

## **VD\_FINDINFO Jug / 2016 / 173 vom 12. April 2016**

VD Tribunal cantonal, 2016-04-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Jug\\_\\_\\_2016\\_\\_\\_173](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2016___173)

FR: VD\_FINDINFO Jug / 2016 / 173 du 12 avril 2016

IT: VD\_FINDINFO Jug / 2016 / 173 del 12 aprile 2016

### **Regeste**

GESTION DE FORTUNE, GESTION D'AFFAIRES PARFAITE, GESTION D'AFFAIRES | 398 CO, 419 CO, 420 al. 3 CO

### **Erwägungen**

#### **E. 21**

décembre 2010 consid. 5.2.1; TF 4A\_189/2007 du 31 juillet 2007 consid. 2.3). Dans le contrat de conseil en placement, le client décide lui-même des opérations à effectuer, après avoir obtenu renseignements et conseils auprès de la banque. Ce pouvoir décisionnel du client constitue le principal critère de distinction par rapport au contrat de gestion de fortune (TF 4A\_444/2012 du 10 décembre 2012 consid. 3.2; TF 4A\_525/2011 du 3 février 2012 consid. 3.1; TF 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.1). Dans le contrat de gestion de fortune, le gérant, qui s'oblige à gérer dans les termes de la convention tout ou partie de la fortune du mandant, détermine lui-même les opérations boursières à effectuer, dans les limites fixées par le client (TF 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.1 et les références citées). Dans les deux relations qui précèdent, la banque assume des devoirs de renseignement, de conseil et d'avertissement qui relèvent du contrat de mandat (TF 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.3, SJ 2009 I 13; TF 4A\_624/2012 du 13 avril 2013 consid. 2.1; TF 4A\_380/2010 du 16 décembre 2010 consid. 2.1; ATF 132 III 460 consid. 4.1). L'étendue de ces devoirs varie selon que les parties sont liées par un contrat de conseil en placement ou un mandat de gestion, ce dernier étant plus contraignant pour la banque (TF 4A\_444/2012 du 10 décembre 2012 consid. 3.2 et les arrêts cités). La conclusion de ces contrats n'est pas soumise à une forme particulière. En matière de gestion de fortune, l'Association suisse des banquiers (ci-après : ASB) a certes édicté des directives qui exigent la forme écrite (art. 2 des Directives de l'ASB). Les Directives de l'ASB n'ont toutefois pas valeur de loi. Elles représentent des règles de comportement et ne déploient aucun effet sur la relation de base, de droit civil, qui lie le client à la banque et qui est soumise aux art. 394 ss CO (TF 4C\_326/2003 du 25 mai 2004 consid. 3.6). L'existence d'un usage applicable au contrat de gestion de fortune ne fait pas non plus de la forme écrite une forme spéciale conventionnelle au sens de l'art. 16 al. 1 CO (Bizzozero, Le contrat de gérance de fortune, thèse, fribourg 1992, p. 80). La conclusion d'un contrat de gestion de fortune peut intervenir oralement ou tacitement, par actes concluants. Elle n'intervient toutefois généralement qu'après une discussion au cours de laquelle la banque et son client se mettent d'accord sur une politique d'investissement déterminée (Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5 e éd., p. 269; Lombardini, op. cit., n. 13, p. 804). b) Le contenu du rapport contractuel entre la banque et son client se détermine conformément aux règles sur l'interprétation des contrats (art. 18 CO). Le juge doit rechercher en premier lieu à déterminer la volonté réelle et commune des parties. Lorsque cette volonté ne peut être

