

# **BGer 5A 687/2014 vom 16. Dezember 2014**

Bundesgericht, 2014-12-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_687\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_687_2014)

FR: TF 5A 687/2014 du 16 décembre 2014

IT: TF 5A 687/2014 del 16 dicembre 2014

## **Regeste**

responsabilité du tuteur | Droit de la famille

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ), prise dans une matière connexe au droit civil (responsabilité du tuteur: art. 72 al. 2 let. b ch. 6 LTF; Corboz et al., Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n. 46 ad art. 72 LTF ; cf également arrêts 5A\_19/2012 du 24 mai 2012 consid. 1; 5A\_594/2008 du 2 décembre 2008 consid. 1.2 non publié aux ATF 135 III 198 [art. 72 al. 2 let. b ch. 5 aLTF]), par une autorité cantonale supérieure statuant sur recours ( art. 75 LTF ). La valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. b LTF ) et la recourante, qui a qualité pour recourir ( art. 76 LTF ), a déposé son recours dans le délai (art. 100 al. 1 et 46 al. 1 let. b LTF).

### **E. 2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ( art. 97 al. 1 LTF ), c'est-à-dire que les constatations de fait sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.2.2), doit satisfaire au principe d'allégation ( art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire démontrer par une argumentation précise en quoi consiste la violation ( ATF 133 III 393 consid. 7.1, 638 consid. 2).

### **E. 3.1**

La cour cantonale a avant tout relevé que le nouveau droit de la protection des adultes, entré en vigueur le 1er janvier 2013, ne trouvait pas application en l'espèce, considérant en substance que les règles générales des art. 1 ( Principes généraux; I. Non-rétroactivité des lois ) et 2 Tit. final CC ( II. Rétroactivité; 1. Ordre public et bonnes moeurs) devaient l'emporter sur celles des art. 14 (Protection de l'adulte; 1. Mesures existantes ) et 14a Tit. fin. CC ( 2. Procédures pendantes ). La cause devait en conséquence être soumise aux art. 401 ss et 426 aCC, dans leur teneur en vigueur au 31 décembre 2012. Cette conclusion, développée en détail par la juridiction précédente, n'est pas remise en cause par la recourante.

### **E. 3.2.1**

La responsabilité fondée sur les art. 426 ss aCC présuppose - tout comme celle fondée sur les art. 41 ss CO - un dommage, l'illicéité (soit en l'espèce la violation des règles concernant

une administration diligente des biens), un lien de causalité adéquate entre le comportement incriminé et le dommage ainsi qu'une faute de l'organe de la tutelle ( ATF 135 III 198 consid. 2.3 et les références; 136 III 113 consid. 3 [responsabilité du conseil légal de l'ancien droit]). En application de l'art. 413 al. 1er aCC, le tuteur a l'obligation de gérer les biens du pupille avec diligence. Il lui incombe en premier lieu d'en préserver la substance, éventuellement de l'accroître ( ATF 136 III 113 consid. 3.2.1 et les références). Bien entendu, le maintien de la fortune, voire son augmentation, ne sont pas un but en soi; il faut bien plus préserver le mieux possible les intérêts généraux du pupille, et la fortune doit être administrée en tenant compte des circonstances concrètes. Cela signifie que le tuteur doit planifier les dépenses du pupille de telle sorte qu'après une évaluation prudente, son train de vie ne soit pas restreint à la fin de sa vie ( ATF 136 III 113 consid.3.2.1 et la référence). Dans cette optique, la fortune qui n'est pas utilisée pour les dépenses nécessaires ou pour d'autres dépenses adaptées à l'état du patrimoine doit être investie dans un placement sûr pour le pupille; ce faisant, le tuteur doit s'abstenir de tous placements ou affaires spéculatifs ( ATF 136 III 113 consid. 3.2.1 et les références). Aux termes de l'art. 401 al. 1 aCC, l'argent comptant dont le tuteur n'a pas l'emploi pour son pupille est placé sans retard à intérêt dans un établissement financier désigné par l'autorité tutélaire ou par une ordonnance cantonale, ou en titres sûrs agréés par ladite autorité. L'al. 2 précise que le tuteur doit l'intérêt de toute somme d'argent qu'il a laissée improductive plus d'un mois. Avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2013, de l'Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle du 4 juillet 2012 (OGPCT; RS 211.223.11), le placement et la préservation de la fortune pupillaire étaient réglés par la législation cantonale, étant cependant relevé que certains cantons n'en connaissaient parfois aucune. La Conférence des autorités cantonales de tutelle a également établi des recommandations concernant le placement de la fortune pupillaire, fondées sur la doctrine, la jurisprudence ainsi que sur la législation cantonale (cf. Recommandations pour le placement de fortune dans le cadre de mandats tutélaires, in *Revue du droit de la tutelle [RDT] 2001 p. 336 ss; Anlage und Hinterlegung von Mündelvermögen, in RDT 2000 p. 60 ss*). Dans sa teneur au 31 décembre 2010, l'art. 33 al. 1 de la loi d'application du code civil suisse du canton du Valais (LACC/VS) prévoyait que le Conseil d'État réglait par ordonnance tout ce qui concernait la garde et la conservation des valeurs, objets précieux et documents importants du pupille. L'art. 44 de l'ordonnance sur la tutelle du 27 octobre 1999 disposait que les avoirs pupillaires devaient être gérés de manière à garantir leur sécurité, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles en liquidités (al. 1), les placements spéculatifs étant prohibés (al. 3). L'art. 45 de l'ordonnance prévoyait que le tuteur plaçait sans retard, à l'intérêt, l'argent comptant dont il n'avait pas l'emploi pour son pupille (al. 1). Le tuteur pouvait effectuer d'autres placements, mobiliers ou immobiliers, avec l'autorisation de la Chambre pupillaire (al. 3), qui n'autorisait le placement que si, de l'avis écrit de l'établissement bancaire préalablement consulté, il s'agissait de valeurs suffisamment garanties et non sujettes à des fluctuations importantes (al. 4).

