

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_351/ 2007 du 15 janvier 2008

L'évaluation du dommage face aux fluctuations de la bourse

Benoît Chappuis*

Le Tribunal fédéral vient d'avoir l'occasion de traiter de la façon d'apprécier le dommage résultant de la violation d'un mandat¹. Cette décision renferme quelques considérations importantes sur le moment de l'appréciation du dommage et sur la prise en compte, dans ce contexte, du principe de la *compensatio lucri cum damno*. De par leur enjeu, ces considérations sortent du strict cadre de la responsabilité contractuelle et, partant, méritent d'être commentées dans une revue consacrée à la responsabilité civile.

L'intérêt de cette décision est renforcé par le fait que la prise en compte du rôle du temps sur l'évaluation du dommage et sa réparation n'a été l'objet que de très peu d'études systématiques en droit suisse. Plutôt que de décrire ici l'entier des enjeux fondamentaux liés à cette question, je me permets de renvoyer, en guise d'introduction, à l'étude que j'ai récemment consacrée à ce sujet². Il suffira de dire que la règle fondamentale, régulièrement mentionnée dans les traités³, selon laquelle c'est au jour du jugement que le dommage doit être apprécié, ne reflète que très imparfaitement la complexité de la question; une étude beaucoup plus approfondie doit être menée pour déterminer le jour réellement approprié pour la fixation du dommage. Il y sera revenu ci-après dans la mesure nécessaire au commentaire de la décision du Tribunal fédéral.

* Docteur en droit, avocat à Genève, associé de Lenz & Staehelin, chargé de cours à l'Université de Fribourg.

¹ TF, 4A_351/2007, arrêt du 15 janvier 2008, non destiné à publication. Pour un commentaire de cet arrêt, BRETTON-CHEVALLIER, Gestion de fortune. Faute grave et calcul du dommage, Centre de droit bancaire et financier, N° 576, 26 février 2008, www.unige.ch/cdbf.

² CHAPPUIS, Le moment du dommage. Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage, thèse Fribourg, Zurich 2007. Cf. également, Le moment de la fixation du dommage. In: WERRO (éd.), Le temps dans la responsabilité civile (Colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg), Berne 2007.

³ WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, N 932; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO, 2^e édition, Berne 1997, 504; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, 5^e édition, Zurich 1995, I, § 6 N 380; ROBERTO, Schadensrecht, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, 16; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zurich 1979, 123; BK-BREHM, art. 42 CO N 7; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4^e édition, Zurich 2005, § 8, N 22 ss.

I. L'état de fait

Le 25 septembre 2000, la demanderesse Y. conclut un contrat de gestion de fortune avec X. SA par lequel cette dernière s'engageait à gérer les biens qui lui seraient remis par Y. Le 4 octobre 2000, Y. transféra CHF 500 000.- à X. SA pour qu'ils soient gérés conformément au contrat. Ce dernier contenait le profil de la cliente qui était décrit comme «pondéré», ce qui indiquait une disposition limitée à prendre des risques. Le contrat prévoyait également une clause de limitation de responsabilité du gérant X. SA aux cas de faute grave.

Au début de l'année 2002, la demanderesse constata que d'importantes pertes avaient été réalisées par le gérant. Après avoir relevé que les avoirs n'avaient pas été gérés conformément à ses instructions, elle résilia le contrat de gestion par courrier du 12 septembre 2002 et réclama à X. SA CHF 183 660.-, soit le montant estimé de son dommage au jour de la résiliation du contrat de gestion. La dernière instance cantonale fit droit à sa demande, à concurrence de CHF 124 000.-. Sur recours de la société de gestion de fortune, le Tribunal fédéral confirma la décision cantonale.