déterminée, le contrat doit être interprété selon le principe de la confiance, qui permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. Il y a ainsi lieu de rechercher comment les circonstances ou, en cas de texte écrit, comment les termes de l'accord pouvaient être compris de bonne foi par l'autre partie en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1; ATF 135 III 295 consid. 5.2). c) Selon l'art. 560 al. 1 CC, les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès que celle-ci est ouverte. Ils sont saisis des créances et actions, des droits de propriété et autres droits réels, ainsi que des biens qui se trouvaient en la possession du défunt, et ils sont personnellement tenus de ses dettes; le tout sous réserve des exceptions prévues par la loi (al. 2). En ce qui concerne le rapport entre la banque et le client et les contrats qui les lient, ceux-ci ne prennent donc pas fin au décès du client. Ce dernier est remplacé dans les rapports contractuels par ses héritiers (Lombardini, op. cit., n. 73, p. 342). Une responsabilité de la banque vis-à-vis de l'héritier dont les droits ont été ignorés pourra ainsi être engagée sur le plan contractuel, si un rapport contractuel existe entre cet héritier et la banque (Lombardini, op. cit., n. 84, p. 345). En cas d'administration d'office de la succession, l'interlocuteur de la banque est l'administrateur officiel, qui gère la succession. L'administration d'office est une institution sui generis de droit privé. Dans les cas prévus à l'art. 554 al. 1 CC, l'autorité compétente nomme un administrateur officiel dont la mission essentielle consiste à conserver la substance de la succession, dans l'intérêt de tous les successeurs et des créanciers. Sa gestion est purement conservatoire (Steinauer, Le droit des successions, 2 e éd., n. 878, p. 470 et les références citées). A son entrée en fonction, l'administrateur officiel doit établir un inventaire de la succession au sens de l'art. 553 CC. Il doit gérer les actifs de la succession, soit assurer la gestion et la conservation des biens, placer l'argent, percevoir les revenus, payer les dettes, etc. Il ne peut pas disposer des biens de la succession, à moins que cela soit nécessaire à la conservation du patrimoine héréditaire. Il doit rendre compte de sa gestion à l'autorité de surveillance et aux héritiers et répondre à leurs demandes de renseignements. L'administrateur officiel agit en son propre nom pour remplir la mission qui lui est confiée. Tant que cette mission existe, les droits d'administration des héritiers sont suspendus (Steinauer, op. cit., nn. 878-879, pp. 470-471). d) En l'espèce, pour déterminer les pouvoirs de la défenderesse après le décès de H.\_\_\_\_\_, il n'est pas inutile de qualifier la nature des relations contractuelles nouées avec la banque du vivant de celui-ci, même si les actes accomplis par la défenderesse durant cette période ne sont pas litigieux. A cet égard, il est admis que H.\_\_\_\_\_ n'avait signé aucun contrat de gestion de fortune avec la défenderesse, la formule « mandat de gestion » qui accompagnait le contrat d'ouverture du compte « [...] » ayant d'ailleurs été biffée. Il est en outre établi que H.\_\_\_\_\_ était actif sur le marché des actions et qu'il a procédé personnellement à de nombreuses opérations d'achat et de vente de titres au moyen du compte précité, en particulier de 1997 à 1999. Il apparaît certes qu'à partir de 1998, U.\_\_\_\_\_ lui faisait des propositions d'investissement qu'il acceptait ou refusait. En l'absence de davantage d'éléments quant à la nature et à la fréquence de ces propositions, on ne saurait toutefois en déduire l'existence d'un contrat de conseil en placement avec la défenderesse, même tacite. En définitive, sur la base des éléments au dossier, il convient d'admettre qu'aucun mandat de gestion de fortune, ni de conseil en placement, n'a été confié à la défenderesse du vivant de H.\_\_\_\_\_, de sorte que la relation contractuelle nouée par ces derniers était uniquement celle d'un compte/dépôt. Après le décès de H.\_\_\_\_\_, aucun mandat de gestion de fortune n'a été signé, ni expressément confié à la défenderesse. Les

administrateurs officiels, seuls interlocuteurs de la banque, n'ont donné à celle-ci aucun pouvoir de gestion, ni aucune instruction de placement. Or, il est établi que durant toute la période litigieuse, de décembre 1999 à juin 2004, la défenderesse a exercé une activité de gérant de fortune sur les avoirs bancaires de feu H. \_\_\_\_\_, en se livrant à des opérations boursières. La défenderesse déduit du fait que les administrateurs officiels lui auraient donné des instructions et auraient régulièrement pu suivre l'évolution du compte et des placements, au travers des relevés qu'ils ont demandés et reçus, l'existence d'un mandat de gestion tacite. Contrairement à ce qu'elle soutient, il n'est toutefois pas établi que la défenderesse aurait reçu une quelconque instruction de la part des administrateurs officiels de gérer le compte « [...] », ni qu'un accord aurait eu lieu quant à la politique d'investissement à adopter. Les administrateurs officiels ont, certes, donné des ordres de débit sur le compte litigieux, mais uniquement dans le but de régler des dépenses courantes de la succession et non d'effectuer des opérations boursières. En outre, la banque n'a pas fourni aux administrateurs officiels des informations sur les transactions qu'elle effectuait sur le compte. Elle n'a jamais adressé d'avis concernant des placements ou le prélèvement de commissions. Tout au plus a-t-elle transmis aux administrateurs officiels les relevés de compte au jour du décès de H. \_\_\_\_\_, puis au 8 juin 2000, au 31 décembre 2000, au 30 juin 2001 et au 14 juin 2004, ainsi que d'une manière générale les relevés de comptes annuels. Il n'est toutefois pas allégué, ni établi que ces relevés auraient renseigné en détail sur les transactions effectuées. On ne saurait dès lors conclure, sur la seule base de l'envoi de ces documents, qu'un mandat de gestion de fortune aurait été confié tacitement à la défenderesse. De même, le simple fait que les administrateurs officiels aient su, à un moment indéterminé, que la défenderesse réalisait des opérations d'achat et de vente au moyen du compte « [...] », ne suffit pas à admettre l'existence d'un mandat de gestion, en l'absence d'autres éléments, en particulier de toute instruction de gestion donnée à la banque ou d'accord quant à la politique d'investissement à suivre. La cour de céans retient dès lors que, suite au décès de H. \_\_\_\_\_, aucun contrat de gestion de fortune n'a été conclu entre les parties. Celles-ci n'étaient liées que par une relation de compte/dépôt, de sorte que les actes de gestion entrepris par la défenderesse entre décembre 1999 et juin 2004 l'ont été sans mandat. V. a) Lorsque la banque se livre à des opérations de gestion sans mandat, les rapports entre elle et son client sont régis par les dispositions relatives à la gestion d'affaires. Il en va de même en cas de dépassement des pouvoirs confiés à la banque par un contrat de dépôt (TF 4C. 326/2003 du 25 mai 2004 consid. 3.5.1; Héritier/Lachat, Commentaire romand, CO I, 2 e éd., n. 17 ad art. 419 CO). La gestion d'affaires vise, dans son sens le plus large, les rapports juridiques résultant du fait qu'une personne exécute des actes de gestion dans la sphère d'autrui, sans y être obligée ni autorisée. La loi distingue la gestion d'affaires parfaite (ou altruiste), effectuée dans l'intérêt du maître (art. 422 CO), de la gestion d'affaires imparfaite (ou intéressée), entreprise dans l'intérêt du gérant (art. 423 CO). Dans le premier cas, le gérant s'immisce dans la sphère juridique du maître dans l'intérêt de celui-ci, afin de lui rendre service. L'objectif est altruiste. Pour cette raison, le Code des obligations en fait un rapport juridique (légal) spécial, source de droits et d'obligations. Dans le second cas, le gérant s'immisce dans la sphère juridique du maître, non pas dans l'intérêt de celui-ci mais dans son propre intérêt, afin d'en tirer profit. L'objectif est égoïste et la situation est plus proche d'une obligation délictuelle. La gestion peut encore être qualifiée de parfaite lorsque le gérant a, parallèlement, un intérêt propre à l'intervention. Ce n'est que si le gérant agit exclusivement ou de manière prépondérante dans son propre intérêt, que la gestion doit être qualifiée d'imparfaite (TF 4C.326/2003 du

