

## VD\_FINDINFO Jug / 2018 / 247 vom 13. Mai 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-05-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Jug\\_\\_\\_2018\\_\\_\\_247](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2018___247)

FR: VD\_FINDINFO Jug / 2018 / 247 du 13 mai 2020

IT: VD\_FINDINFO Jug / 2018 / 247 del 13 maggio 2020

### Regeste

COURTAGE, BOURSE{COMMERCE DE VALEURS}, ACTION EN RESPONSABILITÉ, NÉGLIGENCE | 17 CL, 18 CL, 16 LDIP

### Erwägungen

#### E. 20

Les 13 et 18 septembre 2007, les parties ont signé, par l'intermédiaire de leurs conseils, une convention de procédure selon laquelle les causes divisant la demanderesse d'avec, d'une part la défenderesse X.\_\_\_\_\_, et d'autre part, le défendeur B.\_\_\_\_\_, étaient jointes à la cause divisant la demanderesse d'avec les autres défendeurs, une nouvelle demande consolidée étant déposée par cette dernière et la litispendance maintenue à la date du

#### E. 24

avril 2007. 21. Par demande du 22 octobre 2007, la demanderesse W.\_\_\_\_\_ SA, a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes : « I. A.Q.\_\_\_\_\_ est la débitrice de W.\_\_\_\_\_ SA et lui doit immédiat paiement de la somme de € 117'613.- avec intérêt à 10% l'an dès le 8 octobre 2002. II. L'opposition formée par A.Q.\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de [...] dans le cadre de la poursuite no [...] est définitivement levée à concurrence du montant de CHF 185'199.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 8 octobre 2002. III. A.Q.\_\_\_\_\_ et B.Q.\_\_\_\_\_ sont les débiteurs de W.\_\_\_\_\_ SA, solidairement entre eux, et lui doivent immédiat paiement de la somme de € 118'471.- avec intérêt à 10% l'an dès le 8 octobre 2002. IV. L'opposition formée par B.Q.\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de [...] dans le cadre de la poursuite no [...] est définitivement levée à concurrence du montant de CHF 186'550.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 8 octobre 2002, plus CHF 200.- pour les frais du commandement de payer exemplaire coobligé. V. L'opposition formée par A.Q.\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de [...] dans le cadre de la poursuite no [...] est définitivement levée à concurrence du montant de CHF 186'550.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 8 octobre 2002, plus CHF 200.- pour les frais du commandement de payer exemplaire coobligé. VI. B.\_\_\_\_\_ est le débiteur de W.\_\_\_\_\_ SA et lui doit immédiat paiement de la somme de € 67'048.- avec intérêt à 10% l'an dès le 8 octobre 2002. VII. L'opposition formée par B.\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de [...] dans le cadre de la poursuite no [...] est définitivement levée à concurrence du montant de CHF 105'577.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 8 octobre 2002. VIII. X.\_\_\_\_\_ est la débitrice de W.\_\_\_\_\_ SA et lui doit immédiat paiement de la somme de € 16'695.- avec intérêt à 10% l'an dès le 8 octobre 2002. IX. L'opposition formée par X.\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de [...] dans le cadre de la poursuite no [...] est définitivement levée à concurrence du montant de CHF 26'288.80.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 8 octobre

2002. Par réponse du 24 janvier 2008, les défendeurs ont pris, avec suite de dépens, les conclusions suivantes : « Principalement : I. Le rejet de l'entier des conclusions prises à leur encontre par W.\_\_\_\_\_ SA dans sa Demande consolidée du 22 octobre 2007 ; Reconventionnellement : I. W.\_\_\_\_\_ SA est la débitrice d'B.Q.\_\_\_\_\_ et lui doit prompt paiement de la somme de € 135'516.01, avec intérêt à 5% l'an dès le 12 septembre 2002 ; II. W.\_\_\_\_\_ SA est la débitrice de A.Q.\_\_\_\_\_ et lui doit prompt paiement de la somme de € 118'165.49, avec intérêt à 5% l'an dès le 12 septembre 2002 ; III. W.\_\_\_\_\_ SA est la débitrice de X.\_\_\_\_\_ et lui doit prompt paiement de la somme de € 38'457.02, avec intérêt à 5% l'an dès le 12 septembre 2002 ; IV. W.\_\_\_\_\_ SA est la débitrice de B.\_\_\_\_\_ et lui doit prompt paiement de la somme de € 79'903.15, avec intérêt à 5% l'an dès le 12 septembre 2002. » Par réplique du 11 juin 2009, la demanderesse a confirmé les conclusions prises dans le cadre de sa demande et a conclu au rejet, avec suite de frais et dépens, des conclusions reconventionnelles prises par les défendeurs dans leur réponse. Lors de l'audience préliminaire du 17 mars 2010, la demanderesse et la défenderesse X.\_\_\_\_\_ ont conclu la convention suivante: "I. X.\_\_\_\_\_, sans reconnaissance de responsabilité, versera le montant de Euros 11'686.50 (onze mille six cent huitante-six euros et cinquante centimes) à W.\_\_\_\_\_ SA, société anonyme, dans un délai échéant le 31 mars 2010 sur le compte de consignation du conseil de W.\_\_\_\_\_ SA, société anonyme. II. Dans le cas où le paiement selon les modalités prévues au chiffre I ci-dessus ne serait pas effectué, X.\_\_\_\_\_ devra alors immédiat paiement à W.\_\_\_\_\_ SA, société anonyme, du montant de Euros 16'695.00 (seize mille six cent nonante-cinq Euros), avec intérêt à compter du 8 octobre 2002, à hauteur de 9.26% pour l'an 2002, de 8.29% pour l'an 2003, de 7.27% pour l'an 2004, de 7.05% pour l'an 2005, de 7.11% pour l'an 2006, de 7.95% pour l'an 2007, de 8.99% pour l'an 2008, de 8.79% pour l'an 2009, de 5.65% pour l'an 2010 et à fixer selon le taux d'intérêt légal français majoré de 5 points, ultérieurement. III. Dès réception du paiement prévu sous chiffre I ou, alternativement, II ci-dessus, W.\_\_\_\_\_ SA, société anonyme, retire la poursuite no [...] introduite auprès de l'Office des poursuites de [...] à l'encontre de X.\_\_\_\_\_. IV. W.\_\_\_\_\_ SA, société anonyme, et X.\_\_\_\_\_ supportent chacune leurs frais et renoncent à l'allocation de dépens. V. Moyennant bonne exécution de ce qui précède, W.\_\_\_\_\_ SA, société anonyme, et X.\_\_\_\_\_ se donnent mutuellement quittance pour solde de tout compte et de toute prétention. VI. W.\_\_\_\_\_ SA, société anonyme, et X.\_\_\_\_\_ requièrent qu'il soit pris acte de la présente transaction, la cause étant rayée du rôle s'agissant du litige qui oppose W.\_\_\_\_\_ SA, société anonyme, à X.\_\_\_\_\_." Dans leur procédé écrit après réforme du 12 mars 2019, les défendeurs ont expressément invoqué la compensation entre leur prétendu dommage découlant de la perte d'une chance et les montants réclamés par la demanderesse. Dans son mémoire de droit du 1 er juillet 2019, la demanderesse a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes: " I. A.Q.\_\_\_\_\_ est la débitrice de W.\_\_\_\_\_ SA et lui doit immédiat paiement de la somme de € 117'613.- avec intérêt à 10% l'an dès le 8 octobre 2002. II. L'opposition formée par A.Q.\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de [...] dans le cadre de la poursuite no [...] est définitivement levée à concurrence du montant de CHF 185'199.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 8 octobre 2002. III. A.Q.\_\_\_\_\_ et B.Q.\_\_\_\_\_ sont les débiteurs de W.\_\_\_\_\_ SA, solidairement entre eux, et lui doivent immédiat paiement de la somme de € 118'471.- avec intérêt à 10% l'an dès le 8 octobre 2002. IV. L'opposition formée par B.Q.\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de [...] dans le cadre de la poursuite no [...] est définitivement levée à concurrence du montant

de CHF 186'550.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 8 octobre 2002, plus CHF 200.- pour les frais du commandement de payer exemplaire coobligé. V. L'opposition formée par A.Q.\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de [...] dans le cadre de la poursuite no [...] est définitivement levée à concurrence du montant de CHF 186'550.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 8 octobre 2002, plus CHF 200.- pour les frais du commandement de payer exemplaire coobligé. VI. B.\_\_\_\_\_ est le débiteur de W.\_\_\_\_\_ SA et lui doit immédiat paiement de la somme de € 67'048.- avec intérêt à 10% l'an dès le 8 octobre 2002. VII. L'opposition formée par B.\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de [...] dans le cadre de la poursuite no [...] est définitivement levée à concurrence du montant de CHF 105'577.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 8 octobre 2002." Dans leur mémoire de droit du 1 er juillet 2019, les défendeurs ont pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes : «  
Principalement : I.- Les conclusions de W.\_\_\_\_\_ SA dans sa Demande consolidée du 22 octobre 2007 sont rejetées. Reconventionnellement : II.- W.\_\_\_\_\_ SA est la débitrice d'B.Q.\_\_\_\_\_ et lui doit prompt paiement de la somme de euro 135'516.01, avec intérêt à 5% l'an dès le 7 avril 2003 ; III.- W.\_\_\_\_\_ SA est la débitrice de A.Q.\_\_\_\_\_ et lui doit prompt paiement de la somme de euro 118'165.49, avec intérêt à 5% l'an dès le 7 avril 2003 ; IV.- W.\_\_\_\_\_ SA est la débitrice de B.\_\_\_\_\_ et lui doit prompt paiement de la somme de euro 79'903.15, avec intérêt à 5% l'an dès le 7 avril 2003. » En droit: I. La demanderesse réclame le paiement par les défendeurs des soldes débiteurs de leurs comptes-clients, soit EUR 117'613.- pour A.Q.\_\_\_\_\_, EUR 118'471.- pour A.Q.\_\_\_\_\_ et feu B.Q.\_\_\_\_\_ solidairement entre eux, et EUR 67'048.- pour B.\_\_\_\_\_. Elle conclut également à la levée définitive des oppositions formées par les défendeurs à l'encontre des commandements de payer qui leur ont été notifiés à sa requête. Elle soutient que les défendeurs ont été correctement informés du fonctionnement des marchés ainsi que des risques inhérents à ceux-ci, qu'ils pouvaient être considérés comme des "investisseurs avertis" depuis le mois de septembre 2002 au vu de leur activité boursière soutenue s'agissant des opérations SRD effectuées sur les titres Alcatel, que le site de [...] n'a connu aucune perturbation durant la période litigieuse, que toutes les opérations ont été effectuées sur la base de couvertures suffisantes, qu'il a été procédé aux mises en demeure de reconstituer les couvertures immédiatement après la constatation ultérieure des dépassements de celles-ci, qu'elle était légitimée à liquider les positions des défendeurs du fait de leur passivité lors des mises en demeure, et que les défendeurs ont en outre adopté un comportement dangereux en confiant la gestion de leurs comptes à un tiers qui prenait toutes les décisions d'investissement à leur place. Les défendeurs concluent principalement au rejet des prétentions de la demanderesse et, reconventionnellement, au paiement par cette dernière des montants qui figuraient sur leurs comptes avant la liquidation de leurs positions, soit EUR 118'165.49 pour A.Q.\_\_\_\_\_, EUR 136'516.- pour feu B.Q.\_\_\_\_\_ et EUR 79'903.15 pour B.\_\_\_\_\_. Ils soutiennent que la demanderesse a violé ses obligations contractuelles découlant notamment des conditions générales, soit la Charte [...], ainsi que ses obligations légales, soit son devoir de diligence, son devoir d'information et son devoir de protection de l'investisseur. Plus précisément, ils lui reprochent de ne pas les avoir informés de la nature, de la durée et des démarches à effectuer en cas de dysfonctionnement du système, de ne pas avoir respecté le délai d'avertissement consécutif au dépassement de couverture, de ne pas avoir essayé de réduire les positions litigieuses avant de les réaliser, de ne pas avoir établi d'accusés de réception horodatés des ordres ni d'avis d'opérés des transactions concernées, de ne pas avoir mis en

