadvertance, en même temps qu'une autre. Selon ses dires, il ne pouvait pas s'attendre à ce que des informations personnelles importantes s'affichent au même endroit que toutes sortes de messages sans importance. De plus, le fact sheet relatif au warrant concerné prévoyait un versement automatique en espèces, de sorte qu'il n'aurait même pas été nécessaire de vendre. Il exigea que la banque l'indemnise à hauteur de la différence entre le produit de la vente et le montant du versement en espèces, légèrement supérieur.

*L'Ombudsman ne l'entendit pas de cette oreille. Il se rallia à l'opinion de la banque, selon laquelle le processus de saisie du profil client était clairement expliqué et facile à mener à bien: dans la plupart des champs, un simple clic permettait en effet au client d'afficher les options possibles et de sélectionner celle de son choix. En cas de doute, il pouvait accéder à des explications complémentaires par le biais d'une fonction «Aide». Et si malgré cela son doute persistait, il disposait d'un numéro de téléphone, lui aussi affiché, pour se mettre en relation avec une personne compétente. L'Ombudsman ne voyait pas ce que la banque aurait pu faire de plus.*

*L'objection selon laquelle les documents contractuels écrits ne mentionnaient pas le profil client ne saurait être retenue en faveur du client. Selon l'Ombudsman, il suffit qu'avant la première utilisation d'un média électronique, on attire l'attention du client sur les dispositions et conditions essentielles applicables. S'il n'entend pas accepter ces conditions, il lui appartient de réagir, de prendre contact avec la banque et de tenter d'arriver à un accord. C'est faire preuve d'un comportement contradictoire que de cliquer sur un champ, laissant ainsi entendre que l'on est d'accord avec les conditions, puis de prétendre ensuite qu'on ne les a pas comprises.*

*Comme indiqué plus haut, la banque avait prévu, dans le cadre du WVM, de vendre les warrants le dernier jour de négoce. Elle expliqua qu'elle avait choisi cette solution parce que de nombreux warrants exigent une action du titulaire à la date d'échéance. La vente en Bourse permettait, d'une part, de faire en sorte que le client perçoive la valeur de marché et, d'autre part, d'éviter qu'un warrant ayant de la valeur devienne caduc du simple fait que son titulaire n'avait pas donné les instructions requises. La banque confirma par ailleurs qu'elle procédait toujours de la même manière, de sorte que toute manipulation était exclue. L'Ombudsman considéra que la solution retenue par la banque était pertinente, car elle préservait les intérêts du client dans la grande majorité des cas. Il n'y avait donc pas lieu de contester le processus même si, en l'espèce, un autre processus aurait abouti à un résultat un peu meilleur pour le client.*

*Tout aussi inopérant est l'argument selon lequel le client ne s'attendait pas à ce qu'une information importante le concernant s'affiche dans une rubrique marginale du relevé de dépôt électronique. Certes, il est vrai que la banque utilisait cette rubrique pour les communications les plus diverses. Mais toutes avaient en commun de concerner la Bourse ou le négoce de titres. Le plus souvent, elles portaient sur des titres que le client détenait en dépôt. Dès lors, on peut attendre de l'utilisateur d'un système de négoce électronique qu'il lise les nouveaux messages et vérifie s'ils le concernent ou pas. Tout comme un client qui communique par écrit avec sa banque ne peut se justifier en affirmant qu'il n'a pas lu un courrier, un client qui a opté pour un média électronique et auquel la banque fait parvenir une information par cette voie ne saurait se prévaloir du fait qu'il ne l'a pas lue.*

*Nous ne pouvons que nous répéter ici une fois de plus: le client est tenu de lire les communications qui lui sont transmises par la voie habituelle, et il est tenu de réclamer en cas de désaccord. A défaut, il doit accepter que ces informations lui deviennent opposables.*

### **2008/15: Bourse: offre obligatoire aux actionnaires de la société à reprendre, deux communications presque identiques, mais aux conséquences différentes**

