

VD_FINDINFO 178/2009/JKR vom 4. Dezember 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-12-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_178_2009_JKR

FR: VD_FINDINFO 178/2009/JKR du 4 décembre 2009

IT: VD_FINDINFO 178/2009/JKR del 4 dicembre 2009

Regeste

MANDAT, GESTION DE FORTUNE, GARANTIE BANCAIRE, RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE | 11. al. 1 CO, 16 al. 1 CO, 321e CO, 394 CO, 397 CO, 398 CO, 97 CO, 1 LDIP, 116 LDIP, 117 LDIP, 5 LDIP

Erwägungen

E. 31

décembre 2002, date à laquelle la situation patrimoniale a été arrêtée à 41'106 francs 05. La défenderesse soutient qu'il existait un mandat de gestion discrétionnaire, avec profil agressif, confié oralement par le demandeur lors de l'établissement de la relation bancaire et que, même si un profil plus conservateur avait été adopté, une importante perte aurait également été enregistrée en raison de la baisse générale des indices boursiers traversée à cette époque, ce qui empêche tout lien de causalité adéquate entre une large partie de la perte enregistrée et un éventuel comportement fautif de ses collaborateurs. Elle relève encore que les frais bancaires prélevés ne sauraient être assimilés à des éléments du dommage subi par le demandeur. II. On doit en premier lieu examiner les questions de for ainsi que de droit applicable. En effet, le cas d'espèce présente un élément d'extranéité, le demandeur étant domicilié [...]. a) L'art. 1er de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291; ci-après LDIP), qui régit notamment la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, réserve l'application des traités. Il convient donc d'examiner si la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11; ci-après CL) est applicable en l'espèce. Les règles de compétence de cette convention l'emportent en effet sur les règles de compétence nationale, et singulièrement sur celles de la LDIP (art. 1 al. 2 LDIP; ATF 129 III 738, rés. in JT 2005 I 31). La Suisse est partie à cette convention depuis le 1^{er} janvier 1992. Le Royaume-Uni a, quant à lui, indiqué que [...] faisaient partie des territoires auxquels il pourrait envisager de rendre applicable la convention, mais cela n'est cependant pas encore le cas (Donzallaz, La Convention de Lugano, vol. I, nn. 753-754, pp. 306-308). Dès lors, la Convention de Lugano ne s'applique pas à la présente cause, qui est soumise à la LDIP. En vertu de l'art. 5 al. 1 LDIP, les parties peuvent convenir, en matière patrimoniale, du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. L'art. 116 LDIP prévoit qu'en matière contractuelle, le droit applicable est celui choisi par les parties, expressément ou tacitement. A défaut d'une telle élection, l'art. 117 LDIP prescrit que le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits (al. 1); ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle (al. 2). b) En l'espèce, les parties sont convenues de la compétence des tribunaux suisses. En effet, les conditions générales incluses dans les

documents d'ouverture du compte prévoient que les tribunaux du lieu de l'établissement de la banque avec laquelle sont entretenues les relations commerciales sont compétents pour connaître des litiges relevant du contrat litigieux. Le procès porte par ailleurs sur une valeur litigieuse supérieure à 100'000 fr., entrant dès lors dans la compétence de la cour de céans (art. 74 al. 2 de la loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01; LOJV). Le siège de la défenderesse se trouve en Suisse et la prestation caractéristique a eu lieu en Suisse. Le droit suisse est dès lors applicable sur la base de l'art. 117 LDIP. Les parties ont d'ailleurs admis l'application du droit suisse.

