

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 11 mars 2021

Composition : Mme GIROUD WALTHER, présidente
Mmes Courbat, juge, et Dietschy, juge suppléante
Greffière : Mme Bannenberg

Art. 157 CPC ; 2 et 8 CC ; 19 et 398 CO ; 8 LCD

Statuant sur l'appel interjeté par **G.**_____, à [...], défendeur, contre le jugement rendu le 28 novembre 2019 par la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelant d'avec **D.**_____, à [...], demanderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 28 novembre 2019, dont les considérants écrits ont été adressés le 13 mai 2020 pour notification aux parties, la Chambre patrimoniale cantonale (ci-après : les premiers juges ou l'autorité précédente) a dit que G._____ devait immédiat paiement à D._____ de la somme de USD 201'603.65, avec intérêt à 5 % l'an dès le 14 février 2015 (I), a fixé les frais judiciaires de la procédure à CHF 52'241.15 pour G._____, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, et les a provisoirement laissés à la charge de l'Etat (II), a arrêté le montant de l'indemnité allouée au conseil d'office de G._____ et l'a relevé de sa mission (III et IV), a dit que G._____ était, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité allouée à son conseil d'office, provisoirement mis à la charge de l'Etat (V), a dit que G._____ devait verser à D._____ la somme de CHF 31'500.- à titre de dépens (VI) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII).

En droit, les premiers juges ont retenu que les parties étaient liées par un contrat mixte, composé du contrat-cadre d'utilisation de la plateforme électronique de négoce de devises de D._____ (contrat « e-forex ») d'une part, et de contrats successifs d'achat ou de vente de paires de devises, d'autre part. L'autorité précédente a retenu que G._____ avait admis les risques inhérents au négoce de devises décrits dans le contrat-cadre précité, dont les clauses n'étaient ni abusives ni insolites, ainsi que leurs conséquences, soit la possible liquidation automatique de toutes ses positions. G._____ était ainsi tenu de dédommager, conformément à l'art. 4.10 vii du contrat « e-forex », D._____ à hauteur du solde négatif présenté par son compte à la suite de la liquidation automatique de la position qu'il avait construite sur la paire EUR/CHF, intervenue le 15 janvier 2015 à la suite de l'abandon par la Banque nationale suisse de sa politique de taux plancher de CHF 1.20 pour EUR 1.-. Constatant qu'après cette liquidation automatique, le compte de G._____ présentait un solde négatif de USD 236'459.71 et que D._____ avait compensé ce montant avec les actifs disponibles sur le

compte « cash » de G._____ à hauteur de USD 34'856.06 au total, les premiers juges ont condamné celui-ci à verser la somme de USD 201'603.65 (236'459.71 - 34'856.06) à D._____. L'autorité précédente a enfin considéré qu'au vu du sort réservé à la demande principale, il y avait lieu de rejeter les conclusions reconventionnelles prises le 24 novembre 2016 par G._____, tendant à la restitution des sommes prélevées par D._____ en compensation du solde négatif susmentionné.

B. Par acte du 15 juin 2020, G._____ (ci-après également : l'appelant) a interjeté appel contre le jugement précité en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme, en ce sens que la demande déposée le 28 juin 2016 par D._____ (ci-après également : l'intimée ou la banque) soit rejetée et que celle-ci soit condamnée à lui verser les sommes de USD 26'947.78, subsidiairement USD 14'046.-, de CHF 26'009.15, alternativement USD 29'834.19, de EUR 1'427.61, alternativement USD 1'636.98, et de CHF 3'163.15, alternativement USD 3'384.89, l'ensemble des montants réclamés l'étant avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 janvier 2015. Subsidiairement, il a conclu à ce que le jugement soit réformé en ce sens que la demande de D._____ soit rejetée et la cause renvoyée aux premiers juges pour nouvelle décision sur les conclusions reconventionnelles du 24 novembre 2016. A titre plus subsidiaire, l'appelant a conclu à ce que le jugement soit réformé, en ce sens que la demande du 28 juin 2016 soit rejetée. Plus subsidiairement encore, il a conclu à l'annulation du jugement entrepris et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt à intervenir.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. **a)** D._____ est une société anonyme sise à [...], inscrite au registre du commerce du canton de [...] depuis le [...]. Son but principal

tend à l'exercice d'une activité bancaire et de négociant en valeurs mobilières, essentiellement par l'utilisation de systèmes électroniques.

b) G._____, né le [...] 1968, est un citoyen [...] domicilié dans le canton de [...].

En 2004, il a fondé l'entreprise [...] - sise à [...] et dont le but tend à l'exercice d'activités fiduciaires de toute sorte - dans l'idée de faciliter l'accès au marché immobilier [...] à une clientèle [...] et [...]. Cette même année, [...] a proposé à G._____ de venir travailler en Suisse, afin de profiter de son réseau pour attirer de nouveaux clients [...]. Depuis le [...] 2011, il est associé gérant au bénéfice de la signature individuelle de la société [...]. Depuis 2012, il est également membre du conseil d'administration de [...], société basée à [...] dont le but tend en substance à la gestion de tout type de patrimoine, au conseil aux entreprises et à l'exercice de tout type d'activités fiduciaires.

2. **a)** D._____, principalement active dans le *trading* en ligne, se présente comme étant le « *leader* » suisse dans ce domaine. Elle propose notamment à ses clients de procéder à des opérations de négoce sur devises (ci-après : transactions Forex) en ligne, par le biais de différentes plateformes informatiques, dont sa propre plateforme, [...].

b) Les transactions Forex sont des opérations par lesquelles des devises sont échangées l'une contre l'autre (on parle de « paires de devises »), ceci avec l'aide d'un *broker* en ligne, à savoir une institution financière telle que D._____, laquelle met en relation le *trader* (le client) avec le marché du Forex, jouant ainsi le rôle d'intermédiaire entre acheteurs et vendeurs et facilitant les échanges. D._____ agit ainsi envers ses clients, dans le cadre des transactions Forex, en qualité de « *broker dealing desk* » (ou « *market maker* »), ce qui signifie qu'elle intervient en qualité de contrepartie de ceux-ci. D._____, laquelle décide si elle fixe ou non des cours vis-à-vis de ses clients, respectivement si elle peut exécuter ou non la transaction concernée, offre ses propres cours d'achat et de vente de paires de devises à ses clients. Ceux-ci décident

eux-mêmes des transactions Forex effectuées sur les plateformes de D._____ et ne traitent pas directement avec les fournisseurs de liquidités que sont [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] ou encore [...]. Sur son site Internet ([https://\[...\]](https://[...]), dans son état au 22 juin 2016) D._____ affirme que son modèle économique « *assure des liquidités constantes* » à ses clients.

3. a) Pour permettre à ses clients d'utiliser la plateforme [...], D._____ exige qu'un certain montant soit bloqué sur leur compte. Ce montant est appelé « ligne de crédit e-forex », « [...] *margin* » ou encore « marge bloquée ». Dit montant varie régulièrement, en fonction des gains ou des pertes générés par les transactions du client concerné (on parle alors de « ligne de crédit e-forex corrigée »).

b) D._____ permet à ses clients d'utiliser un effet de levier, soit un multiple de leur « ligne de crédit e-forex », pour accroître leurs possibilités de gain. L'effet de levier permet aux investisseurs de procéder à des opérations portant sur des montants largement supérieurs aux avoirs effectivement déposés en compte. Si l'utilisation d'un effet de levier permet d'augmenter les chances de gain, elle multiplie également les risques de perte. Par le biais de l'effet de levier, le client peut procéder à une opération dont le montant représente un certain multiple de la somme bloquée sur son compte à titre de garantie. D._____ propose à ses clients un effet de levier maximal de 100 pour le négoce de devises, ce qui signifie qu'une ligne de crédit « e-forex » de 1'000 permet d'ouvrir des positions pour un maximum de 100'000.

c) D._____ a mis en place un « système de liquidation automatique des positions ouvertes », selon lequel lorsque la « ligne de crédit e-forex corrigée » d'un client atteint ou chute en-dessous d'un certain pourcentage de la « marge bloquée » (ou « ligne de crédit e-forex » ou « [...] *margin* »), soit le « pourcentage de liquidation », toutes les positions ouvertes du client concerné sont automatiquement liquidées et les ordres ouverts effacés.

d) Pour protéger ses clients contre les fluctuations monétaires importantes, D. _____ leur offre la possibilité de limiter leurs pertes en fixant un ordre de vente à seuil de déclenchement (*stop-loss order*).

4. En fonction de critères définis par D. _____, les transactions de ses clients sont soit couvertes sur le marché (couverture dite « [...]»), soit maintenues dans ses livres et amalgamées dans sa propre position, qu'elle peut couvrir plus tard au moment choisi par elle (couverture « [...]» ou « [...]»), étant précisé que les clients de D. _____ ignorent si celle-ci procède à du « [...] ou du [...] » dans le cadre de leurs transactions.

5. Le 6 septembre 2011, la Banque nationale suisse (ci-après : BNS) a instauré un taux plancher de CHF 1.20 pour EUR 1.- (ci-après : le taux plancher ou le cours plancher). Cette mesure fut saluée par l'ensemble de la classe politique, ainsi que par les principaux acteurs économiques et a constitué depuis lors un élément important de la politique monétaire suisse. Au cours des années 2012 à 2014, la BNS a affirmé à plusieurs reprises que le taux plancher allait être maintenu.

6. Le 24 juillet 2012, G. _____ a signé un contrat d'ouverture de compte (« *KONTOERÖFFNUNGSVERTRAG* ») auprès de D. _____ portant sur le compte n° [...]. L'art. 8 de ce contrat a la teneur suivante :

*« 8. Hinweis auf weitere Dokumente im Zusammenhang mit diesem Vertrag
Die folgenden Dokumente sind ein integrierender Bestandteil dieses Vertrages : Allgemeine Geschäftsbedingungen und Depotreglement der Bank; Broschüre über „Besondere Risiken im Effekthandel“; kontenspezifische Bestimmungen, wie sie in angemessener Weise veröffentlicht werden.
Der Kunde bestätigt hiermit, diese Dokumente erhalten sowie deren Inhalt gelesen und genehmigt zu haben »*,

soit en traduction libre :

*« 8. Référence à d'autres documents liés au contrat
Les documents suivants font partie intégrante du présent contrat : conditions générales et règlement de dépôt de la*

Banque ; brochure sur les « risques spéciaux liés aux opérations de change » ; dispositions spécifiques aux comptes dûment publiées.

Le client confirme avoir reçu ces documents et avoir lu et approuvé leur contenu. ».

7. Deux comptes ont été ouverts dans le cadre de la relation bancaire qui liait les parties : un compte « cash » en francs suisses (n° [...]) et un compte « Forex » en dollars américains (n° [...]), ce dernier étant indispensable pour pouvoir échanger des devises par l'intermédiaire des plateformes mises à disposition par D._____. Aucun contrôle de la situation financière de G._____ ou de son expérience dans les transactions Forex n'a été effectué par D._____, laquelle ne vérifie pas la solvabilité de ses clients, de même qu'elle n'exige pas que ceux-ci disposent de connaissances particulières en matière financière.

8. Pour pouvoir échanger des devises par l'intermédiaire des plateformes de D._____, ses clients doivent ouvrir un compte de *trading* en ligne (compte « e-forex »).

L'accès à la plateforme [...] de D._____, et donc son utilisation pour procéder à des transactions Forex, ne peut se faire sans l'acceptation préalable par l'utilisateur, lors de son inscription sur ladite plateforme, d'un document, soit le contrat « e-forex ». Cela ressort tant du « processus d'ouverture de compte [...] » et de la « brochure d'information [...] » que d'un rapport d'expertise établi le 13 juillet 2018 par W._____ et E._____ dans le cadre d'un autre procès opposant D._____ à d'autres de ses clients (cf. *infra* let. C/21). Par ailleurs, A._____, vice-directeur de D._____, a confirmé, dans le cadre de son interrogatoire en qualité de partie, que l'acceptation du contrat « e-forex » était un préalable nécessaire à toute utilisation de la plateforme [...].

G._____ a commencé à procéder à un nombre élevé de transactions Forex sur diverses paires de devises, dont la paire EUR/CHF, par le biais de la plateforme [...] dès le 8 mars 2013. Il a ainsi accepté les termes du contrat susmentionné à cette date au plus tôt.

9. Le contrat « e-forex » régit les conditions applicables à l'utilisation de la plateforme de négoce de D. _____ et vise également à informer les clients quant aux risques principaux liés à ces opérations et à s'assurer qu'ils les ont compris. Ce contrat traite en particulier des questions liées à la marge nécessaire à la couverture des ordres du client, à l'effet de levier utilisable pour les transactions Forex, au système de liquidation automatique de la banque, aux modalités de compensation ou encore aux risques liés aux transactions Forex. Il prévoit notamment ce qui suit :

« [...]

1. Généralités

[...]

Le présent contrat régit l'utilisation de la Plate-forme e-forex, les modalités y relatives et les transactions y effectuées, que ces transactions soient initiées électroniquement ou avec l'aide du Trading desk de D. _____ [...].

L'acceptation du présent contrat est une condition préalable à toute transaction sur la Plate-forme e-forex.

2. Notions importantes

2.1 Ligne de crédit e-forex

Le négoce par le biais de la Plate-forme e-forex nécessite le blocage d'une ligne de crédit (« Ligne de crédit e-forex », parfois appelée « [...] margin ») sur votre compte banque chez D. _____ (« Compte banque »). La Ligne de crédit e-forex initiale est le montant de votre pouvoir d'achat (« buying power ») que vous souhaitez utiliser pour procéder à des transactions par le biais de la Plate-forme e-forex. [...]

La Ligne de crédit e-forex bloquée dans votre compte sera modifiée en fonction des gains et des pertes générés par vos transactions sur la Plate-forme e-forex. Cet ajustement se fera selon une fréquence indiquée par D. _____ (par ex. une fois par jour) à un moment appelé en règle générale « cut-off time ».

[...]

2.2 Effet de levier et marge requise

D. _____ vous offre la possibilité d'utiliser un effet de levier sur les transactions que vous effectuez. L'effet de levier maximal autorisé par D. _____ peut être très élevé, ce qui

signifie que la marge requise pour ces transactions peut être très faible. Par exemple, si l'effet de levier maximal est de 20, la marge requise est de 5 % ; si l'effet de levier maximal est de 100, la marge requise est de 1 %, etc.

