

# **BGer 4C.459/2004 vom 2. Mai 2005**

Bundesgericht, 2005-05-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.459\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.459_2004)

FR: TF 4C.459/2004 du 2 mai 2005

IT: TF 4C.459/2004 del 2 maggio 2005

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté par la demanderesse, qui a été déboutée d'une grande partie de ses conclusions condamnatoires, et dirigé contre un jugement final rendu en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur ( art. 48 al. 1 OJ ) sur une contestation civile dont la valeur litigieuse atteint 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. 32 et 54 al. 1 OJ ; art. 1 de la loi fédérale du 21 juin 1963 sur la supputation des délais comprenant un samedi) et dans les formes requises ( art. 55 OJ ).

#### **E. 1.1**

Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral conduit 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 faille rectifier des constatations reposant sur une inadvertance manifeste ( art. 63 al. 2 OJ ) ou 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 ). 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 p. 106, 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 en réforme n'est pas ouvert pour remettre en cause l'appréciation des preuves et les constatations de fait qui en découlent ( ATF 130 III 136 consid. 1.4; 129 III 618 consid. 3).

### **E. 2**

Invoquant l' art. 398 al. 2 CO , la demanderesse reproche à la cour cantonale de n'avoir pas sanctionné la violation, par la banque, de son devoir de diligence et de fidélité.

#### **E. 2.1**

L'obligation principale du mandataire, le devoir de diligence, implique des obligations accessoires telle que l'obligation d'information et de conseil, dont la portée est circonscrite par la jurisprudence, s'agissant de gestion de comptes et de réalisation d'opérations, comportant notamment un caractère spéculatif. Le client - inexpérimenté - doit être clairement renseigné sur les risques de perte ou le faible espoir de gain dans de telles affaires. Il n'existe toutefois pas fondamentalement un devoir d'information de la banque lorsque le client montre qu'il n'a pas besoin de celle-ci et des conseils de sa mandataire. Un devoir de mise en garde n'existe qu'exceptionnellement, par exemple lorsqu'un rapport particulier de confiance s'est développé dans le cas de la relation d'affaires durable entre le client et la banque, en vertu de laquelle celui-là peut attendre, de bonne foi, conseil et mise

en garde, même s'il n'a rien demandé (cf. arrêt 4C.45/2001 du 31 août 2001, publié in SJ 2002 I p. 274, consid. 4a et l'arrêt cité; cf. également Werro, Commentaire romand, n. 13, 17 et 19 ad art. 398 CO ).

De plus, il est rappelé dans ce dernier arrêt qu'en cas de violation d'une obligation contractuelle imputable à une omission, le lien de causalité hypothétique entre cette dernière et le dommage avancé suffit, un nouvel examen sur la nature adéquate de la causalité n'étant en général pas nécessaire. A cet égard, il est souligné que la causalité naturelle hypothétique est une question de fait, de sorte que les constatations de la juridiction cantonale en cette matière lient le Tribunal fédéral en instance de réforme ( art. 63 al. 2 OJ ), sauf exception non réalisée en l'espèce (cf. arrêt 4C.45/2001 du 31 août 2001, publié in SJ 2002 I p. 274, consid. 4c et les arrêts cités).

## **E. 2.2**

Dans le cas particulier, la demanderesse s'écarte des constatations de fait de la cour cantonale, dont le Tribunal de céans a reconnu, par arrêt de ce jour rendu sur le recours de droit public, qu'elles résistaient au grief d'arbitraire. Elle n'est donc pas recevable à faire valoir son argumentation fondée sur l'idée de la révocation du mandat tacite en novembre 1994, contrairement au fait établi par l'instance cantonale, à satisfaction de droit au regard de l' art. 9 Cst. ( art. 55 al. 1 let . c OJ).