### **E. 3.2.2**

Dans le cadre de son mandat, le tuteur peut avoir recours à des auxiliaires. La responsabilité du tuteur pour ces personnes varie selon que le recours à celles-ci était justifié ou non. Dans le premier cas, le tuteur ne répond que du soin avec lequel il a choisi l'auxiliaire et donné ses instructions (cf. art. 399 al. 2 CO ); dans le second, il répond selon les art. 426 ss aCC. L'auxiliaire répond personnellement selon les règles ordinaires ( art. 41 ss CO ;

DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e éd. 2001, n. 1058).

### **E. 3.3.1**

Sous l'angle de la responsabilité du tuteur, le Tribunal cantonal a d'abord jugé que c'était à juste titre que l'intéressé avait songé à mandater, pour le compte de sa pupille, une société active dans le domaine de la gestion de fortune. Au regard du montant des avoirs mobiliers de l'intéressée et dans la mesure où ses besoins courants étaient couverts par la seule perception de ses revenus locatifs et AVS, la décision du tuteur de faire fructifier le patrimoine dont sa pupille n'avait pas l'usage immédiat, tout en conservant également une réserve de 50'000 fr., ne prêtait pas le flanc à la critique selon les règles et recommandations tutélaires prévalant à l'époque. Il convenait également de convertir les placements opérés par l'ancien tuteur en des positions plus sûres. A cela s'ajoutait que l'intimé ignorait l'espérance de vie réduite de sa pupille et qu'il ne disposait pas personnellement des capacités suffisantes pour gérer à lui seul les placements envisagés.

### **E. 3.3.2**

La cour cantonale a néanmoins souligné que l'intimé n'avait pas cherché à obtenir l'accord préalable de la Chambre pupillaire pour conclure le mandat de gestion avec C.\_\_\_\_\_ et qu'il n'avait de surcroît pas annoncé à cette autorité que cette société, qui l'employait, lui procurait, en sus de son salaire, une commission prélevée sur ces frais de gestion. L'intimé n'avait pas non plus informé l'autorité qu'il avait opéré des placements à risques. Or l'intéressé aurait dû se douter que ces différentes décisions nécessitaient de s'en référer à la Chambre pupillaire, ce d'autant plus que la commission qui lui était versée par la société de gestion en sus de son salaire le plaçait manifestement dans un conflit d'intérêts nécessitant l'intervention de l'autorité tutélaire (art. 392 ch. 2 aCC). Dans ces conditions, les magistrats cantonaux ont estimé que l'intimé avait fautivement violé ses devoirs de tuteur au sens de l'art. 426 aCC.

### **E. 3.3.3**

Dans une troisième partie de son raisonnement, le Tribunal cantonal a examiné la responsabilité de la société C.\_\_\_\_\_ dans la gestion du patrimoine qui lui était confié, cela afin de déterminer s'il pouvait être reproché au tuteur d'avoir failli à son devoir de choisir, d'instruire et de surveiller son activité en tant qu'auxiliaire ( art. 399 CO ). La juridiction cantonale est parvenue à la conclusion que, si la durée des placements et le rééquilibrage du portefeuille auquel avait procédé C.\_\_\_\_\_ échappaient à la critique, l'acquisition, entre mars et mi-novembre 2007, de produits financiers trop spéculatifs pour un portefeuille de type classique ou prudent, constituait une transgression fautive de son devoir de diligence.