L'utilisation d'un effet de levier n'est pas anodin, ni sans risque. Vous pouvez ouvrir des positions pour un montant largement supérieur à votre Ligne de crédit e-forex. Un mouvement relativement faible d'un cours peut générer un gain ou une perte considérable.

Imaginons que vous souhaitiez placer USD 10'000 pour ouvrir une position USD/CHF avec un effet de levier de 10. Votre position USD/CHF sera de 100'000. Si le USD se déprécie de 1 % par rapport au CHF, votre perte s'élèvera déjà à USD 1'000, c'est-à-dire 10 % de votre placement initial.

[...]

2.3 Système de liquidation automatique

Dans le but d'éviter que vous ne perdiez plus que la totalité de votre Ligne de crédit e-forex, D. _____ a mis en place un système de liquidation automatique des positions ouvertes (« Système de liquidation automatique »). Le Système de liquidation automatique s'enclenche dès que la Ligne de crédit e-forex corrigée (parfois aussi appelée Account Equity) atteint ou tombe en-dessous d'un certain pourcentage de la marge requise pour les positions ouvertes (le « Pourcentage de liquidation ») : dès que le système de liquidation automatique s'enclenche, toutes vos positions ouvertes seront liquidées et vos ordres ouverts seront effacés.

Imaginons la situation suivante :

Ligne de crédit e-forex :	USD 10'000
Effet de levier pris sur cette position (choisi par vous) :	10
Effet de levier maximal (autorisé par D. _____) :	100
Position ouverte :	USD/CHF 100'000
Marge requise (1 %) :	1'000
Pourcentage de liquidation :	50%

Si le USD se déprécie fortement par rapport au CHF et que votre perte non réalisée s'élève à USD 9'500, la Ligne de crédit e-forex corrigée aura fortement baissé :

Ligne de crédit e-forex corrigée : USD 10'000 - 9'500 = 500

Dans ce cas de figure, le Système de liquidation automatique s'enclenchera car la Ligne de crédit e-forex corrigée (500) a atteint 50 % de la marge requise (1'000).

2.4 Roll-over des positions

[...]

3. Risques principaux liés aux transactions sur Instruments financiers

Les transactions sur Instruments financiers sont de nature hautement spéculative, notamment de par l'effet de levier considérable qui peut être utilisé lors de telles transactions. Ainsi si ces transactions offrent des possibilités de bénéfices élevées, elles sont porteuses de risques élevés de pertes puisque de faibles variations de taux ou de prix peuvent mener à des pertes considérables. A cet égard, il faut noter que le marché des changes, le marché des métaux précieux, le marché des matières premières (par ex. pétrole, gaz) et le marché des autres sous-jacents des instruments financiers sont extrêmement volatils et que les mouvements de ces marchés sont imprévisibles.

Vous risquez ainsi de perdre la totalité de votre investissement dans un délai très court. Les transactions sur Instruments financiers sont extrêmement risquées et peuvent générer, de par leur nature, des pertes théoriquement illimitées. La perte maximale possible peut, en effet, faute d'intervention préalable, largement dépasser la Ligne de crédit e-forex.

Les opérations de liquidation visant à exclure ou à limiter les risques résultant de transactions, qu'elles soient effectuées par vous-même ou par D._____, peuvent ne pas être réalisables ou l'être uniquement à un prix très défavorable.

Au vu de ce qui précède, vous aurez compris que vous ne devez pas initier des transactions sur la Plate-forme e-forex si vous recherchez un rendement régulier ou conservateur.

Les risques énumérés ci-dessus ne sont pas exhaustifs et ne sauraient remplacer l'avis d'un expert en finance.

Pour tout complément d'information en ce qui concerne les risques, nous vous renvoyons à la brochure « Risques particuliers dans le négoce de titres » que vous avez reçue en ouvrant votre compte chez D._____. Nous attirons

expressément votre attention sur le passage concernant les risques inhérents aux placements en matières premières.

4. Déclarations

4.1 Contrat et annexes

i) Vous avez pris connaissance, avez compris et acceptez toutes les clauses du présent contrat ainsi que les informations contenues dans les documents auxquels le présent contrat renvoie, notamment le site Internet de D. _____ [...]. Tous les documents précités font partie intégrante de ce contrat.

[...]

iii) En cas de divergence entre le présent contrat et les Conditions générales de D. _____ ou tout autre document contractuel, le présent contrat l'emporte.

[...]

4.7 D. _____ en tant que contrepartie

i) **Sauf indication contraire, D. _____ intervient en tant que contrepartie pour toutes les transactions effectuées sur la Plate-forme e-forex : D. _____ propose un cours à l'achat et un cours à la vente.** Chaque transaction est un contrat de vente au sens des art. 184 ss du Code des obligations suisse. [...]

ii) **Vous acceptez que D. _____, en tant que contrepartie, n'a pas l'obligation de fournir le meilleur prix pour vos transactions (pas de garantie de « best execution »). Vous reconnaissez que, lors d'une transaction, les intérêts de D. _____ sont contraires aux vôtres. Vous êtes seul responsable pour juger si les cours offerts par D. _____ sont acceptables pour vous.** A cet égard, vous êtes conscient qu'il n'existe pas de source centrale des taux de change, des prix des métaux précieux et de certains autres sous-jacents d'Instruments financiers et que ces taux et prix sont négociés individuellement, ce qui résulte en des inefficiences dans leur fixation.

iii) D. _____ est libre d'appliquer les écarts (« spreads ») qu'elle souhaite. D. _____ se réserve le droit de coter des spreads différents en fonction de la taille du dépôt, de la taille de la transaction ou selon tout autre motif que D. _____ juge adéquat. [...]

iv) Vous reconnaissez et acceptez que le cours que D. _____ offre n'est pas le même que celui que D. _____ obtient au même moment. D. _____ ne sera en aucune façon obligée de vous indiquer la marge bénéficiaire obtenue par

D._____ lors de transactions. Par ailleurs, D._____ peut avoir des positions qui misent sur le même mouvement de marché que celui sur lequel vous misez, comme des positions qui spéculent sur un mouvement opposé.

v) **Vous reconnaissez et acceptez que D._____ n'a aucune obligation d'offrir des cours à tout moment.**

Dans le cas où D._____ n'offrirait pas de cours pendant une certaine période, vous ne pourrez pas ouvrir ou liquider une position par le biais de la Plate-forme e-forex et vos ordres ne seront pas exécutés.

[...]

4.9 Effet de levier et marge requise

[...]

iv) **Vous êtes conscient qu'une faible variation du cours peut engendrer des gains importants, mais également des pertes importantes, pouvant aller jusqu'à la perte totale de la Ligne de crédit e-forex, voire au-delà. Les risques liés à une position sont théoriquement illimités. La perte maximale possible peut, faute d'intervention préalable, largement dépasser la Ligne de crédit e-forex et tous les avoirs présents dans votre Compte banque.**

[...]

4.10 Système de liquidation automatique

i) Vous avez pris connaissance et compris les explications concernant le Système de liquidation automatique mentionnées dans la section 2 ci-dessus. Vous reconnaissez avoir notamment compris que l'enclenchement du Système de liquidation automatique dès lors que le Pourcentage de liquidation est atteint ne signifie pas que vos pertes correspondront au Pourcentage de liquidation ; compte tenu de la rapidité et de l'ampleur des fluctuations qui prévalent pour les cours, vos pertes peuvent être largement supérieures.

ii) Vous acceptez le principe du Système de liquidation automatique et reconnaissez que D._____ n'a **aucune obligation de procéder à un appel de marge.** Si D._____ devait néanmoins procéder à un appel de marge, elle le ferait à bien plaisir et l'application du Système de liquidation automatique ne sera en rien changée. Vous acceptez d'ores et déjà toute transaction ou opération qui sera effectuée en vertu du Système de liquidation automatique et reconnaissez être seul responsable des éventuelles pertes, dommages et autres conséquences liés à la liquidation automatique de vos positions.

iii) Vous reconnaissez et acceptez que si le Système de liquidation automatique a pour but d'éviter que vous perdiez plus que votre Ligne de crédit e-forex, aucune garantie n'est émise par D. _____ à cet égard. Une perte considérablement supérieure à la Ligne de crédit e-forex, voire aux avoirs sur votre Compte banque ou, plus généralement, déposés chez D. _____ est toujours possible.

iv) Vous reconnaissez que **le Système de liquidation automatique est mis en place au bénéfice unique de D. _____** et que si D. _____ fera, dans la grande majorité des cas, en sorte que le Système de liquidation automatique s'enclenche dès que le Pourcentage de liquidation est atteint, elle en a le droit et non l'obligation.

v) Vous reconnaissez que le Système de liquidation peut ne pas fonctionner. Vous acceptez donc de ne pas pouvoir tenir D. _____ pour responsable si le Système de liquidation automatique n'est pas enclenché dès que le Pourcentage de liquidation est atteint.

vi) Vous confirmez rester seul responsable de la gestion et de la surveillance de vos positions et ordres ouverts et avoir l'obligation de faire en sorte que vos pertes ne dépassent pas le montant de Ligne de crédit e-forex. Dans tous les cas, vous confirmez être seul responsable des éventuelles pertes, dommages et autres conséquences liés à une liquidation automatique de vos positions ou à la non liquidation (automatique ou non) de vos positions.

vii) Dans l'hypothèse où le Système de liquidation automatique ne parviendrait pas à limiter les pertes au montant total de la Ligne de crédit e-forex et où vous n'auriez, enfreignant ainsi vos obligations, pas liquidé vous-même vos positions afin de limiter vos pertes au montant de la Ligne de crédit e-forex, le montant de vos pertes non couvert sera débité de votre Compte banque. Si ce montant n'est pas disponible en cash sur votre Compte banque, D. _____ se réserve le droit de clôturer toute ou partie des positions ouvertes dans votre Compte banque, sans avis préalable et à sa libre appréciation, indépendamment du fait qu'il pourrait en résulter une perte importante pour vous. A cet égard, D. _____ a un **droit de nantissement de premier rang et un droit de rétention sur tous les actifs que vous détenez chez D. _____**. Si des tels avoirs ne sont pas

disponibles, vous aurez l'obligation de payer immédiatement la somme d'argent nécessaire pour couvrir le solde négatif sur votre Compte banque, qui vaut reconnaissance de dette au sens de la Loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

viii) Vous avez pris connaissance, avez compris et acceptez que, dans certaines circonstances choisies par D. _____ (par ex. la non satisfaction de besoins en marge de D. _____ vis-à-vis de ses contreparties), D. _____ peut fermer la Plate-forme e-forex et enclencher le Système de liquidation automatique, bien que le Pourcentage de liquidation ne soit pas atteint. Dans ce cas, vos positions seront liquidées contre votre gré.

Vous déclarez avoir pris connaissance, avoir compris et accepter toutes les clauses ci-dessus.

4.11 Compensation

i) [...]

ii) Par ailleurs, pour toutes les prétentions résultant de ses relations d'affaires avec vous, sans égard à leurs échéances ou aux monnaies dans lesquelles elles sont libellées, D. _____ est, pour ses créances, au bénéfice des droits de compensation sur toutes positions ouvertes et toutes valeurs reposant sous sa garde, chez elle ou dans un autre lieu, pour votre compte. D. _____ est également en droit de compenser entre eux, et en tout temps vos comptes ouverts chez elle, y compris auprès de succursales différentes ou ses correspondants, quelles que soient leur dénomination et la monnaie dans laquelle ils sont libellés. En outre, la compensation sera possible même si les prestations des parties ne sont pas identiques, si la créance à compenser a pour objet la restitution d'une chose ou de tout droit-valeur déposé auprès de D. _____ ou de ses correspondants ou encore est affectée d'objections ou d'exceptions. D. _____ vous avisera de toute compensation effectuée aux termes du paragraphe.

[...]

4.13 Acceptation des risques

i) [...]

ii) **Vous comprenez et acceptez que les transactions sur Instruments financiers sont de nature hautement spéculative de par l'effet de levier considérable** qui peut être utilisé lors de telles transactions. Ainsi, si ces transactions offrent parfois des possibilités de bénéfices élevés, elles sont porteuses de **risques élevés de pertes puisque de faibles variations de cours peuvent mener à des pertes**

considérables. A cet égard, vous êtes parfaitement conscient du fait que le marché des changes, le marché des métaux précieux, le marché des matières premières (par ex. pétrole, gaz) et le marché des autres sous-jacents des instruments financiers sont extrêmement volatils et que les mouvements de ces marchés sont imprévisibles.

iii) ***Vous comprenez et acceptez que vous risquez de perdre la totalité de votre investissement dans un délai très court.*** Les transactions sur Instruments financiers, notamment sur devises et métaux précieux, sont extrêmement risquées et peuvent générer, de par leur nature, des pertes théoriquement illimitées. La perte peut en effet, faute d'intervention préalable, largement dépasser la Ligne de crédit e-forex. Vous comprenez et acceptez par conséquent que les transactions sur Instruments financiers ne sont indiqués que pour des personnes expérimentées et pouvant assumer le risque financier y relatif, notamment une perte excédant la Ligne de crédit e-forex.

iv) Vous reconnaissez et acceptez que dans certaines conditions de marché, il sera difficile, voire impossible d'exécuter des ordres à un prix déterminé ou de liquider certaines positions, d'estimer un prix juste ou acceptable et d'estimer l'exposition au risque. Cela peut notamment arriver lorsque le marché est illiquide ou lors d'une défaillance de système électronique ou de télécommunications ou dans un cas de force majeure. Le fait de placer un ordre de type « Stop-loss » ne garantit pas nécessairement une limitation du risque car, dans certaines conditions de marché, votre ordre ne pourra pas être exécuté. D. _____ ne peut pas garantir qu'un ordre d'achat ou de vente sera exécuté au prix limite que vous avez fixé. Ainsi, les opérations de liquidation visant à exclure ou à limiter les risques résultant de transactions sur Instruments financiers, qu'elles soient effectuées par vous-même ou par D. _____, peuvent ne pas être réalisables ou l'être uniquement à un prix très défavorable. [...] ».