*En vertu de prescriptions légales, l'actionnaire d'une société cotée en Bourse était tenu de soumettre aux autres actionnaires une offre de reprise. La banque du client transmet à ce dernier les informations correspondantes. Ce document de trois pages s'achevait sur la remarque que la banque n'entreprendrait rien sans ordre du client. Le client ne réagit pas. L'offre ne rencontrant qu'un succès mesuré, les délais furent prolongés. Le client reçut un document d'information pratiquement similaire, mais qui stipulait toutefois in fine qu'à défaut de réaction du client, la banque proposerait les titres à la reprise conformément à l'offre. Le client étant à nouveau resté sans réaction, il fut surpris lorsqu'il reçut de sa banque le décompte de Bourse. Selon lui, la banque aurait dû lui signaler spécifiquement la modification.*

*Pour l'Ombudsman, on pouvait comprendre le client. De fait, les deux documents étaient pour l'essentiel similaires. En outre, le deuxième courrier soulignait que l'actionnaire, dans le cadre du délai supplémentaire légal, adressait une nouvelle fois la même offre aux autres actionnaires: on pouvait donc être tenté de ne pas poursuivre sa lecture, dès lors que l'on avait déjà pris une décision au vu du premier document. L'Ombudsman partagea donc l'avis du client selon lequel la banque avait négligé cet aspect, favorisant ainsi le fait que des titres soient proposés à la cession alors que, dans d'autres circonstances, ils ne l'auraient pas été. Mais comme les deux documents soulignaient in fine, de façon claire et même à l'aide de graphiques, les conséquences d'une abstention, et comme la formulation était incontestablement sans ambiguïté, on ne saurait reprocher à la banque d'avoir enfreint ses obligations légales. Toutefois, dans l'intérêt de tous et au nom de la confiance, il serait sans doute utile à l'avenir que la banque, dans des cas similaires, indique de façon explicite et évidente que l'abstention du client entraînera des conséquences opposées en vertu du deuxième document d'information.*

### **2008/16: Résiliation d'un compte de prévoyance: conditions**

*Au moyen d'un formulaire, la cliente informa la banque qu'elle souhaitait résilier son compte de prévoyance (2<sup>e</sup> pilier). Elle lui demanda de vendre les parts de fonds et de virer le produit de l'opération sur son compte personnel. Dans le courrier d'accompagnement, elle précisa qu'elle entendait faire usage de la possibilité du retrait anticipé puisqu'elle était dans sa 59<sup>e</sup> année. Elle demanda aussi un versement rapide, afin de limiter la perte de substance due à la dégringolade boursière.*

*La banque ne pouvait pas exécuter l'ordre immédiatement: au préalable, la cliente devait faire authentifier la signature de son époux, laquelle devait figurer sur la demande pour que le versement puisse intervenir. Les parts de fonds furent néanmoins vendues sans attendre. Une fois la demande dûment signée et authentifiée, la banque constata qu'elle avait été formulée de manière prématurée. En effet, en vertu des dispositions en vigueur, un versement n'était possible qu'à partir de 59 ans révolus. Cette condition n'était indiscutablement pas remplie. Informée de ce contretemps, la cliente demanda que les fonds soient réinvestis. Elle refusa de prendre en charge la différence de cours due au fait que la banque avait vendu immédiatement les parts de fonds.*

*La cliente considérait qu'à réception de sa demande, la banque aurait dû vérifier si toutes les conditions préalables au versement étaient remplies. En tant que professionnel expérimenté, elle aurait dû remarquer tout de suite que la limite d'âge n'était pas atteinte, puisque la cliente avait dû indiquer sa date de naissance sur la demande. En outre, à la date où la banque avait vendu les parts de fonds, l'autorisation en sa possession n'était pas formellement valable, puisque la signature de l'époux*

*n'avait pas encore été authentifiée. La cliente qualifia d'«écervelée» la façon de procéder de la banque: celle-ci aurait dû savoir que l'ordre de vente était subordonné au versement anticipé et intégral de l'avoir de prévoyance.*