III. a) Le mandat de gestion ou gérance de fortune est un contrat innommé par lequel une personne, appelée le gérant, s'oblige, généralement contre rémunération, envers une autre personne, appelée le client, à gérer professionnellement une partie de la fortune de celui-ci, ceci dans le respect de la convention, des règles professionnelles, techniques et économiques (Bizzozero, *Le contrat de gérance de fortune*, thèse Fribourg 1992, p. 10; Lombardini, *Droit bancaire suisse*, 2e éd., pp. 801 ss; Bretton-Chevallier, *Le gérant de fortune indépendant*, thèse Genève 2002, p. 70). Le contrat porte sur une obligation de service, la gestion. Cette activité est déployée en vue d'un résultat, mais sans garantie de résultat. C'est une obligation de moyen (Bretton-Chevallier, *op. cit.*, p. 75). Selon la jurisprudence et la doctrine, le contrat de gestion de fortune est régi par les règles du mandat (art. 394 ss du Code des obligations [RS 220; ci-après CO]; ATF 132 II 460 c. 4.1, JT 2008 I 58; SJ 1998 I 198; cf. Tercier/Favre, *Les contrats spéciaux*, 4e éd., n. 5467; Bizzozero, *op. cit.*, pp. 55 et 63; Bretton-Chevallier, *op. cit.*, p. 74; Lombardini, *Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune: état de la jurisprudence et questions ouvertes*, in SJ 2008 II 415, spéc. 416). Le cadre normatif dans lequel s'exerce la gestion de fortune est ainsi délimité par la loi, le contrat et les usages ou règles professionnelles (Bretton-Chevallier, *op. cit.*, p. 75). En application du principe de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO), les parties déterminent librement le contenu du contrat dans les limites de la loi (art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO). Pour le mandant, cette liberté trouve ses limites dans le fait que les contrats sont souvent préformulés et deviennent ainsi un contrat d'adhésion où seuls restent à négocier les objectifs à atteindre, le type de gestion - conservateur, équilibré ou agressif - et les moyens que le mandataire peut utiliser (Bretton-Chevallier, *op. cit.*, pp. 76-77). Les parties peuvent renvoyer expressément ou tacitement aux usages commerciaux ou professionnels, les intégrant ainsi à leur contrat. En cas de silence des parties, les usages commerciaux peuvent servir à interpréter et compléter le contrat. Ils constituent aussi un moyen de concrétiser des obligations à contenu juridique indéterminé, comme les obligations de diligence et de fidélité du mandataire (Bretton-Chevallier, *op. cit.*, p. 77). Les directives de l'ASB en matière de gestion de fortune sont considérées par la majorité des auteurs comme des usages professionnels (Bizzozero, *op. cit.*, p. 61; Bretton-Chevallier, *op. cit.*, p. 82 et les références citées). Les directives ne prévoient pas de sanctions en cas de violation des principes qui y sont contenus et n'ont pas force de loi. Une dérogation est donc possible par la banque (Lombardini, *op. cit.*, nn. 9-12, pp. 802-803). Comme pour tout contrat de mandat, la conclusion du contrat de gérance de fortune n'est soumise à aucune exigence de forme. Le fait que les directives de l'ASB prescrivent la forme écrite et que, d'une façon générale, cette forme est presque toujours la règle suivie dans la pratique bancaire ne saurait fonder une conclusion différente. L'observation d'une forme particulière ne peut en effet être exigée qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi (art. 11 al. 1 CO). Les parties peuvent néanmoins convenir d'une forme spéciale. En ce cas, le contrat n'est en principe valable que s'il respecte l'exigence formelle décidée (art. 16 al. 1 CO). L'existence d'un

usage applicable au contrat de gérance, exigeant la forme écrite, n'équivaut toutefois à la réserve d'une forme conventionnelle que dans la mesure où les parties ont entendu se soumettre à cet usage. Hormis le cas de la forme réservée, l'accord portant sur la gérance peut ainsi intervenir aussi oralement ou par actes concluants. Tel est le cas lorsque le client tolère pendant un certain laps de temps des actes de gérance entrepris par la banque sur des avoirs qui n'ont fait l'objet que d'un contrat de dépôt ouvert (Bizzozero, op. cit., pp. 80-81).

