

CIV. 2

IK

COUR DE CASSATION

Audience publique du 19 mai 2016

Cassation partielle, rejet et irrecevabilité

Mme FLISE, président

Arrêt n° 783 F-D

Pourvoi n° Y 15-17.538

et

Pourvoi n° D 15-18.026JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

I - Statuant sur le pourvoi n° Y 15-17.538 formé par M. [R] [K], domicilié [Adresse 1],

contre un arrêt rendu le 10 février 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 2, chambre 5), dans le litige l'opposant à la société Aviva vie, société anonyme, dont le siège est [Adresse 2], anciennement dénommée Abeille vie,

défenderesse à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° D 15-18.026 formé par la société Aviva vie,

contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant à M. [R] [K],

défendeur à la cassation ;

La société Aviva vie a formé un pourvoi provoqué dans le pourvoi n° Y 15-17.538 ;

Le demandeur au pourvoi principal n° Y 15-17.538 invoque, à l'appui de son recours, trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° D 15-18.026 invoque, à l'appui de son recours, trois moyens de cassation également annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 7 avril 2016, où étaient présents : Mme Flise, président, Mme Touati, conseiller référendaire rapporteur, M. Savatier, conseiller doyen, Mme Parchemal, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Touati, conseiller référendaire, les observations de la SCP Matuchansky, Vexliard et Poupot, avocat de la société Aviva vie, de la SCP Rousseau et Tapie, avocat de M. [K], l'avis de M. Grignon Dumoulin, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le 11 avril 1997, M. [K] a souscrit auprès de la société Abeille vie, devenue Aviva vie, un contrat d'assurance sur la vie multisupports dénommé « Sélection international », lui permettant d'effectuer des versements libres sur des parts ou actions de supports financiers entre lesquels il pouvait arbitrer sur la base du cours de la dernière bourse de la semaine précédente en application d'une clause dite « d'arbitrage à cours connu » ; que, reprochant à la société Aviva vie d'avoir, en novembre 1997, modifié unilatéralement la liste des supports éligibles en supprimant les supports les plus spéculatifs pour les remplacer par des supports obligataires et monétaires et d'avoir ainsi dénaturé le contrat, M. [K] a assigné cette dernière en réparation de son préjudice et en rétablissement des supports ; que par un arrêt du 20 mai 2008, rendu sur renvoi après cassation et devenu irrévocable, la cour d'appel a, dans son dispositif, « dit que la société Aviva vie a de manière irrégulière supprimé les supports figurant sur la liste annexée au contrat du 11 avril 1997 », « condamné la société Aviva vie à restituer les supports tels qu'ils figuraient, ou par équivalents, sur la liste des supports annexée au contrat du 11 avril 1997 », « dit que le préjudice de M. [K] résultant de cette suppression correspond à une perte de chance de réaliser des plus-values supérieures à celles qu'il a effectivement obtenues » et ordonné, avant dire droit sur l'évaluation du préjudice, une mesure d'expertise ; qu'après dépôt de son rapport par l'expert, M. [K] a demandé à voir fixer la liste des supports devant être restitués à l'arbitrage et réclamé l'indemnisation de sa perte de chance pour la période du 31 octobre 1998 au 20 mai 2008 ;

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les deux premières branches du deuxième moyen et sur le troisième moyen annexés du pourvoi principal n° Y 15-17.538 qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur la recevabilité du pourvoi provoqué n° Y 15-17.538 de la société Aviva vie, contestée par la défense :

Vu le principe pourvoi sur pourvoi ne vaut ;

Attendu que la société Aviva vie, qui a formé le 12 mai 2015 un pourvoi principal contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 février 2015, était irrecevable à former le 9 novembre 2015, sur le pourvoi principal de M. [K], un pourvoi provoqué contre la même décision ;

D'où il suit que ce pourvoi n'est pas recevable ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal n° Y 15-17.538 de M. [K] :

Attendu que M. [K] fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable sa demande de nullité partielle des conclusions du rapport d'expertise, alors, selon le moyen :

1°/ que si la demande en nullité d'une expertise judiciaire doit, à peine d'irrecevabilité, être soulevée avant toute défense au fond, il n'en va pas de même pour la demande de nullité partielle présentée à titre subsidiaire, en réplique à une défense au fond de l'adversaire, qui ne peut par hypothèse pas être formée ab initio ; qu'en déclarant néanmoins irrecevable la demande en nullité partielle du rapport d'expertise présentée à titre subsidiaire par M. [K] en réplique aux conclusions de la société Aviva vie, faute d'avoir été présentée avant toute défense au fond, la cour d'appel a violé par fausse application les articles 175 et 112 du code de procédure civile ;

2°/ qu'il incombe au juge de rechercher si la demande en nullité partielle d'une expertise judiciaire, bien que formée par une partie après que celle-ci eut présenté des moyens de défense au fond, n'est pas recevable compte tenu de l'apparition, postérieure à la défense au fond, de la nécessité de l'invoquer, en réplique à la défense de son adversaire ; qu'après que M. [K] eut conclu en ouverture de rapport en sollicitant l'homologation de la simulation n° 1 du rapport d'expertise, la société Aviva vie a conclu au rejet de cette demande et à l'application de la clause dite des 5 % limitant drastiquement l'indemnisation de M. [K], contraignant ce dernier à solliciter, à titre subsidiaire, la nullité partielle de l'expertise judiciaire sur le taux d'efficacité de 15,79 % retenu par l'expert, en violation de l'article 278 du code de procédure civile et du principe de la contradiction, pour le cas où la cour d'appel n'homologuerait pas la simulation n° 1 et appliquerait la clause des 5 % ; qu'en ayant considéré que la nullité invoquée était couverte lorsque M. [K] l'avait soulevée pour déclarer irrecevable la demande en nullité partielle de l'expertise sans rechercher si cette demande, qui n'était présentée qu'à titre subsidiaire, n'avait pu être formée avant toute défense au fond dès lors que la nécessité de la soulever ne s'était imposée qu'en raison des écritures de son adversaire, postérieures à ses premières écritures en ouverture de rapport, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 175 et 112 du code de procédure civile ;

3°/ que lorsqu'une expertise a été ordonnée, chaque partie doit disposer de la faculté de discuter efficacement les conclusions du rapport d'expertise, dans la mesure où ce dernier est susceptible d'influer sur l'appréciation des faits par le juge ; que les articles 175 et 112 du code de procédure civile, en ce qu'ils imposent à peine d'irrecevabilité au demandeur de soulever in limine litis la nullité du rapport d'expertise tirée du manquement de l'expert au principe de la contradiction et l'exposent, à défaut, à ce qu'une décision de justice soit rendue sur la base d'un élément de preuve essentiel établi de façon non contradictoire, sont contraires aux exigences du droit à un procès équitable ; qu'en faisant cependant application de ces dispositions, pour déclarer irrecevable la demande de nullité partielle du rapport d'expertise tirée du manquement de l'expert au principe de la contradiction, la cour d'appel a violé l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme ;

Mais attendu que si la demande de nullité d'une expertise ne constitue pas une exception de procédure mais une défense au fond, elle demeure soumise en application de l'article 175 du code de procédure civile, aux dispositions qui régissent la nullité des actes de procédure, fût-elle présentée à titre subsidiaire ;

Et attendu qu'ayant constaté que M. [K] avait présenté des défenses au fond avant de soulever la nullité partielle des conclusions de l'expert et relevé que les causes de nullité invoquées existaient dès le dépôt du rapport d'expertise, la

cour d'appel a décidé à bon droit, sans encourir les griefs du moyen, que la nullité était couverte et que la demande de M. [K] était irrecevable ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du même pourvoi, pris en sa troisième branche :

Attendu que M. [K] fait grief à l'arrêt de limiter à la somme de 3 263 227 euros la condamnation de la société Aviva vie au titre du préjudice de perte de chance qu'il a subi pour la période du 31 octobre 1998 au 20 mai 2008, alors, selon le moyen, que l'expert est tenu de respecter le principe de la contradiction ; que, dans ses écritures d'appel, M. [K] exposait que les étapes de l'expertise telles qu'elles devaient se dérouler avaient été notifiées par la lettre de l'expert au chef du service du contrôle des expertises du 18 février 2011, mais qu'en dehors du cadre de la procédure prévue, l'expert avait fait réaliser un nouveau calcul par le cabinet Forex, en intégrant des hypothèses nouvelles et erronées, très défavorables et qu'après avoir reconnu une erreur immédiatement signalée, l'expert avait fait procéder à un nouveau calcul une fois de plus erroné, sans en soumettre cette fois les résultats à un débat contradictoire ; qu'il précisait que ces résultats de dernière minute, faux et grossièrement défavorables, avaient été présentés sans le bénéfice du contradictoire dans les simulations n° 2 à 4 du rapport, en remplacement des résultats qui avaient suivi le processus annoncé et qui avaient bénéficié d'un long débat contradictoire ; qu'il avait encore précisé que la rectification, par l'expert, de son erreur relative au taux d'efficacité, aurait dû s'effectuer par l'envoi d'un prérapport par l'expert portant sur ce point essentiel de la détermination du taux d'efficacité ; qu'il exposait que l'expert, après des mois de silence, avait recorrecté directement dans son rapport définitif en date du 4 avril 2013 le taux de 10,18 %, qu'il avait passé, de son propre chef et sans en informer préalablement les parties, à 15,79 %, commettant à nouveau des erreurs grossières et violant le principe du contradictoire ; qu'il soutenait que si cette violation du principe contradictoire n'était pas intervenue à l'occasion de l'émission du rapport final, son conseil aurait pu faire rectifier l'erreur, comme il l'avait fait pour le taux de 10,18 % (dans le rapport Forex finance) du 21 janvier 2013 ; qu'en se bornant à énoncer, pour évaluer le préjudice subi par M. [K] sur la base du taux d'efficacité retenu par l'expert, qu'il n'y a pas lieu d'écarter les conclusions de l'expert pour violation du contradictoire, sans rechercher si l'expert n'avait pas violé le principe de la contradiction en s'étant abstenu de soumettre au débat des parties les résultats de ses opérations, repris dans les simulations n° 2 à 4, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16 du code de procédure civile ;