II. Les considérants de l'arrêt

Le Tribunal fédéral, après avoir confirmé la qualification de mandat du contrat conclu par les parties, est parvenu à la conclusion que le gérant n'avait pas respecté les instructions données par Y. Le gérant était donc tenu à la réparation du dommage ainsi causé. Les juges ont ajouté que la violation de ces instructions devait être considérée comme une faute grave, de sorte que la limitation de responsabilité contenue dans le contrat était inopérante, en accord avec l'art. 100 al. 1 CO. Restait alors à évaluer le dommage. La cour cantonale, quant à elle, avait procédé à une comparaison entre, d'une part, la valeur hypothétique du portefeuille au 12 septembre 2002 (jour de la résiliation du contrat) si le contrat avait correctement été exécuté et, d'autre part, la valeur effective de ce portefeuille à la même date. La recourante faisait valoir deux critiques principales contre ce mode de calcul :

- L'atteinte subie par la demanderesse n'aurait été que virtuelle et elle ne se serait pas concrétisée si Y. était restée en possession des titres qui lui furent restitués le 12 septembre 2002, le jour de la résiliation du contrat.
- En vertu du principe de la *compensatio lucri cum damno*, la demanderesse devait se laisser opposer la déduction de ce qu'elle avait retiré de la violation du contrat. Compte tenu du fait que, selon X. SA, les performances de gestion ne peuvent s'apprécier que sur une période de trois à cinq ans, il aurait fallu

tenir compte de gains potentiels que la demanderesse aurait pu réaliser sur une telle période. C'est à tort que, selon X. SA, les juges cantonaux avaient retenu le jour de la résiliation du contrat comme date déterminante pour la fixation du dommage.

Le Tribunal fédéral a rejeté ces objections. Il a tout d'abord rappelé que le dommage se détermine par le biais de la théorie de la différence. Se fondant sur sa jurisprudence récente⁴, le Tribunal fédéral a alors posé le principe qu'en matière de gestion de fortune cela se fait «*en confrontant le résultat du portefeuille administré en violation du mandat avec celui d'un portefeuille hypothétique de même ampleur géré pendant la même période conformément aux instructions du contrat*».

Dans le cas d'espèce, la période déterminante était celle qui s'étendait de la remise des avoirs à gérer (4 octobre 2000) jusqu'à la résiliation du contrat de gestion (12 septembre 2002)⁵. Même si le dommage est pratiquement impossible à évaluer de façon certaine dans de tels cas, de sorte qu'il faut faire application de l'art. 42 al. 2 CO⁶, il n'est pas question, ont souligné les juges fédéraux, de prendre en considération une période hypothétique de trois à cinq ans pour juger de l'évolution possible que le portefeuille aurait eue: cela rendrait illusoire le droit impératif de pouvoir mettre fin au contrat en tout temps, conformément à l'art. 404 CO⁷. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral a également rejeté l'argument de X. SA selon lequel, il y avait finalement lieu de tenir compte des avantages dont la demanderesse avait bénéficié. Le Tribunal fédéral a justifié sa décision par le fait que «*il ne résulte pas de l'état de fait définitif dressé par l'autorité cantonale que l'intimée 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*»⁸.

III. Les remarques

A. Le moment de la détermination du dommage en général

Afin de mettre en évidence l'intérêt de cette décision, il faut préalablement rappeler que l'on considère généralement que:

- en matière extracontractuelle, le dommage est apprécié au jour de la transaction ou du jugement⁹,

soit le jugement de la dernière instance cantonale pouvant prendre en considération des faits nouveaux en vertu du droit de procédure¹⁰;

- en matière contractuelle, selon la doctrine majoritaire¹¹, le dommage se calcule, au choix du créancier, au moment le plus favorable entre la violation du contrat et le jour du jugement. La doctrine prend appui sur un arrêt du Tribunal fédéral rendu dans le cadre précis d'un contrat de dépôt¹² et procède à une extension de la solution à tout le champ contractuel. Cette extension est simplificatrice à l'excès, en ce qu'elle ne prend pas en considération le fait que c'est sur la base des spécificités du contrat de dépôt que le Tribunal fédéral avait rendu sa décision¹³.

