

# **BGer 4C.295/2006 vom 30. November 2006**

Bundesgericht, 2006-11-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.295\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.295_2006)

FR: TF 4C.295/2006 du 30 novembre 2006

IT: TF 4C.295/2006 del 30 novembre 2006

## **Regeste**

contrat de conseil en placements; mauvaise exécution de l'accord; calcul du dommage |  
Droit des contrats

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté par la partie qui a succombé dans ses conclusions libératoires et dirigé contre un arrêt final rendu en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur ( art. 48 al. 1 OJ ) sur une contestation civile dont la valeur litigieuse dépasse largement le seuil de 8'000 fr. ( art. 46 OJ ), le recours en réforme est en principe recevable, puisqu'il a été déposé en temps utile ( art. 54 al. 1 OJ ) dans les formes requises ( art. 55 OJ ). Le recours en réforme est ouvert pour violation du droit fédéral ( art. 43 al. 1 OJ ). Il ne permet en revanche pas d'invoquer la violation directe d'un droit de rang constitutionnel ( art. 43 al. 1 2 e phrase OJ ) ou la violation du droit cantonal ( ATF 127 III 248 consid. 2c et les arrêts cités). Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement juridique sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu de rectifier des constatations reposant sur une inadvertance manifeste ( art. 63 al. 2 OJ ) ou qu'il faille compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents, régulièrement allégués et clairement établis ( art. 64 OJ ; ATF 130 III 102 consid. 2.2, 136 consid. 1.4). Dans la mesure où une partie recourante présente un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'est pas possible d'en tenir compte ( ATF 130 III 102 consid. 2.2, 136 consid. 1.4). Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux ( art. 55 al. 1 let. c OJ). Le recours n'est pas ouvert pour se plaindre de l'appréciation des preuves et des constatations de fait qui en découlent ( ATF 130 III 102 consid. 2.2 in fine, 136 consid. 1.4; 129 III 618 consid. 3). Le Tribunal fédéral ne saurait aller au-delà des conclusions des parties, qui ne peuvent en prendre de nouvelles ( art. 55 al. 1 let. b OJ ), mais il n'est pas lié par les motifs qu'elles invoquent ( art. 63 al. 1 OJ ), ni par l'argumentation juridique retenue par la cour cantonale ( art. 63 al. 3 OJ ; ATF 130 III 297 consid. 3.1).

### **E. 2**

La recourante prétend tout d'abord que la cour cantonale a enfreint l' art. 8 CC pour n'avoir pas retenu dans l'arrêt déferé des faits établis par pièces, soit que les intimés ont reçu chaque mois, en banque restante, les relevés de compte établis par X. \_\_\_\_\_ SA et que H.Y. \_\_\_\_\_ est passé à dix reprises à la banque entre le 1er décembre 2000 et le 2 avril 2001 pour y déposer de l'argent liquide.

### **E. 2.1**

Il a été déduit de l' art. 8 CC un droit à la preuve et à la contre-preuve ( ATF 129 III 18 consid. 2.6 et les arrêts cités). Cette règle est violée quand le juge n'administre pas, sur des faits pertinents ( ATF 126 III 315 consid. 4a), des preuves propres à les établir (cf. ATF 90 II 219 consid. 4b) qui ont été offertes régulièrement selon les règles de la loi de procédure applicable ( ATF 126 III 315 ibidem), alors qu'il ne considère l'allégation desdits faits ni comme exacte, ni comme réfutée. Une mesure probatoire peut cependant être refusée par une appréciation anticipée des preuves, qui ne peut être réexaminée dans un recours en réforme ( ATF 129 III 18 consid. 2.6; 127 III 519 consid. 2a).

#### **E. 2.2.1**

L'autorité cantonale a expressément retenu, au considérant C let. b p. 10 in fine de l'arrêt cantonal, qu'il était possible que les opérations effectuées au premier trimestre 2001 aient figuré dans les relevés de compte envoyés « banque restante » aux demandeurs, mais que cela ne suffisait pas à exonérer la banque de sa responsabilité pour lesdites opérations. Les magistrats genevois auraient certes dû retenir sans restriction l'allégation susmentionnée de la défenderesse, qui était documentée par les pièces déposées sous la cote 5 de son chargé du 27 novembre 2003. Mais il n'importe. En effet, l'application stricte de la fiction de la réception du courrier ne saurait profiter à la banque notamment lorsqu'elle sait que le client n'approuve pas les actes communiqués en banque restante (arrêts 4C.378/2004 du 30 mai 2005 consid. 2.2, et 4C. 81/2002 du 1er juillet 2002, consid. 4.3), ce qui, comme on le verra, était bien le cas en l'occurrence. Autrement dit, l'allégation en question n'avait aucune influence sur la solution de la querelle.