place un système automatisé de vérification de l'existence d'une couverture suffisante pour chaque passage d'ordre avec blocage automatique des ordres de bourse en cas de dépassement de la couverture existante, de ne pas avoir respecté le délai de réalisation des positions et d'avoir manqué à son obligation de diligence de manière générale. La défenderesse X. \_\_\_\_\_ a, quant à elle, été mise hors de cause et de procès lors de l'audience préliminaire du 17 mars 2010. II. a) La demanderesse a son siège en [...], alors que les défendeurs sont domiciliés en Suisse. Le litige présente donc un élément d'extranéité. Pour le Tribunal fédéral, la cause revêt toujours un caractère international lorsqu'une des parties a son domicile ou son siège à l'étranger, que ce soit le demandeur ou le défendeur (ATF 131 III 76 consid. 2.3, JdT 2005 I 402). b) Selon l'art. 1 al. 1 LDIP (loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987; RS 291), cette loi régit, en matière internationale, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, le droit applicable, les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères, la faillite et le concordat, ainsi que l'arbitrage (al. 1). L'art. 1 al. 2 LDIP réserve la préséance des traités. La Suisse et la [...] sont toutes deux parties à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Lugano le 16 septembre 1988 (CL 1988 ; RS 0.275.11), révisée dans cette même ville le 30 octobre 2007 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 pour la Suisse (CL 2007 ; RS 0.775.12). En l'espèce, le litige opposant la demanderesse, dont le siège se trouve en [...], aux défendeurs, qui sont domiciliés en Suisse, à propos d'une matière civile, est régi, pour ce qui est de la compétence internationale, par la Convention de Lugano. Vu la date d'ouverture de la présente action, soit le 24 avril 2007, et la disposition transitoire de la CL révisée du 30 octobre 2007 (art. 63 CL-07), la version d'origine de dite convention, du 16 septembre 1988, s'applique. En vertu de l'art. 17 al. 1 CL-88, si les parties dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant sont convenues d'un tribunal pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal est seul compétent. Cette convention attributive de juridiction est notamment conclue par écrit. S'agissant de la forme écrite, un échange de lettres peut suffire. L'apposition d'une signature n'est pas exigée. La volonté d'accepter la clause de prorogation de for doit être exprimée de manière claire et sous forme écrite, le support utilisé important peu (TF 4A\_272/2007 du 21 novembre 2007 consid. 5.1; Donzallaz, La convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, vol. III, n. 6886). En l'occurrence, la convention d'ouverture de compte signée par le défendeur B. \_\_\_\_\_ le 10 août 2001, le document d'ouverture de compte signé par la défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_ le 28 novembre 2001 et le document d'ouverture de compte signé par les défendeurs A.Q. \_\_\_\_\_ et feu B.Q. \_\_\_\_\_ le 22 janvier 2002, se réfèrent tous à la Charte [...] dont l'art. 19 prévoit notamment que "tout litige portant sur l'interprétation, l'exécution, la validité, la résiliation ou la résolution de la convention conclue entre le Client et [...] relèvera de convention expresse, de la compétence exclusive des tribunaux du ressort de la Cour d'Appel de [...]". Toutes les parties au présent procès ont donc conclu une prorogation de for. L'exigence de la forme écrite est également remplie. En outre, il est admis que, dès le 1<sup>er</sup> octobre 2003, la demanderesse a absorbé par fusion [...], dont elle a repris l'ensemble des droits et obligations. Toutefois, l'art. 18 CL-88 prévoit qu'outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions de la convention, le juge d'un Etat contractant devant lequel le défendeur comparaît est compétent, à moins que la comparution ait pour objet de contester la compétence ou qu'il existe une autre juridiction exclusivement

compétente en vertu de l'art. 16 CL-88. Cette disposition déploie également des effets lorsque le demandeur, qui se trouve confronté soit à un moyen de défense tiré de la compensation, soit à une véritable demande reconventionnelle, entre en matière sur les conclusions de la partie adverse (Donzallaz, op. cit., nn. 7115 ss). En l'espèce, il est constant que les défendeurs ont procédé sur le fond sans faire de réserve (Einlassung) sur les conclusions prises par la demanderesse au for de domicile des défendeurs. La demanderesse en a fait de même s'agissant des conclusions reconventionnelles des défendeurs. En outre, le présent litige ne relève d'aucune règle de compétence impérative au sens de l'art. 16 CL-88. Il en découle que la cour de céans est compétente *ratione loci* pour statuer sur les conclusions respectives des parties. Par surabondance, il convient de relever que les parties n'ont pas remis en cause les jugements rendus le 2 décembre 2004 par la Cour d'appel de Versailles qui a décliné la compétence des autorités françaises au profit des juridictions helvétiques et indiqué que les parties s'accordaient sur l'application du droit français. Sur le plan interne, la compétence de la Cour civile est donnée, compte tenu de la valeur litigieuse du procès et de la date à laquelle celle-ci a été saisie (art. 74 LOJV [loi d'organisation judiciaire vaudoise du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01], dans sa teneur au 31 octobre 2010). c) Aucun traité international ne régit le droit applicable en l'espèce. La LDIP est dès lors applicable (art. 1 al. 1 let b et 2 LDIP). S'agissant du droit applicable en matière contractuelle, l'art. 116 LDIP prévoit que le contrat est régi par le droit choisi par les parties. L'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances ; en outre, elle est régie par le droit choisi (al. 1 et 2). En l'espèce, l'art. 19 de la Charte [...] prévoit que la loi applicable à la convention conclue entre le client et [...] est la loi française. III. Le procès ayant été ouvert le 24 avril 2007, soit avant l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2011, du Code de procédure civile suisse (ci-après CPC; RS 272), les dispositions de l'ancien droit de procédure civile (art. 404 al. 1 CPC), en particulier du CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966 ; BLV 270.11), sont applicables. IV. Aux termes de l'art. 16 LDIP, le contenu du droit étranger est établi d'office; à cet effet, la collaboration des parties peut être requise, la preuve pouvant être mise à la charge des parties en matière patrimoniale (al. 1); toutefois, le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi (al. 2). Cette question est réglée exclusivement, en ce qui concerne le droit étranger, par l'art. 16 LDIP et les traités internationaux, qui l'emportent sur celui-ci en vertu de l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 LDIP. L'art. 6 CPC-VD, dont le contenu est désormais similaire (BGC 1990, p. 2416), n'a de portée propre qu'en ce qui concerne la preuve du droit d'un autre canton, au sujet de laquelle le droit fédéral ne prescrit rien. En l'espèce, les parties ont apporté la preuve de la teneur du droit français applicable au litige. L'Institut suisse de droit comparé (ci-après ISDC) a rendu un rapport sur le sujet concerné par la présente affaire le 31 janvier 2018. V. a) La demanderesse réclame aux défendeurs le remboursement des montants négatifs figurant sur leurs comptes-clients à la suite des opérations litigieuses du mois de septembre 2002. Les défendeurs considèrent que cette situation a été engendrée par les nombreux manquements de la demanderesse dans la gestion du site boursier et qu'elle doit en outre supporter l'échec du fardeau de la preuve de ses prétentions ainsi que de la preuve du respect de ses obligations légales et contractuelles, du fait notamment qu'elle a omis de préserver les documents relatifs aux opérations concernées. b) aa) Selon l'ISDC, les dispositions légales françaises applicables aux contrats de courtage en ligne conclus entre les parties les 21 août 2001,

novembre 2001 et 22 janvier 2002 sont celles qui étaient en vigueur jusqu'à leur échéance contractuelle, soit jusqu'au 20 septembre 2002. Il s'agit notamment des règles de droit suivantes: le Code monétaire et financier, le Règlement CMF modifié par l'arrêté du 18 décembre 2000, la Décision CMF no 2000-04 relative à la couverture des ordres avec service de règlement et de livraison différés, la Décision CMF no 99-07 relative aux prescriptions et recommandations pour les prestataires de services d'investissement offrant un service de réception-transmission ou d'exécution d'ordres de bourses comportant une réception des ordres via internet, ainsi que le Code civil français (ci-après CCF) (Avis ISDC pp. 8 ss).

bb) De manière générale, la charge de la preuve en matière contractuelle est déterminée suivant s'il s'agit de prouver l'existence, le contenu et l'exécution d'une obligation contractuelle (art. 1315 CCF) ou s'il s'agit de prouver l'inexécution d'une obligation contractuelle (art. 1147 CCF). Dans le premier cas, le créancier doit prouver l'existence et le contenu de l'obligation comme préalable à sa demande d'exécution; dans le second cas, le créancier doit prouver l'inexécution de l'obligation qui s'apprécie au regard de l'intensité de l'obligation en cause (résultat ou moyens) (Avis ISDC pp. 12-13). Dans le cadre des obligations de résultat, soit lorsque le débiteur est tenu de réaliser un résultat déterminé, le fait que ce résultat n'ait pas été réalisé constitue à lui seul la preuve de l'inexécution contractuelle et la preuve d'une faute n'est pas nécessaire (présomption de responsabilité), sauf si le débiteur prouve qu'il y a eu cas de force majeure. Dans le cadre des obligations de moyens, soit lorsque le débiteur s'oblige à mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour atteindre un objectif fixé, il s'agit d'établir que la non-obtention du résultat envisagé est due à une faute du débiteur, laquelle consiste à ne pas avoir correctement utilisé les moyens dont il disposait pour atteindre ce résultat. Il existe également des obligations de moyens renforcées ou des obligations de résultat atténuées à propos desquelles pèse sur le débiteur une présomption simple de faute pouvant être renversée par la preuve de l'absence de faute. Le créancier est en outre tenu de prouver l'existence de son préjudice invoqué et d'un lien de causalité (Avis ISDC pp. 13-15). Il convient de relever que d'autres paramètres peuvent influencer l'allocation de la charge de la preuve et impliquer un renversement de la charge de la preuve. Il s'agit des cas suivants: lorsque le justiciable est confronté à une preuve négative ou à une *probatio diabolica* comme en matière d'obligation d'information des professionnels, lorsque le justiciable se prévaut d'une situation anormale et lorsqu'une politique juridique vise à protéger les intérêts d'une partie placée en position d'infériorité tel qu'un client d'un professionnel tenu à un devoir d'information. Plus particulièrement, en matière d'obligation d'information, qui est une obligation de résultat, celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une telle obligation doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation, sachant que cette dernière n'existe que si le cocontractant ne pouvait par lui-même connaître l'information, ce que le débiteur de l'obligation doit prouver (Avis ISDC pp. 15-16).