b) En l'espèce, le demandeur a ouvert le 24 janvier 2000 un compte dépôt titres auprès de la défenderesse. Ce compte a été crédité de 200'000 fr. le 1^{er} mars 2000. Aucun mandat de gestion n'a été soumis pour signature au demandeur et aucun des documents signés lors de l'ouverture de la relation bancaire ne comporte de directives écrites particulières quant au mode de gestion du compte. La défenderesse a acquis des titres pour le demandeur par le biais de ce compte et a débité divers frais et commissions jusqu'au mois de janvier 2003, lorsque le demandeur lui a ordonné de vendre les titres détenus pour son compte. Les directives concernant le mandat de gestion de fortune de l'ASB, association dont la défenderesse est membre et qu'elle devrait, à ce titre, respecter, ne déploient aucun effet direct sur la relation qui lie le client à la banque. La relation qui lie le client à la banque est régie par les dispositions légales applicables, soit en particulier les art. 394 et suivants CO ainsi que par les dispositions contractuelles adoptées par les parties, les directives ne s'appliqueraient qu'à titre subsidiaire lorsque le client donne des instructions spécifiques à la banque. Les art. 394 et suivants CO n'imposant pas de forme au contrat de mandat, les parties n'ayant pas entendu soumettre leur relation à une forme particulière et le demandeur ayant toléré les opérations effectuées par la défenderesse sur les avoirs déposés sur son compte dépôt titres, l'accord portant sur la gérance des fonds du demandeur est intervenu tacitement. Les parties ont ainsi été liées par un contrat de mandat de gestion. Elles ne contestent pas cette qualification. C'est donc à la lumière des dispositions relatives au contrat de mandat qu'il s'agit d'analyser les opérations effectuées dans le cadre de leurs relations contractuelles.

IV. Sur cette base juridique, se pose la question de savoir si le mandat a été correctement exécuté ou pas. Le demandeur soutient que la défenderesse a violé ses obligations de mandataire, plus précisément les devoirs de diligence et d'information, en procédant à des investissements aléatoires et spéculatifs, ainsi qu'en ne l'informant pas de manière claire sur les conséquences des opérations auxquelles elle entendait procéder, ni sur les pertes occasionnées lorsque ces investissements ont été effectués. L'art. 398 al. 1 CO soumet "d'une manière générale" la responsabilité du mandataire aux mêmes règles que celle du travailleur (art. 321e CO), lesquelles reprennent à leur tour le régime ordinaire des art. 97 ss CO (Tercier/Favre, op. cit., n. 5192). Pour que la responsabilité du mandataire soit engagée, le mandant doit prouver l'existence d'une violation du mandat, d'un préjudice et d'un rapport de causalité naturelle et adéquate entre la violation du mandat et le préjudice. Il appartient en revanche au mandataire de prouver qu'il n'a pas commis de faute, parce qu'il s'est comporté de manière diligente (Werro, Commentaire romand, n. 37 ad art. 398 CO; Lombardini, op. cit., n. 61, p. 817; Bretton-Chevallier, op. cit., p. 192). Comme pour toute responsabilité, ces conditions sont cumulatives (TF 4C.88/2004 du 2 juin 2004 c. 3.1). aa) L'art. 398 al. 2 CO dispose que le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. Il s'agit du principe général, qui comprend une obligation de diligence et une obligation de fidélité (Tercier/Favre, op. cit., n. 5114). La violation par le mandataire de ses obligations contractuelles de diligence et de fidélité, ainsi que des différents devoirs qui en découlent, qu'ils soient expressément prévus par la loi ou dégagés par la jurisprudence de