Mais attendu que les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure ;

Et attendu qu'ayant retenu que la demande d'annulation partielle du rapport d'expertise était irrecevable, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche inopérante visée par le moyen, a par ces seuls motifs légalement justifié sa décision ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi n° D 15-18.026 de la société Aviva vie, pris en sa première branche :

Vu les articles 1351 du code civil et 480 du code de procédure civile ;

Attendu que pour inclure dans la liste des supports du contrat « Sélection international » devant être restituée à l'arbitrage de M. [K], le support « Aviva Investors profil offensif FR0007069554 » en lieu et place du support « Victoire », l'arrêt retient que le support « Victoire », initialement composé d'actions, a été transformé en un support exclusivement obligataire ne présentant plus aucune volatilité et que la modification totale d'un support est équivalente à sa suppression, peu important qu'il subsiste sous son code ISIN, sous une dénomination différente, dès lors que par sa composition, il ne présente plus aucune volatilité et ne répond pas à l'exigence de restitution par équivalence afin que la liste retrouve sa composition d'origine et que la clause d'arbitrage à cours connu retrouve sa pleine efficacité ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait du dispositif de l'arrêt du 20 mai 2008 que la condamnation à restituer les supports, tels qu'ils figuraient, ou par équivalents, sur la liste des supports annexés au contrat du 11 avril 1997, ne portait que sur ceux qui avaient été irrégulièrement supprimés, de sorte qu'elle ne s'appliquait pas aux supports toujours existants, ce qui, comme elle le constatait, était le cas du support « Victoire », quelles que soient les modifications apportées par le gestionnaire à sa composition, la cour d'appel a méconnu l'autorité de la chose jugée et violé les textes susvisés ;

Et sur le deuxième moyen du même pourvoi, pris en sa première branche :

Vu les articles 1351 du code civil et 480 du code de procédure civile ;

Attendu que pour inclure dans la liste des supports du contrat « Sélection international » devant être restituée à l'arbitrage de M. [K], les supports « Aviva investors valeurs Europe FR0007082920 », « Aviva valeurs françaises FR0000014268 » et « Aviva investors Japon FR0010247072 » respectivement en lieu et place des supports « Victoire valeurs », « Victoire France » et « Victoire Japon », l'arrêt retient que selon l'expert le support « Aviva valeurs françaises » reflète davantage l'importance de « Victoire France » ; que le fonds « Aviva action France » paraît s'étioler ; que l'assiette de ce fonds s'est considérablement amoindrie depuis 2008 ; qu'il en est de même des fonds « Aviva Japon » ou « Aviva Europe », que l'expert, répondant en cela à la mission qui lui était confiée, a retenu des fonds présentant la même volatilité que les fonds d'origine, ce qui correspond à la restitution par équivalence voulue par la cour d'appel dans sa décision du 20 mai 2008, afin que la liste retrouve sa composition d'origine et que la clause d'arbitrage à cours connu retrouve sa pleine efficacité ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il résultait du dispositif de l'arrêt du 20 mai 2008 que la condamnation à restituer les supports, tels qu'ils figuraient, ou par équivalents, sur la liste des supports annexés au contrat du 11 avril 1997, ne portait que sur ceux qui avaient été irrégulièrement supprimés, la cour d'appel, qui a ordonné le remplacement des supports originaires « Victoire valeurs », « Victoire France » et « Victoire Japon » sans constater qu'ils avaient disparu, ce que contestait l'assureur, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le troisième moyen du même pourvoi :

Vu l'article 624 du code de procédure civile ;

Attendu que la cassation des dispositions de l'arrêt ayant inclus dans la liste des supports du contrat « Sélection international » devant être restitués à l'arbitrage de M. [K] les supports « Aviva Investors profil offensif FR0007069554 », « Aviva investors valeurs Europe FR0007082920 », « Aviva valeurs françaises FR0000014268 » et « Aviva investors Japon FR0010247072 », entraîne par voie de conséquence la cassation de la disposition de l'arrêt ayant fixé le préjudice de perte de chance de M. [K] à la somme de 3 263 227 euros, calculée partiellement sur la base de ces supports ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi n° D 15-18.026 :

DECLARE IRRECEVABLE le pourvoi provoqué n° Y 15-17.538 de la société Aviva vie ;

REJETTE le pourvoi principal n° Y 15-17.538 de M. [K] ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a inclus dans la liste des supports du contrat « Sélection international » devant être restitués à l'arbitrage de M. [K] les supports « Aviva Investors profil offensif FR0007069554 », « Aviva investors valeurs Europe FR0007082920 », « Aviva valeurs françaises FR0000014268 » et « Aviva investors Japon FR0010247072 » et condamné la société Aviva vie à payer à M. [K], au titre du préjudice de perte de chance pour la période du 31 octobre 1998 au 20 mai 2008 la somme de 3 263 227 euros, l'arrêt rendu le 10 février 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne M. [K] aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf mai deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits, au pourvoi principal n° Y 15-17.538, par la SCP Rousseau et Tapie, avocat aux Conseils pour M. [K]

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré irrecevable la demande de nullité partielle des conclusions du rapport d'expertise formulée par M. [R] [K] ;

Aux motifs que « M. [K] sollicite l'indemnisation de son préjudice sur la base de la simulation numéro 1 "liste élargie" du rapport d'expertise de Monsieur [S], soutenant que dans son arrêt du 20 mai 2008, la cour n'avait pas donné pour mission à l'expert d'appliquer la clause des 5% à ses travaux, et bien qu'il ait rappelé sa position à l'expert aux termes de multiples dires, celui-ci s'est, en violation des dispositions de l'article 238 du code de procédure civile et de l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 20 mai 2008, livré à une appréciation juridique et a dépassé sa mission sans autorisation du juge, alors qu'il a, par contre, refusé de tenir compte de la clause d'avances dont la prise en compte aurait abouti à des montants nettement plus favorables, ajoutant que la juridiction saisie de l'homologation du rapport doit dissocier les éléments inappropriés du rapport au regard de la mission qui a été confiée à l'expert; qu'il ajoute que l'expert, en violation de l'article 237 du code de procédure civile a adopté un comportement partial en imposant la clause des 5% non comprise dans sa mission sans tenir compte d'un taux d'efficacité dans l'application de cette clause, opposable à la société Aviva Vie, alors que celle-ci n'a que très rarement utilisé cette clause dans la période de référence et que l'expert judiciaire a délibérément violé le contradictoire pour établir les simulations n°2, n°3 et n°4 de son rapport en ce qu'après avoir fait vérifier le calcul par une société sous-traitante et avoir reconnu avoir intégré des hypothèses erronées pour faire effectuer ce calcul, il a fait procéder à un nouveau calcul, lequel était erroné, sans en soumettre les résultats à un débat contradictoire ; qu'il en conclut que son préjudice doit être évalué à la somme de 4 816 874 000 euros qui correspond à sa perte de chance ; qu'à titre subsidiaire, il sollicite la nullité des conclusions du rapport de M. [S] relative à l'évaluation du taux d'efficacité de 15,79% pour violation des articles 16, 176 et 278 du code de procédure civile, reprochant à l'expert d'avoir délégué au cabinet Forex finance, non pas un simple contrôle informatique, mais l'accomplissement d'une partie de sa mission puisque celui-ci a ainsi procédé à une interprétation de son comportement arbitral, et la violation du principe du contradictoire pour ne pas avoir soumis aux parties le nouveau calcul effectué après qu'il ait reconnu l'erreur qui lui était signalée par les deux parties, demandant à la cour de retenir le taux d'efficacité de 49,61 % pour reconstituer sa perte de chance en exposant que la simulation de la perte de chance avec ce taux intègre deux fois la clause des 5% et en concluant que son préjudice s'élève alors à la somme de 47 812 545 euros ; que M. [K] ajoute que la période à prendre en compte pour l'évaluation de son préjudice est celle allant du 31 octobre 1998 au 20 mai 2008, date de la décision ayant désigné l'expert et qu'il a engagé une deuxième procédure devant le tribunal de grande instance de Nanterre pour son préjudice postérieur qui a fait l'objet d'un sursis à statuer le 11 mai 2012, l'assureur ne pouvant imposer une décision définitive sur l'ensemble de son préjudice alors que les contrats sont à exécution successive et expose que la présente procédure ayant pour objet de déterminer l'indemnisation des plus-values auxquelles il peut prétendre dans le cadre du fonctionnement normal de son contrat, il n'y a pas de raison de le priver du bénéfice fiscal résultant du maintien de ses arbitrages reconstitués au sein de son contrat d'assurance vie ; que la société Aviva, exposant qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la liste élargie, soutient que l'assuré n'est pas fondé à solliciter la réparation de son préjudice en tenant compte de la simulation n°1 reposant sur les hypothèses ainsi décrites par l'expert "aucune limitation des arbitrages, taux d'efficacité de 100%, pas de contrainte relative à la clause des 5% "qui est contraire à l'arrêt de la cour du 20 mai 2008 ayant jugé que le préjudice de l'assuré s'analysait uniquement comme

