

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14118/2012

ACJC/1535/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 12 DECEMBRE 2014

Entre

A_____SA, sise _____ à Zürich, appelante d'un jugement rendu par la 2ème Chambre du Tribunal de première instance du canton de Genève le 28 avril 2014, comparant par Me Vincent Jeanneret, avocat, rue des Alpes 15bis, case postale 2088, 1211 Genève 1, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ (Tunisie), intimé, comparant par Me Christian de Preux, avocat, rue Pedro-Meylan 2, case postale 409, 1211 Genève 17, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 18 décembre 2014.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/5152/2014 rendu le 28 avril 2014 et notifié aux parties le 7 mai suivant, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a débouté A_____SA de toutes ses conclusions (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 5'300 fr., compensés avec les avances de frais fournies par les parties et mis à la charge d'A_____SA, condamnant en outre cette dernière à verser à B_____ la somme de 200 fr. à titre de remboursement des frais judiciaires avancés (ch. 2), ainsi que la somme de 12'000 fr. à titre de dépens (ch. 3), déboutant pour le surplus les parties de toute autre conclusion (ch. 4).
- B.**
- a.** Par acte déposé le 6 juin 2014 au greffe de la Cour, A_____SA appelle de cette décision, concluant à son annulation. Cela fait, elle sollicite la condamnation de B_____ au paiement de 91'427 fr. 09 avec intérêts à 5% dès le 6 juin 2012, avec suite de frais et dépens, subsidiairement au paiement de la contrevaletur en Yens - soit 8'362'948 fr. au taux de conversion du 18 mai 2011 - et, plus subsidiairement encore, au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision.
- b.** Le 14 août 2014, soit dans le délai de réponse, B_____ conclut à la confirmation de la décision attaquée, avec suite de frais et dépens.
- c.** Par réplique du 28 août et duplique du 18 septembre 2014, les parties ont persisté dans leurs explications et conclusions respectives.
- d.** Les parties ont été informées par la Cour de ce que la cause était gardée à juger, par courrier du 19 septembre 2014.
- C.** Les faits suivants résultent du dossier soumis à la Cour de justice :
- a.** B_____, citoyen tunisien né en _____, est directeur général d'une société tunisienne active dans le placement et le développement industriel et touristique. Il est également administrateur d'autres sociétés, notamment bancaires.
- De par son activité professionnelle, B_____ est une personne rompue aux affaires, sans être spécialisée dans la gestion de fortune.
- b.** En novembre 1997, B_____ a ouvert une relation bancaire n° 1_____ (ci-après : la relation bancaire) auprès de _____, devenue par la suite A_____SA (ci-après, également désignée : la banque).
- Il a, à cette occasion, signé une déclaration de banque restante, chargeant ainsi la banque de conserver en son sein les communications qui lui étaient destinées, au lieu de les lui faire parvenir par la poste.

Le document d'ouverture de compte contient des clauses d'élection de droit suisse et de for en faveur des tribunaux genevois.

c. B_____ n'a jamais confié à A_____SA la gestion des avoirs déposés. Il a, en revanche, confié leur gestion à un ami, C_____, le 10 novembre 2000, en faveur duquel a été signée une procuration générale avec pouvoir illimité.

C_____ a donné les instructions relatives aux opérations effectuées sur la relation bancaire jusqu'en septembre 2008. Il n'était, en revanche, pas chargé de relever le courrier adressé en banque restante.

D_____ était le gestionnaire du compte de B_____ et E_____ de celui de C_____. E_____ avait des contacts réguliers avec C_____ par téléphone, à certaines périodes mêmes quotidiens, et le rencontrait tous les deux à trois mois. C'est ce dernier qui recevait les instructions de C_____, tant s'agissant de ses comptes personnels que de ceux de son mandant. B_____ n'a jamais eu de contact - en personne ou par téléphone - avec la banque si ce n'est pour signer les différents contrats.

d. Aux 31 décembre 2006 et 2007, la relation bancaire consistait en un compte de dépôt de titres et plusieurs comptes en différentes devises.

e. Souhaitant obtenir un crédit lombard, B_____ a signé divers documents, soit une convention de base pour crédits lombards en date du 13 décembre 2006, ainsi qu'une convention cadre pour les opérations sur dérivés et transactions à terme et un acte de nantissement en date du 13 novembre 2007 (ci-après respectivement : la convention de base, la convention cadre et l'acte de nantissement).

Par le biais de ce crédit, la banque avançait des fonds au client, de manière à ce que ce dernier dispose de davantage de fonds à investir et bénéficie ainsi d'un effet de levier.

Les avoirs nantis en garantie de ce crédit étaient ceux déposés sur le compte n° 1_____. Devait être préservée une marge de sécurité - dont le taux et le mode de calcul ne résultent pas des pièces produites par les parties - entre les montants mis à disposition et les fonds propres du client.

Les documents précités prévoient notamment que :

- "Si la valeur des actifs gagés tombe au-dessous de la valeur totale des crédits contractés dans le cadre de la présente convention et des crédits existant avant sa signature, A_____SA est autorisée à agir en vertu des dispositions de l'acte de nantissement signé séparément. (...) Si A_____SA a établi des garanties, elle est habilitée, dans l'hypothèse d'une diminution de la valeur de nantissement au-dessous de la valeur des crédits contractés, à réaliser ces sûretés sans autres

formalités, si, sur injonction de A_____SA, le client n'apporte pas de garanties supplémentaires ou ne fait pas procéder à leur remplacement" (art. 5 de la convention de base);

