



Master

2016

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Gestion de fortune, gestion d'actifs : le dommage de l'investisseur

Uysal, Kazim

How to cite

UYSAL, Kazim. Gestion de fortune, gestion d'actifs : le dommage de l'investisseur. Master, 2016.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:94408>

Le dommage de l'investisseur

Kazim UYSAL

Mars 2016

Table des matières

Bibliographie.....	II
I. INTRODUCTION.....	1
II. REMARQUES PRELIMINAIRES : LE DOMMAGE ET LE CONTRAT DE MANDAT.....	3
A. LE CONTRAT DE MANDAT.....	3
B. L'INEXECUTION.....	4
C. LE DOMMAGE.....	5
III. LE DOMMAGE ET LA GESTION DE FORTUNE.....	6
A. LE CALCUL DU DOMMAGE.....	8
a. <i>L'arrêt <<Nasdaq>></i>	9
b. <i>L'arrêt <<art. 42 al. 2 CO>></i>	10
c. <i>L'arrêt <<Vivendi>></i>	10
d. <i>L'arrêt <<Benchmark>></i>	11
e. <i>L'arrêt <<BIDU>></i>	12
B. LE MOMENT DU DOMMAGE.....	13
C. LE DOMMAGE REEL ET VIRTUEL.....	16
D. <i>COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO</i>	19
IV. CONCLUSION.....	21
Clause anti-plagiat.....	III

Bibliographie

I. Doctrine

BART Jean, Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIX^{ème} siècle, Paris (Montchrestien) 1998. (cité : BART, Histoire du droit privé) p. 416ss.

CHAPPUIS Benoît, Le moment du dommage, Zurich (Schulthess) 2007. (cité : CHAPPUIS, Le moment du dommage).

CHAPUIS Olivier, Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2005. (cité : CHAPUIS, Responsabilité) p. 8ss.

ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne (Stampfli) 2000. (cité : ENGEL, Contrats) p. 503ss.

ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne (Stampfli) 1997. (cité : ENGEL, Traité) p. 405ss, 705ss.

GAUTRON Jacques, Le guide du benchmarking, Paris (Edition d'Organisation) 2003. (cité : GAUTRON) p. 31ss.

GILLIÉRON Philippe, Les dommages-intérêts contractuels, Lausanne (Cedidac) 2011. (cité : GILLIERON, les dommages-intérêts contractuels).

GUGGENHEIM Daniel/GUGGENHEIM Anath, Les contrats de la pratique bancaires suisse, 5^e éd., Berne (Stampfli) 2014. (cité : GUGGENHEIM/GUGGENHEIM) p. 305ss.

GUTZWILLER P. Christophe, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zurich (Schulthess) 2008. (cité: GUTZWILLER) p. 251ss.

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6^e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2015. (cité: BSK OR I-AUTEUR/IN, Art. N).

KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/NOBEL Peter/SCHWANDER Ivo/WOLF Stephan, Schweizerisches Obligationenrecht, 2^e éd., Zurich (Orell Füssli) 2009. (cité: OFK-AUTEUR, OR N).

LOMBARDINI Carlo, Droit et pratique de la gestion de fortune, 3^e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2003. (cité : LOMBARDINI, Droit et pratique) p. 111ss.

LOMBARDINI Carlo, Droit bancaire suisse, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 2008. (cité :LOMBARDINI, Droit bancaire), p. 801ss.

LOMBARDINI Carlo, La protection de l'investisseur sur le marché financier, Zurich (Schulthess) 2012. (cité : LOMBARDINI, Protection de l'investisseur) p. 330ss.

MISTELI Christophe, La responsabilité pour le dommage purement économique, Zurich (Schulthess) 1999. (cité : MISTELI) p. 44ss.

MÜLLER Christoph, Contrat de droit Suisse, Berne (Stampfli) 2012. (cité : MÜLLER) p. 407ss.

ROBERTO Vito, Schadensrecht, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1997. (cité: ROBERTO) p. 24ss, 150ss.

ROSAT Christophe, Der Anlageschade, Berne (Stampfli) 2009. (cité: ROSAT) p. 59ss.

TERCIER Pierre, Le droit des obligations, Zurich (Schulthess) 2012. (cité :TERCIER) p. 272ss.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 5^e éd., Zurich (Schulthess) 2012. (cité : TERCIER/PICHONNAZ) p. 266ss.

TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G., Les contrats spéciaux, 4^e éd., Zurich (Schulthess) 2009. (cité : TERCIER/FAVRE) p. 771ss.

THEVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Genève/Bâle/Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2012. (cité : CR CO I-AUTEUR, art. CO N.).

WEBER Rolf H., Anlageschäde [EMMENEGGER Susan (édit.)], Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007. (cité : WEBER) p. 92ss.

WERRO Franz, La responsabilité civil, Berne (Stampfli) 2005. (cité : WERRO, La responsabilité civile) p. 240ss.

II. Article

AUER Gerhard, La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune la vision du praticien/expert-comptable, *in* : Journée 2008 de droit bancaire et financier [THÉVENOZ Luc/BOVET Christian (édit.)], Zurich (Schulthess) 2009. (cité : AUER) p. 109ss.

BENSAHEL Frédérique/MICOTTI Sébastien, Nouveautés en matière de conseil en placements, *in* : Jusletter 15 décembre 2008. (cité : BENSAHEL/MICOTTI).

BENSAHEL Frédérique/MICOTTI Sébastien/SCHERRER Jean-François, Certains aspects du dommage dans la gestion de fortune, *in* : SJ 2008 p. 333. (cité : BENSAHEL/MICOTTI/SCHERRER).

CARRANZA Carlos Jaïco/ MICOTTI Sébastien, Gestion de fortune et dommage causé au client (commentaire de l'arrêt 4A_351/2007), *in* : jusletter 26 mai 2008. (cité : CARRANZA/MICOTTI).

CHAPPUIS Benoît, Commentaire de l'arrêt du tribunal fédéral 4A_351/2007 du 15 janvier 2008, *in* : REAS 2008, p.141. (cité : CHAPPUIS, Commentaire *in* REAS 2008).

CHAPPUIS Benoît, La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune, *in* : Journée 2008 de droit bancaire et financier [THÉVENOZ Luc/BOVET Christian (édit.)], Zurich (Schulthess) 2009. (cité : CHAPPUIS, *in* : journée de droit bancaire 2008).

CHAPPUIS Benoît, Le moment de la fixation du dommage *in* : Le temps dans la responsabilité civile (édit. WERRO Franz) Berne (Stampfli) 2007. (cité CHAPPUIS *in* : Le temps dans la responsabilité civile), p. 1ss.

LOMBARDINI, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune : état de la jurisprudence et questions ouvertes *in* : SJ 2008 p. 415. (cité : LOMBARDINI, *in* : SJ 2008).

LOMBARDINI Carlo, Le dommage du client dans la gestion de fortune : un sujet complexe, *in* : Relevant 2005 no 3. (cité : LOMBARDINI, *in* : Relevant 2005)

WERRO Franz, Le dommage : l'état d'une notion plurielle, *in* : Le dommage dans tous ses états, [WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal (édit.)], Berne (Stampfli) 2013. (cité : WERRO, Le dommage) p. 1ss.

III. **Jurisprudence** (dans l'ordre de citation)

Arrêt Harris c. Atlantic, <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/14/70.html>, consulté le 2 mai 2016

TF 4C_366/2006

ATF 127 III 403 (= SJ 2001 I 605)

ATF 133 II 462

ATF 132 II 321

ATF 81 II 50

TF 4A_154/2006

ATF 124 III 155

TF 4C.18/2004

TF 4C.295/2006

TF 4A.351/2007

TF 4C.385/2006

TF 4C.18/2004

TF 4C.158/2006

TF 4A_481/2012

ATF 109 II 474, (=JdT 1984 I 485)

TF 4C.126/2004

TF 4C.74/2001

I. Introduction

Au début du second millénaire, l'Homme est passé dans le domaine de la responsabilité contractuelle et délictuelle, de la vengeance privée et collective où l'on confondait les notions de réparation et de punition à notre système contemporain de justice publique et individuelle. Aujourd'hui nos ordres juridiques définissent la réparation comme une compensation et non plus comme une sanction punitive, répressive.¹ L'arrêt Harris c. Atlantic de la Cour d'appel Californienne résume parfaitement cette conception de la réparation : ``The traditional goal of contract remedies is compensation of the promisee for the loss resulting from the breach, not compulsion of the promisor to perform his promises``².

Toute personne dérogeant à un devoir, à une obligation et provoquant ainsi un préjudice à un tiers est responsable de sa réparation. Cette responsabilité se fonde soit sur le non respect d'un devoir général, dans ce cas, nous avons à faire à la responsabilité dite délictuelle, soit sur la violation d'une obligation contractuelle auquel cas nous parlons de la responsabilité contractuelle.³ Le droit Suisse, comme de nombreux systèmes juridiques, distingue la responsabilité délictuelle (art. 41ss CO) et la responsabilité contractuelle (art. 97ss CO). Toutefois cette distinction, d'ailleurs débattue en doctrine⁴, n'entrera pas dans le cadre de notre réflexion. Nous avons fait le choix de ne pas étudier la responsabilité délictuelle lors de cette rédaction et nous nous concentrerons uniquement sur la responsabilité contractuelle.