### **E. 3.4**

Pour l'essentiel, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir occulté la question de la responsabilité du tuteur au sens des art. 413 et 426 aCC pour se focaliser sur celle du gérant de fortune. Elle affirme ainsi que la cour cantonale aurait violé les art. 401, 402, 413 al. 1 et 421 al. 2 aCC en refusant de retenir à la charge du tuteur la violation des règles élémentaires en matière de placement de fortune dans le cadre de mandats tutélaires, notamment du fait de la signature du contrat de gestion avec la société C.\_\_\_\_\_ et de l'absence d'autorisation de l'autorité tutélaire pour procéder aux placements contestés.

### **E. 3.5**

Les critiques de la recourante sont cependant dénuées de toute portée vu les considérations qui précèdent. Non seulement la cour cantonale a retenu que le tuteur avait fautivement violé ses devoirs de fonction au sens de l'art. 426 aCC en omettant de solliciter le consentement de l'autorité tutélaire pour la signature du contrat de gestion - que ce soit pour la signature du contrat lui-même et le conflit d'intérêts dans lequel le plaçait celui-ci - ainsi que pour effectuer des prélèvements en vue d'opérer des placements à risque; mais la juridiction cantonale a également noté que la société de gestion de fortune avait fautivement transgressé son devoir de diligence en procédant aux dits placements, le tuteur ayant en conséquence failli à son devoir de choisir, d'instruire et de surveiller son activité en tant qu'auxiliaire et engageant ainsi sa responsabilité au sens de l'art. 399 CO .

#### **E. 4**

L'essentiel du litige se concentre en réalité sur la détermination du dommage subi par la pupille: la cour cantonale juge que son ampleur n'a pas été établie à satisfaction par la recourante tandis que celle-ci affirme au contraire en avoir donné une estimation suffisante en avançant le montant de 190'000 fr. L'estimation du dommage relève de la constatation des faits et elle échappe donc, sous réserve de la protection contre l'arbitraire, au contrôle du Tribunal fédéral ( ATF 131 III 360 consid. 5.1; voir aussi ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; cf. consid. 2 supra).

##### **E. 4.1**

La cour cantonale a avant tout rappelé que l'expert avait certes indiqué que le dommage de 190'000 fr., articulé par la recourante, lui paraissait correct, circonstance ayant conduit la première instance à retenir dite évaluation. La juridiction cantonale a toutefois considéré que celle-ci ne pouvait être retenue pour deux motifs. L'expert avait d'abord évalué la baisse de la fortune mobilière entre le 10 avril 2007 et le 4 octobre 2009: or l'intimé, dont C.\_\_\_\_\_ était l'auxiliaire pour la gestion de fortune, avait été relevé de ses fonctions le 17 février 2009, à savoir près de 8 mois auparavant; il n'avait donc pas à encourir de responsabilité propre pour la période postérieure à la fin de ses fonctions. La référence effectuée par l'expert à l'indice LPP de Pictet & Cie afin d'évaluer l'ampleur admissible des pertes n'était ensuite guère concluante. D'une part, il existait des différences évidentes au niveau de l'ampleur du patrimoine à gérer et de l'horizon de placement - assurément plus court pour un pupille que celui prévu dans les institutions de prévoyance. D'autre part, pour déterminer si l'étendue des pertes était la conséquence de la seule mauvaise administration des avoirs par le gérant de fortune, il aurait convenu d'opérer une comparaison avec une stratégie de gestion fondamentalement semblable à celle voulue par la pupille: or selon les propres termes de l'expert, les avoirs de celle-ci étaient " très largement en-dessous de la masse nécessaire pour répliquer les indices Pictet et obtenir, hors des instruments offerts par Pictet & Cie, une performance proche de ces derniers ". Dans ces circonstances, la cour cantonale a retenu que la recourante n'avait pas démontré l'étendue précise des pertes en lien de causalité avec les manquements de C.\_\_\_\_\_ indépendants de la crise financière.

##### **E. 4.2**

La recourante admet que la date limite pour évaluer le dommage est bien celle de la relève du tuteur, à savoir le 17 février 2009 et non le 4 octobre 2009 comme faussement retenu par la première instance cantonale.