l'interprétation de l'art. 398 al. 2 CO, est une condition de la mise en œuvre de la responsabilité du mandataire (Bretton-Chevallier, op. cit., p. 195). Il est généralement admis que l'obligation principale du mandataire consiste à mettre en œuvre une diligence raisonnable pour atteindre le résultat voulu par les parties et livrer le résultat obtenu (ATF 120 II 248 c. 2c, JT 1995 I 559; ATF 117 II 563 c. 2a, rés. in JT 1993 I 156). Pour juger du niveau des exigences et déterminer l'étendue du devoir de diligence qui incombe au mandataire, on tient compte de critères objectifs, soit notamment le genre du mandat, le temps à disposition du mandataire, l'importance de l'affaire et, de façon limitée, le risque inhérent à l'activité (Tercier/Favre, op. cit., n. 5117; Werro, op. cit., n. 14 ad art. 398 CO; ATF 127 III 357, JT 2002 I 192; ATF 115 II 62 c. 3, JT 1989 I 539). Le niveau des exigences est souvent fixé dans des règles déontologiques en tant qu'expression des usages professionnels ou des règles générales, appelées les "règles de l'art". Elles correspondent aux standards qui ont cours au moment de la prestation dans la profession considérée (Bizzozero, op. cit., pp. 61 ss; Tercier/Favre, op. cit., n. 5125; ATF 132 III 460 c. 4.3, JT 2008 I 58; ATF 127 III 328 c. 3, JT 2001 I 254; SJ 1998 I 379; ATF 115 II 62 c. 3, JT 1989 I 539). Dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune, il faut ainsi se reporter aux principes généraux reconnus en matière de gérance (Bizzozero, op. cit., p. 132). Suivant l'étendue des pouvoirs conférés au gérant, il faut distinguer le contrat de gérance avec instructions de la part du client du contrat de gérance libre. Dans le premier cas, à teneur de l'art. 397 al. 1 CO, le mandataire qui a reçu des instructions précises ne peut en principe pas s'en écarter. La notion d'instructions n'est pas définie par la loi. En doctrine, elles apparaissent comme des manifestations de volonté sujettes à réception, par lesquelles le mandant indique au mandataire comment exécuter les services promis (Tercier/Favre, op. cit., n. 4676). Les instructions sont en principe contraignantes (ATF 91 II 438, JT 1966 I 190). Elles doivent être distinguées de simples recommandations ou souhaits (Fellmann, Berner Kommentar, VI/2/4, n. 17 ad art. 397 CO). Le mandataire a l'obligation de vérifier que les instructions reçues sont utiles, appropriées, opportunes et réalistes. S'il considère que les instructions qui lui sont données sont déraisonnables, il a le devoir d'y rendre le mandant attentif et le mettre en garde sur les conséquences négatives qu'elles pourraient avoir ou de lui demander de les préciser (Tercier/Favre, op. cit., nn. 5131-5135; Bretton-Chevallier, op. cit., p. 105). Le mandataire qui ne se conforme pas aux instructions qu'il a reçues ou procède à des placements non autorisés par la convention viole le contrat et est tenu à réparation à l'égard du mandant (Werro, op. cit., n. 12 ad art. 397 CO; TF 4A_351/2007 du 15 janvier 2008 c. 2.3.1.). Le client n'a toutefois pas l'obligation de vérifier ses décomptes pour s'assurer que ses directives sont suivies (Lombardini, op. cit., n. 75, p. 822 et la jurisprudence citée). Dans le second cas, le client se borne à accepter le contrat proposé par le gérant sans donner aucune instruction particulière quant à son exécution. Dans les limites des clauses contractuelles préétablies, le gérant est donc libre dans le choix des placements. Cette liberté n'est toutefois pas illimitée car même si le contrat n'énumère pas les investissements envisageables, le gérant est tenu de respecter les principes suivants: sans autorisation expresse de la part du client, le gérant ne peut effectuer que les opérations bancaires dites ordinaires; le gérant doit renseigner le client sur les dangers que comportent la gérance en soi et en particulier certaines opérations; pour chaque investissement qu'il réalise, le gérant doit notamment agir avec la diligence requise par les circonstances et respecter l'obligation de fidélité (Bizzozero, op. cit., p. 42). Il y a en principe inexécution lorsque la diligence mise en œuvre par le gérant est inférieure à celle que le client était en droit d'attendre d'un gérant avisé, exécutant le contrat dans les mêmes

