

VD_FINDINFO HC / 2020 / 774 vom 20. November 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-11-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2020___774

FR: VD_FINDINFO HC / 2020 / 774 du 20 novembre 2020

IT: VD_FINDINFO HC / 2020 / 774 del 20 novembre 2020

Regeste

RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE, RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR{RAPPORT OBLIGATIONNEL}, BANQUE DÉPOSITAIRE, FAUTE DU TIERS, FAUTE PROPRE | 100 al. 2 CO, 101 al. 3 CO, 394 CO, 398 al. 2 CO

Erwägungen

E. 1.1

Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

E. 1.2

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui 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.

E. 2

L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Cela étant, dès lors que, 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 devant elle (Jeandin, Commentaire romand, Code de procédure civile [ci-après : CR-CPC], 2 e éd., n. 3 ad art. 311 CPC et la jurisprudence constante de la Cour de céans, notamment CACI 1 er février 2012/57 consid. 2a).

E. 3.1

L'appelante plaide plusieurs moyens qui reviennent à apprécier différemment l'accord passé entre les parties. Elle rappelle les principes élémentaires résultant de l'Ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et négociants en valeurs mobilières du 1 er juin 2012 (OFR ; RS 952.03), notamment quant au fait que le risque

crédit à considérer dans une opération de dérivés est le risque qu'une contrepartie ne s'exécute pas, auquel s'ajoute celui de perte sur la valeur de marché. L'appelante expose que l'atténuation du risque s'effectue avec les moyens prévus à l'art. 61 OFR, soit notamment la fourniture de garanties par le client. Selon l'appelante, ces principes, placés dans le contexte d'un achat de calls, ont pour conséquence que tant que l'acheteur du call se réserve le droit de l'exécuter, soit d'acquérir le sous-jacent lui-même à l'échéance, comme c'était le cas en l'espèce, l'opération présente pour la banque un risque de crédit dès lors que l'acheteur du call peut devoir assumer le prix d'acquisition. Toujours selon l'appelante, contrairement à ce qui a été retenu par les premiers juges, il y aurait bien eu accord entre les parties quant à la conclusion d'un contrat de call portant sur une option d'achat de cent actions d'U._____. Selon elle, cela ressortirait non seulement de la retranscription de la discussion entre les trois intervenants, notamment lorsqu'il est demandé à l'intimé « on en reste toujours avec un ? » et qu'il répond « oui », mais également des pièces au dossier, à savoir de l'ordre de bourse et de la décharge signés par l'intimé qui feraient état d'un seul contrat. L'appelante relève par ailleurs que, toujours dans la retranscription des discussions, la question du nombre précis d'actions que l'intimé voulait en finalité acquérir a été spécifiquement abordée, deux alternatives ayant été examinées, à savoir un investissement de 2'240'000 fr. correspondant aux coûts d'acquisition de quatorze mille actions à l'échéance si l'intimé acquerrait cent quarante contrats de call de cent actions chacun, respectivement l'achat d'un seul contrat de call donnant le droit d'acquérir cent actions à l'échéance. Selon l'appelante, l'intimé aurait spécifiquement admis qu'il souhaitait acquérir les actions à l'échéance du call, si bien qu'on ne pourrait qu'admettre qu'il voulait conclure un seul contrat lui conférant une option d'achat de cent actions, seule cette hypothèse étant compatible avec ses moyens financiers. L'appelante soutient également que contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, ses employés auraient tout mis en œuvre pour éclaircir les intentions de l'intimé. Elle se prévaut encore du fait que ce dernier ne pouvait donner des ordres que dans la mesure où ses disponibilités financières le permettaient et qu'il ne pouvait escompter l'octroi d'une limite de crédit supérieure à 15'000 francs. L'appelante rappelle au demeurant que s'agissant de l'acceptation d'ordres, elle se charge sur instruction spéciale du client d'exécuter pour son compte et à ses risques des ordres d'achat, de vente ou de souscription portant sur des valeurs, traitées ou non sur des marchés organisés, et qu'elle peut refuser en tout ou partie, et sans indiquer de motifs, d'exécuter de tels ordres. Elle relève que la banque a l'obligation de refuser une instruction déraisonnable, comme l'aurait été l'achat de cent contrats de call, l'intimé ne disposant pas de la somme nécessaire à l'acquisition de cent fois cent actions à 160 fr., soit 1,6 millions de francs au moins. Elle observe enfin que le caractère déraisonnable d'une telle instruction a été discuté avec ses employés.

E. 3.2.1

Lorsque la banque exécute pour le compte du client des transactions d'achat ou de vente de choses mobilières ou de papiers-valeurs, banque et client sont en général liés par un contrat de commission au sens des art. 425 ss CO. En vertu du renvoi contenu à l'art. 425 al. 2 CO, les règles du droit du mandat trouvent application aux rapports entre les parties (Lombardini, Droit bancaire suisse, 2 e éd., n. 1, p. 717). Compte tenu du fait que l'art. 425 al. 1 CO fait référence à la notion d'objet matériel, les dispositions des art. 425 ss CO ne peuvent s'appliquer que par analogie – et les dispositions du droit du mandat s'appliquent directement – aux transactions portant sur des actifs non incorporés dans des papiers-valeurs (droits-valeurs) ou aux contrats (par exemple, vente d'indices boursiers) qui