cc) Les ordres de bourse avec service de règlement différé (ci-après OSRD) sont des opérations au comptant. Les ordres doivent recevoir une exécution immédiate par le professionnel ayant accepté, de son client, un OSRD; le différé d'exécution à la fin du mois boursier n'intéresse que les rapports entre le client et le professionnel. Le donneur d'ordres a deux obligations principales. Premièrement, il doit constituer et éventuellement compléter la garantie de son engagement, soit la couverture. La couverture doit être respectée jusqu'au jour de l'inscription définitive de l'ordre exécuté dans les comptes du donneur d'ordres, c'est-à-dire avant l'échéance de l'OSRD. Si la couverture déposée devient inférieure à la couverture minimale exigée, le membre du marché sera tenu de liquider totalement ou partiellement les engagements ou

positions du donneur d'ordres. Deuxièmement, il doit régler le prix ou livrer des titres dus à l'échéance de l'OSRD, soit à la fin du mois boursier. En cas de défaillance du donneur d'ordres constatée le jour d'ouverture du marché suivant le jour où il devait exécuter son engagement, le membre du marché procède, sans mise en demeure préalable, à la revente des instruments financiers achetés (cf. art. 4-1-35 du Règlement général CMF; Avis ISDC pp. 17 ss). En matière de droit boursier, les dispositions légales et réglementaires pertinentes obligent le prestataire à évaluer la compétence professionnelle du client et à mettre ce dernier en garde contre les risques encourus par les opérations boursières. Le prestataire a donc une obligation d'information personnalisée (cf. art. L533-4 Code monétaire et financier; art. 3-3-5 Règlement CMF; art. 7 Décision CMF no 99-07). dd) L'obligation de mise en garde n'est due qu'à la double condition que l'investisseur soit non averti et que les opérations litigieuses soient spéculatives, ce qui est le cas des opérations effectuées sur le marché avec SRD. L'investisseur averti est celui qui, en raison de son expérience ou de sa compétence a conscience des risques présentés par ses opérations. Quelles que soient les compétences des proches ou des personnes assistant l'emprunteur, la qualité d'averti ne peut être vérifiée qu'en la personne de l'investisseur. L'appréciation se fait notamment au regard de l'historique des opérations réalisées par l'investisseur (nombre et montants), de son expérience s'agissant du marché concerné voire de certains produits spécifiques, de sa profession et de ses connaissances supposées du fonctionnement des marchés financiers. C'est à la société de bourse de rapporter la preuve que son client a la qualité d'investisseur averti (Avis ISDC pp. 21 ss). L'information sur le fonctionnement et les risques du marché à règlement différé SRD lors de la signature de la convention de compte doit être complète, précise et adaptée à la situation personnelle du client. L'information stéréotypée, le simple renvoi aux clauses de la Charte de la société de bourse ou la simple déclaration de connaissance de risques sans qu'aucun élément d'alerte ne figure de manière distinctive sont insuffisants comme avertissement sur les risques élevés de perte inhérents aux opérations à règlement différé, soit insuffisants à rapporter la preuve que la société boursière a exécuté son obligation de mise en garde. Dans un tel cas, l'évaluation du dommage du client est gouvernée par le principe de la réparation intégrale du dommage et l'indemnité versée se mesure exclusivement à l'aune de la valeur du dommage. Toutefois, dès lors que l'existence ou l'étendue du préjudice découlant du manquement au devoir d'information dépendait d'un événement aléatoire auquel la victime n'a pas pu participer, seule la perte de chance de mieux investir ses capitaux est réparée et elle ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. Il en résulte que lorsque le client invoque le défaut de mise en garde dans le cadre d'une demande reconventionnelle, le montant qu'il peut espérer ne compensera jamais celui exigé par l'intermédiaire en paiement du solde débiteur de son compte. En revanche, la condamnation peut être importante si, d'une part, le montant investi et la perte enregistrée l'était aussi et que, d'autre part, les circonstances laissent penser que l'information qui n'a pas été donnée aurait pu conduire la victime à prendre une décision qui aurait modifié le cours des choses. Plus la probabilité est grande que l'investisseur aurait maintenu son choix si l'information lui avait été délivrée, moins l'indemnité sera élevée. Il convient de relever que l'appréciation du dommage n'est pas influencée par le comportement du responsable de l'inexécution, ni par la situation financière du créancier lésé ou du débiteur, et que la victime n'a pas d'obligation de minimiser son dommage, mais qu'une éventuelle faute de la victime qui aurait commis une imprudence manifeste peut conduire à l'exonération partielle du débiteur (Avis ISDC pp. 26 ss). ee) La réglementation relative à l'obligation de couverture étant édictée tant dans

l'intérêt de l'intermédiaire et de la sécurité du marché que dans celui du donneur d'ordres, ce dernier peut invoquer à son profit le non-respect de cette obligation pour engager la responsabilité de la banque. La constitution de la couverture est un préalable à l'exécution de l'ordre et est calculée en pourcentage des positions (cf. art. 3 Décision CMF no 2000-04). L'acceptation sans couverture correspondante d'un OSRD constitue une faute grave du prestataire. En outre, ce dernier est tenu de veiller au respect de l'obligation de couverture et de procéder à sa réévaluation quotidienne (art. 8 al. 1 Décision CMF no 2000-04), voire lors de chaque opération. Il doit également mettre en demeure le client de compléter ou de reconstituer sa couverture dès qu'elle est insuffisante et quelle que soit l'origine de l'insuffisance, ceci dans le délai d'un jour d'ouverture de marché et par tous les moyens (téléphone, courrier électronique, message d'alerte automatique lors de la connexion du client sur le site du courtier en ligne) (art. 8 al. 2 Décision CMF no 2000-04). Dans la mesure où, selon la jurisprudence, il est préférable d'indiquer, dans la mise en demeure, la somme nécessaire pour compléter la couverture, si la société n'a pas précisé le montant concerné et que le client verse une somme qui est encore insuffisante, la société devra l'en aviser avant de liquider ses positions. Pour la doctrine majoritaire, le préjudice résultant du défaut d'appel de couverture équivaut à la totalité des pertes et non à une perte de chance de ne pas initier d'opérations sur le marché à terme et d'échapper au risque de pertes (Avis ISDC pp. 35 ss et p. 60). En vertu de l'art. 10 al. 1 Décision CMF no 99-07, lorsqu'il tient lui-même le compte d'espèces et d'instruments financiers de son client, le prestataire habilité doit disposer d'un système automatisé de vérification du compte; en cas d'insuffisance des provisions et des couvertures, le système doit assurer le blocage de l'entrée de l'ordre; le client est avisé, à la lecture de l'écran, des raisons du blocage et il est appelé à régulariser sa situation. Cette obligation existe quels que soient les risques de l'opération (portant ou non sur des produits spéculatifs) et même si l'investisseur est averti. Le seul fait que le blocage des ordres n'ait pas été réalisé constitue à lui seul la preuve de l'inexécution contractuelle. La preuve d'une faute n'est pas nécessaire. Si le débiteur ne veut pas être tenu responsable de l'inexécution contractuelle, il doit prouver le cas de force majeure (art. 1147 CCF). Ainsi, le risque du défaut de preuve de l'existence d'un système automatisé de vérification du compte afin d'assurer le blocage de l'entrée de l'ordre en cas d'insuffisance de provision ou de couverture sera supporté par le débiteur de cette obligation. Le préjudice consiste en la totalité des pertes subies, quelle que soit la qualité du donneur d'ordre et quel que soit son comportement, même fautif (Avis ISDC pp. 39 ss). Dès que les règles de la couverture ne sont plus respectées, le prestataire doit liquider partiellement ou totalement les positions du client (art. 4-1-35-1 Règlement CMF; art. 8 al. 2 et 3 Décision CMF no 2000-04). Sauf à ce que le prestataire et le client soient convenus de modalités différentes, le prestataire commence par réduire la position du client avant de réaliser tout ou partie de la couverture. L'art. 10 Décision CMF no 2000-04 précise que dans le cas d'une réduction et de la réalisation de tout ou partie de la couverture, le prestataire adresse au donneur d'ordres les avis d'opéré et les arrêtés de compte correspondants par lettre recommandée. En pratique, les courtiers en ligne procèdent au déblocage des positions un jour de négociation après l'envoi d'un courrier électronique, sans prévoir de nouvelle alerte au client. S'il l'a précisé au client lors de la mise en demeure, le prestataire peut agir sur la base de la réévaluation quotidienne faite après l'expiration du délai d'un jour de bourse. Le prestataire n'a pas d'obligation de s'assurer que le prix de liquidation des positions soit le plus favorable au client. La non-liquidation est considérée comme une faute du prestataire qui doit indemniser le client à hauteur de la totalité des pertes subies, quels que soit la qualité (profane ou