- "Si la valeur des gages tombait au-dessous de la marge usuelle ou convenue ou si, pour d'autres raisons, A_____SA estimait que les sûretés fournies ne sont plus suffisantes pour couvrir sa créance, le(s) débiteur(s) aurai(en)t alors l'obligation, sur simple demande d'A_____SA, soit de réduire par remboursement le montant de la dette, soit de fournir des sûretés complémentaires de manière à rétablir la marge. Au cas où le(s) débiteur(s) ne donnerai(en)t pas suite à cette sommation dans le délai librement fixé par A_____SA, la dette serait alors immédiatement exigible de plein droit dans sa totalité. S'il n'était pas possible, pour des raisons matérielles ou juridiques, de prévenir sur-le-champ le(s) débiteur(s) que la valeur des sûretés est tombée au-dessous de la marge habituelle ou convenue, ou si l'on était en présence de circonstances extraordinaires, les créances d'A_____SA deviendraient immédiatement exigibles dans leur totalité" (art. 2 de l'acte de nantissement);

- "A_____SA aura le droit, mais non l'obligation, sitôt tout ou partie d'une créance échue, de réaliser immédiatement les gages de gré à gré ou de procéder à la dénonciation et à l'encaissement des créances nanties, si elle le juge à propos, sans observer les formalités prévues par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, et d'en affecter le produit au remboursement intégral de toutes ses créances de quelque nature qu'elles soient en capital, intérêts, commissions et frais. A cette fin, les gages sont cédés à A_____SA par le présent acte. (...) Le produit de la vente de sûretés reste nanti au profit d'A_____SA jusqu'au complet remboursement des créances garanties. (...) Le débiteur principal demeure tenu pour tout ou partie de la dette que le produit de la réalisation laisse à découvert; en cas de pluralités de créances et de sûretés, la banque décide seule de l'ordre dans lequel les sûretés sont réalisées et du choix des créances qui sont amorties les premières" (art. 3 de l'acte de nantissement);

- "A_____SA a le droit d'exiger des garanties supplémentaires par appel de marge si les variations des prix du marché ou d'autres paramètres importants intervenant après conclusion de la transaction se soldaient pour le client par une perte en cas de liquidation de la transaction ouverte ou en cas de diminution de la marge. Dans l'un et l'autre cas, le client s'engage, sur simple demande d'A_____SA, à fournir des sûretés supplémentaires ou nouvelles à hauteur du montant exigé par A_____SA et du type spécifié par A_____SA. Si le client ne devait pas donner suite à cet appel de marge en l'espace d'un jour ouvrable bancaire (zurichois) ou dans un délai plus bref à fixer par A_____SA en cas de détérioration de la situation du marché, A_____SA sera autorisée, mais non astreinte, à liquider les transactions en souffrance à cette date en procédant à des opérations inversées échéant aux dates initialement fixées et à faire supporter toute perte en résultant au client. Si, dans ce dernier cas de figure, l'opération de

compensation se solde par un excédent, celui-ci est crédité au client. Dans le cas contraire, le client demeure débiteur du solde débiteur" (art. 1.8 de la convention cadre);

- les rapports découlant de ces actes sont régis par le droit suisse, et le for judiciaire de tous litiges y relatifs est situé à Genève (art. 10 de la convention de base, art. 4 de la convention cadre et art. 9 de l'acte de nantissement).

f. En septembre 2008, la crise financière mondiale s'est amplifiée, provoquant une chute des cours des marchés boursiers. Les positions de B_____ se sont de ce fait détériorées, entraînant la diminution de la marge de sécurité.

Par courrier adressé au client en banque restante le 23 septembre 2008, A_____SA a procédé à un appel de marge, sollicitant la régularisation du dépassement de 85'000 fr. avant le 3 octobre 2008. Elle l'a ainsi invité à rétablir la marge de sécurité, soit en fournissant des fonds ou des garanties supplémentaires, soit en l'instruisant de vendre des actifs nantis ou de liquider des opérations à termes et sur dérivés, la banque se réservant la possibilité, si la situation n'était pas régularisée à l'issue du délai fixé, de procéder elle-même à la réalisation des titres et valeurs mobilières nantis en sa faveur pour reconstituer la marge. Ce courrier est resté sans suite.

D_____ - qui ne disposait, selon la banque, pas des coordonnées téléphoniques du client à cette époque - n'a pas réussi à atteindre B_____.

Le même jour, E_____ a informé téléphoniquement C_____ que lui-même faisait l'objet d'un appel de marge par écrit, en banque restante. Il lui a également transmis un message à l'attention de B_____, invitant ce dernier à prendre contact avec la banque qui cherchait à le joindre, sans succès.

C_____, entendu par le Tribunal le 5 décembre 2013, a déclaré que la banque ne lui avait pas précisé les raisons pour lesquelles elle cherchait à joindre B_____.

g. En date du 6 octobre 2008, la banque a procédé à la vente d'une première partie des titres nantis en sa faveur, réalisant ainsi un produit total de 146'925 fr. 20, à savoir :

- les actions F_____ pour un montant de GBP 13'922.61, soit 27'938 fr. 50 (au taux de 2.0067),
- les actions G_____ pour un montant de GBP 21'269.82, soit 42'680 fr. 90 (au taux de 2.0067), et
- les obligations H_____ pour USD 62'581.51, soit 71'145 fr. 80 (au taux de 1.13685).

Ces ventes ont été opérées sur le marché boursier.

h. La banque a procédé, en date du 13 octobre 2008, à la vente d'une deuxième partie des actifs du portefeuille de B_____, à savoir :

- les obligations I_____ d'une valeur nominale de USD 480'000, au cours de 40.5%, soit pour un montant net de USD 194'400, correspondant à 220'498 fr. 20 (au cours de 1.13425), et
- les obligations J_____ d'une valeur nominale de USD 142'000, au cours de 50%, soit pour un montant net de USD 71'000, soit 80'531 fr. 75 (au taux de 1.13425).