#### **E. 2.2.2**

La circonstance que le demandeur H.Y. \_\_\_\_\_ est venu personnellement déposer à dix reprises de l'argent en liquide aux guichets de la banque entre décembre 2000 et le début avril 2001 n'a aucune pertinence dans le cadre du présent litige. En effet, la recourante ne conteste plus (cf. p. 10 de son mémoire de recours) qu'elle était liée aux demandeurs par un contrat de conseil en placements passé le 27 novembre 2000 (sur un tel accord, cf. arrêt 4C. 27/2003 du 26 mai 2003 consid. 3.2.2, in SJ 2003 I p. 597 et les références doctrinales). L'objet du présent litige est donc de vérifier si la défenderesse a accompli le devoir de diligence qui lui incombait en vertu de la conclusion de ce contrat. Sous cet angle, dès l'instant où la défenderesse ne prétend pas que les caissiers qui ont reçu les versements effectués au guichet par H.Y. \_\_\_\_\_ avaient des connaissances particulières en matière de placements boursiers - hypothèse qui est du reste parfaitement invraisemblable -, il est sans importance de déterminer si et combien de fois le client est venu en personne à Genève remettre des fonds à des guichetiers de X. \_\_\_\_\_ SA. Le grief, dans ses deux branches, n'a aucun fondement.

### **E. 3.1**

La recourante reproche à la Cour de justice de s'être focalisée sur la qualification du contrat noué par les plaideurs, sans s'interroger sur le comportement adopté par les intimés pendant la période du 1er janvier au 31 mars 2001. Elle est d'avis que les demandeurs ont accepté les opérations litigieuses par application de l'art. 4 de ses conditions générales - dont il n'est pas contesté qu'elles avaient été intégrées à la « Convention de conseil » du 27 novembre 2000 -, disposition qui impose au client le devoir de réagir envers la banque dans les 30 jours s'il n'approuve pas une transaction. La défenderesse fait valoir que tant la doctrine que le

Tribunal fédéral ont admis la validité juridique de ce type de clause. A suivre la recourante, les demandeurs auraient été dûment éclairés sur les opérations entreprises par la banque, que ce soit par la remise de documents en banque restante ou par les contacts sporadiques qu'ils ont eus avec A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ entre janvier et avril 2001. Pour n'avoir pas réagi de manière diligente avant septembre 2001, en adressant une protestation claire et sans équivoque à la banque, ils ne se seraient pas conformés à l'art. 4 des conditions générales et auraient donc transgressé leurs obligations contractuelles, la défenderesse ayant pour sa part agi conformément à l'accord du 27 novembre 2000. La réclamation qu'ils ont formulée six mois après l'accomplissement des opérations querellées serait clairement tardive au vu de cette disposition.

### **E. 3.2**

Le contenu de la clause des conditions générales à laquelle se réfère la défenderesse n'a pas été constaté dans l'arrêt critiqué. La recourante aurait dû former un recours de droit public si elle estimait que la cour cantonale n'avait pas administré les preuves régulièrement offertes pour établir un allégué portant sur la teneur de l'art. 4 de ses conditions générales. Il suit de là que le moyen de la défenderesse est fondé sur un état de fait différent de celui arrêté souverainement par la Cour de justice ( art. 63 al. 2 OJ ). Il est donc irrecevable dans toute son étendue.

### **E. 4.1**

D'après la recourante, « quand bien même la relation contractuelle litigieuse n'aurait pas été soumise à l'article 4 des conditions générales susmentionné, l'on devrait tout de même considérer que les intimés ont ratifié les opérations litigieuses par acte concluant ». Elle prétend que les intimés savaient dès le 30 mars 2001 que des opérations avaient été effectuées sans leur accord préalable au cours du premier trimestre 2001, mais qu'ils n'ont alors émis aucune protestation. Du reste, les demandeurs étaient déjà restés sans réaction lorsqu'ils avaient appris par téléphone, le 22 décembre 2000, que leur portefeuille était investi à hauteur de 15 % en actions. La recourante en conclut qu'elle était de bonne foi légitimée à considérer que les demandeurs acceptaient les opérations critiquées, lesquelles - elle n'en disconvient plus - avaient été opérées au mépris des instructions au sens de l' art. 397 CO que leur avaient délivrées ces derniers. La violation de l'accord liant les plaideurs s'en trouverait guérie par la ratification des intimés.