25 mai 2004 consid. 3.5.1; Tercier/Favre/Conus, Les contrats spéciaux, 4 e éd., nn. 5922 ss, pp. 896-897). L'on distingue encore entre deux sous-catégories de gestion d'affaires parfaite. Celle-ci est en effet qualifiée de régulière lorsqu'elle était commandée par les intérêts du maître (art. 422 al. 1 CO), et d'irrégulière lorsque le gérant avait bien l'intention d'agir en faveur du maître mais qu'il l'a fait sans que cela ait été utile, voire contrairement à la volonté de celui-ci (art. 420 al. 3 CO ; Tercier/Favre/Conus, op. cit., nn. 5944-5946, p. 901). La charge de la preuve du caractère justifié de l'intervention incombe au gérant. Il implique généralement que le maître n'ait pas été en mesure d'agir lui-même. En principe, la gestion n'est pas justifiée et est donc irrégulière lorsque le gérant avait la possibilité de solliciter d'abord l'accord du maître (Tercier/Favre/Conus, op. cit., nn. 5960 et 5963, p. 903). b) En l'espèce, il n'y a pas lieu de considérer que la défenderesse a agi dans le cadre d'une gestion d'affaires imparfaite au sens de l'art. 423 CO. Même si l'activité de gérant de fortune lui était profitable, on ne peut déduire de l'état de fait que la banque a agi exclusivement ou de manière prépondérante dans son propre intérêt, dans l'intention de se procurer un enrichissement illégitime au détriment du demandeur. A cet égard, le fait que la défenderesse ait perçu des commissions sur les opérations boursières effectuées n'établit pas encore la recherche d'un tel enrichissement (TF 4C. 326/2003 du 25 mai 2004 consid. 3.3). Il ne ressort d'ailleurs pas du rapport de l'expert Heri que la défenderesse aurait accumulé les opérations boursières après le décès de H. \_\_\_\_\_, dans le but de multiplier ses commissions. Au contraire, l'expert a constaté que les transactions avaient régulièrement diminué durant toute la période litigieuse. D'une manière générale, l'expert Heri a relevé qu'au décès de H. \_\_\_\_\_, la défenderesse avait poursuivi le type de gestion pratiqué du vivant de ce dernier. Par ailleurs, il est établi qu'au cours de la période litigieuse, la défenderesse a effectué un certain nombre de transactions qui se sont soldées par un bénéfice, quand bien même l'évolution générale du portefeuille a été négative. L'on peut en déduire que la défenderesse a cherché, d'une part, à assurer une continuité dans la gestion dudit portefeuille et, d'autre part, à réaliser des plus-values ou, à tout le moins, à éviter certaines pertes. Son objectif n'était donc pas purement égoïste. Il apparaît bien plutôt que la défenderesse a agi, avec conscience et volonté, également dans le but de servir les intérêts des successeurs de H. \_\_\_\_\_, de sorte que la gestion d'affaires doit être qualifiée de parfaite. Cela étant, la défenderesse devait informer d'office les administrateurs officiels sur le fait qu'il n'existait aucun mandat de gestion, les renseigner sur la composition du portefeuille et le type d'opérations qui avaient été effectuées, discuter avec eux des différentes options possibles en matière de gestion du compte et recueillir leurs instructions pour l'avenir. Or, il est clair qu'elle n'a pas rempli ces obligations. Il résulte en effet de la correspondance produite, échangée entre les administrateurs officiels et la banque, que celle-ci n'a jamais fourni d'informations sur les opérations qu'elle effectuait et qu'elle a tu l'inexistence d'un mandat de gestion. La défenderesse n'a pas davantage sollicité les administrateurs officiels pour obtenir de leur part des instructions sur la manière de gérer le compte, alors même qu'elle a disposé pour ce faire de plus de quatre ans, entre le décès de H. \_\_\_\_\_ et le transfert des avoirs bancaires de celui-ci au demandeur. En ne requérant pas l'accord préalable des administrateurs officiels pour gérer le portefeuille alors qu'elle avait la possibilité de le faire, la défenderesse, qui n'a allégué aucune circonstance qui l'aurait obligé à agir sans cet accord, a accompli une gestion d'affaires irrégulière. c) En vertu de l'art. 424 CO, si les actes du gérant ont été ratifiés par le maître, les règles du mandat deviennent applicables. Cette disposition s'applique aussi bien à la gestion d'affaires parfaite régulière qu'à la gestion d'affaires parfaite irrégulière (TF 4A.496/2007