Ces ventes ont été opérées de gré à gré et non sur le marché.

_____, représentant désigné d'A_____SA, a déclaré, devant le Tribunal lors de l'audience du 5 juin 2013, qu'il n'y avait plus de marché pour ces titres au moment de leur vente.

i. En date du 17 octobre 2008, l'établissement bancaire a réalisé les derniers titres du portefeuille en rachetant sept parts du fonds K_____ pour le prix de USD 11'927.09.

j. Compte tenu de la rapide et continue détérioration des marchés, certains comptes de B_____ présentaient encore, après la réalisation par la banque des titres nantis, des soldes débiteurs d'un montant total de 81'537 fr. au 31 décembre 2008.

k. Par courrier adressé en banque restante le 2 mars 2009, la banque a indiqué à B_____ qu'elle souhaitait trouver une solution pour régulariser les comptes débiteurs ci-dessous.

Par courrier adressé en banque restante le 23 mars 2009, A_____SA a formellement mis B_____ en demeure de rembourser les soldes débiteurs, à savoir :

- USD 43.24 sur le compte n° 1-1_____,
- JPY 10'381'576 sur le compte n° 1-2_____ , et
- GBP 29.77 sur le compte n° 1-3_____.

Des fonds ont été apportés sur le compte n° 1-2_____, réduisant le découvert, lequel présentait un solde débiteur de JPY 9'263'379 au 31 décembre 2009, JPY 9'741'983 au 31 décembre 2010 et JPY 8'362'948 en mai 2011, date à laquelle le découvert a été converti en francs suisses à hauteur de 91'427 fr. 09. Plus aucun fonds n'a depuis lors été versé sur ce compte.

l. En novembre 2010, L_____, sous-directrice de l'unité de recouvrement d'A_____SA, a réussi à joindre téléphoniquement B_____ pour fixer

rapidement un entretien. Elle n'a à cette occasion mentionné ni le nom de la banque ni la raison de l'appel si ce n'est la nécessité que le client vienne à Genève.

Le 1^{er} décembre 2010, B_____, C_____ et L_____ se sont rencontrés.

B_____ a contesté la validité de l'appel de marge qui lui avait été signifié, ainsi que le pouvoir de la banque de réaliser les actifs nantis, et a demandé à être replacé dans la situation qui était la sienne avant le 23 septembre 2008.

L_____ a exposé la position de la banque, à savoir qu'elle avait effectué l'appel de marge conformément aux clauses prévues dans la documentation contractuelle concernant le crédit lombard, et qu'à défaut de réaction du client, l'établissement s'était vu contraint de réaliser les actifs nantis pour couvrir le découvert.

Entendue par le Tribunal le 11 octobre 2013, L_____ a déclaré ne rien savoir des titres litigieux, de la vente de ceux-ci ou encore de leurs acquéreurs.

m. Lors de son audition devant le Tribunal le 5 décembre 2013, C_____ a déclaré n'avoir été informé de la réalisation des positions de son mandant que lors de cet entretien de novembre 2010. Il ne s'était pas soucié du compte de B_____ durant la crise financière de 2008 et ce, jusqu'en 2010. Il avait également été en litige avec la banque s'agissant de sa relation bancaire, l'établissement ayant également réalisé ses titres, notamment des titres I_____. Il avait en outre déposé plainte pénale contre l'établissement bancaire, la procédure pénale étant en cours.

Il ressort néanmoins d'une note interne établie le 16 décembre 2008 par E_____ concernant la relation avec B_____ que ledit gestionnaire a rencontré C_____ le 10 décembre précédent et a fait l'annotation suivante : *"Fortune négative à - 87'000 EUR. Je rencontre le mandataire ce jour. Je lui annonce que le gestionnaire (F8A) a dû procéder à la vente forcée des actifs suite à la baisse de la valeur de nantissement de son portefeuille et le découvert ainsi créé. Le mandataire n'est pas très satisfait que nous l'ayons fait sans en parler au client. Je lui dis que nous n'avons pas de no de contact pour lui, et que le gestionnaire n'était pas au courant du fait que lui-même, le mandataire, était également connu de la banque. Je lui demande donc instamment de nous donner des nos de contact pour le client. Il va le faire à son retour en Tunisie. Le mandataire va parler de la situation au client. Le gestionnaire va également le contacter lorsque nous aurons son no. Il doit absolument trouver une solution pour nous amener des fonds afin de rembourser le découvert."*

Il ressort par ailleurs d'un courrier établi le 16 décembre 2013 par le Ministère public de Genève - soit après l'audition de C_____ - qu'aucune plainte pénale n'a été déposée par ce dernier à l'encontre d'A_____ SA devant lui.

n. Par acte déposé au greffe du Tribunal le 6 juin 2012, A_____SA a assigné B_____ en paiement de la somme de 91'427 fr. 09 avec intérêts à 5% dès le 6 juin 2012, subsidiairement de JPY 8'362'948 (soit la contrevaletur de 91'427 fr. 09 au taux de conversion du 18 mai 2011).

Elle expliquait avoir émis un appel de marge le 23 septembre 2008, puis, faute pour le client d'avoir reconstitué la marge requise, avoir réalisé une première partie des actifs nantis. Cette première réalisation n'ayant pas permis de rétablir la marge de sécurité et les positions sur le marché continuant à se détériorer, la banque avait procédé à la vente du reste des actifs de son client. En dépit de la rapidité d'exécution de la vente, le produit de réalisation n'avait pas suffi à rembourser les créances garanties, raison pour laquelle elle agissait en remboursement du découvert.

o. Par réponse du 7 février 2013, B_____ a conclu au déboutement de la banque, avec suite de frais et dépens, sollicitant préalablement que la banque fournisse l'identité des acheteurs des obligations I_____ et J_____.