une perte de chance et qu'il y avait lieu de tenir compte des habitudes arbitragistes antérieures de l'intéressé, qu'il ne peut être, de même, tenu compte des simulations 2 et 3 ; qu'elle ajoute, s'agissant de la simulation n°4 que l'expert a, à juste titre, pris en considération la clause des 5%, sans qu'il y ait violation de l'autorité de la chose jugée alors que pas plus dans son dispositif que dans ses motifs, la cour n'a écarté cette clause, sans qu'il ait excédé sa mission ni émis un avis juridique ou fait preuve de partialité alors qu'il a été démontré que la clause des 5% avait été activée à cinq reprises entre février et octobre 1998 et que la clause d'avance est destinée à répondre à un besoin de liquidité, précisant que sous couvert de violation du principe du contradictoire, M. [K] reproche en réalité à l'expert d'avoir vérifié les données prises en compte pour le calcul du taux d'efficacité ; que la société Aviva vie soulève l'irrecevabilité de la demande de nullité des conclusions de l'expert relatives à l'évaluation du taux d'efficacité de 15,79% comme ayant été présentée postérieurement à toute défense au fond ; qu'elle critique la simulation n°4 qui ne prend pas suffisamment en compte l'application croissante de la clause des 5%, qui tient compte de supports, Victoire Japon et Victoire Asie, qui n'ont pas lieu d'être et qui enfin repose sur des frais d'arbitrages erronés alors que les frais d'arbitrage prévus au contrat s'élèvent à 1% et que la dérogation ponctuelle ayant permis à M. [K] de bénéficier d'un taux de 0,75% n'a jamais donné lieu à la signature d'un avenant ; qu'elle ajoute, invoquant les décisions de la cour rendues dans des affaires distinctes que cette modélisation n'a pas suffisamment pris en compte la pratique d'arbitrage antérieure de l'assuré, plus efficace puisque portant sur des supports de la liste élargie, ni les circonstances personnelles ou indépendantes de sa volonté qui auraient pu le conduire à interrompre ou cesser ses arbitrages ou à demander le retrait des sommes investies ; que la société Aviva Vie soutient enfin que la cour est saisie d'une demande d'indemnisation à raison de la suppression de supports intervenue en 1998 et qu'elle doit se prononcer sur l'intégralité de ce préjudice jusqu'au prononcé de l'arrêt ou à défaut le 31 août 2014 et qu'il n'y a pas lieu de créditer les dommages et intérêts alloués dans les unités de compte ; qu'il y a lieu d'évaluer le préjudice subi par M. [K] du fait de la perte de chance de n'avoir pu arbitrer du 31 octobre 1998 jusqu'à l'arrêt du 20 mai 2008, désignant l'expert, période à laquelle l'intéressé entend limiter sa demande d'indemnisation dans le cadre de la présente instance et qui lie la cour ; que l'expert a étudié quatre simulations, chacune d'elle étant réalisée d'une part en tenant compte de la liste initiale et d'autre part en tenant compte de la liste élargie ; qu'alors que la cour a retenu qu'en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 20 mai 2008, seule la liste figurant sur la Fiche des mouvements sur contrat valable en 1997 devait être prise en compte pour apprécier l'obligation de restitution des supports mise à la charge de l'assureur, l'évaluation du préjudice de M. [K] ne peut être faite que sur la base de cette même liste, désignée sous l'intitulé liste 1 par l'expert, alors au surplus que dans le dispositif de son arrêt du 20 mai 2008, la cour a également visé "la liste des supports du contrat du 11 avril 1997" dans sa décision relative au préjudice de M. [K] ; que les dispositions du contrat Sélection international prévoient à l'article "Comment modifier votre Epargne" une clause dite des 5% ainsi libellée "Si au cours d'un mois les demandes d'arbitrage portant sur les parts ou actions d'un support excédaient 5% de son capital, la date d'arbitrage de ce support pourrait être différée pour une durée maximum de six mois afin de préserver les intérêts de nos assurés" ; que contrairement à ce que prétend M. [K], la cour n'a pas, dans son arrêt du 20 mai 2008, écarté l'application de cette clause puisqu'elle n'a pas été saisie d'une quelconque contestation concernant cette clause ce dont il résulte qu'aucune autorité de la chose jugée ne peut être tirée de cette décision quant à la non application de cette clause, dont il doit être tenu compte, pour déterminer le préjudice, en raison de son caractère contractuel ; qu'en prenant en compte la clause des 5%, pour proposer une évaluation du préjudice de M. [K], après avoir recherché dans l'arrêt qui le nommait si l'application de cette clause n'avait pas été exclue, ce qui n'était qu'une vérification du contour de sa mission, l'expert n'a ni violé l'autorité de la chose jugée, ni excédé la mission qui lui avait été confiée et qui consistait à fournir tous éléments permettant de déterminer le préjudice de M. [K], dont la clause des 5% figurant au contrat faisait nécessairement partie, tandis qu'il n'avait pas à examiner la clause d'avances qui, destinée à satisfaire des besoins temporaires de liquidités, ne pouvait faire partie de la pratique d'arbitrage de l'assuré qu'il devait analyser ; qu'il ne peut de même être reproché à l'expert d'avoir fait preuve de partialité alors que la clause des 5% qui avait été utilisée pendant la période de référence avait d'autant plus vocation à être appliquée que la période de calcul du préjudice était sensiblement plus longue que la période de référence et qu'il a en toute hypothèse également étudié la simulation n°1 qui ne faisait pas application de la clause des 5% ; qu'au travers de ces critiques, M. [K] reproche en réalité à l'expert de ne pas l'avoir suivi dans son analyse visant à exclure l'application de la clause des 5% alors que la détermination de son préjudice doit nécessairement prendre en compte l'ensemble du mécanisme d'arbitrage prévu par le contrat qui comporte la clause dite des 5% ; que l'expert a exposé que la simulation n°1 proposée par M. [K] était fondée sur les hypothèses suivantes : aucune limitation des arbitrages, un taux d'efficacité à 100% et pas de contrainte relative à la clause des 5% ; que, suivant en cela l'avis de l'expert, il apparaît que l'évaluation du préjudice qui résulte de cette simulation ne peut être retenue alors que M. [K] ne peut prétendre qu'il aurait systématiquement et sans faille procédé à des arbitrages chaque fois qu'une plus-value