du 31 mars 2008 consid. 2.2). En revanche, elle est inapplicable à la gestion d'affaires imparfaite, dans la mesure où les règles du mandat reposent sur l'idée que le mandataire agit dans l'intérêt du mandant, ce qui n'est pas le cas du gérant dans cette hypothèse (Tercier/Favre/Conus, op. cit., n. 5974, p. 905 et les références citées). La ratification est un acte formateur par lequel le maître manifeste au gérant qu'il assume les prestations que celui-ci a faites jusqu'ici pour son compte. Cette manifestation, qui peut être expresse ou tacite, donne rétroactivement (ex tunc) une cause aux actes de gestion, en construisant une relation contractuelle fictive (Tercier/Favre/Conus, op. cit., n. 5975, p. 905). Le silence vaut ratification si, par application du principe de la bonne foi objective, les circonstances exigent que le cocontractant manifeste son refus (TF 4C. 389/2002 du 21 mars 2003 consid. 3.4). Les conséquences de la ratification du maître sont que l'on applique désormais les règles du mandat, sans toutefois que la gestion d'affaires soit remplacée par un véritable contrat de mandat. Il s'agit davantage de préciser les droits et obligations du maître et du gérant, à la lumière des règles du mandat (Tercier/Favre/Conus, op. cit., n. 5977, p. 905). d) En l'espèce, comme indiqué précédemment, la défenderesse n'a pas fourni aux administrateurs officiels des informations sur les transactions boursières qu'elle effectuait sur le compte. Elle n'a jamais adressé d'avis concernant des placements ou le prélèvement de commissions. Il est en revanche établi qu'elle a transmis aux administrateurs officiels les relevés annuels du compte « [...] », ainsi que les relevés de ce compte au jour du décès de H.\_\_\_\_\_, puis au 8 juin 2000, au 31 décembre 2000, au 30 juin 2001 et au 14 juin 2004. Il ressort en outre des télécopies des 3 mars et 28 mars 2003 échangées entre U.\_\_\_\_\_ et l'administratrice officielle Q.\_\_\_\_\_ que cette dernière a interpellé la défenderesse au sujet de la gestion et de la performance du compte litigieux et qu'une rencontre a eu lieu entre les prénommés dans les locaux de la banque au mois de février 2003. Par ailleurs, dans son rapport de gestion du 14 avril 2003 à l'attention de la justice de paix, Q.\_\_\_\_\_ a indiqué que les avoirs déposés auprès de la défenderesse avaient continué à être gérés par U.\_\_\_\_\_. Il apparaît dès lors que les administrateurs officiels savaient que le compte « [...] » était géré par la banque. Ils savaient que la défenderesse réalisait des opérations d'achat et de vente de titres, comme le confirme le fait que I.\_\_\_\_\_ avait demandé à la défenderesse, par courrier du 16 octobre 2001, l'envoi des « avis de crédit et de débit concernant les opérations effectuées depuis la date de décès jusqu'à ce jour ». Cela étant, les administrateurs officiels n'ont jamais manifesté une quelconque opposition à la gestion pratiquée par la défenderesse. Il est certes possible qu'ils aient cru qu'il existait un mandat de gestion du vivant de H.\_\_\_\_\_ et qu'ils aient ignoré la véritable nature des relations entre la banque et celui-ci, soit parce qu'ils n'ont pas questionné la défenderesse à ce propos, soit parce que cette dernière leur a tu l'absence d'un mandat de gestion. Rien n'a été allégué à ce sujet. Mais peu importe. Bien que le fait d'avoir tu l'inexistence d'un mandat de gestion puisse, le cas échéant, constituer une violation du devoir d'information de la banque, cela n'empêche pas une ratification de la gestion, en l'absence d'opposition. Dans la mesure où l'activité de gérant de fortune de la défenderesse n'a pas échappé aux administrateurs officiels, qui ne s'y sont pas opposés pendant plus de quatre ans, il convient d'admettre que cette activité a été ratifiée au sens de l'art. 424 CO. En conséquence, l'éventuelle responsabilité de la défenderesse à l'égard du demandeur doit être examinée à la lumière des règles du mandat, plus particulièrement du contrat de gestion de fortune, puisque la banque a exercé une activité de gérant de fortune durant toute la période litigieuse. VI. a) Le contrat de gérant de fortune est celui qui impose les obligations les plus contraignantes au gérant. Outre les obligations de rendre le service promis et de suivre les