*La banque fit valoir une position toute différente. En premier lieu, elle souligna que sur le formulaire, il était dit expressément que la réception de la demande valait ordre de vente immédiate de toutes les parts de fonds. En second lieu, la cliente avait indiqué dans son courrier d'accompagnement qu'elle souhaitait une vente immédiate de ces parts, afin de stopper la perte de substance. En troisième lieu, la banque indiqua que la cliente pouvait modifier sa stratégie de placement à tout moment, et pouvait donc charger la banque de vendre tout ou partie des parts de fonds et de poursuivre la relation de prévoyance «sous forme d'avoir en compte». A cet effet, la signature de l'époux n'était pas requise. Afin de mettre un terme au différend, la banque proposa de partager la perte en deux.*

*Indubitablement, la cliente avait passé l'ordre de vente parce qu'elle pensait – à tort – qu'un versement immédiat était possible. Si la banque avait constaté dès réception de l'ordre que les conditions de versement n'étaient pas remplies, elle n'aurait sans doute pas procédé à la vente sans en référer au préalable à la cliente. Mais comme cette dernière avait fait savoir aussi qu'elle entendait mettre un terme à la tendance baissière, il n'était pas absurde de penser que, si on l'avait interrogée, elle aurait confirmé auprès de la banque son ordre de vente.*

*Il est vrai également qu'à la date de la vente des parts de fonds, la banque n'était pas encore en possession d'une demande valablement signée. Mais cette lacune formelle concernait uniquement la signature de l'époux de la cliente. A cet égard, la banque fit valoir à bon droit que pour un changement de stratégie, et donc pour la vente des parts de fonds, la signature de l'époux n'était pas requise. La signature de la cliente, elle, était parfaitement valable. En outre, dans le courrier d'accompagnement également signé par la cliente, cette dernière avait indiqué clairement qu'elle entendait éviter toute perte de substance supplémentaire et attendait donc de la banque une intervention immédiate. Dès lors, l'Ombudsman jugea plausible l'argument de la banque selon lequel la cliente souhaitait vendre ses parts de fonds de toute façon.*

*Dans ce contexte, l'offre de la banque apparaît extrêmement généreuse: il convient de noter en effet que la perte alléguée par la cliente est intervenue uniquement parce que le cours des parts de fonds a évolué favorablement et contrairement aux attentes exprimées par la cliente dans son courrier d'accompagnement.*

*La cliente accepta cette offre et l'Ombudsman se garda bien de revenir sur l'aspect prétendument «écervelé» du comportement de la banque.*

## **2008/17: Hypothèque: promesse de paiement et contrat de vente d'immeuble, les accords entre acheteur et vendeur ne lient pas les banques**

*Le client acheta une maison à rénover. Les travaux de rénovation incombait au vendeur et les coûts correspondants étaient intégrés dans le prix de vente. Aux termes du contrat de vente, lors de l'authentification de l'acte, le client devait fournir une promesse de paiement en faveur de la banque du vendeur, promesse par laquelle sa propre banque s'engageait à verser le prix d'achat à la banque du vendeur contre remise des cédules hypothécaires.*

*La rénovation fut problématique, car le vendeur ne payait pas les artisans. Pour ne rien arranger, l'acheteur demanda des modifications qui n'étaient pas comprises dans le devis. Le vendeur, les artisans et l'acheteur finirent par convenir d'un paiement direct aux artisans. Une fois la maison rénovée, lorsqu'il s'agit de payer le prix de vente, la banque du vendeur exigea l'intégralité du montant. L'acheteur manifesta son désaccord: il entendait déduire du prix de vente le montant directement versé aux artisans, ce que la banque du vendeur refusa.*