hebdomadaire significative se présentait ce que sa pratique antérieure n'avait pas démontré, et qu'il n'est pas tenu compte dans cette simulation de la clause des 5% et de la communauté des autres souscripteurs ; que durant les opérations d'expertise, M. [S] a exposé que la meilleure manière d'appréhender la perte de chance subie par M. [K] était de rechercher un taux d'efficacité sur la période de référence en le calculant de la manière suivante : $TE = \text{plus-value réalisée par M. [K]} / \text{plus-value optimale}$, ajoutant que l'évaluation de la perte de chance du 31 octobre 1998 au 20 mai 1998 pouvait être déterminée en multipliant la plus-value optimale annuelle réalisable par le taux d'efficacité précédemment obtenu ; qu'il a, après vérification des calculs opérés par M. [K], puis rectification de sa propre erreur sur les données, retenu un taux d'efficacité de 15,79% qu'il a appliqué aux simulations 2, 3 et 4, au lieu du taux de 49,61% résultant des calculs de l'assuré ; qu'indépendamment de cette erreur de calcul, qui lui avait été signalée par le conseil de M. [K], qui a conduit à une correction, l'expert passant d'un taux de 10,18 % au taux de 15,79%, il apparaît en réalité que les résultats de l'expert proviennent essentiellement d'une différence de méthode avec le calcul effectué par l'assuré, ce qui a été très clairement exposé aux parties, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'écarter les conclusions de l'expert pour violation du contradictoire ; qu'en effet suivant en cela l'avis de l'expert, il apparaît que la détermination du taux d'efficacité ne pouvait être réalisée, comme l'avait calculé M. [K], à savoir en établissant sa simulation optimale uniquement à partir du versement initial, puis en comparant cette gestion optimale avec une gestion réelle recalculée à partir de la même hypothèse, et qu'il était nécessaire de prendre en compte l'ensemble des versements effectués à leurs dates réelles et de comparer la plus-value ainsi réalisée avec la gestion réelle, ce qui a conduit l'expert, selon le calcul précis et détaillé figurant dans le rapport d'expertise auquel sont annexés les fichiers visés par celui-ci, à proposer un taux d'efficacité de 15,79% qu'il convient de retenir alors qu'il résulte d'une méthode basée sur une gestion réelle ; qu'aux termes de ses dernières écritures, M. [K] demande à la cour d'annuler les conclusions du rapport d'expertise concernant le taux d'efficacité pour violation par l'expert des dispositions de l'article 278 du code de procédure civile pour s'être adjoint un technicien pour lui déléguer une partie de sa mission et pour violation du contradictoire ; que M. [K], qui présente cette demande, à titre subsidiaire, ne soulève cette nullité que dans ses conclusions en ouverture de rapport d'expertise n°2, aucune demande à ce titre n'ayant été présentée à ce titre dans ses premières écritures signifiées le 24 septembre 2013, après le dépôt du rapport d'expertise intervenu le 12 avril 2013 ; que si la demande de nullité d'une expertise ne constitue pas une exception de procédure mais une défense au fond, elle est soumise, en application des dispositions de l'article 175 du code de procédure civile, aux dispositions qui régissent la nullité des actes de procédure ; que les causes de nullité invoquées existaient dès le dépôt du rapport de l'expert, que M. [K] a présenté des défenses au fond avant de soulever la nullité des conclusions de l'expert afférentes au taux d'efficacité, qu'il s'ensuit que la nullité était couverte lorsqu'il l'a soulevée et que dès lors, il doit être déclaré irrecevable en sa demande de nullité ; que les simulations 2 et 3 prennent certes en compte un taux d'efficacité, qui est progressif dans la simulation 2 et fixe dans le cadre de la simulation 3, que toutefois, suivant en cela l'avis de l'expert, il n'y a pas lieu de retenir les simulations 2 et 3 qui sont fondées sur le fait que l'assuré peut arbitrer, sans autre limite que le niveau atteint par son portefeuille et ne tiennent pas compte du comportement des autres souscripteurs alors que pour déterminer le préjudice de M. [K], il est nécessaire de tenir compte de l'impact qu'aurait eu le comportement arbitragiste de l'ensemble des souscripteurs du contrat à cours connu ; qu'en conséquence la simulation numéro 4, qui prend en compte les habitudes d'arbitrage de M. [K] antérieurement à la suppression des supports, la communauté des autres assurés et la clause des 5%, doit être retenue ; que c'est à juste titre que M. [S] a retenu un taux de frais d'arbitrage de 0,75 % inférieur à celui stipulé dans le contrat qui était de 1 % mais correspondant à ce qui a été consenti à M. [K] par l'assureur jusqu'à ce qu'il précise qu'il revenait au taux contractuel par lettre du 15 septembre 2009, alors qu'il est ainsi démontré que sur la période sur laquelle a porté le calcul du préjudice, à savoir jusqu'au 20 mai 2008, les frais d'arbitrage n'ont été que de 0,75% ; que la société Aviva vie n'est pas fondée à reprocher à l'expert d'avoir retenu les supports Victoire Japon et Victoire Asie dans le cadre de sa simulation n°4 alors que la cour ordonnant la restitution de ceux-ci, pour les motifs précédemment exposés, il apparaît que ces supports auraient dû être éligibles à l'arbitrage de M. [K] et qu'il est justifié en conséquence qu'ils aient été retenus par l'expert dans le cadre de ses calculs ; qu'invoquant le rapport de M. [P] qu'elle produit aux débats, la société Aviva vie reproche à l'expert de ne pas avoir suffisamment pris en compte l'effet modérateur croissant de la clause des 5%, exposant que la volatilité accrue des supports à partir de la fin de l'année 1997 et au cours des années suivantes aurait conduit les arbitragistes, tels que M. [K], à arbitrer de plus en plus souvent sur les supports à plus forte volatilité conduisant à un déclenchement de plus en plus fréquent de la clause des 5%, ce qui aurait eu pour conséquence des durées de différés de plus en plus longues, une diminution de la performance réalisée par ces arbitrages et une indisponibilité des supports inscrits en compte, en vue des arbitrages suivants pour une période de plus en plus longue, et aurait réduit d'autant les perspectives de gain, ajoutant que la période de référence, avril 1997/octobre 1998 n'est pas pleinement représentative pour une modélisation de la clause et la prise en compte de

l'effet modérateur de celle-ci ; qu'en page 48 de son rapport, l'expert, qui déterminait la méthodologie à adopter, exposait que l'évaluation des plus-values optimales, initiale et pendant la période de reconstitution, devait être faite en limitant les arbitrages totaux de chaque fonds à 5% de celui-ci, le surplus dépassant les 5% étant réparti sur trois semaines, sans jamais dépasser 5%, qu'en page 49 de celui-ci il précisait "l'application de la clause de 5% doit se faire sur deux niveaux : au niveau global : les arbitrages totaux sur un fonds ne peuvent dépasser 5% dudit fonds, au niveau individuel : le taux d'efficacité tient compte de l'application de celle clause qui a été faite durant la période de référence" ; que répondant à une question posée par la société Aviva vie dans son dire du 7 décembre 2012, l'expert répliquait en substance que la méthode qu'il proposait prenait bien en compte les autres assurés dans l'application de la clause des 5%, qu'ainsi que l'expose l'assureur, il répondait par contre par la négative à la question concernant l'évolution éventuelle de cette clause dans le temps ; qu'alors que l'argumentation de l'assureur quant à un effet modérateur croissant de la clause des 5%, fondée sur le travail de M. [P], qui n'a pas la valeur d'une expertise judiciaire qui a duré plusieurs années, ne repose que sur de simples hypothèses aucunement avérées ; que l'expert a pris en compte de manière rigoureuse l'application de la clause des 5%, en l'intégrant tant à la base de sa méthode que par le biais du taux de rendement, qu'il s'en suit que l'expert a suffisamment pris en compte l'ensemble des aléas susceptibles d'affecter la pratique de l'assuré ; que le chiffre proposé par l'expert aux termes de sa simulation n° 4, liste 1, à savoir la somme de 3 263 227 euros constitue la perte réelle de chance de M. [K] de n'avoir pas pu arbitrer pendant la période du 31 octobre 1998 et le 20 mai 2008, sans qu'il soit besoin d'opérer des minorations supplémentaires, la référence à cet égard à des affaires que la cour a eu à juger antérieurement étant inopérante, les méthodes d'évaluation proposées étant totalement différentes ; que la somme allouée, revêtant le caractère de dommages et intérêts, n'a pas lieu d'être créditée dans les unités de compte du contrat Sélection international, ainsi que le demande M. [K] mais doit lui être versée et porte intérêt au taux légal à compter de la présente décision qui en fixe le montant » ;

Alors 1°) que si la demande en nullité d'une expertise judiciaire doit, à peine d'irrecevabilité, être soulevée avant toute défense au fond, il n'en va pas de même pour la demande de nullité partielle présentée à titre subsidiaire, en réplique à une défense au fond de l'adversaire, qui ne peut par hypothèse pas être formée ab initio ; qu'en déclarant néanmoins irrecevable la demande en nullité partielle du rapport d'expertise présentée à titre subsidiaire par M. [K] en réplique aux conclusions de la société Aviva Vie, faute d'avoir été présentée avant toute défense au fond, la cour d'appel a violé par fausse application les articles 175 et 112 du code de procédure civile ;

Alors 2°) qu'il incombe au juge de rechercher si la demande en nullité partielle d'une expertise judiciaire, bien que formée par une partie après que celle-ci eut présenté des moyens de défense au fond, n'est pas recevable compte tenu de l'apparition, postérieure à la défense au fond, de la nécessité de l'invoquer, en réplique à la défense de son adversaire ; qu'après que M. [K] eut conclu en ouverture de rapport en sollicitant l'homologation de la simulation n°1 du rapport d'expertise, la société Aviva Vie a conclu au rejet de cette demande et à l'application de la clause dite des 5 % limitant drastiquement l'indemnisation de M. [K], contraignant ce dernier à solliciter, à titre subsidiaire, la nullité partielle de l'expertise judiciaire sur le taux d'efficacité de 15,79 % retenu par l'expert, en violation de l'article 278 du code de procédure civile et du principe de la contradiction, pour le cas où la cour d'appel n'homologuerait pas la simulation n°1 et appliquerait la clause des 5 % ; qu'en ayant considéré que la nullité invoquée était couverte lorsque M. [K] l'avait soulevée pour déclarer irrecevable la demande en nullité partielle de l'expertise sans rechercher si cette demande, qui n'était présentée qu'à titre subsidiaire, n'avait pu être formée avant toute défense au fond dès lors que la nécessité de la soulever ne s'était imposée qu'en raison des écritures de son adversaire, postérieures à ses premières écritures en ouverture de rapport, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 175 et 112 du code de procédure civile ;

Alors 3°) et subsidiairement que lorsqu'une expertise a été ordonnée, chaque partie doit disposer de la faculté de discuter efficacement les conclusions du rapport d'expertise, dans la mesure où ce dernier est susceptible d'influer sur l'appréciation des faits par le juge ; que les articles 175 et 112 du code de procédure civile, en ce qu'ils imposent à peine d'irrecevabilité au demandeur de soulever in limine litis la nullité du rapport d'expertise tirée du manquement de l'expert au principe de la contradiction et l'exposent, à défaut, à ce qu'une décision de justice soit rendue sur la base d'un élément de preuve essentiel établi de façon non contradictoire, sont contraires aux exigences du droit à un procès équitable ; qu'en faisant cependant application de ces dispositions, pour déclarer irrecevable la demande de nullité partielle du rapport d'expertise tirée du manquement de l'expert au principe de la contradiction, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir limité à la somme de 3 263 227 euros la condamnation de la société Aviva Vie envers M. [R] [K], au titre du préjudice de perte de chance qu'il a subi pour la période du 31 octobre 1998 au 20 mai 2008 ;