Le législateur indique à l'art. 97 al. 1 CO quatre conditions permettant d'engager la responsabilité contractuelle : il faut tout d'abord une inexécution ou une mauvaise exécution d'une obligation, une faute, un dommage, et un rapport de causalité entre la faute et le dommage. Ce présent travail porte spécifiquement sur une de ces quatre conditions : le dommage. Notre objectif sera d'étudier cette notion sous la loupe du contrat de mandat et plus particulièrement dans le contexte de la gestion de fortune. L'analyse portera dans une première phase sur la notion du dommage dans son acceptation générale et commune à tous les contrats (*chapitre II*). Dans une seconde phase nous analyserons le dommage dans un contexte plus restreint, celui du contrat de mandat (*chapitre III*). C'est la rencontre entre la partie générale du CO, la compréhension globale de la notion de dommage et la partie spéciale, une approche plus spécifique et contextualisée de cette même notion qui motivera donc notre réflexion.

Définir la notion de dommage dans son acceptation générale est une chose mais que juge-t-on comme étant un dommage dans le contrat de mandat ? Le calcul du dommage dans sa conception théorique est aisé cependant qu'en est-il dans un contexte complexe tel que la gestion de fortune ? *Quid* de la fixation du dommage ou encore du moment déterminant pour

¹ BART, Histoire du droit privé, p. 416.

² Arrêt Harris c. Atlantic, consid. 1.b. 3.

³ TERCIER/PICHONNAZ, p. 266.

⁴ GILLIERON, Les dommages-intérêts contractuels, p. 15ss.

le calcul de ce dernier. L'investisseur récupère-t-il seulement et simplement son montant initial ou bien, peut-il prétendre à un montant hypothétique calculé dans l'hypothèse du respect du devoir de diligence par le gérant ? Ou encore, existe-t-il d'autres possibilités comme, par exemple, définir une somme intermédiaire entre le montant initial et le montant hypothétique ? Les problématiques étant multiples, voici quelques questions auxquelles nous tenterons d'apporter réponses.

II. REMARQUES PRELIMINAIRES : LE DOMMAGE ET LE CONTRAT DE MANDAT

Selon l'art. 97 al. 1 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse (CO)⁵, ``Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.`` Ainsi, à l'origine du dommage, se trouve une inexécution ou une mauvaise exécution d'une obligation contractuelle. Il convient donc, dans un souci de logique chronologique, d'énoncer quelques caractéristiques du contrat dont découle l'obligation violée (*lit.* A), puis de définir brièvement l'inexécution (*lit.* B) avant de passer à la définition juridique du dommage (*lit.* C).

A. Le contrat de mandat

Puisque notre sujet d'étude est le dommage causé dans le cadre de la gestion de fortune, il convient d'apporter quelques explications générales à propos du contrat de mandat (nous nous restreindrons à quelques lignes sur le devoir de diligence et de fidélité du mandataire) dans la mesure où ``il est désormais bien établi, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que l'activité de gérant de fortune indépendant est régie par les règles du mandat (art. 397ss CO)``.⁶ Le législateur définit lui-même le contrat de mandat, à l'art. 394 al. 1 CO, comme étant ``un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis``. Dans notre cas, le contrat est un accord de gestion c'est-à-dire que ``la banque assume l'obligation de gérer les actifs que le client lui confie selon les instructions et les exigences de ce dernier. La banque est chargée de surveiller les actifs du client durablement et d'entreprendre tous les actes de disposition qu'elle juge nécessaire, dans le cadre fixé par le client``<sup>7</sup>, le mandant est l'investisseur et le mandataire le gérant. Ainsi, il découle de ce constat que le gérant, en tant que mandataire, a une obligation de diligence et de fidélité conformément à l'art. 398 al. 2 CO, soit à ``agir comme le ferait tout mandataire diligent et suffisamment conséquent``<sup>8</sup>, de sorte à ``prévenir le risque que celui qui agit à la place d'autrui abuse de son pouvoir``.⁹ Cependant, la diligence dont doit faire preuve le mandataire s'apprécie sur la base de critère objectif. Par exemple, le niveau de diligence exigé par une institution d'échelle mondiale, spécialisée et une implantation purement local est similaire.¹⁰

Cependant il semble nécessaire d'adopter une approche critique à l'égard de définition générale des notions de diligence et de fidélité dans le domaine du contrat de mandat. Premièrement, pour la simple et bonne raison que chaque contrat est différent et l'accord

⁵ RS 220.

⁶ CARRANZA/MICOTTI, p. 2.

⁷ LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 801.

⁸ MÜLLER, N 1980.

⁹ TERCIER/FAVRE, N 5143.

¹⁰ LOMBARDINI, Droit et pratique, p. 111.

passé entre les parties précisera, ou du moins donnera un indice sur, ce que les parties souhaitent inclure ou exclure de ce devoir de diligence, ainsi ``le caractère objectif des critères est tempéré par une certaine individualisation ou concrétisation``.¹¹ Par exemple, le niveau de diligence exigé ne sera pas le même si l'investisseur est au bénéfice d'une expérience et d'une connaissance conséquente dans le milieu financier ou si ce mandant est totalement ignorant du domaine. De l'autre côté du miroir, ``il faudrait à notre avis tenir compte des capacités de chaque établissement (et donc de chaque gérant) selon la catégorie à laquelle il appartient pour ne pas juger à l'aune des mêmes critères des réalités fondamentalement différentes``.¹² Ainsi chaque cas doit être individuellement étudié pour évaluer le niveau de diligence que nous sommes en droit d'attendre du mandataire.¹³

Deuxièmement en tant que contrat de service pouvant englober une infinité d'activités envisageables, ce serait une négligence d'omettre de tenir compte des spécificités, des << règles de l'art >> ou autrement dit, des règles professionnelles communément admises dans le domaine en cause. Sur cette question, nous ne pourrions raisonnablement passé outre les lois spéciales (LB ; LBVM) et les circulaires FINMA (notamment 2009/1) instituant des règles de conduite concrétisant notamment le devoir de diligence du mandataire et autres normes d'autoréglementations prévues dans le domaine de la gestion de fortune.¹⁴

B. L'inexécution

Tout d'abord, la loi ne fait pas de différence entre l'inexécution et l'exécution défectueuse, ces deux éléments sont placés ``sur un pied d'égalité``.¹⁵ On parle d'inexécution lorsque le contrat n'est pas exécuté, lorsqu'il n'est qu'imparfaitement exécuté (inexécution au sens strict) et enfin, en cas de violation autre que l'inexécution au sens stricte causant un préjudice (violation positive du contrat).¹⁶ La doctrine apprécie établir des typologies de cette notion d'inexécution. ENGEL¹⁷ commence par distinguer l'exécution défectueuse de l'inexécution d'obligation positive ou négative. Ensuite une distinction est opérée entre l'inexécution pour cause de refus, de mauvaise volonté et d'impossibilité matérielle ou juridique. Une autre manière d'étudier la question est présentée par THEVENOZ¹⁸ qui distingue la mauvaise exécution (dite violation positive) de l'impossibilité subséquente définitive imputable au débiteur. Après cette première différenciation, l'auteur discute de la l'impossibilité objective, ``c'est à dire, celle qui s'impose non seulement au débiteur mais

¹¹ MÜLLER, N 1981.

¹² LOMBARDINI, Droit et pratique de la gestion de fortune, p. 111.

¹³ 4C_366/2006, consid. 3.1.

¹⁴ ENGEL, Contrats, p. 504 ; LOMBARDINI, Protection de l'investisseur, p. 330.

¹⁵ ENGEL, Traité, p. 705.

¹⁶ TERCIER, p. 274.

¹⁷ ENGEL, Traité, p. 705ss.

¹⁸ CR CO I-THEVENOZ, art. 97 CO N 8ss.

empêche quiconque de fournir la prestation¹⁹ et de l'impossibilité subjective, celle qui n'affecte que le débiteur tout en laissant la prestation réalisable par des tiers.²⁰

Quoiqu'il en soit, nous partons dans le cadre du présent travail de l'hypothèse que toute violation d'une obligation contractuelle entre dans la définition d'inexécution.²¹ Finalement, rappelons que ce n'est pas en soi la violation d'une obligation contractuelle qui engendre un dommage mais les conséquences de cette violation qui causent un préjudice²² et nous nous concentrerons uniquement sur la question du dommage, désormais.