*La banque du vendeur fut en mesure de prouver qu'à la date de signature du contrat, le vendeur lui devait un montant supérieur au prix de vente. Comme le vendeur, en vertu du contrat de vente, s'était engagé à faire les travaux de rénovation à ses frais, la conclusion était simple: il aurait dû se procurer les fonds pour la rénovation par ses propres moyens. Manifestement, il n'était pas en mesure de le faire, raison pour laquelle les artisans avaient exigé d'être payés par l'acheteur. La banque du vendeur n'avait pas participé à ces négociations. Elle n'avait pas non plus accepté que les paiements aux artisans viennent en déduction de la promesse de paiement signée en sa faveur. Pour cette raison, elle était parfaitement en droit d'exiger de la banque de l'acheteur, à l'échéance, l'intégralité du prix de vente garanti par la promesse de paiement.*

*Quant à la banque de l'acheteur (émettrice de la promesse de paiement), elle fut en mesure de prouver qu'avant les paiements aux artisans, elle avait attiré l'attention de l'acheteur sur le fait que ces paiements ne changeaient rien à son obligation de payer l'intégralité du prix de vente, dans la mesure où la banque du vendeur n'avait pas donné son accord pour que lesdits paiements soient déduits du prix de vente. L'acheteur ayant ordonné les paiements malgré cette mise en garde et sans en parler avec la banque du vendeur, il ne pouvait être fait aucun grief à sa banque. Qu'il le veuille ou non, l'acheteur était tenu de payer l'intégralité du prix de vente, à charge pour lui de tenter ensuite de récupérer auprès du vendeur les montants versés directement aux artisans.*

*Cet exemple montre une fois de plus que dans des situations complexes, les clients sont vite dépassés et que toute situation tend à devenir complexe lorsque plusieurs personnes, plusieurs entreprises et plusieurs banques sont impliquées. Certes, on peut et on doit attendre des banques impliquées qu'elles conseillent le client dans la structuration de ses opérations et qu'elles lui proposent des solutions pertinentes. Tel est d'ailleurs le cas en général. Mais l'Ombudsman l'a constaté bien souvent: les problèmes surgissent principalement lorsque le client ne donne pas tous les éléments d'information à la banque, ou lorsque l'opération ne se déroule pas comme prévu. Dans le deuxième cas surtout, on ne saurait trop recommander au client de demander conseil à «sa» banque dès que possible. Si celle-ci n'est pas en mesure de lui répondre, il est indispensable de consulter un avocat ou un notaire, car une simple erreur a vite fait de générer un préjudice ou des coûts supplémentaires considérables.*

*Cet exemple montre aussi que la médiation de l'Ombudsman n'a de sens que lorsqu'on peut reprocher à la banque de ne pas s'être comportée correctement. En l'espèce, ce n'était pas le cas, de sorte que l'Ombudsman ne put qu'expliquer au client déçu pourquoi c'était à lui d'assumer le préjudice subi.*

**2008/18: Crédit: garantie d'un tiers pour un crédit avec convention d'amortissement, conséquences d'une modification de contrat non convenue avec ce tiers**

La banque octroya à Madame Dupont, sa cliente, un crédit de 120 000 CHF. Monsieur Durant nantit en faveur de la banque, en garantie de ce crédit, les droits issus de deux polices d'assurance-vie, à hauteur de 100 000 CHF et 50 000 CHF. En vertu du contrat de crédit, Madame Dupont devait rembourser le crédit par amortissements trimestriels de 2 500 CHF.

Au bout de deux ans, Madame Dupont fut dans l'incapacité de payer et les intérêts, et les amortissements. La banque accepta d'ajouter les intérêts au montant du crédit et de renoncer temporairement aux amortissements, pour autant que Madame Dupont effectue des paiements permettant de ne pas dépasser le montant initial du crédit, soit 120 000 CHF. Au bout de cinq ans, la police d'assurance-vie de 50 000 CHF arriva à échéance. Monsieur Durant demanda alors à la banque d'informer la compagnie d'assurance qu'elle renonçait à son droit de gage. Le montant de 50 000 CHF pouvait alors être versé à Monsieur Dupont. Il argua du fait que dans l'intervalle, le crédit octroyé à Madame Dupont avait dû être ramené à 70 000 CHF (20 amortissements de 2 500 CHF), montant que les droits issus de la deuxième police d'assurance-vie (100 000 CHF) suffisaient largement à garantir. La banque refusa, expliquant que le montant du crédit était toujours de 120 000 CHF. Elle n'était disposée à libérer que 18 000 CHF (150 000 CHF moins le montant du crédit majoré de 10%).