Sans remettre en cause le montant réclamé au titre de reconstitution de la marge, il reprochait à la banque d'avoir procédé à la liquidation de ses titres sans l'avoir valablement atteint, en s'appuyant abusivement sur la fiction de communication en banque restante, alors qu'elle aurait pu tenter de le joindre par téléphone pour former l'appel de marge - ce qu'elle n'avait pas fait - ou de le contacter par le biais de son gestionnaire C_____, qui n'avait pas été informé de l'appel de marge dont son mandant faisait l'objet.

Il soutenait que, s'il avait été dûment averti dudit appel, il aurait entrepris, sans délai, les mesures nécessaires pour reconstituer la marge, afin de conserver la libre disposition de ses titres, ou les faire vendre dans de meilleures conditions.

Selon lui, les circonstances dans lesquelles la liquidation des obligations I_____ et J_____ était intervenue restaient opaques. Ces titres avaient été vendus de gré à gré, largement en-dessous de la valeur du marché, sans que ne soient révélés les noms des acquéreurs, ce qui faisait soupçonner qu'ils avaient été bradés à l'avantage d'une entité affiliée à la banque. Il se justifiait donc que cette dernière dévoile le nom des contreparties et fournisse des indications sur la manière dont elle avait évalué son portefeuille en septembre et en octobre 2008.

Il a ainsi allégué avoir subi un dommage résultant de la manière dont ses titres I_____ et J_____ avaient été réalisés par A_____SA, se réservant le droit de le faire valoir en temps utile.

Il a notamment produit, à l'appui de sa réponse, les pièces suivantes :

- des extraits du site internet de la bourse kazakhe relatifs à l'évolution des titres I_____ entre le 1^{er} novembre 2007 et le 1^{er} septembre 2010, sur lesquels B_____ se fonde pour affirmer qu'entre le 23 septembre 2008 et le 13 octobre 2008, la valeur de ces titres n'est pas descendue en dessous de 68% et qu'elle était encore de 82% le 3 octobre 2008,

- un article paru en septembre 2009 sur le site internet de Reuters (www.reuters.com) selon lequel I_____ venait de déclarer que : "*I_____ purchased [back] \$ 75'965'000 of bonds (nominal value) at an average price of 91,8 (...) between October 2007 et September 2009*", ce qui signifie, pour B_____, que ses titres auraient pu être rachetés par l'établissement I_____ à de bien meilleures conditions, et

- des extraits d'un site boursier allemand relatifs à la valeur des titres J_____ à la bourse de Francfort entre le 30 mars 2007 et le 20 décembre 2009, sur lesquels B_____ se fonde pour affirmer que ces titres auraient pu être vendus au cours de 80% en date du 13 octobre 2008.

Les tableaux contenus dans ces extraits boursiers n'indiquent aucun échange de titres I_____ entre le 1^{er} novembre 2007 et le 6 octobre 2008 et mentionnent "*keine Volumendaten vorhanden*" s'agissant des titres J_____ entre le 30 mars 2007 et le 6 octobre 2008.

p. Par ordonnance du 16 avril 2013, le Tribunal a, suivant sur ce point les conclusions prises par la banque lors de l'audience du 20 mars précédent, rejeté les conclusions préalables de B_____ tendant à ce que la banque révèle l'identité des acquéreurs des titres I_____ et J_____, au motif que cela n'était pas susceptible de renseigner l'intéressé sur la méthode appliquée par la banque pour l'évaluation de ses titres.

q. Lors de l'audience du 5 juin 2013 devant le Tribunal, B_____ a confirmé que s'il avait eu connaissance de l'appel de marge, il aurait pu donner l'ordre de vendre une partie de son portefeuille, ce qui aurait permis "*d'éviter le déficit*", admettant ainsi ne pas disposer de fonds supplémentaires pour reconstituer la marge.

r. Lors de l'audience de plaidoiries finales du 24 janvier 2014, les parties ont persisté dans leurs explications et conclusions respectives.

s. Aux termes du jugement entrepris, le premier juge a relevé, après avoir admis sa compétence et l'application du droit suisse découlant des élections de for et de droit, que les parties avaient adopté le mécanisme du crédit lombard, conforme aux règles régissant le nantissement de valeurs mobilières.

Il a considéré que les parties étaient certes liées par une convention de banque restante - dans le cadre de laquelle s'appliquait en principe la fiction de réception

de l'appel de marge du 23 septembre 2008 -, mais que la banque aurait dû communiquer l'appel de marge par téléphone à son client ou par l'intermédiaire de son mandataire, de sorte qu'elle ne pouvait, dans ces circonstances, se prévaloir de la fiction de réception en banque restante sans contrevenir à l'interdiction de l'abus de droit. Ce manquement n'avait toutefois pas eu d'incidence, puisque le client n'avait pas établi qu'il disposait alors de fonds supplémentaires et disponibles pour reconstituer la marge de sûreté, si bien que la banque aurait de toute manière été en droit de procéder à la vente des titres gagés.

Le premier juge a par ailleurs retenu qu'il découlait de l'art. 11 al. 1 let. b et c LBVM que la banque avait un devoir de diligence, en assurant la meilleure exécution possible des ordres, et de loyauté, en veillant à ce que ses clients ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts. Or, il ressortait des pièces produites par B_____ que les obligations I_____ et J_____ auraient pu être vendues au cours de, respectivement, 68% et 80% de leur valeur nominale, représentant un produit supplémentaire de 174'600 fr. par rapport au produit réalisé par l'établissement bancaire. Il en résultait que si la banque avait exécuté les transactions en conformité de ses obligations de diligence et de loyauté, la relation bancaire ouverte dans ses livres n'aurait présenté aucun découvert.