Aux motifs que « M. [K] sollicite l'indemnisation de son préjudice sur la base de la simulation numéro 1 "liste élargie" du rapport d'expertise de Monsieur [S], soutenant que dans son arrêt du 20 mai 2008, la cour n'avait pas donné pour mission à l'expert d'appliquer la clause des 5% à ses travaux, et bien qu'il ait rappelé sa position à l'expert aux termes de multiples dires, celui-ci s'est, en violation des dispositions de l'article 238 du code de procédure civile et de l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 20 mai 2008, livré à une appréciation juridique et a dépassé sa mission sans autorisation du juge, alors qu'il a, par contre, refusé de tenir compte de la clause d'avances dont la prise en compte aurait abouti à des montants nettement plus favorables, ajoutant que la juridiction saisie de l'homologation du rapport doit dissocier les éléments inappropriés du rapport au regard de la mission qui a été confiée à l'expert; qu'il ajoute que l'expert, en violation de l'article 237 du code de procédure civile a adopté un comportement partial en imposant la clause des 5% non comprise dans sa mission sans tenir compte d'un taux d'efficacité dans l'application de cette clause, opposable à la société Aviva Vie, alors que celle-ci n'a que très rarement utilisé cette clause dans la période de référence et que l'expert judiciaire a délibérément violé le contradictoire pour établir les simulations n°2, n°3 et n°4 de son rapport en ce qu'après avoir fait vérifier le calcul par une société sous-traitante et avoir reconnu avoir intégré des hypothèses erronées pour faire effectuer ce calcul, il a fait procéder à un nouveau calcul, lequel était erroné, sans en soumettre les résultats à un débat contradictoire ; qu'il en conclut que son préjudice doit être évalué à la somme de 4 816 874 000 euros qui correspond à sa perte de chance ; qu'à titre subsidiaire, il sollicite la nullité des conclusions du rapport de M. [S] relative à l'évaluation du taux d'efficacité de 15,79% pour violation des articles 16, 176 et 278 du code de procédure civile, reprochant à l'expert d'avoir délégué au cabinet Forex finance, non pas un simple contrôle informatique, mais l'accomplissement d'une partie de sa mission puisque celui-ci a ainsi procédé à une interprétation de son comportement arbitral, et la violation du principe du contradictoire pour ne pas avoir soumis aux parties le nouveau calcul effectué après qu'il ait reconnu l'erreur qui lui était signalée par les deux parties, demandant à la cour de retenir le taux d'efficacité de 49,61 % pour reconstituer sa perte de chance en exposant que la simulation de la perte de chance avec ce taux intègre deux fois la clause des 5% et en concluant que son préjudice s'élève alors à la somme de 47 812 545 euros ; que M. [K] ajoute que la période à prendre en compte pour l'évaluation de son préjudice est celle allant du 31 octobre 1998 au 20 mai 2008, date de la décision ayant désigné l'expert et qu'il a engagé une deuxième procédure devant le tribunal de grande instance de Nanterre pour son préjudice postérieur qui a fait l'objet d'un sursis à statuer le 11 mai 2012, l'assureur ne pouvant imposer une décision définitive sur l'ensemble de son préjudice alors que les contrats sont à exécution successive et expose que la présente procédure ayant pour objet de déterminer l'indemnisation des plus-values auxquelles il peut prétendre dans le cadre du fonctionnement normal de son contrat, il n'y a pas de raison de le priver du bénéfice fiscal résultant du maintien de ses arbitrages reconstitués au sein de son contrat d'assurance vie ; que la société Aviva, exposant qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la liste élargie, soutient que l'assuré n'est pas fondé à solliciter la réparation de son préjudice en tenant compte de la simulation n°1 reposant sur les hypothèses ainsi décrites par l'expert "aucune limitation des arbitrages, taux d'efficacité de 100%, pas de contrainte relative à la clause des 5% "qui est contraire à l'arrêt de la cour du 20 mai 2008 ayant jugé que le préjudice de l'assuré s'analysait uniquement comme une perte de chance et qu'il y avait lieu de tenir compte des habitudes arbitragistes antérieures de l'intéressé, qu'il ne peut être, de même, tenu compte des simulations 2 et 3 ; qu'elle ajoute, s'agissant de la simulation n°4 que l'expert a, à juste titre, pris en considération la clause des 5%, sans qu'il y ait violation de l'autorité de la chose jugée alors que pas plus dans son dispositif que dans ses motifs, la cour n'a écarté cette clause, sans qu'il ait excédé sa mission ni émis un avis juridique ou fait preuve de partialité alors qu'il a été démontré que la clause des 5% avait été activée à cinq reprises entre février et octobre 1998 et que la clause d'avance est destinée à répondre à un besoin de liquidité, précisant que sous couvert de violation du principe du contradictoire, M. [K] reproche en réalité à l'expert d'avoir vérifié les données prises en compte pour le calcul du taux d'efficacité ; que la société Aviva vie soulève l'irrecevabilité de la demande de nullité des conclusions de l'expert relatives à l'évaluation du taux d'efficacité de 15,79% comme ayant été présentée postérieurement à toute défense au fond ; qu'elle critique la simulation n° 4 qui ne prend pas suffisamment en compte l'application croissante de la clause des 5%, qui tient compte de supports, Victoire Japon et Victoire Asie, qui n'ont pas lieu d'être et qui enfin repose sur des frais d'arbitrages erronés alors que les frais d'arbitrage prévus au contrat s'élèvent à 1% et que la dérogation ponctuelle ayant permis à M. [K] de bénéficier d'un taux de 0,75% n'a jamais donné lieu à la

signature d'un avenant ; qu'elle ajoute, invoquant les décisions de la cour rendues dans des affaires distinctes que cette modélisation n'a pas suffisamment pris en compte la pratique d'arbitrage antérieure de l'assuré, plus efficace puisque portant sur des supports de la liste élargie, ni les circonstances personnelles ou indépendantes de sa volonté qui auraient pu le conduire à interrompre ou cesser ses arbitrages ou à demander le retrait des sommes investies ; que la société Aviva Vie soutient enfin que la cour est saisie d'une demande d'indemnisation à raison de la suppression de supports intervenue en 1998 et qu'elle doit se prononcer sur l'intégralité de ce préjudice jusqu'au prononcé de l'arrêt ou à défaut le 31 août 2014 et qu'il n'y a pas lieu de créditer les dommages et intérêts alloués dans les unités de compte ; qu'il y a lieu d'évaluer le préjudice subi par M. [K] du fait de la perte de chance de n'avoir pu arbitrer du 31 octobre 1998 jusqu'à l'arrêt du 20 mai 2008, désignant l'expert, période à laquelle l'intéressé entend limiter sa demande d'indemnisation dans le cadre de la présente instance et qui lie la cour ; que l'expert a étudié quatre simulations, chacune d'elle étant réalisée d'une part en tenant compte de la liste initiale et d'autre part en tenant compte de la liste élargie ; qu'alors que la cour a retenu qu'en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 20 mai 2008, seule la liste figurant sur la Fiche des mouvements sur contrat valable en 1997 devait être prise en compte pour apprécier l'obligation de restitution des supports mise à la charge de l'assureur, l'évaluation du préjudice de M. [K] ne peut être faite que sur la base de cette même liste, désignée sous l'intitulé liste 1 par l'expert, alors au surplus que dans le dispositif de son arrêt du 20 mai 2008, la cour a également visé "la liste des supports du contrat du 11 avril 1997" dans sa décision relative au préjudice de M. [K] ; que les dispositions du contrat Sélection international prévoient à l'article "Comment modifier votre Epargne" une clause dite des 5% ainsi libellée "Si au cours d'un mois les demandes d'arbitrage portant sur les parts ou actions d'un support excédaient 5% de son capital, la date d'arbitrage de ce support pourrait être différée pour une durée maximum de six mois afin de préserver les intérêts de nos assurés" ; que contrairement à ce que prétend M. [K], la cour n'a pas, dans son arrêt du 20 mai 2008, écarté l'application de cette clause puisqu'elle n'a pas été saisie d'une quelconque contestation concernant cette clause ce dont il résulte qu'aucune autorité de la chose jugée ne peut être tirée de cette décision quant à la non application de cette clause, dont il doit être tenu compte, pour déterminer le préjudice, en raison de son caractère contractuel ; qu'en prenant en compte la clause des 5%, pour proposer une évaluation du préjudice de M. [K], après avoir recherché dans l'arrêt qui le nommait si l'application de cette clause n'avait pas été exclue, ce qui n'était qu'une vérification du contour de sa mission, l'expert n'a ni violé l'autorité de la chose jugée, ni excédé la mission qui lui avait été confiée et qui consistait à fournir tous éléments permettant de déterminer le préjudice de M. [K], dont la clause des 5% figurant au contrat faisait nécessairement partie, tandis qu'il n'avait pas à examiner la clause d'avances qui, destinée à satisfaire des besoins temporaires de liquidités, ne pouvait faire partie de la pratique d'arbitrage de l'assuré qu'il devait analyser ; qu'il ne peut de même être reproché à l'expert d'avoir fait preuve de partialité alors que la clause des 5% qui avait été utilisée pendant la période de référence avait d'autant plus vocation à être appliquée que la période de calcul du préjudice était sensiblement plus longue que la période de référence et qu'il a en toute hypothèse également étudié la simulation n°1 qui ne faisait pas application de la clause des 5% ; qu'au travers de ces critiques, M. [K] reproche en réalité à l'expert de ne pas l'avoir suivi dans son analyse visant à exclure l'application de la clause des 5% alors que la détermination de son préjudice doit nécessairement prendre en compte l'ensemble du mécanisme d'arbitrage prévu par le contrat qui comporte la clause dite des 5% ; que l'expert a exposé que la simulation n°1 proposée par M. [K] était fondée sur les hypothèses suivantes : aucune limitation des arbitrages, un taux d'efficacité à 100% et pas de contrainte relative à la clause des 5% ; que, suivant en cela l'avis de l'expert, il apparaît que l'évaluation du préjudice qui résulte de cette simulation ne peut être retenue alors que M. [K] ne peut prétendre qu'il aurait systématiquement et sans faille procédé à des arbitrages chaque fois qu'une plus-value hebdomadaire significative se présentait ce que sa pratique antérieure n'avait pas démontré, et qu'il n'est pas tenu compte dans cette simulation de la clause des 5% et de la communauté des autres souscripteurs ; que durant les opérations d'expertise, M. [S] a exposé que la meilleure manière d'appréhender la perte de chance subie par M. [K] était de rechercher un taux d'efficacité sur la période de référence en le calculant de la manière suivante : $TE = \text{plus-value réalisée par M. [K]} / \text{plus-value optimale}$, ajoutant que l'évaluation de la perte de chance du 31 octobre 1998 au 20 mai 1998 pouvait être déterminée en multipliant la plus-value optimale annuelle réalisable par le taux d'efficacité précédemment obtenu ; qu'il a, après vérification des calculs opérés par M. [K], puis rectification de sa propre erreur sur les données, retenu un taux d'efficacité de 15,79% qu'il a appliqué aux simulations 2,3 et 4, au lieu du taux de 49,61 % résultant des calculs de l'assuré ; qu'indépendamment de cette erreur de calcul, qui lui avait été signalée par le conseil de M. [K], qui a conduit à une correction, l'expert passant d'un taux de 10,18 % au taux de 15,79%, il apparaît en réalité que les résultats de l'expert proviennent essentiellement d'une différence de méthode avec le calcul effectué par l'assuré, ce qui a été très clairement exposé aux parties, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'écarter les conclusions de l'expert pour violation du contradictoire ; qu'en effet suivant en cela l'avis de l'expert, il apparaît que la détermination du taux

