

## OPINION

## Avec le Covid-19, le temps des appels de marge est revenu



OPINION. Les bourses dévissent et les banques notifient actuellement des appels de marge aux investisseurs ayant eu recours au prêt lombard ou investi dans des produits dérivés, constate Nicolas Ollivier, avocat chez Lalive



L'existence des devoirs de suivre l'état de la marge de maintien et de ne pas tolérer une insuffisance de marge dépend également du type de relation contractuelle convenue avec le client. — © Keystone-sda.ch

**Nicolas Ollivier, avocat, Lalive**

Publié mercredi 1 avril 2020 à 09:32  
Modifié mercredi 1 avril 2020 à 09:32



Nicolas Ollivier, avocat  
chez Lalive

Les conditions de marché très volatiles alliées à des relations contractuelles souvent complexes, auxquelles s'ajoute parfois la mauvaise communication entre les départements de la banque ou avec le client, rendent le processus d'appel de marge périlleux.

Des contentieux variés peuvent émerger en lien notamment avec la notification de l'appel de marge, sa validité, le processus de liquidation du collatéral, la valorisation et la clôture des options litigieuses, les conseils d'investissement ou encore la gestion du portefeuille précédant l'appel de marge.

## Prudence des banques

Selon certaines conditions générales et certains contrats préformulés, les banques peuvent (sans y être obligées) émettre un appel de marge avant de liquider le collatéral, respectivement clôturer les positions en dérivés. La prudence est néanmoins de mise pour les banques.

### Le Covid-19 et l'économie

- Les grands détaillants sont également plombés par les fermetures
- Respirateurs médicaux, une pénurie qui coûte des milliers de vies
- Les milieux de la construction broient du noir à cause du coronavirus
- Controverse autour des tests menés par Google contre le coronavirus
- L'année 2020 devrait être le pire exercice de l'histoire horlogère suisse
- Alerte aux «coronafraudes»

En effet, les clauses préformulées ne peuvent pas être appliquées sans tenir compte du type de relation contractuelle entre la banque et son client. Dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune ou de conseil en placement suivi, une banque ne peut liquider de positions sans communiquer un appel de marge au client, car le

mandataire est tenu d'informer son mandant de tout fait d'importance. En *execution only*, la banque peut liquider des positions et titres nantis sans appel de marge. Cependant, si des titres intermédiés sont concernés par la liquidation, la banque est tenue de communiquer un avertissement préalable aux investisseurs non qualifiés en vertu de l'art. 32 LTI.

En conséquence, dans la majorité des cas, le client d'une banque suisse doit être mis en position d'apporter du collatéral supplémentaire afin d'éviter la liquidation des titres nantis ou la clôture des positions en dérivés.

## Analyse du type de relation contractuelle

L'existence des devoirs de suivre l'état de la marge de maintien et de ne pas tolérer une insuffisance de marge dépend également du type de relation contractuelle convenue avec le client.

En *execution only*, le Tribunal fédéral a jugé qu'en principe la banque n'est pas tenue de suivre l'évolution de la marge ni d'informer son client d'une insuffisance de marge. L'abaissement des *loan-to-value ratios* est également en principe admissible, sauf s'il procède d'un comportement empreint de mauvaise foi ou abusif.

**Lire aussi:** Après cette crise, «le monde sera différent», selon BlackRock

En cas de contrat de gestion ou de conseil en placement suivi, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé à ce jour. Toutefois, les devoirs de diligence et de fidélité de la banque gestionnaire ou conseillère plaident en faveur de l'obligation de suivre la marge de maintien et de prendre les mesures nécessaires en cas de déficit de marge pour limiter le risque de perte du client. Chaque fois qu'il existe une insuffisance de marge, la banque devrait communiquer un appel de marge au client.

A notre avis, la banque viole ses obligations de mandataire si elle tolère une insuffisance de marge et n'émet un appel de marge qu'à un stade ultérieur pour un montant supérieur à celui qui aurait été notifié au moment où l'insuffisance de marge est apparue.

En juger autrement reviendrait à accepter que le déficit de marge puisse augmenter et entraîner des pertes plus importantes pour le client alors que la banque disposait de l'information idoine permettant de réduire les pertes. L'avertissement donné à temps au client lui permet d'être informé de faits d'importance et peut l'amener à donner des instructions spécifiques afin notamment d'abaisser le niveau de risque de la stratégie d'investissement.

Enfin, le Tribunal fédéral a retenu qu'en cas de conseil ponctuel la banque n'a pas à surveiller le portefeuille du client ni à l'avertir en cas d'insuffisance de marge, sauf s'il existe un accord ou une pratique préalable entre les parties ou une relation de confiance.

**Lire aussi:** Les fonds spéculatifs ne meurent jamais

En cas d'appel de marge, le client averti exigera le détail du calcul. Vu les contraintes temporelles et la difficulté souvent rencontrée d'évaluer pleinement la situation et les droits des parties, il est généralement conseillé au client d'apporter le nouveau collatéral, tout en réservant ses droits. En cas de liquidation des titres nantis ou clôture des dérivés, le client averti contestera prestement les opérations litigieuses dans le court délai contractuel de trente ou parfois même sept jours.

< Dans le cadre d'une action en justice, le client portera une attention particulière au calcul du dommage qui, s'il est mal réalisé, exonérera la banque de toute responsabilité, même en cas de violation contractuelle avérée. Encore récemment, dans une affaire 4A\_202/2019, le Tribunal fédéral a rejeté l'action d'un client dans un litige d'appel de marge impliquant des ventes d'options *call forex*, faute d'avoir démontré quels autres investissements il aurait choisis si la banque l'avait correctement conseillé. Un homme averti en vaut deux. L'effet de levier est décidément partout.