10. Dans un document portant la date manuscrite du 17 septembre 2014 et intitulé « *Important message regarding EUR/CHF* », D. _____ a attiré l'attention de ses clients sur le fait que le cours EUR/CHF approchait le taux plancher de 1.20, cette situation entraînant une augmentation des risques pour les clients traitant sur cette paire de

devises. Cette notice précise qu'en cas de chute du taux en-dessous du taux plancher, notamment dans l'éventualité où la BNS ne parviendrait pas à maintenir ce taux, il pourrait en résulter une « illiquidité » du marché, entraînant une impossibilité d'exécuter les ordres d'achat ou de vente au prix requis et, partant, des pertes considérables. Aux termes de la notice, D._____ appelle ses clients effectuant des transactions Forex sur la paire EUR/CHF à faire preuve d'une prudence accrue, compte tenu de cette augmentation des risques et de ses éventuelles conséquences.

11. Le 18 décembre 2014, G._____ a ouvert une position consistant en l'achat de 1'200'000 EUR/CHF au cours de 1.20618 sur 200'000 et de 1.20616 sur 1'000'000. Il a ensuite maintenu cette position en l'étendant dans le temps (« *rollover* »). G._____ n'a pas doté sa position d'un ordre *stop-loss*.

12. a) Le 15 janvier 2015 à 10 heures 30, la BNS a annoncé qu'elle abandonnait le taux plancher. Cette décision a pris les marchés par surprise. Un mouvement de panique généralisé sur les marchés et une appréciation sensible du franc suisse par rapport à l'euro ont suivi cette annonce.

b) Le même jour à 10 heures 41 minutes et 03 secondes, D._____ a interrompu le négoce de la paire EUR/CHF, avant de le reprendre à 11 heures 35 minutes et 32 secondes.

c) Lorsque D._____ a réactivé son système, les mécanismes de liquidation automatique se sont déclenchés. La position construite par G._____ le 18 décembre 2014 a alors été automatiquement liquidée entre 11 heures 35 minutes et 33 secondes et 11 heures 35 minutes et 37 secondes, à des cours nettement inférieurs à celui sur lequel il l'avait construite, ceci en cinq tranches détaillées dans le tableau ci-dessous :

Date/heure de la transaction	Paire de devises	Montant	Cours	Total CHF
------------------------------	------------------	---------	-------	-----------

15.01.2015/11:35:3 3	EUR/CHF	249'999	1.0437 7	260'941.46
15.01.2015/11:35:3 7	EUR/CHF	500'000	1.0405 6	520'280
15.01.2015/11:35:3 7	EUR/CHF	25'001	1.0405 6	26'015.04
15.01.2015/11:35:3 7	EUR/CHF	55'000	1.0405 6	57'230.80
15.01.2015/11:35:3 7	EUR/CHF	370'000	1.0405 6	385'007.20
Total				1'249'474.50

A la suite de cette liquidation, G. _____ a perdu l'ensemble de son capital, son compte « Forex » en dollars américains n° [...] - lequel présentait un solde positif de USD 26'947.78 au moment de l'annonce - affichant un solde négatif de USD 236'459.71.

13. a) Le 16 janvier 2015, D. _____ a compensé, sans avertir G. _____ et sans recueillir son accord, une partie du solde négatif précité avec les actifs disponibles sur le compte « cash » n° [...] du susnommé, ceci à hauteur d'un montant total de USD 31'471.17.

b) Le 26 janvier 2015, D. _____ a adressé un courrier à G. _____. Il en ressort en substance que la banque n'accepte pas les soldes de compte négatifs, G. _____ étant prié de procéder au versement d'un montant de USD 204'989 en mains de la banque, afin de couvrir le solde négatif présenté, après la compensation précitée, par son compte n° [...].

14. Par courrier du 27 janvier 2015, D._____ a notamment indiqué ce qui suit à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : FINMA) :

« [...]»

Les deux modèles d'affaires prévalant dans le domaine d'activités eForex

Deux modèles d'affaires principaux prévalent dans le domaine d'activité eForex :

- Le modèle d'agent (« [...]»),

- Le modèle de teneur de marché (« [...]»)

Dans le modèle [...], l'institut financier concerné n'offre un cours aux clients (ouverture ou clôture de positions) que s'il obtient préalablement de la part de ses fournisseurs de liquidités, un cours « traitable » pour la transaction en question, à savoir un cours combiné à une liquidité. S'il obtient un cours d'un fournisseur de liquidités, l'institut financier passe deux transactions « back-to-bak » (constituant toutes deux, juridiquement, des contrats de vente) : une avec le fournisseur de liquidités et l'autre avec le client, la différence de cours entre ces deux transactions constituant la marge bénéficiaire de l'institut financier. Dans ce modèle, l'institut financier transfère le risque des positions détenues par ses clients vers les fournisseurs de liquidités, n'encourt pas de risque de marché lui-même et ne mise pas sur une évolution défavorable des positions des clients.

Dans le modèle teneur de marché, l'institut financier conserve les positions découlant des transactions clients dans leurs livres (« [...] » ou « [...] ») et fait donc un pari sur l'évolution des devises concernées. Il prend en quelque sorte le contrepied de ses clients. Il minimise si nécessaire les risques via une couverture externe. A cet égard, la liquidité du marché n'est pas déterminante car l'institut financier conserve le risque dans ses livres. Les cours offerts aux clients n'ont de ce fait pas besoin d'être « traitables ».

[...] ».

15. Par courrier du 28 janvier 2015, G._____ a notamment contesté devoir le montant de USD 204'989 à D._____.

16. Le 4 février 2015, D._____ a encore compensé une part du solde négatif affiché par le compte n° [...] de G._____, à hauteur de USD 3'384.89, avec les actifs détenus par celui-ci sur son compte « cash ».

17. Par lettre du 27 février 2015, D._____ s'est déterminée sur le courrier du 28 janvier 2015 de G._____, en maintenant en substance ses

prétentions en remboursement du solde négatif affiché par son compte « Forex ».

18. Le 24 septembre 2015, la société [...], agissant sur mandat de D._____, a établi un rapport relatif aux événements du 15 janvier 2015. Il en ressort notamment ce qui suit :

« [...]

1.2 Objectifs

La Banque a procédé à une identification, une collecte et une conservation complètes des journaux sortants comme preuves numériques de ses systèmes et plateformes afin de faire face aux conséquences de la décision de la BNS de manière appropriée et de fournir éventuellement des preuves à l'appui de décisions appropriées de D._____.

La Banque a chargé [...] d'analyser différentes parties du processus d'identification, de collecte et de conservation des données qu'elle a lancé. Notre lettre de mission en date du 3 mars 2015 décrit en détail la portée de notre travail et de nos objectifs en se concentrant tout particulièrement sur :

- *L'établissement d'un inventaire complet de l'infrastructure et des applications de trading forex ;*
- *L'analyse du processus de collecte de données et de la conservation de données sortantes des systèmes ;*
- *L'analyse des processus de systèmes informatiques liés aux transactions forex, notamment les flux de travail et les séquences opérationnelles ;*
- *L'examen des journaux de transactions ;*
- *L'analyse du temps d'arrêt des incidents d'infrastructure, le cas échéant ;*
- *La mise à disposition d'une évaluation concernant l'exécution d'ordres ;*
- *L'établissement d'un rapport sur les constatations et les conclusions.*

1.3 Méthodologie adoptée par la Banque le 15 janvier 2015

Suite à l'annonce de la BNS et juste après l'événement de la BNS, les ordres étaient déjà rejetés en raison de la forte volatilité et du manque de liquidité sur le marché. A partir de ce moment, la liquidité du CHF était quasiment inexistante. L'ensemble des ordres EUR/CHF en suspens et des ordres EUR/CHF générés par le système de liquidation automatique

étaient déclenchés simultanément. Au vu des circonstances, il n'était pas possible pour D._____, ainsi que pour de nombreux autres établissements bancaires, d'exécuter des ordres pendant ce laps de temps.

Même après avoir fait appel à d'autres fournisseurs de liquidité (« FL »), la situation ne s'améliorait pas. D._____ a donc décidé de stopper le négoce avec les paires de devises comprenant le CHF sur les plateformes de trading en attendant que les taux de change se stabilisent et le retour de conditions de marché normales.

Ces événements se sont produits en l'espace de quelques minutes dans l'ordre chronologique suivant, qui nous a été communiqué par D._____ :

- **10h30, 50 sec.** : quelques secondes après l'annonce de la BNS, la plupart des fournisseurs de liquidité n'offraient plus de cours acheteurs/vendeurs pour la paire EUR/CHF et ne donnaient que des cours indicatifs ;
- **10h39** : la Banque essayait de trouver d'autres fournisseurs de liquidité qui proposaient des prix exécutables sur l'EUR/CHF ;
- **10h41** : la décision a été prise de stopper tout négoce de la paire EUR/CHF sur toutes les plateformes. Deux facteurs clés ont motivé cette décision : la volatilité des cotations reçues des FL et l'ampleur des écarts en résultant (les cotations EUR/CHF étaient déjà en dessous de la parité à ce moment-là) ;
- **10h50** : la Banque a commencé à suspendre le négoce de toutes les autres paires de devises comprenant le CHF sur toutes les plateformes ;
- [...]
- **11h35** : la Banque a décidé de rétablir le négoce pour l'EUR/CHF. A ce moment-là, lorsque le négoce a été rétabli, le cours EUR/CHF proposé sur les plateformes et reposant sur le prix des fournisseurs de liquidité s'élevait à environ 1 EUR pour l'achat de 1,04 CHF. A ce stade, les exécutions des transactions de clients sur la paire EUR/CHF recommençaient.

[...]

2.2 Mesures prises par la Banque

[...]

La paire de devises a été simultanément stoppée pour les 16 FL fournissant la paire de devises EUR/CHF. [...]

2.3 Evaluation de l'exécution des ordres

[...]

i) Liquidité du marché

La décision de D. _____ d'arrêter et de reprendre ensuite le négoce sur les paires de devises incluant le franc suisse se fondait sur son observation selon laquelle la liquidité du marché avait presque entièrement disparu suite à l'annonce de la BNS et ne s'était normalisée qu'à 11h35. Sur la base de notre analyse des cotations fournies par les FL, nous avons constaté que l'écart moyen entre les cours acheteur et vendeur (un indicateur de la liquidité du marché) sur la paire EUR/CHF entre 10h39 et 11h45 était considérablement plus grand que lors des périodes ayant précédé ou succédé ce moment. Nous avons également constaté que le nombre de transactions rejetées (un indicateur de la disposition des FL à négocier) a augmenté de façon exponentielle suite à l'annonce de la BNS et ne s'est normalisée qu'à 11h35. Ces constatations corroborent l'affirmation de D. _____ selon laquelle la liquidité du marché a considérablement diminué suite à l'annonce de la BNS et selon laquelle la situation ne s'est jamais normalisée qu'à 11h45.

[...]

7. Evaluation de l'exécution des ordres

[...]

7.3 Exécution d'ordres adéquate

[...]

En conclusion, et compte tenu de la volatilité exceptionnelle qui régnait sur le marché à ce moment-là, nous n'avons trouvé aucune preuve d'exécution inadéquate d'ordres sur la période examinée.

7.4 Traitement équitable des clients

Nous constatons qu'aucune intervention manuelle n'a eu lieu le 15 janvier 2015, hormis la décision d'arrêter puis de reprendre ensuite le négoce sur les paires de devises comprenant le CHF. Nous constatons aussi que lorsque le négoce a été stoppé, les ordres reçus par téléphone ou par d'autres moyens de communication n'ont pas été acceptés.

Pour un échantillon d'ordres de compte A (sélectionné parmi les valeurs extrêmes du compte A - voir section 6.3), nous avons vérifié le caractère raisonnable du décalage temporel entre la génération et l'exécution des ordres. Nous n'avons constaté aucun décalage temporel anormal entre la génération et l'exécution des ordres.

Sur la base de nos travaux, aucun élément susceptible de remettre en question le traitement équitable des clients n'a attiré notre attention.

[...] ».

19. a) Le 28 juin 2016, D._____ a ouvert action contre G._____ par le dépôt d'une demande en paiement en concluant, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il soit condamné à lui verser un montant de USD 204'989.-, avec intérêt à 5 % dès le 13 février 2015.

b) Par réponse du 24 novembre 2016, G._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises par D._____ au pied de sa demande (I). Reconventionnellement, il a conclu à ce que D._____ soit condamnée à lui verser les sommes de USD 14'046.-, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 janvier 2015 (II), CHF 26'009.15, alternativement USD 29'834.19, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 janvier 2015 (III), EUR 1'427.61, alternativement USD 1'636.98, avec intérêt à 5 % dès le 16 janvier 2015 (IV), et CHF 3'163.15, alternativement USD 3'384.89, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 janvier 2015 (V).

c) Par acte du 24 janvier 2017, D._____ a déposé une réplique et réponse sur demande reconventionnelle, au pied de laquelle elle a confirmé ses conclusions, d'une part, et conclu au rejet des conclusions reconventionnelles prises par G._____, d'autre part.

d) Au pied de sa duplique du 21 mars 2017, G._____ a confirmé l'ensemble de ses conclusions.

e) En cours d'instance, les parties ont introduit plusieurs *nova* en procédure, sans toutefois modifier leurs conclusions.

f) Le 2 mai 2018, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a procédé à l'interrogatoire en qualité de parties de A._____ (cf. *supra* let. C/8) et de [...], responsable des équipes de développement des plateformes Forex de D._____, ainsi que de G._____.