ne donnent lieu qu'au paiement d'une somme d'argent sans livraison de l'actif sous-jacent (Lombardini, op. cit., n. 2, p. 717 ; Guggenheim/Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5 e éd., n. 31, p. 15). La banque ne doit pas obtenir de résultat (vendre ou acheter un actif) ; elle doit simplement déployer une certaine activité pour son client. Elle est la représentante indirecte de celui-ci. Elle exécute les transactions en son propre nom, mais pour le compte du client, intervenant pour lui sur le marché. Il n'y a pas de rapport direct entre le client de la banque et le marché (Lombardini, op. cit., n. 3, p. 717). Une des obligations fondamentales de la banque est de répercuter exactement au client le prix obtenu sur le marché ; la banque ne doit pas conserver pour elle-même les profits réalisés dans l'exécution de son mandat, qui doivent être attribués au client (art. 428 al. 3 CO ; Lombardini, op. cit., n. 4, pp. 717 ss). En l'absence de contrat de conseil en placement ou de mandat de gestion, la banque n'est pas tenue d'entreprendre une quelconque transaction pour son client ou de prendre des mesures pour sauvegarder de façon générale les intérêts de ce dernier. Son activité est dite *execution only*. Ainsi, la banque n'est pas tenue de : - investir spontanément les fonds disponibles sur le compte du client, même s'ils proviennent de la vente d'actifs ou du remboursement d'obligations ; - apporter spontanément ses titres à une offre publique d'achat ; - fournir au client, qui décide directement des transactions à exécuter, les informations dont elle dispose sur les actifs qu'il veut acheter ou vendre ou sur les émetteurs de ces actifs (Lombardini, op. cit., n. 23, pp. 723-724).

E. 3.2.2

En l'espèce, il n'est pas nécessaire de déterminer si les parties sont liées par un contrat de commission au sens des art. 425 ss CO ou par un contrat de mandat simple au sens des art. 394 ss CO dans la mesure où, dans ces deux cas, les règles du mandat sont applicables. En conséquence, le présent litige doit être tranché en appliquant les art. 394 ss CO, ce qui n'est pas contesté par les parties.

E. 3.3.1

La banque ne peut agir que si elle reçoit un ordre du client. Elle doit le conserver et en prendre note sur le journal. L'art. 15 al. 1 LBVM (Loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières du 24 mars 1995 ; RS 954.1) prévoit l'obligation pour le négociant (et la banque agit en qualité de négociant lors de l'achat et de la vente de valeurs mobilières) de tenir un journal et d'y faire figurer diverses indications relatives tant aux ordres reçus qu'aux ordres exécutés (date et heure de l'ordre), qu'ils soient ou non exécutés en bourse. La banque doit exécuter la transaction désirée par le client et répond du dommage en cas d'erreur dans l'exécution de l'ordre (TF 4C.191/2004 du 7 septembre 2004). Si les instructions reçues du client ne lui semblent pas claires, la banque doit lui demander des éclaircissements (cf. jugement du Handelsgericht du canton de Zurich du 4 septembre 1980, publié in SAS 1981 p. 70). Une incertitude peut exister, par exemple, quand le client veut acheter un instrument financier déterminé et que divers types d'instruments semblables existent sans qu'il soit possible à la seule lecture de l'ordre du client de déterminer exactement ce qu'il veut (Lombardini, op. cit., n. 27, p. 726). La banque n'a pas le droit de refuser d'exécuter un ordre si le client dispose de la couverture nécessaire. Le client ne peut pas partir de l'idée que la banque lui concède du crédit. Si l'exécution d'un ordre n'est possible qu'en vendant des actifs du client, la banque doit interpeller celui-ci pour lui indiquer ce qui se passera (Lombardini, op. cit., n. 28, p. 727).

E. 3.3.2.1

En l'espèce, les parties ne sont pas d'accord sur les instructions données par l'intimé à l'appelante. L'intimé estime avoir toujours voulu donner pour instruction d'acheter cent calls alors que l'appelante considère que l'intimé lui a donné l'instruction d'acheter un call, ce qui représente cent options. Pour déterminer le contenu de l'accord passé le 10 novembre 2016 entre les parties, il s'agit d'examiner principalement l'ordre de bourse, document qui a été établi par l'appelante et signé par l'intimé, ainsi que la retranscription des entretiens téléphoniques qui ont eu lieu entre les employés de la banque, pour partie en présence de l'intimé.

E. 3.3.2.2

Comme indiqué par les premiers juges, on ne peut rien déduire de l'ordre de bourse, dès lors qu'il contient une contradiction. En effet, ce document indique à la fois « 1 contrat de 100 calls » sur la première ligne, soit ce que l'appelante a acheté pour le compte de l'intimé, et « acheter -100 call strike 160 » sur la seconde ligne, soit ce que l'intimé indique avoir réellement voulu faire. L'ordre de bourse ne fait ainsi que révéler l'ambiguïté des discussions préalables et ne permet pas de déterminer le contenu de l'accord passé entre les parties.