C. Le dommage

Nous pouvons à présent étudier la notion de dommage : ``Schaden ist eineunfreiwillige Vermögensverminderung, die in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder im entgangen Gewinn bestehen kann.``²³ En d'autres termes, ``le dommage est en fait l'évaluation en termes monétaires de l'atteinte subie par le créancier à son intérêt à l'exécution régulière et complète de l'obligation violée``.²⁴ Selon la théorie de la différence²⁵, le calcul consiste donc à mettre en évidence la différence entre l'état patrimonial actuel (lésé) et l'état patrimonial hypothétique considéré sans préjudice ; on recherche la valeur de la fortune nette après l'acte dommageable,²⁶ ``die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem Schädigenden Ereignis festgestellten Vermögenszustand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte``.²⁷ Finalement, la diminution du patrimoine doit être involontaire, ainsi, ``on admet en général qu'une dépense engagée de plein gré par le lésé, mais rendue inutile par le fait générateur de responsabilité, n'entre pas dans la définition classique du dommage``.²⁸ Le droit suisse prévoit également la possibilité du tort moral, ce sujet n'entre cependant pas dans le cadre de ce travail.

Une fois le concept global de la notion de dommage précisé, l'on peut encore distinguer les différents types de dommage car une diminution du patrimoine et une non-augmentation de ce dernier constituent certes tout deux un dommage, mais l'approche est différente. Dans la première hypothèse, l'événement dommageable provoque une perte effective (*damnum emergens*) soit une diminution de l'actif ou une augmentation du passif. Dans la seconde hypothèse, le lésé ne supporte pas une perte effective puisque son patrimoine ne perd pas en valeur cependant, le lésé perd l'occasion, l'opportunité d'augmenter la valeur de son patrimoine soit par la non augmentation de l'actif, soit par la non diminution du passif (*lucrum*

¹⁹ CR CO I-THEVENOZ, art. 97 CO N 8.

²⁰ Cf. *Supra*

²¹ CHAPUIS, Responsabilité, p. 8.

²² MISTELI, p. 44.

²³ BSK OR I-WIEGAND, art. 97 N 38.

²⁴ CR CO I-THEVENOZ, art. 97 CO N 30.

²⁵ ATF 127 III 403, consid. 4.a, traduction = SJ 2001 I 605.

²⁶ ENGEL, Traité, p. 472.

²⁷ ATF 127 III 403, consid. 4.a.

²⁸ WERRO, Le dommage, p. 6.

cessans).²⁹ La question de la perte d'une chance comme faisant partie ou non de la notion de dommage ne sera pas étudiée, nous nous contenterons de souligner la réticence de notre Cour suprême quant à la réception, en droit suisse, de la théorie de la perte d'une chance.³⁰

Une autre distinction est à effectuer entre les dommages dits positifs et négatifs. Lorsqu'on prend en compte le dommage positif subi par un individu, on l'évalue en tenant compte du contrat, on va donc chercher la différence entre la situation actuelle du lésé et sa situation hypothétique, si l'autre partie au contrat avait correctement exécuté les obligations contractuelles prévues, promises. Autrement dit dans sa formulation classique : ``le lésé est placé dans la situation dans laquelle il se trouverait si le contrat avait été correctement exécuté``.³¹ Dans le contexte des intérêts négatifs, l'objectif n'est plus la supposition du respect du contrat au contraire, nous allons ignorer l'existence même de ce contrat et rechercher les conséquences de sa non conclusion.³²

Nous venons de définir la notion juridique de dommage et de présenter ses différentes typologies indépendamment de toute allusion aux spécificités des différents contrats de la partie spéciale du CO. Cependant on imagine sans peine que ces quelques remarques préliminaires sont d'ordre général. Ainsi, cette notion générale de dommage nécessite une adaptation. L'objectif des paragraphes suivants sera d'étudier les spécificités de la notion de dommage une fois placées dans le contexte du contrat de mandat et plus précisément de la gestion de fortune.

III. Le dommage et la gestion de fortune

Selon l'art. 398 al. 2 CO, `` Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat``. Pour rappel, le dommage est généralement défini comme ``une diminution involontaire de la fortune nette, le dommage représente la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait été si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il peut survenir 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``.³³ Etant donné que l'on ne peut pas conclure à la violation du contrat de gestion par le simple constat d'une diminution isolée et passagère de la valeur d'un portefeuille (variation boursière et autre caractéristique financière imprévisible oblige),³⁴ nous discuterons uniquement de l'hypothèse du dommage causé par manquement de diligence du gérant. Nous rappellerons toutefois qu'en principe, ``la banque n'est naturellement pas tenue d'atteindre un certain résultat. La gestion n'est pas une science

²⁹ ROBERTO, p. 150; 4A_566/2015, consid. 4.1.1.

³⁰ ATF 133 II 462, consid. 4.2.

³¹ TERCIER, p.272.

³² GILLIERON, Les dommages-intérêts contractuels, p. 291.

³³ ATF 132 III 321, consid. 2.2.1.

³⁴ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 911.

exacte et même en faisant preuve de toute la diligence voulue, des pertes peuvent être encourues. Le fait que des pertes aient été encourues ou que le résultat indiqué par la banque n'ait pas pu être atteint ne suffit pas à mettre en cause la responsabilité de celle-ci.³⁵

Outre la question de la preuve, la partie générale du CO et plus précisément l'art. 42 al. 1 CO, annonce une méthode de calcul de dommage. Ce calcul peut se faire selon une méthode dite objective consistant à procéder à un calcul abstrait, sans se soucier du lésé et des conséquences du dommage sur ce dernier. Cette méthode de calcul attire la critique de la doctrine et notamment de WERRO selon qui, une réparation du dommage passant outre la situation particulière du lésé et de son intérêt au dédommagement créer une inégalité de traitement entre les victimes.³⁶ La méthode subjective ou relative tenant compte de la situation du lésé et de son intérêt particulier à la réparation semble ainsi plus adaptée. ENGEL rejoint l'avis exposé précédemment tout en précisant que ``le calcul subjectif s'entend [uniquement] au plan économique``.³⁷

La question qui intervient à cette étape du raisonnement à déjà précédemment été posée : cette formulation générale de la notion de dommage tel que présentée, est-elle applicable dans l'hypothèse d'un dommage subi par un investisseur pour faute de mauvaise gestion ? Voici un exemple de la nécessité d'adaptation et de prise en compte des spécificités du cas d'espèce dans la définition du dommage : dans le cadre d'une gestion de portefeuille, tandis que pour un premier investisseur la stagnation ou la très faible amélioration de l'état de son portefeuille sera synonyme de bonne et fidèle exécution du mandat, pour un second investisseur, ce même résultat représentera une inexécution. Le premier investisseur vise la conservation de son patrimoine et donc le mandat est respecté. Le second investisseur souhaite une gestion agressive de son patrimoine, il est prêt à consentir à des risques conséquents, ainsi, pour lui la stagnation de l'état de son portefeuille ne correspond pas à ses attentes. Comme le démontre cet exemple fictif, un même résultat économique entraîne dans un cas un potentiel dommage tandis dans l'autre, il équivaut à la bonne et fidèle exécution du mandat.

Nous remarquons tout de suite, à l'aide de cet exemple fictif, la tournure particulière que prend la notion du dommage une fois analysée sous la loupe de la gestion de fortune. Alors certes, la définition générale de la notion du dommage représente une ligne directrice dans l'analyse et la compréhension de cette même notion dans le contrat de gestion toutefois, la poursuite aveugle d'une théorie générale exempte de prise en compte d'élément factuel mènera indubitablement à un résultat insoutenable. Ainsi ce travail d'adaptation de la notion de dommage, lors de sa transposition de la théorie générale de la responsabilité à la gestion de fortune est inévitable.

³⁵ LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 811.

³⁶ CR CO-I WERRO, art. 42 CO N 7.

³⁷ ENGEL, Traité, p. 504.

