

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 16 avril 2014

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : Mme Crittin Dayen et M. Perrot
Greffière : Mme Bertholet

Art. 42 al. 1 et 2, 44 al. 1, 75, 99 al. 3 et 111 CO

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.J.**_____, à Villeneuve, contre le jugement rendu le 23 avril 2013 par la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelante d'avec **W.**_____, à Lausanne, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 23 avril 2013, dont la motivation a été notifiée aux parties le 1^{er} novembre 2013, la Chambre patrimoniale cantonale a dit que la défenderesse A.J._____ doit payer à la demanderesse W._____ la somme de 157'448 fr. (I), mis les frais judiciaires, arrêtés à 11'074 fr., à la charge de la défenderesse (II), dit que les avances fournies par la demanderesse doivent lui être remboursées par la défenderesse à concurrence de 9'794 fr. (III), dit que la défenderesse remboursera à la demanderesse la somme de 1'200 fr. versée à titre de frais de procédure de conciliation (IV), dit que la défenderesse doit verser à la demanderesse la somme de 12'000 fr. à titre de dépens (V) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI).

En droit, les premiers juges ont considéré que l'acte juridique du 14 juin 2006 ne constituait pas une disposition pour cause de mort, mais un porte-fort au sens de l'art. 111 CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220). Ils ont retenu que feu B.J._____ avait promis à la demanderesse de compenser toutes les pertes qu'elle pourrait subir en raison du placement fait auprès de la banque U._____ afin qu'elle accepte d'effectuer ce placement. Il s'ensuivait que la défenderesse, en sa qualité d'héritière universelle de B.J._____, était tenue au remboursement du dommage subi par la demanderesse du fait de la perte du montant investi, lequel correspondait à la différence entre le montant placé et le montant subsistant au 31 décembre 2010 sur son compte, soit 157'448 francs. Les premiers juges ont fixé le dies a quo de l'intérêt moratoire au lendemain du dernier jour du délai accordé par la demanderesse à la défenderesse pour s'acquitter du montant précité, savoir le 1^{er} février 2011.

B. Par acte du 2 décembre 2013, A.J._____ a fait appel de ce jugement, en concluant, avec suite de frais, à la réforme du chiffre I de son dispositif en ce sens que la défenderesse doit payer à la

demanderesse la somme correspondant à la différence entre 200'000 fr. et la plus haute des valeurs des avoirs de la demanderesse auprès de la banque U._____ entre le 31 janvier 2007 et le 31 janvier 2011, à savoir la somme que justice dira, subsidiairement la somme correspondant à la différence entre 200'000 fr. et la plus haute des valeurs des avoirs de la demanderesse auprès de la banque précitée au 30 juin 2008, plus subsidiairement la somme correspondant à la différence entre 200'000 fr. et la plus haute des valeurs des avoirs de la demanderesse auprès de cette banque au 30 juin 2008 et plus subsidiairement encore la somme de 141'268 francs. Elle a requis, à titre de mesures d'instruction, la production des relevés des avoirs de W._____ au 24 mars 2009 ainsi que de chaque fin de mois pour la période du 31 janvier 2007 au 31 janvier 2011.

Par courrier du 3 décembre 2013, l'appelante a indiqué au Président de la Cour de céans que la deuxième conclusion subsidiaire de son écriture du 2 décembre 2013 comportait une erreur de plume et qu'il fallait y lire "24 mars 2009" en lieu et place de "30 juin 2008".

Dans sa réponse du 7 avril 2014, W._____ a conclu, avec suite de frais, au rejet de l'appel.

C. La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. La défenderesse A.J._____ est l'héritière universelle de feu B.J._____, décédé le [...] 2009, à l'âge de 80 ans. Il s'agissait d'un homme d'affaires expérimenté qui disposait d'une fortune considérable et effectuait régulièrement des placements en bourse.

La demanderesse W._____ a été pendant de nombreuses années très proche du prénommé.

2. En 2006, feu B.J._____ a conseillé à la demanderesse de placer les économies qu'elle avait accumulées à hauteur de 200'000 fr. auprès de la banque U._____. La demanderesse ayant refusé de le faire, craignant de perdre ses économies, feu B.J._____ a tenté de la rassurer en lui garantissant que la conjoncture était bonne. La demanderesse étant restée hésitante, il s'est engagé oralement à compenser toute perte éventuelle sur son investissement.

Le 10 février 2006, la demanderesse, convaincue, a investi la somme de 200'000 fr. dans le portefeuille de liquidités et d'actions n° [...] auprès de la banque U._____. La demanderesse n'a jamais conclu de contrat de gestion de fortune avec cette banque mais avec un tiers gérant, soit Q._____, lequel n'était pas employé de la banque.