instructions du client, la banque assume une obligation de diligence et de fidélité déduites de l'art. 398 al. 2 CO (Guggenheim, op. cit., pp. 272 ss). Lorsque la banque gérante déploie une activité qui correspond à celle décrite à l'art. 2 let. d LBVM (Loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières; RS 954.1), savoir lorsqu'elle peut être qualifiée de négociante en valeurs mobilières, elle doit assumer – en tenant compte de l'expérience du client et de son niveau de connaissances – les devoirs énumérés à l'art. 11 al. 1 LBVM, à savoir un devoir d'information, un devoir de diligence et un devoir de loyauté (TF 4A\_525/2011 du 3 février 2012 consid. 3.3). Les personnes qui s'occupent à titre professionnel de gestion de patrimoine, à l'instar du gestionnaire de fortune, ont un devoir particulier d'information envers leurs clients, qui découle du devoir de fidélité. Le client doit être renseigné sur les risques des investissements qu'il envisage, conseillé au besoin de manière appropriée quant aux différentes possibilités de placement et prévenu contre la prise de décisions inconsidérées, cela en fonction de son niveau propre de connaissances et de la nature des placements entrant en considération. Il incombe ainsi au mandataire de s'informer, en questionnant son client, sur le niveau de connaissances de ce dernier et sur sa tolérance au risque. Les obligations du mandataire sont d'autant plus strictes lorsqu'il s'agit d'affaires à option ou d'opérations à terme, lesquelles sont, selon l'expérience, hautement spéculatives et en conséquence risquées (TF 4A\_380/2010 du 16 novembre 2010 consid. 2.1). D'une manière générale, le devoir d'information du gérant doit porter sur toutes les informations importantes, soit toutes celles qui pourraient modifier la volonté contractuelle du client ou qui pourraient l'inciter à donner, changer ou retirer des instructions (Bizzozero, op. cit., p. 102). Le gérant de fortune a également une obligation de rendre compte, qui lui impose de renseigner le client ou de lui présenter les comptes dès que celui-ci le demande. Cette obligation de rendre compte diffère de l'obligation d'informer, en ce sens que la banque rend compte à son client sur interpellation expresse, alors qu'elle doit l'informer de sa propre initiative (Guggenheim, op. cit., p. 285). En matière de gestion d'affaires sans mandat, le gérant assume des devoirs comparables. Il doit ainsi également rendre compte de sa gestion et informer immédiatement le maître de tout fait important, en particulier de la gestion entreprise (Tercier/Favre/Conus, op. cit., n. 5984, p. 907). Le devoir de fidélité oblige également le mandataire à s'abstenir de toute démarche qui pourrait nuire aux intérêts de son mandant. Le gérant doit éviter tout agissement qui cause un préjudice au client. Ainsi, il ne peut effectuer des mouvements dans le portefeuille qui ne se justifient nullement au vu des intérêts de son client, mais qui ont pour unique but de fonder des commissions, ce que la pratique qualifie de « churning » ou de barattage (Bizzozero, op. cit., pp. 102 et 118; TF 4C.149/1998 du 28 juillet 1998 consid. 3b). L'obligation de diligence intervient quant à elle dans le choix et la surveillance des placements, ainsi que dans la répartition des risques (Guggenheim, op. cit., pp. 275-276). L'art. 11 al. 1 let. b LBVM impose au gérant d'assurer la meilleure exécution possible des ordres de ses clients et de veiller à ce qu'ils puissent la reconstituer. En principe, la diligence requise s'apprécie au moyen de critères objectifs; on cherchera ainsi à déterminer comment un mandataire consciencieux, placé dans la même situation, aurait agi en gérant l'affaire en cause (TF 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.5). En matière de gestion d'affaires sans mandat, le gérant assume aussi une obligation de diligence envers le maître. La mesure de la diligence se détermine également en fonction de critères objectifs qui, sous certaines réserves, seront identiques à ceux retenus pour l'analyse de l'obligation de diligence du mandataire (Tercier/Favre/Conus, op. cit., n. 5981, p. 906). Les Directives de l'ASB contiennent également des règles de comportement à l'égard du gérant de fortune, notamment s'agissant

du devoir d'information envers le client (art. 3). Ces directives sont considérées par la majorité des auteurs comme des usages professionnels et n'ont pas force de loi (Bizzozero, op. cit., p. 61; Bretton-Chevallier, *Le gérant de fortune indépendant*, thèse, Genève 2002, p. 82 et les références citées). A l'instar des normes SIA, elles s'appliquent si le contrat conclu entre les parties les déclare applicables et à condition d'être alléguées et, le cas échéant, prouvées. b) Si le mandant ne peut obtenir l'exécution du contrat 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). Conformément aux règles générales de la responsabilité contractuelle et à l'art. 8 CC, il incombe au client d'apporter la preuve de la mauvaise exécution par le mandataire de ses obligations. Il lui incombe également de prouver le préjudice subi, ainsi que la relation de causalité entre ce préjudice et la mauvaise exécution du contrat, la faute du mandataire étant quant à elle présumée. Lorsque l'inexécution contractuelle consiste dans la violation du devoir d'information, le client doit démontrer que si son conseiller l'avait renseigné, il aurait, selon toute vraisemblance, pris une décision qui lui aurait permis d'éviter le dommage (TF 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.7 et les références citées). En matière de gestion d'affaires, les conditions de la responsabilité du gérant envers le maître sont identiques, à savoir l'existence d'un dommage, la violation d'une obligation, un rapport de causalité adéquate et une faute, laquelle est présumée (Héritier/Lachat, op. cit., n. 2 ad art. 420, p. 2569; Tercier/Favre/Conus, op. cit., n. 5987, p. 907). c) aa) En l'espèce, le demandeur reproche notamment à la défenderesse d'avoir violé son devoir d'information, en ne communiquant aux administrateurs officiels qui ont demandé à de nombreuses reprises des relevés complets des avoirs, puis à lui-même depuis le 14 juin 2004, que des bribes d'information, et de n'avoir à aucun moment requis des instructions de la part des administrateurs officiels, ni débattu avec eux de la gestion du compte. Le litige ne concerne que l'activité de gestionnaire de la banque entre le décès de H.\_\_\_\_\_, le 3 décembre 1999, et le jour où l'administratrice officielle a été relevée de ses fonctions et où le demandeur a pu disposer des avoirs du compte « [...] », ce qui est intervenu à réception de la décision de la Justice de paix du canton de Genève, prise et communiquée au conseil du demandeur le 11 juin 2004. Durant toute cette période, le demandeur ne disposait pas des pouvoirs de gestion et d'administration sur le compte litigieux. Ces pouvoirs étaient en mains des deux administrateurs officiels successifs, sous la surveillance de l'autorité compétente. C'est donc à leur égard que, durant la période litigieuse, la défenderesse devait remplir son devoir d'information et son obligation de rendre compte. Il convient tout d'abord d'examiner si la banque a satisfait à son obligation de rendre compte, qui l'obligeait à renseigner sur l'état du portefeuille non pas d'office mais sur demande expresse des administrateurs officiels, puis du demandeur lui-même postérieurement au 11 juin 2004. D'une manière générale, selon le contrat du 3 juin 1991 conclu entre la défenderesse et H.\_\_\_\_\_, la correspondance devait être adressée « banque restante », ce qui implique qu'elle devait demeurer auprès de la banque jusqu'à ce que le client en prenne possession. Cela étant, lorsque les administrateurs officiels ont demandé à la défenderesse des relevés de compte, par lettres des 26 janvier 2000, 8 juin 2000, 16 octobre 2001, 28 mars 2003 et 18 juin 2004, ils les ont reçus, ainsi que cela ressort des pièces produites et du témoignage de Q.\_\_\_\_\_. Il est en outre établi que lorsque l'administratrice officielle a demandé, lors d'un passage à la banque, des renseignements sur la performance et la gestion du compte, le gestionnaire en charge du dossier a cherché à l'atteindre et qu'elle a répondu qu'elle reprendrait contact après avoir obtenu des instructions de la justice de paix. Quant aux