E. 3.3.2.3

Quant aux discussions intervenues entre l'intimé, A. _____ et les employés de la salle des marchés, l'analyse de celles-ci révèle ce qui suit. Au début de l'entretien, l'employée de banque (AMT pour A. _____) explique que son client veut investir 25'000 francs. C'est alors que son correspondant à la salle des marchés (SVC pour B. _____) lui demande s'il s'agit de 25'000 fr. de primes, ce à quoi l'intimé ajoute « Ça dépend combien ça va faire au niveau des actions combien ça représente à peu près euh... ». On peut en déduire à ce stade que le client semble avoir compris l'effet de levier lié aux options. B. _____ explique ensuite à A. _____ que la transaction visée concerne des options et non des warrants, à savoir un droit d'achat de l'action U. _____ au prix de 160 fr. et que le client « doit avoir les fonds quelque part » pour exercer le droit. B. _____ et A. _____ se mettent ensuite d'accord sur le calcul suivant : si le client achète un call, il doit avoir 16'000 fr. pour exercer son droit d'achat. Les deux professionnels questionnent encore la possibilité pour le client de réaliser un bénéfice sur une telle transaction, puisque compte tenu des frais, le titre devrait pour ce faire augmenter à 163 fr. ou 164 fr. alors qu'il s'élevait à 145 fr. 20 au moment de la discussion. S'ensuit le dialogue suivant entre A. _____ et l'intimé : AMF (...) Donc on est d'accord, vous c'est les 25 000, que des call que vous voulez acheter ? Client Voilà, on s'est compris, ouais ouais AMF On est d'accord ? Client ... à 160 des call et les 100 actions de call a 160... c'est pas les mêmes que ... AMF Non, mais c'est celui qu'il [réd. B. _____] m'a donné, c'est celles que vous êtes en train de me dire Client Les call à 160... AMF Ouais, le call strike à 160 qui arrive à échéance en décembre 2016 Client Voilà exactement AMF On est d'accord ? Ouais, ouais Client C'est bon. Y'en a tellement (rire) AMF Alors oui y'en a tellement, mais lui [réd. B. _____] il l'a trouvé celui qui est juste. Mais après l'idée c'est de dire vous voulez acheter pour 25 000 francs de call ? On est d'accord ? Client Exactement, mais c'est pas... AMF Pas les actions à la finalité, que les call ? Client Voilà AMF Ouais, non, c'est bien juste Client C'est 100 call strike à 160, pas les actions AMF D'accord, je vais revoir avec le... Il ressort de ce qui précède que l'intimé est prêt à investir le jour même 25'000 fr. pour l'achat de calls et qu'il n'a pas l'intention d'utiliser son droit d'achat des actions sous-jacentes mais plutôt de miser sur le fait que les calls vont prendre de la valeur. A ce moment-là, les intentions de l'intimé sont donc assez

claires. B. _____ rend toutefois A. _____ attentive au risque et à la taille d'une telle transaction qui porterait sur un droit d'achat de 14'000 titres, relevant que le client devrait déboursier 2'240'000 fr. pour acheter ceux-ci et que s'il n'en a pas les moyens, il ne pourra alors pas exercer son option et fera de la pure spéculation avec une exposition assez grande. Sur la base des explications fournies par B. _____, A. _____ résume la situation à l'intimé en lui demandant si le but final est de spéculer, ce à quoi celui-ci répond par l'affirmative. Ainsi, malgré les mises en garde des professionnels, l'intimé confirme pour la deuxième fois vouloir acheter un produit dérivé sans envisager d'acquérir le sous-jacent. L'intimé réitère ensuite son intention, en indiquant « Ben moi je veux en acheter 100, j'aimerais en acheter 100... je l'ai dit dès le départ ». B. _____, qui n'a pas de contact direct avec l'intimé, en déduit que celui-ci entend acheter un call qui porterait sur un droit d'achat de cent actions. Au vu des déclarations exposées ci-dessus, une telle interprétation est erronée mais les deux professionnels restent figés sur cette instruction. En conséquence, lorsqu'A. _____ revient vers l'intimé, elle lui confirme qu'il investit 155 fr. ce jour et que cela lui donnera la possibilité d'acheter les actions pour 16'000 fr. – plus le prix du droit et les frais – si l'action est cotée à plus de 160 francs. Avant de confirmer, l'intimé déclare « c'est un peu compliqué », puis « maintenant, l'investissement c'est quoi ? C'est à peu près 20'000 francs, c'est juste ? ». Les deux professionnels entament alors un nouveau dialogue sur le fait que les frais de la transaction seraient disproportionnés par rapport à l'achat d'un seul call, si bien que B. _____ essaie de comprendre si l'intention du client ne serait pas plutôt de spéculer sur le prix de l'option, auquel cas il serait « très léger ». A. _____ et B. _____ arrivent toutefois à la conclusion que la volonté de l'intimé est de pouvoir acheter les actions à 160 fr. l'unité. La discussion reprend ensuite sur les frais liés à l'opération et l'intimé en déduit qu'il doit investir environ 17'000 fr. au total. Puis, la conversation est suspendue afin qu'A. _____ puisse s'assurer avec le back office de la banque que le client avait signé l'entier des documents nécessaires à la passation de l'ordre. La conversation reprend plus tard entre A. _____ et un autre interlocuteur de la salle des marchés, YRC. Lorsqu'A. _____ donne l'ordre litigieux, elle déclare « le client aimerait un contrat de 100 call U. _____ » et après de nouvelles tergiversations, l'interlocuteur de la salle des marchés indique « Donc je vous ai acheté 1 call U. _____ Décembre 2016 strike 160 à 1,57 », ce à quoi A. _____ répond « Vous êtes super ! Donc ça veut dire que le client on va lui débiter 157 francs plus frais ». Il ressort de l'ensemble des discussions qui précèdent que l'intimé souhaitait spéculer et acheter des produits dérivés pour les revendre avant l'échéance, sans intention d'acheter les produits sous-jacents. Il apparaît toutefois que dans la mesure où l'intimé ne disposait pas des fonds pour acheter le cas échéant les sous-jacents et malgré le fait que l'achat d'un seul contrat paraissait engendrer des frais disproportionnés et que l'intimé avait réitéré à plusieurs reprises vouloir investir une somme de l'ordre de 17'000 fr., celui-ci n'a investi que 157 fr. – auxquels s'ajouteraient les frais –, ce qui n'était pas conforme à sa volonté. A chaque fois que l'appelante a demandé des éclaircissements, elle a obtenu une réponse de l'intimé qui allait dans le sens d'une volonté de spéculer sur les options, sans intention d'acheter les sous-jacents. Au surplus, l'intimé a effectué un dépôt de 20'000 fr. sur le compte sur lequel l'argent pour l'achat des options devait être prélevé. Cela démontre encore que sa volonté était bien d'acheter cent calls, puisque pour acheter un call, il n'avait pas besoin de verser un montant si élevé, la somme nécessaire pour l'achat d'un call étant de 277 fr. 70 une fois décomptés les frais. Ainsi, comme retenu par les premiers juges, il se justifie d'admettre que les instructions données par l'intimé à l'appelante étaient d'acheter cent calls et que ces instructions n'ont pas été