La définition du dommage dans son acception générale, nécessite deux données : l'état actuel du patrimoine (lésé) et l'état hypothétique du patrimoine dans l'hypothèse où l'événement dommageable ne se serait pas produit. L'état actuel du patrimoine ressort de la constatation des faits et ne pose généralement pas de problème particulier. Il en va autrement de l'évaluation du patrimoine hypothétique. La cause de cette incertitude et de la difficulté à calculer ce montant est la nature même du contrat de mandat. Le mandataire a une obligation de moyen c'est-à-dire que ``le mandat se définit dès lors comme le contrat par lequel le mandataire s'engage à faire diligence en vue d'atteindre le résultat escompté par le mandant, le résultat reste extérieur au contrat``.³⁸ C'est donc dans l'absence d'un résultat garanti que se trouve l'origine de la difficulté. En cas de violation d'une obligation par le gérant, ``la détermination de la valeur de la prestation contractuelle inexécutée ou mal exécutée est délicate par le fait même que le mandat ne tendait pas à l'obtention d'un résultat précis, mais simplement à la fourniture d'une activité diligente``.³⁹ En pratique, même si le gérant et l'investisseur ont un <<pronostic>> quant à l'évolution du patrimoine confié, il ne s'agit que d'une hypothèse, d'un souhait. Au vue de la multitude de facteur du marché financier pouvant influencer le pronostic initial, le but fixé par les parties ne peut qu'être un objectif comprenant un caractère d'imprévisibilité. Selon GILLIERON, ``l'état futur, hypothétique par nature, ne peut être apprécié de manière concrète puisqu'il n'a pas d'existence``.⁴⁰ LOMBARDINI va jusqu'à qualifier cette somme hypothétique de ``pure spéculation intellectuelle``.⁴¹

S'ajoute à cette première source de difficulté occasionnée par la nature même du contrat de mandat, une seconde spécificité. Selon l'art. 404 al. 1 CO le mandat peut, en tout temps, être révoqué ou répudié. Ainsi s'ajoute à l'absence de résultat garanti une autre inconnue cette fois temporelle. Le juge et les parties ne peuvent pas prévoir les conséquences d'investissement à court ou long terme dans leur évaluation de la situation hypothétique puisque cette question dépend de la volonté des parties.⁴²

Ces quelques mots, après nous avoir définitivement convaincu de l'impossibilité d'appliquer telle quelle la théorie du concept de dommage dans le cadre du contrat de mandat, mettent en lumière les raisons de cette inadéquation. Ainsi le contrat de mandat contient nombre de spécificités nécessitant des solutions tout aussi particulières.

A. LE CALCUL DU DOMMAGE

Afin de surmonter ces difficultés rencontrées lors du calcul du dommage, la jurisprudence et la doctrine sont intervenues sur la question afin de préciser la façon de procéder.

³⁸ CR CO-I WERRO, art. 394 CO N 7.

³⁹ CHAPPUIS, Commentaire *in* REAS 2008, p. 7.

⁴⁰ GILLIERON, Les dommages-intérêts contractuels, N 127.

⁴¹ LOMBARDINI, Droit et pratique, p. 170.

⁴² CR CO-I WERRO, art. 404 CO N 3; BSK OR I-WEBER, art. 404 N 5.

Premièrement, le législateur tiens compte de cette difficulté d'évaluation lors du calcul du dommage par l'intermédiaire de l'article 42 al. 2 CO (par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO), ``lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée``. Contrairement à ce que laisse penser la lettre de cette disposition, l'art. 42 al. 2 CO ne se limite pas au calcul du dommage mais également à l'existence de ce dernier.⁴³ Néanmoins cette disposition ne représente pas une facilité à la libre disposition du juge ou des parties, ``die Herabsetzung des Beweismasses setzt jedoch voraus, <<dass ein strikter Beweis nach der Natur des Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist>> ; im Ergebnis darf es nicht zu einer Umkehr des Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat, soweit möglich und zumutbar alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhaltes sprechen, zu behaupten und zu beweisen``.<sup>44</sup> Nous pouvons donc à l'aune de la jurisprudence et de la doctrine soumettre l'application de l'art. 42 al. 2 CO à la condition que le lésé fasse l'effort de fournir les éléments de preuve permettant l'évaluation du dommage (art. 8 CC)<sup>45</sup>, il doit être le cas échéant ``très difficile voire impossible d'apporter la preuve stricte du dommage``.<sup>46</sup> Selon LOMBARDINI, en matière de gestion de fortune, l'applicabilité de cette disposition est restreinte et ne trouve application que ``lorsqu'il s'agit de comparer la gestion qui a été effectuée à celle qui aurait dû être pratiquée par un gestionnaire diligent compte tenu des exigences du client``.<sup>47</sup> Malgré l'avis divergeant de cet auteur, nous nous rallierons à l'opinion du TF selon lequel ``celui qui demande la réparation d'un dommage doit le prouver (art. 42 al. 1 CO). Il bénéficie d'un allègement de la preuve (art. 42 al. 2 CO) si le dommage n'est pas susceptible d'une preuve stricte et que de plus, dans la mesure où cela est possible et où on peut l'attendre de lui, le demandeur a prouvé tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence de ce dommage et qui permettent ou facilitent son estimation``.⁴⁸

Deuxièmement, doit être précisée la question du calcul du dommage et de sa réparation. Nous avons déjà au préalable défini les notions de dommage positif et négatif. Reste à déterminer si le calcul du dommage occasionné dans le cadre d'une gestion de fortune se base sur la compensation de l'intérêt positif ou négatif. Autrement dit, allons nous étudier l'hypothèse de l'hypothétique bonne et fidèle exécution du contrat, soit l'état patrimonial du lésé en cas de respect du contrat ou plutôt l'éventualité de la non conclusion du contrat, soit l'état patrimonial du lésé en cas de non conclusion de ce contrat de gestion de fortune ? Le calcul de l'intérêt positif nécessite deux éléments : l'état actuel du patrimoine et un état hypothétique. À l'inverse, le calcul de l'intérêt négatif, ne nécessite uniquement la connaissance de l'état patrimonial du lésé au moment de la conclusion du contrat. Ainsi,

⁴³ ATF 81 II 50, consid. 5.

⁴⁴ OFK-FISCHER, OR 42 N 29.

⁴⁵ TF 4A_154/2006, consid. 6.

⁴⁶ CR CO I-WERRO, art. 42 N 24.

⁴⁷ LOMBARDINI, *in* : Relevant 2005, p. 8.

⁴⁸ TF 4A_154/2006, consid. 6.

lorsque pour le calcul du dommage, le TF compare deux situations patrimoniales, l'une actuelle, l'autre hypothétique, il exprime son choix pour la prise en compte de l'intérêt positif. D'ailleurs la doctrine argumente dans le même sens : en principe, en présence d'une mauvaise gestion de portefeuille, on ne condamne pas une opération spécifique mais la politique de gestion dans son ensemble. On ne peut donc pas évaluer l'hypothèse de la non exécution d'une opération précise mais on doit plutôt rechercher les conséquences d'une gestion conforme au contrat.⁴⁹ ROSAT rejoint également cette opinion : `` Aus einer Treuepflichtverletzung kann nur dann ein Anlageschaden entstehen, wenn diese im Rahmen der unrichtigen Auftragsausführung erfolgt.``⁵⁰ Seul GUTZWILLER⁵¹ semble relever une exception en se référant à un arrêt datant de 1997⁵² où le Tribunal fédéral reconnaît au lésé le droit d'être placé dans la situation dans laquelle il se trouverait si le contrat n'avait pas été conclu. Cependant le cas d'espèce contient un grand nombre de particularités, si bien que ce jugement ne peut pas être retenu comme instituant une nouvelle tendance mais plutôt comme une exception.

À présent, dans l'objectif de comprendre le raisonnement sous-jacent à la méthode du calcul du dommage, nous souhaiterions exposer l'évolution de la jurisprudence sur la question. Nous procéderons à quelques analyses d'arrêts du TF établissant les fondements du raisonnement des solutions apportées sur la question du calcul du dommage.

a. L'arrêt <<Nasdaq>> (4C.18/2004, du 3 décembre 2004)

En 2004, le TF compare pour la première fois dans l'arrêt <<Nasdaq>> le patrimoine lésé d'un investisseur avec une situation hypothétique de gestion plus équilibrée. Cet arrêt précise que la comparaison de l'état actuel du patrimoine avec son état hypothétique se fait sur une moyenne de marché et non avec une hypothèse de gestion particulièrement performante : ``Massgebend für die Schadensberechnung sei nicht, was ein im Nachhinein gesehen besonders erfolgreicher Verwalter getan hätte, sondern was der im massgebenden Zeitpunkt allgemeinen Tendenz üblicher Vermögensanlagen entsprach, unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Kunden.``⁵³ De plus, l'élément de comparaison, soit le portefeuille hypothétique, doit être de même ampleur, géré sur la même période conformément aux instructions ou au contenu dudit mandat, sur la base des connaissances spécifiques que l'on peut attendre de la branche et des attentes du marché à l'époque considérée.⁵⁴ GUTZWILLER résume ce principe par ces termes : ``Massgebend für die Schadensberechnung ist nicht, was ein besonders "origineller" und - im Nachhinein gesehen - besonders erfolgreicher Anlageberater getan hätte, sondern was der allgemeinen Tendenz üblicher Vermögensanlagen entsprach, dies im massgebenden Zeitpunkt der Anlage und

⁴⁹ BENSANEL/MICOTTI/SCHERRER, p. 338.

⁵⁰ ROSAT, p. 59.

⁵¹ GUTZWILLER, p. 251-252.

⁵² ATF 124 III 155.

⁵³ 4C.18/2004, consid. 2.1.