20. a) Une expertise judiciaire a été ordonnée en cours de procédure. L'expert mis en œuvre, soit W._____, directeur de l'« *Institut für Banking und Finance* » de l'Université de Zurich et « *Professor für Quantitative Finance* », s'est adjoint les services d'E._____, de l'« *Institut für Banking und Finance* » précité, en qualité de co-expert. Les

susnommés ont rendu un rapport d'expertise principal le 2 juillet 2018, ainsi qu'un rapport complémentaire le 27 février 2019, dont ressortent notamment les développements qui suivent.

b) Les experts ont exposé que le marché interbancaire des changes avait une structure hybride, dès lors qu'il consiste, d'une part, en un marché décentralisé où les principales banques effectuent des transactions sur devises de gré à gré (transactions « *over-the-counter* », abrégé « *OTC* »), et qu'il existe, d'autre part, des plateformes électroniques, les deux plus importantes étant [...] et [...], fonctionnant comme des marchés centralisés, sur lesquelles sont actives les banques et certains *hedge funds*. Les experts ont noté à ce propos qu'au moment des faits ayant conduit à la présente procédure, D._____ n'était pas membre de la plateforme [...], soit la plus importante plateforme de négoce de devises pour les principales monnaies, singulièrement pour la paire EUR/CHF, et qu'elle se fournissait donc en liquidité sur le marché de gré à gré.

c) Les experts ont clarifié la distinction devant être faite entre la notion de « *liquidité* » (à savoir la possibilité d'effectuer une transaction à un prix donné, sans avoir d'influence sur le cours) et celle de « *liquidités* » (un montant d'une certaine monnaie ou devise). Ils ont indiqué que D._____, en proposant un cours à l'achat et à la vente dans le cadre du marché Forex, agissait comme « *fournisseur de liquidité* » envers ses clients et non pas comme « *fournisseur de liquidités* », ce rôle appartenant aux banques centrales.

d) Pour les experts, la décision de fixer un taux plancher de CHF 1.20 pour EUR 1.- a été prise par la BNS sur la base d'un scénario qui ne s'est, *in fine*, pas réalisé, et ce n'est que sur le tard, à savoir dans le communiqué de presse annonçant l'abandon du cours plancher, que la BNS a affirmé que cette mesure avait été exceptionnelle et temporaire. Les experts ont ajouté que les marchés financiers avaient douté de la pérennité de cette mesure dès le premier jour. A titre d'exemples, les experts ont indiqué qu'à fin 2011 déjà, le marché des changes à terme

traitait l'euro en-dessous de CHF 1.20 pour les échéances d'un peu plus de deux ans et qu'à la veille de l'abandon du taux plancher, l'euro traitait en-dessous de CHF 1.20 pour toutes les échéances de trois mois ou plus. Les experts ont également cité un article de la NZZ du 13 janvier 2015 indiquant que les investisseurs commençaient à douter de la détermination de la BNS à défendre le cours plancher.

e) S'exprimant sur le fonctionnement de D. _____ en qualité de « *broker dealing desk* », les experts ont relevé qu'en intervenant en tant que contrepartie de ses clients, D. _____ assumait les transactions avec ceux-ci et décidait ensuite comment les traiter. A dire d'experts, cela signifie que D. _____ décide de son propre chef de couvrir ou non sur le marché interbancaire les transactions conclues avec ses clients (NDA : couverture « [...] » selon un modèle « STP », cf. *supra* let. C/14), ce qu'elle fait dans 70 % des cas. A ce propos, les experts ont ajouté que D. _____ conservait le risque des 30 % restants dans ses livres (NDA : couverture « [...] » ou « [...] »), ce notamment afin de rendre possible ou plus efficiente l'exécution de transactions portant sur des petits montants, étant précisé qu'il existe des montants minimaux pour les transactions sur le marché interbancaire.

f) Appelés à déterminer si D. _____ assurait, respectivement devait assurer, à ses clients la fourniture de liquidité en tout temps, les experts ont constaté que les marchés organisés qu'ils avaient examinés, à savoir la Six Swiss Exchange et la bourse Eurex, n'imposaient pas aux « *markets makers* » l'obligation d'offrir des cours durant 100 % du temps. Les experts en ont donc conclu qu'une clause contractuelle prévoyant que D. _____ n'avait pas à fournir des cours en tout temps ne semblait pas insolite par rapport à celles que l'on trouve dans les règles des marchés centralisés. Cela étant, les experts ont remarqué qu'une telle clause contractuelle était en contradiction avec ce que D. _____ indiquait sur son site Internet (cf. *supra* let. C/2/b).

g) Les experts ont relevé que la situation sur le marché était un élément pouvant être pris en compte par D. _____ pour décider de

fixer ou non des cours vis-à-vis de ses clients, respectivement d'exécuter ou non une transaction. Partant, la liquidité du marché joue un rôle sur le cours à l'achat et à la vente que D._____ offre à ses clients, ainsi que sur la mesure dans laquelle elle propose de tels cours ; la liquidité du marché ne joue en revanche pas de rôle direct sur les transactions conclues. En effet, pour les experts, D._____ couvre une partie des transactions Forex effectuées avec ses clients sur le marché interbancaire, de sorte que les prix qu'elle propose à ses clients dépendent directement du prix de couverture que D._____ obtient elle-même des fournisseurs de liquidité. Les experts ont ajouté que même lorsque D._____ ne couvrait pas les transactions avec ses clients, elle consultait quand même les prix qu'elle pourrait obtenir au cas où elle déciderait de couvrir ses transactions, afin de déterminer le cours proposé à ses clients.

h) Les experts ont indiqué que pour des transactions déjà conclues avec ses clients, D._____ supportait le risque d'exécution d'une éventuelle transaction de couverture sur le marché, étant précisé qu'en l'absence d'une telle opération de couverture sur le marché, elle supportait le risque de la position qu'elle avait acquise de son client. En revanche, pour les experts, c'est le client qui supporte le risque que D._____ ne lui propose pas de cours durant des périodes d' « illiquidité » du marché.

i) Les experts ont relevé que l'annonce suivante figurait sur le site Internet de D._____ ([https://\[...\]](https://[...])) le 21 octobre 2014, le 7 février 2015 ainsi qu'au jour de la rédaction de leur rapport d'expertise :

« Les opérations sur devises, métaux précieux au comptant et sur tout autre produit sur la plateforme de Forex impliquent un risque significatif de perte et peuvent ne pas convenir à tous les investisseurs. Avant d'ouvrir un compte chez D._____, tenez compte de votre niveau d'expérience, de vos objectifs d'investissement, de vos actifs, de votre revenu et de votre appétit pour le risque. Il est possible que vous subissiez une perte d'une partie ou de l'ensemble de votre investissement initial, de sorte que vous ne devez pas spéculer, investir ou réaliser des opérations de couverture avec du capital que vous

ne pouvez pas vous permettre de perdre, qui est emprunté ou requis ou nécessaire de toute urgence pour la subsistance personnelle ou familiale. Vous devez être conscient de tous les risques associés aux opérations sur devises et demander conseil à un conseiller financier indépendant si vous avez des doutes ».

j) De l'avis des experts, D._____ dispose d'une infrastructure d'une capacité suffisante pour faire face à une situation de crise ainsi que d'un « *continuity plan* » en cas d'interruption de l'activité, conformément aux exigences des chiffres 135 et 136 de la circulaire 2008/21 de la FINMA sur les risques opérationnels des banques. Ils ont toutefois constaté que D._____ ne disposait pas d'un plan contingent pour les situations de marché exceptionnelles, tout en ajoutant qu'en l'état de leurs connaissances, elle n'avait pas l'obligation de disposer d'un tel plan.

k) Appelés à se déterminer sur les mesures qu'aurait pu prendre D._____ pour se préparer à l'abolition du taux plancher, les experts ont relevé, s'agissant de l'augmentation des taux de marge à laquelle la banque aurait pu procéder, que ces taux avaient effectivement pour effet de limiter la quantité de risque prise par le client, leur objectif n'était pas de protéger le client contre des pertes, mais de réduire le risque d'un défaut du client envers la banque ; ils ont ainsi exposé que la mise en place d'un taux de marge supérieur aurait probablement été adéquate pour les investisseurs actifs sur la plateforme de D._____, tout en notant que nombre d'autres institutions offrant des services de *trading* Forex affichaient des taux de marge comparables à ceux de D._____.

S'agissant d'une éventuelle adaptation du système de négoce par la banque, les experts ont indiqué qu'une telle adaptation n'était pas nécessaire.

Ils ont enfin retenu qu'une augmentation de la vitesse des transactions par la banque aurait été sans incidence sur les effets de l'abolition du taux plancher, les difficultés à effectuer des transactions sur la paire EUR/CHF dans les instants suivant dite abolition n'étant pas dues à des limitations techniques (comme par exemple une vitesse des

transactions insuffisante), mais au manque d'offres d'achat d'euros contre des francs suisses sur le marché.

Les experts ont relevé qu'au moment de l'abolition du taux plancher, D._____ avait pris les deux mesures aptes à limiter le risque de ses clients en matière de négoce de devises, en limitant la taille de leurs positions par rapport à un taux de marge requis, d'une part, et mettant en place un système de liquidation automatique de leurs positions, d'autre part.

l) S'agissant du système de liquidation automatique des positions des clients de D._____, les experts ont expliqué qu'il comprenait deux étapes. La première consiste en la génération de l'ordre par le système de liquidation automatique, en fonction des pertes subies par le client sur la base des prix ayant cours, et la seconde en la conclusion de transactions correspondant à cet ordre. Selon les experts, les ordres de liquidation étant des ordres « *au mieux* » (soit sans limite de prix), les prix obtenus dépendent du prix qui peut être obtenu au moment de la transaction. Les experts ont ajouté que dans une situation de marché normale, lorsque la liquidité est abondante, cette distinction n'avait que peu d'importance mais qu'elle pouvait devenir essentielle dans une situation telle que celle qui avait prévalu dans les minutes suivant l'abandon du cours plancher par la BNS.

m) S'agissant des plateformes de *trading* de D._____, les experts ont relevé qu'elles n'avaient pas connu de défaillance totale, respectivement de panne, ensuite de l'annonce de la fin de la politique du taux plancher. Pour les experts, le fait qu'un certain nombre d'ordres déclenchés durant la minute de 10 heures 30 n'aient été exécutés que bien plus tard n'est pas dû à un dysfonctionnement du système, mais à l'inexistence de cotations traitables sur le marché interbancaire à partir de 10 heures 30 minutes et 48 secondes - 10 heures 30 minutes et 49 secondes. Par conséquent, les difficultés rencontrées par D._____ dans l'exécution des ordres sont attribuables à la disparition de la liquidité sur le marché interbancaire à partir de 10 heures 20 minutes et 48 secondes -

10 heures 30 minutes et 49 secondes et non à des problèmes techniques de la plateforme [...].

n) Les experts ont indiqué que le marché avait mis 44 secondes avant de commencer à réagir à l'annonce de la BNS et que de la liquidité était disponible sur le marché entre 10 heures 30 et 10 heures 30 minutes et 44 secondes, avant de quasiment disparaître entre 10 heures 30 minutes et 44 secondes et 10 heures 30 minutes et 50 secondes, relevant qu'il n'y avait quasiment plus d'offres d'achat d'euros contre des francs suisses dès 10 heures 31.

Les experts ont également exposé que la liquidité sur le marché interbancaire de gré à gré (soit la source de liquidité utilisée par D. _____) était quasiment inexistante durant l'heure suivant l'annonce de la BNS.

o) Les experts ont constaté qu'au vu de la « ligne de crédit e-forex » de G. _____ au moment de l'annonce de la BNS (solde positif de 26'947.78 USD), de sa position ouverte le 18 décembre 2014, de la marge utilisée (1 % de la taille de la position, soit EUR 12'000.-), de la marge requise (USD 14'100.-), et au vu des cours EUR/USD (1.1750), respectivement USD/CHF (1.02) au moment de l'annonce de l'abandon du taux plancher, le système de liquidation automatique aurait dû générer l'ordre de liquidation de la position de G. _____ au moment où le cours EUR/CHF a franchi 1.18925, respectivement 1.18938 en prenant en compte le mouvement du dollar par rapport au franc suisse, à savoir après 10 heures 30 minutes et 49 secondes. Les experts ont ajouté que, faute de nouvelles cotations traitables après ce moment, l'ordre de liquidation automatique de la position de G. _____ n'aurait pu être généré que sur la base de cotations indicatives, ce qui se serait produit entre 10 heures 30 minutes et 50 secondes et 10 heures 30 minutes et 51 secondes. Les experts ont ainsi constaté que l'ordre de liquidation de la position de G. _____ avait été donné tardivement, tandis que la liquidation proprement dite avait eu lieu presque immédiatement au moment de la reprise du négoce sur la plateforme de D. _____, à des cours assez

proches de ceux qui régnaient alors sur le marché, ajoutant que le cours moyen des transactions de D. _____ sur le marché interbancaire entre 11 heures 35 minutes et 32 secondes et 11 h 35 minutes et 35 secondes était de 1.04171.

Cela étant, les experts ont exposé que « *l'ordre aurait dû être généré par le système de liquidation automatique avant la période d'interruption du négoce, mais n'aurait pas pu être exécuté faute de cotations traitables sur le marché interbancaire* » et que « *si le système de liquidation automatique avait généré l'ordre aux alentours de 10:30:50 plutôt qu'à 11:35:32 comme cela fut le cas, une liquidation des positions du client [NDA : G. _____] avant que le cours ne chute fortement n'aurait fort probablement pas été possible vu le faible nombre d'offres d'achat d'euros sur le marché interbancaire par rapport au nombre d'ordres de vente* ». En effet, selon les experts, les fournisseurs de liquidité activés par D. _____ ont commencé à réagir à 10 heures 30 minutes et 45 secondes. Quelques secondes plus tard, toutes les cotations étaient indicatives, ce qui signifie qu'elles ne pouvaient pas être utilisées pour conclure une transaction. Les experts ont ajouté qu'à 10 heures 31, les cours indicatifs de l'euro contre le franc suisse se situaient déjà aux alentours de 1.14 et que la dernière cotation traitable, émise par un fournisseur de liquidité à 10 heures 30 minutes et 48 secondes, avait été prise en compte par le système de D. _____ à 10 heures 30 minutes et 48 secondes. Pour les experts, il n'existait en définitive plus de cotations traitables sur le marché interbancaire dès 10 heures 30 minutes et 48 secondes - 10 heures 30 minutes et 49 secondes, de sorte qu'à 10 heures 30 minutes et 50 secondes, premier instant où l'ordre de liquidation automatique de la position de G. _____ aurait pu être généré, D. _____ ne recevait plus de cotations traitables de ses fournisseurs de liquidité. Par ailleurs, les cotations traitables reçues des fournisseurs de liquidité supplémentaires activés à 10 heures 39 ([...] et [...]) étaient sous la parité. A ce propos, les experts ont relevé qu'une faible minorité de « *brokers* » semblait avoir continué à recevoir des cotations traitables, soit probablement ceux utilisant la plateforme [...]. Les experts ont toutefois indiqué que même si D. _____ avait eu accès à cette plateforme, il aurait été quasiment

impossible pour G._____ de fermer sa position avant que l'euro n'atteigne la parité (à 10 heures 35, l'euro était déjà essentiellement à parité contre le franc suisse), le cours auquel une éventuelle transaction aurait pu avoir lieu étant extrêmement difficile à estimer vu le comportement erratique des prix entre 10 heures 31 et 10 heures 36.

p) Pour les experts, au moment de l'abolition du taux plancher, D._____ entretenait des relations commerciales avec les principaux fournisseurs de liquidité du marché du Forex et était en mesure d'activer à court terme deux fournisseurs de liquidité supplémentaire pour la paire EUR/CHF, à savoir [...] et [...], ce qu'elle a fait à 10 heures 39 minutes et 36 secondes et à 10 heures 39 minutes et 49 secondes, permettant l'exécution de transactions clients d'un montant net de EUR 14'500'000.-.