Selon l'Ombudsman, l'élément décisif était de savoir si Monsieur Durant avait connaissance de l'accord intervenu a posteriori entre la banque et Madame Dupont, et s'il l'avait accepté. La banque ne fut pas de cet avis. Elle fit valoir que le crédit initialement convenu n'était pas dépassé et que tant qu'elle détenait des créances à hauteur de ce montant, elle pouvait se désintéresser sur le gage du tiers. Selon elle, ceci résultait de la formulation de la clause de nantissement, aux termes de laquelle Monsieur Durant avait nanti au profit de la banque, en garantie des créances présentes et futures dans le cadre de la relation d'affaires existante, les droits issus des deux polices d'assurance-vie. En outre, la banque n'était pas tenue d'informer Monsieur Durant de l'évolution du crédit. C'était au contraire à lui, en tant que tiers garant, de se renseigner sur la situation auprès de la banque ou de l'emprunteuse. A défaut, il lui appartenait d'en supporter les conséquences. Pour le cas où ce raisonnement se révélerait erroné, la banque signala que Madame Dupont avait informé le tiers garant de la modification du contrat. S'il n'était pas d'accord, il aurait dû se manifester auprès de la banque. Comme il ne l'avait pas fait, son silence valait consentement, de sorte que le contrat lui était dans tous les cas opposable en sa forme actuelle.

La banque fit valoir en outre l'argumentation suivante: au bout de deux ans, Madame Dupont n'avait plus été en mesure de payer les amortissements et les intérêts tels qu'ils résultaient du contrat de crédit. Si à l'époque, la banque avait informé Monsieur Durant de cette situation et si celui-ci n'avait pas été d'accord avec l'arrangement convenu, la conséquence aurait été simple: la banque aurait déclaré le montant dû immédiatement exigible et se serait désintéressée sur la garantie du fait de l'insolvabilité de Madame Dupont. Le solde en souffrance était alors d'environ 103 000 CHF. La banque se déclara prête, en cas de transaction, à ramener la garantie à ce montant.

Monsieur Durant contesta avoir jamais été tenu au courant par Madame Dupont. Mais comme il persistait à penser que la modification ne pouvait produire effet à son égard que s'il l'avait explicitement acceptée, il n'était pas disposé à considérer la proposition de la banque. Ne voulant toutefois pas fermer la porte, il déclara qu'une solution médiane entre les deux extrêmes (70 000 CHF et 103 000 CHF) lui conviendrait.

Dans le cadre de la procédure de médiation, on ne put déterminer si Monsieur Durant avait effectivement connaissance de la modification du contrat de crédit et si son absence de réaction pouvait dès lors être assimilée à un consentement tacite. Or selon l'Ombudsman, sans ce consentement tacite, la modification ultérieure du contrat ne pouvait lui être opposable. D'un autre côté, certains indices laissaient à penser que le contact entre Monsieur Durant et Madame Dupont n'était pas rompu. Si tel était le cas, il y avait tout lieu de penser que le premier connaissait les problèmes financiers de la seconde, et que l'arrangement conclu avec la banque pour y remédier ne lui avait pas échappé. Dans ce cas, Monsieur Durant aurait dû réclamer. Ainsi donc, d'une part, il était établi que la banque n'avait jamais directement informé Monsieur Durant de la modification, et d'autre part, on ne parvint pas à confirmer l'hypothèse selon laquelle il en avait eu connaissance par d'autres voies: dès lors, la suggestion du client sembla pertinente. Les parties se rangèrent à cet avis et convinrent que Monsieur Durant resterait garant à hauteur de 88 000 CHF.