De même, les constatations de la Cour de justice sur la causalité hypothétique, qui relèvent du fait ( ATF 128 III 174 consid. 2b p. 177, 180 consid. 2d p. 184), scellent le sort du litige, quant à la question - résolue négativement - de la révocation du mandat en novembre 1994, la critique n'étant pas recevable dans le cadre du recours en réforme et ayant été écartée dans l'arrêt sur le recours de droit public.

## **E. 3**

La demanderesse reproche enfin à la cour cantonale d'avoir refusé de lui allouer un intérêt compensatoire de 9 %, en contravention avec les art. 106 al. 1 et 42 al. 2 CO. Il s'agit donc de déterminer si la Cour de justice a violé l' art. 42 al. 2 CO en n'arbitrant pas le taux d'intérêt ex aequo et bono.

### **E. 3.1**

Aux termes de l' art. 106 al. 1 CO , lorsque le dommage éprouvé par le créancier est supérieur à l'intérêt moratoire, le débiteur est tenu de réparer également ce dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (al. 1). Si ce dommage supplémentaire peut être évalué à l'avance, le juge a la faculté d'en déterminer le montant en prononçant sur le fond (al. 2 ).

Le dommage supplémentaire, au sens de cette disposition, correspond à l'intérêt que l'exécution de l'obligation en temps utile pouvait représenter pour le créancier et résulte aussi bien d'une perte subie (*damnum emergens*) que d'un gain manqué (*lucrum cessans*). A ce dernier titre, le créancier peut réclamer la réparation du dommage qu'il a subi, voire subit encore, pour avoir été privé, respectivement être toujours privé, du fait de la demeure de son débiteur, de la possibilité de placer son argent à un taux supérieur à celui de l'intérêt moratoire (arrêt 4C.141/1993 du 19 août 1994, consid. 4a et les références citées).

Comme la loi présume que le dommage est de 5 % (art. 73 al. 1 et 104 al. 1 CO), l' art. 42 al. 2 CO ne peut jouer qu'un rôle restreint et l'on admet, sur la base de l' art. 106 al. 1 CO , qu'il appartient au créancier d'apporter la preuve concrète d'un dommage supérieur ( art. 106

CO en relation avec l' art. 8 CC ; cf. ATF 123 III 241 consid. 3a; arrêt 4C.141/1993 du 19 août 1994, consid. 4). Le demandeur doit rendre hautement vraisemblable l'utilisation qu'il aurait faite de l'argent et ses conséquences. Il n'est pas question d'opérer abstraitement, par exemple avec des indices boursiers (cf. arrêt 4C.141/1993 du 19 août 1994, consid. 4 et les références citées; cf. également Weber Commentaire bernois, n. 12 ad art. 106 CO ).

Alors que la question de l'existence et de l'étendue d'un dommage relève du fait ( ATF 129 III 135 consid. 4.2.1 p. 153; 127 III 73 consid. 3c, 543 consid. 2b; 123 III 241 consid. 3a), celle de l'application de l' art. 42 al. 2 CO , qui relève du droit fédéral, doit être examinée dans le cadre du recours en réforme.

Pour l'application de l' art. 42 al. 2 CO , il est communément admis que le demandeur doit apporter tous les éléments que l'on peut attendre de lui pour permettre l'appréciation ex aequo et bono (cf. ATF 122 III 219 consid. 3a et les références citées).

### **E. 3.2**

En l'espèce, la demanderesse aurait pu établir le cours et le rendement effectif des obligations British Gas et Chrysler au 19 février 1996 et aux dates successives d'échéance des obligations. En réalité, elle n'a rien fourni sur l'évolution de ses placements habituels entre le 19 février 1996 et la date de l'arrêt cantonal le 18 janvier 2002, motif suffisant pour ne pas faire application de l' art. 42 al. 2 CO . La cour cantonale n'a ainsi pas violé le droit fédéral en rejetant la prétention litigieuse.

### **E. 4**

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours en réforme doit être rejeté.

### **E. 5**

Compte tenu de l'issue du litige, les frais et dépens seront mis à la charge de la demanderesse, qui succombe (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.