

# VD\_GERICHTE PT21.048354 vom 12. Februar 2025

VD Tribunal cantonal, 2025-02-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_PT21.048354](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PT21.048354)

FR: VD\_GERICHTE PT21.048354 du 12 février 2025

IT: VD\_GERICHTE PT21.048354 del 12 febbraio 2025

## Erwägungen

### E. 3

L'appelant invoque ensuite trois griefs de constatation inexacte des faits relatifs aux documents d'ouverture de compte, au seuil de liquidation et à l'évolution des marchés (appel, pp. 10-11, ch. III/B/3).

#### E. 3.1

L'appelant fait grief aux premiers juges de ne pas avoir retenu de manière explicite, dans l'état de fait du jugement attaqué, que ni les conditions générales ni le contrat lombard ne contiennent de passage qui permettraient directement ou indirectement une liquidation sans avertissement préalable (appel, pp. 6-7, ch. III/B/1). L'appelant cherche ici à démontrer qu'aucune disposition contractuelle n'offrirait à l'intimée la possibilité de réaliser les gages sans annonce préalable au client. Il soutient que les documents en question présenteraient, au vu de cette inconsistance alléguée, une ambiguïté ou un caractère insolite, qui n'aurait en conséquence pas été pris en considération par l'instance précédente. Ce faisant, on ne discerne aucune constatation inexacte des faits, mais un grief relatif à l'appréciation des documents contractuels de la banque, singulièrement sur la question de savoir si les conditions

- 26 - générales ou le contrat lombard permettraient directement ou indirectement la liquidation sans avertissement préalable du portefeuille de titres de l'appelant ou s'ils présentaient un caractère insolite. Cette question sera examinée sous l'angle du droit.

#### E. 3.2

; ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 ; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2 ; ATF 132 III 626 consid. 3.1). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2 et les arrêts cités). A cet égard, le juge part en premier lieu de la lettre du contrat. En principe, les expressions et termes choisis par les cocontractants doivent être compris dans leur sens objectif (ATF 131 III 606 consid. 4.2). Cependant, il ressort de l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas nécessairement déterminant. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres circonstances que le texte de la clause litigieuse ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 136 III 86 consid. 3.2.1). Ainsi, l'interprétation (objective) s'effectue non seulement d'après le texte et le contexte de ses déclarations, mais également sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées (ATF 135 III 295 consid. 5.2 ; ATF 132 III 626 consid. 3.1. in fine ; ATF 131 III 377 consid. 4.2.1), à l'exclusion des circonstances postérieures (ATF 135 III 295 consid.

### **E. 3.3**

L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir retenu à tort qu'à la mi-mars 2020, l'évolution des marchés financiers était incertaine, en particulier quant à un éventuel rebond des marchés au vu des mesures étatiques mises en place. Il fait valoir qu'à cette période l'évolution des marchés n'était pas plus incertaine qu'à l'habitude, et même moins au vu des mesures étatiques drastiques mises en place, si bien que la plupart des acteurs s'attendaient à une reprise. Il soutient que ce fait est décisif pour apprécier l'urgence de la situation qui a amené l'intimée à liquider son portefeuille de titres (appel, pp. 10-11).

- 27 - L'appelant ne peut pas être suivi sur ce point, il ressort du jugement attaqué qu'à la mi-mars 2020, l'évolution des marchés financiers était effectivement marquée par une incertitude significative en raison du développement de la pandémie de Covid-19 qui a provoqué un chamboulement économique extrême. S'il est constant que d'importantes interventions étatiques ont été annoncées à cette période, leur impact restait incertain (cf. notamment : interview de D. \_\_\_\_\_ de mai 2020 dans Newsletter B. \_\_\_\_\_ ; KBC Economics du 16 mars 2020 ; Newsletters d'UBS des 16 et 17 mars 2020 et France 24 du 12 mars 2020). Dans ces circonstances, les investisseurs ne pouvaient pas évaluer avec assurance l'effet des interventions étatiques ni à quelle échéance une reprise pourrait se matérialiser (ibid.). Aussi, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que l'évolution des marchés financiers et une éventuelle reprise étaient incertaines, si bien que ce grief de constatation inexacte des faits doit être rejeté.

### **E. 4.1**

; TF 4A\_202/2019 du 11 décembre 2019 consid. 5.1. et les réf. citées ;

- 39 - TF 4A\_54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 5.1.1 ; sur ces notions, cf. de Senarclens/Harrison, op. cit. in SJ 2021 II pp. 61 ss ; Werro, op. cit., n. 19a art. art. 398 CO). De la qualification du contrat passé entre la banque et le client dépendent l'objet exact et l'étendue des devoirs contractuels d'information, de conseil et d'avertissement de la banque (Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten) (TF 4A\_54/2017 précité consid. 5.1.1). Ces devoirs contractuels découlent des obligations de diligence et de fidélité ancrées dans les règles du mandat (art. 398 al. 2 CO), dans le principe de la confiance (art. 2 CC) (TF 4A\_54/2017 précité consid. 5.1.1). Dans le contrat execution only, la banque s'engage uniquement à exécuter les instructions ponctuelles d'investissement du client, sans être tenue de veiller à la sauvegarde générale des intérêts de celui-ci (TF 4A\_407/2021 précité consid. 4.2 ; TF 4A\_54/2017 précité consid. 5.1.4 ; TF 4A\_369/2015 du 25 avril 2016 consid. 2.3). Le devoir d'information de la banque est ici le plus faible: la banque n'est pas tenue d'assurer la sauvegarde générale des intérêts de son client, ni d'assumer un devoir général d'information tant au sujet des ordres donnés par celui-ci que sur le développement probable des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques (ATF 133 III 97 consid. 7.1.1 ; TF 4A\_54/2017 du précité consid. 5.1.4 et les réf. citées). Elle n'a pas à vérifier le caractère approprié de l'opération demandée par le client, ni l'adéquation de celle-ci par rapport à l'ensemble de son portefeuille. Tel est le cas lorsque le client dispose des connaissances et de l'expérience requises, qu'il n'a pas besoin d'être informé puisqu'il connaît déjà les risques liés aux placements qu'il opère et qu'il peut assumer financièrement les risques du placement. De même, la banque n'assume pas de devoir d'information lorsqu'elle communique sur demande à ses clients les attentes générales de son établissement ou de tiers sur l'évolution de certains instruments financiers (ATF 133 III 97 consid. 7.1.1 ; TF 4A\_54/2017 précité 2018 consid. 5.1.4 et les réf. citées).

## **E. 4.2**

L'effet de levier généré est l'essence du crédit lombard. L'opération consiste à s'endetter pour augmenter sa capacité d'investissement. En utilisant l'effet de levier, l'investisseur peut ainsi prendre des positions pour des montants plus importants que les actifs dont il dispose ; la différence sera financée par la banque qui exigera, d'une part, le nantissement de tout ou partie des actifs déposés et, d'autre part, une couverture appropriée en matière de fonds propres désignée « marge » (TF 4A\_412/2021 du 21 avril 2022 consid. 11.1 ; TF 4A\_450/2010 du 21 décembre 2010 consid. 5.2.1). En période de hausse des marchés, le levier accorde au client, par la mise à disposition de fonds étrangers (le crédit lombard) des actifs complémentaires pour effectuer ses opérations. Le levier est ici positif, car il permet au client de procéder à des investissements plus importants et, in fine, d'espérer un gain plus élevé. En période de baisse, l'effet de levier est négatif; il augmente le potentiel de perte, car il peut générer des appels de marge pouvant conduire à la réalisation totale ou partielle des actifs nantis. Dans cette hypothèse, le client perd non seulement ses fonds propres, mais risque de se retrouver débiteur de sa banque (Zumstein, op. cit., p. 16 et la réf. cit.).

- 29 -

## **E. 5.1**

Sous l'angle de la violation du droit, l'appelant invoque tout d'abord une violation de l'art. 8 LCD (p. 11-14 appel). Il reproche aux premiers juges de ne pas avoir examiné si les dispositions des conditions générales (art. 36), du contrat lombard (art. 6 let. d, e et f) ainsi que de l'acte de nantissement (art. 6 let. b) étaient inhabituelles, insolites et ambiguës et déloyales au sens de l'art. 8 LCD, en ne se référant qu'à la lettre de clôture du 3 novembre 2020 de l'Ombudsman. Il sied de d'ores et déjà relever que l'appelant ne plaide pas le volet « abusif » au sens de l'art. 8 LCD, à savoir une disproportion entre les droits et obligations résultant du contrat qui serait notable et injustifiée, mais se contente d'invoquer l'aspect insolite de la clause, de sorte que c'est sous cet angle là uniquement que le grief sera examiné (art. 311 al. 1 CPC). En particulier, l'appelant fait valoir que l'avis de l'Ombudsman n'était pas déterminant. Il expose que, dans sa requête, il n'avait demandé à l'Ombudsman que de se prononcer sur le caractère illicite de la liquidation, si bien que l'instance de médiation n'avait pas examiné si les dispositions des trois contrats, y compris les conditions générales, et leur interaction étaient inhabituelles, insolites et ambiguës au sens de l'art. 8 LCD. Il rappelle aussi que l'intimée n'est pas une banque standard. Il soutient que le jugement n'analyse pas de manière exhaustive l'art. 6 let. b de l'acte de nantissement, car il omet de mentionner que la banque a le droit de réaliser les valeurs en cas de perte de valeur imminente et si le donneur de gage ne satisfait pas à la demande de fournir des garanties supplémentaires dans le délai imparti. De plus, l'appelant fait valoir que le contrat lombard stipulerait que toute communication pouvait avoir lieu par courrier électronique, de sorte qu'il était en droit d'attendre qu'une communication ait lieu le cas échéant par ce moyen, afin de fournir les garanties supplémentaires. Il soutient qu'il n'était à aucun moment question de ce qu'un appel téléphonique (masqué), infructueux, ou un onglet automatique ne contenant pas les éléments nécessaires à un avertissement puissent constituer une telle communication.