d'efficacité ne pouvait être réalisée, comme l'avait calculé M. [K], à savoir en établissant sa simulation optimale uniquement à partir du versement initial, puis en comparant cette gestion optimale avec une gestion réelle recalculée à partir de la même hypothèse, et qu'il était nécessaire de prendre en compte l'ensemble des versements effectués à leurs dates réelles et de comparer la plus-value ainsi réalisée avec la gestion réelle, ce qui a conduit l'expert, selon le calcul précis et détaillé figurant dans le rapport d'expertise auquel sont annexés les fichiers visés par celui-ci, à proposer un taux d'efficacité de 15,79% qu'il convient de retenir alors qu'il résulte d'une méthode basée sur une gestion réelle ; qu'aux termes de ses dernières écritures, M. [K] demande à la cour d'annuler les conclusions du rapport d'expertise concernant le taux d'efficacité pour violation par l'expert des dispositions de l'article 278 du code de procédure civile pour s'être adjoint un technicien pour lui déléguer une partie de sa mission et pour violation du contradictoire ; que M. [K], qui présente cette demande, à titre subsidiaire, ne soulève cette nullité que dans ses conclusions en ouverture de rapport d'expertise n° 2, aucune demande à ce titre n'ayant été présentée à ce titre dans ses premières écritures signifiées le 24 septembre 2013, après le dépôt du rapport d'expertise intervenu le 12 avril 2013 ; que si la demande de nullité d'une expertise ne constitue pas une exception de procédure mais une défense au fond, elle est soumise, en application des dispositions de l'article 175 du code de procédure civile, aux dispositions qui régissent la nullité des actes de procédure ; que les causes de nullité invoquées existaient dès le dépôt du rapport de l'expert, que M. [K] a présenté des défenses au fond avant de soulever la nullité des conclusions de l'expert afférentes au taux d'efficacité, qu'il s'ensuit que la nullité était couverte lorsqu'il l'a soulevée et que dès lors, il doit être déclaré irrecevable en sa demande de nullité ; que les simulations 2 et 3 prennent certes en compte un taux d'efficacité, qui est progressif dans la simulation 2 et fixe dans le cadre de la simulation 3, que toutefois, suivant en cela l'avis de l'expert, il n'y a pas lieu de retenir les simulations 2 et 3 qui sont fondées sur le fait que l'assuré peut arbitrer, sans autre limite que le niveau atteint par son portefeuille et ne tiennent pas compte du comportement des autres souscripteurs alors que pour déterminer le préjudice de M. [K], il est nécessaire de tenir compte de l'impact qu'aurait eu le comportement arbitragiste de l'ensemble des souscripteurs du contrat à cours connu ; qu'en conséquence la simulation numéro 4, qui prend en compte les habitudes d'arbitrage de M. [K] antérieurement à la suppression des supports, la communauté des autres assurés et la clause des 5%, doit être retenue ; que c'est à juste titre que M. [S] a retenu un taux de frais d'arbitrage de 0,75 % inférieur à celui stipulé dans le contrat qui était de 1 % mais correspondant à ce qui a été consenti à M. [K] par l'assureur jusqu'à ce qu'il précise qu'il revenait au taux contractuel par lettre du 15 septembre 2009, alors qu'il est ainsi démontré que sur la période sur laquelle a porté le calcul du préjudice, à savoir jusqu'au 20 mai 2008, les frais d'arbitrage n'ont été que de 0,75% ; que la société Aviva vie n'est pas fondée à reprocher à l'expert d'avoir retenu les supports Victoire Japon et Victoire Asie dans le cadre de sa simulation n° 4 alors que la cour ordonnant la restitution de ceux-ci, pour les motifs précédemment exposés, il apparaît que ces supports auraient dû être éligibles à l'arbitrage de M. [K] et qu'il est justifié en conséquence qu'ils aient été retenus par l'expert dans le cadre de ses calculs ; qu'invoquant le rapport de M. [P] qu'elle produit aux débats, la société Aviva vie reproche à l'expert de ne pas avoir suffisamment pris en compte l'effet modérateur croissant de la clause des 5%, exposant que la volatilité accrue des supports à partir de la fin de l'année 1997 et au cours des années suivantes aurait conduit les arbitragistes, tels que M. [K], à arbitrer de plus en plus souvent sur les supports à plus forte volatilité conduisant à un déclenchement de plus en plus fréquent de la clause des 5%, ce qui aurait eu pour conséquence des durées de différés de plus en plus longues, une diminution de la performance réalisée par ces arbitrages et une indisponibilité des supports inscrits en compte, en vue des arbitrages suivants pour une période de plus en plus longue, et aurait réduit d'autant les perspectives de gain, ajoutant que la période de référence, avril 1997/octobre 1998 n'est pas pleinement représentative pour une modélisation de la clause et la prise en compte de l'effet modérateur de celle-ci ; qu'en page 48 de son rapport, l'expert, qui déterminait la méthodologie à adopter, exposait que l'évaluation des plus-values optimales, initiale et pendant la période de reconstitution, devait être faite en limitant les arbitrages totaux de chaque fonds à 5% de celui-ci, le surplus dépassant les 5% étant réparti sur trois semaines, sans jamais dépasser 5%, qu'en page 49 de celui-ci il précisait "l'application de la clause de 5% doit se faire sur deux niveaux : au niveau global : les arbitrages totaux sur un fonds ne peuvent dépasser 5% dudit fonds, au niveau individuel : le taux d'efficacité tient compte de l'application de cette clause qui a été faite durant la période de référence" ; que répondant à une question posée par la société Aviva vie dans son dire du 7 décembre 2012, l'expert répliquait en substance que la méthode qu'il proposait prenait bien en compte les autres assurés dans l'application de la clause des 5%, qu'ainsi que l'expose l'assureur, il répondait par contre par la négative à la question concernant l'évolution éventuelle de cette clause dans le temps ; qu'alors que l'argumentation de l'assureur quant à un effet modérateur croissant de la clause des 5%, fondée sur le travail de M. [P], qui n'a pas la valeur d'une expertise judiciaire qui a duré plusieurs années, ne repose que sur de simples hypothèses aucunement avérées ; que l'expert a pris en compte de manière rigoureuse l'application de la clause des 5%, en l'intégrant tant à la base de sa méthode que par le biais du taux

de rendement, qu'il s'en suit que l'expert a suffisamment pris en compte l'ensemble des aléas susceptibles d'affecter la pratique de l'assuré ; que le chiffre proposé par l'expert aux termes de sa simulation n° 4, liste 1, à savoir la somme de 3 263 227 euros constitue la perte réelle de chance de M. [K] de n'avoir pas pu arbitrer pendant la période du 31 octobre 1998 et le 20 mai 2008, sans qu'il soit besoin d'opérer des minorations supplémentaires, la référence à cet égard à des affaires que la cour a eu à juger antérieurement étant inopérante, les méthodes d'évaluation proposées étant totalement différentes ; que la somme allouée, revêtant le caractère de dommages et intérêts, n'a pas lieu d'être créditée dans les unités de compte du contrat Sélection international, ainsi que le demande M. [K] mais doit lui être versée et porte intérêt au taux légal à compter de la présente décision qui en fixe le montant » ;