Cette généralisation – aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle – est critiquable sur le plan des principes et ne reflète de surcroît pas le contenu de la jurisprudence qui connaît, en réalité, une variété de moments auxquels le dommage est apprécié¹⁴. Le jour du jugement ne saurait à lui seul fournir une réponse adéquate à toutes les situations, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'il constitue, selon les termes mêmes du Tribunal fédéral, un moment fortuit (*zufällig*)¹⁵.

B. Les particularités du contrat de mandat

Une bonne démonstration du fait qu'il n'y a pas de règle qui pourrait s'appliquer indifféremment dans tous les cas réside dans la solution retenue par la jurisprudence en matière de contrat de mandat: ce dernier présente en effet des particularités qui font que le moment de l'appréciation du dommage doit se distancer de la règle décrite comme généralement admise (jour de la violation du contrat ou jour du jugement). En ce qui concerne la nature des dommages-intérêts, la doctrine majoritaire considère qu'en cas de violation du contrat, le mandant a droit à la réparation de l'intérêt positif

⁴ TF, 4C.295/2006, arrêt du 30 novembre 2006, consid. 5.2.2; 4C.18/2004, arrêt du 3 décembre 2004, consid. 2, reproduit en Pra 2005 n° 73, 566.

⁵ Consid. 3.2.3.

⁶ Consid. 3.3.1.

⁷ Consid. 3.4.

⁸ Consid. 3.5.

⁹ ATF 99 II 214 consid. 3b; ATF 77 II 152, 153; CR-WERRO, art. 41 CO N 16; OTT/TENCHIO-KUZMIC, Der massgebende Zeitpunkt der Schadensberechnung im Delikts- und Vertragsrecht», RDS NF 117/1998, HB I, 185.

¹⁰ CR-WERRO, art. 41 CO N 16; OTT/TENCHIO-KUZMIC (cité note 9), 185; BK-BREHM, art. 42 CO N 7.

¹¹ CR-THÉVENOZ, art. 97 N 59; BK-WEBER, art. 99 CO N 215 ss et N 222; BSK-WIEGAND, art. 97 N 51; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8^e édition, Zurich 2003, N 2627; PICHONNAZ/KUONEN, Les intérêts sur le dommage contractuel et la responsabilité pour le fait de l'auxiliaire: rappel de deux principes à la lumière d'un arrêt récent. Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 août 2004 publié aux ATF 130 III 591 (4C.96/2004), DC 2005, 15; pour un exposé plus détaillé des différentes théories en matière contractuelle, cf. OTT/TENCHIO-KUZMIC (cité note 9), 190 ss, qui distinguent les différentes causes de responsabilité – impossibilité fautive (art. 97 CO), demeure (art. 103 CO), intérêts positif ou négatif pour inexécution (art. 107 al. 2 CO ou art. 109 CO) – pouvant entrer en considération.

¹² ATF 109 II 474 = JdT 1984 I 485.

¹³ Sur cette question, cf. BUCHER, Obligationenrecht, § 20/III, 345 et CHAPPUIS, th. (cité note 2), N 656 ss.

¹⁴ Pour une présentation synthétique des divers moments retenus en matière extracontractuelle et contractuelle, cf. CHAPPUIS, th. (cité note 2), N 864 ss et N 873 ss.

¹⁵ ATF 131 III 12 consid. 9.4 = SJ 2005 I 113.

au contrat¹⁶ et doit être replacé dans la situation dans laquelle il se trouverait si le mandat avait été parfaitement exécuté¹⁷.