- 30 - L'appelant plaide que le caractère insolite doit s'examiner de manière objective et subjective, notamment en évaluant l'expérience ou l'inexpérience du cocontractant. Or, le jugement entrepris n'examine selon l'intéressé aucunement ses connaissances, et le fait

d'avoir, par courrier du 23 mars 2020, indiqué à la banque qu'il estimait la liquidation de son portefeuille sans préavis comme un acte inimaginable ne démontre aucunement « certaines connaissances » dans le fonctionnement des marchés financiers.

## **E. 5.2**

; ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 ; ATF 132 III 626 consid. 3.1). Cela étant, il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1). L'application du principe de la confiance est une question de droit (cf. art. 106 al. 1 LTF) ; pour trancher cette question, le juge doit toutefois se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances, dont la constatation relève du fait (ATF 135 III 410 consid. 3.2). Subsidiairement, si l'interprétation selon le principe de la confiance ne permet pas de dégager le sens de clauses ambiguës, celles-ci sont à interpréter contre celui qui les a rédigées, en vertu de la règle *in dubio contra stipulatorem* (ATF 133 III 61 consid. 2.2.2.3 ; ATF 126 V 499 consid. 3b ; ATF 124 III 155 consid. lb ; ATF 122 III 118 consid. 2a ; TF 4A\_477/2022 du 6 février 2024 consid. 4.2).

### **E. 5.2.1**

Aux termes de l'art. 8 LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat. La notion de « consommation » au sens de l'art. 8 LCD est controversée en doctrine. Elle peut ainsi être définie comme l'usage d'un bien ou d'un service pour un usage personnel et familial ou étranger à l'activité professionnelle. Elle peut également se définir par rapport aux caractéristiques professionnelles de l'autre partie, l'accent étant mis sur le déséquilibre de la transaction et le besoin de protection d'une partie réputée faible. D'autres critères sont encore utilisés, comme celui de l'activité spécifique (par exemple en matière de voyages à forfait) ou de la nature du dommage (cf. not. Pascal Pichonnaz, in Pascal Pichonnaz/Vincent Martenet, *Loi contre la concurrence déloyale LCD*, Commentaire Romand, Bâle 2017, n. 124 ss ad art. 8 LCD et les réf. citées ; Florence Bettschart, *Les difficultés d'application de l'art. 8 LCD*, in Blaise Carron/Christoph Müller [éd.], *2e Journée des droits de la consommation et de la distribution*, Bâle/Neuchâtel 2016, n. 24 ss). De même, certains auteurs considèrent que l'art. 8 LCD s'applique uniquement aux contrats de consommation dite courante, portant sur des prestations correspondant à des besoins usuels (Markus Hess/Lea Ruckstuhl, *AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische*

- 31 - *Auslegeordnung*, in *AJP/PJA* 2012 p. 1195 ; Sylvain Marchand, *Art. 8 LCD : un léger mieux sur le front des intempéries*, in *Haftung und Versicherung/Responsabilité et assurance HAVE/REAS* 2011 p. 330), à l'instar de l'art. 32 CPC. Le droit de la consommation fait partie du « droit privé social », qui justifie une protection particulière de la partie faible au contrat. Or, comme le relève le Tribunal fédéral, l'acquéreur d'une voiture de luxe n'a par exemple pas de besoin particulier de protection sociale, si bien que le for spécial de l'art. 32 CPC ne s'applique pas en pareil cas (ATF 134 III 218). La position selon laquelle l'art. 8 LCD contiendrait une définition étroite de la notion de consommation peut ainsi se justifier dans un but d'uniformisation avec la procédure civile (Nicolas Kuonen, *Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du Phénix*, in *SJ* 2014 II 1 ss, p. 9).

### **E. 5.2.2**

Par conditions générales, on entend les clauses contractuelles préformulées qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'un contrat (Pichonnaz, op. cit., n. 4 ad art. 8 LCD). Leurs caractéristiques essentielles sont qu'elles ont été établies à l'avance par une partie, qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qu'elles sont envisagées pour un nombre indéfini de contrats d'une certaine nature (Pichonnaz, op. cit., n. 7 ss ad art. 8 LCD ; Koller, Art. 8 UWG : Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, in AJP/PJA 2014 p. 24). C'est généralement le cas des contrats conclus avec une banque (Koller, op. cit., p. 24 s.).

### **E. 5.2.3**

La validité des conditions générales est limitée par la règle de la clause insolite. Selon la jurisprudence, sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses insolites sur lesquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée. Le rédacteur de conditions générales doit partir de l'idée, en vertu du principe de la confiance, qu'un partenaire contractuel inexpérimenté n'accepte pas des clauses insolites. Le caractère insolite d'une clause se détermine d'après la perception de celui qui l'accepte au moment de la conclusion du contrat (ATF 138 III 411 consid. 3.1 ; ATF 135 III 1 consid. 2.1 ; TF 4A\_372/2022 du - 32 - 11 juillet 2023 consid. 3.3). Le caractère insolite doit s'apprécier objectivement – la clause conduit à un changement essentiel du caractère du contrat ou s'écarte de manière importante du cadre légal du type de contrat concerné – et subjectivement – l'(in)expérience du cocontractant dans la branche doit être évaluée (ATF 138 III 411 consid. 3.1 ; ATF 135 III 1 consid. 2.1 ; Pichonnaz, op. cit., n. 96 ad art. 8 LCD). Le fait que le contrat s'écarte de certaines informations contenues dans la publicité du cocontractant ne suffit pas à lui seul pour qualifier une clause d'insolite. Il s'agit d'un élément à prendre en compte pour établir si la clause doit être qualifiée de surprenante pour le destinataire des conditions générales, compte tenu de son inexpérience (appréciation de l'élément subjectif ; Pichonnaz, op. cit., n. 96 ad art. 8 LCD).

- 33 -

### **E. 5.3.1**

En l'espèce, il faut tout d'abord rappeler que, comme l'ont retenu les premiers juges, et l'appelant ne le conteste pas, les trois documents (les conditions générales de la banque, le contrat de crédit lombard et le contrat de nantissement) prévoyaient tous en substance que la banque pouvait exiger en tout temps de son client qu'il fournisse des garanties supplémentaires dans un certain délai et que, si le client ne satisfaisait pas à cette demande, la banque pouvait procéder à la réalisation de tout ou partie des valeurs mobilières mises en gage. Il n'y avait que l'art. 6 let. b in fine de l'acte de nantissement qui contenait une dérogation à ce régime, en prévoyant qu'en cas de menace imminente d'une rapide dévalorisation de gages, la banque n'était pas soumise à l'obligation d'avertir préalablement d'une réalisation des gages.

### **E. 5.3.2**

La question est ainsi de savoir si l'art. 6 let. b in fine de l'acte de nantissement est insolite au sens de l'art. 8 LCD.

#### **E. 5.3.2.1**

Tout d'abord s'agissant de l'élément subjectif, l'instance précédente a retenu à juste titre que l'appelant n'était pas un professionnel de la finance, mais qu'il ne semblait pas être un novice en la matière, ses déclarations dénotant certaines connaissances dans le domaine (jugement, p. 32). S'il ressort du jugement attaqué que l'appelant est ingénieur de formation (p. 2), il n'en demeure pas moins que, comme le montre le courrier électronique qu'il a adressé à l'intimée le 23 mars 2020, il n'est pas inexpérimenté en affaires et connaissait les mécanismes contractuels qu'il avait conclus avec sa banque (« Pour vous, jusque-là vous receviez des montants chaque année plus importants. Ceci grâce aux intérêts perçu [sic] au travers du crédit mise [sic] à ma disposition. De mon côté, je pouvais compter sur une distribution en dividendes en grande partie réinvestie et bien supérieure aux charges engendrées »), ceci notamment au bénéfice d'une quinzaine d'années de relations contractuelles sans particularité avec l'intimée (cf. jugement, p. 5). Il ne pouvait ainsi échapper à l'appelant, à la lecture de l'art. 6 let. b in fine de l'acte de nantissement, que l'intimée pouvait procéder à la liquidation sans avertissement préalable du portefeuille de titres de l'appelant, sans

- 34 - avoir à procéder à un appel de marge préalable. Contrairement à ce que soutient l'appelant, les premiers juges ont bel et bien analysé, à la lumière des faits retenus, les connaissances de l'intéressé en matière financière et expliqué en quoi elles lui permettaient de comprendre les droits et obligations résultant, en particulier, de l'art. 6 let. b in fine de l'acte de nantissement. Comme le montre l'intimée, on voit d'ailleurs mal quel autre examen l'instance précédente aurait dû mettre en œuvre pour se faire un avis quant aux connaissances financières dont disposait l'appelant. Quant à l'affirmation selon laquelle l'intimée ne serait pas une « banque standard », elle n'est pas pertinente et s'avère au demeurant erronée dans la mesure où il est notoire que l'intimée bénéficie d'une autorisation de la FINMA pour l'exercice de son activité bancaire (cf. art. 3 LB [Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 ; RS 952.0]) dès lors qu'elle figure sur la liste des banques et maisons de titres autorisées par la FINMA. On ne saurait d'ailleurs y discerner une violation du droit d'être entendu et singulièrement de violation du devoir de motivation (appel, p. 14). La disposition en question ne peut ainsi pas être qualifiée de surprenante pour l'appelant eu égard à son expérience en affaires.