Alors 1°) que dans son arrêt du 20 mai 2008, la cour d'appel de Paris avait énoncé que le préjudice de M. [K] résultant de la modification de la liste des supports du contrat du 11 avril 1997 correspondait à une perte de chance de réaliser des plus-values supérieures à celles qu'il avait effectivement obtenues et, avant dire droit sur son préjudice, avait ordonné une expertise confiée à M. [S], avec pour mission, au vu de la liste des supports du contrat du 11 avril 1997 et de la disparition de ces supports ayant pu intervenir depuis la date du contrat, d'indiquer les supports devant être réintégrés par remplacement sur cette liste, afin que celle-ci retrouve sa composition d'origine et que la clause d'arbitrage à cours connu reprenne sa pleine efficacité et de fournir tous éléments permettant de déterminer le préjudice subi par M. [K] du fait de la perte de chance de n'avoir pu arbitrer à compter du 31 octobre 1998 au jour de l'arrêt, en tenant compte de ses habitudes d'arbitrage antérieures à la suppression des supports ; qu'il ne ressort pas de ce dispositif que la cour d'appel aurait donné pour mission à l'expert de faire application de la clause dite des 5% ; qu'en décidant du contraire, la cour d'appel, qui a dénaturé son précédent arrêt, a violé l'article 1134 du code civil ;

Alors 2°) qu'après avoir constaté que le contrat Sélection International prévoyait que « si au cours d'un mois, les demandes d'arbitrage portant sur les parts ou actions d'un support excédaient 5% de son capital, la date d'arbitrage de ce support pourrait être différée pour une durée maximum de six mois afin de préserver les intérêts des assurés », la cour d'appel, qui n'a pas répondu aux conclusions de M. [K] qui soutenaient (concl., p. 59) que cette clause n'étant expressément stipulée qu'en faveur des assurés, ne pouvait lui être opposée à son détriment, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors 3°) que l'expert est tenu de respecter le principe de la contradiction ; que, dans ses écritures d'appel (concl., p. 45 s.), M. [K] exposait que les étapes de l'expertise telles qu'elles devaient se dérouler avaient été notifiées par la lettre de l'expert au chef du service du contrôle des expertises du 18 février 2011, mais qu'en dehors du cadre de la procédure prévue, l'expert avait fait réaliser un nouveau calcul par le cabinet Forex, en intégrant des hypothèses nouvelles et erronées, très défavorables (concl., p. 46) et qu'après avoir reconnu une erreur immédiatement signalée, l'expert avait fait procéder à un nouveau calcul une fois de plus erroné, sans en soumettre cette fois les résultats à un débat contradictoire ; qu'il précisait que ces résultats de dernière minute, faux et grossièrement défavorables, avaient été présentés sans le bénéfice du contradictoire dans les simulations n° 2 à 4 du rapport, en remplacement des résultats qui avaient suivi le processus annoncé et qui avaient bénéficié d'un long débat contradictoire ; qu'il avait encore précisé (concl., p. 56) que la rectification, par l'expert, de son erreur relative au taux d'efficacité, aurait dû s'effectuer par l'envoi d'un pré-rapport par l'expert portant sur ce point essentiel de la détermination du taux d'efficacité ; qu'il exposait que l'expert, après des mois de silence, avait recorrecté directement dans son rapport définitif en date du 4 avril 2013 le taux de 10,18%, qu'il avait passé, de son propre chef et sans en informer préalablement les parties, à 15,79%, commettant à nouveau des erreurs grossières et violant le principe du contradictoire ; qu'il soutenait que si cette violation du principe contradictoire n'était pas intervenue à l'occasion de l'émission du rapport final, son conseil aurait pu faire rectifier l'erreur, comme il l'avait fait pour le taux de 10,18% (dans le rapport Forex finance) du 21 janvier 2013 ; qu'en se bornant à énoncer, pour évaluer le préjudice subi par M. [K] sur la base du taux d'efficacité retenu par l'expert, qu'il n'y a pas lieu d'écarter les conclusions de l'expert pour violation du contradictoire, sans rechercher si l'expert n'avait pas violé le principe de la contradiction en s'étant abstenu de soumettre au débat des parties les résultats de ses opérations, repris dans les simulations n° 2 à 4, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir limité à la somme de 3 263 227 euros la condamnation de la société Aviva Vie

envers M. [R] [K], au titre du préjudice de perte de chance qu'il a subi pour la période du 31 octobre 1998 au 20 mai 2008 ;

Aux motifs que « la somme allouée, revêtant le caractère de dommages et intérêts, n'a pas lieu d'être créditée dans les unités de compte du contrat Sélection international, ainsi que le demande M. [K] mais doit lui être versée et porte intérêt au taux légal à compter de la présente décision qui en fixe le montant » ;

Alors que le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ; que les dommages et intérêts auxquels est condamné un assureur pour avoir fautivement supprimé les supports d'un contrat d'assurance-vie, au titre de la perte de chance venant compenser l'impossibilité dans laquelle a été placé l'assuré de procéder à des arbitrages sur ces supports, procèdent d'une exécution par équivalent de ce contrat, en cours d'exécution à la date à laquelle le juge statue, et doivent donc être réintégrés dans le contrat d'assurance-vie, au moyen d'une inscription en compte ; qu'en s'y refusant, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, ensemble le principe de la réparation intégrale du préjudice. Moyens produits, au pourvoi principal n° D 15-18.026, par la SCP Matuchansky, Vexliard et Poupot, avocat aux Conseils pour la société Aviva vie

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué D'AVOIR inclus dans la liste des supports du contrat « Sélection International » devant être restituée à l'arbitrage de Monsieur [K], le support « Aviva Investors Profil Offensif FR0007069554 » en lieu et place du support « Victoire »,

AUX MOTIFS QUE suivant en cela l'avis de l'expert, il convient de faire droit à la demande de Monsieur [K] tendant au remplacement du fonds Victoire, initialement majoritairement composé d'actions, transformé en un support exclusivement obligataire ne présentant plus aucune volatilité par le support Aviva Investors Profil Offensif, présentant une volatilité identique au support d'origine, et de ne pas retenir la proposition de l'assureur concernant le fonds Aviva Diversifié, alors que la modification totale d'un support est équivalente à sa suppression, peu important qu'il subsiste sous son code ISIN, sous une dénomination différente, dès lors que par sa composition, il ne présente plus aucune volatilité et ne répond pas en conséquence à l'exigence de restitution par équivalence afin que la liste retrouve sa composition d'origine et que la clause d'arbitrage à cour[s] connu retrouve sa pleine efficacité (arrêt, p. 11, al. 2),

ALORS, D'UNE PART, QUE dans le dispositif de son arrêt du 20 mai 2008, revêtu de l'autorité de la chose jugée, la cour d'appel de Paris a « [d]it que la société Aviva Vie a de manière irrégulière supprimé les supports figurant sur la liste des supports annexée au contrat du 11 avril 1997 » et, par voie de conséquence, « [c]ondamn[é] la société Aviva Vie à restituer les supports tels qu'ils figuraient, ou par équivalents, sur la liste des supports annexée au contrat du 11 avril 1997 », ce dont il résultait qu'il n'y avait lieu à restitution et, le cas échéant, à remplacement que des seuls supports supprimés de la liste originaire du 11 avril 1997, à l'exclusion de ceux demeurés éligibles et toujours existants, quelle que soit l'éventuelle modification affectant leur composition ; qu'en ordonnant le remplacement du fonds « Victoire » par un autre support (« Aviva Investors Profil Offensif ») au motif erroné pris de la modification de ce support ne présentant plus de volatilité, sans toutefois qu'il résulte de ses constatations que ledit support ait été supprimé de la liste originaire des supports, la cour d'appel a violé les articles 480 du code de procédure civile et 1351 du code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, et en toute hypothèse, QU'à supposer même que la modification complète d'un support soit assimilable à sa suppression, une obligation de restituer les supports par équivalent ne pouvait être mise à la charge de la société Aviva Vie que si celle-ci avait été à l'origine de la modification de la composition du fonds ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans constater que ladite modification du fonds « Victoire » était imputable à Aviva Vie, , la cour d'appel, qui n'a pas constaté l'existence d'un fait générateur de responsabilité présentant un lien de cause à effet avec le préjudice invoqué, a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1147 du code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR inclus dans la liste des supports du contrat « Selection International » devant

être restituée à l'arbitrage de Monsieur [K], les supports « Aviva Investors Valeurs Europe FR0007082920 », « Aviva Valeurs Françaises FR0000014268 » et « Aviva Investors Japon FR0010247072 » respectivement en lieu et place des supports « Victoire Valeurs », « Victoire France » et « Victoire Japon »,