Or la question de la valeur de la prestation inexécutée se pose en des termes délicats lorsque l'activité promise par le mandataire consiste dans la prise en charge des intérêts du mandant, sans limite de temps ou but unique et précis (effectuer une opération chirurgicale, mener un procès, etc.). Il en va ainsi du contrat de gestion de fortune par lequel le gérant s'engage à gérer des avoirs d'une certaine manière (gestion conservatrice, agressive, spéculative, etc.), sans qu'un résultat spécifique ne doive être atteint. Le mandataire doit donc exercer son activité de gestion aussi longtemps que le mandat ne prend pas fin. Si le gérant viole son obligation, 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 (même si non garanti), mais simplement à la fourniture d'une activité diligente. En raison du fait que le mandat est sans limite de temps et qu'il est librement révocable, il n'est pas de terme contractuel auquel on pourrait examiner la valeur de la prestation inexécutée. Dans un tel cas, les dommages-intérêts ne compensent que l'intérêt que le mandant avait à ne pas accorder sa confiance au mandataire, intérêt qui est difficilement mesurable¹⁸.

C. Le dommage potentiel ou virtuel

A cette première difficulté s'ajoute celle qui réside dans le caractère apparemment potentiel du dommage. L'état de fait qui a donné matière à l'arrêt présentement analysé constitue un cas typique de cette problématique: alors que la cliente voulait une gestion relativement conservatrice, elle trouve dans son portefeuille des titres spéculatifs. On peut songer à soutenir que, aussi longtemps que le mandant garde les titres dans son portefeuille et que les cours de bourse évoluent, son dommage d'une part ne se matérialise pas et d'autre part ne cesse d'évoluer. C'est la thèse que soutenait X. SA et qui est défendue en doctrine, un auteur affirmant

en effet que la victime d'une gestion incorrecte doit vendre les actions acquises avant de pouvoir faire valoir un dommage qu'elle soit capable de chiffrer¹⁹.

La nécessité de vendre l'objet du litige, de façon que le dommage virtuel se matérialise en un dommage actuel, n'est pas compatible avec la conception défendue, depuis des décennies, par le Tribunal fédéral pour lequel il y a dommage dès que le patrimoine du lésé est inférieur à ce qu'il serait si le fait générateur de responsabilité ne s'était pas produit²⁰. Il faut ajouter que, même si l'on admettait l'idée de l'obligation de vendre, il resterait encore la question délicate du moment auquel la vente opérée par le lésé devrait intervenir. Il faudrait en effet décider si le client doit vendre les titres aussitôt qu'il découvre le fait générateur de responsabilité, quitte à vendre au plus mauvais moment, ou s'il doit au contraire se lancer dans une gestion personnelle pour attendre une remontée des cours. On pourrait encore se demander si le moment est indifférent. Cette prétendue nécessité de vendre les titres devrait en tout cas s'inscrire dans le cadre de l'incombance qu'a la victime de prendre les mesures commandées par les circonstances pour réduire son dommage²¹. Il n'est pas certain qu'une vente, réalisée sans considération du moment auquel elle intervient, respecte forcément ce principe. Elle pourrait exposer le lésé aux reproches du mandataire responsable du dommage.

Avec le Tribunal fédéral, on rejettera donc l'idée qu'une vente des titres est nécessaire. L'évolution constante et particulièrement visible du dommage qui résulte de la violation du contrat de gestion de fortune, en raison de la volatilité des cours de bourse, ne doit en effet pas conduire à abandonner les principes de base. Le droit de la responsabilité civile vise à remettre la victime dans l'état dans lequel elle serait si le contrat avait été correctement exécuté ou si le fait générateur de responsabilité n'était pas survenu. Il convient donc de baser

¹⁶ BK-FELLMANN, art. 398 CO N 336; BSK-WEBER, art. 398 CO N 30; d'un avis différent, CR-WERRO, art. 398 CO N 41, qui ne reconnaît au mandant la possibilité de réclamer des dommages-intérêts positifs que lorsque la prestation promise consiste en un résultat mais qui limite l'indemnisation à l'intérêt que le mandant aurait eu à ne pas s'engager dans le cas des obligations de moyens; cf. également, WERRO, Le mandat et ses effets: une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations: analyse critique et comparative, th. habil. Fribourg 1993 (cité «Mandat»), N 946 ss, plus particulièrement N 1000.