#### **E. 5.3.2.2**

S'agissant de l'élément objectif – selon lequel la clause insolite doit modifier de façon essentielle la nature de l'affaire ou sortir notablement du cadre légal ou du type de contrat –, il faut se demander si la clause litigieuse contient une réglementation qui s'écarterait de manière notable de ce à quoi un client d'une banque peut s'attendre en concluant un tel contrat. Cette clause vise à protéger, à tout le moins indirectement, aussi bien la banque que son client, l'objectif étant de limiter, dans la mesure du possible, le montant de ses pertes en cas de dévalorisation de son portefeuille. Il sera par ailleurs rappelé que, selon l'expérience de l'Ombudsman (lettre de clôture du 3 novembre 2020), les contrats standards dans le domaine prévoient régulièrement qu'un tel avertissement n'est pas nécessaire en cas d'urgence. Il en est de même de la doctrine selon laquelle une réalisation d'urgence, sans qu'un avertissement au constituant ne soit nécessaire, est autorisée (Rashid

- 35 - Bahar/Martin Peyer, in Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [éd.], Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Bâle 2012, n. 6 et 26 ad art. 32 BEG) et que le droit de procéder à une réalisation d'urgence peut être expressément prévu dans le contrat de gage (Zobl Dieter, in Zobl Dieter [édit.], Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,

Band IV, 2e éd., Berne 1996, n. 41 ad art. 890 ZGB). En l'espèce, la clause selon laquelle en cas de menace imminente la banque peut procéder à la réalisation des gages sans avertissement préalable du client, est certes particulière, mais n'a théoriquement vocation à s'appliquer que très marginalement, ceci de par sa nature même (« menace imminente d'une rapide dévalorisation des gages [chute massive des cours à la bourse, etc.] »). C'est donc à juste titre que les premiers juges ont qualifié ces dispositions de standard. Ensuite, on ne peut pas non plus suivre l'appelant lorsqu'il se prévaut de ce que le contrat lombard stipule que toute communication peut avoir lieu par courriel, de sorte qu'il était en droit de penser qu'un avertissement préalable à la liquidation de son portefeuille de titres aurait lieu cas échéant par courrier électronique, puisque, comme il l'allègue et le prouve d'ailleurs lui-même, le contrat stipule que la banque peut, et non doit, communiquer par email. On voit d'ailleurs mal que ce grief puisse fonder une clause insolite au sens de l'art. 8 LCD, ce qui n'est d'ailleurs aucunement motivé. Enfin, l'appelant se prévaut aussi à tort de ce que le jugement n'analyse pas de manière exhaustive l'art. 6 let. b du fait qu'il omettrait de mentionner que la banque a le droit de réaliser les titres mis en gage en cas de perte de valeur imminente et si le donneur de gage ne satisfait pas à la demande de fournir des garanties supplémentaires dans le délai imparti. Il cite ici la première partie de l'art. 6 let. b, dont on discutera l'application au cas d'espèce ci-après dans le cadre de l'examen de la situation de menace imminente (cf. consid. 7 ci-après). Or, la question discutée ici pour la clause insolite relève de l'art. 6 let. b in fine, soit la deuxième phrase de cette disposition, selon laquelle en cas de menace

- 36 - imminente d'une rapide dévalorisation des gages, la banque peut les réaliser sans avertissement préalable. La disposition en question ne peut ainsi pas être qualifiée d'objectivement insolite.

### **E. 5.3.3**

Compte tenu de ce qui précède, c'est de manière conforme au droit fédéral que les premiers juges ont nié le caractère insolite de la clause litigieuse, sans que l'on y discerne d'ailleurs de violation du droit d'être entendu et singulièrement de violation du devoir de motivation (appel, p. 13 in fine).

### **E. 6.1**

L'appelant invoque ensuite une violation de la LSFfin et singulièrement de l'art. 8 LSFfin (p. 18 ss appel). Il fait valoir que le jugement entrepris ne traite pas suffisamment de la question des devoirs d'information de risque pour une opération de crédit, en particulier que le prestataire de service a un devoir d'information plus élevé dans le cadre d'une opération de crédit et que la banque intimée n'a jamais rempli cette obligation à satisfaction de droit. Selon l'appelant, ce devoir d'information exige une mise en garde à la hauteur des risques encourus par le client. Il soutient qu'il n'a pas été informé de la marge interne déterminante de l'intimée à ne pas dépasser, ni du processus en cas de dépassement, ni des délais, ni de ce qu'est une menace imminente.

#### **E. 6.2.1**

L'art. 8 al. 1 let. d LSFfin prévoit que les prestataires de services financiers indiquent à leurs clients les risques généraux liés aux instruments financiers. Ils les informent en particulier sur les caractéristiques principales et le fonctionnement desdits instruments ainsi que sur les risques de pertes qu'ils présentent et les éventuels engagements qui en résultent pour le client.

### **E. 6.2.1.1**

Dans son message du 4 novembre 2015 (FF 2015 8101), le Conseil fédéral a notamment précisé les orientations de la loi en ce sens que les règles de comportement arrêtées dans la LSFIn relèvent du droit public. Pour les prestataires de services financiers soumis à surveillance, l'autorité de surveillance vérifie, dans le cadre de ses activités courantes, si les règles de comportement de la LSFIn sont observées. Si elle constate qu'un prestataire a enfreint ses obligations, l'autorité de surveillance prend les mesures appropriées en puisant dans l'arsenal des instruments de surveillance que la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS 956.1) met à sa disposition. Le respect des règles de comportement n'est pas surveillé pour les prestataires de services financiers non soumis à une surveillance prudentielle. Pour l'auteur du message, les règles de comportement prudentielles prévues dans la LSFIn n'interfèrent pas directement dans la relation de droit privé entre les prestataires de services financiers et leurs clients. Il ne s'agit pas de normes de droit mixte, mais de dispositions du droit public. Dans ce contexte, le juge civil continue de statuer sur la relation de droit civil en se fondant sur les dispositions de droit privé, mais il peut consulter les règles de comportement prudentielles de la LSFIn pour préciser ces dispositions. Ces règles auront donc, le cas échéant, un effet de rayonnement sur la relation de droit civil existant entre le prestataire de services financiers et ses clients. Toutefois, si un prestataire de services financiers manque à ses obligations de droit civil vis-à-vis d'un client donné, celui-ci ne pourra pas faire valoir ses droits devant l'autorité de surveillance. Un client qui voudrait inciter cette autorité à engager une procédure relevant du droit de la surveillance à l'encontre d'un prestataire de services financiers ne pourrait en effet pas être admis comme partie à la procédure. Les éventuelles actions en justice devront donc être ouvertes devant les juridictions civiles compétentes ainsi que le rappelle l'art. 76 LSFIn (FF 2015 8121).

### **E. 6.2.1.2**

S'agissant en particulier de l'art. 8 invoqué par l'appelant, celui-ci consacre une obligation générale d'information pour les prestataires de services financiers, qui est complétée par d'autres devoirs d'information spécifiques ancrés dans la LSFIn (Nicolas Béguin, in

- 38 - Alexandre Richa, Philippe Fischer [éd.], *Loi sur les services financiers, LSFIn, Commentaire romand*, Bâle 2022, n. 4 ad art. 8 LSFIn). Le devoir d'information est un seuil minimum posé par le droit de la surveillance, lequel comprend d'ailleurs l'indication des risques inhérents aux stratégies, notamment celles impliquant le recours à l'effet de levier (Béguin, op. cit., n. 37 ad art. 8 LSFIn). Quant au droit privé, il prévoit par ailleurs des devoirs d'information (cf. not. les art. 398, 400 et 425 al. 2 CO [Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220] et l'art. 2 al. 1 CC), lesquels ne se confondent pas nécessairement avec l'information requise par le droit de la surveillance (Béguin, op. cit., n. 5 ad art. 8 LSFIn).

### **E. 6.2.2.1**

Aux termes de l'art. 398 al. 2 CO, le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. En vertu de l'obligation d'information déduite de cette disposition, le cocontractant doit aviser l'autre partie de tout ce qui est important en relation avec le contrat. Afin d'être utile au mandant, l'information doit être complète, exacte et dispensée à temps. Le mandataire doit notamment renseigner le mandant des risques (y compris des risques financiers) et avantages des mesures et des actes envisagés ainsi que de

l'exécution du mandat en général. L'information doit ainsi permettre au mandant de dispenser les instructions adéquates (Franz Werro, in Luc Thévenoz/Franz Werro [éd.], Code des obligations, art. 1-529 CO, Commentaire Romand, 2e éd. Bâle 2021, n. 17 ad art. 398 CO et les réf. citées).

#### **E. 6.2.2.2**

Le devoir d'information, de diligence et de fidélité d'une banque dépend essentiellement du type de relation contractuelle la liant à son client. En matière d'opérations boursières, le Tribunal fédéral distingue trois types de relations contractuelles : (1) le contrat de gestion de fortune (Vermögensverwaltungsvertrag), (2) le contrat de conseil en placements (Anlageberatungsvertrag) et (3) la relation de simple compte/dépôt bancaire (blosse Konto-/Depot-Beziehung ; execution only) (ATF 133 III 97 consid. 7.1 ; TF 4A\_407/2021 du 13 septembre 2022 consid.

#### **E. 6.2.2.3**

Dans des situations exceptionnelles, il y a cependant lieu d'admettre que la banque a un devoir de mise en garde (ATF 133 III 97 consid. 7.1.2 ; TF 4A\_54/2017 précité consid. 5.1.3 et 5.1.4 et les réf.

- 40 - citées). C'est le cas lorsque la banque se rend compte ou devait se rendre compte, en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances, que le client n'a pas identifié le risque lié au placement qu'il envisage (ATF 133 III 97 consid. 7.1.2 et 7.2 ; TF 4A\_54/2017 précité consid. 5.1.4 et les réf. citées). C'est également le cas lorsque, dans le cadre d'une relation d'affaires durable entre le client et la banque, un rapport particulier de confiance s'est développé, en vertu duquel le premier peut, sur la base des règles de la bonne foi, attendre des avertissements de la seconde, même s'il ne les a pas demandés (ATF 133 III 97 consid. 7.1.2 et 7.2 ; TF 4A\_54/2017 précité consid. 5.1.4 et les réf. citées).