- D.** L'argumentation des parties devant la Cour sera reprise ci-après dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

- 1.** **1.1.** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 126).

La valeur litigieuse étant, en l'espèce, supérieure à 10'000 fr., le présent appel, motivé et formé par écrit dans un délai de trente jours à compter de la notification de la décision (art. 311 al. 1 CPC), est recevable (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC).

- 1.2.** La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

En vertu de la présomption de l'art. 150 al. 1 CPC, il est admissible dans le cadre de la maxime des débats de considérer comme non contestés les faits retenus dans la décision attaquée s'ils ne sont pas critiqués par l'appelant (TAPPY, op. cit., p.

137; REETZ/THEILER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, n. 38 ad art. 311 ZPO).

1.3. La cause est soumise à la procédure ordinaire et à la maxime des débats, laquelle implique, pour les parties, l'obligation d'alléguer les faits à l'appui de leurs prétentions et d'offrir les preuves permettant d'établir ces faits (art. 219 et 55 CPC).

2. L'appelant étant domicilié en Tunisie, la cause revêt un caractère international.

Au vu de la nature patrimoniale du litige, la compétence des tribunaux genevois est acquise sur la base des clauses d'élection de for figurant dans chacun des contrats signés par les parties et non remis en cause par l'une d'elles (art. 5 LDIP).

Le litige relevant du droit des obligations, il est régi par le droit suisse également en vertu de clauses d'élection de droit valablement stipulées et non contestées par les parties (art. 116 LDIP).

3. Les parties sont liées par un contrat de dépôt relatif aux différentes relations bancaires dont est titulaire l'intimé, par un contrat de nantissement sur toutes les valeurs de ce dernier auprès de la banque, ainsi que par deux contrats cadres régissant les opérations sur dérivés effectuées avec ou par le biais de la banque et l'utilisation des crédits lombards accordés par cette dernière.

Elles s'opposent dans le cadre de leur relation de crédit lombard.

3.1. Le crédit lombard est une ligne de crédit garantie par le nantissement de titres facilement réalisables - ou de tout autre genre de sûretés susceptibles d'être mises en gage -, dont la possession est transférée au créancier. L'emprunteur n'obtient du prêteur qu'un pourcentage déterminé de la valeur sur le marché des titres donnés en gage. La différence entre le montant du crédit et la valeur marchande des titres nantis constitue la marge de sécurité. La garantie pouvant devenir insuffisante suivant l'évolution des cours qui réduit cette marge, les parties peuvent prévoir le droit de la banque d'exiger l'apport de garanties complémentaires dans le délai convenu ou dans un délai approprié (appel de marge). Si l'emprunteur ne reconstitue pas la marge de sécurité, la banque peut résilier le crédit lombard, liquider le dépôt de garantie et réclamer le remboursement des avances qu'elle a consenties (arrêt du Tribunal fédéral 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 8.2.3 et les réf. citées).

Les opérations à crédit comportent des risques pour le client et pour la banque. En particulier, la banque peut être tenue de réaliser les actifs du client à un moment particulièrement défavorable et ainsi causer à ce dernier une perte dans le cadre d'une opération qui se serait révélée profitable à terme. Le principal grief que peut faire valoir un client en cas de perte est l'absence de mise en demeure de

reconstituer la marge préalablement à la vente de ses actifs. En revanche, le client ne pourra pas se plaindre de ce que la banque n'a pas clôturé ses positions alors que la marge était insuffisante, ladite marge ayant pour but de limiter les risques de la banque et cette dernière pouvant y renoncer (ACJC/842/2013 du 28 juin 2013 consid. 6.1; LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2008, n. 76, 87 et 88).

3.2. Les choses mobilières ne peuvent être constituées en gage que sous forme de nantissement (art. 884 CC). Le créancier qui n'est pas désintéressé a le droit de se payer sur le prix provenant de la réalisation du gage (art. 891 al. 1 CC). Le contrat de gage peut autoriser le créancier gagiste à se payer en vendant de gré à gré la chose remise en gage. En pareil cas, le créancier est tenu, en vertu des règles de la bonne foi et conformément à son propre intérêt, de protéger le constituant du gage contre tout dommage prévisible (ATF 118 II 112 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_144/2011 du 5 mai 2011 consid. 7). En cas d'acquisition du gage par le créancier, celui-ci est tenu d'établir un décompte à l'intention du débiteur, d'imputer la valeur du gage sur sa créance et de restituer un éventuel surplus (ATF 119 II 344 consid. 2b et 2c; arrêt du Tribunal fédéral 4A_144/2011 précité consid. 7).

3.3. En l'espèce, il n'est pas contesté que les parties se sont liées par le mécanisme du crédit lombard tel que décrit ci-dessus sous consid. 3.1, conforme aux règles régissant le nantissement des valeurs mobilières, plus particulièrement de titres, également exposées ci-avant sous consid. 3.2.

L'appelante prétend au paiement d'un découvert sur un des comptes de l'intimé, que la vente par l'appelante des actifs nantis n'a pas permis de solder (art. 1.8 de la convention cadre), représentant un montant final de 91'427 fr. 09 au mois de mai 2011.

- 4.** L'intimé a tout d'abord fait valoir, en première instance, que l'appelante avait violé ses obligations contractuelles, en ne lui communiquant pas de manière diligente l'appel de marge. Il a déclaré que s'il avait eu connaissance de l'appel de marge, il aurait pu donner l'ordre de vendre une partie de son portefeuille, ce qui aurait permis de "*couvrir le déficit*".

4.1. Le premier juge a suivi l'intimé sur ce point.

L'appelante indique toutefois que cette question ne fait pas l'objet de son appel, faute d'intérêt juridique, dans la mesure où cela n'a pas d'impact sur l'issue du litige. Elle conteste néanmoins avoir contrevenu à l'interdiction de l'abus de droit dans le cadre de la notification de l'appel de marge du 23 septembre 2008.