### **2008/19: Impôt à la source sur des titres: une réglementation peu claire ne doit pas conduire à désavantager le client**

Le client n'était plus satisfait des services de sa banque. Il demanda donc à cette dernière de transférer ses titres et avoirs en compte à sa nouvelle banque. S'agissant d'une obligation particulière (zero bond), la banque d'origine était tenue d'imputer l'impôt à la source étranger cumulé jusqu'à la date du transfert et de le verser à l'Etat concerné. La nouvelle banque pouvait alors en demander le remboursement audit Etat et le créditer au client. Or les deux banques ne calculaient pas de la même manière l'impôt à la source dû: il en résulta une différence d'environ 6 000 EUR au détriment du client. Dans l'incapacité de régler le problème, le client s'adressa à l'Ombudsman.

Au départ, lui aussi se cassa les dents. A une première demande, la banque initiale répondit qu'elle avait fait calculer l'impôt à la source par un spécialiste et pensait donc que son chiffre était correct. Le client n'avait qu'à s'adresser à la deuxième banque... laquelle fit exactement la même réponse.

L'Ombudsman ne fut pas en mesure de dire quelle banque avait raison, car la question était régie par un droit étranger. Mais pour lui, il était clair qu'il s'agissait d'un litige entre les deux banques, qui se réglait sur le dos du client. Il suggéra donc que chacune des banques examine une nouvelle fois la situation de près et informe l'autre du résultat de ses investigations. Peut-être pourrait-on ainsi résorber la différence. Les deux banques assurèrent qu'elles allaient se pencher sur le problème. Au bout d'un bon moment, elles durent avouer qu'elles étaient perplexes. Apparemment, la loi applicable avait changé pendant la durée de l'obligation concernée et il était désormais difficile de dire, parmi les deux méthodes de calcul possibles, laquelle était la bonne. Comme une clarification auprès des autorités fiscales compétentes prendrait des mois, les deux banques étaient convenues de créditer d'ores et déjà le montant au client puisque de fait, il devait s'agir pour ce dernier d'un jeu à somme nulle.

L'Ombudsman et le client se réjouirent de cette solution tardive, mais pourtant évidente.



## **2008/20: Résiliation de la relation d'affaires: solution pertinente impossible lorsque les deux parties campent sur des positions extrêmes**

*Il y a toutefois des cas où les parties se braquent et où une solution simple en elle-même se révèle impossible à mettre en œuvre du fait de leur entêtement.*

*La relation d'affaires entre le client et la banque allait depuis longtemps cahin-caha. La banque décida donc de la résilier, en respectant le délai de préavis. Dans le même temps, elle informa le client qu'à défaut d'instructions de sa part à l'expiration du délai, elle vendrait sans frais les valeurs en dépôt et lui verserait par chèque le produit de l'opération. Le client n'accepta pas ce procédé et exigea des explications. Peu de temps après, il reçut de la banque un courrier standard par lequel on l'informait qu'un nouveau conseiller était désormais chargé de gérer la relation d'affaires. Environ un mois plus tard, la banque fit parvenir divers décomptes au client et lui annonça qu'il recevrait par courrier séparé un chèque représentant la contre-valeur de ses avoirs en dépôt. Ce chèque n'arriva que quinze jours plus tard. En outre, le client constata que la banque n'avait pas respecté les termes de son premier courrier, à savoir que les éventuelles ventes interviendraient sans frais. Il prétendit enfin dans sa requête à l'Ombudsman qu'il ne pouvait pas encaisser le chèque, et que donc il ne pouvait pas disposer de son argent.*

*L'examen du dossier fit apparaître que la banque avait réagi au courrier du client lui demandant des explications sur la résiliation et lui avait adressé une réponse. Mais apparemment, ce courrier n'était jamais arrivé. Or le client avait reçu parallèlement l'information concernant le changement de conseiller: pour l'Ombudsman, il était logique que, prenant ce courrier pour la réponse à sa réclamation, il en conclue que la banque avait changé d'avis et lui avait attribué un nouveau conseiller. En conséquence, il n'avait évidemment pas transmis d'instructions.*