#### **E. 6.2.3**

Selon la jurisprudence rendue dans le cadre de la LCart (Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 ; RS 251), applicable en procédure civile (ATF 148 III 84 consid. 3.4.2), constitue un secret d'affaires, toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont le détenteur a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait, il n'entend pas divulguer. L'intérêt au maintien du secret est un critère objectif (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.2.1 et les nombreuses réf. citées). En règle générale, on admet que le secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise et qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.3 et les réf. cit. ; TF 1C\_634/2023 du 30 septembre 2024 consid. 4.1 ; TF 2C\_499/2017 du 29 janvier 2018 consid. 4.2). S'agissant en particulier de la marge, celle-ci est fixée librement par la banque, conformément à sa politique de crédit et sans règles générales quant à son calcul. Elle est sujette à des modifications régulières en fonction de l'évolution du marché. Il est ainsi admis que la fixation et le calcul de la marge se fait de manière discrétionnaire par la banque ce qui confirme – si besoin était – que la marge n'est destinée qu'à protéger cette dernière (Zumstein, op. cit., p. 20 ; Moskrice, op. cit., pp. 114-115). Tout comme le calcul de la marge, celui du taux de nantissement relève de la politique de

- 41 - crédit de la banque : il est défini par l'autorégulation du secteur bancaire (Zumstein, op. cit., p. 20 ; Moskric, op. cit., p. 114).

### **E. 6.3**

Il convient de rappeler que les premiers juges ont considéré qu'au regard de l'art. 6 let. d du contrat lombard, qui prévoyait que la banque pouvait en tout temps exiger du client de fournir des garanties supplémentaires, en particulier lorsque la valeur de nantissement du dépôt n'était plus adéquate, il fallait admettre que l'appelant avait été suffisamment informé des risques liés à l'octroi d'un crédit lombard, notamment du fait que ses avoirs pouvaient être liquidés si les garanties n'étaient plus suffisantes. Il convient également de relever que l'appelant ne saurait se fonder sur les dispositions de la LSFIn, qui est destinée à la surveillance par la FINMA et à régler le contentieux entre les banques et cette autorité (cf. consid. 6.2.1 ci-dessus), et on ne saurait d'ailleurs discerner à ce propos une violation du devoir de motivation (appel, p. 22). Selon la jurisprudence (cf. consid. 6.2.2 ci-dessus), les devoirs contractuels de la banque découlent en effet des obligations de diligence et de fidélité ancrées dans les règles du mandat (art. 398 al. 2 CO) et, de manière plus large, dans le principe de la confiance (art. 2 CC). En l'occurrence, dans le cadre de l'examen de la relation de droit privé liant l'appelant à sa banque, rien ne met en évidence une violation du devoir d'information, étant rappelé que les parties ont convenu d'un contrat execution only, où l'intimée s'est uniquement obligée à exécuter les instructions ponctuelles d'investissement de l'appelant, sans être tenue de veiller à la sauvegarde générale des intérêts de celui-ci. En d'autres termes, le devoir d'information de la banque est ici le plus faible, l'intimée n'étant pas tenue d'assumer un devoir général d'information tant au sujet des ordres donnés par l'appelant que sur le développement probable des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques. D'autre part, l'appelant n'a pas prouvé que l'on se trouvait dans l'une des situations exceptionnelles réservées par la jurisprudence. En particulier, l'appelant ne démontre pas qu'il n'était pas au fait des risques liés à un contrat lombard (sur son expérience en affaires, cf. consid. 5.3.2.1 ci-dessus). En

- 42 - effet, au regard de l'art. 6 let. a du contrat lombard intitulé « Risques pouvant être liés à l'Utilisation d'une Facilité Lombard » (jugement attaqué, p. 3), et dans la mesure où il est constant que les parties étaient liées par une relation execution only, il y a lieu d'admettre que l'appelant a été dûment et suffisamment informé des risques liés à l'octroi d'un crédit lombard, notamment du fait que ses avoirs pouvaient être liquidés si les garanties n'étaient plus suffisantes. Ces informations sont en effet clairement indiquées dans le contrat lombard et l'appelant ne prétend pas qu'il ne les avait pas comprises. L'appelant ne démontre pas davantage ni même n'allègue qu'il bénéficiait d'un rapport de confiance plus particulier avec l'intimée que d'autres clients au bénéfice des mêmes prestations qui aurait justifié que sa banque prenne des mesures supplémentaires (consid. 6.2.2.3 ci-dessus). De surcroît, l'appelant n'explique pas, en relation avec l'information disponible et ressortant clairement du contrat lombard décrit dans le jugement attaqué (p. 3), en quoi l'information présentée par l'intimée serait incomplète ou inexacte (art. 6 let. a, « Risques pouvant être liés à l'Utilisation d'une Facilité Lombard ») au sens de l'art. 398 al. 2 CO. L'appelant reproche ensuite à l'intimée que le seuil interne de liquidation (marge) ne lui a pas été communiqué, mais il s'agit à l'évidence d'une information couverte par le secret des affaires dès lors qu'elle est spécifique à la politique de crédit de sa banque, qu'elle a une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle de celle-ci. A la signature du contrat lombard, l'appelant s'en est en outre remis à sa banque

s'agissant du seuil interne déterminant pour établir son pouvoir d'achat, puisqu'il s'est engagé à fournir des garanties supplémentaires sur simple demande de cette dernière (art. 6 let. d du contrat lombard), lui reconnaissant ainsi un pouvoir discrétionnaire en la matière. L'intimée n'avait donc pas à lui communiquer le seuil interne déterminant à ne pas dépasser pour éviter une réalisation forcée. Il n'existe aucune disposition légale, l'appelant n'en citant d'ailleurs aucune de manière précise, permettant de construire une obligation de la banque de fournir une telle information au client.

- 43 - Enfin, la question de savoir si la violation du contrat lombard résulterait d'un appel de marge non justifié au regard de la politique de risque de la banque demandait d'estimer une marge et une valeur de nantissement des actifs théoriques pour démontrer que l'intimée n'avait pas agi avec diligence. Or, l'appelant n'a pas allégué ces éléments de manière circonstanciée et encore moins offert des moyens de preuves adéquats à leur appui.

#### **E. 7.1.1**

L'appelant invoque ensuite qu'il n'y avait pas de situation d'urgence autorisant la banque à vendre son portefeuille sans avertissement préalable (appel, pp. 22 ss). L'appelant rappelle que les premiers juges ont retenu qu'avant le 19 mars 2020, le portefeuille n'avait pas encore dépassé le seuil critique fixé à l'interne par la banque (jugement, p. 33). Or, il a également été retenu qu'entre le 13 et le 19 mars 2020 la baisse des marchés était continue, de sorte que, suivant l'appelant, il ne pouvait – soudainement – y avoir une situation d'urgence si la baisse était continue, linéaire et donc « prévisible » pendant sept jours, ce d'autant que des mesures étatiques avaient été mises en place. L'appelant reproche dès lors à l'intimée de ne pas l'avoir averti du dépassement du seuil critique ainsi que des ratios internes du gage. Il fait valoir que l'intimée le savait puisqu'elle avait effectué un appel téléphonique le 19 mars 2020 à 11h30, d'un numéro masqué, soit quelques minutes avant de procéder à la liquidation des titres. Il fait grief aux premiers juges d'avoir violé l'art. 32 al. 1 et 2 LTI en considérant qu'un tel avertissement et la communication de ces informations n'étaient pas nécessaires. Par ailleurs, l'appelant réitère que l'instance précédente n'était pas tenue par l'avis de l'Ombudsman, lequel ne se serait pas prononcé sur la question de savoir si une situation de baisse continue existait au milieu du mois de mars 2020.

#### **E. 7.1.2**

Pour leur part, les premiers juges ont examiné si une situation d'urgence prévalait au moment de la réalisation des gages, soit le 19 mars

- 44 - 2020. S'appuyant sur l'avis de l'Ombudsman, l'instance précédente s'est référée aux informations connues à cette date-là, retenant que la pandémie Covid-19 avait eu des répercussions significatives sur les marchés financiers et l'économie réelle avec une importante baisse ainsi qu'une période de volatilité élevée dès la mi-février 2020 et qu'à la mi-mars 2020, l'évolution de la situation était toujours incertaine, en particulier quant à un éventuel rebond des marchés au vu des mesures étatiques mises en place (jugement, pp. 5, 8 et 33, cf. consid. 3.3 ci-dessus). Les premiers juges en ont déduit que l'état du marché constituait une situation d'urgence telle que prévue par l'art. 6 let. b in fine de l'acte de nantissement.

#### **E. 7.2.1.1**

Dans le cadre d'un contrat lombard, dans l'éventualité où les actifs mis en gage perdent de la valeur et qu'ils ne suffisent plus à couvrir la marge, la banque aura à prendre des mesures appropriées pour écarter le risque sur le prêt. Pour ce faire, la banque demandera au client de couvrir le crédit au moyen d'un versement d'espèces ou de fournir une couverture supplémentaire avec de nouveaux actifs à mettre en gage ou enfin de vendre des positions. Si le client n'y donne pas suite dans les délais fixés par la banque, celle-ci pourra réaliser les papiers-valeurs nantis selon les conditions mentionnées ci-après. Les contrats de crédit lombard et de nantissement préformulés liant la banque et le client contiennent en règle générale une clause prévoyant que la banque a le droit de réaliser les avoirs pour manquement par le débiteur de ses obligations (de Senarclens/Harrison, op. cit. in SJ 2021 II p. 63 ; Moskric, op. cit., p. 117).

#### **E. 7.2.1.2**

En tant que formalité supplémentaire, l'avertissement retarde la réalisation. Cela augmente le risque d'une détérioration de la situation de crédit du débiteur et d'une perte de valeur des titres intermédiés servant de garantie. Praeter legem, une vente dite d'urgence (Notverkauf), sans qu'un avertissement au constituant ne soit nécessaire, est autorisée (Bahar Rashid/Peyer Martin, in BSK Wertpapierrecht, n. 6 et

- 45 - 26 ad art. 32 BEG). Il peut en effet arriver que, compte tenu des circonstances, la sauvegarde des intérêts tant du créancier gagiste que du constituant commande que l'objet grevé soit réalisé sans délai. La doctrine cite à cet égard la menace de dépréciation importante de l'objet grevé ou de brusque chute des cours sans perspective qu'ils ne remontent rapidement (Foëx Bénédict, in Pichonnaz/Foëx/Piotet [édit.], Commentaire romand, Code Civil II, art. 457-977 CC, art. 1-61 Tit. fin. CC, Bâle 2016 [cité ci-après : Auteur, in CR CC II], n. 53 ad art. 891 CC ; Bauer Thomas, in Honsell/Vogt/Geiser [édit.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5e éd., Bâle 2015, n. 6 ad art. 891 ZGB). Le cas typique est une décotation imminente des titres donnés en garantie (Bahar/Peyer, op. cit., n. 27 ad art. 32 BEG). Le droit de procéder à une réalisation d'urgence découle des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210]) ; il peut aussi être expressément prévu dans le contrat de gage (Dieter Zobl, in Dieter Zobl [éd.], Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, 2e éd., Berne 1996, n. 41 ad art. 890 ZGB). Lorsque les conditions en sont réunies, la vente d'urgence ne constitue pas une aliénation non autorisée susceptible d'engager la responsabilité du créancier gagiste selon l'art. 890 al. 2 CC (Bénédict Foëx, in Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet, Commentaire romand, Code civil II, Bâle 2016, n. 55 ad art. 891 CC).