avertie) ou le comportement (fautif ou non) du donneur d'ordre. Lorsque le prestataire procède à la liquidation avant l'expiration du délai qu'il avait accordé pour la reconstitution de la couverture, le préjudice indemnisable correspond à la perte subie du fait de l'augmentation de la valeur de l'action dans cet intervalle de temps. Il convient de relever que si la réévaluation effectuée après l'expiration du délai d'un jour de bourse ne justifie plus la réduction de la position, le prestataire dans ce cas ne doit pas, en se fondant sur la réévaluation faite avant l'envoi de la mise en demeure à son client, réduire néanmoins la position (Avis ISDC pp. 42 ss et p. 62). Le 4 novembre 2008, la Cour de Cassation de Paris a rendu un arrêt selon lequel la spéculation en ligne non provisionnée engageait la responsabilité du teneur de compte en application des art. 1147 CCF, art. L.533-4 du Code monétaire et financier, et art. 10 Décision CMF no 99-07. Selon cet arrêt, lorsque le prestataire fournit les services de réception et de transmission d'ordres via Internet, il est tenu de disposer d'un système de vérification du compte et d'assurer un blocage de l'entrée de l'ordre en cas d'insuffisance de provisions et de couvertures. La Cour a précisé qu'en matière de spéculation boursières en ligne, le blocage de l'ordre en cas d'insuffisance du compte constituait une obligation de résultat sanctionnée par la responsabilité contractuelle du teneur de compte. Il s'agissait d'un revirement jurisprudentiel, les juges appliquant désormais le principe suivant lequel le donneur d'ordre a la faculté de se prévaloir directement de la violation par le prestataire de ses obligations en matière de couverture, cette violation entraînant l'engagement automatique de sa responsabilité. ff) L'art. 12 Décision CMF no 00-07 prévoit que, à la suite de la réception des ordres de bourse, le prestataire adresse au client un message demandant de confirmer l'ordre. Si plusieurs dispositions prévoient l'obligation d'horodation dès la réception des ordres de bourse, le droit français n'oblige pas le prestataire à émettre un accusé de réception à la suite de la réception des ordres de bourse. En revanche, le prestataire doit constituer et conserver la preuve de la réception et de l'exécution des ordres de bourse, afin de lui permettre de démontrer qu'il a été diligent dans le traitement de l'ordre (art. L533-9 Code monétaire et financier; art. 3-4-4 Règlement CMF; art. 2 Décision CMF no 99-05). La convention de service liant le prestataire au donneur d'ordre précise de manière expresse les modes de preuve propres à la réception des ordres via Internet (art. 5 Décision CMF no 99-07). L'inexécution de l'horodatage des ordres (électronique ou manuel) et la violation de l'obligation de conservation constituent des manquements professionnels. Le créancier de ces obligations doit prouver son préjudice. Etant donné que la conservation des avis d'opéré sert à prouver l'exécution correcte de l'obligation d'exécution des ordres de bourse, le risque de la preuve peut être mis à la charge du prestataire de services d'investissement qui est obligé de conserver cette preuve durant une période donnée et donc censé la produire pendant cette période, soit pendant cinq ans ou pendant une durée supérieure si les règles de marché ou leurs dispositions d'application le prévoient (art. 4 Décision CMF no 99-05; Avis ISDC pp. 45 ss et p. 61). L'obligation de reddition de compte du prestataire, soit l'information du client de l'exécution des ordres de bourse et des liquidations d'office, se fait par l'envoi des avis d'opéré qui doivent au moins mentionner les instruments financiers concernés, le marché sur lequel a eu lieu l'opération, la date et le prix d'exécution, ainsi que le montant de l'opération en distinguant les différents éléments du montant brut (art. 8 Décision CMF no 99-07; art. 3 Décision CMF no 98-28). Le défaut de contestation immédiate de l'avis d'opéré présume l'acceptation par le client de l'opération réalisée, mais ce dernier pourra reprocher au prestataire l'irrégularité de cette opération. Ainsi, tant qu'il n'a pas reçu les avis d'opéré, le client peut contester la régularité des ordres. La preuve de la

transmission de l'avis d'opéré incombe, en principe, au prestataire, sauf circonstances particulières telles que contestations tardives et/ou lorsque la réalité des ordres n'est pas contestée mais que seule leur ampleur l'est. Le fait de ne pas envoyer systématiquement les avis d'opéré constitue une faute professionnelle, mais le créancier doit prouver son préjudice. En outre, en cas de liquidation d'office (pour laquelle l'avis d'opéré doit être envoyé par lettre recommandée), le client peut la contester tant qu'il n'a pas reçu les avis d'opéré (Avis ISDC pp. 48 ss). gg) En cas de dysfonctionnement du système de réception d'ordres, le prestataire doit informer les utilisateurs de la nature et de la durée prévisible du dysfonctionnement, la convention de service prévoyant les équipements alternatifs mis à la disposition du client pendant l'interruption prolongée du service (art. 13 Décision CMF no 99-07). En cas d'ordres inhabituels (nature des ordres, instruments concernés ou montants en cause), le prestataire a une obligation d'information et de mise en garde du client (art. 3-3-7 Règlement CMF; art. 9 Décision CMF no 99-07). Cette obligation implique, en ce qui concerne la réception d'ordres via Internet, la mise en place d'un système permettant la détection automatique des ordres inhabituels. hh) Sous réserve de ce cas, le droit applicable n'impose pas de renseigner le client sur le calcul de l'effet de levier de chacune de ses opérations. L'information est adaptée en fonction de l'évaluation de la compétence professionnelle du client et l'alerte peut consister en une mise en garde affichée sur l'écran de ce dernier (Avis ISDC pp. 50 ss, p. 59 et p. 62). Le droit français impose dans tous les cas à l'établissement exploitant le service d'ordres boursiers de prendre des mesures de sécurité empêchant la passation des opérations d'acquisition des titres qui pourraient entraîner des situations de surinvestissement (Avis ISDC p. 62). ii) Une clause d'exclusion de responsabilité en matière d'ordre de bourse donnés par moyens télématiques est valable pour autant qu'elle ne soit pas considérée comme abusive, qu'elle ne porte pas atteinte à l'obligation essentielle du contrat et que l'intermédiaire n'ait pas commis une faute lourde ou dolosive (Avis ISDC pp. 53 ss). jj) L'inexécution d'une obligation de somme d'argent est réparée forfaitairement par l'allocation d'intérêts de retard, soit des intérêts moratoires. Le créancier n'a à démontrer ni l'existence, ni l'étendue de son préjudice. Ces intérêts courent à compter de la mise en demeure du débiteur par le créancier, sauf en cas de mauvaise foi du débiteur ou lorsque la loi dispose qu'ils courent de plein droit. La mise en demeure vise tout acte du créancier manifestant clairement sa volonté d'être payé. La créance doit être exigible, peu important qu'elle ne soit pas liquide. Le taux des intérêts moratoires est le taux légal indiqué sur le site de la Banque de France et sa fixation est semestrielle. Il convient de relever qu'un taux particulier est désormais appliqué aux personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels et que l'anatocisme est admis en droit français (art. 1153 CCF; art. L313-2 Code monétaire et financier; Avis ISDC pp. 56 ss). c) En l'espèce, chacun des défendeurs a ouvert un compte-titres auprès de la société [...], société qui a été absorbée le 1<sup>er</sup> octobre 2003 par la demanderesse par fusion, qui a repris l'ensemble de ses droits et obligations. aa) Le défendeur B. \_\_\_\_\_ Le 10 août 2001, le défendeur B. \_\_\_\_\_, alors âgé de près de 67 ans, a signé une convention d'ouverture de compte qui comprenait la Charte [...], les conditions générales, la demande d'ouverture de compte, le barème des tarifs et les règles de couverture. Selon l'art. 2 de la Charte, par sa signature, le défendeur B. \_\_\_\_\_ a déclaré connaître les règles de fonctionnement des marchés sur lesquels il pouvait opérer, ainsi que les caractéristiques des instruments financiers sur lesquels il envisageait de transmettre des ordres, être conscient des risques inhérents aux opérations qu'il allait initier et s'engager à en assumer seul les conséquences. La Charte indiquait en outre que le défendeur B. \_\_\_\_\_ était réputé disposer des compétences et

moyens nécessaires pour apprécier les caractéristiques des opérations ainsi que leurs risques. Il s'engageait également à faire part à la société des difficultés rencontrées dans le cadre du fonctionnement de son compte ou en raison d'une connaissance insuffisante des règles de marché afin qu'il puisse obtenir une information appropriée et préalable à toute opération. S'agissant de l'information fournie par la société, l'art. 4 de la Charte prévoyait qu'en plus de l'information disponible sur le site Internet, la société adresserait au défendeur notamment un avis d'opéré résumant les caractéristiques de chaque opération dans les vingt-quatre heures dès l'exécution de l'ordre (consultable par voie électronique ou envoyé par courriel) et chaque mois un relevé retraçant les opérations effectuées dans le cadre du SRD. L'art. 5 indiquait que les ordres pouvaient être transmis par Internet, Minitel, téléphone, téléphonie mobile ou tout autre moyen de communication à distance, courrier ou fax, et qu'à réception de l'ordre, il était demandé au client une confirmation de l'ordre, qui était alors horodatée et qui donnait lieu à un accusé de réception. Il était mentionné que l'exécution de l'ordre était subordonnée à la présence préalable sur le compte du client des instruments financiers nécessaires. En outre, l'ordre n'était exécuté que si les conditions du marché le permettaient et qu'il satisfaisait à toutes les conditions légales, réglementaires et contractuelles applicables. S'agissant de l'avis d'opéré, la Charte prévoyait que le client pouvait le contester par lettre recommandée avec accusé de réception dans un délai de septante-deux heures suivant la réception de l'avis d'opéré, celle-ci étant réputée être le deuxième jour ouvrable suivant la date d'exécution de l'ordre pour les clients demeurant en France et le troisième jour ouvrable suivant pour les autres clients. Le préjudice causé par l'absence de diligence à faire valoir une contestation était supporté par le client. Quant aux réclamations portant sur le compte-espèces, elles devaient être formulées par lettre recommandée avec accusé de réception dans un délai d'un mois suivant la réception du relevé de compte. L'art. 6 de la Charte indiquait qu'après validation de la saisie d'un ordre, il était procédé à un contrôle de l'existence sur le compte d'une couverture suffisante pour un OSRD. Lorsque la couverture exigée par le Règlement CMF n'était pas constituée préalablement à la passation de l'ordre, la société était dans l'obligation de refuser l'OSRD, le système rejetant l'ordre et en informant le client. En cas de couverture insuffisante, la Charte prévoyait qu'il était demandé, par tous moyens (téléphone, message électronique, courrier simple et/ou courrier recommandé avec accusé de réception) au client de reconstituer la couverture minimale. Faute de reconstitution de la couverture dans le délai d'un jour de bourse à compter de la demande, la société pouvait liquider tout ou partie de ses engagements. Enfin, l'art. 11 de la Charte mentionnait que la société ne pouvait être tenue responsable de tous dommages directs ou indirects subis par le client du fait de l'utilisation de ses services, de leur inaccessibilité, ainsi que d'une mauvaise utilisation ou d'une utilisation non autorisée par le client, celui-ci acceptant expressément d'assumer la responsabilité pleine et entière des opérations initiées ainsi que de leurs conséquences. Il prévoyait également que la société n'était pas responsable des conséquences pouvant affecter le compte du client résultant d'un cas de force majeure ou d'autres circonstances échappant à son contrôle raisonnable, notamment une interruption, un dysfonctionnement ou une erreur dans un système de communication entre la société et le client, voire en cas de perturbation ou d'interruption engendrant des difficultés de transmission ou de réception par voie télématique résultant d'un cas de force majeure ou d'autres circonstances échappant à son contrôle raisonnable. La société ne pouvait être tenue responsable des préjudices directs ou indirects en résultant. Entre le 25 juin et le 20 septembre 2002, 133 opérations de négoce ont été effectuées sur le compte du défendeur B. \_\_\_\_\_, duquel 30'000 titres Alcatel ont