### **E. 4.2**

Comme on l'a vu ci-dessus, les parties ont conclu le 27 novembre 2000 un contrat de conseil en placements. Ce point n'est à bon droit plus contesté. Ce contrat, en tout cas en ce qui concerne les devoirs et la responsabilité du gérant, relève du mandat au sens des art. 394 ss CO (arrêt 4C. 27/2003 du 26 mai 2003 consid. 3.2.2, in SJ 2003 I p. 597; Daniel Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire, 4e éd., p. 208; Pierre Engel, Contrats de droit suisse, 2e éd., p. 503). Le mandataire doit exécuter avec soin la mission qui lui est confiée et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son cocontractant ( art. 321a al. 1 CO applicable par le renvoi de l' art. 398 al. 1 CO ). Il est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat ( art. 398 al. 2 CO ). Si le mandant ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le mandataire est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ( art. 97 al. 1 CO ) ( ATF 128 III 22 consid. 2b). Les instructions sont des manifestations de volonté sujettes à réception, au moyen desquelles le mandant indique au

mandataire, pendant l'exécution ou au moment de la conclusion du contrat, comment les services doivent être exécutés. D'après l' art. 397 al. 1 CO , les instructions sont en principe contraignantes. Le mandataire ne peut s'en écarter que dans des circonstances précises, ainsi si la sauvegarde des intérêts du mandant commande la prise sans instructions de mesures urgentes (art. 397 al. 1 in fine CO), si les instructions sont illicites ou contraires aux moeurs ou si elles sont déraisonnables (cf. Franz Werro, Commentaire romand, n. 3 ss ad art. 397 CO ; Rolf H. Weber, Commentaire bâlois, n. 4 ss ad art. 397 CO ; Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 3e éd., ch. 4676 ss, p. 675). Le mandataire, qui ne se conforme pas aux instructions qu'il a reçues, viole le contrat et est tenu à réparation à l'égard du mandant ( ATF 107 II 238 consid. 5b; Franz Werro, op. cit., n. 12 ad art. 397 CO ; Rolf H. Weber, op. cit., n. 10 ad art. 397 CO ).

#### **E. 4.3**

En l'occurrence, la recourante ne semble plus contester que le conseiller en investissements, dont la banque répond en vertu de l' art. 101 al. 1 CO , ne s'est pas conformé aux instructions que les intimés lui avaient données quant au type d'investissements qu'ils souhaitaient. H.Y.\_\_\_\_\_ avait clairement exposé le 1er décembre 2000 au gestionnaire A.\_\_\_\_\_ et à son supérieur B.\_\_\_\_\_ qu'ayant subi des pertes importantes en bourse deux décennies plus tôt, il voulait une gestion conservatrice, caractérisée par un maximum de 30 % d'actions dans le portefeuille, et qu'il désirait que la somme à investir, par 9'146'941,03 EUR, le soit progressivement, des rendez-vous téléphoniques devant être organisés au fur et à mesure des placements opérés. Or il a été constaté qu'au 31 mars 2001 les actions représentaient 44,20 % des avoirs investis (à savoir 47 % de plus que le plafond fixé pour ce type d'actifs) et que A.\_\_\_\_\_ avait procédé de janvier à mars 2001 à une cinquantaine d'opérations d'achat et de vente de titres, en n'ayant appelé que deux fois H.Y.\_\_\_\_\_. Il saute aux yeux que le gestionnaire prénommé a grossièrement violé les instructions du demandeur. Du reste, la défenderesse a été contrainte d'admettre que le dossier renfermant les conseils dispensés aux intimés était «étrangement vide».