circonstances. C'est notamment le cas lorsqu'un gérant avisé n'aurait raisonnablement et objectivement pas entrepris les opérations contestées (Bizzozero, op. cit., p. 172). Le devoir de diligence impose également au mandataire, par exemple, d'éviter la survenance de grands risques par une diversification des placements et choisir des placements aisément négociables, exigence liée à celle de la sécurité et de la rentabilité (Bretton-Chevallier, op. cit., pp. 89 ss). Une opération peut être déraisonnable quant à son objet, que ce soit sur le plan qualitatif, comme investir dans un titre hautement spéculatif, ou quantitatif, comme placer 70% du portefeuille dans une valeur même considérée comme stable (Bretton-Chevallier, op. cit., p. 197). Il est admis qu'en principe, la gestion des avoirs du client doit avoir lieu en respectant le principe de la répartition des risques. Les investissements ne doivent pas être concentrés dans des catégories d'actifs semblables ou au sein de ces catégories dans les mêmes actifs. La répartition des risques doit ainsi permettre au client d'avoir des investissements qui ne réagissent pas de la même façon aux mêmes événements. Idéalement, en cas de réalisation de certains événements, la perte de valeur d'un actif doit être compensée par le maintien ou l'augmentation de valeur d'un autre actif (Lombardini, op. cit., n. 53, p. 815). Le Tribunal fédéral a ainsi estimé que sont disproportionnées des opérations sur devises portant sur USD 500'000, alors que la valeur du portefeuille est de 25'000 francs (Lombardini, op. cit., nn. 49-50, p. 814). L'obligation de fidélité fait naître l'obligation pour le mandataire d'agir en toutes circonstances dans l'intérêt présumé du mandant et de renoncer à tout ce qui pourrait lui nuire. Plus concrètement, il doit entreprendre toutes les opérations qu'il juge opportunes et renoncer aux investissements qui pourraient mettre en danger les intérêts et le patrimoine de son client (Bretton-Chevallier, op. cit., p. 94). La banque doit exécuter les opérations aux meilleures conditions possibles et ne pas faire courir au client des risques disproportionnés, ni multiplier les transactions dans le but de générer des courtages (Lombardini, op. cit., n. 50, p. 814). Comme le devoir de diligence, l'obligation de fidélité est un critère d'appréciation de l'exécution du contrat: le mandat n'est réputé avoir été exercé correctement que si le gérant a respecté les intérêts du client (Bizzozero, op. cit., p. 100). Par conséquent, si des placements non autorisés par le contrat causent un dommage au mandant, celui-ci peut obtenir réparation (Bizzozero, op. cit., p. 84; SJ 1998 I 198; SJ 1994 I 729). En cas d'incertitude sur le profil envisagé par le client, la banque doit présumer qu'il ne souhaite pas une gestion spéculative (Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4 e éd., p. 213). Le gérant doit également informer le client, soit le renseigner de sa propre initiative sur tous les faits importants concernant le contrat ou son exécution. Doivent être considérées comme importantes toutes les informations qui pourraient modifier la volonté contractuelle du client ou qui pourraient l'inciter à donner, changer ou retirer des instructions. Le gérant informe le client dans le but de sauvegarder les intérêts de celui-ci (Bizzozero, op. cit., p. 102). L'information doit être exacte, complète, claire et donnée à temps (Guggenheim, op. cit., p. 221). La banque a également une obligation de mise en garde du client le dissuadant d'entreprendre certaines transactions (ATF 133 III 97, JT 2008 I 84; Lombardini, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune: état de la jurisprudence et questions ouvertes, in SJ 2008 II 420 ss). Ces règles se retrouvent également à l'art. 11 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1; LBVM), dont l'alinéa 1 er rappelle les devoirs d'information, de diligence et de loyauté du négociant envers le client, l'alinéa 2 pondérant ces notions selon l'expérience des clients et l'état de leurs connaissances dans les domaines concernés. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte des Règles de conduites pour négociants