⁵⁴ CARRANZA/MICOTTI, N 12.

unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Kunden.⁵⁵ La théorie de la différence est reprise tout en étant adaptée au contexte de la gestion, une méthodologie de calcul est dorénavant établie et précisée par le Tribunal fédéral.

b. L'arrêt <<42 al. 2 CO>> (4C.295/2006, du 30 novembre 2006)

Toutefois, lors d'un litige présentant certes un état de fait fort particulier⁵⁶ (le mandataire viole une partie de ses obligations tout en respectant d'autres), le TF va déroger à ce principe précédemment établi pour se référer à l'art. 42 al. 2 CO. Cet arrêt prouve que malgré une jurisprudence désormais constante du Tribunal fédéral,⁵⁷ selon laquelle, en matière de gestion de fortune le calcul du dommage, selon la théorie de la différence, se fait ``en confrontant le résultat du portefeuille administré en violation du mandat avec celui d'un portefeuille hypothétique de même ampleur pendant la même période conformément aux instructions du contrat``⁵⁸, le TF garde une latitude dans son jugement en présence de cas particuliers. Lorsque le dommage est difficile à établir et la méthode de calcul consistant en la confrontation du patrimoine à un état hypothétique n'est pas possible, le TF confirme que le recours à l'art. 42 al. 2 CO est autorisé.

c. L'arrêt <<Vivendi>> (4C.385/2006, du 2 avril 2007)

Un second témoignage de cette marge de manœuvre que s'octroie notre Haute cour est l'arrêt <<Vivendi>>⁵⁹. Il ressort de l'état de fait ``une gestion hasardeuse`` du portefeuille d'un couple par une banque. Malgré la demande d'une gestion de type modérée et précisant une quotité maximale de 35% d'actions, le gérant investit dans 1000 actions Vivendi pour un pourcentage d'investissement en action atteignant 43,5%. Par la suite, cet investissement entraîne de lourde perte pour l'investisseur. La Cour conclut à la violation du devoir de diligence du gérant pour cause de concentration sur un titre et non diversification des investissements qui aurait pourtant mieux convenu au profil des clients.

Dans cet arrêt, le TF va encore une fois se distancier de la méthode de la différence comprise au sens strict. Le Tribunal fédéral ``cherche à identifier où se trouve la violation de mandat et à limiter le calcul du dommage aux conséquences de cette faute``.⁶⁰ Le dommage sera l'équivalent du prix d'achat des actions moins leur prix de vente net.⁶¹

d. L'arrêt <<Benchmark>> (4A_351/2007, du 15 janvier 2008)

⁵⁵ GUTZWILLER, p. 251.

⁵⁶ ATF 4C.295/2006

⁵⁷ 4A_351/2007, consid. 3.2.2; 4C.295/2006, consid. 5.2.2; 4C.18/2004, consid. 2.

⁵⁸ 4A_351/2007, consid. 3.2.2.

⁵⁹ ATF 4C.385/2006.

⁶⁰ AUER, *in*: journée de droit bancaire, p 120.

⁶¹ 4C.385/2006, consid. 6.4.

Le TF commence par rappeler le principe de confrontation du portefeuille mal géré avec l'hypothèse du même portefeuille géré conformément au devoir de diligence et de loyauté. La particularité de cet arrêt tiens au fait que contrairement à l'instance précédente qui s'était appuyée, à juste titre au vu de la difficulté du calcul du dommage, sur l'art. 42 al. 2 CO, la Cour de Céans a jugé que la cour cantonale avait eu tort de se référer à une moyenne ``par échantillonnage de fonds de placement <<CHF-pondérés>> de différentes banques``. Le Tribunal fédéral a jugé opportun *in casu*, de prendre comme élément de comparaison ``le moins performant de ces fonds``.⁶²

Cet arrêt nous appelle à nous intéresser à la notion de <<benchmarking>>. Un benchmark constitue un standard de comparaison équivalent à une moyenne dans un milieu, un domaine donné. Dans le contexte de la politique entrepreneuriale, le benchmarking est ``un outil qui permet de rechercher en permanence les meilleures pratiques en se comparant dans un domaine précis à un autre organisme faisant référence``.⁶³ Il s'agit donc de comparer un résultat donné à un résultat moyen. La notion de benchmarking est couramment utilisée dans le domaine économique et plus précisément industriel cependant, son usage est-il adéquat dans le domaine juridique, à la gestion de fortune ? Selon AUER, ``la notion de performance relative, qui est l'essence même de benchmarking, est un corps étranger dans la gestion privée``.⁶⁴ Nous rejoignons cette opinion dans la mesure où, les attentes et expectatives de l'investisseur sont précisées par un contrat. Il s'agit donc là d'un accord contractuel envisageant une certaine performance, ou du moins garantissant l'effort du gérant dans la perspective de cet objectif, selon le type d'investissement prévu. Il serait contraire à l'esprit du contrat de mandat et de l'obligation de moyen d'évaluer la performance du gérant sur un résultat. Les parties sont tenues de respecter leurs engagements mais rien que leurs engagements. Cependant nous devons mentionner que la doctrine n'est pas unanime sur la question. ROSAT défend l'opinion selon laquelle la découverte du montant du dommage, soit la diminution de patrimoine, est possible par la comparaison à une valeur de référence constituant une valeur moyenne, un indice.⁶⁵

Une deuxième particularité de cet arrêt, constitue la prise en compte par le TF du ``fonds le moins performant``. Alors certes, <<l'excellence n'est pas un terme de comparaison>> mais pourquoi le TF a-t-il jugé pertinent de prendre comme élément de comparaison le moins performant des gestions et allant ainsi à l'encontre du principe établi en jurisprudence : ``Bei der Vergleichshypothese ist im Regelfall auf die Sorgfalt eines durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalters während der gleichen Periode abzustellen (...) denn es ist davon auszugehen, dass ein durchschnittlich sorgfältiger Vermögensverwalter nicht in der Lage ist, <<den Markt zu schlagen>>``⁶⁶ ? Dans l'affaire en cause, le calcul du dommage est certes opéré par un expert mandaté mais quoiqu'il en soit, il paraît pour le moins étonnant que le TF

⁶² 4A.351/2007, consid. 3.3.2.

⁶³ GAUTRON, Le guide du benchmarking, p. 31.

⁶⁴ AUER, in journée de droit bancaire 2008, p. 114.

⁶⁵ ROSAT, p. 61.

⁶⁶ 4C.158/2006, consid. 4.4.3.

ait suivi ce *modus operandi* pour le calcul du dommage en laissant libre la sélection de l'élément de comparaison à un expert, malgré une jurisprudence établie contraire à cette idée depuis l'arrêt <<Nasdaq>>.⁶⁷

e. L'arrêt <<BIDU>> (4A_481/2012, du 14 décembre 2012)

L'état de fait de ce jugement nous rappelle celui de l'arrêt <<Vivendi>>. Nous sommes en présence d'un dommage causé à l'investisseur par manquement du gérant à son devoir de diligence qui place la quasi-totalité du capital confié sur des actions <<BIDU>> et cause une perte de plus de 35'000.-.

Le TF est amené à trancher entre deux méthodes distinctes de calcul du dommage. Dans la mesure où le contrat de gestion conclu entre les parties prévoyait deux types de gestion, l'une modérée, l'autre agressive, le tribunal de première instance a interprété le contrat et en a déduit que le mandataire aurait dû gérer $\frac{3}{4}$ du patrimoine selon la méthode modérée et $\frac{1}{4}$ d'une manière plus agressive. Ainsi l'investissement sur des actions <<BIDU>> était à $\frac{1}{4}$ acceptable. Donc seul le $\frac{3}{4}$ de la somme perdue représente un dommage.

L'approche de la Cour de justice était pourtant toute autre, elle tient compte de la forte diminution subie du cours des actions sur toutes les places boursières du monde courant septembre 2008. La Cour se réfère notamment à l'arrêt <<Benchmark>> et compare l'état actuel du patrimoine à une situation hypothétique gérée par un mandataire compétent et attentif. Or, même un gérant respectant son devoir de diligence n'aurait pu sortir indemne de cette chute boursière mondiale, ce que le demandeur reconnaît d'ailleurs.⁶⁸ À défaut d'apporter des éléments de preuve permettant de déterminer son dommage et d'alléguer une base de comparaison pertinente, la Cour de justice avait refusé d'appliquer l'art. 42 al. 2 CO et par la même occasion refusé une réparation.

Cette décision du TF a suscité la critique de GUGGENHEIM/GUGGENHEIM sur deux points. La première interrogation des auteurs précités est la raison qui a poussé le TF à envisager l'applicabilité de l'art. 42 al. 2 CO. Comme nous l'avons déjà précisé en amont (*supra ch. III lit. A*) l'applicabilité de cette disposition ne devrait être envisagée uniquement lorsque la preuve du dommage s'avère très compliquée. Dans le cas concret, ce dommage pourrait être établi et le recours à l'art. 42 al. 2 CO ne se justifie pas.⁶⁹

La seconde critique à l'égard de ce jugement est la question de la réparation. Pour GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, la méthode de calcul du dommage consistant à confronter le portefeuille administré en violation du mandat de gestion avec un portefeuille hypothétique,

⁶⁷ BENSÄHEL/MICOTTI/SCHERRER, p. 345.