¹⁷ BK-FELLMANN, art. 398 CO N 339. Sur la question plus spécifique du contrat de gestion de fortune et de la façon de calculer le dommage, WALTER, Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, ZSR/RDS 127 (2008) 99, plus particulièrement 112 ss.

¹⁸ WERRO, Mandat (cité note 16), N 983.

¹⁹ LOMBARDINI, Le dommage du client dans la gestion de fortune: un sujet complexe, in Westlaw, Relevant, 15 avril 2005, 3.

²⁰ ATF 64 II 137 consid. 3c = JdT 1938 I 621. Le Tribunal fédéral avait à juger de l'affaire d'un automobiliste, victime d'un accident de voiture, qui demandait la moins-value que cette dernière avait subie, nonobstant la réparation qui avait été effectuée. La gravité de l'accident faisait en effet perdre une partie de la valeur vénale du véhicule, tout acheteur éventuel pouvant craindre l'existence de défauts cachés provoqués par l'accident. Les juges cantonaux avaient refusé cette indemnité au demandeur au motif qu'il n'avait pas vendu la voiture mais avait encore roulé 20 000 km après l'accident. Le Tribunal fédéral refusa cette conception en posant le principe selon lequel il y a dommage dès que le patrimoine actuel du lésé (das gegenwärtige Vermögen) est inférieur à ce qu'il serait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Le Tribunal fédéral en concluait que la moins-value déterminée par les experts n'était pas théorique mais affectait réellement le patrimoine du lésé, indépendamment de la question de savoir s'il avait continué à rouler avec la voiture postérieurement à l'accident.

²¹ CR-WERRO, art. 44 CO N 26; WALTER (cité note 17), 118.

le calcul du dommage sur l'intérêt à l'exécution, en se fondant, pour établir l'état du patrimoine, sur celui qui existerait si le contrat avait été exécuté correctement par la mise en œuvre de la diligence requise²².

D. Le patrimoine hypothétique du lésé résultant d'une gestion correcte

Le deuxième élément qu'il faut prendre en considération pour déterminer le dommage est l'état du patrimoine du lésé tel qu'il résulte de la gestion non diligente : le dommage subi consiste en la différence entre ce patrimoine et celui, hypothétique, qui résulterait des activités d'un gérant de fortune conformes au but fixé par le client dans le cadre du contrat. Dans un arrêt antérieur à celui qui est présentement analysé, le Tribunal fédéral a retenu que ce n'est pas le résultat qu'un gérant particulièrement performant aurait atteint, vu *a posteriori*, qui est déterminant pour le calcul du dommage. Il faut s'en tenir à celui qui, au moment déterminant, correspondait à la tendance générale des placements habituels compte tenu du but fixé par le client²³. Autrement dit, on tente d'établir quel aurait été le résultat qu'aurait produit une gestion moyenne conforme aux instructions du mandant.

Il est nécessaire de se poser la délicate question du moment auquel il faut établir la valeur de ce patrimoine de comparaison²⁴. C'est ainsi à juste titre que le Tribunal fédéral apporte un élément temporel dans la décision précitée : *le développement du portefeuille géré de façon non conforme doit être comparé à un portefeuille hypothétique de la même importance, et la comparaison doit inclure la durée pendant laquelle les avoirs auraient été gérés conformément aux instructions contractuelles*. A défaut d'indications concrètes menant à un autre résultat, il faut en rester au moment mis en évidence par le Tribunal fédéral selon lequel il faut prendre en considération le laps de temps durant lequel les avoirs auraient été gérés conformément aux instructions contractuelles²⁵, voire, si le lésé découvre plus rapidement l'effet dommageable sur son patrimoine de la violation du contrat, avant l'écoulement de ce laps de temps.