respectées. Il faut également relever à ce stade que l'appelante ne peut se prévaloir du fait qu'elle aurait interprété les déclarations de l'intimé dans le sens qui lui paraissait correspondre à un risque mesuré, dès lors qu'elle n'a pas manifesté un refus de procéder dans le sens requis par l'intimé au motif qu'il n'avait pas la couverture nécessaire et qu'elle n'a pas non plus estimé, au vu de ses réponses, que celui-ci n'était pas suffisamment initié à la bourse pour passer la transaction souhaitée. En définitive, le moyen est mal fondé.

E. 4.1

L'appelante fait valoir que l'intimé avait accès au système [...] depuis 2006, qu'il a été rendu attentif le 15 novembre 2016 à la possibilité d'utiliser ce service et qu'il aurait téléchargé le formulaire d'ouverture de la position litigieuse ainsi que le formulaire intitulé « décompte de bourse – options » – lesquels étaient disponibles sur [...] le lendemain de l'exécution de la transaction – les 14 et 18 novembre 2016, respectivement le 2 décembre 2016. En conséquence, si par négligence A. _____ a indiqué que l'intimé recevrait un avis postal de la transaction exécutée, il s'agirait selon l'appelante d'une négligence légère et sans lien de causalité avec le dommage. L'appelante relève que l'intimé a consulté septante-quatre fois le service [...] durant la période concernée, de sorte qu'il ne pourrait prétendre de bonne foi ne pas avoir remarqué que l'ordre qui avait été exécuté était d'un montant cent fois inférieur à celui qu'il souhaitait investir. Or elle observe que l'intimé n'a invoqué qu'il aurait préféré disposer de plus de calls que ceux acquis que le 25 novembre 2016, après que l'action U. _____ avait soudainement pris l'ascenseur en raison d'une nouvelle qu'aucun autre acteur du marché n'escomptait. Elle soutient en outre que quand bien même la prise de connaissance effective par l'intimé des avis bancaires précités serait niée, il conviendrait d'admettre l'existence d'une communication fictive desdits documents, ceux-ci étant bien parvenus dans la sphère d'influence de l'intimé, soit dans la boîte aux lettres électronique qu'est [...], dès le 10 novembre 2016. L'appelante estime encore que l'intimé aurait fait une faute, en ce sens qu'il aurait dû lui déclarer plus tôt qu'il renonçait définitivement à exercer ses droits d'options et voulait juste les revendre avant l'échéance. Elle relève également que l'intimé aurait aussi pu souscrire le solde d'options qu'il dit avoir voulu souscrire initialement sans attendre le 25 novembre 2016.

E. 4.2.1

Après l'exécution de l'ordre du client, la banque doit lui envoyer un avis contenant la transaction exécutée, la contrepartie choisie et les conditions de la transaction. L'avis envoyé au client doit permettre d'identifier la transaction effectuée, le marché sur lequel elle a été exécutée (hors bourse ou en bourse, avec quelle contrepartie et les coûts liés à cette exécution), la contrepartie du client et, de façon concise, son objet (par exemple, en cas d'options, leur date d'échéance et le prix d'exercice ; en cas d'obligations, la date de paiement des coupons et celle de remboursement) (Lombardini, op. cit., n. 38, pp. 729-730). L'envoi d'un avis exact est important : le client sait si l'ordre qu'il a donné a été exécuté. Ne pas envoyer un avis ou ne pas comptabiliser rapidement sur le compte du client une transaction exécutée peut lui causer un préjudice (Lombardini, op. cit., n. 39, p. 730).