#### **E. 4.4**

En dépit des affirmations de la recourante, les intimés n'ont nullement ratifié les opérations incriminées. Tout d'abord, opposer la clause dite de banque restante aux demandeurs, ainsi que tente de le faire la banque, consacre in casu un abus de droit manifeste ( art. 2 al. 2 CC ). En effet, au vu de ce qui vient d'être dit, la défenderesse ne pouvait ignorer que les demandeurs, dont les instructions étaient limpides, n'approuveraient pas les extraits de compte communiqués banque restante, qui montraient que la gestion de leurs avoirs ne pouvait plus être qualifiée de conservatrice, puisque la part actions représentait plus de 44 % des montants investis (arrêts 4C.378/2004 du 30 mai 2005 consid. 2.2, et 4C. 81/2002 du 1er juillet 2002, consid. 4.3). Ensuite, la recourante ne peut rien tirer de l'inaction des demandeurs après le téléphone de A.\_\_\_\_\_ du 22 décembre 2000, qui leur annonçait que 15 % de leurs avoirs avaient été investis en actions. On ne voit pas pourquoi les intimés auraient dû s'inquiéter à ce stade, puisque le plafond maximum d'actions qu'ils avaient autorisé pour les fonds investis, soit 30 % du total, n'était à cette date même pas approché. Enfin, 12 jours après avoir reçu, le 30 mars 2001 une situation de son compte, H.Y.\_\_\_\_\_ a rencontré le gestionnaire chargé de le conseiller et le supérieur hiérarchique de celui-ci pour se plaindre de la stratégie adoptée jusque-là, laquelle a été stoppée sans délai. Ainsi, à partir du 11 avril 2001, il n'a pas été procédé à de nouvelles acquisitions d'actions et toutes les opérations auxquelles la banque a procédé l'ont été selon

les instructions ou avec l'accord préalable des demandeurs. Dans ce contexte, il est exclu de reprocher aux intimés de ne pas s'être opposés aux investissements réalisés pendant le premier trimestre 2001, lesquels violaient manifestement les instructions qu'ils avaient communiquées le 1er décembre 2000. Le grief est privé de tout fondement.

### **E. 5.1**

De l'avis de la recourante, la cour cantonale aurait violé les art. 8 CC et 42 al. 1 CO en retenant que les demandeurs ont subi un préjudice, puisque, d'une part, ceux-ci n'en ont pas établi l'existence et que, de toute manière, le préjudice était virtuel tant que les titres litigieux n'avaient pas été revendus, opération qui n'a été ni alléguée et encore moins prouvée. La Cour de justice aurait de plus enfreint l' art. 42 al. 2 CO en déterminant le préjudice en équité, alors que les demandeurs n'ont pas présenté les faits dont ils déduisent la survenance et la quotité d'un préjudice.

#### **E. 5.2.1**

Suivant les principes généraux de l' art. 8 CC , l' art 42 al. 1 CO dispose que la preuve du dommage incombe au demandeur; cette norme est applicable à la responsabilité contractuelle par le renvoi de l' art. 99 al. 3 CO . In casu, il a été retenu qu'au 30 mars 2001 le cumul de la baisse du portefeuille et des pertes enregistrées sur les opérations qui se sont déroulées dans les trois premiers mois de l'année 2001 par l'entremise du gestionnaire A.\_\_\_\_\_ se montaient pour les intimés à l'105'855,66 EUR. Il appert donc que les demandeurs ont établi avoir subi un préjudice du fait des placements en actions effectués par la défenderesse au mépris des instructions des premiers. L'attribution du fardeau de la preuve a ainsi été conforme au droit fédéral. Et la recourante ne prétend pas avoir été privée de son droit de tenter la contre-preuve de ce fait. Sa thèse selon laquelle le dommage était virtuel aussi longtemps que les titres restaient dans le portefeuille des demandeurs se heurte à la constatation ( art. 63 al. 2 OJ ) que ces derniers ont bel et bien vendu un certain nombre de titres à des prix inférieurs à leur valeur d'achat après le changement total de stratégie décidé lors de l'entretien du 11 avril 2001. La première branche du grief est infondée.

