

# **BGer 4C.51/2005 vom 5. Juli 2005**

Bundesgericht, 2005-07-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.51\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.51_2005)

FR: TF 4C.51/2005 du 5 juillet 2005

IT: TF 4C.51/2005 del 5 luglio 2005

## **Regeste**

devoir de diligence du mandataire | Procédure civile

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Selon l' art. 57 al. 5 OJ , lorsque la décision attaquée est en même temps l'objet d'un recours en réforme et d'un recours de droit public, il est sursis, en règle générale, à l'arrêt sur le premier jusqu'à droit connu sur le second. Cela se justifie par le fait que, si le Tribunal fédéral devait d'abord examiner le recours en réforme, son arrêt se substituerait à la décision cantonale, rendant ainsi sans objet le recours de droit public faute de décision susceptible d'être attaquée par cette voie; la jurisprudence déroge toutefois à ce principe lorsque la décision sur le recours de droit public n'a aucune influence sur le sort du recours en réforme ou lorsque ce dernier paraît devoir être admis même sur la base des constatations de fait critiquées par la voie du recours de droit public ( ATF 122 I 81 consid. 1 p. 82; 120 Ia 377 consid. 1 p. 378). Une hypothèse de ce genre est réalisée en l'espèce, en ce sens que l'arrêt attaqué doit de toute manière être annulé en raison d'une lacune dans les constatations de fait.

### **E. 2**

Le recours est formé par une partie qui a succombé dans ses conclusions. Il est dirigé contre un jugement final rendu en dernière instance cantonale par un tribunal suprême ( art. 48 al. 1 OJ ), dans une contestation civile dont la valeur litigieuse dépasse le seuil de 8'000 fr. ( art. 46 OJ ). Déposé en temps utile ( art. 54 al. 1 OJ ) et dans les formes requises ( art. 55 OJ ), il est en principe recevable. Le recours en réforme peut être formé pour violation du droit fédéral ( art. 43 al. 1 OJ ), tandis qu'il ne permet pas de critiquer la violation directe d'un droit de rang constitutionnel (art. 43 al. 1, 2e phrase, OJ) ni celle du droit cantonal ( ATF 127 III 248 consid. 2c et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement juridique sur la base des faits constatés 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 que les constatations ne soient pas suffisamment complètes pour permettre l'application du droit. Dans cette dernière situation, en règle générale, le Tribunal fédéral annule la décision attaquée et il renvoie la cause à la juridiction cantonale afin que celle-ci prenne une nouvelle décision après complètement de l'état de faits ( art. 64 al. 1 OJ ).

### **E. 3**

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de mandat et que les demandeurs ont chargé la défenderesse d'effectuer en leur nom, avec les avoirs qu'ils lui ont confiés et dans le but d'augmenter ce patrimoine, certains placements et autres opérations qu'il lui

incombait de déterminer elle-même. La gestion de la défenderesse ayant engendré des pertes, cette partie est poursuivie sur la base de l' art. 398 al. 2 CO selon lequel le mandataire est responsable, envers le mandant, de la bonne et fidèle exécution du mandat.

### **E. 3.1**

Il y a contestation sur le point de savoir si le contrat autorisait la défenderesse à entreprendre des opérations à terme sur le marché des devises. Cette partie admet qu'elle n'y était pas autorisée selon les documents que les demandeurs ont signés à son intention; elle soutient toutefois que ses clients ont accepté de façon tacite une extension du mandat à ce genre d'opérations. La validité du contrat de mandat n'est pas subordonnée à l'accomplissement d'une forme particulière et ce contrat peut donc être conclu de façon tacite, conformément à l' art. 1 al. 2 CO . La modification d'un contrat que les parties ont conclu en termes exprès, même par écrit, peut aussi intervenir de façon tacite ( ATF 40 II 614 consid. 1 p. 615). Une manifestation de volonté tacite ne peut cependant être retenue qu'en présence d'un comportement univoque, dont l'interprétation ne suscite raisonnablement aucun doute. Le principe de la confiance est ici déterminant ( ATF 123 III 53 consid. 5a p. 59; 113 II 522 consid. 5c): le juge doit rechercher comment l'attitude de la partie pouvait être comprise de bonne foi, en fonction de l'ensemble des circonstances ( ATF 130 III 417 consid. 3.2; 129 III 118 consid. 2.5).