E. 4.2.2

La banque n'est pas responsable simplement parce qu'elle n'a pas fait preuve de diligence ; elle doit également avoir agi fautivement. En d'autres termes, on doit pouvoir lui reprocher son manque de diligence. La faute peut avoir été commise intentionnellement ou par négligence. Conformément au principe général posé par l'art. 97 al. 1 CO, le mandataire est

préssumé avoir agi fautivement : il n'appartient pas au mandant-client de prouver qu'une faute a été commise (Lombardini, op. cit. n. 51, p. 733). En matière de responsabilité contractuelle, selon l'art. 101 al. 1 CO, celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail.

E. 4.2.3

Le client peut se voir reprocher une faute concomitante entraînant une réduction de sa prétention en dommages-intérêts, s'il s'aperçoit que la banque n'a pas exécuté son ordre et qu'il ne prend pas les mesures nécessaires pour réduire son préjudice. Pour se voir reprocher une faute concomitante, le client doit cependant être conscient de ce qui s'est passé. Il doit, par ailleurs, disposer des moyens d'effectuer la transaction désirée (Lombardini, op. cit., nn. 57-58, p. 735). La faute concomitante devra être admise par exemple si la banque n'exécute pas un ordre d'acheter des actions à un prix maximum et que le client, tout en étant conscient de la défaillance de la banque n'effectue pas, par ailleurs, la transaction désirée alors que la limite de prix fixée peut encore être atteinte. Dans un tel cas, le client ne peut pas simplement rester passif et ensuite réclamer des dommages-intérêts (TF 4C.191/2004 du 7 septembre 2004 consid. 5). Il y a également faute concomitante dans les cas où l'ambiguïté de l'ordre était de nature à engendrer le dommage (jugement du Handelsgericht du canton de Zurich précité, publié in SAS 1981 p. 70) .

E. 4.3

En l'espèce, il convient de relever d'emblée qu'il ne ressort pas des retranscriptions des conversations téléphoniques intervenues le 10 novembre 2016 qu'A. _____ aurait indiqué à l'intimé qu'un montant de 157 fr. plus frais allait être débité de son compte à la suite de l'exécution de la transaction litigieuse. Certes, A. _____ l'a indiqué à l'employé de la banque auprès de la salle des marchés (YRC) lors d'un échange qu'elle a eu avec ce dernier. Comme l'ont relevé les premiers juges, l'intimé n'entendait toutefois pas ce qui se disait entre les employés de l'appelante. L'appel ne conteste d'ailleurs pas expressément cette circonstance factuelle, même si, implicitement, il fait référence à la conversation entre ceux-ci comme si l'intimé y avait participé. L'écoute des enregistrements téléphoniques permet cependant de constater que les discussions entre A. _____ et les employés de la salle des marchés n'incluaient pas l'intimé, qui discutait sur une autre ligne avec A. _____. A une occasion, celle-ci a notamment demandé explicitement à son interlocuteur, B. _____, s'il avait d'autres appels en attente et si elle pouvait expliquer ce qu'il venait de lui dire au client, ou s'il valait mieux qu'elle le rappelle, ce qui démontre que l'intimé n'entendait pas en direct la conversation entre les deux employés de l'appelante. On ne saurait donc retenir que l'intimé aurait dû réagir à l'annonce du montant de la prime qui serait débitée de son compte pour exécuter la transaction litigieuse, étant donné que ce montant a été mentionné en ligne entre A. _____ et YRC uniquement. Pour le surplus, s'il est exact que l'intimé s'est connecté régulièrement à son compte [...] après l'exécution de l'opération litigieuse, rien ne permet d'affirmer qu'il aurait eu connaissance du montant de ladite transaction avant son entretien téléphonique du 25 novembre 2016 avec A. _____. L'intimé a contesté avoir eu connaissance, respectivement avoir téléchargé les documents n os E442 et E437, à savoir le « décompte de bourse-options » et l'avis intitulé « Positions ouvertes – options Marché : Eurex », datés du 10 novembre 2016 (cf. déterminations de la réplique de l'intimé ad all. 213-222). Les diverses assertions du service