Feu B.J._____ lui assurait que son placement serait fructueux.

Par déclaration écrite du 14 juin 2006, le prénommé a pris l'engagement suivant en faveur de la demanderesse:

"Ich, Hr. B.J._____, bestätige hiermit, dass ich für Frau W._____, den einbezahlten Betrag des Depots (bei der Bank U._____, Basel), der am 1. Februar 2006, CHF 200,000.-- betragen hat, ausgleiche.

Diese Regelung gilt nur, falls mir etwas zustossen sollte. Hr. Q._____, der meine Depots und Konten verwaltet, wird dies im nötigen Falle [sic] in die Wege leiten."

dont la traduction, confirmée par l'experte [...], était la suivante:

"Je, soussigné B.J._____, certifie par la présente que je compense pour Mme W._____ le montant du dépôt (auprès de la banque U._____, Bâle), qui s'est élevé à CHF 200'000.- le 1^{er} février 2006.

Cette disposition ne vaut que s'il devait m'arriver quelque chose. M. Q._____, qui administre mes dépôts et mes comptes, mettra cela en oeuvre si nécessaire."
"

Le compte de la demanderesse ayant subi une perte, Q._____ a, le 9 janvier 2007, adressé à H._____, banquière auprès de

U. _____ un ordre de virement, signé le même jour pour accord par feu B.J. _____, ayant la teneur suivante:

"Kontoausgleich

Sehr geehrte Frau H. _____,

Bitte belasten Sie das folgende Konten bei Ihrer Bank:

Depot/Kunden-Konto [...] **CHF 53'000.0**

und schreiben Sie die CHF 53'000.0 dem Depot/Kunden-Konto [...] bei Ihrer Bank gut; mit dem Vermerk, Ausgleich B.J. _____."

et dont la traduction était libellée comme suit:

"Equilibrage de compte

Chère Madame H. _____,

Je vous prie de bien vouloir débiter le compte suivant auprès de votre banque:

Dépôt/compte client [...] **CHF 53'000.0**

et transférer les CHF 53'000.0 auprès du Dépôt/compte client [...] de votre banque, avec la mention, compensation B.J. _____."

Ensuite de cette première perte, la demanderesse a souhaité clôturer son compte. Feu B.J. _____ l'a rassurée en lui promettant qu'en cas de nouvelle perte, il rééquilibrerait à nouveau son compte, étant donné qu'il était persuadé que la situation économique s'améliorerait et qu'elle ne subirait plus aucune perte. La demanderesse a renoncé à clôturer son compte.

Au milieu de l'année 2008, la santé de feu B.J. _____ s'est gravement détériorée et il n'a plus été en mesure de gérer ses affaires, jusqu'à son décès survenu le 24 mars 2009.

3. Au début de l'année 2010, la demanderesse a constaté que la situation empirait.

Par courrier du 12 janvier 2010, la demanderesse a informé H. _____ qu'elle envisageait de clôturer son compte et lui a demandé de

prendre contact avec elle à cette fin. Elle a rappelé la teneur de l'engagement pris le 14 juin 2006 par feu B.J._____ et indiqué qu'elle s'attendait à ce que la différence entre la valeur du compte et le montant qu'elle avait versé soit compensée.

Le 18 janvier 2010, H._____ a invité la demanderesse à s'adresser à Jean-Pierre Gross, avocat à Lausanne, lequel s'occupait de la succession de B.J._____ et bénéficiait à ce titre d'une procuration sur les comptes.

Par courrier du 4 février 2010, le conseil de la demanderesse a informé Jean-Pierre Gross que sa mandante avait l'intention de clôturer son compte, dont la valeur s'élevait à 58'732 fr., et l'a prié de faire procéder au virement de la somme de 141'268 fr. sur ce compte. La défenderesse a refusé d'entrer en matière.

Selon un document sans signature établi le 13 janvier 2011 par la banque U._____, les avoirs de la demanderesse auprès de celle-ci s'élevaient à 45'930 fr. au 12 janvier 2011. Il ressort de ce même document qu'au 31 décembre 2010, ses avoirs s'élevaient à 42'552 fr. et avaient bénéficié d'un rendement de 7,94% entre le 1^{er} et le 12 janvier 2011. Sous la rubrique intitulée historique des variations de fortune, il était indiqué que la demanderesse disposait sur son compte d'un montant de 142'581 fr. en 2006, de 185'618 fr. en 2007, de 63'562 fr. en 2008, de 56'698 fr. en 2009 et de 42'552 fr. en 2010.

Par courrier du 21 janvier 2011, le conseil de la demanderesse a mis la défenderesse en demeure de s'acquitter, d'ici au 31 janvier 2011, du montant de 157'448 fr., correspondant à la différence entre le montant versé sur le compte et le solde de celui-ci au 31 décembre 2010.