été achetés pour un montant brut de EUR 153'900.- le 26 juillet 2002 et 45'000 titres Alcatel ont été achetés en deux ordres distincts pour un montant brut de EUR 218'150.- le 5 août 2002. Tous les ordres passés via le site Internet de la société [...] ont été effectués au moyen du système d'ordre à service de règlement différé (OSRD). Jusqu'au vendredi 13 septembre 2002, le défendeur B. \_\_\_\_\_ disposait de la couverture nécessaire sur son compte. A cette date, par le biais de son ami M. \_\_\_\_\_ qui l'aidait à gérer son portefeuille de titres amicalement, il a passé huit ordres SRD sur les titres Alcatel-Lucent: deux ventes de 15'000 et 10'000 titres, et six achats de 75'000 titres au total. Le montant brut total de ces ordres SRD s'est élevé à EUR 196'550.-. Au moment de la passation des ordres d'achat, la mention « anomalie » est apparue sur l'écran. En revanche, aucune inscription des ordres donnés n'est apparue dans la rubrique « ordre en attente » du site et aucun titre n'a été signalé comme acheté dans la rubrique « position ». M. \_\_\_\_\_ a alors renouvelé les opérations d'ordre d'achat des titres à trois ou quatre reprises, mais la mention « anomalie » est à nouveau apparue à chaque fois. Aucun message d'explication relatif à cette anomalie, ni aucune information sur la durée prévisible du dysfonctionnement ou sur le comportement à adopter face à une indication d'anomalie n'a été envoyé. Aucun message de confirmation n'a été envoyé par la demanderesse, aucun accusé de réception horodatant la confirmation des ordres donnés n'a été adressé, ni aucun avis d'opéré. Les ordres d'achat ont toutefois été exécutés, sans qu'une information relative à leur exécution n'ait été transmise par la demanderesse. Si M. \_\_\_\_\_ a tenté de joindre [...] par téléphone, sans succès, il n'a pas été fait part d'une perturbation des services de [...] le jour même, et la validité des ordres passés le 13 septembre 2002 n'a pas été remise en cause le jour même. Le lundi 16 septembre 2002, M. \_\_\_\_\_ a téléphoné à N. \_\_\_\_\_ pour lui indiquer que des ordres avaient été passés alors qu'il pensait que tel n'était pas le cas. N. \_\_\_\_\_ a répondu qu'il allait régulariser la situation. Le mardi 17 septembre 2002, le titre Alcatel-Lucent a subi une forte baisse et a clôturé à - 9,2% au soir, ne valant à ce moment plus que EUR 3.35, alors qu'il était coté à EUR 3.83 à l'ouverture de la bourse le jour même, à EUR 4.05 à l'ouverture de la bourse le 13 septembre 2002 et à EUR 5.080 à la clôture le 2 septembre 2002. Le même jour, M. \_\_\_\_\_ a téléphoné à N. \_\_\_\_\_ puisque la situation n'avait pas été régularisée à la suite de leur conversation du jour précédent et que le compte du défendeur B. \_\_\_\_\_ apparaissait en dépassement de couverture à la clôture des marchés le soir. Le mercredi 18 septembre 2002 à 10h45, la société [...] a informé le défendeur B. \_\_\_\_\_ par courriel du fait que son compte présentait des engagements à terme non couverts et qu'il devait alléger ses positions ou approvisionner le compte afin d'en reconstituer la couverture. Il a en outre reçu confirmation téléphonique de ce courriel et de son obligation de régulariser le dépassement de couverture dans un délai d'un jour de bourse. Le jeudi 19 septembre 2002, [...] a confirmé au défendeur B. \_\_\_\_\_ à deux reprises par téléphone que le dépassement de couverture de son compte devait être régularisé dans la journée et que les positions seraient vendues si cela n'était pas le cas. N'étant pas encore débiteur espèces à ce moment-là, le défendeur B. \_\_\_\_\_ a sollicité un délai supplémentaire d'un jour pour couvrir ses positions. Sa requête a été refusée et il lui a été indiqué que ses positions seraient soldées le lendemain matin. Il n'a pas procédé à la régularisation requise et la valeur des titres Alcatel-Lucent a continué à baisser jusqu'au 20 septembre 2002. Le vendredi 20 septembre 2002, [...] a vendu 96'693 actions du défendeur B. \_\_\_\_\_ à un prix unitaire de EUR 2,18. Du 23 au 24 septembre 2002, il n'était pas possible d'accéder au site internet de [...]. Le 25 septembre 2002, le site internet était à nouveau accessible mais l'historique des transactions depuis l'ouverture des comptes avait été effacé. Le 1 er octobre

2002, le compte titres du défendeur B. \_\_\_\_\_ présentait un solde débiteur de EUR 67'047.68. Par courrier recommandé avec accusé de réception du 8 octobre 2002, [...] a mis le défendeur B. \_\_\_\_\_ en demeure de régulariser son solde espèces débiteur et de payer la somme de EUR 67'047.68. Il n'a pas donné suite à cette mise en demeure. bb) La défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_ : Le 28 novembre 2001, la défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_, musicienne, alors âgée de près de soixante ans, a signé une convention d'ouverture de compte qui comprenait la Charte [...], les conditions générales, la demande d'ouverture de compte, le barème des tarifs et les règles de couverture. Elle a été reçue personnellement dans les bureaux de [...] et le fonctionnement des marchés ainsi que leurs risques inhérents lui ont été expliqués. Elle a en outre été informée à plusieurs reprises par courriers électroniques et par téléphone des dangers potentiels liés aux transactions boursières spéculatives. Entre le 28 décembre 2001 et le 20 septembre 2002, 315 opérations de négoce ont été effectuées sur son compte no [...], duquel 35'030 titres Alcatel ont été achetés en trois ordres distincts pour un montant brut de EUR 226'787.16 le 3 juillet 2002, 40'000 titres Alcatel ont été achetés en deux ordres distincts pour un montant brut de EUR 236'340.- le 23 juillet 2002 et 85'000 titres Alcatel ont été achetés en cinq ordres distincts pour un montant brut de EUR 410'750.- le 3 septembre 2002, avec vente concurrente le même jour de 60'000 titres pour un montant brut de EUR 280'200.-. Tous les ordres passés via le site Internet de la société [...] ont été effectués au moyen du système d'ordre à service de règlement différé (OSRD). Jusqu'au vendredi 13 septembre 2002, la défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_ disposait de la couverture nécessaire sur son compte. A cette date, par le biais de son ami M. \_\_\_\_\_ qui l'aidait à gérer son portefeuille de titres amicalement, elle a passé six ordres SRD sur les titres Alcatel-Lucent: deux ventes de 25'000 et 10'000 titres, et quatre achats de 26'919, 20'000, 10'000 et 8'081 titres. Le montant brut total de ces ordres SRD s'est élevé à EUR 118'211.62. Au moment de la passation des ordres d'achat, la mention « anomalie » est apparue sur l'écran. En revanche, aucune inscription des ordres donnés n'est apparue dans la rubrique « ordre en attente » du site et aucun titre n'a été signalé comme acheté dans la rubrique « position ». M. \_\_\_\_\_ a alors renouvelé les opérations d'ordre d'achat des titres à trois ou quatre reprises, mais la mention « anomalie » est à nouveau apparue à chaque fois. Aucun message d'explication relatif à cette anomalie, ni aucune information sur la durée prévisible du dysfonctionnement ou sur le comportement à adopter face à une indication d'anomalie n'a été envoyé. Aucun message de confirmation n'a été envoyé par la demanderesse, aucun accusé de réception horodatant la confirmation des ordres donnés n'a été adressé, ni aucun avis d'opéré. Les ordres d'achat ont toutefois été exécutés, sans qu'une information relative à leur exécution n'ait été transmise par la demanderesse. Si M. \_\_\_\_\_ a tenté de joindre [...] par téléphone, sans succès, il n'a pas été fait part d'une perturbation des services de [...] le jour même, et la validité des ordres passés le 13 septembre 2002 n'a pas été remise en cause le jour même. Le lundi 16 septembre 2002, M. \_\_\_\_\_ a téléphoné à N. \_\_\_\_\_ pour lui indiquer que des ordres avaient été passés alors qu'il pensait que tel n'était pas le cas. N. \_\_\_\_\_ a répondu qu'il allait régulariser la situation. Le mardi 17 septembre 2002, le titre Alcatel-Lucent a subi une forte baisse et a clôturé à - 9,2% au soir, ne valant à ce moment plus que EUR 3.35, alors qu'il était coté à EUR 3.83 à l'ouverture de la bourse le jour même, à EUR 4.05 à l'ouverture de la bourse le 13 septembre 2002 et à 5.080 à la clôture le 2 septembre 2002. Le même jour, M. \_\_\_\_\_ a téléphoné à N. \_\_\_\_\_ puisque la situation n'avait pas été régularisée à la suite de leur conversation du jour précédent et que le compte de la défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_ apparaissait en dépassement de couverture à la clôture des marchés le soir.