Il découle de la nature du mandat qu'il est impossible de fixer le laps de temps durant lequel le contrat aurait été maintenu et la gestion continuée. Cela découle en effet de la nature impérative de l'art. 404 CO, à teneur de la jurisprudence actuelle²⁶, ainsi que le Tribunal fédéral le rappelle dans son arrêt. S'il n'est pas possible d'estimer pour combien de temps les parties voulaient se lier ou quel était le terme auquel correspondait le but recherché par les parties, il appartiendra au juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation, de fixer le moment le plus adéquat.

C'est donc à juste titre dans le cas présentement analysé que le Tribunal fédéral a pris en considération le jour de la résiliation du contrat de mandat comme moment déterminant et n'a pas suivi X. SA dans sa volonté de prendre en considération une période hypothétique de trois à cinq ans.

E. La responsabilité extracontractuelle

La question vaut *mutatis mutandis* pour la responsabilité extracontractuelle. On songera notamment aux thèses de VON TUHR/PETER qui évoquent la question de l'évaluation du dommage dû au vol d'actions et qui suggèrent de laisser au lésé le choix du moment qui lui paraît le plus favorable entre le jour de la perte des titres et le jour du jugement²⁷. Cette approche pose de nombreux problèmes, au nombre desquels ceux de la causalité hypothétique (quel poids faut-il accorder aux événements subséquents au fait générateur de responsabilité qui influent sur la valeur des actions?), du principe de favorisation du lésé (est-il admissible de retenir une solution qui favorise systématiquement le lésé?) et de la possibilité de laisser à l'appréciation du juge la détermination d'un moment intermédiaire entre le jour de l'acte illicite et celui du jugement. Il n'est évidemment pas possible d'aborder l'ensemble de ces questions dans le cadre réduit du présent commentaire et il est renvoyé, pour leur analyse, à l'étude susmentionnée²⁸.

F. La causalité hypothétique

On se limitera ici à une allusion à la question de la causalité hypothétique : il n'y a en principe pas lieu de tenir compte d'événements qui prennent place dans la chaîne causale subséquentement au fait générateur de responsabilité. Dans une très ancienne décision, le Tribunal fédéral rejeta la thèse des défendeurs qui étaient recherchés en responsabilité pour avoir participé à l'émission d'actions sur la base d'un prospectus inexact. Ils faisaient valoir que tout ou partie du

²² TF, 4C.18/2004 consid. 2.1, arrêt du 3 décembre 2004; pour un commentaire de cet arrêt, cf. PACHMANN/VON DER CRONE, *Unabhängige Vermögensverwaltung: Aufklärung, Sorgfalt und Schadenersatzberechnung*, SZW/RSDA, 3/2005, 146 ss, particulièrement 152 ss concernant le calcul du dommage.

²³ TF, 4C.18/2004 consid. 2.1, arrêt du 3 décembre 2004; pour une présentation de la question du patrimoine hypothétique du client du gérant, WALTER (cité note 17), 114 ss.

²⁴ Pour une analyse du moment de l'appréciation et du calcul du dommage, CHAPPUIS (cité note 2), N 765 ss; WALTER (cité note 17), 118 ss.

²⁵ Consid. 2.1 : « Der Entwicklung des pflichtwidrig verwalteten Portfolios sei somit jene eines hypothetischen Portfolios gleichen Umfangs und während des gleichen Zeitraums gegenüberzustellen, das gemäss den vertraglichen Instruktionen verwaltet wurde. »

²⁶ Parmi les arrêts les plus récents, TF, 4C.342/1996 consid. 4d, arrêt du 3 mars 1997; ATF 115 II 464 consid. 2.

²⁷ VON TUHR/PETER (cité note 3), 123.