#### **E. 7.2.2**

En matière d'interprétation des manifestations de volonté, le juge doit tout d'abord s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté – écrites ou orales –, mais aussi le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat, des projets de contrat, de la correspondance échangée ou encore de l'attitude des parties après la conclusion du contrat, établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes

(ATF 143 III 157 consid. 1.2.2 et

- 46 - les arrêts cités; ATF 140 III 86 consid. 4.1 ; TF 4A\_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.1.1 ; TF 4A\_65/2012 du 21 mai 2012 consid. 10.2). La recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 131 III 606 consid. 4.1 ; ATF 125 III 305 consid. 2b). Déterminer ce qu'un cocontractant savait et voulait au moment de conclure relève des constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2 ; ATF 131 III 606 consid. 4.1 ; ATF 128 III 419 consid. 2.2). Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes – ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (ATF 131 III 280 consid. 3.1), il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), consistant à déterminer le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (application du principe de la confiance; ATF 143 III 157 consid. 1.2.2 et les arrêts cités ; ATF 135 III 140 consid.

### **E. 7.3.1**

En l'espèce, il convient d'examiner l'articulation entre les deux parties de l'art. 6 let. b de l'acte de nantissement, question sur laquelle il y a lieu de concéder à l'appelant que les premiers juges n'ont pas examiné l'urgence dans le contexte, pourtant retenu dans l'état de fait, d'une baisse continue des marchés entre le 13 et le 19 mars 2020. A cet égard, on rappelle que la disposition litigieuse prévoit ce qui suit (jugement, pp. 4-5) : « 6. A l'échéance de ses créances, la Banque aura le droit mais non l'obligation de procéder sans délai à la réalisation de ses gages de la façon qu'elle jugera la plus appropriée sans s'en tenir aux formalités prévues par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. La Banque pourra notamment procéder à son gré à la réalisation d'un gage isolé ou de l'ensemble des gages, soit en Bourse soit sur le marché si : (...) (b) de l'avis de la banque, une perte de valeur des gages est imminente ou effective ou si pour toute autre raison la couverture se révélait insuffisante et si le donneur de gage ne satisfait pas du tout ou que de manière incomplète à la demande de la Banque de fournir des garanties supplémentaires ou de procéder au remboursement de sa dette dans le délai imparti. En cas de menace imminente d'une rapide dévalorisation des gages (chute massive des cours à la bourse, etc.), la Banque

- 48 - n'est pas soumise à l'obligation d'avertir préalablement le donneur de gage d'une réalisation des gages. » Or, l'articulation entre la première et la seconde phrase de la let. b de l'art. 6 n'est pas du tout évidente : en effet, dans la première phrase, l'acte prévoit une première situation de « perte de valeur [...] imminente » des gages, auquel cas la banque doit fixer un délai avant de procéder à la réalisation. Puis, dans la seconde phrase, l'acte prévoit une seconde situation de « menace imminente d'une rapide dévalorisation des gages » auquel cas alors la banque n'a pas besoin d'avertir son client. Cette disposition n'est pas claire et il s'avère délicat de déterminer la volonté réelle et commune des parties. Il ne ressort pas des faits de contexte particulier ou de déclarations antérieures à la conclusion du contrat lombard ou même au litige permettant de clarifier cette disposition de l'acte de nantissement et en particulier la question de savoir si, en cas de perte de valeur imminente, les parties se trouvent dans la première ou la seconde situation. Tout au long de leur analyse, les premiers juges se sont concentrés sur le libellé de la seconde phrase, qui, examinée à elle seule, paraît a priori claire. Le problème provient du libellé de la phrase

précédente, qui prévoit aussi une situation « de perte imminente » et l'obligation pour la banque de fixer un délai avant la réalisation des gages. Sur ce point l'intimée n'a fourni aucun élément que ce soit dans le cadre de la procédure de première instance ou dans sa réponse à l'appel. A cet égard, la lettre de clôture du 3 novembre 2020 de l'Ombudsman qui se limite à qualifier la disposition litigieuse de « standard » n'est d'aucun secours. Dès lors qu'il n'est pas possible de reconstituer la volonté réelle et concordante des parties, il y a lieu d'interpréter l'art. 6 let. b de l'acte de nantissement de manière objective en ce sens qu'en cas de risque de dévalorisation imminente, mais pas d'une menace de « rapide » dévalorisation, les parties se trouvent dans la première hypothèse. Cette question de fond ne saurait cependant constituer une violation du devoir de motivation (appel, p. 16).

### **E. 7.3.2**

Ensuite, comme le relève justement l'appelant, le fait que la banque a tenté de contacter l'appelant par téléphone le 19 mars 2020 à 11h31 au moyen d'un numéro masqué constitue également un indice

- 49 - qu'elle devait procéder à un avertissement préalable. On examinera plus loin la nature de l'avertissement préalable dont il est question et s'il répond aux réquisits.

### **E. 7.3.3**

De plus, même à admettre que l'art. 6 let. b de l'acte de nantissement est clair et que la notion de « menace imminente » ne vaut que pour la seconde hypothèse, alors les conditions de cette disposition ne sont de toute manière pas réunies comme le soutient à juste titre l'appelant. Aucune circonstance particulière permettant de retenir une menace imminente le matin du 19 mars 2020 n'a été démontrée. On ignore pour quelles raisons la situation était devenue si grave que la liquidation du portefeuille du client devait se faire « à la minute », alors que la pandémie Covid-19 avait déjà des répercussions significatives sur les marchés financiers et l'économie réelle depuis plusieurs jours.

### **E. 7.3.4**

Aussi, rien ne démontre que la condition d'urgence était réalisée le 19 mars 2020 dans le cadre d'une baisse continue des marchés financiers, si bien que l'intimée était tenue d'avertir l'appelant que le niveau toléré de son pouvoir d'achat négatif était devenu trop critique au sens de la politique de gestion des risques.

## **E. 8.1**

Il convient ensuite d'examiner si la banque a valablement averti l'appelant, avant la réalisation des titres, que le niveau toléré de son pouvoir d'achat négatif était devenu trop critique au sens de la politique de gestion des risques.

### **E. 8.1.1**

L'appelant invoque une violation de l'art. 32 al. 1 LTI. Il reproche aux premiers juges d'avoir considéré que les conditions permettant de réaliser les sûretés sans avertissement étaient réunies. En particulier, l'appelant affirme qu'il n'était pas un investisseur qualifié et qu'il n'avait pas renoncé à être averti. De surcroît, selon l'appelant, l'onglet automatique affiché sur son compte en ligne ne remplissait pas les conditions d'un avertissement valablement notifié, car celui-ci ne

- 50 - contenait aucune information quant à la marge ou au délai. En outre, l'appelant soulève l'argument qu'il ne se souvenait pas du droit de la banque de ne pas l'avertir au

préalable de la réalisation en cas de rapide dévalorisation des gages.

### **E. 8.1.2**

Les premiers juges ont estimé que, même si on devait dénier la situation d'urgence, il fallait constater que l'appelant avait bien reçu un avertissement conforme aux réquisits de l'art. 32 al. 1 LTI avant la réalisation de ses titres dès lors que la banque avait envoyé un message sur le compte online de l'appelant, qui était resté visible pendant six jours, indiquant « votre pouvoir d'achat est négatif. Veuillez régulariser la situation immédiatement ». Ils ont relevé que l'appelant n'ignorait pas l'existence de ce message et qu'il revêtait la qualité d'avertissement au sens de l'art. 32 LTI dès lors que son destinataire ne pouvait que comprendre que sa banque lui demandait un complément de marge et ne pouvait ignorer les éventuelles conséquences qui découleraient d'une inaction de sa part, ce d'autant en période de fortes turbulences boursières. L'instance précédente en a conclu qu'il appartenait à l'appelant de se conformer aux engagements pris s'agissant du maintien de garanties suffisantes.

### **E. 8.1.3**

L'intimée relève, elle fait valoir que l'appelant a pourtant bénéficié d'un délai de six jours pour réagir à l'avertissement affiché dans son compte Internet, ce qu'il aurait dû faire au vu du texte clair du message le priant de régulariser « immédiatement » la situation. Elle soutient que c'est l'absence de réaction de l'appelant pendant six jours, malgré l'avertissement dont il avait dûment connaissance, couplée à la dégradation de son portefeuille, qui l'a conduite à réaliser une partie des positions de l'intéressé (réponse sur appel, p. 13).

### **E. 8.2**

Aux termes de l'art. 32 al. 1 LTI, la réalisation d'une sûreté doit être précédée d'un avertissement donné au constituant de la sûreté (première phrase). Celui-ci peut renoncer à être averti s'il est un investisseur qualifié (seconde phrase). L'art. 31 al. 4 LTI prévoit que le - 51 - bénéficiaire de la sûreté qui réalise des titres intermédiés alors que les conditions ne sont pas remplies est responsable du dommage causé.