4. Par demande du 9 juin 2011, la demanderesse a conclu à ce qu'il soit dit que la défenderesse est sa débitrice et lui doit immédiat paiement de la somme de 157'448 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 31 décembre 2010.

Dans sa réponse du 10 octobre 2011, la défenderesse a conclu au rejet de la demande.

En cours d'instance, une expertise judiciaire a été confiée à Christine Marti.

Dans son rapport déposé le 19 mars 2012, l'experte a indiqué que la traduction de la formule "gilt nur, falls" était "ne vaut que s'il", en précisant qu'il était exact que l'auteur du texte avait soumis la première partie de son texte à la condition posée par la deuxième partie du texte. Elle a confirmé que la formule "mir etwas zustossen sollte" était un euphémisme couramment utilisé pour parler de la mort. Elle a indiqué que les dictionnaires admettaient que la signification la plus courante de "wenn mir etwas zustösst" était un euphémisme pour "wenn ich sterben sollte", soit "si je devais mourir", de sorte qu'il était exact que cette expression était généralement utilisée pour parler de la mort; toutefois, elle pouvait aussi se référer à un accident ou à un autre événement malheureux n'impliquant pas forcément la mort du sujet. L'euphémisme était le même dans beaucoup de langues, comme en français où les termes "s'il devait m'arriver quelque chose" était moins brutal mais voulait clairement dire "si je devais mourir". Elle a encore relevé que si l'on se référait au sens courant donné à l'expression "falls mir etwas zustossen sollte", c'était effectivement à sa mort que B.J._____ avait fait allusion.

L'audience de plaidoiries finales s'est tenue le 18 avril 2013 en présence des parties, assistées de leur conseil respectif. A cette occasion, Q._____, [...] et H._____ ont été entendus en qualité de témoin.

Les témoins Q._____ et [...], qui connaissaient bien feu B.J._____ ont confirmé que celui-ci souhaitait garantir à la demanderesse que ses pertes éventuelles seraient compensées et qu'au vu de sa fortune, cet engagement n'était pas excessif.

Q._____ a déclaré que feu B.J._____ lui avait remis l'engagement écrit pour qu'il le mette au coffre et lui avait dit qu'en cas de décès il devrait s'occuper de la demanderesse, soit compenser ses pertes éventuelles. Le témoin a exposé que, selon lui, les termes "falls mir zustossen sollte" visaient soit le décès, soit les conséquences par exemple d'un accident grave comme un handicap ou la perte de mémoire et que cette instruction lui avait été adressée pour l'hypothèse où feu B.J._____ ne pouvait plus gérer ses affaires lui-même, puisque, lorsqu'il était encore en mesure de le faire, il était clair qu'il avait pris l'engagement de compenser toutes pertes subies par la demanderesse. Le témoin a déclaré se rappeler que, deux jours avant son décès, alors qu'il était à Dubaï, feu B.J._____ lui avait téléphoné et qu'il avait pu constater qu'il était encore en mesure de gérer ses affaires à ce moment-là.

[...] a déclaré se rappeler qu'au moment d'entrer à l'hôpital, soit peu avant son décès, feu N._____ lui avait dit que la première chose qu'il ferait en ressortant serait de compenser la perte subie par la demanderesse.

H._____ a déclaré qu'elle ne savait pas si la demanderesse avait gardé le contrôle de la gestion de ses avoirs car la banque ne recevait des instructions que de la part de Q._____. Elle a relevé que la demanderesse avait souhaité procéder à des investissements sûrs et non spéculatifs. Elle a exposé que, lors de l'ouverture du compte de la demanderesse, feu B.J._____ était présent et lui avait présenté Q._____ qu'elle ne connaissait pas. Elle avait appris à cette occasion que le prénommé achetait des produits spéciaux. Elle a précisé que, normalement, la banque ne procédait qu'à des investissements sérieux, mais que, souhaitant confier la gestion du compte de la demanderesse à Q._____, feu B.J._____ avait proposé de combler les éventuelles pertes tout en pensant qu'il n'y en aurait pas.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, est introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

Formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable à la forme.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC).

b) Selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé, la motivation consistant à indiquer sur quels points et en quoi la décision attaquée violerait le droit et/ou sur quels points et en quoi les faits auraient été constatés de manière inexacte ou incomplète par le premier juge. La Cour de céans n'est pas tenue d'examiner, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent si elles ne sont pas remises en cause devant elle, ni de vérifier que tout l'état de fait retenu par le premier juge est exact et complet, si seuls certains points de fait sont contestés (Jeandin, op. cit., n. 3 ad art. 311 CPC).

et la jurisprudence constante de la Cour de céans, CACI 10 octobre 2013/537 c. 2.2; CACI 1^{er} février 2012/75 c. 2a).

c) Dans la mesure où l'instance d'appel assure la continuation du procès de première instance, elle doit user du même type de procédure et des mêmes maximes que celles applicables devant la juridiction précédente (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 316 CPC).

d) Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer les preuves, si elle estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve ou d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée (Jeandin, op. cit., n. 5 ad art. 316 CPC).

Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui.

En l'espèce, l'appelante a requis la production des relevés des avoirs de l'intimée auprès de la banque U. _____ au 24 mars 2009 et de chaque fin de mois pour la période du 31 janvier 2007 au 31 janvier 2011. S'agissant du relevé au 24 mars 2009, on relève que l'appelante avait requis sa production en première instance (réquisition de pièce 155). Ayant admis, lors de l'audience de premières plaidoiries du 12 janvier 2012, que cette pièce correspondait à la pièce 8 produite par l'intimée à l'appui de sa demande, la requête tendant à sa production en deuxième instance doit être rejetée. Pour ce qui est des autres pièces requises, soit les relevés de chaque fin de mois entre le 31 janvier 2007 et le 31 janvier 2011, elles sont antérieures au 18 avril 2013 et l'appelante ne démontre pas qu'elles ne pouvaient être produites, respectivement requises, en

première instance, de sorte qu'il y a également lieu d'en refuser la production.

3. a) L'appelante admet la qualification de l'acte juridique du 14 juin 2006 de porte-fort au sens de l'art. 111 CO et le principe d'une responsabilité. Elle conteste en revanche son étendue.

A titre principal, elle reproche aux premiers juges d'avoir omis de considérer que l'écrit signé par feu B.J._____ fondant les prétentions de l'intimée était conditionnel, la condition étant qu'il arrive quelque chose de grave à son auteur, ce qui avait pour conséquence que la créance de l'intimée était en réalité devenue exigible le jour de la réalisation de la condition, soit à la mi-2008, lorsque la santé du prénommé s'était à ce point détériorée qu'il n'était plus en mesure de gérer ses affaires, mais au plus tard à son décès le 24 mars 2009. Partant, la date de l'incapacité, subsidiairement celle du décès, était déterminante pour le calcul du dommage dont l'intimée réclamait réparation.

A titre subsidiaire, elle soutient que l'intimée a enfreint son devoir de réduire son dommage, en s'abstenant d'agir lorsque, après avoir été renflouée le 9 janvier 2007 par feu B.J._____ du montant de sa perte de 53'000 fr. et avoir été convaincue par celui-ci que la situation économique s'améliorerait, elle a recommencé à subir des pertes à fin 2007, qui se sont encore aggravées en 2008 pour atteindre celles au 24 mars 2009. Selon l'appelante, l'intimée aurait dû, dès réception du relevé de compte au 31 mars 2007, voire au 30 juin 2007, constater que les assurances données par feu B.J._____ n'étaient pas crédibles et clôturer son compte. Celle-ci n'ayant contacté la banque U._____ à cette fin que le 12 janvier 2010, date à laquelle la perte s'élevait à presque 75% du montant investi, puis ayant laissé le dommage s'accroître pendant encore une année, avant de mettre l'appelante en demeure de lui verser 157'448 fr., il y avait lieu de considérer qu'elle avait violé son devoir de minimiser son dommage. La réparation de ce dernier devait dès lors être limité à celui qui aurait existé si l'intimée avait respecté son incombance.

b/aa) Aux termes de l'art. 111 CO, celui qui promet à autrui le fait d'un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers.

Par la promesse de porte-fort, le débiteur (promettant, porte-fort), promet en son nom, pour son compte et à ses risques au créancier (bénéficiaire) le fait d'autrui (le tiers). Sauf convention contraire, le promettant ne s'oblige pas à réaliser le fait promis, soit à exécuter la prestation du tiers ou à obtenir de celui-ci tel comportement positif ou négatif qui éviterait un préjudice. Son obligation consiste à réparer le dommage que le bénéficiaire subit du fait que le tiers n'a pas eu un comportement conforme à la promesse. Le dommage à réparer consiste dans la différence entre la situation patrimoniale du bénéficiaire telle qu'elle est et celle telle qu'elle serait si le tiers avait eu le comportement promis (Tevini, Commentaire Romand CO I, 2^e éd., Bâle 2012, n. 12 ad art. 111 CO). Il équivaut à l'augmentation patrimoniale dont le créancier aurait bénéficié si le fait du tiers s'était réalisé et correspond à l'indemnisation de l'intérêt positif à l'exécution du contrat et non l'intérêt négatif (Engel, Traité des obligations en droit suisse, Berne 1997, 2^e éd., p. 435; Scyboz, Traité de droit privé suisse, tome VII/2, Le contrat de garantie et le cautionnement, Fribourg 1979, p. 20). La causalité et l'étendue du dommage se déterminent selon les règles usuelles en matière de responsabilité contractuelle (cf. art. 97 et 99 al. 3 CO; Tevini, op. cit., n. 13 ad art. 111 CO).