De l'avis des experts, *« vu que la demanderesse [NDA : D._____] se fournissait auprès des principaux acteurs, l'activation de fournisseurs de liquidité supplémentaires n'aurait fort probablement eu qu'un impact marginal sur la liquidité à sa disposition dans les secondes et minutes suivant l'abandon du cours plancher. Une telle activation aurait certes sans doute permis à la demanderesse d'obtenir quelques cotations traitables supplémentaires, et il n'est pas exclu que d'éventuels fournisseurs de liquidité supplémentaires auraient continué à fournir des cotations traitables un peu plus longtemps après l'annonce de la BNS. Ces fournisseurs auraient toutefois eux aussi cessé de fournir des cotations traitables peu après avoir pris connaissance de l'annonce de la BNS »*. Les experts ont encore ajouté ce qui suit à propos de [...], [...] et [...], trois fournisseurs de liquidités dont on ne sait pas s'ils étaient ou non activés dans le système de D._____ au moment de l'annonce de la BNS : *« [e]n d'autres termes, même si on devait admettre qu'ils étaient désactivés à 10:30, il est loin d'être clair que le fait de les activer aurait conduit à une amélioration notable de la liquidité à la disposition de la demanderesse [NDA : D._____] »*.

Pour les experts, le problème résidait, après l'abandon du cours plancher, dans le déséquilibre important existant alors entre les ordres de vente et d'achat d'euros contre des francs suisses. De nombreux ordres de vente d'euros contre des francs suisses étaient « à la recherche » d'un faible nombre d'ordres en sens inverse. Selon les experts, c'est ce déséquilibre qui explique le mouvement abrupt du cours après l'annonce de la BNS. Les experts ont ainsi exposé que « *[s]i des fournisseurs de liquidité supplémentaires avaient été activés et fourni des cotations traitables supplémentaires, ce déséquilibre aurait certes été marginalement plus faible, mais il serait quand même demeuré extrême. Par conséquent, la probabilité que la position du défendeur puisse être liquidée à un cours plus favorable apparaît extrêmement faible. Rappelons qu'en raison de la pratique du « last look » en vigueur sur le marché du Forex, même le fait d'avoir soumis un ordre auprès d'un fournisseur de liquidité sur la base d'une cotation traitable n'aurait aucunement garanti l'exécution à ce prix ; le fournisseur de liquidité aurait parfaitement pu rejeter l'ordre* ».

q) Les experts ont identifié un certain nombre de transactions effectuées sur la paire EUR/CHF dans les minutes suivant l'abolition du cours plancher. Un total de cent septante-sept transactions a ainsi été effectué sur la paire EUR/CHF entre 10 heures 30 et 10 heures 31 ; cinq durant la minute de 10 heures 32 ; vingt-deux durant la minute de 10 heures 39 et deux durant la minute de 10 heures 40, tandis que de nombreux ordres ont été rejetés par le système entre 10 heures 34 et 10 heures 44 et qu'aucune transaction sur le marché interbancaire n'a eu lieu entre 10 heures 31 et 10 heures 38.

Les experts ont également constaté que de nombreuses transactions avaient été effectuées en « [...] » par D._____ dans les minutes suivant l'abolition du cours plancher. Ils ont ainsi relevé que le « [...] » affichait un total de deux cent huitante-quatre transactions sur la paire EUR/CHF, celles-ci ayant quasiment toutes eu lieu avant 10 heures 30 minutes et 50 secondes. Il n'y a ensuite plus eu de transactions sur cette paire jusqu'à 10 heures 31 minutes et 48 secondes, une transaction

de 725'000 EUR/CHF apparaissant à 10 heures 31 minutes et 48 secondes. A 10 heures 32, D._____ a effectué trois transactions pour un montant total de 1'600'000 – les experts n’ayant toutefois pas précisé dans quelle monnaie – dans son compte [...] au dernier cours en vigueur, soit environ EUR/CHF 1.1989.

Les experts ont conclu de ce qui précède que D._____ avait pu, par une intervention manuelle, exécuter des transactions sur la paire EUR/CHF en « [...]» nonobstant l’absence de liquidité sur le marché. Ils ont ajouté que D._____ aurait théoriquement pu, par une telle intervention manuelle, également exécuter les transactions de G._____ en « [...] », malgré l’absence de liquidité sur le marché, avant d’ajouter que si elle avait agi de la sorte pour tous ses clients, elle aurait dépassé la limite de risque sur sa propre position en euros, sa position maximale admissible dans cette monnaie étant de huit millions d’euros selon les règles en vigueur le 15 janvier 2015. A ce propos, les experts ont précisé que si le système de liquidation automatique de D._____ s’était déclenché à 10 heures 30 minutes et 50 secondes, celle-ci aurait pu manuellement liquider la position de G._____ à un cours avoisinant 1.19 EUR/CHF, selon le modèle « [...] » (ou « [...] »), étant précisé que ce cours aurait été arbitraire dans la mesure où il n’aurait pas reflété la situation sur le marché des changes à 10 heures 30 minutes et 50 secondes. Les experts ont ajouté qu’en procédant de la sorte, D._____ aurait liquidé la position de G._____ en ignorant la situation sur le marché interbancaire et le flux d’ordres client qu’elle observait sur sa plateforme à 10 heures 30 minutes et 50 secondes, de sorte qu’elle aurait accepté de prendre à sa charge la perte subie par G._____.

r) Les experts ont encore exposé qu’au moment de l’interruption du négoce de la paire EUR/CHF par D._____ (cf. *supra* let. C/12/b), l’euro était déjà à parité avec le franc suisse et que durant cette interruption, le cours CHF/EUR avait fortement fluctué, sans dépasser environ CHF 1.05 pour EUR 1.-. Selon les experts, à la suite de l’annonce de la BNS, la plupart des « *brokers* » a interrompu le négoce de cette paire de devises, à quelques exceptions près. Cette interruption est intervenue,

dans certains cas, sur la base d'une décision prise par les « *brokers* » en question ou leur système informatique ; dans d'autres cas, les clients ne pouvaient plus traiter parce que les fournisseurs de liquidité avaient cessé de fournir des cotations. Pour les experts, si la liquidation de la position de G._____ avait eu lieu durant l'interruption du négoce sur la paire EUR/CHF par D._____, les cours auraient probablement été inférieurs au cours de 1.04 obtenu au moment où le négoce a repris, de sorte que, pour les experts, les pertes de G._____ ne sont pas dues à l'interruption du négoce de la paire EUR/CHF par D._____, bien que dite interruption l'ait empêché de modifier ses positions durant cette période.

s) Les experts ont enfin relevé que D._____ était téléphoniquement joignable durant l'interruption du négoce, que le premier appel de G._____ à D._____, d'une durée de 39 secondes, avait eu lieu à 11 heures 33 et que cet appel téléphoniquement avait été suivi par quatre autres appels entre 11 heures 33 et 11 heures 55.

21. D._____ a produit un rapport établi le 13 juillet 2018 par W._____ et E._____ dans le cadre d'une procédure parallèle au présent litige, opposant D._____ à d'autres de ses clients, également en lien avec les suites des événements du 15 janvier 2015 (cf. *supra* let. C/8). W._____ et E._____ avaient été nommés en qualité d'experts judiciaires dans le cadre de la procédure parallèle précitée également. G._____ s'est déterminé sur le contenu de ce rapport ainsi que sur sa force probante par écrit du 17 octobre 2018.

Du rapport précité, il ressort ce qui suit en ce qui concerne l'acceptation du contrat « e-forex » comme préalable nécessaire à toute utilisation de la plateforme [...] :

« [...] nous [avons demandé à D._____] de nous fournir les flow charts utilisés lors du développement du système permettant d'établir que (i) l'acceptation du contrat était belle [sic] et bien enregistrée dans la base de données, et que (ii) l'activation du compte [...] n'était pas possible sans que l'utilisateur ait accepté le contrat. La Figure 6 reproduit le document que nous avons reçu, lequel date de 2009. On

constate que l'inscription de l'acceptation du contrat [NDA : « e-forex »] dans la base de données a bel et bien été prévue au moment de la conception de la plateforme [NDA : [...]]. Ce document ne permet en revanche pas d'établir avec certitude que l'activation du compte [...] n'était pas possible sans que le contrat ait été signé.

[NDA : Figure 6 non reproduite ici]

Afin de trancher ce dernier point, nous avons demandé à la défenderesse [NDA : D._____] de nous faire parvenir un document établissant que la plateforme vérifie effectivement que le contrat ait été signé lorsqu'un utilisateur tente de l'utiliser. La Figure 7 reproduit l'extrait du code informatique effectuant cette vérification. Les lignes concernées ont été mises en évidence en rouge par nos soins. La partie gauche de chaque ligne indique le moment où celle-ci a été intégrée dans la plateforme de la défenderesse selon le système de contrôle de versions. On observe que la ligne effectuant la vérification de la signature du contrat (ligne 38) fait partie du système de la défenderesse depuis le 1^{er} septembre 2010. La ligne suivante, présente dans le système depuis le 3 août 2010, exécute le module où l'utilisateur est appelé à signer le contrat. Il apparaît donc extrêmement improbable qu'un utilisateur ait pu utiliser la plateforme sans avoir préalablement accepté le contrat [NDA : « e-forex »] ».

22. L'audience de plaidoiries finales a été tenue le 19 novembre 2019.

Le dispositif du jugement a été notifié le 28 novembre 2019 aux parties. Par courrier du 2 décembre 2019, G._____ en a requis la motivation.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19

décembre 2008 ; RS 272]) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Ecrit et motivé, il doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

1.2 En l'espèce, les motifs du jugement entrepris ont été notifiés le 15 mai 2020 à l'appelant. Formé en temps utile par une partie ayant un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), contre une décision finale portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées) et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (art. 157 CPC en lien avec l'art. 310 let. b CPC ; ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4D_72/2017 du 19 mars 2018 consid. 2).

3.

3.1

3.1.1 Invoquant une constatation inexacte des faits, l'appelant reproche tout d'abord aux premiers juges d'avoir retenu qu'il avait accepté le contrat « e-forex ».

Il conteste en particulier la valeur probante du rapport établi le 13 juillet 2018 par MM. W. _____ et E. _____ dans le cadre d'un procès

opposant l'intimée à d'autres de ses clients (cf. *supra* let. C/21). De l'avis de l'appelant, en se fondant sur le rapport précité ainsi que sur les déclarations d'un représentant de l'intimée et sur deux pièces établies par celles-ci, soit des moyens de preuve dont la valeur probante serait réduite, l'autorité précédente se serait contentée de la vraisemblance des faits allégués pour retenir qu'il avait accepté le contrat « e-forex », en violation de l'art. 8 CC. L'appelant relève par ailleurs que la seconde partie de la pièce n° 16 de l'intimée, intitulée « *le message tel que le voit le client dans son compte* », est datée du 30 décembre 2015, soit une date postérieure aux événements litigieux du 15 janvier 2015, et fait grief aux premiers juges d'avoir omis, en n'en tenant pas compte, un élément essentiel démontrant que la preuve de son acceptation du contrat « e-forex » n'avait pas été rapportée de façon suffisante par l'intimée.

Dans une motivation subsidiaire, l'appelant invoque une violation de l'art. 157 CPC. Il relève notamment que le contrat d'ouverture de compte et les conditions générales de l'intimée ne renvoyaient pas expressément au contrat « e-forex », de sorte que l'autorité précédente aurait dû, au terme de son appréciation des preuves, constater que la preuve de son acceptation de ce contrat n'avait pas été rapportée à satisfaction de droit.

3.1.2

3.1.2.1 L'art. 8 CC prévoit que chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En l'absence d'une disposition spéciale instituant une présomption, l'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve et détermine laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve. Il en résulte que la partie demanderesse doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que la partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit ; ainsi, les faits qui empêchent la naissance d'un droit ou en provoquent l'extinction doivent être prouvés par la partie qui les allègue (ATF 139 III 7 consid. 2.2 et les références citées). Un fait n'est établi que si le juge en est convaincu ; il est inadmissible, sauf à violer l'art. 8 CC, de juger selon une simple vraisemblance là où l'intime

conviction du juge fait défaut et où un doute subsiste dans l'état fait, ou de se fonder sur des affirmations rendues simplement plausibles (ATF 131 III 222 consid. 4.3 ; ATF 118 II 235, JdT 1994 I 331 consid. 3c ; ATF 104 II 216 consid. 2c).

3.1.2.2 Aux termes de l'art. 157 CPC, le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées. Selon la jurisprudence, le juge apprécie librement la force probante de celles-ci en fonction des circonstances concrètes, sans être lié par des règles légales et sans être obligé de suivre un schéma précis (ATF 143 III 297 consid. 9.3.2 ; ATF 133 I 33 consid. 2.1 ; TF 5A_250/2012 du 18 mai 2012 consid. 7.4.1). Il n'y a pas de hiérarchie légale entre les moyens de preuves autorisés, énoncés à l'art. 168 CPC (TF 5A_113/2015 du 3 juillet 2015 consid. 3.2). La doctrine reconnaît cependant que certaines preuves soient considérées comme plus fiables et plus probantes que d'autres ; ainsi, un titre a-t-il en principe plus de poids que la déposition des parties ou des témoins (Brönnimann, *in* Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berne 2012, n. 17 ad art. 157 CPC ; Guyan, *in* Spühler et al. [édit.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., Bâle 2017 [cité ci-après : BSK-ZPO], n. 6a ad art. 157 CPC).