Pour sa part, l'intimé relève que s'il avait été immédiatement averti de l'appel de marge, directement ou par l'intermédiaire de son mandataire, il aurait eu la possibilité de vendre immédiatement l'intégralité de ses titres le 23 septembre

2008, d'offrir les obligations I_____ à l'émetteur au taux de 100% de leur valeur nominale ou sur la bourse kazakhe au taux de 68% au moins, ou encore de vendre les obligations J_____ sur les marchés boursiers à un cours situé entre 80% et 98% de leur valeur nominale.

4.2. La question de savoir si la banque peut ou non se prévaloir de la fiction de la réception en banque restante de l'appel de marge sans contrevenir à l'interdiction de l'abus de droit peut rester ouverte.

En effet, quand bien même il conviendrait de retenir que la banque n'a pas communiqué de manière diligente l'appel de marge du 23 septembre 2008 à son client, en se contentant d'un courrier écrit adressé en banque restante, alors qu'elle aurait pu essayer de le contacter - dans l'hypothèse où elle aurait disposé de ses coordonnées téléphoniques à cette époque, ce qui est litigieux - ou informer expressément son gestionnaire externe de l'appel de marge, l'intimé a admis implicitement qu'il n'aurait pas été en mesure de faire face à l'appel de marge requis s'il avait été valablement appelé à le faire par l'appelante et, en particulier, qu'il ne disposait pas de fonds ou titres supplémentaires qui lui auraient permis de reconstituer la marge de sûretés, seul moyen de sauvegarder les titres nantis dans son portefeuille. L'intimé se prévaut à tort du fait que s'il avait été dûment informé de l'appel de marge, il aurait pu procéder à la vente de tout ou partie des obligations nanties, puisque il n'en avait plus la possession et ne pouvait plus en disposer.

Il en découle que la banque aurait de toute manière été en droit de procéder à la vente des titres litigieux, faute de reconstitution de la marge par le client et que, partant, tout éventuel manquement de l'appelante dans la communication de l'appel de marge à son client n'aurait pas eu d'incidence sur l'évolution du portefeuille de ce dernier.

- 5.** L'intimé a par ailleurs fait valoir, en première instance, que l'appelante a vendu les actifs nantis de gré à gré en-dessous de leur valeur sur le marché et a maintenu opaques les conditions de ces transactions, émettant par ailleurs l'idée que les titres auraient été acquis par une entité affiliée à A_____SA.

5.1. L'appelante reproche au premier juge d'avoir violé son droit d'être entendu en la déboutant de sa prétention sur la base d'un raisonnement qui n'avait pas été soutenu par l'intimé et qui avait trait à un contexte de fait que le Tribunal lui-même avait considéré comme ne faisant pas partie de la cause.

Elle soutient que l'intimé n'a pas soutenu, en première instance, que la banque avait d'une quelconque manière violé un éventuel devoir de diligence dans le cadre de la vente des titres, pas plus qu'il ne faisait valoir une éventuelle créance en compensation ou n'avait formulé de conclusion reconventionnelle. L'intimé se contentait d'alléguer que les conditions de réalisation des titres étaient opaques et

de solliciter des renseignements sur la manière dont la banque avait évalué son portefeuille et sur les contreparties des ventes.

L'appelante souligne aussi qu'à l'issue de l'audience du 16 avril 2013, le Tribunal a rejeté les conclusions préalables de l'intimé, considérant que la banque n'avait pas à fournir d'informations complémentaires sur l'identité de la contrepartie et, donc, selon lui, dans la mesure où il s'agissait d'une vente de gré à gré, également sur les modalités de la réalisation des titres en question. Le Tribunal ayant finalement considéré que la question de la réalisation des titres était pertinente, il lui appartenait d'inviter les parties à se prononcer sur ce point.

L'appelante reproche également au Tribunal d'avoir violé son droit d'être entendu en fondant son raisonnement sur la LBVM, alors que l'intimé ne s'était "*à aucun moment fondé sur cette loi, si bien que ce moyen entièrement nouveau a été soulevé d'office par le premier juge, sans qu'il ait préalablement été soumis aux parties*".

5.1.1. Le droit d'être entendu confère à toute personne le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, d'offrir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, de participer à l'administration des preuves et de se déterminer à leur propos. En règle générale, la personne visée n'est pas obligatoirement invitée à se prononcer sur l'appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l'argumentation juridique à retenir; l'autorité doit toutefois l'interpeller lorsqu'elle envisage de fonder sa décision sur une règle ou sur un motif juridique qui n'a pas été évoqué au cours de la procédure, quand aucune des parties ne s'en est prévaluée ni ne pouvait en supputer la pertinence. Selon l'art. 57 CPC, les tribunaux civils appliquent le droit d'office. Cette règle ne peut guère être comprise comme une restriction du droit des parties d'être entendues, ce droit étant confirmé par l'art. 53 CPC. Les tribunaux civils doivent donc eux aussi interpeller les parties lorsqu'ils envisagent d'adopter une solution juridique imprévisible pour elles (arrêts du Tribunal fédéral 4A_35/2013 du 13 mars 2013 consid. 4; 5A_561/2011 du 19 mars 2012 consid. 10.1 - non publié aux ATF 138 III 289 - et les réf. citées).

5.1.2. Dans un procès soumis à la maxime des débats, s'il incombe aux parties d'alléguer et de prouver les faits justifiant leurs conclusions, il appartient en revanche au juge, qui applique le droit d'office, de rechercher la règle de droit matériel abstraite applicable à ces faits et d'en tirer les conséquences juridiques sur la prétention invoquée par le demandeur; à cet égard, il n'est pas limité par l'argumentation des parties et peut se fonder sur tous les éléments de fait qui se trouvent dans le cadre du procès, peu importe la partie qui les a allégués et prouvés (arrêt du Tribunal fédéral 5A_561/2011 précité consid. 12.1).