L'exigibilité de l'obligation du promettant est déterminée, en premier lieu, par la convention entre les parties ou les termes de la promesse. A défaut, la prestation est due dès le moment où le fait du tiers n'est pas réalisé conformément à la promesse, sans qu'une mise en demeure soit nécessaire et sans que le bénéficiaire doive d'abord rechercher le tiers, dans l'hypothèse où ce dernier est obligé envers lui (Tevini, op. cit., n. 14 ad art. 111 CO).

bb) La notion juridique du dommage est commune aux responsabilités contractuelle et délictuelle (art. 99 al. 3 CO; ATF 87 II 290 c. 4a): consistant dans la diminution involontaire de la fortune nette, le dommage correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable - ou la violation du contrat - ne s'était pas produit (TF 4A_481/2012 du 14 décembre 2012 c. 3).

Selon l'art. 42 CO, la preuve d'un dommage incombe à celui qui en demande réparation (al. 1). Lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement, en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (al. 2). L'estimation du dommage d'après l'art. 42 al. 2 CO repose sur le pouvoir d'apprécier les faits; elle relève donc de la constatation des faits (ATF 126 III 388 c. 8a). Est en revanche une question de droit de dire si la notion juridique du dommage a été méconnue et de déterminer si l'autorité cantonale s'est fondée sur des principes de calcul admissibles pour le fixer (ATF 132 III 359 c. 4; ATF 130 III 145 c. 6.2; ATF 129 III 18 c. 2.4).

Le montant du dommage calculé sur la base de l'art. 42 CO constitue l'indemnité maximale que le responsable peut être tenu de verser. En vertu des art. 43 et 44 CO (applicables par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO en matière de responsabilité contractuelle), le juge décide si cette indemnité doit être accordée dans sa totalité ou si elle doit être réduite (Werro, Commentaire romand CO I, 2^e éd., Bâle 2012, nn. 1-2 ad art. 43 CO).

Le lésé a le devoir de diminuer son dommage. Il s'agit d'une incombance (ATF 117 II 156 c. 3a, JT 1992 I 317), dont la portée est générale et qui ne dépend pas du type de responsabilité imputable à l'auteur (Werro, op. cit., n. 31 ad art. 44 CO). La question de savoir si la violation du devoir de minimiser le dommage relève de la fixation de l'indemnité (44 CO) ou de la détermination du dommage (art. 42 CO) est discutée (sur cette controverse, Werro, op. cit., n. 26-29 ad art. 44 CO).

Selon la jurisprudence, la réduction ou le refus des dommages-intérêts au sens de l'art. 44 al. 1 CO doit intervenir, entre autres cas, lorsque la partie lésée n'a pas pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour diminuer le dommage. Cette règle concrétise le principe du ménagement dans l'exercice d'un droit, en l'occurrence le droit du lésé d'exiger réparation, qui est consacré par l'art. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210); conformément à un principe général du droit de la responsabilité civile, le lésé doit supporter lui-même le dommage dans la mesure où son étendue lui est personnellement imputable (cf. ATF 130 III 182 c. 5.5.1). Il en résulte que la réparation due par l'autre partie ne s'étend qu'au dommage moins important qui subsisterait si le lésé avait satisfait à son devoir de diminuer le dommage effectif (TF 4C.83/2006 du 26 juin 2006 c. 4; TF 4A_546/2009 du 1^{er} février 2010 c. 6.2). En vertu de l'art. 8 CC, dans l'action tendant au paiement de dommages-intérêts, les circonstances propres à justifier la réduction de l'indemnité appartiennent aux faits destructeurs ou extinctifs dont la preuve incombe à la partie recherchée (TF 4A_546/2009 du 1^{er} février 2010 c. 6.2).

Le devoir de diminuer le dommage ne s'impose pas de manière illimitée au lésé. Celui-ci est tenu de prendre uniquement les mesures raisonnables commandées par les circonstances. On n'attend pas du lésé qu'il prenne des mesures exceptionnelles, qui mettent en danger sa santé ou sa réputation commerciale, qui portent atteinte aux intérêts de tiers ou dont le résultat apparaît douteux (Werro, *op. cit.*, n. 30 ad art. 44 CO).