### **E. 3.2**

Il y a aussi contestation sur le point de savoir si la défenderesse avait dûment informé les demandeurs au sujet du risque encouru dans les opérations concernées. En vertu de l' art. 398 al. 2 CO , le mandataire qui se charge à titre professionnel de gérer la fortune d'autrui est soumis à un devoir de conseil et de mise en garde. Il lui incombe de renseigner son client quant au risque des investissements envisagés et de le mettre en garde contre des décisions hâtives. L'étendue de ce devoir est fonction des connaissances du client et du type d'investissement à entreprendre. Le mandataire doit s'informer complètement sur l'état des connaissances du client et sur sa disposition à prendre des risques. Ce devoir de mise en garde est particulièrement marqué lorsque le mandataire propose des opérations qui, d'expérience, sont hautement spéculatives et risquées. Le client inexpérimenté dans ce type d'affaires doit être clairement renseigné sur le risque de perte et, en particulier, sur le danger de perdre la somme investie en peu de temps. Il ne suffit pas que le mandataire mentionne simplement le risque de perte et qu'il recueille formellement, sur cette base, le consentement du client, si des perspectives de gain irréalistes sont en même temps présentées à ce dernier ( ATF 124 III 155 consid. 3a p. 162; 119 II 333 consid. 5a p. 335; 115 II 62 consid. 3a p. 65). Dans l'hypothèse où la défenderesse n'aurait pas satisfait à ce devoir de conseil et de mise en garde, elle ne pouvait pas admettre de bonne foi que les demandeurs consentaient à une extension du mandat ayant pour objet les opérations à terme sur le marché des devises. En effet, si le mandataire doit interpréter l'attitude de ses clients pour en déduire, le cas échéant, un acquiescement tacite à des opérations risquées, les informations qu'il a reçues d'eux au sujet de leur situation personnelle et de leur disposition à prendre des risques, d'une part, et les informations qu'il leur a données quant au risque à assumer, d'autre part, constituent des éléments de première importance dans cette interprétation. Si le mandataire viole le devoir de conseil et de mise en garde, il se met fautivement hors d'état de prendre ces éléments en considération et il ne peut aucunement invoquer sa bonne foi. Dans la situation particulière de la présente affaire, il existe donc un lien entre les questions juridiques relatives à l'étendue du mandat et à l'information fournie par la défenderesse.

#### **E. 4**

Il est établi que le gestionnaire employé par la défenderesse avait les aptitudes professionnelles nécessaires à une information adéquate des demandeurs. De ce point de vue, la cause diffère de celle jugée par le Tribunal fédéral le 7 octobre 1997 ( ATF 124 III 155 consid. 3 p. 161/162). Néanmoins, il est indispensable de connaître concrètement quelles sont les informations reçues des demandeurs, quant à leur situation personnelle, et quelles sont les informations à eux données, quant au risque encouru, afin que l'on puisse évaluer si le devoir de conseil et de mise en garde a été observé. Cette évaluation est inhérente à l'application de l' art. 398 al. 2 CO et elle est donc soumise au contrôle du Tribunal fédéral. Les exigences du devoir de conseil et de mise en garde sont correctement énoncées dans l'arrêt de la Cour de justice; en revanche, ce prononcé ne comporte aucune constatation sur l'information réellement échangée entre le gestionnaire et les demandeurs. Il est seulement établi que le premier a régulièrement rencontré les seconds pour leur présenter et leur expliquer les résultats de sa gestion. Pour le surplus, après discussion de divers éléments de preuve, la Cour constate simplement que les demandeurs "ont eu de la peine à comprendre les opérations sur devises puisqu'ils ne les auraient comprises que plus d'un an après [leur commencement]", que "B. \_\_\_\_\_ a néanmoins eu l'impression qu'ils les auraient comprises et qu'ils auraient donné leur consentement à la poursuite de ces opérations à un moment où elles apparaissaient clairement déficitaires", que le risque s'est réparti sur plusieurs opérations et, enfin, que ces dernières se sont étendues sur une certaine durée, de sorte que les demandeurs ont "pu et dû constater ces pertes et les discuter avec B. \_\_\_\_\_". Or, de ces seules conjectures, on ne peut pas valablement inférer un échange d'information satisfaisant aux exigences de l' art. 398 al. 2 CO . Il est donc nécessaire que les constatations de fait soient complétées conformément à l' art. 64 al. 1 OJ . En conséquence, le recours doit être partiellement admis; l'arrêt attaqué sera annulé et la cause renvoyée à la Cour de justice pour nouveau prononcé.

#### **E. 5**

Lorsque l'instance de réforme aboutit à un arrêt de renvoi à la juridiction cantonale et que, par conséquent, l'issue de la cause demeure indéterminée, l'émolument judiciaire est réparti par moitié entre les parties et les dépens sont compensés (art. 156 al. 3 et 159 al. 3 OJ).

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