²⁸ CHAPPUIS, th. (cité note 2), N 299 ss, particulièrement N 304 ss.

dommage réclamé par les victimes trouvait sa source dans la péjoration de la situation économique qu'avait provoquée la Première Guerre mondiale (1914–1918) et son influence sur la société dont les lésés avaient acquis les actions en 1911. Le Tribunal fédéral fonda son rejet sur le fait que «*sans la souscription, les demandeurs n'auraient subi aucun préjudice*» de sorte que «*la première guerre mondiale qui a contribué à entraver la marche de l'entreprise n'entr(ait) plus en considération*»²⁹. Il est cependant important de garder à l'esprit que la doctrine moderne³⁰ considère aujourd'hui, à juste titre, que la question de la causalité hypothétique relève en réalité du calcul du dommage et non de la question de la causalité. Le juge devra faire usage de son pouvoir d'appréciation; il tiendra compte, dans la mesure appropriée aux circonstances, des faits qui auront suivi la survenance du dommage et qui auraient contribué à l'aggraver ou à le réduire.

G. La prise en compte des avantages (compensatio lucri cum damno)

Dans la cause présentement analysée, la défenderesse X. SA faisait enfin valoir que la demanderesse aurait bénéficié d'un avantage patrimonial consistant en une hausse de la valeur des titres acquis en violation du mandat (*compensatio lucri cum damno*). Le Tribunal fédéral n'a rejeté l'argument que parce qu'il n'était pas établi que Y. avait conservé les titres et que «*son portefeuille aurait bénéficié, en fonction de l'écoulement du temps, d'une plus-value*»³¹. Il ne faut toutefois pas déduire de cette ouverture manifestée par le Tribunal fédéral face à la compensation des avantages qu'elle est susceptible de remettre fondamentalement en cause le moment de l'évaluation du dommage. Le dommage est calculé au jour de la résiliation du contrat de mandat, comme l'ont justement décidé les juges fédéraux. Il ne saurait donc être question de suivre les aléas de la bourse jusqu'au jour du jugement, pour savoir si le demandeur doit 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 du fait générateur de responsabilité, en cas de baisse des cours. Une telle façon de faire serait totalement aléatoire, faisant dépendre le sort du procès des effets conjugués de l'évolution imprévisible des cours de bourse et de la durée, tout aussi imprévisible, du procès. En revanche, ici encore, le pouvoir d'appréciation qui est laissé au juge lui permettra de prendre en compte, de façon appropriée, les événements qui ont suivi les faits générateurs de responsabilité. Toute évolution positive des cours boursiers ne signifie pas forcément qu'il existe un avantage que le lésé doit se laisser opposer dans le calcul du dommage. Le lésé pourrait en effet soutenir à juste titre que si son portefeuille n'avait pas contenu les titres spéculatifs achetés en violation du contrat, il aurait encore plus profité de l'évolution boursière positive. En revanche, de substantiels gains, réalisés subséquentement par la victime sur les titres mêmes achetés en violation du contrat, pourraient amener le juge à en tenir compte dans une certaine mesure dans le calcul du dommage. Les juges anglais, qui quant à eux connaissent le jour du fait générateur de responsabilité comme moment déterminant, ont fort bien exprimé l'idée de cette souplesse nécessaire pour le prononcé d'une décision qui soit juste, lorsque le *Privy Council* a rappelé que: «*The general rule in tort that damages should be assessed at the date of breach was subject to exceptions and if adoption of the rule produced injustice the court had a discretion to take some other date ...*»³².

La décision rendue par le Tribunal fédéral illustre de manière particulièrement claire le fait que le moment de la fixation du dommage, contractuel ou délictuel, ne peut se situer de manière rigide à un ou deux instants prédéterminés, mais nécessite souvent une réflexion mieux adaptée aux circonstances du cas d'espèce. Le juge peut y procéder en vertu de son pouvoir d'appréciation, ce que le Tribunal fédéral semble avoir, à tout le moins implicitement, admis.

²⁹ ATF 47 II 272 consid. 5 in fine.

³⁰ SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3^e édition, Berne 2003, N 21.05; ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002, N 167; CHAPPUIS, th. (cité note 2), N 294 ss.

³¹ Consid. 3.5.

³² *Alcoa Minerals of Jamaica v. Herbert Broderick*, [2002] 1 AC 371.