Le mercredi 18 septembre 2002 à 10h45, la société [...] a informé la défenderesse A.Q.\_\_\_\_\_ par courriel du fait que son compte présentait des engagements à terme non couverts et qu'elle devait alléger ses positions ou approvisionner le compte afin d'en reconstituer la couverture. Elle a en outre reçu confirmation téléphonique de ce courriel et de son obligation de régulariser le dépassement de couverture dans un délai d'un jour de bourse. Le jeudi 19 septembre 2002, [...] a confirmé à la défenderesse A.Q.\_\_\_\_\_ à deux reprises par téléphone que le dépassement de couverture de son compte devait être régularisé dans la journée et du fait que les positions seraient vendues si cela n'était pas le cas. Elle n'a pas procédé à la régularisation requise et la valeur des titres Alcatel-Lucent a continué à baisser jusqu'au 20 septembre 2002. Le vendredi 20 septembre 2002, [...] a vendu 153'012 actions de la défenderesse A.Q.\_\_\_\_\_ à un prix unitaire de EUR 2,26. Du 23 au 24 septembre 2002, il n'était pas possible d'accéder au site internet de [...]. Le 25 septembre 2002, le site internet était à nouveau accessible mais l'historique des transactions depuis l'ouverture des comptes avait été effacé. Le 1<sup>er</sup> octobre 2002, le compte titres de la défenderesse A.Q.\_\_\_\_\_ présentait un solde débiteur de EUR 117'613.47. Par courrier recommandé avec accusé de réception du 8 octobre 2002, [...] a mis la défenderesse A.Q.\_\_\_\_\_ de régulariser son solde espèces débiteur et de payer la somme de EUR 117'613.47. Elle n'a pas donné suite à cette mise en demeure. cc) Les défendeurs feu B.Q.\_\_\_\_\_ et A.Q.\_\_\_\_\_ : Le 22 janvier 2002, les défendeurs feu B.Q.\_\_\_\_\_, alors retraité, âgé de près de 72 ans, et A.Q.\_\_\_\_\_ ont signé une convention d'ouverture de compte qui comprenait la Charte [...], les conditions générales, la demande d'ouverture de compte, le barème des tarifs et les règles de couverture. Entre le 25 juin et le 20 septembre 2002, 127 opérations de négoce ont été effectuées sur leur compte no [...]. Tous les ordres passés par les défendeurs via le site Internet de la société [...] ont été effectués au moyen du système d'ordre à service de règlement différé (OSRD). Jusqu'au vendredi 13 septembre 2002, les défendeurs feu B.Q.\_\_\_\_\_ et A.Q.\_\_\_\_\_ disposaient de la couverture nécessaire sur leur compte. A cette date, par le biais de leur ami M.\_\_\_\_\_ qui les aidait à gérer leur portefeuille de titres amicalement, ils ont passé trois ordres SRD sur les titres Alcatel-Lucent: deux ventes de 30'000 et 10'000 titres, et un achat de 40'000 titres. Ces transactions ont permis de réaliser un bénéfice brut de EUR 1'700.-, les 40'000 titres ayant été vendus pour un montant brut de EUR 160'100.- et les 40'000 nouveaux titres ayant été achetés pour un montant brut de EUR 158'400.-. Au moment de la passation des ordres d'achat, la mention « anomalie » est apparue sur l'écran. En revanche, aucune inscription des ordres donnés n'est apparue dans la rubrique « ordre en attente » du site et aucun titre n'a été signalé comme acheté dans la rubrique « position ». M.\_\_\_\_\_ a alors renouvelé les opérations d'ordre d'achat des titres à trois ou quatre reprises, mais la mention « anomalie » est à nouveau apparue à chaque fois. Aucun message d'explication relatif à cette anomalie, ni aucune information sur la durée prévisible du dysfonctionnement ou sur le comportement à adopter face à une indication d'anomalie n'a été envoyé. Aucun message de confirmation n'a été envoyé par la demanderesse, aucun accusé de réception horodatant la confirmation des ordres donnés n'a été adressé, ni aucun avis d'opéré. Les ordres d'achat ont toutefois été exécutés, sans qu'une information relative à leur exécution n'ait été transmise par la demanderesse. Si M.\_\_\_\_\_ a tenté de joindre [...] par téléphone, sans succès, il n'a pas été fait part d'une perturbation des services de [...] le jour même, et la validité des ordres passés le 13 septembre 2002 n'a pas été remise en cause le jour même. Le lundi 16 septembre 2002, M.\_\_\_\_\_ a téléphoné à N.\_\_\_\_\_ pour lui indiquer que des ordres avaient été passés alors qu'il pensait que tel n'était pas le cas. N.\_\_\_\_\_ a répondu

qu'il allait régulariser la situation. Le mardi 17 septembre 2002, le titre Alcatel-Lucent a subi une forte baisse et a clôturé à - 9,2% au soir, ne valant à ce moment plus que EUR 3.35, alors qu'il était coté à EUR 3.83 à l'ouverture de la bourse le jour même, à EUR 4.05 à l'ouverture de la bourse le 13 septembre 2002 et à 5.080 à la clôture le 2 septembre 2002. Le même jour, M. \_\_\_\_\_ a téléphoné à N. \_\_\_\_\_ puisque la situation n'avait pas été régularisée à la suite de leur conversation du jour précédent et que le compte des défendeurs feu B.Q. \_\_\_\_\_ et A.Q. \_\_\_\_\_ apparaissait en dépassement de couverture à la clôture des marchés le soir. Le mercredi 18 septembre 2002 à 10h45, la société [...] a informé les défendeurs feu B.Q. \_\_\_\_\_ et A.Q. \_\_\_\_\_ par courriel du fait que leur compte présentait des engagements à terme non couverts et qu'ils devaient alléger leurs positions ou approvisionner le compte afin d'en reconstituer la couverture. Ils ont en outre reçu confirmation téléphonique de ce courriel et de leur obligation de régulariser le dépassement de couverture dans un délai d'un jour de bourse. Le jeudi 19 septembre 2002, [...] a confirmé à la défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_ à deux reprises par téléphone que le dépassement de couverture du compte ouvert avec feu B.Q. \_\_\_\_\_ devait être régularisé dans la journée et du fait que les positions seraient vendues si cela n'était pas le cas. Ils n'ont pas procédé à la régularisation requise et la valeur des titres Alcatel-Lucent a continué à baisser jusqu'au 20 septembre 2002. Le vendredi 20 septembre 2002, [...] a vendu 153'949 actions des défendeurs A.Q. \_\_\_\_\_ et feu B.Q. \_\_\_\_\_ à un prix unitaire de EUR 2,26. Du 23 au 24 septembre 2002, il n'était pas possible d'accéder au site internet de [...]. Le 25 septembre 2002, le site internet était à nouveau accessible mais l'historique des transactions depuis l'ouverture des comptes avait été effacé. Le 1<sup>er</sup> octobre 2002, le compte titres des défendeurs A.Q. \_\_\_\_\_ et B.Q. \_\_\_\_\_ présentait un solde débiteur de EUR 118'471.40. Par courrier recommandé avec accusé de réception du 8 octobre 2002, [...] a mis les défendeurs feu B.Q. \_\_\_\_\_ et A.Q. \_\_\_\_\_ en demeure de régulariser leur solde espèces débiteur et de payer la somme de EUR 118'471.40. Ils n'ont pas donné suite à cette mise en demeure. d) aa) Les défendeurs ont tous été liés à la demanderesse par des contrats de courtage boursier en ligne auxquels s'appliquent les dispositions du Code monétaire et financier, du Règlement général CMF du 18 décembre 2000, la Décision CMF no 2000-04 relative à la couverture des ordres avec service de règlement et de livraison différés, la Décision CMF no 99-05 relative à la conservation des données afférentes aux transactions sur les instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé, la Décision CMF no 99-07 relative aux prescriptions et recommandations pour les prestataires de services d'investissement offrant un service de réception-transmission ou d'exécution d'ordres de bourses comportant une réception des ordres via internet, ainsi que le Code civil français. Les parties ont en outre admis que la Charte de la société [...], à laquelle le contrat d'ouverture de compte-titres signé par chacun des défendeurs renvoie et qui en fait partie intégrante, est également applicable. bb) Si la défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_ a été reçue dans les bureaux de la société [...] personnellement afin d'obtenir directement des informations relatives au service de prestations de la société et a obtenu des détails par courriels et entretiens téléphoniques ultérieurs, il ne ressort pas de l'instruction que cela ait également été le cas des autres défendeurs. En outre, le contenu précis de ces informations n'a pas été allégué, ni a fortiori établi. La cour de céans ne peut donc que retenir que les informations obtenues étaient celles figurant dans la Charte. Celles-ci étaient stéréotypées et non pas personnalisées. Elles n'étaient en outre pas adaptées aux compétences des défendeurs. En effet, même si c'est M. \_\_\_\_\_ qui a procédé aux opérations boursières sur les comptes des défendeurs, il importe peu de savoir s'il avait les compétences nécessaires

pour ce faire. Il convient bien plutôt de déterminer si les titulaires des comptes, eux, pouvaient être considérés comme des investisseurs avertis ou si une obligation particulière d'information et de mise en garde leur était due par la demanderesse. Or, il ne ressort pas de l'instruction que les défendeurs étaient des investisseurs professionnels, ni qu'ils étaient tous expérimentés dans le domaine des investissements boursiers depuis de nombreuses années. Il apparaît en revanche que les défendeurs, tous âgés de plus de 60 ans au moment de la conclusion des contrats avec la demanderesse, n'avaient aucune connaissance du fonctionnement des marchés financiers et qu'ils ont effectué des opérations boursières uniquement par le biais de M. \_\_\_\_\_ pour cette raison justement. La demanderesse n'a donc pas apporté la preuve que les défendeurs avaient la qualité d'investisseurs avertis. Dans la mesure où les opérations litigieuses étaient en outre effectuées sur le marché avec SRD et qu'elles étaient ainsi spéculatives, la demanderesse avait une obligation particulière d'information et de mise en garde. Selon l'art. 2 de la Charte, les défendeurs déclaraient, par leur signature, connaître les règles de fonctionnement des marchés sur lesquels ils pouvaient opérer, ainsi que les caractéristiques des instruments financiers sur lesquels ils envisageaient de transmettre des ordres et être conscients des risques inhérents aux opérations qu'ils allaient initier. Or, une telle déclaration de connaissance de risques sans qu'aucun élément d'alerte ne figure de manière distinctive et la simple information stéréotypée figurant dans la Charte [...] ainsi que dans les documents d'ouverture de compte qui renvoyaient à dite Charte sont des avertissements insuffisants sur les risques élevés de perte inhérents aux opérations à règlement différé. Dans la mesure où, en matière d'obligation d'information, qui est une obligation de résultat, celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une telle obligation doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation, il apparaît que la demanderesse n'a pas réussi à démontrer qu'elle avait respecté son obligation d'information personnalisée et de mise en garde des défendeurs (art. L533-4 Code monétaire et financier ; art. 3-3-5 Règlement CMF ; art. 7 Décision CMF no 99-07).

cc) Alors que l'art. 4 de la Charte prévoyait que la demanderesse adresserait aux défendeurs notamment un avis d'opéré résumant les caractéristiques de chaque opération dans les vingt-quatre heures dès l'exécution de l'ordre (consultable par voie électronique ou envoyé par courriel) ainsi qu'un relevé mensuel retraçant les opérations effectuées dans le cadre du SRD et alors que l'art. 5 indiquait qu'à réception de l'ordre, il était demandé au client une confirmation de l'ordre, qui était alors horodatée et qui donnait lieu à un accusé de réception, reprenant ainsi les obligations qui ressortent des dispositions légales et jurisprudentielles correspondantes (art. L533-9 Code monétaire et financier, art. 3-4-4 Règlement CMF, art. 2 Décision CMF no 99-05 et art. 5 Décision CMF no 99-07), la demanderesse n'a pas produit les documents concernés qui auraient permis de prouver l'exécution correcte de son obligation d'exécution des ordres de bourse. Elle devait en outre garder ces documents pendant cinq ans (art. 4 Décision CMF no 99-05), période durant laquelle elle a d'ailleurs ouvert action contre les défendeurs en [...] - le 24 avril 2003 devant le Tribunal de Grande Instance de [...] – et période durant laquelle la Cour d'Appel de [...] a rendu des jugements selon lesquels le procès devait être ouvert devant les autorités suisses, ce qui a été fait le 24 avril 2007, soit encore dans le délai de cinq ans. La demanderesse ne pouvait donc pas ignorer que ces documents seraient nécessaires dans la procédure. Or, elle n'a produit ni les accusés de réception horodatés établis à la suite de la réception de chacun des ordres passés par les défendeurs, ni les avis relatifs aux contrôles effectués avant l'exécution de chacun de ces ordres concernant l'existence des couvertures requises, ni les avis d'opérés établis pour l'ensemble des transactions. Elle n'a dès lors pas établi qu'elle