*Mais du point de vue de la banque, il était tout aussi logique que, en l'absence de réaction à son deuxième courrier (jamais arrivé), elle conclue que le client ne souhaitait pas donner d'instructions. Il n'y avait donc rien d'anormal à ce qu'elle vende les titres à l'expiration du délai et fasse parvenir un chèque au client.*

*La situation boursière ne cessant de se détériorer, le client aurait pu racheter à tout moment et à un meilleur cours les titres vendus par la banque, de sorte que, selon cette dernière, il n'avait pas subi de préjudice du fait de la vente. Dès lors, l'Ombudsman pensa que le problème était relativement simple à résoudre: il suffisait que le client renvoie le chèque à la banque et que cette dernière lui crédite le produit de la vente par virement bancaire en lui restituant les frais indûment facturés. Mais cette solution s'avéra illusoire, tant la crispation était grande de part et d'autre.*

*La banque commença par refuser de rembourser les frais au client. Certes, dans son premier courrier, elle l'avait assuré que les opérations interviendraient sans frais. Mais comme le client avait protesté et généré ainsi des coûts supplémentaires, elle n'était plus disposée à lui faire cette faveur. En outre, selon la banque, il était faux de dire que le chèque ne pouvait pas être encaissé. Simplement, pour des raisons de sécurité, elle avait envoyé au client un chèque à porter en compte, autrement dit un chèque que l'on ne peut pas encaisser en espèces. Si le client tenait à un paiement en espèces, c'était son problème. Il pouvait rapporter le chèque à la banque et récupérer le produit de la vente en espèces.*

*Le client se braqua lui aussi. Il exigea que le montant soit rémunéré à 5,8% jusqu'à la date où il lui parviendrait. De plus, il déclara qu'il ne renverrait le chèque à la banque que si cette dernière lui certifiait qu'elle respecterait ses exigences. Et il rejeta la solution du virement bancaire au motif qu'il se garderait bien de communiquer ses nouvelles coordonnées bancaires.*

*Comme on pouvait s'y attendre, la banque refusa en bloc. Elle souligna qu'elle s'était comportée correctement. Si le client ne pouvait pas disposer de son argent, il ne pouvait s'en prendre qu'à lui-même, de sorte qu'elle n'était pas tenue de lui verser les intérêts demandés et n'était pas prête à le faire. De plus, le taux astronomique exigé par le client montrait bien que l'enjeu était de tirer profit de la situation. La banque déclara donc s'en tenir à ses positions: soit le client venait remettre le chèque au guichet, et on lui verserait les fonds en espèces, soit il le retournait par courrier en indiquant sur quel compte le montant dû pouvait lui être viré, déduction faite des frais.*

*L'Ombudsman fit savoir aux parties que sur cette base, une médiation ne rimait à rien. Sur ce, contre toute attente, le client déclara accepter un virement bancaire. Quant à la banque, elle se laissa alors convaincre de lui rembourser les frais, sous réserve toutefois que le client s'engage à renoncer à toute nouvelle exigence une fois le virement effectué. Après de nouvelles négociations, elle fit son deuil de cette condition. Et après de nouvelles chamailleries avec le client sur les modalités de renvoi du chèque, le montant fut finalement viré six mois et neuf jours après le début de la procédure.*

# Secrétariat

## **Secrétariat de l'Ombudsman des banques suisses (collaborateurs permanents)**

<i>Hanspeter Häni, lic. rer. pol.</i>	<i>Ombudsman des banques</i>
<i>Christian Guex, lic. rer. pol.</i>	<i>Adjoint à l'Ombudsman des banques</i>
<i>Rudolf Schenker</i>	<i>Adjoint à l'Ombudsman des banques</i>
<i>Martin Tschan, lic. iur., avocat</i>	<i>Adjoint à l'Ombudsman des banques</i>
<i>Monique Gast</i>	<i>Correspondance française</i>
<i>Marlen Leu</i>	<i>Comptabilité, gestion du personnel</i>
<i>Stefan Peter, lic. rer. pol.</i>	<i>Administrateur de l'Office de recherche</i>