Le moment déterminant pour le calcul du dommage est, en principe, celui du jugement de la dernière instance cantonale auprès de laquelle de nouveaux faits peuvent encore être apportés et pris en compte. Le juge prend ainsi en considération les faits qui surviennent entre l'ouverture de l'action et le moment où il statue (Werro, *op. cit.*, n. 14 ad art. 42 CO, ATF 99 II 214 c. 3a et b). Le principe de l'évaluation du dommage au jour du jugement connaît toutefois un certain nombre

d'exceptions. Ainsi, pour les choses dont la valeur varie, tels que des titres, la doctrine propose d'offrir au lésé le choix d'évaluer son dommage soit au jour de la survenance du fait générateur de responsabilité, soit au jour du jugement (Chappuis, *Le moment du dommage - Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, Zurich 2007, nn. 231-234; Werro, *op. cit.*, n. 15 ad art. 42 CO). Les principes développés par la jurisprudence pour fixer le moment de l'évaluation du dommage en matière délictuelle ne peuvent pas être transposés sans autre à la responsabilité contractuelle. En matière d'impossibilité d'exécution imputable au débiteur, la jurisprudence paraît reconnaître de manière générale au créancier le choix entre le moment où la prestation - exigible - est réclamée et celui du jugement (ATF 109 II 474 c. 3, JT 1984 I 485, confirmé in ATF 122 III 53 c. 4c, JT 1996 I 590 et in TF 4C.184/2005 du 4 mai 2006 c. 4.3.1; Thévenoz, *Commentaire romand CO I*, 2^e éd., Bâle 2012, n. 59 ad art. 97 CO). En matière de mauvaise exécution du contrat, le Tribunal fédéral semble hésiter entre le moment de l'exécution (TF 4C.424/2004 c. 5.2.2) et celui de la naissance du dommage (ATF 130 III 597 c. 3.1, JT 2006 I 131), tout en reconnaissant au créancier le même choix avec le moment du jugement (Thévenoz, *op. cit.*, n. 59 ad art. 97 CO). Chappuis estime que le moment déterminant pour l'évaluation du dommage se soustrait à toute règle générale et doit être déterminé en fonction de l'économie du contrat, la répartition des risques voulue par les parties ou le législateur et, le cas échéant, par les dispositions légales qui lui sont propres (Chappuis, *op. cit.*, n. 656 ss cité par Thévenoz, *op. cit.*, n. 59 ad art. 97 CO).

cc) L'art. 75 CO prévoit qu'à défaut de terme stipulé ou résultant de la nature de l'affaire, l'obligation peut être exécutée et l'exécution peut en être exigée immédiatement.

L'exécutabilité est le moment auquel ou à partir duquel le débiteur a le droit d'exécuter sa prestation avec effet libératoire. Si le créancier la refuse, il tombe en demeure (cf. art. 91 ss CO; Tercier/Pichonnaz, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Zurich 2012, n. 1056). L'exigibilité est le moment auquel ou à partir duquel le créancier a le droit

d'exiger la prestation du débiteur (Tercier/Pichonnaz, op. cit., n. 1057). Avant que la créance soit exigible, le créancier ne peut pas en exiger l'exécution du débiteur; après qu'elle est devenue exigible, il peut choisir librement le moment de l'échéance (Hohl, Commentaire Romand CO I, 2^e éd., Bâle 2012, n. 4 ad art. 75 CO). L'échéance est le moment auquel le débiteur doit faire sa prestation; l'échéance est le point de départ de la demeure (Tercier/Pichonnaz, op. cit., n. 1058).

L'obligation est à terme lorsque son exécution ne doit pas intervenir immédiatement, mais ultérieurement; le terme peut être, selon les cas, le jour auquel la prestation est exécutable, exigible ou échue (Tercier/Pichonnaz, op. cit., n. 1059). A la différence de la condition (art. 151 ss CO), le terme est un événement futur certain dont la survenance est (objectivement) certaine, même si l'on ne sait pas nécessairement quand celui-ci se réalisera (Pichonnaz, Commentaire Romand CO I, 2^e éd., Bâle 2012, n. 5 ad art. 151 CO). Le terme est normalement fixé à une date précise ou au dernier jour d'un certain délai. Il est déterminable lorsque sa survenance certaine dépend d'un événement, par exemple le décès (Hohl, op. cit., n. 6 ad art. 75 CO).