avait correctement exécuté ses obligations d'horodatage des ordres, de reddition de compte et de conservation des documents correspondants. Elle n'a ainsi pas pu démontrer qu'elle avait été diligente dans le traitement des ordres des défendeurs. Si ces derniers ne pouvaient contester la régularité des ordres litigieux tant qu'ils n'avaient pas reçus les avis d'opérés, il ressort toutefois de l'état de fait que, par le biais de M. \_\_\_\_\_, les défendeurs ont immédiatement réagi et mis en cause la réalité des ordres passés le vendredi 13 septembre 2002 en contactant N. \_\_\_\_\_ le lundi 16 septembre 2002 et le mardi 17 septembre 2002, soit dans le délai de septante-deux heures prévu par la Charte [...]. Il ne peut donc leur être reproché de ne pas avoir contesté la régularité des ordres et de ne pas s'être manifestés rapidement. Tout au plus pourrait-on leur reprocher de ne pas avoir alors procédé par lettre recommandée avec accusé de réception comme stipulé par la Charte. Or, il apparaît que cette exigence impliquait qu'ils eussent reçu l'avis d'opéré à contester. Si celui-ci est réputé avoir été reçu, selon la Charte, le troisième jour ouvrable suivant la date d'exécution de l'ordre pour les clients demeurant hors de [...], la demanderesse aurait été capable de le produire en procédure, ce qu'elle n'a pas fait. On ne peut donc en déduire que ces avis d'opérés ont été envoyés aux défendeurs, ni que ces derniers ont contesté tardivement la réalité des opérations litigieuses sur leurs comptes. Il en est de même s'agissant des réclamations des défendeurs portant sur leurs comptes-espèces, dès lors qu'il n'est pas non plus établi qu'ils aient reçu des relevés de compte. Au surplus, il convient de relever que l'expert judiciaire, qui a vérifié et analysé certains fichiers remis par la demanderesse, a constaté des incohérences qui se sont révélées être, par la suite et selon la demanderesse, des erreurs humaines. Ainsi, non seulement la demanderesse n'a pas conservé ou souhaité produire les documents nécessaires à la compréhension des cas litigieux, mais il apparaît qu'en outre les documents remis à l'expert contenaient des erreurs de données. dd) La Charte mentionnait que l'exécution de l'ordre était subordonnée à la présence préalable sur le compte du client des instruments financiers nécessaires – dans une proportion fixée par l'art. 3 de la Décision CMF 2000-04 –, et que l'ordre n'était exécuté que si les conditions du marché le permettaient et seulement s'il satisfaisait à toutes les conditions légales, réglementaires et contractuelles applicables. L'art. 6 de la Charte indiquait qu'après validation de la saisie d'un ordre, il était procédé à un contrôle de l'existence sur le compte d'une couverture suffisante pour un OSRD, la société étant dans l'obligation de refuser l'ordre si cela n'était pas le cas. Il était donc prévu que lorsque la couverture exigée par le Règlement CMF n'était pas constituée préalablement à la passation de l'ordre, le système rejette l'ordre et en informe le client. En l'occurrence, non seulement la demanderesse n'a pas démontré qu'elle a respecté son obligation d'exiger une couverture correspondant à un pourcentage adéquat des positions des défendeurs, mais il n'est même pas établi qu'il y ait eu validations des saisies des ordres, puisque, comme vu ci-dessus, la demanderesse n'a pas démontré qu'elle avait suivi la procédure prévue par la Charte [...], soit qu'elle aurait horodaté les ordres litigieux, en aurait demandé confirmation aux défendeurs puis aurait établi des accusés de réception qu'elle leur aurait envoyés le vendredi 13 septembre, le samedi 14 septembre, le dimanche 15 septembre, le lundi 16 septembre ou le mardi 17 septembre 2002. Elle s'est contentée d'informer les défendeurs par courriel et par téléphone le mercredi 18 septembre 2002 de ce que leurs comptes présentaient des engagements à terme non couverts et qu'ils devaient alléger leurs positions ou approvisionner leurs comptes afin d'en reconstituer les couvertures, soit qu'ils devaient régulariser les dépassements de leurs couvertures dans un délai d'un jour de bourse. Elle leur a confirmé par téléphone le jeudi 19 septembre 2002 que leurs positions seraient liquidées le lendemain

si les dépassements de couvertures de leurs comptes n'étaient pas régularisés dans la journée. Si la demanderesse a respecté ses obligations d'information en contactant les défendeurs par tous les moyens possibles (téléphone, message électronique, courrier simple et/ou courrier recommandé avec accusé de réception) et leur a demandé de reconstituer les couvertures minimales de leurs comptes dans un délai d'un jour de bourse à compter de la demande, sous réserve de liquider leurs positions à défaut (art. 8 al. 2 Décision CMF no 2000-04), il apparaît qu'elle a cependant violé son obligation de couverture, qu'elle n'a pas procédé à la réévaluation quotidienne de celle-ci, voire à sa réévaluation après chaque opération comme prévu par l'art. 6 de la Charte (art. 8 al. 1 Décision du CMF no 2000-04) et qu'elle a ainsi agi tardivement. L'expert judiciaire a confirmé que le compte de la défenderesse A.Q.\_\_\_\_\_ présentait un dépassement de couverture depuis le 13 septembre 2002, le compte de la défenderesse A.Q.\_\_\_\_\_ et du défendeur feu B.Q.\_\_\_\_\_ présentait un dépassement de couverture depuis le 13 septembre 2002 – avec un retour en couverture positive le 16 septembre 2002 avant de repasser en couverture négative à un moment non déterminé mais qui a été constaté le 17 septembre 2002 – et que le compte du défendeur B.\_\_\_\_\_ présentait un dépassement de couverture depuis le 17 septembre 2002. Dans la mesure où les défendeurs n'ont procédé à aucune opération boursière depuis le vendredi 13 septembre 2002 et que la demanderesse, obligatoirement en possession de documents démontrant l'heure exacte à laquelle est survenu le dépassement de couverture, a pris le parti de ne pas produire ces moyens de preuve, la Cour retient donc que la demanderesse aurait dû prévenir la défenderesse A.Q.\_\_\_\_\_ le vendredi 13 septembre 2002, le défendeur feu B.Q.\_\_\_\_\_ le lundi 16 septembre 2002 et le défendeur B.\_\_\_\_\_ le mardi 17 septembre 2002, soit immédiatement après la constatation du dépassement. Or, elle ne l'a fait que le mercredi 18 septembre 2002, soit tardivement et en violation de ses obligations légales et contractuelles. Il apparaît que la demanderesse a accepté des OSRD de la part des défendeurs A.Q.\_\_\_\_\_ et feu B.Q.\_\_\_\_\_ sans pouvoir établir dans le cadre de la présente procédure qu'il y avait des couvertures suffisantes lors de la répétition des ordres d'achats le vendredi 13 septembre 2002 respectivement n'a pas établi avoir informé B.\_\_\_\_\_ du dépassement de couverture survenu le 17 septembre 2002. La réglementation relative à l'obligation de couverture étant édictée tant dans l'intérêt de l'intermédiaire et de la sécurité du marché que dans celui du donneur d'ordres, les défendeurs sont donc à même d'invoquer à leur profit le non-respect de l'obligation de couverture de la demanderesse afin d'engager la responsabilité de cette dernière, dès lors qu'elle a accepté des OSRD de leur part sans couverture correspondante, respectivement qu'elle ne les a pas informés du dépassement de couverture en temps utile. Que les achats litigieux aient eu lieu de manière involontaire ou volontaire comme elle le soutient, elle devait vérifier que la couverture était suffisante pour chaque ordre et qu'elle demeurerait suffisante quelle que soit la cotation du titre. Il s'agit d'une faute grave de sa part. Le seul fait que le blocage des ordres n'ait pas été réalisé constitue à lui seul la preuve de l'inexécution contractuelle. Le préjudice résultant du défaut d'appel de couverture équivaut à la totalité des pertes, quelle que soit la qualité du donneur d'ordre et quel que soit son comportement. ee) Si ce défaut d'appels des couvertures des défendeurs tenait à la défaillance du système électronique de la demanderesse, ce que celle-ci conteste, elle aurait alors dû informer les défendeurs de la nature et de la durée prévisible du dysfonctionnement, ainsi que leur mettre à disposition des équipements alternatifs pendant l'interruption du service (art. 13 Décision CMF no 99-07), ce qu'elle n'a pas fait non plus. L'expert judiciaire n'a pu confirmer l'existence d'une défaillance des systèmes informatiques

ni le bon fonctionnement de ceux-ci et n'a pas pu tirer de conclusion ferme quant aux habitudes d'investissement des défendeurs et quant à l'effet de levier qu'ils appliquaient. Toutefois, le fait que la situation ait engendré une série d'ordres inhabituels, puisque M. \_\_\_\_\_ a passé trois ou quatre fois de suite les mêmes ordres d'achat pour chacun des défendeurs, ceci sans procéder à des ordres de vente correspondants, démontrant par là qu'il supputait que les manipulations effectuées n'avaient pas été prises en compte – et ceci à juste titre puisqu'il n'est pas établi qu'il ait alors à un quelconque moment reçu de messages de validations des saisies des ordres, ni de demandes de confirmations de ceux-ci –, atteste de l'existence d'un dysfonctionnement. De même, alors que l'effet de levier était par exemple de 1.69 le 12 septembre 2002 pour le défendeur B. \_\_\_\_\_, il est soudainement passé à 4.14 le 13 septembre 2002. Dans un tel cas de dysfonctionnement, la demanderesse avait l'obligation d'informer et de mettre en garde les défendeurs quant aux conséquences de leurs opérations notamment s'agissant du calcul de l'effet de levier de celles-ci. Cette obligation existait, que les opérations portent sur des produits spéculatifs ou non, et que les investisseurs soient avertis ou non (art. 3-3-7 Règlement CMF ; art. 9 Décision CMF no 99-07). Or, soit elle n'était pas pourvue d'un tel système de détection automatique des ordres inhabituels, soit elle n'a simplement pas respecté son obligation de mise en garde des défendeurs dans cette situation. Dans tous les cas, elle n'y a pas procédé et s'est contentée de les informer de leurs dépassements de couvertures le mercredi 18 septembre 2002. Le seul fait que le blocage des ordres n'ait pas été réalisé constitue à lui seul la preuve de l'inexécution contractuelle par la demanderesse qui ne se prévaut d'ailleurs pas d'un cas de force majeure puisqu'elle conteste le fait qu'il y ait eu un dysfonctionnement du système. Cela signifie que les opérations effectuées l'ont été sur la base de couvertures insuffisantes, respectivement qu'elles ont engendré rapidement une insuffisance de couverture. Si les défendeurs avaient obtenu immédiatement de la part de la demanderesse l'information selon laquelle les ordres réitérés de bonne foi par M. \_\_\_\_\_ avaient été pris en compte et que le système détectait une procédure inhabituelle qui impliquait une mise en garde particulière, il ne fait aucun doute que cela aurait alerté les défendeurs qui auraient alors décidé d'agir autrement, soit en cessant la passation des ordres le vendredi 13 septembre 2002, en passant des ordres de vente immédiate, ou encore en régularisant leurs couvertures. Ils ont, eux, en revanche, respecté l'art. 2 de la Charte par laquelle ils s'engageaient notamment à faire part à la demanderesse des difficultés rencontrées dans le cadre du fonctionnement de leurs comptes, puisqu'ils l'ont immédiatement informée du dysfonctionnement du système par le biais de M. \_\_\_\_\_ qui a contacté N. \_\_\_\_\_ téléphoniquement le lundi 16 septembre 2002 et le mardi 17 septembre 2002. ff) Au surplus, il importe peu que la demanderesse ait respecté son obligation de liquider les positions des défendeurs sans nouvelle alerte un jour après l'envoi du courrier électronique les informant des dépassements de leurs couvertures (art. 4-1-35-1 Règlement CMF ; art. 8 al. 2 et 3 Décision CMF no 2000-04), dès lors qu'elle y a en réalité procédé trop tardivement au regard des obligations susmentionnées qu'elle n'a pas respectées. Dans la mesure où elle aurait dû prévenir la défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_ du dépassement de couverture le vendredi 13 septembre 2002, le défendeur feu B.Q. \_\_\_\_\_ le lundi 16 septembre 2002 et le défendeur B. \_\_\_\_\_ le mardi 17 septembre 2002, elle aurait dû procéder à la liquidation de leurs positions respectivement le mardi 17 septembre 2002 s'agissant de la défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_, le mercredi 18 septembre 2002 s'agissant du défendeur feu B.Q. \_\_\_\_\_ et le jeudi 19 septembre 2002 s'agissant du défendeur B. \_\_\_\_\_, en commençant par réduire dites positions (art. 8 Décision CMF no 2000-04), au lieu d'y procéder seulement le vendredi 20 septembre 2002. Dans la mesure