Comme tout moyen de preuve, une expertise – judiciaire – est sujette à la libre appréciation des preuves par le juge. Le tribunal ne peut toutefois s'écarter d'une expertise judiciaire que pour des motifs pertinents et doit motiver un éventuel écart. Il ne saurait, sans motifs déterminants, substituer son appréciation à celle de l'expert, sous peine de verser dans l'arbitraire (TF 5A_465/2016 du 19 janvier 2017 consid. 5.2.2. et les références citées ; TF 4A_612/2015 du 9 mai 2016 consid. 3.3 ; TF 4A_483/2014 du 25 novembre 2014 consid. 6.1). Le tribunal ne doit en particulier pas placer ses connaissances au-dessus de celles de l'expert. Il doit en général se limiter à l'examen de questions formelles et admettre qu'au reste, il appartient aux parties, qui ont le devoir de collaborer, de remettre en cause le fondement de l'expertise (TF 4A_202/2014 du 18 février 2015 consid. 4.1 ; TF 4C.363/2000 du

3 avril 2001 consid. 3b). Une expertise judiciaire ordonnée et établie dans le cadre d'une autre procédure (expertise dite « extérieure ») peut être produite à titre d'expertise judiciaire ; l'aptitude à la preuve de telles expertises «étrangères» au procès principal n'empêche pas que le droit d'être entendues des parties à celui-ci doit pouvoir être exercé, si bien que celles-ci doivent avoir la possibilité de se déterminer sur le contenu de l'expertise effectuée (art. 187 al. 4 CPC), de se prononcer rétrospectivement sur la personne de l'expert (art. 183 al. 2 CPC) ou de proposer des questions complémentaires (art. 185 al. 2 CPC) (ATF 140 III 24 consid. 3.3.1.3 et les références citées, JdT 2016 II 308 ; TF 4A_9/2018 du 31 octobre 2018 consid. 5.2.1).

3.1.3 En l'espèce, pour retenir que l'appelant avait accepté le contrat « e-forex », l'autorité précédente s'est fondée sur des pièces produites par l'intimée, soit le « *processus d'ouverture de compte [...]* » (pièce n° 15, consistant en une série de captures d'écran) et la « *brochure d'information [...]* » (pièce n° 12), ainsi que sur l'interrogatoire de A._____, vice-directeur de l'intimée. Les premiers juges ont relevé que si ces différents moyens de preuve n'avaient certes, à eux seuls, qu'une faible force probante, ils étaient toutefois corroborés par le contenu du rapport d'expertise établi le 13 juillet 2018 par W._____ et E._____.

La violation de l'art. 8 CC invoquée par l'appelant est sans pertinence. Comme rappelé ci-dessus, les premiers juges ont retenu que l'appelant avait accepté le contrat « e-forex » sur la base de différents moyens de preuves, régulièrement offerts par l'intimée à l'appui de ses allégations. L'autorité précédente a ainsi acquis une conviction à cet égard, de sorte que l'appelant se méprend lorsqu'il prétend qu'ils se seraient contentés de la vraisemblance des faits allégués. La pièce n° 16 invoquée par l'appelant n'y change rien. Cette pièce est désignée dans le bordereau de l'intimée comme « *Impression du log d'acceptation du Contrat e-forex par G._____ le 8 mars 2013* ». Elle a été créée par l'intimée et consiste en la reproduction de deux captures d'écran, d'assez mauvaise qualité, d'un ordinateur. L'intimée a apposé elle-même des titres au-dessus de chaque capture d'écran. Il ressort de la première

moitié du document que l'accès à la plateforme [...] concernant le compte de l'appelant date du 8 mars 2013. La seconde moitié du document consiste en la reproduction d'un extrait du portail *e-banking* du compte de l'appelant, sur laquelle figure la date du 30 décembre 2015. La date en question se trouve à la même hauteur que les différents onglets à disposition de l'utilisateur. Il apparaît ainsi que la date litigieuse puisse ne pas être celle du jour de l'acceptation du contrat « e-forex » par l'appelant, mais plutôt celle du jour de la consultation du portail et de l'onglet en question par l'intimée. La seule mention de la date du 30 décembre 2015 sur la pièce n° 16 ne suffit donc pas à apporter la preuve qu'au moment des faits litigieux, les parties n'étaient pas liées par le contrat « e-forex ». Il s'agit au demeurant de captures d'écran vraisemblablement prises par l'intimée, à l'instar des pièces n°s 12 et 15, que les premiers juges n'ont pas considérées à elles seules comme suffisamment probantes, ce que l'appelant ne conteste d'ailleurs pas. En définitive, la pièce n° 16 ne suffit pas à infirmer les divers éléments probatoires convergents pris en compte par les premiers juges pour retenir qu'au moment des événements litigieux, les parties étaient liées par le contrat « e-forex ».

S'agissant de la force probante du rapport du 13 juillet 2018 de W. _____ et E. _____, il peut être retenu qu'elle est comparable à celle d'une expertise judiciaire, dès lors que ce rapport a été rendu dans le cadre d'une procédure judiciaire parallèle et que l'appelant a eu l'opportunité de se déterminer sur son contenu, ce qu'il a du reste fait par écrit du 17 octobre 2018, sans élever de griefs quant à l'identité des experts ni soulever d'éventuelles questions complémentaires ou observations. Quoi qu'il en soit, cette question n'est pas déterminante, dès lors que la preuve peut être rapportée par d'autres moyens que l'expertise judiciaire. Ainsi, même à supposer que le rapport litigieux doive être considéré comme un simple titre, le seul fait qu'il ait été rendu dans le cadre d'une procédure judiciaire parallèle ne saurait lui ôter tout caractère probant, en tout cas s'agissant de réponses à des questions générales. En l'occurrence, les auteurs du rapport litigieux ont fourni des informations d'ordre général sur la conclusion du contrat « e-forex » entre l'intimée et

ses clients faisant usage de la plateforme [...]. Ils ont ainsi retenu qu'il apparaissait « *extrêmement improbable qu'un utilisateur ait pu utiliser la plateforme sans avoir préalablement accepté le contrat* ». Ce constat constitue une affirmation générale (« *un utilisateur* ») ne concernant pas uniquement les parties au procès dans le cadre duquel l'expertise a été rendue, mais tout utilisateur de la plateforme [...]. L'appelant tire d'ailleurs lui-même une conclusion générale de l'affirmation qui précède, qu'il reprend dans son mémoire d'appel, en relevant qu'il convient de déduire de l'affirmation selon laquelle il était « *extrêmement improbable* » qu'un utilisateur ait pu accéder à la plateforme sans accepter le contrat, qu'il est *a contrario* possible qu'un client ait pu le faire. Ce faisant, l'appelant admet implicitement que le passage du rapport litigieux se rapporte à des faits généraux, qui ne concernaient pas uniquement les parties au procès dans le cadre duquel l'expertise a été rendue.

En définitive, rien n'indique qu'il faille apprécier la valeur probante du rapport litigieux – que celui-ci soit considéré comme une expertise judiciaire ou un titre – avec retenue. L'indépendance des experts n'est en outre pas remise en cause par l'appelant, ceux-ci ayant au demeurant également fonctionné en qualité d'experts dans la présente cause. Aucun élément ne justifiait que les premiers juges s'écartent dudit rapport et on ne saurait leur reprocher d'avoir retenu, en se fondant sur une pluralité de preuves concordantes, que l'appelant avait accepté le contrat « e-forex ».

Enfin, le fait que le contrat d'ouverture de compte conclu par les parties ne renvoie pas au contrat « e-forex » est sans pertinence. En effet, comme retenu par les premiers juges, le contrat d'ouverture de compte ne fonde pas les prétentions litigieuses, seules les conditions fixées par le contrat « e-forex » étant déterminantes. Or, ce dernier contrat est distinct du contrat d'ouverture de compte, ce que l'appelant ne conteste au demeurant pas. Par ailleurs, il a été retenu en fait que, pour pouvoir échanger des devises par l'intermédiaire des plateformes de l'intimée, les clients de celles-ci devaient ouvrir un compte de *trading* en ligne (« compte e-forex »), ce que l'appelant a d'ailleurs lui-même allégué

en première instance et ne conteste donc pas. C'est dire que l'ouverture d'un compte courant n'entraîne pas automatiquement l'utilisation des plateformes de *trading* de l'intimée. On ne voit donc pas pour quelle raison le contrat d'ouverture de compte aurait dû renvoyer au contrat « e-forex ».

3.2 L'appelant relève à titre plus subsidiaire que le contrat « e-forex » produit par l'intimée est rédigé en français, langue qu'il ne comprend pas. Il expose qu'il n'est pas vraisemblable que l'intimée ait soumis un contrat rédigé en français à un client germanophone et, partant, que le contrat produit dans la présente procédure soit celui qui aurait lié les parties.

Il est vrai que le contrat d'ouverture de compte du 24 juillet 2012, complété et signé par l'appelant est rédigé en langue allemande. Cela étant, et contrairement à ce que soutient l'appelant, ce seul fait ne permet pas de conclure que le contrat « e-forex » lui aurait été soumis dans cette même langue. Dans tous les cas, l'appelant n'a ni allégué ni prouvé en première instance que le contrat « e-forex » existerait dans une version en allemand et les conditions posées par l'art. 317 al. 1 let. b CPC pour introduire des faits nouveaux ne sont à cet égard pas remplies. La cour de céans ne peut dès lors tenir pour avéré le fait que le contrat « e-forex » existerait en allemand. Dans tous les cas, comme l'intimée a son siège à [...], il n'est pas invraisemblable, contrairement à ce qu'affirme l'appelant, que la banque requière de ses clients l'acceptation d'un contrat préformé en langue française. Par surabondance, à supposer qu'il existe une version allemande du contrat litigieux, l'appelant n'allègue ni ne prouve que son contenu différerait de la version française versée au dossier.

Enfin, d'après l'art. 129 CPC, la procédure est conduite dans la langue officielle du canton dans lequel l'affaire est jugée. On ne saurait donc reprocher à l'intimée d'avoir produit, dans le cadre d'un procès mené dans le canton de Vaud, la version française d'un contrat préformé. Aucune obligation de traduire toutes les pièces dans la langue officielle du

canton ne découle certes de la disposition précitée, une certaine souplesse devant être admise à cet égard, sous peine de formalisme excessif (Haldy, *in* Bohnet et al., Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd, Bâle 2019, n. 3 ad art. 129 CPC). La partie adverse ou le tribunal peut cependant exiger une traduction des titres invoqués aux frais de la partie qui les produit (Weber, *in* : Oberhammer et al. [édit.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkomentar, 2^e éd., Bâle 2013, nn. 3 et 7 ad art. 129 CPC). Certains auteurs sont même plus stricts et considèrent que les pièces doivent toujours être traduites dans la langue officielle du canton, à tout le moins les passages importants (Gschwend, BSK-ZPO, n. 6 ad art. 129 CPC ; Kaufmann, *in* Brunner et al. [édit.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2016, n. 19 ad art. 129 CPC). L'appelant fait dès lors preuve de mauvaise foi (cf. art. 52 CPC) en reprochant à l'intimée d'avoir produit le contrat « e-forex » en français, étant encore rappelé qu'il n'a ni allégué ni prouvé qu'une version allemande de ce contrat, dont le contenu différerait de la version française, existerait.

3.3 En conclusion, les différents moyens soulevés par l'appelant pour contester l'appréciation des premiers juges selon laquelle les parties étaient liées par le contrat « e-forex » doivent être rejetés.

4.

4.1 Sous l'angle de la violation du droit, l'appelant fait grief à l'autorité précédente d'avoir considéré que les parties étaient liées par un contrat mixte composé d'un contrat-cadre, soit le contrat « e-forex », et par autant de contrats de d'achat/vente que de transactions Forex effectuées par l'appelant. S'il ne conteste pas que la prestation de « négoce Forex » offerte par l'intimée était régie par un contrat mixte, l'appelant conteste que les clauses du contrat « e-forex », qu'il nie avoir accepté, soient applicables. De l'avis de l'appelant, les relations des parties étaient soumises, d'une part, aux règles de la vente (art. 184 ss CO) s'agissant de l'exécution des transactions Forex, et, d'autre part, aux dispositions relatives au contrat de mandat (art. 394 ss CO) s'agissant du

traitement technique des transactions d'achat/vente de devises (tenue du compte, passation d'ordres et exécution technique des transactions). Invoquant l'art. 398 CO, l'appelant considère que l'intimée a violé ses obligations de diligence et de loyauté, selon des critiques détaillées ci-dessous (cf. *infra* consid. 4.3).

4.2 Les critiques liées à l'application des clauses du contrat « e-forex » doivent être écartées d'emblée, l'appelant n'étant pas parvenu à remettre en cause les faits retenus par les premiers juges relativement à son acceptation dudit contrat (cf. *supra* consid. 3). Les relations des parties étaient ainsi notamment régies par les clauses de ce contrat.

4.3

4.3.1

4.3.1.1 En lien avec l'art. 398 CO, l'appelant expose premièrement qu'il appartenait à l'intimée de disposer d'un système informatique à la pointe de la technologie respectant, lors du traitement des transactions, les prescriptions relevant du droit de la surveillance des marchés financiers. Il fait plus particulièrement valoir que le système de l'intimée a failli durant les événements du 15 janvier 2015 découlant de l'abolition du taux plancher par la BNS.

4.3.1.2 D'après le Tribunal fédéral, la mise à disposition d'une plateforme de négoce en ligne pour que le client puisse réaliser lui-même des transactions sur devises, sans bénéficier de conseils ou d'assistance de la banque, est un contrat innommé, qui contient des éléments du contrat de licence, du bail à ferme ainsi que du mandat, en ce qui concerne la maintenance (TF 4A_157/2012 du 26 juillet 2012 conais. 3.1).