5.1.3. En l'espèce, l'intimé ne s'est certes pas prévalu d'une créance en compensation et n'a pas formulé de conclusions reconventionnelles à l'encontre de la banque. Il s'est toutefois réservé le droit de le faire ultérieurement et a fait valoir que ses titres avaient été vendus pour des valeurs inférieures à celles du marché et dans des conditions opaques. Il a produit des pièces à l'appui de ses allégations et a sollicité de la banque qu'elle le renseigne sur le nom des acquéreurs de ses titres et le mode d'évaluation de son portefeuille, invoquant l'hypothèse de la vente des obligations en question à une entité affiliée à l'appelante et, partant, l'existence d'un conflit d'intérêts.

Cela étant, contrairement à ce qu'allègue l'appelante, la question de la modalité de la réalisation des titres n'a pas été exclue de la cause par le premier juge à l'issue de l'audience du 16 avril 2013. La seule question exclue à cette occasion était celle de l'identité des acquéreurs des titres, le Tribunal ayant écarté la conclusion préalable de l'intimé qui portait sur ce seul point. Cela est au demeurant confirmé par le fait que les enquêtes ont notamment porté sur la problématique de la réalisation des titres, puisque des questions y relatives ont été posées au témoin L_____, même si celle-ci n'a pas été en mesure d'y répondre.

Il apparaît ainsi que, si l'intimé n'a pas formellement utilisé le terme de "violation du devoir de diligence", il a clairement et valablement soulevé ce moyen au regard du sens de ses considérations. Le premier juge n'a dès lors pas fondé sa décision sur un motif inattendu ou formellement exclu des mesures probatoires et il lui appartenait, conformément à la jurisprudence précitée, d'appliquer le droit d'office, de rechercher la règle de droit matériel abstraite applicable aux allégués et d'en tirer les conséquences juridiques, sans avoir à interpellier les parties pour ce faire.

Il ressort, par conséquent, de ce qui précède que le premier juge n'a d'aucune manière violé le droit d'être entendu de l'appelante.

5.2. La banque reproche également au Tribunal d'avoir retenu qu'elle a manqué à son devoir de diligence dans le cadre de la vente des titres sur la base d'une appréciation inexacte des faits - à savoir la possibilité de vendre les titres litigieux sur le marché au regard des pièces produites par l'intimé - et en fondant ledit devoir de diligence sur l'art. 11 LBVM.

Elle soutient qu'il ne ressort pas des pièces produites par l'intimé - à savoir des extraits de sites boursiers - qu'il existait, en octobre 2008, un marché pour les titres litigieux et qu'ils auraient pu être vendus en bourse. Une lecture attentive de ces documents révèle au contraire une absence de marché, soit un volume d'échanges de ces titres inexistant sur les marchés cotés entre le 13 septembre et le 13 octobre 2008. En l'absence de toute opération, il ne pouvait être retenu que les titres I_____ auraient pu être vendus à 68% de leur valeur nominale et les titres

J_____ à 80% en date du 13 octobre 2008. Les cotations sur lesquelles s'est fondé le Tribunal sont purement indicatives, ne démontrent pas les valeurs réelles d'échanges de titres à cette époque et encore moins la possibilité que ces titres aient pu être vendus à ces valeurs-là. En tout état, les pièces produites sont insuffisantes pour en déduire que ces titres auraient pu être mieux vendus, vu la situation particulière des marchés à cette époque, soit au plus fort de la crise financière.

La banque fait, de plus, valoir que l'art. 11 LBVM n'est pas applicable.

5.2.1. Si la banque, sans être liée par un mandat de gestion, effectue ponctuellement des opérations boursières pour ses clients, elle n'est pas tenue à une garantie générale de leurs intérêts. Un devoir de diligence et de loyauté lui est en revanche imposé par l'art. 11 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM), dont les règles de conduite s'imposent également dans le cadre d'un contrat de droit privé (ATF 133 III 97, *in* JdT 2008 I 84). La banque qui négocie des valeurs mobilières a envers ses clients un devoir de diligence : elle doit en particulier assurer la meilleure exécution possible de leurs ordres (art. 11 al. 1 let. b LBVM). Elle a également un devoir de loyauté, qui lui incombe de veiller à ce que ses clients ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts (art. 11 al. 1 let. c LBVM).

5.2.2. C'est à raison que l'appelante soutient que l'art. 11 LBVM n'est pas applicable en l'espèce, la Cour ayant déjà eu l'occasion de relever que cette disposition vise le cas où un négociant agit sur instruction ou mandat de son client et non, comme *in casu*, lors de l'exécution d'un nantissement qui a pour vocation première de protéger les intérêts de la banque (ACJC/842/2013 du 28 juin 2013 consid. 7.2).

Dans cette même décision, la Cour a néanmoins retenu que, dans le cadre d'une relation de crédit lombard, la banque était tenue à une obligation de diligence à l'égard du client gagé, obligation consistant notamment à vendre les titres nantis au meilleur prix (ACJC/842/2013 précité consid. 6.2).

5.2.3. Conformément aux règles générales de la responsabilité contractuelle et à l'art. 8 CC, il incombe à la partie qui invoque la mauvaise exécution du contrat par le cocontractant d'en apporter la preuve (cf. notamment arrêt du Tribunal fédéral 4A_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.7 et les réf. citées).

Il convient dès lors de déterminer si l'intimé a apporté la preuve de la violation par la banque de son obligation de diligence, à savoir en particulier si elle aurait pu vendre les titres I_____ et J_____ à de meilleures conditions, ce qui aurait permis d'éviter l'existence du découvert litigieux.