#### **E. 5.2.2**

L'estimation du dommage d'après l' art. 42 al. 2 CO repose sur le pouvoir d'apprécier les faits; elle relève donc de la constatation des faits, laquelle ne peut être revue en instance de réforme ( ATF 126 III 388 consid. 8a). Pour que l'application de cette norme entre en jeu, il est de jurisprudence que le demandeur doit apporter tous les éléments que l'on peut attendre de lui pour permettre l'appréciation ex aequo et bono du préjudice ( ATF 122 III 219 consid. 3a et les références). Est en revanche une question de droit de dire si la notion juridique du dommage a été méconnue et de déterminer si l'autorité cantonale s'est fondée sur des principes de calcul admissibles pour le fixer ( ATF 132 III 359 consid. 4 p. 366; 130 III 145 consid. 6.2; 129 III 18 consid. 2.4). Dans l'arrêt critiqué, la cour cantonale a comparé la valeur du portefeuille de titres des intimés entre le 31 décembre 2000 et le 30 mars 2001, ce qui faisait ressortir une perte de l'105'855,66 EUR. Selon une jurisprudence récente (arrêt 4C.18/2004 du 3 décembre 2004 consid. 2, Pra 2005 n° 73 p. 566), pour calculer le dommage des clients lésés par la banque dans une pareille situation, il faut confronter le résultat du portefeuille administré en violation du contrat de conseil en placements avec celui d'un portefeuille hypothétique de même ampleur géré pendant la même période conformément aux instructions de ladite convention. Il reste qu'en l'espèce le dommage est très difficile à déterminer, dès l'instant où il a été constaté que les intimés ont conservé une

partie - non définie en pourcentage - des actions achetées par A. \_\_\_\_\_ au premier trimestre 2001. A posteriori, il n'est pas possible de connaître les opérations que les clients auraient acceptées. Dans ce contexte, la jurisprudence susmentionnée ne saurait trouver application. Face à une telle difficulté de preuve, l'autorité cantonale s'est référée à bon droit à l' art. 42 al. 2 CO . La Cour de justice s'est fondée sur la perte encourue par le portefeuille au 30 mars 2001, par 1'105'855,66 EUR. Elle a réduit cette somme d'un tiers pour tenir compte des incertitudes nées du fait que les clients ont gardé dans leur dossier-titres certaines actions pendant une période non définie. Cette estimation du dommage au montant de 737'237 EUR (2/3 de 1'105'855,66 EUR) a trait à la constatation des faits, de sorte qu'elle échappe au contrôle du Tribunal fédéral saisi d'un recours en réforme. La seconde branche du moyen doit être rejetée dans la mesure de sa recevabilité.

#### **E. 6.1**

La recourante soutient en dernier lieu que la Cour de justice a transgressé l' art. 394 al. 3 CO en admettant qu'elle n'avait droit qu'au tiers des honoraires de gestion perçus entre l'ouverture du compte joint et la fin du mois de mars 2001. Elle allègue qu'elle aurait dû percevoir l'entier de la rémunération prévue par la convention du 27 novembre 2000.

#### **E. 6.2**

Selon la jurisprudence, en cas d'exécution défectueuse du mandat, le mandataire n'a droit à des honoraires que pour l'activité qu'il a accomplie en conformité avec le contrat ( ATF 124 III 423 consid. 4a; consid. 3a non publié de l' ATF 127 III 543 ). Appliquant ce principe, l'autorité cantonale a retenu que la banque ne pouvait pas être rémunérée pour les achats d'action non autorisés par les demandeurs auxquels elle avait procédé durant le premier trimestre 2001, qui représentaient - on vient de le voir - les deux tiers des actions détenues par les intimés à la fin mars 2001. Elle en a déduit que ces derniers avaient droit au remboursement des deux tiers du total des honoraires encaissés par la défenderesse pendant cette période, soit, après arrondissement à l'unité supérieure, 10'102 EUR (2/3 de 15'152,62 EUR). Ce raisonnement est en parfait accord avec le droit fédéral. Le grief n'a aucune consistance.

#### **E. 7.1**

Il suit de là que les demandeurs ont droit à la somme totale de 747'339 EUR (737'237 EUR + 10'102 EUR), et non 747'539 EUR comme l'ont retenu les juges cantonaux. Cette erreur de calcul sera rectifiée d'office ( art. 64 al. 2 OJ ), ce qui a pour résultat une admission très partielle du recours dans la mesure de sa recevabilité.

#### **E. 7.2**

La recourante n'obtient gain de cause que sur un point de détail, qui entraîne une modification insignifiante (moins d'un millième) du montant mis à sa charge, cela alors qu'elle concluait à sa libération complète. Dans ces conditions, il se justifie de mettre l'émolument de justice à la charge de la défenderesse et de la condamner à verser une indemnité de dépens aux demandeurs, créanciers solidaires. L'arrêt déféré est modifié dans une si faible mesure qu'il n'y a pas lieu de répartir différemment les frais et dépens de l'instance cantonale.