⁶⁸ 4A_481/2012, consid. 5.

⁶⁹ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 948.

``permet uniquement de juger si la gestion a été fautive``⁷⁰ ; l'application de l'art. 42 al. 2 CO étant sans rapport avec cette méthode. Nous savons déjà que dans le cas d'espèce le dommage est reconnu et l'application de l'art. 42 al. 2 CO est donc superflue. Or si le dommage est certain comme semble l'admettre la cour, la faute du gérant est présumée et la réparation pourrait être exigée sur la base de l'art. 97 al. 1 CO. Donc le TF aurait eu tort de refuser la réparation du dommage.

Nous concluons ce chapitre sur le constat suivant : la question du calcul du dommage n'étant pas réglée par le législateur, la doctrine et la jurisprudence ont dû combler ce manque. Au fil des années, des principes généraux tels que l'applicabilité de l'art. 42 al. 2 ou la confrontation du patrimoine actuel avec un portefeuille hypothétique comparable ont émergés et ont été reconnus. Sur ce point, l'intervention du TF et de la doctrine est bénéfique. Cependant reste un nuage à l'horizon. Nous percevons à la lecture des quelques arrêts cités et de la doctrine minoritaire refusant les principes majoritairement admis, une instabilité. Le nombre d'exception surgissant des jugements du Tribunal fédéral est encore trop nombreux. Alors certes le TF adapte son jugement aux différents états de fait cependant, il en devient difficile d'identifier la règle de l'exception. En conclusion nous ne pouvons qu'espérer qu'une jurisprudence constante clarifiant définitivement la situation s'établisse à moyen terme au risque de créer une imprévisibilité dans l'évaluation du dommage de l'investisseur.

B. Le moment du dommage

La loi ne définit pas le moment auquel le dommage doit être calculé. Ce moment pourrait être la naissance du fait dommageable, la survenance du dommage, le jour où le lésé se rend compte du dommage, le jour où ce dernier réclame réparation, le jour du jugement d'un tribunal de première instance ou de dernière instance, par exemple. Les possibilités sont vastes et la loi ne nous est d'aucune aide. Par conséquent, la question a été discutée en doctrine et tranchée par le Tribunal fédéral.

Tandis qu'en matière extracontractuelle, le moment du calcul du dommage est établi comme étant le jour du jugement⁷¹, en matière contractuelle, la question est débattue. La doctrine majoritaire⁷² défend l'avis selon lequel le créancier dispose d'un choix entre le jour de la violation du contrat et celui du jugement cantonal de dernière instance.

CHAPPUIS s'oppose à cette opinion. Selon cet auteur, la doctrine majoritaire fonde son avis sur un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 109 II 474) dont le litige porte sur un contrat de dépôt. La solution apportée par l'arrêt en question ne constitue pas une solution applicable à la théorie générale du droit des contrats mais au contraire un jugement basé sur l'art. 475 CO et le droit à la restitution du déposant. La transposition de ce jugement basé sur un état de

⁷⁰ Cf. *Supra*.

⁷¹ ENGEL, Traité, p. 504 ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 16.

⁷² CR CO-I THEVENOZ, art. 97 CO N 59; BSK OR I-WIEGAND, art. 97 N 51; BENSACHEL/MICOTTI/SCHERRER, p. 341.

fait particulier à la théorie générale du droit des obligations serait erronée. CHAPPUIS justifie son opinion par le raisonnement suivant : le calcul du dommage se fonde sur la théorie de la différence or, ce calcul est opéré par le juge, dans son appréciation du dommage, le jour du jugement et c'est donc ce moment qui pourrait être retenu comme étant pertinent pour le calcul du dommage.⁷³

Le jour du jugement de dernière instance comme moment pertinent pour l'évaluation du dommage prête, cependant, le flanc à plusieurs critiques. La première est d'ordre terminologique. Lorsque l'on parle du jour de jugement, on pourrait penser alternativement à un moment relevant de la procédure civil et un autre, en lien avec la procédure quant au fond. Les deux moments son décisifs puisque la procédure civil détermine le moment à partir duquel les parties ne peuvent plus apporter de preuve au dossier tandis que la procédure au fond définit le moment de l'appréciation du dommage. Cependant il conviendrait de préciser la notion de jour du jugement en spécifiant si on considère par là, la procédure civile ou matérielle.⁷⁴

Deuxièmement, le fait de déterminer le moment pertinent pour le calcul du dommage comme étant le jour de jugement amène un caractère d'imprévisibilité. La détermination du jour du jugement est aléatoire puisqu'elle dépend du calendrier judiciaire sans concerner d'aucune façon l'affaire en cause. Si on ajoute à cela un laps de temps non négligeable s'écoulant entre le jour de l'acte dommageable et le jugement, on se retrouve avec une décision sans lien temporel tangible avec l'état de fait initial.⁷⁵ Selon GILLIERON, ``calculer le montant du dommage au jour du jugement c'est encourager les parties [...] à spéculer sur la durée du procès``.⁷⁶

Troisièmement, la durée de la procédure pouvant atteindre un certain nombre d'années conséquents, il ne faut pas oublier que contrairement au jugement qui constitue un instant précis sur la ligne du temps et qui renferme un caractère d'immuabilité, le dommage, lui, évolue au fur et à mesure que le temps s'écoule, ne serait-ce que par la fluctuation boursière dans le contexte d'un portefeuille constitué d'action, par exemple.⁷⁷

En conclusion, CHAPPUIS reconnaît que le jour du jugement comme moment pour le calcul du dommage, même s'il apparaît logique dans un premier temps, ne constitue pas un choix absolu et résolument justifié. Garder un point de vue plus large et plus ouvert constitue probablement la meilleure solution : au lieu de déterminer un moment pertinent pour tous les contrats CHAPPUIS prône l'adoption de solution <<sur mesure>>, conforme à chaque type de contrat : ``il n'existe en matière contractuelle aucune règle générale mais plutôt un principe selon lequel c'est le moment qui permet le mieux, selon la nature du contrat et la teneur des

⁷³ CHAPPUIS, Le moment du dommage, p. 307ss.

⁷⁴ Cf. *supra*, p. 93.

⁷⁵ Cf. *supra*, p. 95.

⁷⁶ GILLIERON, p. 614.

⁷⁷ Cf. *supra*, p. 146.

obligations des parties, de remettre le créancier dans la position qui serait la sienne si le contrat avait été correctement exécuté⁷⁸.

GILLIERON rejoint l'opinion de CHAPPUIS sur la question du choix du créancier pour le moment déterminant. Pour l'auteur, aucun de ces deux moments ne constituent le moment pertinent mais ce serait le moment de la naissance de l'obligation du créancier de minimiser son dommage qui est pertinent. En guise d'exemple, GILLIERON cite les cas de demeure, d'inexécution et d'impossibilité de la prestation et analyse le moment de la naissance de l'obligation de restreindre le dommage. Pour la demeure, c'est lorsque le créancier renonce à l'exécution du contrat (art. 107 al. 2 CO) que naît l'obligation de restreindre le dommage ; pour l'inexécution, le moment déterminant est celui où le créancier a ou aurait dû s'en rendre compte et finalement, pour l'impossibilité, le moment déterminant est également lorsque le créancier a ou aurait dû prendre conscience de l'impossibilité. Ainsi GILLIERON ajoute une troisième possibilité à la question du moment du dommage.⁷⁹

A la lecture de l'ATF 109 II 474 (traduit au JdT 1984 I p. 485), nous ne pouvons que suivre l'opinion de CHAPPUIS et de GILLIERON selon laquelle il s'agit là d'une solution apportée à un cas particulier non transposable à l'ensemble des contrats spéciaux. Selon le TF, le tribunal de première instance se réfère (à tort) à BUCHER selon qui le moment pertinent pour le calcul du dommage est la date à laquelle l'exécution du contrat serait devenue impossible. D'ailleurs le TF ne se prive pas de souligner que cette opinion est un avis isolé ne bénéficiant d'aucun soutien de la part de la doctrine. Ensuite, la Cour de Cèans présente divers autres avis de doctrine fixant le moment du dommage à des moments distincts. GUHL/MERZ/KUMMER détermine le moment pertinent au jour où le débiteur aurait dû s'exécuter alors que pour THUR/SCHERRER le moment déterminant est soit le jour où paraît l'impossibilité de la prestation soit au jour du jugement. Finalement, l'opinion de BARTH, que va finalement retenir le TF, est présentée. Le moment pertinent pour le calcul du dommage est au choix du créancier soit à la date à laquelle la prestation aurait dû être exécutée (le jour de la violation du contrat) soit au jour du jugement.⁸⁰

En conclusion, nous rejoignons donc l'avis de CHAPPUIS et GILLIERON. L'ATF 109 II 474 ne doit pas être jugé comme un arrêt décisif apportant une nouvelle tendance à suivre. C'est à la lumière de l'état de fait que le Tribunal fédéral a appliqué la possibilité la plus adaptée au litige en cause, soit *in casu* la position de BARTH. Cependant la question du moment du dommage ne peut et ne devrait pas être appliquée de manière unanime à tous les contrats spéciaux.