#### **E. 8.2.1**

L'avertissement permet de donner une dernière chance à l'investisseur d'éviter la réalisation en satisfaisant le preneur de garantie ou en fournissant des garanties supplémentaires (message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés du 15 novembre 2006, FF 2006 8881). Il suffit que l'avertissement parvienne dans sa sphère de pouvoir. Une prise de connaissance effective n'est pas exigée. Ainsi, si l'avertissement est fait par courriel, le destinataire est réputé l'avoir reçu dès qu'il peut le consulter (Antoine Eigenmann/Luc Thévenoz, in Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Damiano Canapa [éd.], Commentaire romand, Code des obligations II, vol. 2, 3e éd. Bâle 2024, n. 263 ad Intro LTI ; Hans Kuhn, in Roberto Vito/Hans Rudolf Trüeb [éd.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Band 7 : GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere inkl. Bucheffektengesetz, Art. 772-1186 OR, 4e éd., Zurich 2024, n. 17 et 20 ad art. 32 BEG ; Bahar/Peyer, op. cit., n. 5 et 10 ad art. 32 BEG).

#### **E. 8.2.2**

Le contenu de l'avertissement (appel de marge) n'est pas précisé par la loi. Il découle toutefois du sens et du but de l'art. 32 LTI que celui-ci doit contenir les deux éléments suivants : d'une part, une notification indiquant que le preneur de la garantie envisage d'exercer son droit de réaliser la sûreté si la situation n'est pas régularisée dans le délai imparti et, d'autre part, un délai à l'expiration duquel la réalisation peut avoir lieu. Le client doit comprendre, eu égard à la communication qu'il reçoit, qu'on lui demande un complément de marge (Carlo Lombardini, *Droit bancaire suisse*, 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, n. 71, p. 739). L'appel de marge doit aussi, selon toute évidence, indiquer en détail le montant nécessaire de couverture complémentaire (sur ces questions, cf. Zumstein, *op. cit.*, p. 33 ; Bahar Rashid/Peyer Martin, *op. cit.*, n. 17 s. ad art. 32 BEG ; Kuhn, *op. cit.*, n. 16 ad art. 32 BEG).

- 52 -

### **E. 8.2.3**

Le message précité précise que le délai imposé au constituant ainsi que les modalités y relatives doivent être fixés dans la convention constitutive de la sûreté (FF 2006 8881). Dans le cas où les parties auraient omis de traiter ce point, il semble juste d'interpréter ces modalités sous l'angle de la bonne foi au sens de l'art. 2 al. 1 CC. Un délai raisonnable se détermine en fonction des circonstances objectives et subjectives (Eigenmann/Thévenoz, *op. cit.*, n. 264 ad Intro LTI et les réf. citées). Selon Bahar/Peyer, le caractère raisonnable du délai imparti au constituant se mesure au cas par cas, en tenant compte des intérêts divergents des parties concernées et en fonction des circonstances, de la complexité de la situation et du principe de la bonne foi. Une grande volatilité des sûretés plaide en faveur d'un délai plus court. La doctrine invoque souvent comme règle générale un délai de cinq à quatorze jours (Bahar/Peyer, *op. cit.*, n. 20 ad art. 32 BEG et les réf. citées). La jurisprudence et la doctrine admettent cependant des délais de 24 heures (TF 4C.243/2006 du 10 juillet 2007 consid. 3.2 ; Handelsgericht ZH HG200220-O du 27 octobre 2022 consid. 3.3.5. ; de Senarclens/Harrison, *op. cit.* in SJ 2021 II p. 63 ; Zumstein, *op. cit.*, p. 33). Eigenmann/Thévenoz proposent d'appliquer par analogie à l'art. 32 al. 1 LTI les critères dressés dans la jurisprudence relative au délai de grâce de la demeure qualifiée au sens de l'art. 107 al. 1 CO, selon laquelle le délai de grâce doit être suffisant pour permettre à un débiteur diligent de s'y tenir (Eigenmann/Thévenoz, *op. cit.*, n. 264 ad Intro LTI et les réf. citées). A cet égard, la fixation d'un délai de grâce conformément à l'art. 107 al. 1 CO se fait par le biais d'une sommation adressée au débiteur, attirant son attention sur son retard d'exécution (respectivement sur son inexécution) et lui enjoignant d'exécuter intégralement son obligation dans le délai fixé; cette sommation doit être clairement exprimée. Une formulation comme une demande, une invitation ou un ordre n'est pas déterminante ; le débiteur doit cependant pouvoir reconnaître de bonne foi que le créancier veut obtenir la prestation en souffrance et qu'il doit le faire dans le délai accordé, ce qui implique l'indication d'un terme précis ou d'un délai fixe. La durée du délai dépend des circonstances du cas d'espèce, à savoir du type d'exécution et de l'intérêt du créancier à l'exécution. Plus cet intérêt est grand et plus le délai peut être court, et vice versa (ATF 150 III 63

- 53 - consid. 8.3.2.2 ; ATF 103 II 102 consid. 1a ; Wolfgang Wiegand, in Corinne Widmer Lüchinger/ David Oser [éd.], *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529, vol. I, 7e éd., Bâle 2020, n. 7 ad art. 107 OR ; Rolf H. Weber, Susan Emmenegger, Caroline von Graffenried, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Wirkung der Obligationen:*

Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2e éd., Berne 2020, n. 62 et 63 ad art. 107 OR et les réf. cit. ; Luc Thévenoz, in Luc Thévenoz/Franz Werro [éd.], Code des obligations, art. 1-529 CO, Commentaire Romand, 2e éd. Bâle 2021, n.

#### **E. 8.2.4**

Malgré l'obligation de diligence du client relativement à l'examen des communications reçues de la banque résultant des règles de la bonne foi (TF 4A\_471/2017 du 3 septembre 2018 consid. 4.2.2 et la réf. cit.), il apparaît douteux qu'un appel de marge de la banque soit effectué valablement lorsqu'il est notifié en « banque restante », à savoir dans une configuration où le client est réputé avoir pris connaissance immédiatement des avis qui sont déposés dans le dossier bancaire (sur cette notion, cf. art. 2 al. 1 CC et art. 6 CO ; cf. TF 4A\_471/2017 du 3 septembre 2018 consid. 4.2.2 ; TF 4A\_614/2016 du 3 juillet 2017 consid. 6.1). En effet, l'obligation pour la banque de faire un appel de marge implique de contacter le client pour lui permettre, le cas échéant, de donner suite, dans le délai imparti par la banque, à son appel de marge, compte tenu des conséquences sévères qui s'attachent à l'appel de marge (dans ce sens, Zumstein, op. cit., p. 33 ; Cour de Justice Genève ACJC/1409/2013 du 22 novembre 2013 consid. 4.4).

#### **E. 8.3**

L'appelant expose que le message automatique de la banque ne satisfaisait pas aux conditions de l'art. 32 LTI, dès lors qu'il ne contenait aucune information quant à la marge ni quant au délai applicable.

##### **E. 8.3.1**

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appelant n'est pas un investisseur qualifié au sens de l'art. 32 al. 1, seconde phrase, LTI, si bien qu'il convient d'examiner si un avertissement lui a été valablement donné.

- 54 -

##### **E. 8.3.2**

Le message automatique affiché le 13 mars 2020 dans l'accès internet à la banque (« Votre pouvoir d'achat est négatif. Veuillez régulariser la situation immédiatement »), dont l'appelant a eu connaissance avant la réalisation, ne semble pas satisfaire aux réquisits. Le message de la LTI renvoie tout d'abord à la convention relative à la sûreté (FF 2006 8881), mais en l'espèce, on a vu qu'il s'agissait de l'art. 6 let. b de l'acte de nantissement, lequel est précisément loin d'être clair au point que la Cour de céans a dû l'interpréter de manière objective (cf. consid. 7.3 ci-dessus). La banque ne saurait se prévaloir de la notification fictive en banque restante s'agissant d'un appel de marge au vu des potentielles conséquences d'une telle notification (Zumstein, op. cit., p. 33). On comprend que le but de l'avertissement, selon le message, est que le client puisse prendre « les mesures nécessaires » (FF 2006 8881 ; cf. consid. 8.2.1 ci-dessus). Or, il n'est pas concevable que le client puisse prendre une quelconque mesure quand il ignore le montant de l'appel de marge. Il devait au moins être averti du montant à reconstituer, ceci pour pouvoir déterminer le montant réclamé par la banque, sans quoi l'avertissement et la demande de rétablissement de la situation n'a pas de sens. La lecture de l'avertissement en question ne permet pas de comprendre quel est le montant précis exigé par la banque. En particulier, ce chiffre ne saurait être déduit de la seule perte de valeur des titres en cause dès lors que le montant réclamé dépend aussi du droit de la banque de modifier unilatéralement le montant en

pourcent qu'elle a attribué aux actifs nantis selon leur volatilité (Loan to Value, LTV ; cf. art. 6 let. a et d du contrat lombard ; sur cette question, cf. de Senarclens/Harrison, op. cit. in SJ 2021 II p. 48), ce que l'on ne peut exclure dans la situation de volatilité au printemps 2020. En tout état de cause, l'appel de marge devait être chiffré. Il est aussi constant que l'avertissement affiché dans le portail Internet de l'intimée ne contenait aucun délai et que la documentation bancaire ne contient pas de règles à ce propos. La portée du terme

- 55 - « immédiatement » ne permet pas de déduire la volonté de l'intimée, dès lors que cette indication dépend aussi de quand l'appelant a pris connaissance de l'onglet automatique en question. Aussi, la banque aurait dû fixer à tout le moins un délai indiquant une date et une heure précise, le client pouvant ainsi savoir à quoi s'en tenir au sujet de ce délai (ibid.).

### **E. 8.3.3**

En l'occurrence, le grief de l'appelant est fondé et il y a lieu de constater que l'intimée n'a pas respecté ses obligations résultant de l'art. 32 al. 1 LTI, et non du droit d'être entendu (appel, p. 28), si bien qu'il y a lieu d'examiner s'il en a résulté un dommage pour l'appelant (art. 31 al. 4 LTI). Par voie de conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner si la marge était ou non dépassée dans la mesure où la violation du contrat (art. 97 al. 1 CO) résulte de l'absence d'un appel de marge conforme à l'art. 32 al. 1 LTI. Quant à la question de savoir si, à la lecture de l'avertissement, l'appelant aurait dû faire preuve d'une plus grande diligence, prendre les devants et contacter lui-même l'intimée, cette question résulte de l'obligation de réduire le dommage qui ne vient pas « guérir » la violation du contrat. 9. Reste ainsi à examiner la question de la liquidation des titres et du dommage. 9.1 9.1.1 Il convient de rappeler que l'instance précédente a retenu que le devoir de best execution avait été respecté par la banque dans le processus de liquidation (p. 38 ss), en particulier s'agissant des deux ordres [...] et [...]. Pour les premiers juges, l'appelant se contentait de critiquer dans l'abstrait la liquidation faite par la banque et n'avait par exemple pas sollicité d'expertise judiciaire, de sorte qu'à défaut de tout moyen de preuve, ils étaient dans l'incapacité de déterminer si la banque n'avait pas respecté son devoir de best execution dans le processus de liquidation et s'il en avait résulté un dommage.