Les parties sont en principe libres de déterminer le moment de l'exigibilité; elles peuvent le faire expressément dans le contrat ou par une convention ultérieure. A défaut de règles conventionnelles, la détermination de l'exigibilité se fait en fonction de la "nature de l'affaire" (cf. art. 75 CO). Subsidiairement, le principe – fixé par l'art. 75 CO et applicable à toutes les obligations – est qu'une dette est immédiatement exigible; le créancier peut tout de suite en provoquer l'échéance par interpellation (cf. 102 ss CO; Tercier/Pichonnaz, op. cit., nn. 1066-1067).

c) Il ressort des faits de la cause que feu B.J. _____ avait pris l'engagement, aux fins de convaincre l'intimée de placer ses économies, de compenser toute perte éventuelle en lui versant la différence entre le montant qu'elle investirait et le montant qui resterait sur son compte. Par la suite, il s'était engagé, par déclaration écrite du 14 juin 2006, à compenser le montant du dépôt effectué par l'intimée, en précisant que

cette disposition ne valait que "s'il devait [lui] arriver quelque chose" et que Q._____ mettrait cela en œuvre si nécessaire. En janvier 2007, feu B.J._____ a compensé la perte subie par la demanderesse en lui versant un montant de 53'000 francs.

A l'instar des premiers juges, on retiendra que la volonté du de cujus était de compenser toutes les pertes subies par la demanderesse en le faisant personnellement tant qu'il était en vie et capable de le faire, ce qui a d'ailleurs été confirmé par le témoin Q._____ lors de son audition (cf. procès-verbal d'audition du 18 avril 2013), et en donnant procuration au prénommé de s'en charger en cas d'incapacité ou de décès. L'engagement du de cujus résultant de sa déclaration écrite était ainsi subordonné à la survenance de deux événements alternatifs, l'un - son incapacité de gérer ses affaires -, dont la réalisation était objectivement incertaine, devant être qualifié de condition, l'autre - son décès - dont la réalisation était objectivement certaine, même si l'on ne savait pas quand il se réaliserait, devant être qualifié de terme. L'instruction a révélé qu'au milieu de l'année 2008, la santé de feu B.J._____ s'était gravement détériorée et qu'il n'avait plus été en mesure de gérer ses affaires jusqu'à son décès intervenu le 24 mars 2009 (cf. déterminations de l'appelante ad all. 61 et 62 consignées au procès-verbal de l'audience de premières plaidoiries du 12 janvier 2012). Il y a dès lors lieu d'admettre, avec l'appelante, que la condition à laquelle était subordonné l'engagement pris par écrit par le de cujus s'est réalisée et que c'est à partir de ce moment, soit à la mi-2008, que sa prestation est devenue exigible.

Contrairement à l'opinion de l'appelante, la date de l'incapacité, si elle marque le moment de l'exigibilité, ne permet en revanche pas de fixer le moment du calcul du dommage subi par l'intimée. Il ressort en effet des considérants qui précèdent qu'en présence d'un contrat de porte-fort, l'obligation du promettant consiste à réparer le dommage causé au bénéficiaire du fait que le tiers n'a pas eu un comportement conforme à la promesse, le dommage se déterminant selon les règles usuelles en matière de responsabilité contractuelle (cf. supra c. 3b/bb). Or, dans ce domaine, le moment déterminant pour la fixation du

dommage est tantôt celui de l'exécution, tantôt celui de la naissance du dommage, le créancier ayant en sus le choix du moment du jugement (cf. supra c. 3b/bb). Il ressort de sa demande du 9 juin 2011 que l'intimée a calculé son dommage en tenant compte des circonstances existantes au jour où le contrat devait être exécuté par l'appelante, soit le 1^{er} février 2011, eu égard au délai qu'elle lui avait imparti par interpellation du 21 janvier précédent. L'intimée a chiffré le montant de son dommage à 157'448 fr., soit la différence de ses avoirs entre le montant placé (200'000 fr.) et le montant subsistant au 31 décembre 2010 (42'552 fr.). Les premiers juges ont également évalué le dommage de l'intimée en tenant compte du montant de ses pertes au 31 décembre 2010 et ainsi implicitement retenu que le moment déterminant pour le calcul du dommage était celui de l'exécution du contrat, ce qui peut être confirmé. Le document établi le 13 janvier 2011 par la banque U. _____ révèle cependant que les avoirs de l'intimée s'élevaient, ensuite d'une reprise de rendement entre le 1^{er} et le 12 janvier 2011, à 45'930 francs. S'agissant du dernier état de fortune de l'intimée au moment où l'appelante devait exécuter son obligation, c'est ce montant qu'il y avait lieu de prendre en considération pour calculer la valeur du dommage subi par l'intimée et le jugement entrepris devra être modifié sur ce point.