demandes des avocats du demandeur postérieures au 11 juin 2004, il résulte également de l'état de fait qu'elles ont été respectées. La défenderesse y a fait suite en leur fournissant, d'une part, les relevés du compte « [...] » relatifs aux années 2000 à 2004 et, d'autre part, les avis de crédits et de débits pour la période du 1<sup>er</sup> décembre 1999 au 30 juin 2004 ainsi que diverses pièces bancaires pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 1996 au 30 novembre 1999. Il est vrai que l'expert Heri a indiqué à plusieurs reprises dans son rapport ne pas avoir pu disposer de tous les relevés trimestriels du compte. Le demandeur en déduit une violation de l'obligation de rendre compte de la banque. On ne saurait le suivre sur ce point, puisqu'on ne peut reprocher à la défenderesse, des années après, de ne pas avoir conservé tous ces relevés. En somme, il apparaît que lorsque ses interlocuteurs lui ont demandé des informations sur l'état du compte, la banque les leur a communiqués, dans la mesure de ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle compte tenu de l'écoulement du temps. Dans ces circonstances, la cour de céans considère que la défenderesse a satisfait à son obligation de rendre compte. Il convient ensuite d'examiner si la défenderesse a respecté son devoir d'information, qui l'obligeait à informer d'office le client sur le type d'opérations envisagées et sur les risques encourus, ainsi que sur les différentes possibilités de placement. Comme indiqué précédemment, l'étendue du devoir d'information varie en fonction du niveau de connaissances du client, en ce sens qu'il sera moins élevé si le client dispose de connaissances bancaires que s'il n'a aucune expérience dans le domaine. En l'espèce, la défenderesse a été avisée par la justice de paix qu'un avocat avait été désigné pour administrer la succession de feu H.\_\_\_\_\_. Elle pouvait donc s'attendre, s'agissant d'un avocat, à ce que celui-ci connaisse au minimum les risques mentionnés à l'art. 3 al. 2 des Directives de l'ASB, d'autant que l'autorité qui désigne un administrateur officiel doit choisir une personne compétente (Steinauer, op. cit., n. 876a, p. 469). Pour respecter son devoir d'information, la défenderesse devait néanmoins informer d'office l'administrateur officiel sur le fait qu'il n'existait aucun mandat de gestion relatif au compte litigieux. Au demeurant, il lui incombait de renseigner spontanément l'administrateur officiel sur la composition du portefeuille et le type d'opérations qui avaient été effectuées, discuter avec lui des différentes options possibles en matière de gestion du compte et recueillir ses instructions pour l'avenir. Or, il apparaît que la défenderesse n'a rempli aucune de ces obligations. En effet, la banque n'a jamais fourni aux administrateurs officiels d'informations sur les opérations boursières qu'elle effectuait, à tout le moins des informations suffisantes pour leur permettre d'apprécier les risques du portefeuille et, le cas échéant, de donner des instructions de placement différentes. En particulier, aucun avis concernant des placements ou le prélèvement de commissions ne leur a été adressé. La défenderesse a certes transmis des relevés du compte aux administrateurs officiels, lorsque ceux-ci les ont demandés. Il n'a toutefois pas été allégué et il n'est pas établi que ces relevés renseignaient en détail sur les transactions effectuées. En outre, la défenderesse n'a pas informé les administrateurs officiels que le compte litigieux ne faisait l'objet d'aucun mandat de gestion. Elle n'a pas davantage sollicité ces derniers pour obtenir de leur part des instructions sur la manière de gérer le compte. Force est dès lors de constater que les administrateurs officiels n'ont pas reçu d'informations suffisantes pour pouvoir se déterminer en toute connaissance de cause sur l'opportunité des actes de gestion entrepris par la banque et, le cas échéant, lui donner des instructions. Il en résulte une violation du devoir d'information de la défenderesse. Comme vu précédemment, les administrateurs officiels savaient néanmoins que la défenderesse avait une activité de gérante sur le compte, activité qu'ils ont ratifiée en ne s'y opposant pas durant plus de quatre ans. Il convient dès