informatique de l'appelante au juriste N. _____ qui ressortent de la pièce 119 – selon lesquelles l'intimé aurait eu à sa disposition les documents susmentionnés attestant du montant de l'opération boursière effectuée dès la nuit du 11 novembre 2016 vers 2h30, de même que selon lesquelles l'intimé aurait consulté ceux-ci en date des 14 et 18 novembre 2016 (document n° E437) et 2 décembre 2016 (document n° E442) – ne suffisent pas – s'agissant de documents internes à la banque – à rapporter la preuve d'une communication effective de la façon dont l'ordre boursier litigieux a été exécuté, sur la base de laquelle l'intimé aurait pu et dû réagir, et ce jusqu'à la date du 25 novembre 2016 où il s'est prévalu de ce que l'ordre avait été mal exécuté. Si l'appelante entendait établir, avec une force probante suffisante, que ces documents avaient été communiqués à l'intimé, respectivement téléchargés par sa connexion sécurisée à [...] avant le 25 novembre 2016, elle aurait dû en offrir la preuve par expertise ou par témoin-expert, soit recourir à un avis indépendant. Ne l'ayant pas fait, elle supporte l'échec de la preuve y relative (art. 8 CC). Pour les mêmes motifs, on ne saurait admettre l'existence d'une communication fictive des avis bancaires précités. C'est en vain que l'appelante se prévaut à cet égard du chiffre 4 des conditions d'utilisation de [...]. Certes, cette clause permet en théorie à la banque de notifier tous documents par l'intermédiaire de [...]. Toutefois, dans le cas d'espèce, il est établi que l'appelante, via A. _____, a indiqué à plusieurs reprises à l'intimé qu'il recevrait l'avis relatif à l'ordre boursier par courrier. Dans un courriel du 15 novembre 2016, en réponse à une interpellation de l'intimé du 11 novembre précédent, A. _____ a en outre indiqué à celui-ci qu'il devait activer les options « portfolio » et « dépôt » sur [...] pour accéder audit document. On ignore dès lors si les avis bancaires auxquels l'appelante fait référence étaient consultables sur la boîte aux lettres électroniques [...] de l'intimé avant le 25 novembre 2016. En tous les cas, à l'instar de ce qu'ont retenu les premiers juges, l'appelante a donné des informations contradictoires à l'intimé quant à la façon dont il recevrait confirmation de l'exécution de l'ordre boursier litigieux, de sorte qu'elle ne peut se prévaloir valablement d'une quelconque fiction de communication à cet égard. Faute pour l'appelante d'établir que l'intimé aurait eu connaissance de la transaction exécutée avant le 25 novembre 2016, c'est en vain qu'elle soutient que celui-ci aurait dû lui déclarer précédemment qu'il renonçait à exercer ses droits d'options à l'échéance, respectivement qu'il aurait pu souscrire le solde des options qu'il avait l'intention d'acquérir avant cette date. A l'instar des premiers juges, il convient bien plutôt de constater que l'intimé a demandé à l'appelante d'acheter les nonante-neuf calls manquants lorsqu'il a eu connaissance du fait qu'un seul call avait été souscrit. Or, l'appelante a refusé d'exécuter les instructions de l'intimé, sans motifs valables puisque celui-ci disposait de la couverture nécessaire à cette fin, son compte dépôt étant alors encore créditeur d'un montant de 19'722 fr. 80, lequel était suffisant pour payer la prime relative à l'achat de nonante-neuf calls portant sur le titre U. _____. En définitive, il n'y a pas lieu de retenir l'existence d'une quelconque faute concomitante à la charge de l'intimé qui exonérerait l'appelante de sa responsabilité. La faute du mandataire étant présumée (cf. art. 97 al. 1 CO) et l'appelante n'étant pas en mesure d'établir une communication de l'avis d'exécution de l'ordre litigieux avant que le cours de l'action ait fortement augmenté, c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré que sa responsabilité était engagée. Partant, le moyen est mal fondé.

E. 5.1

L'appelante prétend encore qu'elle ne répondrait pas du dommage pour manque à gagner au motif que la couverture d'un tel dommage était exclue contractuellement et que celui-ci n'était pas prévisible, les marchés n'ayant pas anticipé l'explosion du cours de l'action

U. _____ en raison des projets d'acquisition de cette société par offre publique d'achat qui ont été dévoilés les 24 et 25 novembre 2016. Elle soutient en outre que la validité et la portée de la clause d'exclusion de responsabilité figurant dans ses conditions générales devrait s'examiner au regard de l'art. 101 al. 3 CO, qui ne laisserait pas à l'appréciation du juge la question de la validité de l'exclusion de la responsabilité du fait d'auxiliaire pour faute légère. Elle fait enfin valoir que l'intimé n'aurait pas établi que les calls qu'il avait l'intention d'acquérir étaient disponibles à l'acquisition le 10 novembre 2016, aux conditions et prix souhaités, de sorte qu'il échouerait dans la preuve de son dommage.

E. 5.2.1

En principe, lorsque la banque intervient simplement comme mandataire ou commissionnaire, le client peut lui réclamer des dommages-intérêts s'il estime qu'elle n'a pas fait preuve de toute la diligence nécessaire en exécutant le mandat (par exemple, un ordre du client n'a pas été exécuté ou ne l'a pas été de la façon la plus avantageuse pour lui). La responsabilité de la banque se mesure en application de l'art. 398 CO (Lombardini, op. cit., n. 43, p. 731). La notion juridique du dommage est commune aux responsabilités contractuelle et délictuelle (ATF 87 II 290 consid. 4a). C'est la diminution involontaire de la fortune nette, correspondant 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. Le dommage peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif ou d'un gain manqué (ATF 132 III 359 consid. 4; ATF 129 III 331 consid. 2.1; ATF 128 III 22 consid. 2e/aa; ATF 127 III 73 consid. 4a). La preuve du dommage incombe au demandeur (art. 42 al. 1 CO).