Le mandataire est responsable vis-à-vis de son client de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO). Il est généralement admis que l'obligation principale du mandataire consiste à mettre en œuvre une diligence raisonnable pour atteindre le résultat voulu par les parties (Werro, *in* Thévenoz/Werro [édit.], Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 [cité ci-après : CR-CO I], n. 13 ad

art. 398 CO), sans toutefois promettre le résultat escompté (ATF 134 III 361 consid. 6.). C'est pourquoi le mandataire peut avoir correctement exécuté ses obligations même si le résultat n'est pas atteint et il n'est tenu à réparation que si une faute peut lui être reprochée (Tercier et al., *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Zurich 2016, n. 4317, p. 611). La responsabilité du mandataire suppose dès lors la réunion de quatre conditions cumulatives, à savoir une violation du devoir de diligence, une faute, un préjudice et une relation de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation dudit devoir et le préjudice (cf. ATF 133 III 121 consid. 3.1 ; ATF 132 III 379 consid. 3.1). Conformément aux règles générales de la responsabilité contractuelle et à l'art. 8 CC, il incombe au client d'apporter la preuve de la mauvaise exécution du contrat par le mandataire (TF 4C.278/1996 du 25 février 1998 consid. 2c). Il lui incombe également de prouver la relation de causalité entre la mauvaise exécution du contrat et le préjudice subi (TF 4A_593/2015 du 13 décembre 2016 consid. 8.1).

4.3.1.3 En l'espèce, il ressort du rapport d'expertise judiciaire rendu dans le cadre de la présente cause que l'intimée disposait d'une infrastructure d'une capacité suffisante pour faire face à une situation de crise ainsi que d'un « *continuity plan* » en cas d'interruption de l'activité, conformément aux exigences des chiffres 135 et 136 de la circulaire 2008/21 de la FINMA sur les risques opérationnels des banques (cf. *supra* let. C/20/j). Selon les experts, les plateformes de *trading* de l'intimée n'ont pas connu de défaillance totale, respectivement de panne, ensuite de l'annonce de la BNS du 15 janvier 2015 relative à l'abandon du taux plancher. A dire d'experts toujours, le fait qu'un certain nombre d'ordres déclenchés durant la minute de 10 heures 30 n'aient été exécutés que bien plus tard n'est pas dû à un dysfonctionnement du système, mais à l'inexistence de cotations traitables sur le marché interbancaire dès 10 heures 30 minutes et 48 secondes – 10 heures 30 minutes et 49 secondes. Les experts ont ainsi conclu que les difficultés rencontrées par l'intimée dans l'exécution des ordres sont attribuables à la disparition de la liquidité sur le marché interbancaire, et non à des problèmes techniques de la plateforme [...]. Aucune défaillance du système informatique n'ayant été

constatée par les experts, l'appelant, qui ne remet au reste pas l'expertise judiciaire en cause, ne parvient pas à démontrer que l'intimée a violé son devoir de diligence sur ce point.

4.3.2

4.3.2.1 L'intimée aurait également violé son devoir de diligence et de loyauté en n'exécutant pas les transactions de l'appelant entre 10 heures 30 minutes et 50 secondes et 10 heures 30 minutes et 51 secondes, mais seulement à 11 heures 35 minutes et 32 secondes.

4.3.2.2 S'agissant des opérations de vente de devises, le Tribunal fédéral considère que la relation juridique nouée entre les parties relève exclusivement du contrat de vente au sens des art. 184 ss CO, à l'exclusion du mandat (TF 4C.152/2002 du 22 juillet 2002 consid. 2.1). Les règles sur la vente n'imposent pas en tant que tel un devoir de diligence, mais uniquement une obligation accessoire du vendeur, déduite de l'art. 2 CC, de faire tout ce qui est en son pouvoir pour la bonne exécution du contrat (Tercier et al., op. cit., n 552, p. 78). Notre Haute cour a par ailleurs précisé que, dans un contrat de vente, aucun des cocontractants n'est chargé de veiller sur les intérêts de l'autre, puisque chacun défend des intérêts qui s'opposent (TF 4C.152/2002 précité, consid. 2.2).

4.3.2.3 En l'occurrence, l'intimée intervenait comme contrepartie de l'appelant pour les transactions Forex. Les règles du contrat de vente sont ainsi seules applicables - ce que l'appelant semble du reste admettre, cf. *supra* consid. 4.1 - complétées par les clauses individuelles convenues entre les parties dans le contrat « e-forex » (cf. art. 19 CO). Or, selon l'art. 4.7 ii) de ce contrat, le client reconnaît que, lors d'une transaction, ses intérêts sont contraires à ceux de la banque. D'après l'art. 4.7 v), la banque n'a aucune obligation d'offrir des cours à tout moment. Par ailleurs, en vertu de l'art. 4.10 v), le client accepte que le système de liquidation automatique puisse ne pas fonctionner. Enfin, selon l'art. 4.13 iv), le client accepte que certaines conditions du marché rendent difficile voire impossible l'exécution des ordres à un prix déterminé ou la

liquidation de certaines positions, partant que les opérations de liquidation ne soient pas réalisables ou uniquement à un prix très défavorable.

Au vu des diverses clauses précitées, l'intimée n'a violé aucun de ses devoirs contractuels en n'exécutant les transactions de l'appelant qu'à 11 heures 35 minutes et 32 secondes. L'annonce de la BNS du 15 janvier 2015 a créé des conditions de marché exceptionnelles, les experts ayant relevé le manque de liquidité sur le marché qui en a découlé. Ils ont exposé que le marché avait mis 44 secondes avant de commencer à réagir à l'annonce de la BNS et que la liquidité était disponible sur le marché entre 10 heures 30 et 10 heures 30 minutes et 44 secondes, avant de quasiment disparaître entre 10 heures 30 minutes et 44 secondes et 10 heures 30 minutes et 50 secondes, et qu'il n'y avait pratiquement plus d'offres d'achat d'euros contre des francs suisses dès 10 heures 31. D'après les experts toujours, la liquidité sur le marché interbancaire de gré à gré, à savoir la source de liquidité utilisée par l'intimée, était quasiment inexistante durant une heure après l'annonce de la BNS. Ces circonstances entrent manifestement dans le champ d'application de l'art. 4.13 iv) du contrat « e-forex » et rien ne peut être reproché à l'intimée sous l'angle de l'art. 2 CC, celle-ci ayant fait tout ce qui était en son pouvoir en vue de la bonne exécution du contrat dans cette situation exceptionnelle. A cela s'ajoute encore que, selon l'art. 4.10 v) et vi) du contrat « e-forex », le client reconnaît que le système de liquidation puisse ne pas fonctionner et qu'il est seul responsable des éventuelles pertes, dommages et autres conséquences liés à une liquidation automatique de ses positions ou à l'absence de liquidation - automatique ou non - de ses positions. Aucune violation contractuelle ne peut dès lors être reprochée à l'intimée en lien avec l'exécution des transactions de l'appelant le 15 janvier 2015.

4.3.3 L'appelant se plaint encore d'une inégalité de traitement par rapport à certains clients de l'intimée, qui auraient profité d'une intervention manuelle de la banque pour l'exécution de leur transactions, ce malgré l'absence de liquidité sur le marché.

Le Tribunal fédéral a récemment rappelé que la garantie de l'égalité de traitement s'adressait à l'Etat et ne produisait en principe aucun effet horizontal direct entre personnes privées (TF 4A_248/2019 du 25 août 2020, destiné à la publication, consid. 9.4. et les références citées). Certes, dans certains domaines du droit privé, en particulier à caractère social, la jurisprudence a admis un droit à l'égalité de traitement découlant de dispositions légales spécifiques. Il en va par exemple ainsi de l'art. 328 CO, qui impose à l'employeur de protéger la personnalité du travailleur et dont on peut inférer, dans certaines circonstances, un droit à un traitement égal entre tous les travailleurs (ATF 129 III 276 consid. 3). Le droit bancaire peut certes relever dans certains cas du droit de la consommation, partant du droit privé social. Il n'en va cependant pas ainsi des contrats de négoce de devises (cf. également *infra* consid. 6.3.2). On ne voit au demeurant pas de quelle disposition, notamment de la LB (loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne ; RS 952.0), découlerait un droit du client à l'égalité de traitement par rapport aux autres clients de la même banque. L'appelant ne se réfère d'ailleurs à aucune base légale ni à aucune source jurisprudentielle ou doctrinale. Sa critique doit donc être rejetée pour ce motif déjà.

On relèvera par surabondance que, selon la jurisprudence, un comportement n'est discriminatoire que si la personne est placée dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres personnes, et non seulement par rapport à quelques autres individus (ATF 129 III 276 consid. 3.1). En l'occurrence, l'appelant se contente d'indiquer que l'intimée a procédé à des transactions par une intervention manuelle « *pour certains de ses clients* » ; il n'a en revanche ni allégué ni prouvé que tel aurait été le cas pour un nombre important d'entre eux, de sorte que le traitement réservé à l'appelant se serait distingué de celui accordé au plus grand nombre. Partant, le grief tiré de l'inégalité de traitement est inconsistant.

4.3.4 L'appelant considère enfin que l'intimée a manqué à son devoir d'assurer des « *liquidités constantes* ».

A titre liminaire, on rappellera que l'intimée n'est pas un fournisseur de liquidités mais de liquidité (cf. *supra* let. C/20/d). Or, il a été établi en fait que l'annonce de la fin du taux plancher le 15 janvier 2015 a entraîné un manque de liquidité sur le marché et que la liquidité du franc suisse était quasiment inexistante. Les experts ont par ailleurs retenu que le client supportait le risque que la banque ne lui propose pas de cours durant des périodes où il n'y a pas de liquidité sur le marché (cf. *supra* let. C/20/h). Enfin, d'après l'art. 4.7 v) du contrat « e-forex », la banque n'a aucune obligation d'offrir des cours à tout moment et selon l'art. 4.13 iv), le client accepte que certaines conditions du marché rendent difficile voire impossible l'exécution des ordres à un prix déterminé ou la liquidation de certaines positions et, partant, que les opérations de liquidation ne soient pas réalisables ou uniquement à un prix très défavorable.

Compte tenu de ces éléments, l'intimée n'a pas violé ses obligations contractuelles en n'exécutant pas les transactions de l'appelant au cours de déclenchement du système de liquidation automatique. On ne peut pas non plus lui reprocher de ne pas avoir exécuté les transactions par une intervention manuelle, dès lors que, selon les experts, si l'intimée avait exécuté toutes les transactions de ses clients de cette manière, elle aurait violé la limite de risque sur sa position propre en euros, selon les règles en vigueur au 15 janvier 2015 (cf. *supra* let. C/20/q). En reprochant à l'intimée d'avoir fait prévaloir ses intérêts sur ceux de ses clients, l'appelant oublie, d'une part, que selon la jurisprudence susmentionnée, aucun des cocontractants à un contrat de vente n'est chargé de veiller sur les intérêts de l'autre, chacun défendant des intérêts qui s'opposent (TF 4C.152/2002 précité, consid. 2.2) et, d'autre part, que le contrat « e-forex » indique expressément que, lors d'une transaction, les intérêts de l'intimée sont contraires à ceux de ses clients (art. 4.7 ii).

4.4 En définitive, les griefs tirés d'une prétendue violation par l'intimée de ses obligations de diligence et de loyauté se révèlent infondés et doivent être rejetés.

5.

5.1 Invoquant à titre subsidiaire une responsabilité de l'intimée fondée sur la confiance qu'elle a éveillée chez lui, l'appelant fait valoir qu'il a été amené à croire que ses pertes ne pourraient excéder le montant de sa « ligne de crédit e-forex », compte tenu des affirmations faites sur le site Internet de l'intimée (cf. *supra* let. C/2/b). Par ce grief, il invoque une violation par l'intimée de son devoir précontractuel de renseigner (« *culpa in contrahendo* »).

5.2 La responsabilité fondée sur la confiance est admise de manière restrictive, le but de cette responsabilité n'étant pas de contourner la responsabilité contractuelle (ATF 142 III 84). La *culpa in contrahendo*, qui constitue un aspect de la responsabilité fondée sur la confiance, repose sur l'idée que l'ouverture de pourparlers crée déjà une relation juridique entre partenaires et leur impose des devoirs réciproques, soit en particulier celui de négocier sérieusement, conformément à leurs véritables intentions (ATF 121 III 350 consid. 6c). A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a admis qu'une banque avait engagé sa responsabilité précontractuelle pour avoir laissé une succursale négocier un contrat jusqu'au texte définitif pendant des mois, comme si ladite entité était compétente pour valablement engager la banque - ce qui n'était pas le cas - alors que la convention n'a finalement pas été signée sur refus de celle-ci (ATF 105 II 75).

La responsabilité fondée sur la confiance, y compris la responsabilité consécutive à une *culpa in contrahendo*, revêt un caractère subsidiaire et n'entre éventuellement en considération que si le lésé ne peut invoquer aucune responsabilité contractuelle (ATF 137 III 377 consid. 3). La relation de confiance ne peut pas constituer un fondement indépendant de responsabilité lorsque cette relation s'est développée et qu'il en est issu un rapport contractuel valable ; la responsabilité contractuelle est alors seule en cause (TF 4A_213/2010 du 28 septembre 2010 consid. 7 et la référence citée).

5.3 L'appelant ne conteste pas que les parties étaient contractuellement liées. Il admet que la relation juridique en cause relevait d'un contrat composé. Certes, le régime juridique applicable à ce contrat est litigieux ; cette question n'a cependant aucune incidence sur l'existence d'un rapport contractuel entre les parties, ce qui exclut d'emblée l'application des principes de la responsabilité fondée sur la confiance. Les arguments développés à l'appui de ce moyen sont donc dénués de pertinence et doivent être rejetés.

6.

6.1 Dans un dernier moyen, l'appelant fait valoir que les dispositions du contrat « e-forex » – qu'il conteste avoir accepté – tombent sous le coup de l'art. 8 LCD (loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 ; RS 241).

6.2 Il invoque en premier lieu le principe « *in dubio contra stipulatorem* », relatif à l'interprétation des conventions. Dans la mesure toutefois où il ne remet pas en cause l'interprétation des clauses du contrat « e-forex », mais seulement leur validité ou leur applicabilité, ce grief doit d'emblée être rejeté.

6.3

6.3.1 L'appelant considère en second lieu, vu les diverses clauses d'exclusion de responsabilité contenues dans le contrat « e-forex » en lien avec le système de liquidation automatique des positions, d'une part, et l'enjeu financier de ces clauses en défaveur des clients, d'autre part, que le déséquilibre découlant du contrat litigieux doit être qualifié de notable au sens de l'art. 8 LCD. Il fait valoir que cette disproportion est au surplus contraire à la bonne foi (art. 2 CC), l'intimée ayant adopté un comportement contradictoire en le laissant croire, par des indications figurant sur son site Internet (« [...] *Il est possible que vous subissiez une perte d'une partie ou de l'ensemble de votre investissement initial* [...] », cf. *supra* let. C/20/i) et aux art. 2.3, 3 et 4.9 du contrat « e-forex »,

que ses pertes n'excéderaient pas le montant de son investissement initial.