- 56 - 9.1.2 L'appelant soutient que la réalisation des titres a été faite rapidement. Il ajoute que la liquidation de deux des titres a été effectuée à perte et que leur vente a causé un impact négatif sur son pouvoir d'achat. Par ailleurs, il reproche à l'intimée de ne pas l'avoir informé des seuils internes pertinents pour déclencher une liquidation et des ratios internes du gage. Il en déduit une violation de l'obligation de best execution de la banque. Selon l'appelant, la liquidation n'a pas été faite avec la diligence requise, mais à la hâte et sans tenir compte de ses intérêts (appel, p. 27). Quant au dommage, l'appelant, se référant aux allégués 214 ss de sa réplique, soutient qu'il en a fait une démonstration détaillée. Il expose tout d'abord (p. 26 ss) que la liquidation des titres a eu lieu le 19 mars 2020 entre 13h10 et 14h59. Au sujet des deux ordres litigieux, il relève avoir établi que la liquidation de ces deux titres avait été effectuée à perte. S'agissant ensuite du calcul du dommage, il indique avoir exposé de manière détaillée son dommage. Il se réfère notamment à l'ATF 145 III 225. Il fait valoir que les valeurs de fin 2020, qui sont à la base du calcul du dommage dans la réplique, sont « réalistes, et même plus qu'honnêtes au vu de l'évolution de celles-ci ». Il soutient que les valeurs des titres étaient plus élevées au premier trimestre 2020, avant la chute momentanée due à la crise sanitaire, et qu'il était « équitable et juste de prendre comme référence et comme valeur de comparaison la valeur à la fin de l'année 2020, à

savoir l'année lors de laquelle la vente a eu lieu ». Pour l'appelant, une date antérieure n'aurait pas été justifiée en raison des fluctuations liées à la crise sanitaire qui ont subsisté selon lui jusqu'en automne 2020. L'appelant a ensuite chiffré son dommage au 30 décembre 2020. Il a indiqué que la valeur nette de son dépôt était de 88'467 fr. 83 (les titres avaient une valeur totale de 139'667 fr. 24, nanties à hauteur de 51'199 fr. 41). Il estime que, sans la vente illicite du 19 mars 2020, la valeur nette du dépôt de l'appelant eut été le 30 décembre 2020 de 337'564 fr. 85 (les titres auraient eu une valeur de 683'246 fr. 24, nanties à hauteur de 345'681 fr. 39). La différence représentait un montant de 249'097 fr. 02, auquel il convenait d'ajouter les revenus non réalisés sur huit mois de 12'000 fr. (appel, p. 30 et la réf. citée aux allégués 224 ss de la réplique), à savoir un total de 261'097 fr. 02, objet de la demande

- 57 - adressée à l'instance précédente. Il soutient à ce propos que les premiers juges auraient dû ordonner d'office une expertise financière. 9.1.3 L'intimée soutient qu'elle a pleinement respecté ses obligations contractuelles dans le cadre de la liquidation. Elle rappelle tout d'abord que le moment décisif pour déterminer le dommage dans le cadre d'une activité dite execution only est celui où le lésé a pris connaissance de la vente et où il est en mesure d'y remédier en achetant à nouveau les titres vendus. De plus, l'appelant omettrait de prendre en considération un point central du calcul de son prétendu dommage. Pour l'intimée, le 18 mars 2020, la valeur nette du portefeuille de l'appelant s'élevait à 53'578 fr. 17 (actif : titres d'une valeur totale de 399'259 fr. 56 ; passif : dette de 345'681 fr. 39 correspondant à la somme prêtée par la banque). Ainsi, l'essentiel des actifs ont été acquis par le biais du crédit octroyé et ne représentaient pas les économies de l'appelant. En tout état de cause, la banque rappelle que le dommage, qu'elle conteste, consisterait tout au plus en la différence de valeur entre le prix auquel l'appelant aurait pu immédiatement racheter ses titres, soit le 20 mars 2020, et le prix auquel la Banque a vendu ces mêmes titres le 19 mars 2020.

- 58 - 9.2 9.2.1 9.2.1.1 La banque mandataire répond du dommage qu'elle cause au client intentionnellement ou par négligence, conformément à l'art. 398 al. 1 CO qui renvoie à l'art. 321e al. 1 CO. Sa responsabilité est donc subordonnée aux conditions de l'art. 97 CO (ATF 147 III 463 consid. 4.1), à savoir : a. une violation des obligations qui lui incombent en vertu du contrat, notamment la violation de ses obligations de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO ; ATF 134 III 534 consid. 3.2.2 ; ATF 127 III 357 consid. 1) ; b. un dommage (cf. consid. 9.2.1.2 ci-dessous) ; c. un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du contrat et le dommage ; et d. une faute (ATF 147 III 463 consid. 4.1). 9.2.1.2 Le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait eu si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 147 III 463 consid. 4.2.1 et les réf. citées). Lorsque le dommage consiste dans la perte d'un gain futur, on parle de gain manqué (lucrum cessans; entgangener Gewinn); il peut provenir soit de la non-augmentation d'un poste de l'actif, soit de la non-diminution d'un poste du passif. En pratique, au lieu de déterminer la différence sur le patrimoine total (théorie de la différence), il est admis que le juge puisse, dans certains cas, se borner à déterminer l'actif qui a diminué ou le passif qui a augmenté. Ainsi, lorsque la banque exécute des opérations boursières, le dommage à réparer peut être calculé en fonction de la perte subie en raison de

cette opération (ATF 147 III 463 consid. 4.2.1 et les réf. citées ; Zumstein, op. cit., p. 50). Il peut être délicat de déterminer le dommage, notamment le moment où mesurer celui-ci, en particulier lorsque la violation contractuelle est liée à des placements financiers tels que des titres cotés en bourse, dont la valeur évolue constamment. Selon les circonstances, le moment déterminant pour fixer le dommage peut être celui où le lésé

- 59 - prend connaissance de la violation contractuelle et de ses conséquences dommageables, et se trouve en mesure d'y remédier (TF 4A\_548/2013 du 31 mars 2014 consid. 4.3 et les références citées). Lorsqu'une banque, agissant sans mandat de gestion dans le cadre d'une activité dite execution only, a procédé sans instruction à une vente de titres d'un client, le dommage doit être déterminé au moment où le client a appris les opérations litigieuses et aurait pu, s'il les jugeait contraires à ses intérêts, procéder au rachat des titres vendus. Il est en effet tenu, dès cet instant, de faire son possible pour limiter son dommage. Le moment décisif pour déterminer le dommage est donc celui où le lésé a pris connaissance de la vente non autorisée et qu'il est en mesure de remédier aux effets dommageables de cette opération non autorisée. Le lésé ne saurait attendre plusieurs années avant de demander la réparation de son préjudice et choisir, dans cet intervalle, le moment qui lui est le plus favorable (TF 4A\_548/2013 du 31 mars 2014 consid. 4.4 et 4.7). 9.2.1.3 Dans le cadre d'un contrat lombard, lorsque le client ne donne pas suite dans les délais fixés par la banque à la demande de la banque de couvrir le crédit au moyen d'un versement d'espèces, de fournir une couverture supplémentaire avec de nouveaux actifs à mettre en gage ou de vendre des positions, celle-ci pourra réaliser les papiers-valeurs nantis (de Senarclens/Harrison, op. cit. in SJ 2021 II p. 63). En vendant les actifs nantis, la banque protège en premier lieu ses propres intérêts, à savoir éviter que le client ne puisse pas rembourser le prêt qu'elle a octroyé, générant ainsi une perte pour la banque. Cependant, cela ne l'exempte pas de respecter les devoirs de diligence et de fidélité dus à son client. Ces devoirs imposent à la banque de vendre les actifs nantis dans les meilleures conditions possibles compte tenu de l'ensemble des circonstances (obligation de « best execution » ; cf. de Senarclens/Harrison, op. cit. in SJ 2021 II p. 67). Selon la jurisprudence, la diligence requise s'apprécie au moyen de critères objectifs: il s'agira de déterminer comment un mandataire consciencieux, placé dans la même situation, aurait agi en gérant l'affaire en cause (ATF 127 III 328 consid. 3 ;

- 60 - ATF 115 II 62 consid. 3a ; TF 4A\_72/2020 du 23 octobre 2020 consid. 5.3.1). Dans le contrat de type execution only, les actions en dommages-intérêts sont plus délicates. En effet, dans ce type de contrat, la banque est uniquement tenue d'exécuter les ordres donnés par le client. Ainsi, la responsabilité de la banque ne peut être engagée que si elle n'exécute pas correctement les ordres de son client (Zumstein, op. cit., p. 51 ; Lombardini, op. cit., p. 731, n. 44) ou si elle ne respecte pas son devoir de diligence dans la réalisation des avoirs du client. Dans cette situation, la banque peut se voir reprocher le dommage causé en raison de la violation du principe de best execution si le produit de la réalisation est inférieur à celui qui aurait été atteint s'il avait observé la diligence requise (de Senarclens/Harrison, op. cit. in SJ 2021 II p. 67 et la réf. cit. ; Zumstein, op. cit., p. 51). 9.2.2 Le mandant supporte le fardeau de l'allégation objectif (objektive Behauptungs-last) et le fardeau de la preuve (Beweislast) des trois premières conditions d'indemnisation du dommage prévue à l'art. 97 al. 1 CO, conformément à l'art. 8 CC. Il incombe en revanche au mandataire de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable conformément à l'art. 97 al. 1 in fine CO (« à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ») (ATF 147 III 463 consid. 4.1 et les

réf. citées ; Luc Thévenoz/Célian Hirsch, Le pouvoir du juge d'apprécier le dommage d'investissement, in Marie-Laure Papaux van Delden/Sylvain Marchand/Frédéric Bernard (éd.), *Le juge apprécie : Mélanges en l'honneur de Bénédicte Foëx*, p. 335). 9.2.2.1 Il incombe au client demandeur de prouver son dommage avec certitude, conformément à l'art. 42 al. 1 CO, applicable par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO. L'art. 42 al. 2 CO, qui instaure une preuve facilitée en faveur du demandeur, ne s'applique pas en cas de mauvaise exécution d'un ordre d'achat ou de vente d'actions cotées en bourse, le cours de ces actions à une date déterminée pouvant être prouvé avec certitude; ce n'est en effet que lorsque le dommage est d'une nature telle qu'une