E. 5.2.2

Aux termes de l'art. 100 al. 1 CO, est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave. L'al. 2 de cette disposition précise que le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité. En matière de responsabilité pour le fait d'auxiliaires, l'art. 101 al. 3 CO dispose que si le créancier est au service du débiteur, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le débiteur ne peut s'exonérer conventionnellement que de la responsabilité découlant d'une faute légère. La doctrine la plus récente semble reconnaître qu'aux conditions des art. 100 et 101 CO, le mandataire peut s'exonérer de sa responsabilité pour autant que l'exonération ait été clairement comprise et acceptée par le mandant. Cela signifie que la clause d'exonération de responsabilité contenue dans les conditions générales doit être clairement rédigée. Cela étant, l'activité bancaire est considérée par le Tribunal fédéral comme une activité concédée par l'autorité au sens des art. 100 et 101 CO. Dès lors, aucune exonération de responsabilité pour faute grave n'est possible et une exonération de responsabilité pour faute légère l'est uniquement si l'inexécution est le fait d'auxiliaires et non d'organes de la banque (Lombardini, op. cit., n. 52, p. 734). Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, c'est-à-dire dans l'application des règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), il appartient au juge d'examiner la clause d'exclusion de responsabilité en tenant compte des autres stipulations du contrat et de l'ensemble des circonstances du cas particulier ; il doit prendre en considération, d'une part, le besoin de protection des clients contre les clauses élaborées d'avance qu'ils ne peuvent pratiquement

pas discuter et, d'autre part, l'intérêt que peut avoir la banque à se prémunir contre certains risques dont la réalisation est difficile à éviter (ATF 112 II 450 consid. 3a; Lombardini, op. cit., n. 16, p. 377).

E. 5.3

En l'espèce, l'absence de prévisibilité du dommage dont l'appelante se prévaut en appel ne trouve pas d'appui suffisant dans les allégués de la réponse et de la duplique de première instance. L'appelante a uniquement allégué à cet égard que la précipitation de l'intimé à réaliser l'opération litigieuse était étonnante « puisque les marchés n'anticipaient pas les projets d'acquisition par offre publique d'achat de L. _____ sur U. _____ » (all. 155), « dont ils n'ont été informés que le 24/25 novembre 2016 » (all. 156). Ces allégations sont manifestement insuffisantes pour considérer que l'étendue du dommage subi par l'intimé n'aurait absolument pas été envisageable pour l'appelante au moment de l'acquisition du call litigieux, comme celle-ci le prétend. Ce constat s'impose d'autant plus que les allégations selon lesquelles les marchés n'auraient pas anticipé les projets d'acquisition d'U. _____ avant le 24 ou le 25 novembre 2016 ne sont pas établies, l'appelante ayant uniquement offert comme preuves à cet égard des communiqués de presse qui n'indiquent rien quant au prétendu caractère imprévisible de l'offre publique d'achat envisagée (pièces 121, 122 et 127). C'est également à tort que l'appelante soutient que toute appréciation par le juge de la validité de la clause d'exclusion de responsabilité contenue dans ses conditions générales serait exclue, au motif qu'il conviendrait d'appliquer ici l'art. 101 al. 3 CO. L'art. 100 al. 2 CO – auquel le jugement entrepris fait référence – prévoit que le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si la responsabilité résulte, comme dans le cas présent, de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité. Contrairement à ce que semble penser l'appelante, l'art. 101 al. 3 CO ne prévoit pas une solution différente en matière de responsabilité pour des auxiliaires. En effet, le fait que cette disposition mentionne que si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le débiteur ne peut s'exonérer conventionnellement que de la responsabilité découlant d'une faute légère ne signifie pas qu'une telle clause d'exonération serait valable dans tous les cas, respectivement que sa validité serait soustraite à l'appréciation du juge. Il ressort au contraire des principes rappelés ci-dessus que tant sous l'angle de l'art. 100 CO que de l'art. 101 CO, la clause d'exonération de responsabilité pour faute légère contenue dans les conditions générales n'est valable qu'à certaines conditions, soit notamment pour autant qu'elle ait été clairement rédigée, comprise et acceptée par le mandant, ce qu'il incombe au juge d'apprécier. Cela étant, les premiers juges ont notamment relevé que selon la clause d'exonération de responsabilité prévue à l'art. 6 des conditions générales de l'appelante, celle-ci « ne répond que du dommage causé directement par l'exécution défectueuse de la transaction en question mais pas du manque à gagner ni d'aucun autre dommage indirect », alors que le dommage de l'intimé constitue un manque à gagner et a été directement causé par l'exécution défectueuse de l'ordre de bourse litigieux. Les magistrats ont ainsi considéré que cette clause n'était pas clairement rédigée et qu'elle n'était pas valable pour ce motif, relevant par ailleurs que l'intimé était en droit d'attendre que l'appelante fasse preuve d'une diligence suffisante pour que ses instructions soient respectées et que sa confiance devait être protégée. A l'appui de son appel, l'appelante se limite à affirmer que la clause précitée serait claire. Elle n'indique toutefois pas en quoi la motivation inverse ressortant du jugement entrepris serait erronée. Or, en l'absence de toute tentative de démonstration en ce sens, il n'y a pas lieu de s'écarter de l'appréciation convaincante des premiers juges sur ce

point. Quant à l'argument de l'appelante selon lequel il ne serait pas établi qu'elle aurait eu la possibilité d'acquérir cent calls pour le compte de l'intimé le

E. 10

novembre 2016, aux conditions et au prix souhaité par celui-ci, il doit être rejeté dès lors qu'il ne trouve aucun appui dans les allégués de la réponse ou de la duplique. Si l'appelante entendait se prévaloir d'une telle impossibilité d'exécuter la transaction souhaitée par l'intimé, elle aurait dû alléguer et prouver les circonstances factuelles nécessaires à cette fin, ce qu'elle n'a pas fait. On observe au demeurant que l'appelante est malvenue de critiquer l'intimé pour n'avoir pas rapporté la preuve de la possibilité d'acquérir les nonante-neuf calls manquants sur le marché boursier, dès lors qu'elle a elle-même refusé d'y procéder lorsqu'elle en a été requise. En définitive, les moyens invoqués sont mal fondés.