5.2.4. En l'espèce, le premier juge a considéré qu'il ressortait des extraits de sites boursiers produits par l'intimé que les obligations I_____ (vendues à 40,5% de leur valeur nominale) auraient pu être vendues à 68%, à savoir le cours le plus bas atteint par ces titres à la bourse kazakhe durant la période allant du 23 septembre au 13 octobre 2008, et que, de même, les obligations J_____ (vendues à 50%) auraient pu l'être à 80% à la Bourse de Francfort.

Ce raisonnement ne saurait cependant être confirmé.

Il est notoire que l'appel de marge et les ventes de titres en question s'inscrivaient dans un contexte de crise financière, débutée en 2007 et qui avait atteint une phase aiguë dès septembre 2008, notamment à la suite de la faillite de la banque Lehman Brothers.

Comme le relève à juste titre l'appelante, quelles que soient les valeurs des titres litigieux indiquées sur les pièces précitées, il ressort également de ces extraits boursiers que les volumes d'échanges des obligations litigieuses étaient nuls le 6 octobre 2008, et ce depuis de nombreux mois. En effet, les tableaux boursiers relatifs aux obligations I_____ n'indiquent aucun échange de titres entre le 1^{er} novembre 2007 et le 6 octobre 2008. Il en va de même des tableaux relatifs aux titres J_____, lesquels mentionnent "*keine Volumendaten vorhanden*" entre le 30 mars 2007 et le 6 octobre 2008.

Le premier juge ne pouvait dès lors retenir, sur la base de ces pièces, qu'il était établi qu'il existait encore, à la date du 6 octobre 2008, un marché sur lequel lesdits titres auraient pu être vendus et que l'appelante aurait pu réaliser les gages litigieux sur ces marchés boursiers à leur valeur théorique.

Au regard de la maxime des débats applicable à la présente procédure, il ne revenait toutefois pas au premier juge d'instruire sur cette question. Il appartenait au contraire à l'intimé d'établir que les titres auraient pu être vendus à un meilleur prix et, à cette fin, de requérir des mesures probatoires - tels que par exemple l'établissement d'une expertise judiciaire ou la production de pièces complémentaires par l'appelante -, ce qu'il n'a pas fait.

Il apparaît ainsi que l'intimé a échoué dans la preuve de la violation par l'appelante de son devoir de diligence à son égard.

6. Au vu de ce qui précède, la banque a droit, conformément à l'acte de nantissement (art. 3) et à la convention cadre (art. 1.8) liant les parties, au paiement du découvert sur le compte n° 1-2_____ ouvert en ses livres par l'intimé, que la vente des actifs nantis et les versements de fonds ultérieurs par l'intimé n'a pas permis de solder.

L'appelante a mis en demeure l'intimé, par courrier adressé en banque restante le 23 mars 2009, de rembourser le solde négatif dudit compte, dont le montant s'élevait en dernier lieu à JPY 8'362'948 en mai 2011, date à laquelle le découvert a été converti en francs suisses et correspondait à 91'427 fr. 09, ce qui n'est pas contesté.

Par conséquent, le jugement entrepris sera annulé et l'intimé condamné à payer à l'appelante la somme de 91'427 fr. 09 avec intérêts à 5% l'an dès le 6 juin 2012, soit le jour du dépôt de la demande en justice conformément aux conclusions de l'appelante.

7. Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Les frais judiciaires de première et deuxième instance seront fixés à 10'300 fr., soit respectivement 5'300 fr. pour la première instance, montant qui n'a pas été contesté par les parties, 5'000 fr. pour la deuxième instance (art. 95, 104 al. 1, 105, 106 al. 1 et 111 al. 1 CPC; art. 17 et 35 RTFMC- RS/GE E 1 05.10). L'intimé, qui succombe, sera condamné auxdits frais, qui sont entièrement couverts par les avances de frais opérées par l'appelante de 5'100 fr. en première instance et 5'000 fr. en seconde instance, ainsi que par l'avance de frais de 200 fr. opérée par l'intimé en première instance, lesquelles demeurent acquises à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

L'intimé sera en conséquence condamné à rembourser la somme de 10'100 fr. à l'appelante (art. 111 al. 2 CPC).

L'intimé sera en outre condamné aux dépens de première instance et d'appel de sa partie adverse, arrêtés à 17'000 fr. TVA et débours compris, soit respectivement 12'000 fr. pour la première instance, montant qui n'a pas non plus été contesté par les parties, 5'000 fr. pour la deuxième instance, au regard de l'activité déployée par le conseil de l'appelante (art. 95, 104 al. 1, 105 al. 1 et 106 al. 1 CPC; art. 20, 25 et 26 al. 1 LaCC; art. 25 al. 1 LTVA; art. 84, 85 al. 1 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 6 juin 2014 par A_____SA contre le jugement JTPI/5152/2014 rendu le 28 avril 2014 par le Tribunal de première instance dans la cause C/14118/2012-2.

Au fond :

Annule le jugement entrepris.

Cela fait et statuant à nouveau :

Condamne B_____ à payer à A_____SA la somme de 91'427 fr. 09 avec intérêts à 5% l'an dès le 6 juin 2012.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de première instance et d'appel à 10'300 fr., les met à la charge de B_____ et dit qu'ils sont entièrement compensés avec les avances de frais, lesquelles restent acquises à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ à verser à A_____SA la somme de 10'100 fr. à titre de remboursement des frais judiciaires.

Condamne B_____ à verser A_____SA la somme de 17'000 fr. à titre de dépens de première instance et d'appel.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE et Monsieur Patrick CHENAUX, juges; Madame Audrey MARASCO, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Audrey MARASCO

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.