lors de se demander si, en cas de ratification au sens de l'art. 424 CO, le maître peut encore réclamer des dommages et intérêts en invoquant une violation par le gérant de son devoir d'information. On ne peut sans autre présumer, tant en matière de gestion d'affaires parfaite régulière qu'irrégulière, que par la ratification, le maître reconnaît que l'exécution de la gestion a concrètement été accomplie avec toute la diligence requise. La question dépend en réalité de l'ensemble des circonstances (Weber, Basler Kommentar OR I, 5 e éd., n. 9 ad art. 424 OR). La ratification ne doit en effet pas nécessairement être assimilée à une acceptation de la gestion d'affaires concrètement réalisée. Une responsabilité du gérant selon les règles du mandat (art. 398 CO) demeure dès lors possible, malgré la ratification (Weber, OR Obligationenrecht art. 1-529, 1 ère éd., n. 4 ad art. 424 CO). En l'espèce, par leur absence d'opposition, les administrateurs officiels ont ratifié l'activité de gérante de la défenderesse, soit le principe même de la gestion du compte « [...] » par ses soins, mais non pas chaque opération accomplie durant la période litigieuse. Comme indiqué plus haut, les administrateurs officiels n'ont pas été suffisamment informés sur les opérations que la banque effectuait pour pouvoir se déterminer sur l'opportunité desdites transactions. Malgré la ratification, la défenderesse a donc violé son devoir d'information, portant sur les opérations qu'elle réalisait concrètement, de sorte que le demandeur est fondé à requérir des dommages et intérêts pour ce motif. bb) Le demandeur fait également valoir que la défenderesse aurait violé son devoir de diligence en modifiant unilatéralement le profil du portefeuille, en particulier en augmentant les risques d'environ 150%. Il invoque le courrier du 16 septembre 2006 de l'Ombudsman des banques suisses, qui a indiqué, sur la base des documents en sa possession, que le degré de risque du portefeuille avait été augmenté, sans toutefois parler d'un investissement spéculatif, la part des actions ayant passé de 8% au décès de H. \_\_\_\_\_ à environ 20% au milieu du mois de mai 2004. Cette appréciation, dont on ignore sur quels documents elle se fonde, est toutefois en contradiction avec l'expertise judiciaire réalisée par Claude Heri. Ce dernier a certes constaté que durant la période litigieuse, la banque s'était livrée à des opérations à court terme et à quatre opérations sur options, qui peuvent être considérées comme spéculatives, mais il a cependant relevé que dans le cas particulier, celles-ci avaient été exécutées sans prise de risque excessive. Globalement, l'expert Heri a retenu que le type de gestion pratiqué après le décès de H. \_\_\_\_\_ était le même que celui qui avait été pratiqué de son vivant. Il a en outre indiqué que la part des actions dans le portefeuille, qui était de 19,79% au 30 juin 1998, était demeurée stable, à environ 20% durant la période litigieuse, ce qui correspond à une gestion conservatrice à équilibrée. Dans la mesure où, à dire d'expert, la banque a poursuivi, après le décès de H. \_\_\_\_\_, la gestion du portefeuille que celui-ci pratiquait de son vivant, à savoir une gestion conservatrice à équilibrée et non hautement spéculative comme l'allègue le demandeur, il n'y a pas lieu de retenir une violation par la défenderesse de son devoir de diligence. cc) Le demandeur reproche encore à la défenderesse d'avoir pratiqué le « barattage », à savoir d'avoir multiplié les opérations boursières dans le seul but de pouvoir facturer des commissions. Il est certes établi que durant la période litigieuse, la banque a facturé 118'581 fr. 35 au titre de diverses commissions. La seule connaissance de ce montant, facturé sur une durée de plus de quatre ans, est toutefois insuffisante pour retenir que la défenderesse se serait livrée à un barattage et aurait ainsi violé son devoir de fidélité. Non seulement, il ne résulte pas de l'expertise de Claude Heri que la défenderesse aurait accumulé les transactions boursières après le décès de H. \_\_\_\_\_, mais il en ressort au contraire que les opérations ont régulièrement diminué durant toute la période litigieuse. On ne saurait donc conclure que la défenderesse a pratiqué le barattage. Le demandeur