édictees par l'ASB, faute d'allégation sur ce point (ATF 132 III 460 consid. 4.3, JT 2008 I 58). ab) En l'espèce, il ressort de l'instruction du dossier qu'aucun contrat de mandat écrit n'a été conclu entre les parties. Il n'est pas établi que des instructions particulières aient été données par le demandeur. Il n'est en particulier pas établi que le demandeur souhaitait une gestion agressive de son portefeuille, comme l'a soutenu la défenderesse. Or, très rapidement, la gestion des avoirs du demandeur par la défenderesse a été non seulement agressive mais imprudente et même déraisonnable. Selon l'expert, la répartition de la fortune du demandeur ne constituait pas une gestion particulièrement prudente, surtout compte tenu de la qualité des actions acquises. Les valeurs choisies étaient à risque très élevé, les titres acquis étaient relativement peu connus et ne figuraient pas, pour la plupart, sur les listes de recommandations de la défenderesse. Cette dernière a acquis les titres Card Guard Scientific alors qu'il s'agissait de l'un des plus mauvais moments pour le faire; elle a acheté les titres SHL Telemedecine qui ont régulièrement perdu de la valeur depuis leur date d'acquisition; elle a investi dans les titres Transmeta dont le cours a chuté après leur acquisition; elle a acquis les actions Cap Gemini qui ont connu une chute spectaculaire et elle a investi dans les titres Von Roll qui ont chuté de manière presque constante de 1999 à 2002. La défenderesse a en outre agi de manière inadéquate, allant jusqu'à opérer des achats alors que ses propres recommandations conseillaient de vendre certains titres. Elle a ainsi effectué un achat de 200 actions CS Group alors qu'elle recommandait elle-même de les vendre. Cette opération s'est faite, il est vrai, à la suite de l'achat d'obligations convertibles; mais ce premier achat, qui s'apparentait à un achat à terme impliquait le risque d'acheter des titres au-dessus de leur valeur, à un moment où il était conseillé de les vendre – ce qui s'est produit. La défenderesse a d'ailleurs également conservé les actions Jomed dans le dossier du demandeur, alors qu'il était recommandé de vendre ces actions. Les avoirs du demandeur ont diminué de 79,16%. Le montant global des pertes sur titres est de 143'351 fr. 55. Au vu de la perte nette globale de 71,32% constatée sur le dossier du demandeur, qui est supérieure à celle enregistrée par les principaux indices boursiers au cours de la même période, soit à hauteur de 40% en moyenne, le compte du demandeur a été géré de manière inadéquate, voire de manière contraire au bon sens. L'expert a estimé que l'absence de diligence avec laquelle le dossier a été géré par la défenderesse est en relation de causalité avec le dommage subi par le demandeur. De plus, alors que la défenderesse avait une obligation d'information et de mise en garde envers le demandeur, il n'est pas établi qu'elle ait fait état de la gravité de la situation, ni de la poursuite de sa gestion offensive allant, pour certains titres, à l'encontre de ses propres recommandations. Elle n'a pas avisé le demandeur que les pertes étaient significatives et qu'il y avait lieu à réfléchir à l'opportunité du type de gestion confiée. Elle lui a seulement transmis des relevés standards en banque restante. Si, par ce biais, le demandeur a eu connaissance de certaines informations, les violations de la défenderesse étaient trop graves pour que l'absence de réaction immédiate du client ne couvre le vice. Au vu de ce qui précède, la défenderesse a violé ses obligations de diligence, de fidélité, d'information et de mise en garde envers le demandeur. ba) Le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette (ATF 127 II 73). Il consiste en une perte éprouvée ou en un gain manqué, la combinaison des deux étant fréquente (Bretton-Chevallier, op. cit., p. 193). Le dommage apparaît comme étant la différence entre deux valeurs: l'état du patrimoine du client suite aux actes dommageables et l'état de ce patrimoine sans ces actes (Bizzozero, op. cit., p. 173). Il doit être calculé en tenant compte du résultat qu'aurait obtenu un gérant moyen faisant preuve de diligence (Lombardini, op. cit., nn. 62-63, p. 818; Bizzozero, op. cit., p. 173). Il ne s'agit pas forcément de déterminer le

profit qui aurait pu être réalisé par une gestion diligente mais, parfois, de déterminer la perte – inférieure à celle réellement subie – qui aurait été générée avec une telle gestion. La comparaison doit avoir lieu avec une stratégie de gestion fondamentalement semblable à celle voulue par le client, mais non exécutée par la banque (Lombardini, op. cit., nn. 64-65, p. 818). Il faut tenir compte du résultat global réalisé avec les opérations jugées non diligentes, soit des pertes résultant des investissements superflus qui n'auraient jamais été décidés dans le cadre d'une gestion adéquate, mais également en prenant en considération les opérations ayant généré un profit (Lombardini, op. cit., n. 71, p. 821 et les références citées). Dans certains cas, en présence de portefeuilles diversifiés et constitués en tenant compte de certains indices de référence, la performance réalisée peut être comparée à celle de l'indice (Lombardini, op. cit., n. 67, p. 819). Il s'agit de replacer le client dans la situation financière qui serait la sienne si les opérations de placement n'avaient jamais eu lieu et recréer le compte (Guggenheim, op. cit., p. 226). Si la banque n'a pas fait preuve de la diligence voulue, elle doit également rembourser au client les honoraires et commissions qu'elle a perçus (Lombardini, op. cit., n. 72, p. 821; Bretton-Chevallier, op. cit., p. 195 et les références citées).