Ce constat nous amène légitimement à nous poser la question du moment du dommage dans le cadre du contrat de mandat et de la gestion de fortune de manière plus spécifique.

⁷⁸ Cf. *supra*, p. 404.

⁷⁹ GILLIERON, Les dommages-intérêts contractuels, p. 205 ss.

⁸⁰ ATF 109 II 474, consid. 3.

Dans l'arrêt <<Benchmark>> déjà analysé précédemment, le TF retient comme moment décisif la révocation du contrat de mandat.⁸¹ En confirmant la décision de l'autorité cantonale, TF ne retient donc aucun des moments possible présentés précédemment.⁸² Cette prise de position conforte l'opinion de CHAPPUIS selon qui, on le rappelle, le moment déterminant pour l'appréciation du dommage ne peut pas être unifié pour tous les types de contrats mais dépend des spécificités de chaque contrat.⁸³ Justement le contrat de mandat n'est pas en reste, ``ce dernier présente des particularités qui font que le moment de l'appréciation du dommage doit se distancier de la règle décrite comme généralement admise (jour de la violation du contrat ou jour du jugement).``⁸⁴

CHAPPUIS va cependant plus loin dans le raisonnement. Dans l'arrêt en question, après avoir retenu comme moment déterminant la résiliation du dommage, le TF met en évidence le laps de temps entre la violation du contrat et la résiliation. Ce qui amène CHAPPUIS à l'affirmation selon laquelle, lors de la confrontation du portefeuille lésé et l'état hypothétique du portefeuille de même ampleur géré pendant la même période conformément aux instructions du contrat, ``la période déterminante maximale pour procéder à cette confrontation s'étend du début de la violation du contrat jusqu'à au plus tard, la résiliation du contrat de gestion, moment auquel le montant du dommage doit être calculé. C'est le principe clairement mis en évidence, à raison, par le Tribunal fédéral``.⁸⁵

À l'image de CHAPPUIS sur la question de la transposabilité de la solution apportée par l'ATF 109 II 474 en tant que solution générale à l'ensemble des contrats, GUGGENHEIM/GUGGENHEIM critique cette approche. Selon ces auteurs, la solution apportée par l'arrêt 4A.351/2007 relatif à la période déterminante maximale pour confronter le patrimoine lésé et hypothétique ne peut pas être érigée en principe mais ne constitue (encore une fois) qu'une solution adaptée à l'état de fait présenté. En outre, GUGGENHEIM/GUGGENHEIM rappelle, conformément à la doctrine encore majoritaire, que le moment décisif pour le moment du calcul du dommage peut également être le jour du jugement.⁸⁶

Pour conclure sur la question du moment de calcul du dommage, nous disposons d'une multitude de possibilités présentées par la doctrine et la jurisprudence. Même si certaines de ces possibilités tel que, par exemple, le jour de jugement présente certains défauts, on s'aperçoit que ces défauts peuvent s'effacer pour apparaître comme la solution idéale dans un cas précis. Il est donc hors de question de déterminer un moment définitif et applicable à toutes les situations où un calcul de dommage est requis. Cette constatation s'applique aussi bien à une approche générale du droit des obligations qu'au cas plus spécifique du contrat

⁸¹ 4A.351/2007, consid. 3.2.3.

⁸² CARRANZA/MICOTTI, p. 5.

⁸³ CHAPPUIS, *in* : journée de droit bancaire 2008, p. 86-87.

⁸⁴ CHAPPUIS, Commentaire *in* REAS 2008, p. 143

⁸⁵ CHAPPUIS, Commentaire *in* REAS 2008, p. 86.

⁸⁶ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 309-310.

de mandat. Au vue de la diversité de spécificités gouvernant le domaine contractuel il nous apparaît effectivement, non seulement correct, mais surtout nécessaire que la jurisprudence continue à adopter la solution la plus adaptée à l'état de fait en question.

C. Dommage réel et virtuel

Nous avons précédemment invoqué la problématique du laps de temps plus ou moins important pouvant séparer le moment où survient le dommage et le jour du jugement. Cette problématique mérite une attention particulière dans le cadre de la gestion de fortune avec un contexte spécial de fluctuation boursière et de volatilité des cours. Imaginons un investisseur subissant un dommage et désirant résilier le contrat de mandat pour mauvaise gestion fautive. Le dommage subi par cet investisseur est dû, parallèlement à une faute du gérant, à une chute de la valeur d'action contenue dans son portefeuille. Cependant, ces actions figurant toujours dans le portefeuille de cet ex-mandant, reprennent de la valeur durant la période séparant la résiliation du contrat et le jugement de sorte à ce que le dommage ne soit plus perceptible. Les fluctuations boursières ne s'interrompent pas au jour de la résiliation du contrat qui pourtant constitue le moment déterminant pour le calcul du dommage selon le TF. Il semblerait apparaître une inadéquation entre la réalité financière de l'évolution du dommage et la solution proposée par le Tribunal fédéral. Définir le moment du calcul du dommage à la résiliation du contrat signifie refuser la prise en compte de toute évolution potentielle (probable) du dommage.

Aussi bien, LOMBARDINI, défend l'opinion selon laquelle, les actions dont l'investisseur se plaint de leur perte de valeur doivent être vendues⁸⁷ afin de réaliser un dommage effectif : ``à notre avis le client qui veut demander une indemnisation pour mauvaise gestion doit avoir vendu les actifs qui ont été acquis par la banque s'il veut réclamer une indemnisation à la banque du fait de l'évolution négative du cours de ces actifs``.⁸⁸ Cette solution permettrait ainsi d'éviter à la source le problème de l'évolution du dommage dans le temps puisque ces actions ne figurent plus dans le portefeuille de l'investisseur.

Bien que l'opinion de LOMBARDINI paraisse résoudre le problème posé, l'idée attire la critique de la doctrine quasi-unanime⁸⁹ sur la question. Selon CHAPPUIS, l'approche de son homologue déroge au principe même de la théorie de la différence. Un dommage est accepté comme réalisé au moment même où une diminution du patrimoine apparaît dans le patrimoine du lésé, ainsi, cette mesure ``n'est pas en harmonie avec la notion généralement admise du dommage``.⁹⁰ CHAPPUIS ajoute une deuxième critique à cette solution proposée par LOMBARDINI : même si l'investisseur n'a pas lui-même acheté les titres en question, il en

⁸⁷ LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 820.

⁸⁸ LOMBARDINI, *in* : SJ 2008, p. 444.

⁸⁹ CHAPPUIS, *in* : journée de droit bancaire 2008, p. 92ss ; CHAPPUIS, Commentaire *in* REAS 2008, p. 143 ; BENSACHEL/MICOTTI/SCHERRER, p. 343 ; CARRANZA/MICOTTI, N23 ; WEBER, p. 92 ; ROSAT, p. 63ss ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 310-311.

⁹⁰ CHAPPUIS, *in* : journée de droit bancaire 2008, p. 92.

est propriétaire et donc on ne pourrait légitimement l'obliger à respecter un quelconque comportement sur sa propriété privée. Il est seul à pouvoir décider du sort de ses titres et il serait inadmissible de soumettre la possibilité de réclamer réparation à une vente préalable des titres en question.⁹¹

WEBER rejoint l'avis exprimé par CHAPPUIS en ces termes: ``Im Falle des Anlageschadens liegt nicht erst im Zeitpunkt des Verkaufs der betroffenen Anlage durch den Anleger ein nachweisbarer und einklagbarer Schaden vor``.⁹² ROSAT s'oppose également à la théorie de la réalisation ou de la matérialisation du dommage: ``muss der Anleger die pflichtwidrigen Anlagen nicht veräussern, um einen Schaden geltend machen zu können. Der Anlageschaden kann also auch virtueller Natur sein``.⁹³ Finalement, GUGGENHEIM/GUGGENHEIM vont dans le même sens: ``il n'existe aucun principe générale en droit suisse en ce sens ; bien au contraire, la notion admise en droit suisse, à savoir que le dommage est la différence entre l'état du patrimoine du créancier une fois que l'inexécution s'est produite et l'état du patrimoine en l'absence de cette inexécution, sauf exception. L'on ne voit pas ce qui justifierait une telle exception``.⁹⁴

En définitive, la doctrine majoritaire et la jurisprudence refuse de se distancier des principes de base de l'établissement du dommage et réfute donc la théorie de LOMBARDINI. Cependant, l'approche des différents auteurs de doctrine nous laisse sur notre faim. Refuser d'abandonner des principes généraux et une chose, omettre d'apporter une solution à un problème en est une autre. Malgré les multiples critiques, LOMBARDINI a le mérite de tenter d'apporter une éventuelle réponse à une problématique contrairement au reste de la doctrine qui se contente de confirmer une solution, selon nous, insatisfaisante car ne résolvant pas la problématique de l'évolution du dommage entre le moment de la résiliation du contrat et le jugement.