Reste à examiner si ce montant doit être réduit au motif que l'intimée aurait violé son devoir de réduire son dommage en s'abstenant de clôturer son compte. L'instruction a montré que, de son vivant, B.J. _____ n'a eu de cesse de garantir à l'intimée qu'elle ne subirait aucune perte relative à son placement. Il en était à ce point persuadé qu'il n'avait pas hésité moins d'une année après le placement initial de l'intimée à renflouer son compte d'un montant de 53'000 fr. aux fins de lui redonner confiance. Dans ce contexte, il ne saurait être reproché à l'intimée de ne pas avoir clôturé son compte jusqu'au moment où le de cujus est devenu incapable de gérer ses affaires. Pour ce qui est de la période ultérieure, il y a lieu de considérer que, même si l'intimée a perdu plus de 75% de son investissement initial, il ne peut lui être fait grief de ne pas avoir clôturé son compte plus tôt et d'avoir attendu que la situation s'améliore. En effet, il est constant que le type de placements effectués

par Q._____, lequel procédait à des achats spéciaux (cf. procès-verbal d'audition du 18 avril 2013 de H._____), peut reculer ou progresser rapidement sans qu'il ne soit possible d'en prévoir la direction. Faute de disposer d'éléments objectifs lui permettant d'anticiper le sort de ses placements, le fait pour l'intimée d'attendre un éventuel rebond était tout à fait légitime et pouvait constituer un moyen de limiter ses pertes.

Eu égard à ce qui précède, le moyen de l'appelante doit être partiellement admis et le montant de l'indemnité allouée à l'intimée fixé à 154'070 francs.

L'intérêt moratoire de 5% l'an est dû sur le montant précité à compter du 1^{er} février 2011, date depuis laquelle l'appelante, dûment interpellée par l'intimée de s'acquitter du montant de 157'448 fr. dans un délai au 31 janvier 2011, est en demeure (art. 102 al. 1 et 104 al. 1 CO).

4. a) En définitive, l'appel doit être partiellement admis et le jugement réformé dans le sens du considérant qui précède.

Le jugement sera en outre modifié en ce sens que les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 11'074 fr., sont mis à la charge de l'appelante à raison de neuf dixièmes, par 9'967 fr., et à la charge de l'intimée à raison d'un dixième, par 1'107 fr., de sorte que l'avance de frais versée par l'intimée doit lui être remboursée par l'appelante à concurrence de 8'687 fr. (9'794 fr. - 1'107 fr.). L'appelante doit verser à l'intimée la somme de 1'080 fr. (1'200 fr. x 9/10) à titre de remboursement partiel de l'avance de frais (1'200 fr.) versée par celle-ci dans le cadre de la procédure de conciliation et la somme de 9'600 fr. à titre de dépens de première instance.

b) L'appelante n'obtenant que très partiellement gain de cause sur le montant de l'indemnité allouée à l'intimée, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 761 fr. (art. 62 al. 1 et 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), seront mis à

la charge de l'appelante à raison de quatre cinquièmes, par 609 fr., et à la charge de l'intimée à raison d'un cinquième, par 152 francs. L'intimée versera ainsi à l'appelante la somme de 152 fr. à titre de restitution partielle de l'avance de frais de deuxième instance.

c) L'appelante versera à l'intimée la somme de 1'800 fr. (art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]) à titre de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

I. L'appel est partiellement admis, dans la mesure où il est recevable.

II. Il est statué à nouveau comme il suit :

I. La défenderesse A.J._____ doit payer à la demanderesse W._____ la somme de 154'070 fr. (cent cinquante-quatre mille septante francs) avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} février 2011.

II. Les frais judiciaires, arrêtés à 11'074 fr. (onze mille septante-quatre francs), sont mis à la charge de la demanderesse W._____ par 1'107 fr. (mille cent sept francs) et à la charge de la défenderesse A.J._____ par 9'967 fr. (neuf mille neuf cent soixante-sept francs).

III. Les avances versées par la demanderesse W._____ doivent lui être remboursées par la défenderesse A.J._____ à

concurrence de 8'687 fr. (huit mille six cent huitante-sept francs).

IV. La défenderesse A.J._____ doit payer à la demanderesse W._____ la somme de 1'080 fr. (mille huitante francs) à titre de remboursement partiel de l'avance de frais versée par celle-ci dans le cadre de la procédure de conciliation.

V. La défenderesse A.J._____ doit payer à la demanderesse W._____ la somme de 9'600 fr. (neuf mille six cents francs) à titre de dépens.

VI. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 761 fr. (sept cent soixante et un francs), sont mis à la charge de l'appelante A.J._____ par 609 fr. (six cent neuf francs) et de l'intimée W._____ par 152 fr. (cent cinquante-deux francs).

IV. L'intimée W._____ doit payer à l'appelante A.J._____ la somme de 152 fr. (cent cinquante-deux francs) à titre de remboursement partiel de l'avance de frais versée par celle-ci.

V. L'appelante A.J._____ doit payer à l'intimée W._____ la somme de 1'800 fr (mille huit cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

VI. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jean-Pierre Gross (pour A.J. _____),
- Me Xavier Pétremand (pour W. _____).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- la Chambre patrimoniale cantonale.

La greffière :