6. 6.1 Dans un dernier grief, l'appelante fait valoir qu'elle aurait, à titre subsidiaire, manifesté sa volonté de se départir du contrat litigieux pour cause d'erreur, de sorte qu'elle ne serait pas tenue par celui-ci. Elle relève qu'elle s'est formellement prévaluée de l'erreur dans sa réponse et que ce point n'a pas été examiné par les premiers juges.

6.2 Selon l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle. La partie qui invoque son erreur pour se soustraire à l'effet du contrat est tenue de réparer le dommage résultant de l'invalidité de la convention si l'erreur provient de sa propre faute, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître l'erreur (art. 26 al. 1 CO). Le juge peut, si l'équité l'exige, allouer des dommages-intérêts plus considérables à la partie lésée (art. 26 al. 2 CO). Selon l'art. 31 al. 1 CO, le contrat entaché d'erreur ou de dol est tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir, ou sans répéter ce qu'elle a payé. Le délai court dès que l'erreur ou le dol a été découvert (art. 31 al. 2 CO). Selon la jurisprudence, l'art. 31 CO n'instaure pas un délai de prescription, mais un délai de péremption (ATF 114 II 131 consid. 2b), qui ne peut être ni suspendu ni interrompu en application des art. 134 ss CO (Schwenzer/Foutoulakis, Basler Kommentar OR I, 7 e éd., n. 11 ad art. 31 CO). L'acte d'invalidation doit exprimer avec suffisamment de clarté, explicitement ou implicitement, que la victime n'entend pas maintenir le contrat pour vice de la volonté (ATF 106 II 346 consid. 3a ; TF 4A_173/2010 du 22 juin 2010 consid. 3.3 ; Schwenzer, op. cit., n. 3 ad art. 31 CO ; Schmidlin, Commentaire romand, Code des obligations I, 2 e éd., n. 14 ad art. 31 CO ; Schmidlin, Berner Kommentar, 2013, n. 68 ss ad art. 31 CO). Une déclaration implicite d'invalidation peut résider dans le fait de réclamer la restitution des prestations déjà échangées, ou le refus d'accepter la prestation offerte par l'autre partie, si ce comportement peut être interprété de bonne foi par le cocontractant comme une mise à néant du contrat ; le seul fait d'indiquer qu'un montant a été perçu indûment ne suffit toutefois à cet égard pas (Schwenzer, op. et loc. cit. ; Schmidlin, Berner Kommentar, op. cit., n. 71 ad art. 31 CO ; TF 4A_173/2010 précité consid. 3.4). En outre, en tant que déclaration de volonté formatrice, la déclaration d'invalidation ne peut être conditionnelle (TF 4C.53/2002 du 4 juin 2002 consid. 3.1 ; ATF 98 II 15 spéc. p. 22 ; ATF 79 II 144 spéc. p. 145 ; Schwenzer, op. cit., n. 7 ad art. 31 CO ; Schmidlin, Berner Kommentar, op. cit., n. 74 ad art. 31 CO) ; autrement dit, le cocontractant ne dispose que du droit d'invalidier le contrat, mais pas de le faire en imposant certaines conditions (Schmidlin, Berner Kommentar, loc. cit.). Enfin, la déclaration d'invalidation est sujette à réception, ce qui signifie qu'elle n'a d'effet que si elle est arrivée dans la sphère d'influence du cocontractant (Schmidlin, Berner Kommentar, op. cit., n. 68 ad art. 31 CO ; Schwenzer, op. cit., n. 10 ad art. 31 CO). C'est à celui qui prétend avoir invalidé le contrat en temps utile de le prouver

(art. 8 CC ; Schwenzer, op. cit., n. 16 ad art. 31 CO). 6.3 En l'espèce, l'appelante n'établit pas avoir manifesté sa volonté de ne pas maintenir le contrat la liant avec l'intimé dans le délai d'une année prévu par l'art. 31 CO. Après avoir été informée par l'intimé que celui-ci avait l'intention d'acheter non pas un mais cent calls, l'appelante n'a jamais indiqué qu'elle souhaitait, dans ces conditions, se départir du contrat pour cause d'erreur et répéter les prestations qui avaient été exécutées. Au contraire, elle a toujours soutenu et maintient en appel que les parties seraient valablement liées par un accord portant sur l'acquisition d'un call, soit une option d'achat de cent actions d'U._____. Le fait qu'elle ait allégué dans sa réponse se prévaloir de l'erreur « autant que de besoin » (all. 238) ne saurait être considéré comme une déclaration d'invalidation suffisante. En tant qu'acte formateur, l'invalidation du contrat pour erreur doit en effet faire l'objet d'une manifestation de volonté claire et irrévocable; elle ne saurait dès lors être invoquée uniquement à titre subsidiaire, comme l'appelante l'indique dans son appel. En définitive, le moyen doit être rejeté. 7. Au vu des considérations qui précèdent, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé. Dès lors que l'appelante succombe, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 6'526 fr. (art. 62 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), doivent être mis à sa charge (art. 106 al. 1 CPC). L'appelante versera à l'intimé la somme de 8'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 106 al. 1 CPC, art. 3 al. 2 et 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.