bb) En l'espèce, il s'agit donc de comparer l'évolution de la moyenne des indices boursiers, calculée par l'expert, et la perte subie par le demandeur, le dommage se situant dans la différence de valeur. En l'absence d'instructions données par le demandeur, la défenderesse devait présumer que son client ne voulait pas une gestion spéculative de ses fonds. Une gestion plus prudente aurait notamment impliqué d'investir à peu près la moitié des avoirs du demandeur en obligations. L'expert considère en effet que le placement de 54,81% du portefeuille en actions représente une certaine prudence. Il est donc retenu qu'un investisseur moyen, dans les mêmes circonstances, aurait placé la moitié des fonds du demandeur en obligations et perdu seulement l'équivalent de la moins-value moyenne des principaux indices boursiers, soit 37,39% des avoirs confiés. Dans cette perspective, la perte hypothétique doit être déduite de la perte effective subie par le demandeur. Dans la mesure où cette perte a été calculée par l'expert à 143'351 fr. 55 (71,32% x 201'000 fr.), que la prudence recommandait d'investir 54,81% des fonds en actions (54,81% x 201'000 fr., soit 110'168 fr. 10) et que la perte hypothétique s'évalue à 37,39% des avoirs placés en de tels titres (37,39% x 110'168 fr. 10, soit 41'191 fr. 85), le dommage du demandeur doit être arrêté à 102'159 fr. 70 (143'351 fr. 55 – 41'191 fr. 85). En revanche, le montant de 21'188 fr. 30 relatif à la commission pour la garantie bancaire, aux frais de banque restante et aux frais de garde ne doit pas être pris en considération. En effet, la défenderesse a prélevé ces frais bancaires liés à l'ouverture et au maintien de la garantie bancaire du demandeur en faveur de l'administration fiscale vaudoise, ainsi que les frais liés à la garde de titres et au maintien d'une adresse en banque restante, cela conformément aux accords contractuels conclus. L'expert a d'ailleurs indiqué que la somme de 21'188 fr. 30 n'avait pas été prise en compte dans son calcul.

ca) Le mandataire n'est tenu d'indemniser le mandant que si le dommage se trouve dans un rapport de causalité naturelle et adéquate avec la violation du contrat. Il y a causalité naturelle lorsque le fait générateur de responsabilité est une condition sine qua non du résultat (ATF 128 III 180, SJ 2002 I 595; ATF 122 IV 17 c. 2c/aa, JT 1997 IV 94). Autrement dit, la causalité naturelle est toujours donnée lorsque l'on ne peut faire abstraction de l'événement en question sans que le résultat ne tombe aussi (ATF 119 V 335 c. 1; ATF 95 IV 139 c. 2a, JT 1970 I 453). Il y a causalité adéquate lorsque le comportement incriminé était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit (TF 5C.125/2003 du 31 octobre 2003 c. 4.1 et les références citées). L'existence d'un rapport de causalité adéquate