AUX MOTIFS QUE de même, il y a lieu de retenir la proposition de l'expert de remplacer les supports Victoire Valeurs, Victoire France et Victoire Japon, qui avaient été rendus inéligibles au contrat, par les fonds Aviva Investors Valeur[s] Europe, Aviva Valeurs Françaises et Aviva Investors Japon alors que l'expert a retenu que le support Aviva Valeurs Française reflétait [d]avantage l'importance initiale de Victoire France que le fonds Aviva Action France « qui paraît pour le moins s'étioler » ce qu'établit le tableau reproduit en page 27 du rapport d'expertise qui a été soumis à la discussion des parties et dont les chiffres n'ont pas été contestés, qui démontre que l'assiette du fonds Aviva Action France s'est considérablement amoindrie à partir de l'année 2008 et qu'il en est de même des fonds Aviva Japon ou Aviva Europe tandis que parallèlement, l'encours des fonds Aviva Investors Valeur[s] Europe, Aviva Valeurs Françaises et Aviva Investors Japon augmentait, que l'expert, répondant en cela à la mission qui lui était confiée, et constatant que la société Aviva proposait des fonds dont les encours étaient en chute alors que Monsieur [K] proposait des fonds en progression « ce qui est a priori plus cohérent avec l'activité boursière de ces années », a retenu des fonds présentant la même volatilité que les fonds d'origine, peu important que ces fonds présentent, selon la pièce 52 de l'assureur, un encours supérieur à celui des fonds d'origine avant la souscription puisque cela ne fait que traduire le dynamisme que présentent ces fonds, lequel correspond à la restitution par équivalence voulue par la cour dans sa décision du 20 mai 2008, afin que la liste retrouve sa composition d'origine et que la clause d'arbitrage à cour[s] connu retrouve sa pleine efficacité (arrêt, p. 11, al. 3),

ALORS, D'UNE PART, QUE dans le dispositif de son arrêt du 20 mai 2008, revêtu de l'autorité de la chose jugée, la cour d'appel de Paris a condamné la société Aviva Vie « à restituer les supports tels qu'ils figuraient, ou par équivalents, sur la liste des supports annexée au contrat du 11 avril 1997 », ce dont il résultait qu'il y avait lieu à remplacement des seuls supports supprimés de la liste originale du 11 avril 1997, à l'exclusion toutefois de ceux toujours existants ; qu'en ordonnant le remplacement des supports « Victoire Valeurs », « Victoire France » et « Victoire Japon » par d'autres supports, au motif inopérant que les supports de remplacement présenteraient la même volatilité que les fonds d'origine, sans toutefois qu'il résulte de ses constatations que les supports originaires aient disparu, la cour d'appel a violé les articles 480 du code de procédure civile et 1351 du code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, en tout état de cause, QUE dans ses conclusions d'appel (§ 53, pp. 23-24), la société Aviva Vie faisait valoir que la fluctuation de l'encours des supports « Victoire Valeurs », « Victoire France » et « Victoire Japon » était indépendante de son action, mais dépendait de circonstances extérieures qui échappaient au contrôle d'Aviva Vie et évoluait en fonction des ordres des souscripteurs, qu'Aviva Vie ne maîtrisait pas, lesquels dépendaient eux-mêmes à leur tour notamment de l'évolution du marché boursier et de ses performances dont Aviva Vie n'avait pas davantage le contrôle ; que par ailleurs Aviva Vie n'assurait pas la gestion de ces fonds ; qu'ainsi il résultait de ces constatations que si les trois supports contestés avaient été maintenus sur la liste, la situation de Monsieur [K] aurait précisément été celle qui résultait de la restitution de ces supports ; qu'en s'abstenant de procéder sur ce point aux recherches opérantes qui lui étaient demandées, et dont il résultait qu'il n'y avait pas lieu à substitution de nouveaux supports pour replacer Monsieur [K] dans la situation qui aurait dû être la sienne si les supports n'avaient pas été rendus inéligibles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 480 du code de procédure civile et 1351 du code civil ;

ALORS ENFIN, en toute hypothèse, QU'en ordonnant le remplacement des supports « Victoire Valeurs », « Victoire France » et « Victoire Japon » par d'autres supports, aux motifs inopérants que lesdits supports se seraient « étiolés » depuis 2008 et que les supports de remplacement présenteraient la même volatilité que celle des fonds d'origine lors de la souscription du contrat, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé de lien de causalité entre cette perte d'assiette des supports originaires et la faute reprochée à l'assureur, consistant en une suppression illicite desdits fonds de la liste originale de supports annexée au contrat du 11 avril 1997, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR condamné la société Aviva Vie à payer à Monsieur [K], au titre du préjudice de perte de chance qu'il aurait subi pour la période du 31 octobre 1998 au 20 mai 2008 la somme de 3.263.227 euros,

AUX MOTIFS QUE la simulation n° 4 qui prend en compte les habitudes d'arbitrage de Monsieur [K] antérieurement à la suppression des supports, la communauté des autres assurés et la clause des 5 % doit être retenue ; que c'est à juste titre que Monsieur [S] a retenu un taux de frais d'arbitrage de 0,75 % inférieur à celui stipulé dans le contrat qui était de 1 % mais correspondant à ce qui a été consenti à Monsieur [K] par l'assureur jusqu'à ce qu'il précise qu'il revenait au taux contractuel par lettre du 15 septembre 2009 alors qu'il est ainsi démontré que sur la période sur laquelle a porté le calcul du préjudice, à savoir jusqu'au 20 mai 2008, les frais d'arbitrage n'ont été que de 0,75 % ; que la société Aviva Vie n'est pas fondée à reprocher à l'expert d'avoir retenu les supports Victoire Japon et Victoire Asie dans le cadre de sa simulation numéro 4 alors que la cour ordonnant la restitution de ceux-ci pour les motifs précédemment exposés, il apparaît que ces supports auraient dû être éligibles à l'arbitrage de Monsieur [K] et qu'il est justifié en conséquence qu'il aient été retenus par l'expert dans le cadre de ses calculs ; qu'invoquant le rapport de Monsieur [P] qu'elle produit aux débats, la société Aviva Vie reproche à l'expert de ne pas avoir suffisamment pris en compte l'effet modérateur de la clause des 5 %, exposant que la volatilité accrue des supports à partir de la fin de l'année 1997 et au cours des années suivantes aurait conduit les arbitrages, tels que Monsieur [K], à arbitrer de plus en plus souvent que les supports à plus forte volatilité conduisant à un déclenchement de plus en plus fréquent de la clause des 5 %, ce qui aurait eu pour conséquence des durées de différés de plus en plus longues, une diminution de la performance réalisée par ces arbitrages et une indisponibilité des supports inscrits en compte, en vue des arbitrages suivants pour une période de plus en plus longue, et aurait réduit d'autant les perspectives de gain, ajoutant que la période de référence, avril 1997/octobre 1998 n'est pas pleinement représentative pour une modélisation de la clause et la prise en compte de l'effet modérateur de celle-ci ; qu'en page 48 de son rapport, l'expert, qui déterminait la méthodologie à adopter, exposait que l'évaluation des plus-values optimales, initiale et pendant la période de reconstitution, devait être faite en limitant les arbitrages totaux de chaque fonds à 5 % de celui-ci, le surplus dépassant les 5 % étant réparti sur trois semaines, sans jamais dépasser 5 %, qu'en page 49 de celui-ci il précisait "l'application de la clause des 5 % doit se faire sur deux niveaux : au niveau global : les arbitrages totaux sur un fonds ne peuvent dépasser 5 % dudit fonds, au niveau individuel : le taux d'efficacité tient compte de l'application de cette clause qui a été faite durant la période de référence ; que répondant à une question posée par la société Aviva Vie dans son dire du 7 décembre 2012, l'expert répliquait en substance que la méthode qu'il proposait prenait bien en compte les autres assurés dans l'application de la clause des 5 % qu'ainsi que l'expose l'assureur, il répondait par contre par la négative à la question concernant l'évolution éventuelle de cette clause dans le temps ; mais qu'alors que l'argumentation de l'assureur quant à un effet modérateur croissant de la clause des 5 % fondée sur le travail de Monsieur [P], qui n'a pas la valeur d'une expertise judiciaire qui a duré plusieurs années, ne repose que sur de simples hypothèses aucunement avérées ; que l'expert a pris en compte de manière rigoureuse l'application de la clause des 5 %, en l'intégrant tant à la base de sa méthode que par le biais du taux de rendement, qu'il s'ensuit que l'expert a suffisamment pris en compte l'ensemble des aléas susceptibles d'affecter la pratique de l'assuré ; que le chiffre proposé par l'expert aux termes de sa simulation n° 4, liste 1, à savoir la somme de 3.263.227 euros constitue la perte réelle de chance de Monsieur [K] de n'avoir pu arbitrer pendant la période du 31 octobre 1998 et le 20 mai 2008, sans qu'il soit besoin d'opérer des minorations supplémentaires, la référence à cet égard à des affaires que la cour a eu à juger antérieurement étant inopérante, les méthodes proposées étant totalement différentes (arrêt, pp. 16 - 17),

ALORS QUE la cassation s'étend également à l'ensemble des dispositions du jugement cassé ayant un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire ; que la cassation à intervenir du chef de l'un ou l'autre des premier et deuxième moyen de cassation reprochant à la cour d'appel d'avoir substitué de nouveaux supports financiers à ceux qui auraient dû être restitués sur la liste des supports tels qu'ils figuraient sur la liste des supports annexée au contrat du 11 avril 1997, emportera la nécessité d'une nouvelle appréciation, par les juges du fond, de l'évaluation de la perte d'une chance, calculée partiellement sur la base de supports pris en compte à tort ; que dès lors, une telle cassation entraînera la censure du chef de dispositif visé par le troisième moyen de cassation, conformément aux dispositions de l'article 624 du code de procédure civile.