##### **E. 4.2.1**

Elle reproche néanmoins à nouveau à l'autorité cantonale d'avoir mélangé la responsabilité du tuteur avec celle du gérant de fortune et soutient que, en suivant les principes régissant la responsabilité du premier, seuls applicables, la substance du patrimoine de sa mère aurait dû être intégralement préservée. Sa motivation paraît difficilement conciliable avec ses conclusions puisque celles-ci, arrêtées à 190'000 fr., sont bien en-deça de la perte de fonds constatée, à savoir 382'657 fr. 12. Il sied par ailleurs de rappeler que la conclusion du contrat avec C.\_\_\_\_\_ fonde certes la responsabilité du tuteur au sens de l'art. 426 aCC, mais que la gestion fautive du patrimoine par cette dernière société, à supposer encore que le lien de causalité soit établi, fonde ensuite, par imputation, l'éventuelle responsabilité de l'intimé sous cet angle ( art. 399 CO ). Dans ces conditions, la référence de la juridiction cantonale à la responsabilité du gestionnaire de fortune n'est nullement infondée (cf. supra consid. 3.3.3).

#### **E. 4.2.2**

Dans une argumentation subsidiaire, la recourante prétend qu'une baisse de 20% au maximum était admissible, à savoir un découvert de 200'327 fr. (20% x 1'036'635 fr. 95) et un dommage ascendant ainsi à 182'330 fr. (382'657 fr. 12 - 200'327 fr.). Elle se réfère alors à l'évaluation opérée par l'expert financier, comparant, sur la même période, la gestion du portefeuille de sa mère à un portefeuille hypothétique raisonnablement géré. Cette motivation est dépourvue de toute portée dans la mesure où, sans que la recourante ne le critique, la cour cantonale a précisément écarté l'estimation de l'expert, jugeant que la référence à l'indice LPP de Pictet & Cie était inadéquate.

#### **E. 4.2.3**

Dans une argumentation plus subsidiaire encore, la recourante renvoie à l' art. 42 al. 2 CO , estimant qu'il appartenait au Tribunal cantonal de déterminer équitablement le montant de son dommage dès lors qu'il disposait de toutes les informations utiles pour le faire.

##### **E. 4.2.3.1**

L' art. 42 al. 2 CO prévoit que, si le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement, en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette dernière disposition tend à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé; néanmoins, elle ne le libère pas de la charge de fournir au juge, dans la mesure où cela est possible et où on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence du dommage et qui permettent ou facilitent son estimation; elle n'accorde pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur ( ATF 131 III 360 consid. 5.1; voir aussi ATF 133 III 462 consid. 4.4.2). Si, dans le procès, le lésé ne satisfait pas entièrement à son devoir de fournir des éléments utiles à l'estimation, l'une des conditions dont dépend l'application de l' art. 42 al. 2 CO n'est pas réalisée, alors même que, le cas échéant, l'existence d'un dommage est certaine. Le lésé est alors déchu du bénéfice de cette disposition; la preuve du dommage n'est pas apportée et, en conséquence, conformément au principe de l' art. 8 CC (cf. ATF 126 III 189 consid. 2b), le juge doit refuser la réparation (arrêt 4A\_481/2012 du 14 décembre 2012 consid. 4 et la référence).

##### **E. 4.2.3.2**

La recourante n'a en l'espèce pas démontré l'arbitraire du raisonnement cantonal quant au refus de se référer à l'indice LPP de Pictet & Cie dans le cas d'espèce, vu la fortune et l'âge de la pupille; elle n'a pas non plus développé l'arbitraire de la conclusion cantonale selon

laquelle, pour déterminer si l'étendue des pertes était la conséquence de la seule mauvaise administration des avoirs par le gérant de fortune, il aurait convenu d'opérer une comparaison avec une stratégie de gestion fondamentalement semblable à celle voulue par la pupille. Dans ces conditions, il appartenait à l'intéressée d'apporter les éléments permettant d'estimer le dommage en conformité de l'appréciation cantonale, dont elle n'a pas cherché à démontrer l'arbitraire.

#### **E. 5**

La recourante n'a pas été en mesure de prouver l'ampleur exacte de son dommage: l'issue du litige est en conséquence scellée. Il n'y a pas lieu d'examiner le lien de causalité éventuelle entre celui-ci et le comportement fautif du tuteur.

#### **E. 6**

En définitive, le recours est rejeté. Les frais judiciaires sont à la charge de la recourante ( art. 66 al. 1 LTF ); les intimés, qui n'ont pas été invités à répondre, n'ont droit à aucun dépens.

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