doit être appréciée sous l'angle juridique; elle doit être tranchée par le juge seul (ATF 107 V 173 c. 4b). cb) En l'espèce, le fait que la défenderesse ait effectué des placements risqués au nom du demandeur avec les avoirs de ce dernier, sans mandat précis et sans l'en informer, a engendré des pertes financières importantes. Ces faits sont en relation de causalité naturelle et adéquate avec le comportement de la défenderesse. La banque soutient que le client est à l'origine de tout ou partie de la perte subie, par la décision qu'il a prise de vendre; jusqu'à ce moment, les pertes n'auraient été que "virtuelles". Elle soutient que ses décisions de gestion devaient être évaluées dans une perspective de longue durée. Le Tribunal fédéral n'a pas retenu la validité de cette argumentation dans le cas où le client avait subi en peu de temps des pertes très importantes suite à un changement radical de la gestion. Le fait que le client vende alors tout ce que la banque avait acquis en son nom a ainsi été considéré comme compréhensible, puisque la stratégie poursuivie par le gestionnaire était viciée dans son ensemble et n'aurait tout simplement pas dû être initiée. Il ne peut donc être reproché au client d'avoir mal géré des actifs que son portefeuille ne devait pas contenir (Lombardini, op. cit., n. 70, pp. 820-821 et les références citées; Bensahel/Micotti/Scherrer, Certains aspects du dommage dans la gestion de fortune, in SJ 2008 II 333, spéc. 348 et références citées). L'argument de la défenderesse doit ainsi être écarté. En effet, au vu des pertes très importantes subies par le demandeur en peu de temps et la manière dont les fonds ont été gérés, il est compréhensible que ce dernier ait souhaité vendre tout ce que la défenderesse avait acquis en son nom, la relation de confiance ayant été rompue. D'ailleurs, seule la vente des titres permettait au demandeur d'établir son préjudice. Dans le cas contraire, la défenderesse pourrait échapper à toute responsabilité en plaidant que, tôt ou tard, dans une période plus ou moins lointaine, les cours finiraient par remonter (Lombardini, op. cit., n. 70, pp. 820-821 cité ci-dessus). A cela s'ajoute en l'espèce que la défenderesse soutient un point de vue presque contradictoire. En effet, elle prétend d'une part que son client souhaitait une gestion agressive – soit spéculative. D'autre part, elle prétend également qu'elle visait le long terme. Enfin, même si l'expertise révèle que les indices boursiers ont repris de la valeur au cours de l'année 2003, la défenderesse n'a rien allégué sur l'évolution du cours des titres en question après leur vente. La défenderesse ne peut davantage tirer argument du fait que son client est resté silencieux à réception des communications qui lui étaient adressées en banque restante. En effet, selon la conception récemment adoptée par le Tribunal fédéral, le client qui ne réagit pas aux communications qui lui sont adressées ne perd pas pour autant le droit de se plaindre d'une gestion de mauvaise qualité. Si le client a donné un mandat de gestion, c'est justement parce qu'il veut être déchargé d'une tâche qu'il confie à un professionnel. Il ne saurait donc être question de contraindre le client à intervenir, en l'obligeant à analyser régulièrement les transactions sur son compte, alors que justement il a indiqué ne pas vouloir s'occuper de ces mêmes transactions. Le principe s'applique même si le client est un professionnel (Lombardini, op. cit., nn. 73-75, p. 822 et les références citées; Lombardini, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune: état de la jurisprudence et questions ouvertes, in SJ 2008 II 415; Guggenheim, op. cit., p. 227). da) L'art. 97 al. 1 CO laisse au mandataire la possibilité de s'exonérer en prouvant son absence de faute. La faute est généralement définie, dans le domaine contractuel, comme un manquement à la diligence due. Elle comprend une composante objective, soit un manquement au devoir de comportement promis, et un aspect subjectif, lié à l'imputabilité dudit comportement. Dans le cadre du mandat, la faute dans son aspect objectif se confond largement avec la violation de l'obligation contractuelle de diligence et de fidélité. Dans son aspect subjectif, elle est liée à la capacité de discernement.

Ainsi, dès lors que le client a démontré une violation de l'obligation de diligence, le mandataire ne peut apporter la preuve libératoire réservée par l'art. 97 al. 1 CO que s'il était incapable de discernement (Bretton-Chevallier, op. cit., pp. 200-201). db) En l'espèce, comme développé ci-dessus au chiffre IV. ab), la défenderesse a violé ses obligations contractuelles de diligence et de fidélité envers le demandeur en procédant à des opérations financières inopportunes allant même jusqu'à entreprendre des démarches contraires à ses propres recommandations. En outre, elle n'a pas respecté non plus son obligation de mise en garde et d'information envers le demandeur. La gestion du mandataire était contraire aux règles de l'art et aucun élément allégué ne permet de penser que cela serait dû à ces circonstances que l'on ne peut imputer à faute. Au vu de ce qui précède, l'action du demandeur doit être admise à hauteur de 102'159 fr. 70, avec intérêt à 5% l'an dès le 7 novembre 2003, lendemain de la date de réception de la demande par la défenderesse. V. a) Selon l'art. 92 al. 1 CPC, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ceux-ci comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986 (RSV 177.11.3). Les débours ont trait au paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée. A l'issue d'un litige, le juge doit rechercher lequel des plaideurs gagne le procès et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant. Lorsque aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, le juge peut réduire les dépens ou les compenser (art. 92 al. 2 CPC). b) En l'espèce, obtenant gain de cause sur le principe et une partie de ses conclusions, le demandeur B. _____ a droit à des dépens réduits d'un quart, à la charge de la défenderesse Y. _____, qu'il convient d'arrêter à 33'694 francs 35, savoir : a) 18'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil; b) 900 fr. pour les débours de celui-ci; c) 14'794 fr.

E. 35

en remboursement des trois quarts de son coupon de justice.

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