- 61 - preuve certaine est objectivement impossible à rapporter ou ne peut pas être raisonnablement exigée, au point que le demandeur se trouve dans un état de nécessité quant à la preuve (Beweisnot), que cette disposition entre en jeu (ATF 147 III 463 consid. 4.2.3 et les réf. citées). 9.2.2.2 Dans les procès soumis à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), il incombe aux parties, et non au juge, de rassembler les faits du procès. Les parties doivent alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions (fardeau de l'allégation subjectif), produire les moyens de preuve qui s'y rapportent (art. 55 al. 1 CPC) et contester les faits allégués par la partie adverse, le juge ne devant administrer les moyens de preuve que sur les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC ; ATF 144 III 519 consid. 5.1). Le demandeur, qui supporte le fardeau de l'allégation objective (objektive Behauptungslast) et le fardeau de la preuve (objektive Beweislast d'un fait ; art. 8 CC), en ce sens qu'il supporte les conséquences de l'absence d'allégation de ce fait, respectivement celles de l'absence de preuve de celui-ci, a évidemment toujours intérêt à l'alléguer lui-même, ainsi qu'à indiquer au juge les moyens propres à l'établir (ATF 147 III 463 consid. 4.2.3 et les réf. citées ; ATF 143 III 1 consid. 4.1). 9.2.2.3 Une partie a droit à l'administration d'un moyen de preuve qu'elle a offert si elle l'a présenté régulièrement conformément à l'art. 152 al. 1 en relation avec l'art. 221 al. 1 let. e CPC, c'est-à-dire immédiatement après l'allégué, de telle sorte que l'offre de preuve se rapporte sans équivoque à l'allégué à prouver et inversement (ATF 144 III 67 consid. 2.1 et les réf. citées ; TF 4A\_31/2023 du 11 janvier 2024 consid. 5.1). Si le tribunal ne doit en principe pas avoir à interpellier la partie pour obtenir des éclaircissements sur les moyens de preuve à administrer (TF 4A\_578/2021 du 24 février 2022 consid. 2.1 ; TF 4A\_169/2021 du 18 janvier 2022 consid. 5.2.1.1), il ne saurait toutefois refuser d'administrer un moyen de preuve s'il voit clairement en relation avec quel allégué de fait il est offert (ATF 144 III 54 consid. 4.2.2 ; TF 4A\_31/2023 du

## **E. 11**

janvier 2024 consid. 5.1). On ne saurait déduire des exigences de forme auxquelles est subordonné le droit à la preuve que le tribunal serait

- 62 - lié par les offres de preuve proposées à l'appui d'un allégué. Il n'est pas lié par le choix que font les parties de leurs offres de preuve et demeure entièrement libre dans son appréciation de toutes les preuves administrées selon l'art. 157 CPC (TF 4A\_31/2023 précité consid. 5.1). 9.2.2.4 Conformément à l'art. 183 al. 1 CPC, le juge peut, à la demande d'une partie ou d'office, demander une expertise à un ou plusieurs experts. L'expertise peut servir de moyen de preuve, ou seulement de moyen pour éclaircir les faits (TF 4A\_446/2020 du 8 mars 2021 consid. 7.1). Dans la mesure où elle a fonction de moyen de preuve, l'expertise ne peut être mise en œuvre – dans les causes soumises à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) – que sur requête d'une partie (TF 4A\_601/2020 du 11 mai 2021 consid. 4.3.1 et les réf. citées). En revanche, lorsque l'expertise ne doit servir qu'à une

meilleure compréhension des faits, elle peut aussi être ordonnée d'office (TF 4A\_446/2020 précité consid. 7.1). La désignation d'office d'un expert est ainsi admissible lorsqu'il manque au tribunal les connaissances nécessaires pour appréhender et apprécier des faits pertinents (TF 4A\_446/2020 précité consid. 7.1 ; cf. ég. ATF 117 II 231 consid. 2b ; sur le tout : TF 5A\_910/2021 du 8 mars 2023 consid. 3.1.1). L'éventuelle dérogation à la maxime des débats par l'administration d'office d'un moyen de preuve est une sorte d'alternative au devoir d'interpellation du juge selon l'art. 56 CPC. Le pouvoir d'ordonner d'office une preuve anticipe le résultat de l'interpellation du juge sur les moyens de preuves, le devoir d'interpellation lui-même ne devant pas non plus revenir à favoriser une partie. Une expertise ne peut donc être ordonnée d'office qu'avec retenue et sans avoir pour conséquence de favoriser l'un des plaideurs auquel il incombe, dans les procédures soumises à la maxime des débats, de présenter des offres de preuves suffisantes (TF 4A\_601/2020 du 11 mai 2021 consid. 4.3.1 ; TF 4A\_572/2018 du 30 mars 2020 consid. 2.4 ; TF 5A\_723/2017 du 17 décembre 2018 consid. 6.5.4). 9.3 9.3.1 Les premiers juges ont retenu (jugement, pp. 40 ss) que, même à admettre une violation contractuelle de la banque, cela ne

- 63 - changerait pas l'issue du litige. En effet, l'appelant ne disposait d'une prétention que pour autant que la violation du contrat lui avait causé un préjudice. Or, l'intéressé avait échoué à établir ce dommage, celui-ci ne pouvant pas être calculé, comme il le voulait, à la date du 20 décembre 2020, dès lors que le dommage devait être déterminé au moment où l'appelant avait appris les opérations litigieuses, soit au plus tôt le 20 mars 2020. 9.3.2 En l'espèce, l'appelant ne peut pas être suivi. Il est clair que l'instance précédente ne disposait d'aucun moyen de preuve pour déterminer si la banque avait réalisé les positions en commettant une violation dans ses devoirs de best execution. Comme les premiers juges le relèvent à juste titre, une expertise judiciaire aurait été bien évidemment non seulement pertinente, mais nécessaire à cet égard, singulièrement pour établir si l'intimée avait liquidé les actifs nantis dans les meilleures conditions possibles compte tenu de l'ensemble des circonstances, ce que l'appelant n'a pas entrepris de requérir à l'appui de ses allégués. Il s'agissait d'examiner si l'intimée avait été diligente dans le cadre des opérations litigieuses et si le produit de la réalisation obtenu par l'intimée était inférieur à celui qui aurait été atteint si elle avait observé la diligence requise, ceci compte tenu de l'état des marchés financiers à cette date. Il est patent qu'un avis d'expert était indispensable, l'instance précédente ne pouvant elle-même se substituer à un analyste financier et examiner elle-même si l'intimée avait violé son obligation de best execution en vendant certaines positions et titres de l'appelant. Il en va de même s'agissant de la détermination du dommage : il est patent que l'appelant ne pouvait se contenter de fixer une valeur pour la détermination de ce poste sur la simple base de ce qu'il considère comme « juste et équitable ». Une telle thèse est d'autant plus erronée dans un contexte où l'art. 42 al. 2 CO est manifestement inapplicable s'agissant d'évaluer la valeur de titres côtés ou d'autres notions financières pertinentes pour la résolution du litige. De plus, les allégués de l'appelant ne portent pas sur la période pertinente. Comme l'ont à juste titre considéré les premiers juges,

- 64 - le dommage doit être déterminé au moment où l'appelant a appris les opérations litigieuses – au plus tard le 20 mars 2020, date de son courriel à l'intimée – et aurait pu, s'il les jugeait contraires à ses intérêts, procéder au rachat des titres vendus, étant relevé que dès cet instant, il était tenu de faire son possible pour limiter son dommage. En tout état de

cause, si l'appelant entendait soutenir que le dommage devait être calculé à la fin de l'année 2020, il aurait dû au moins alléguer également la situation au printemps 2020 par précaution, quitte à prendre des conclusions principales et subsidiaires sur lesquels les premiers juges auraient ensuite tranché. De plus, il y aurait de toute manière fallu une expertise pour chiffrer le dommage invoqué par l'appelant. Au surplus, la référence à l'ATF 145 III 225 (dépréciation d'immeubles sur la durée) n'est pas pertinente. Il ne s'agit pas ici d'évaluer l'évolution du dommage dans le temps (cf. ATF 145 III 225 consid. 4.1.4), mais d'établir celui-ci à la date à laquelle l'appelant a appris les opérations litigieuses et aurait pu prendre des mesures pour qu'il en aille autrement (cf. consid. 9.2.1.2 ci-dessus). 9.3.3 Dans ces conditions et quoi qu'en dise l'appelant, la question d'ordonner une expertise d'office (art. 183 al. 1 CPC) ne se pose plus. 9.3.4 Aussi, il y a lieu de confirmer que l'appelant n'a ni allégué ni prouvé de manière conforme au droit fédéral un éventuel dommage, si bien que c'est à juste titre que les premiers juges ont estimé que l'appelant n'avait de toute manière pas établi son dommage. 10. 10.1 En définitive, l'appel, mal fondé, doit être rejeté et le jugement confirmé.

- 65 - 10.2 L'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), supportera les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 3'610 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), et versera à l'intimée de pleins dépens de deuxième instance, arrêtés à 5'000 fr. (art. 7 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.