D. *Compensatio lucri cum damno*

Tout comme un individu subissant un dommage peut réclamer réparation, il découle de la définition même du dommage que le lésé doit se voir imputer les avantages qu'il retire de la survenance d'un événement dommageable⁹⁵ pour autant toutefois, qu'il y ait ``identité entre l'événement dommageable et l'événement avantageux``.⁹⁶ Effectivement le lésé doit être dédommagé toutefois, cela ne pourrait signifier être au bénéfice d'une situation patrimoniale meilleure qu'avant la survenance du dommage.⁹⁷

⁹¹ Cf. *Supra*, p. 93.

⁹² WEBER, p. 92.

⁹³ ROSAT, p. 65.

⁹⁴ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 310-311.

⁹⁵ 4C.74/2001, consid. 4.a.c.

⁹⁶ ENGEL, *Traité*, p. 505.

⁹⁷ WERRO, *La responsabilité civile*, N 942 ; ROBERTO, p. 24.

Dans l'arrêt <<Benchmark>>, la possibilité d'accorder une imputation de l'avantage dans le contexte de la gestion de fortune et reconnue même si l'état de fait en cause ne se prête pas à cet analyse puisqu'il ``ne résulte pas de l'état de fait définitif dressé par l'autorité cantonale que l'intimé aurait conservé les titres acquis en violation du mandat et que son portefeuille aurait bénéficié, en fonction de l'écoulement du temps, d'une plus-value.``⁹⁸ *In casu*, il appartenait à le demanderesse de démontrer que le client avait conservé les titres et que la valeur de ces derniers s'étaient améliorer. Faute de preuve, le TF n'a pas étudié la question de la *compensatio lucri cum damno*.

Reste à savoir si le TF aurait admis l'applicabilité de l'imputation des avantages si l'état de fait s'en était accommodé. La question est d'autant plus intéressante qu'elle présente un lien fort avec la problématique des dommages virtuels ou réels et du moment du dommage.

Si la réponse à cette dernière question est positive, cela reviendrait à confirmer indirectement l'hypothèse de LOMBARDINI considérant comme nécessaire la vente des titres acquis en violation du mandat pour matérialiser le dommage. Selon cette interprétation, l'arrêt du TF laisserait penser que la conservation des actions dont le gestionnaire se plaint de l'acquisition pourrait avoir des répercussions sur le montant du dommage.⁹⁹ En se basant, sur l'état de fait de l'arrêt 4C.295/2006, LOMBARDINI, démontre que le client subissant certes dans un premier temps une diminution de la valeur de son portefeuille, peut au gré du passage du temps, voire disparaître ce dommage ; ``il est donc indiscutablement choquant que le client puisse, d'une part, conserver les actions et, d'autres part, réclamer une indemnisation``.¹⁰⁰

LOMBARDINI a raison sur un point, le raisonnement du TF sur la question de l'imputation des avantages est contradictoire. La décision de laisser la porte ouverte à la *compensatio lucri cum damno* après avoir déterminé la résiliation du contrat comme moment décisif pour le calcul du dommage est un non sens. Après avoir choisi le moment de l'évaluation du dommage au jour de la fin du contrat, il aurait été légitime d'attendre de notre Haute Cour le refus de la prise en compte de l'évolution du dommage. En définitif, arrêtons nous le dommage au jour de la résiliation du contrat ou au contraire poursuivons nous l'évolution du dommage jusqu'au jour de jugement ?

La doctrine¹⁰¹ semble plaider pour une interruption définitive du lien de causalité entre la survenance du fait dommageable, soit la mauvaise gestion et le dommage au moment de la résiliation du contrat, ``il ne saurait donc être question de suivre les aléas de la bourse jusqu'au jour du jugement, pour savoir si le demandeur peut se voir opposer la compensation des avantages obtenus en cas de montée des cours ou si, au contraire, il peut augmenter ses prétentions contre l'auteur de fait générateur de responsabilité, en cas de

⁹⁸ 4A.351/2007, consid. 3.5.

⁹⁹ CARRANZA/MICOTTI, N. 23 ; BENSACHEL/MICOTTI/SCHERRER, p. 349.

¹⁰⁰ LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 821 ; LOMBARDINI, *in* : SJ 2008, p. 443.

¹⁰¹ CHAPPUIS, Commentaire *in* REAS 2008, p. 145 ; BENSACHEL/MICOTTI/SCHERRER, p. 349 ; CARRANZA/MICOTTI, N. 23.

baisse des cours¹⁰². BENSACHEL/MICOTTI rejoignent cet avis, ``avec la résiliation du mandat, le client redevient le seul maître (et le seul responsable) de la gestion de ses avoirs``.¹⁰³

Précédemment à l'arrêt du 15 janvier 2008, le TF avait retenu dans un arrêt 4C.126/2004 la rupture du lien de causalité au moment de la résiliation du contrat. Cependant, le lésé dans l'affaire en cause, avait volontairement conservé les actions en misant sur une remontée des cours. Alors, faudrait-il retenir de la conjugaison de ces deux arrêts que ce n'est uniquement lorsque l'investisseur, après résiliation du contrat de mandat, continue à ces risques et périls la gestion du portefeuille, que le TF accepte l'interruption du lien de causalité ?

Quoiqu'il en soit, la question de l'imputation des avantages dans le contexte de la gestion de fortune est intimement liée à la période pertinente pour l'établissement du dommage. Par conséquent, ces deux questions doivent être tranchées de sorte à ce que les solutions proposées s'emboîtent entre elles. L'issue la plus probable semble être celle de l'interruption du lien de causalité au moment de la résiliation du contrat de mandat, cependant s'il y a une position qui se fait remarquer par sa logique non discutée, c'est celle de LOMBARDINI. Au vue de l'incertitude et des contradictions nées de la jurisprudence du TF, l'obligation de vente des titres litigieux permet d'éviter la discussion autour de l'imputation des avantages et a le mérite de mettre fin au débat.

¹⁰² CHAPPUIS, Commentaire *in* REAS 2008, p. 145.

¹⁰³ BENSACHEL/MICOTTI, N 41.

IV. CONCLUSION

Nous avons étudié la notion de dommage dans son acceptation générale avant de vérifier la compatibilité de cette définition dans le contexte de la gestion de fortune. Nous sommes arrivés au constat que les particularités du contrat de mandat et du contexte financier de la gestion de fortune, nécessite une adaptation de la définition généralement admise du dommage.

Ce travail d'adaptation, menée par la doctrine et la jurisprudence faute de disposition légale (à l'exception de l'art. 42 al. 2 CO), nous a permis de relever l'évolution des considérants jurisprudentiels, établissant d'une part des principes généraux et d'autre part, un grand nombre d'exceptions au profit d'état de fait présentant des particularités nécessitant des solutions déviant parfois des règles communément admises.

Ensuite, dans une volonté d'approfondir notre étude, nous nous sommes penchés sur les différentes questions du moment pertinent pour le calcul du dommage, de la nécessité ou non de la matérialisation du dommage et finalement du sort réservé à une éventuelle évolution positive du dommage jusqu'au jour du jugement. Ces trois différents chapitres traitant certes de questions distinctes, sont interconnectées, leurs réponses respectives aux questions posées doivent être coordonnables au risque de laisser apparaître une contradiction dans le raisonnement et faire chuter le château de cartes.

En conclusion, nous pouvons résumer notre observation par l'affirmation suivante : le maître mot de la question du dommage est (pour l'instant) le pouvoir d'appréciation du juge. La Cour de Cèans doit effectivement parcourir un slalom entre la nécessité d'établir une jurisprudence constante sur la question du dommage dans le contexte de la gestion de fortune tout en tenant compte des spécificités des cas se présentant, caractérisées par l'instabilité, voire la volatilité, du contexte financier.

Seule une rencontre entre le monde juridique assoiffé de principe rigide et de règles quasi-mathématiquement applicable et le caractère grandement spéculatif du domaine financier pouvait donner naissance à une matière si débattue. Notre impatience pour la résolution des contradictions et des questions encore ouvertes n'est que le reflet de notre foi en la capacité du droit de gouverner et d'appréhender tous les aspects de la vie en communauté, y compris les domaines les plus instables du monde de la finance. Pour ce faire, le TF semble avoir choisi la voie de la raison, celle de l'évolution et de l'adaptation.

Clause de non plagiat

Article 13 Directive de la Faculté de droit sur le plagiat

(Entrée en vigueur le 1 septembre 2012)

Tout travail écrit rendu par un étudiant de la Faculté de droit doit comporter la déclaration suivante dûment signée par l'auteur du travail :

"J'atteste que dans ce texte toute affirmation qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets."

NOM : Uysal

Prénom : Kazim

Date :

Signature :