reproche enfin à la défenderesse d'avoir effectué des opérations à partir d'un autre compte et d'avoir ensuite reporté les pertes sur le compte litigieux. Ce reproche est infondé, puisqu'il a été expressément infirmé par l'expertise réalisée par Nicolas Rosenthal, laquelle a permis de retrouver les opérations boursières litigieuses et d'en retracer l'origine. dd) En définitive, sur les différents griefs soulevés par le demandeur, seule la violation du devoir d'information de la défenderesse doit être retenue. Cela est toutefois suffisant pour engager la responsabilité de la défenderesse, pour autant qu'il existe un dommage et un lien de causalité entre ce dommage et la violation du devoir d'information. VII. a) Le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette. Il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2, rés. in JdT 2009 I 47 et les arrêts cités). Selon l'art. 42 al. 1 CO, la preuve du dommage incombe au demandeur. Le responsable n'est tenu de réparer que le dommage qui se trouve dans un rapport de causalité adéquate avec l'acte qui fonde sa responsabilité (ATF 121 III 350 consid. 7a p. 357). Il appartient ainsi au lésé de prouver non seulement l'existence et l'étendue du dommage, mais aussi le lien de causalité entre celui-ci et l'événement à la base de son action. A teneur de l'art. 42 al. 2 CO, lorsque 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 disposition édicte une règle de preuve de droit fédéral dont le but est de faciliter au lésé l'établissement du dommage. Elle s'applique aussi bien à la preuve de l'existence du dommage qu'à celle de son étendue. L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, mais ne dispense pas le lésé de fournir au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du préjudice et permettant l'évaluation ex aequo et bono du montant du dommage. Les circonstances alléguées par le lésé doivent faire apparaître un dommage comme pratiquement certain; une simple possibilité ne suffit pas pour allouer des dommages-intérêts. L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (ATF 122 III 219 consid. 3a et les références citées). b) En l'espèce, le demandeur considère que son dommage correspond à la différence entre les avoirs du compte « [...] » au 14 juin 2004 qui lui ont été versés et le montant qui aurait été disponible sur ce compte à cette même date si, au décès de H. \_\_\_\_\_, la banque avait entièrement liquidé le portefeuille, converti tous les avoirs en francs suisses et placé la totalité sur un compte fiduciaire. Pour retenir un tel dommage théorique, que l'expert a chiffré à 194'418 fr. 75, encore faudrait-il que le demandeur établisse que c'est ce que la défenderesse aurait dû faire. Il allègue que c'est ce que prévoyait le contrat. Rien n'est toutefois établi à ce sujet. Le demandeur n'a en effet pas allégué ni a fortiori prouvé l'existence d'une clause ou d'un accord contractuel qui irait dans ce sens. Il ne ressort pas non plus des constatations de l'expert Heri que la défenderesse aurait dû procéder de la sorte, ni qu'elle aurait dû conseiller aux administrateurs officiels d'agir ainsi. Il est en tout cas exclu de retenir que c'est ce que la défenderesse aurait dû faire sans instruction. Elle ne pouvait en effet effectuer de tels actes de disposition sans avoir été instruite dans ce sens. Or, il est établi que les administrateurs officiels ne lui ont donné aucune instruction quant à la gestion du compte. Il n'est pas non plus établi que la défenderesse aurait dû conseiller aux administrateurs officiels de liquider les avoirs du compte au décès de H. \_\_\_\_\_. Même dans le cas contraire, le demandeur aurait encore dû rendre vraisemblable que c'est bien l'option qui aurait été choisie, ce qu'il

n'a pas allégué. On ne saurait dès lors retenir l'existence d'un lien de causalité entre la violation du devoir d'information de la défenderesse et le dommage tel qu'allégué par le demandeur. Le demandeur n'a pas non plus établi un dommage qui correspondrait à la différence entre ce qui se trouvait sur le compte « [...] » au 14 juin 2004 et ce qui s'y serait trouvé si la défenderesse avait laissé le portefeuille tel quel au décès de H.\_\_\_\_\_.

L'expert Heri n'a en effet pas été en mesure de déterminer quelle aurait été la perte sur le compte dans cette hypothèse; il a en revanche confirmé qu'il y aurait eu une perte, vu la baisse constatée sur le marché des actions durant la période en cause, tout en observant que la performance du portefeuille ne s'était pas écartée de celle des indices boursiers et des indices de change de cette période. Il apparaît donc que la valeur du portefeuille aurait diminué même si la défenderesse n'avait procédé à aucune transaction durant la période litigieuse sans que l'on sache si, dans cette hypothèse, ce qui se serait trouvé sur le compte au 14 juin 2004 aurait été supérieur ou inférieur à ce qui a effectivement été versé au demandeur à cette même date. Dans ces circonstances, le principe même d'un dommage n'est pas établi, ce qui exclut d'évaluer celui-ci sur la base de l'art. 42 al. 2 CO. Un lien de causalité avec la violation du devoir d'information de la banque n'a pas non plus été démontré, puisque le demandeur n'a ni allégué, ni a fortiori rendu vraisemblable, que si les administrateurs officiels avaient été dûment informés par la défenderesse des placements effectués, ils auraient choisi, au décès de H.\_\_\_\_\_, de laisser le portefeuille tel quel jusqu'au 14 juin 2004. Le dommage ne saurait davantage correspondre au montant des commissions prélevées par la banque durant la période litigieuse, dès lors que, en vertu des règles du mandat applicables par analogie à la gestion d'affaires parfaite, les services rendus professionnellement par le mandataire donnent lieu, selon l'usage, à rémunération (ATF 82 IV 145, JdT IV 71; SJ 2002 I 204 consid. 1b; TF 4C.353/2000 du 22 février 2001 consid. 1b). En tant que négociante professionnelle au sens de l'art. 2 let. d LBVM, la défenderesse était donc fondée à prélever des commissions pour son activité de gestionnaire, dans la mesure où cette activité a été tacitement acceptée par les administrateurs officiels. En définitive, le demandeur n'a prouvé ni le principe d'un dommage consécutif à la gestion du compte par la défenderesse, ni l'existence d'un lien de causalité entre un tel dommage et la violation du devoir d'information de la banque. Il s'ensuit que ses conclusions doivent être intégralement rejetées.

VIII. 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 litt. 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. 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. Lorsqu'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 entièrement gain de cause, la défenderesse a droit à des dépens, à la charge du demandeur, qu'il convient d'arrêter à 39'229 fr., savoir : a) 25'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil; b) 1'250 fr. pour les débours de celui-ci; c) 12'979 fr. en remboursement de son coupon de justice.