<i>Adresse</i>	<i>Ombudsman des banques suisses Bahnhofplatz 9 Case postale 1818 CH-8021 Zurich</i>
----------------	--

<i>Téléphone (8h30–11h30)</i>	<i>+41 (0)21 311 29 83 français/italien +41 (0)43 266 14 14 allemand/anglais</i>
-------------------------------	--

<i>Fax</i>	<i>+41 (0)43 266 14 15</i>
------------	----------------------------

<i>Site web</i>	<i><a href="http://www.bankingombudsman.ch">www.bankingombudsman.ch</a></i>
-----------------	---

# Fondation

## **Fondation Ombudsman des banques suisses**

*Otto Schoch, Dr iur.  
(jusqu'au 30.06.2008)*

*Président, ancien Conseiller aux Etats, Herisau*

*Annemarie Huber-Hotz, Dr h.c.  
(à partir du 01.07.2008)*

*Présidente, ancienne chancelière fédérale,  
Berne*

*Paul Hasenfratz*

*Vice-président, ancien CEO de la  
Banque Cantonale de Zurich, Wallisellen*

*Ulrich Cavelti, Prof. Dr iur.*

*Président du Tribunal administratif du  
Canton de St-Gall et ancien juge suppléant au  
Tribunal fédéral, St-Gall*

*Mario Giovanoli, Prof. Dr*

*Professeur honoraire de l'Université de  
Lausanne, Arlesheim*

*Margrit Krüger-Eggenberger  
(jusqu'au 31.12.2008)*

*Ancienne présidente du  
«Konsumentinnenforum Schweiz KF»,  
Werdenberg*

*Monika Weber  
(à partir du 01.01.2009)*

*Ancienne Conseillère aux Etats,  
ancienne présidente du  
«Konsumentinnenforum Schweiz KF», Zurich*

*Christoph Winzeler, PD, Dr iur.*

*Administrateur de la Fondation, Bâle*

*Ernst & Young SA, Bâle*

*Organe de révision*

# Départ

## **Départ d'Otto Schoch, Président du Conseil de fondation**

*Après avoir assuré pendant près de dix ans la présidence du Conseil de fondation de la Fondation Ombudsman des banques suisses, l'ancien Conseiller aux Etats Otto Schoch s'est retiré pour raison d'âge. Elu en remplacement de l'ancien Conseiller fédéral Léon Schlumpf, entré en fonction début 1999, il fut lui aussi une personnalité connue et remarquable à la tête de la Fondation.*

*Otto Schoch, qui a fondé en 1964 un cabinet d'avocats à St-Gall avec des associés, fut membre du Conseil des Etats de 1983 à 1997 en qualité de représentant du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, et Président de ce même Conseil des Etats durant la législature 1995/96. Au fil de ces années, il sut s'imposer dans le paysage politique suisse grâce à de solides connaissances et à des prises de position claires sur de multiples sujets politiques: nous nous contenterons de citer ici, à titre d'exemples, la loi sur l'assurance-maladie ou la politique suisse en matière de sécurité, où sa voix eut une portée certaine. Les fonctions d'Ombudsman de la Radio-Télévision Suisse (RTS), qu'il occupa à partir de 1998, furent le complément idéal de son activité d'avocat et de ses tâches en qualité de Président de notre Fondation.*

*Otto Schoch a dirigé la Fondation Ombudsman des banques suisses avec circonspection. A sa manière calme, réfléchi et diplomatique, ponctuée avec brio d'une touche d'humour appenzellois, il a guidé le navire de l'instance de médiation d'une main sûre et contribué de manière déterminante à la reconnaissance et à l'acceptation de notre institution.*

*Le Conseil de fondation et le Secrétariat remercient chaleureusement le Président sortant pour son engagement en faveur de la Fondation et de la place bancaire suisse.*

*Paul Hasenfratz  
Vice-président*

*messmerpartner, Bâle*

*Impression: Fleury Druck, Biel-Benken*