où le cours du titre a baissé entre le 16 et le 20 septembre 2002, la Cour de céans relève que si les positions avaient été clôturées avant le 20 septembre 2002, soit avec un cours de bourse du titre Alcatel plus élevé, la perte aurait été moins importante et les besoins de couverture auraient été réduits d'autant. gg) Ces considérations démontrent que la demanderesse a adopté un comportement négligent voire fautif à toutes les étapes de l'exécution de ses obligations contractuelles et légales. Elle n'a notamment pas correctement informé les défendeurs du fonctionnement des marchés boursiers ainsi que de leurs risques inhérents, elle n'a pas établi d'accusés de réception horodatés des ordres ni d'avis d'opérés des transactions concernées, elle ne les a pas informés de la nature, de la durée et des démarches à effectuer en cas de dysfonctionnement du système, elle n'a pas averti les défendeurs du dépassement de leurs couvertures à temps et a procédé tardivement à la réalisation des positions concernées. Elle a ainsi violé ses devoirs d'information, de protection de l'investisseur et de diligence. La clause d'exclusion de responsabilité introduite par la demanderesse aux art. 2 et 11 de la Charte s'agissant des dommages subis par les défendeurs du fait de l'utilisation des services, de leur inaccessibilité, des conséquences résultant d'un cas de force majeure, soit notamment d'un dysfonctionnement du système, ne trouve dès lors pas application en l'espèce et la responsabilité de la demanderesse est engagée. Il apparaît que le non-respect par la demanderesse des obligations contractuelles et légales qui lui incombent est en outre en rapport de causalité avec le préjudice subi par les défendeurs. En revanche, le prétendu dommage subi par la demanderesse est dû à son propre comportement. Elle est dès lors responsable de son propre préjudice relatif à la perte survenue entre la valeur d'achat des titres litigieux le vendredi 13 septembre 2002 et leur vente le 20 septembre 2002. e) Selon les dispositions légales et la jurisprudence, le préjudice correspond soit à la perte d'une chance (violation du devoir d'information), soit à la perte totale subie (violation du devoir de couverture, défaut de vérification de l'existence d'une couverture suffisante, défaut d'appel de couverture et non-liquidation des positions). La violation de ses obligations contractuelles et légales par la demanderesse doit conduire à l'indemnisation de la totalité du préjudice des défendeurs, soit au remboursement de leurs avoirs avant la répétition des ordres due au dysfonctionnement survenu et dont l'exécution aurait dû être bloquée le vendredi 13 septembre 2002. Les soldes espèces disponibles des défendeurs avant la liquidation de leurs positions le 20 septembre 2002, s'élevaient à EUR 79'903.15 pour le défendeur B.\_\_\_\_\_, EUR 118'165.49 pour la défenderesse A.Q.\_\_\_\_\_ et à EUR 135'516.01 pour les défendeurs A.Q.\_\_\_\_\_ et feu B.Q.\_\_\_\_\_. Ces montants leur sont donc dus par la demanderesse. f) Selon l'art. 1147 CCF, le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. En vertu de l'art. 1153 CCF, des intérêts sont dus sur la condamnation au paiement d'une somme d'argent dès sommation de payer ou interpellation du créancier. Le taux des intérêts moratoires est le taux légal indiqué sur le site de la Banque de France et sa fixation est semestrielle depuis 2015. Un taux particulier est appliqué aux personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels. L'art. L313-3 du Code monétaire et financier, modifié par ordonnance du 21 avril 2006, prévoit qu'en cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire. En 2002, le taux de l'intérêt légal a été fixé à 4,26%; en 2003 à 3,29%; en 2004 à

2,27%; en 2005 à 2,05%; en 2006 à 2,11%; en 2007 à 2,95%; en 2008 à 3,99%; en 2009 à 3,79%; en 2010 à 0,65%. En l'occurrence, les intérêts commencent à courir sur les montants dus par la demanderesse aux défendeurs dès le 8 avril 2003, soit dès le lendemain de la notification de mise en demeure de rembourser le montant de leurs avoirs. Les taux suivants doivent être appliqués : en 2002, le taux de l'intérêt légal a été fixé à 4,26%; en 2003 à 3,29%; en 2004 à 2,27%; en 2005 à 2,05%; en 2006 à 2,11%; en 2007 à 2,95%; en 2008 à 3,99%; en 2009 à 3,79%; en 2010 à 0,65% ; en 2011 à 0,38% ; en 2012 à 0,71% ; en 2013 à 0,04% ; en 2014 à 0,04% ; en 2015 à 4,06% au premier semestre et à 4,29% au second semestre ; en 2016 à 4,54% au premier semestre et à 4,35% au second semestre ; en 2017 à 4,16% au premier semestre et à 3,94% au second semestre ; en 2018 à 3,73% au premier semestre et à 3,6% au second semestre ; en 2019 à 3,4% au premier semestre et à 3,26% au second semestre. Toutefois, il apparaît que les défendeurs ont conclu à un taux de 5%. Le montant de leurs conclusions est donc inférieur à ce qu'il serait si les taux d'intérêts légaux français étaient appliqués puisque l'anatocisme est admis en droit français. Or, selon l'art. 3 CPC-VD, le juge est lié par les conclusions des parties. Il peut les réduire, mais non les augmenter ni les changer. On déduit de cette disposition que le juge ne peut accorder à une partie ni plus, ni autre chose que ce qu'elle demande, ni moins que ce que reconnaît lui devoir la partie adverse. C'est ce qu'exprime l'adage latin *ne eat judex ultra petita partium*. La jurisprudence admet toutefois que, dans les causes régies par la maxime des débats, lorsque la demande tend à l'allocation de plusieurs postes de dommage reposant sur la même cause, le juge n'est lié que par le total du montant réclamé, si bien qu'il peut allouer davantage pour un poste et moins pour un autre, sans violer le principe *ultra petita* (ATF 119 II 396, rés. in SJ 1994 p. 94; TF 4P.322/2005 du 27 mars 2006 consid. 3.2.2; CREC I du 22 juillet 2009/383 consid. 3; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, n. 3 ad art. 3 CPC-VD). Ce n'est toutefois pas le cas ici et la Cour de céans ne peut qu'octroyer le montant des conclusions arrêté par les défendeurs, soit EUR 79'903.15 pour le défendeur B. \_\_\_\_\_, EUR 118'165.49 pour la défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_ et EUR 135'516.- pour les défendeurs A.Q. \_\_\_\_\_ et feu B.Q. \_\_\_\_\_, solidairement entre eux, avec intérêt à 5% l'an dès le 8 avril 2003. VI. La demanderesse a également conclu à ce que les oppositions formées par les défendeurs aux commandements de payer notifiés à sa requête par l'Office des poursuites de [...] à la défenderesse A.Q. \_\_\_\_\_ pour le montant de 185'199 fr., par l'Office des poursuites de [...] aux défendeurs A.Q. \_\_\_\_\_ et feu B.Q. \_\_\_\_\_ pour le montant de 186'550 fr., et l'Office des poursuites de [...] au défendeur B. \_\_\_\_\_ pour un montant de 105'577 fr. soient levées. Au vu des considérations qui précèdent et dans la mesure où le juge civil, saisi d'une réclamation pécuniaire ayant le même objet, peut, en même temps qu'il statue sur le fond, prononcer la mainlevée définitive de l'opposition si les conditions en sont réunies (art. 36 al. 2 LVLP; ATF 120 III 119, JdT 1997 II 72; SJ 1986 359 consid. 4; ATF 107 III 60, JdT 1983 II 90) – l'autorité qui statue sur le fond étant en effet généralement la mieux placée pour apprécier la situation en fonction de son prononcé s'agissant du paiement d'une somme d'argent déterminée (ATF 107 III 60, JT 1983 II 90) –, cette conclusion est rejetée. VII. a) Selon l'art. 92 al. 1 CPC-VD, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ceux-ci comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC-VD). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986 (BLV 177.11.3). Les débours ont trait au paiement d'une somme d'argent précise pour une

opération déterminée. A l'issue d'un litige, le juge doit rechercher lequel des plaideurs gagne le procès et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant. Lorsque aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, le juge peut réduire les dépens ou les compenser (art. 92 al. 2 CPC-VD). b) En l'espèce, obtenant entièrement gain de cause, les défendeurs A.Q.\_\_\_\_\_, feu B.Q.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ ont droit à de pleins dépens, à la charge de la demanderesse W.\_\_\_\_\_ SA, qu'il convient d'arrêter comme suit: - Pour la défenderesse A.Q.\_\_\_\_\_, le montant de 71'332 fr. 15, savoir: a) 24'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil; b) 1'200 fr. pour les débours de celui■ci; c) 46'132 fr. 15 en remboursement de son coupon de justice. - Pour le défendeur B.\_\_\_\_\_, le montant de 35'666 fr. 05, savoir: a) 12'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil; b) 600 fr. pour les débours de celui■ci; c) 23'066 fr. 05 en remboursement de son coupon de justice. - Pour les défendeurs [...], [...] et A.Q.\_\_\_\_\_, solidairement entre eux deux, le montant de 71'332 fr. 15, savoir: a) 24'000 fr. à titre de participation aux honoraires de leur conseil; b) 1'200 fr. pour les débours de celui■ci; c) 46'132 fr. 15 en remboursement de leur coupon de justice. \* \* \* \* \*

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