6.3.2

6.3.2.1 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 » de l'art. 8 LCD est controversée en doctrine. Elle est ainsi définie comme l'usage d'un bien ou d'un service pour un usage personnel et familial ou étranger à l'activité professionnelle ; elle est également définie 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. Bettschart, *Les difficultés d'application de l'art. 8 LCD*, in Carron/Müller [édit.], 2^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Bâle/Neuchâtel 2016, n. 24 ss ; Pichonnaz, in Martenet/Pichonnaz [édit.], *Commentaire romand, Loi sur la concurrence déloyale*, Bâle, 2017, n. 124 ss ad art. 8 LCD et les références citées). 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 (Hess/Ruckstuhl, *AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische Auslegeordnung*, in *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle [AJP/PJA]* 2012 p. 1195 ; 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 (Kuonen, Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du Phénix, *in* SJ 2014 II 1, p. 9).

6.3.2.2 Les premiers juges ont considéré que le contrat « e-forex » entrerait dans le champ d'application de la LCD et que ce contrat prévoyait des droits et obligations différents pour les deux parties, ce qui constituait un déséquilibre formel au sens de l'art. 8 LCD. Ils ont toutefois écarté toute violation de cette disposition, au motif que le déséquilibre n'était pas assez marqué.

Cela étant, si l'on devait retenir que l'art. 8 LCD ne vise que les prestations de consommation courante, les contrats de négoce de devises seraient exclus de son champ d'application. On peut ainsi douter du fait que le contrat litigieux tombe véritablement sous le coup de l'art. 8 LCD. Cette question peut cependant demeurer ouverte, dans la mesure où une violation de cette disposition doit dans tous les cas être écartée, pour les raisons qui suivent.

6.3.3

6.3.3.1 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.).

6.3.3.2 Pour qu'une clause soit considérée comme nulle (art. 20 al. 1 CO) parce qu'abusive au sens de l'art. 8 LCD, il doit exister une

disproportion entre les droits et obligations du contrat qui soit notable et injustifiée (Pichonnaz, op. cit., n. 143 ss ad art. 8 LCD). En d'autres termes, le contrat doit être inéquitable (Bettschart, op. cit., n. 35 ; Bieri, *Le contrôle judiciaire des conditions générales*, in Bohnet [édit.], *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 53 n. 17). Il convient à cet égard de procéder à une évaluation globale du contrat, le caractère inéquitable d'une clause pouvant être contrebalancée par une autre clause (Bettschart, op. cit., n. 36 s. ; Bieri, op. cit., p. 54 n. 18 ; Pichonnaz, op. cit., n. 153 ad art. 8 LCD). Le déséquilibre notable induit par la clause peut être compensé par un avantage concret accordé au consommateur. Le déséquilibre doit principalement s'apprécier par rapport au régime légal ou jurisprudentiel applicable, car celui-ci contient des règles qui garantissent en principe une répartition équitable des droits et obligations (Pichonnaz, op. cit., n. 148 s. ad art. 8 LCD ; Kuonen, op. cit., p. 12 s.). On parle de déséquilibre formel lorsque la clause prévoit des droits et obligations différents pour les deux parties, par exemple une clause d'exclusion de responsabilité (Pichonnaz, op. cit., n. 147 ad art. 8 LCD). Toute dérogation aux conditions légales de la responsabilité, à l'exclusion de la responsabilité en cas de faute légère, ne devrait toutefois pas être tenue systématiquement pour une pratique déloyale (Kuonen, op. cit., p. 17).

Outre le déséquilibre notable et injustifié, l'art. 8 LCD exige une condition supplémentaire, à savoir que l'utilisateur des conditions générales ait agi contrairement aux règles de la bonne foi (Kuonen, op. cit., p. 21 ss). Tel est notamment le cas lorsque le cocontractant profite du manque d'expérience ou de connaissances du consommateur, qui n'est pas en mesure de se rendre compte de la portée de son engagement (Bieri, op. cit., p. 56 n. 27). La règle de la bonne foi a également une portée formelle sur la manière de présenter les clauses, de les agencer ou encore de les cacher au détriment du consommateur (Pichonnaz, op. cit., n. 168 ad art. 8 LCD).

6.3.3.3 En l'espèce, le contrat « e-forex » contient des clauses qui peuvent être qualifiées de conditions générales au sens de l'art. 8 LCD,

dans la mesure où elles sont standardisées et n'ont pas été rédigées « sur mesure » pour la relation contractuelle en cause.

S'agissant de la licéité des clauses concernées, on relèvera tout d'abord que le marché des changes est extrêmement volatile et peut provoquer des gains, mais aussi des pertes, démesurés, voire illimités. Il s'agit donc d'opérations hautement risquées. Comme relevé plus haut (cf. *supra* consid. 6.3.2.2), on peut douter du fait qu'un contrat régissant des activités de négoce de devises entre dans le champ d'application de la LCD. Dans tous les cas, comme l'a retenu l'autorité précédente et comme cela ressort du rapport d'expertise judiciaire, si le système de liquidation automatique des positions a été mis en place afin de protéger les intérêts de la banque, il profite également à ses clients (cf. *supra* let. C/20/k *in fine*) puisqu'il limite les risques financiers auxquels ils s'exposent, liés notamment à l'effet de levier. Si aucun système de liquidation automatique n'avait été mis en place par l'intimée, les risques de pertes auraient été considérablement plus élevés. Ainsi, l'ensemble des clauses du contrat « e-forex », et en particulier celles relatives au système de liquidation automatique ainsi qu'à l'exclusion de responsabilité de la banque en découlant, doivent être considérées comme plus favorables aux clients de l'intimée par rapport au régime des art. 184 ss CO, qui ne prévoit pas de mécanisme particulier pour protéger les intérêts du cocontractant. Comme l'ont retenu les premiers juges, le déséquilibre notable et injustifié imposé par l'art. 8 LCD n'est donc pas réalisé en l'espèce.

Par ailleurs, la condition supplémentaire liée à la violation des règles de la bonne foi n'est pas réalisée non plus. On ne saurait en effet considérer que l'intimée aurait, par le biais des conditions générales prévues dans le contrat « e-forex », profité du manque d'expérience ou de connaissances de l'appelant, dès lors que celui-ci n'est pas étranger au monde de la banque et dispose d'une certaine expérience dans le domaine financier, pour avoir travaillé au sein d'[...] et être membre depuis 2012 du conseil d'administration de [...], dont le but est de gérer des participations et des investissements de toute sorte, de conseiller les

entreprises, de gérer tout type d'actifs et d'exercer des activités fiduciaires en tout genre. On relèvera au surplus que le contrat « e-forex » contient un certain nombre d'éléments mis en évidence (en caractères gras soulignés), constituant autant de mises en garde du client visant à attirer son attention sur les risques de pertes et la responsabilité encourue.

Enfin, contrairement à ce que prétend l'appelant, aucun comportement contradictoire ne saurait être reproché à l'intimée. D'une part, les contradictions doivent avoir lieu au sein même des conditions générales ou par rapport au contrat principal (Pichonnaz, op. cit., n. 167 ad art. 8 LCD), et non en référence à des informations figurant sur un site Internet. D'autre part, les clauses susmentionnées (cf. *supra* consid. 6.3.1) ne contredisent pas le reste du contrat « e-forex ». En effet, l'art. 2.3 ne fait qu'exposer le but de la mise en place du système de liquidation automatique, à savoir d'éviter que le client ne perde un montant supérieur à sa ligne de crédit ; il s'agit d'un objectif et non pas d'une promesse selon laquelle le client ne perdra pas davantage. L'art. 3, s'il se réfère certes au risque de perdre la totalité de l'investissement dans un délai très court, indique également : « *Les transactions sur Instruments financiers sont extrêmement risquées et peuvent générer, de par leur nature, des pertes théoriquement illimitées. La perte maximale possible peut en effet, faute d'intervention préalable, largement dépasser la Ligne de crédit e-forex* ». La lecture du paragraphe complet de la clause expose clairement que les risques de pertes encourus peuvent dépasser la « ligne de crédit e-forex ». L'art. 4.9 iv) ne fait enfin pas non plus croire autre chose, puisqu'il y est mentionné que la perte peut aller jusqu'au montant total de la ligne de crédit, « *voire au-delà* », et que les « *risques sont théoriquement illimités* ». La dernière phrase de l'art. 4.9 iv), selon laquelle « *la perte maximale possible peut, faute d'intervention préalable, largement dépasser la ligne de crédit e-forex et tous les avoirs présents dans votre Compte banque* », n'entre pas non plus en contradiction avec les clauses sur le système de liquidation automatique, mais l'explique au contraire, en précisant que ce système vise à éviter que les pertes ne soient pas plus élevées que la ligne de crédit, sans exclure qu'elles ne le soient

effectivement. L'art. 4.10 iv) spécifie d'ailleurs que « *le Système de liquidation automatique est mis en place au bénéfice unique de D._____* », et que celle-ci a le droit, et non l'obligation, d'enclencher ce système sitôt le pourcentage de liquidation atteint.

Aucune contradiction ne pouvant être dégagée des diverses clauses du contrat litigieux, toute violation de l'art. 8 LCD est définitivement écartée.

6.4

6.4.1 A titre subsidiaire, l'appelant fait valoir que le contrat « e-forex » contient des clauses insolites. Il en irait ainsi des clauses relatives au système de liquidation automatique et des clauses prévoyant que l'intimée n'a aucune obligation d'offrir des cours à tout moment, eu égard à la mention prétendument contraire figurant sur son site Internet (cf. *supra* let. C/2/b).

6.4.2 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). 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).

Selon la doctrine, la clause dite de l'insolite ne se recoupe pas nécessairement avec le champ d'application de la clause abusive et il est possible qu'une clause puisse ne pas être abusive au sens de l'art. 8 LCD mais être considérée comme insolite (Pichonnaz, op. cit., n. 119 ad art. 8 LCD ; Kuonen, op. cit., p. 24). En effet, la règle de l'insolite concerne un problème d'information sur le contenu du contrat, à savoir un problème de consentement, une information suffisante permettant de suppléer au caractère inusuel de la clause et de la tenir pour valable (Kuonen, op. cit., p. 24). Pichonnaz relève toutefois que si, dogmatiquement, la clause insolite et la clause abusive ont des portées qui ne se recouvrent pas, il est difficilement concevable qu'en pratique, une clause puisse être considérée comme insolite sans être aussi qualifiée d'abusives (Pichonnaz, *ibidem*).

6.4.3 Les premiers juges ont considéré que ce dernier grief se recoupait avec le champ d'application de la clause abusive de l'art. 8 LCD. Tel n'est toutefois pas le cas, comme rappelé ci-dessus. Il convient ainsi d'examiner si les clauses du contrat « e-forex », en particulier celles ayant trait à la liquidation automatique des positions et à l'exclusion de responsabilité de l'intimée, sont insolites.

Comme cela a d'ores et déjà été relevé, l'appelant est actif dans le milieu financier et ne peut être considéré comme une personne inexpérimentée dans le domaine bancaire. L'élément subjectif faisant défaut, les clauses du contrat « e-forex » ne sauraient être qualifiées d'insolites pour ce motif déjà. Les informations figurant sur le site Internet de l'intimée ne suffisent pas à modifier cette appréciation. On ne peut en effet pas attendre le même degré de précision d'un site Internet, présentant un produit dans les grandes lignes, que d'un contrat exposant de manière détaillée les droits et obligations de chacun des

cocontractants. L'appelant ne peut dès lors rien déduire de la mention, figurant sur le site Internet de l'intimée, selon laquelle son modèle économique assurerait des liquidités constantes.

S'agissant de l'élément objectif – selon lequel la clause insolite doit modifier de façon essentielle la nature de l'affaire ou sorte notablement du cadre légal ou du type de contrat –, il convient de relever que les clauses litigieuses ne contiennent aucune réglementation qui s'écarterait de manière notable de ce à quoi un client d'une banque peut s'attendre en concluant un contrat portant sur du négoce de devises. Contrairement à ce que prétend l'appelant, la clause selon laquelle le système de liquidation peut ne pas fonctionner en situation de crise n'a rien de surprenant et n'a pas pour effet de modifier essentiellement la nature de l'affaire, puisqu'elle n'a vocation à s'appliquer que marginalement. Il en va de même des clauses stipulant que la perte peut être supérieure au montant de l'investissement initial : c'est la conséquence logique de l'effet de levier prévu par le contrat, qui octroie des chances de gains plus importants que le montant investi, tout en augmentant aussi à l'inverse les risques de subir des pertes supérieures à l'investissement. Quant aux clauses relatives au système de liquidation automatique, elles ne sauraient pas non plus être qualifiées de surprenantes, puisque ce système vise à protéger, du moins indirectement, le client de la banque, l'objectif étant de limiter, dans la mesure du possible, le montant de ses pertes à celui de son investissement initial. Enfin, dans la mesure où le contrat prévoit que la banque peut limiter l'accès à la plateforme ou arrêter d'offrir des cours, il n'y a rien de surprenant à ce qu'elle n'assume pas de responsabilité pour les éventuelles pertes liées à ces limitations.

Pour tous ces motifs, le grief tiré de la clause insolite doit être rejeté.

7. L'appelant persiste à réclamer le remboursement des montants compensés par l'intimée sur ses actifs disponibles (cf. *supra* let.

C/13/a et C/16). Dans la mesure où l'ensemble des griefs opposés par l'appelant aux prétentions de l'intimée ont été rejetés, la question du remboursement de ces sommes ne se pose pas. L'appelant ne développe au demeurant aucune argumentation pour contester l'analyse des premiers juges au regard des art. 120 ss CO, celle-ci étant faite sienne par la cour de céans.

8. En définitive, l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 *in fine* CPC et le jugement confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 3'479 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
prononce :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 3'479 fr. (trois mille quatre cent septante-neuf francs), sont mis à la charge de l'appelant G._____.
- IV.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jean-Marc Reymond (pour G. _____),
- Me Daniel Tunik (pour D. _____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Juge président la Chambre patrimoniale cantonale.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :