

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 8 mai 2023

Composition : Mme GIROUD WALTHER, juge président
M. Hack et Mme Crittin Dayen, juges
Greffière : Mme Cottier

Art. 27 CC ; 97 et 100 CO ; 8 LCD ; 55 al. 1 et 222 al. 2 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **K.**_____, à [...], défendeur, contre le jugement rendu le 7 avril 2020 par la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelant d'avec **N.**_____, à [...], demanderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 7 avril 2020, motivé le 22 octobre 2020, la Chambre patrimoniale cantonale (ci-après : les premiers juges) a dit que K._____ devait payer à N._____ la somme de USD 929'075 avec intérêts à 5 % l'an dès le 14 février 2015 (I), a dit que les frais judiciaires de la procédure, arrêtés à 22'384 fr., étaient provisoirement laissés à la charge de l'Etat pour K._____ (II), a relevé Me Thibault Blanchard de sa mission de conseil d'office de K._____ (III), a dit que l'indemnité de Me Thibault Blanchard, conseil d'office de K._____, était arrêtée à 3'822 fr. 85, débours et TVA inclus, pour la période du 3 au 9 mars 2020 (IV), a dit que K._____, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, était, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de conseil d'office mis à la charge de l'Etat (V), a dit que K._____ rembourserait à N._____ la somme de 2'272 fr. qu'elle avait versée au titre des frais de la procédure de conciliation (VI), a dit que K._____ devait verser à N._____ la somme de 31'500 fr. à titre de dépens, débours compris (VII) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

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 N._____ (contrat e-forex) d'une part, et de contrats successifs d'achat ou de vente de paires de devises, d'autre part. Ils ont ensuite considéré que le contrat e-forex et les contrats relatifs aux transactions Forex litigieuses n'avaient fait naître chez N._____ aucun devoir d'information de diligence particulier en faveur de K._____, étant toutefois précisé que le contrat cadre contenait un nombre élevé de mises en garde quant aux différents risques inhérents aux transactions Forex. K._____ avait ainsi admis les risques précités et leurs conséquences, soit la possible liquidation automatique de toutes ses positions. Dites clauses n'instituaient par ailleurs pas de disproportion notable et injustifiée au détriment de K._____ et les engagements pris par celui-ci ne sauraient être qualifiés d'excessifs au sens de l'art. 27 al. 2

CC. Il était ainsi tenu de dédommager N._____, conformément à l'art. 4.10 vii du contrat e-forex, à hauteur du solde négatif présenté sur son compte en raison de la liquidation automatique de ses positions ouvertes, 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 K._____ présentait un solde négatif de USD 1'125'991.40 et que N._____ avait compensé ce montant avec les actifs disponibles sur le compte Banque de K._____ à hauteur de USD 193'325.62 au total, les premiers juges ont condamné celui-ci à verser la somme de USD 929'075 à N._____. 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 de K._____, tendant à la restitution de la somme prélevée par N._____ en compensation du solde négatif susmentionné.

B. Par acte écrit du 25 novembre 2020, K._____ (ci-après : l'appelant) a interjeté appel contre le jugement précité en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à la réforme des chiffres I, II, VI et VII de son dispositif en ce sens que N._____ (ci-après : l'intimée) soit condamnée à lui verser immédiatement la somme de USD 193'325.62, plus intérêts à 5 % l'an dès le 17 octobre 2016, que les frais judiciaires, arrêtés à 22'384 fr., ainsi que les frais de la procédure de conciliation, par 2'272 fr., soient mis à la charge de l'intimée et que cette dernière soit condamnée à lui verser la somme de 31'500 fr. à titre de dépens, débours compris. Subsidiairement, il a conclu à ce que le jugement soit annulé.

Le 9 décembre 2020, l'appelant a déposé une requête d'assistance judiciaire.

Par ordonnance du 13 janvier 2021, l'assistance judiciaire a été refusée à l'appelant. Cette décision a été confirmée par arrêt du 21 juin 2021 de la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral (4A_48/2021).

Par réponse du 24 février 2022, l'intimée s'est déterminée sur l'appel et a conclu, sous suite de frais et dépens, à son rejet.

Le 21 mars 2022, l'appelant s'est déterminé sur la réponse.

Par courrier du 23 mars 2022, l'intimée s'est brièvement déterminée sur l'écriture de l'appelant.

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

1. **a)** L'intimée est une société anonyme sise à [...], inscrite au registre du commerce du canton de Vaud depuis le 24 novembre 2000. Elle « a pour but principal l'exercice d'une activité bancaire et de négociant en valeurs mobilières essentiellement par l'utilisation de systèmes électroniques ».

b) L'appelant est un ressortissant suisse domicilié dans le canton de Vaud. Après avoir effectué son apprentissage de commerce spécialisé dans la banque au sein de [...], l'appelant y a exercé comme analyste junior, avant d'exercer cette même fonction notamment à la [...], chez [...] ou encore [...], puis comme analyste confirmé.

2. L'intimée s'annonce comme le leader suisse dans le domaine des services financiers et du trading en ligne. L'intimée offre notamment à sa clientèle un accès aux principaux marchés boursiers du monde, lui permettant de procéder en ligne à des transactions boursières, ainsi que différentes plateformes informatiques, lui permettant de procéder, en ligne toujours, à des opérations de négoce sur devises (« *transactions Forex* »). L'intimée a en particulier développé en 2008 sa propre plateforme informatique de négoce de devises dénommée « [...] ».

Les transactions Forex sont des opérations par lesquelles des devises sont échangées l'une contre l'autre (on parle de « paires de devises ») en utilisant un effet de levier. Les transactions Forex s'opèrent

sur un marché dit « décentralisé », mettant en relation une pluralité de fournisseurs de liquidité (généralement les grandes banques) et d'investisseurs (les clients). Un marché décentralisé, par opposition à un marché dit « centralisé » tel qu'une bourse, signifie qu'il n'y a pas de place unique d'échange et, dès lors, que le traitement d'une paire de devises donnée (par ex. la paire EUR/CHF) peut s'opérer de manière électronique sur la plateforme de tout acteur du marché offrant ce service. Cela signifie qu'à un moment donné, le prix auquel une paire de devises est échangée peut différer suivant la plateforme sur laquelle ladite paire est échangée. Le marché du négoce de devises est un marché spéculatif qui, par nature, est très sensible aux différents impondérables de l'actualité.

Une des caractéristiques essentielles des transactions Forex est la possibilité pour l'investisseur d'utiliser un effet de levier qui peut être important. Par le biais de l'effet de levier, l'investisseur peut procéder à une opération dont le montant représente un certain multiple de la somme bloquée sur son compte à titre de garantie (montant appelé « *ligne de crédit e-forex* » ou « *marge* »). Plus précisément, en bloquant ladite ligne de crédit sur le compte, l'investisseur acquiert une position d'un montant largement supérieur à celle-ci puisque multipliée par l'effet de levier. De par l'effet de levier qu'il est possible d'utiliser, les transactions Forex sont des transactions de nature hautement spéculative. L'utilisation d'un effet de levier augmente les chances de gains mais également les risques de perte. La plateforme « [...] » permet d'utiliser un effet de levier jusqu'à un facteur 100, l'effet de levier par défaut étant l'effet maximal de 100.

Pour chaque transaction Forex, l'intimée se rémunère notamment sur la différence entre les prix d'achat et les prix de vente en question (« *spread* »). L'intimée fixe les « *spreads* » qu'elle souhaite et détermine ainsi elle-même sa marge bénéficiaire, qu'elle cache d'ailleurs à ses clients. En augmentant l'ampleur des transactions du client, l'effet de levier accordé par l'intimée lui permet d'augmenter proportionnellement sa rémunération.

3. Lorsqu'un cours est proposé par l'intimée sur son site Internet, il s'agit d'un cours que l'intimée donne sur la base des cours qu'elle reçoit d'une autre banque (un « *liquidity provider* ») et qu'elle décide ainsi de proposer à ses clients. L'intimée est ainsi un « *market maker* » (un teneur de marché) dans la mesure où elle propose des cours sur la base des cours qu'elle reçoit des fournisseurs de liquidité. Le fonctionnement des services offerts par l'intimée peut être illustré par l'exemple du marché de détail : les fournisseurs de liquidité (« *liquidity providers* ») sont des grossistes et l'intimée un détaillant. Le client n'a accès qu'au marché offert par cette dernière. Dans un premier temps, l'intimée agrège les prix reçus de ses fournisseurs de liquidité ([...], [...], etc.), puis y rajoute son « *spread* » et affiche ensuite au client le meilleur prix qu'elle peut offrir du côté achat ou du côté vente. Le client décide sur cette base de passer un ordre d'achat ou de vente à l'intimée. Pour acquérir ou vendre une position, le client doit appuyer sur le bouton « *sell* » (vendre) ou « *buy* » (acheter). Lorsque le client souhaite prendre une position sur une paire de devises, il en informe l'intimée, laquelle va se « *fournir* » auprès d'un fournisseur de liquidité. Si cet ordre débouche sur une transaction, cela signifie que l'intimée sera la contrepartie du client (donc l'intimée vend ou achète à son client). La décision d'effectuer une transaction Forex, soit d'ouvrir ou fermer une position, sauf en cas de liquidation automatique, appartient exclusivement au client. L'intimée se contente de mettre à disposition l'utilisation de la plateforme « [...] ».

Après avoir procédé à une transaction Forex, l'investisseur peut dénouer celle-ci en prenant le gain ou la perte qui lui est associée ou décider de maintenir celle-ci ouverte en l'étendant dans le temps, c'est-à-dire en procédant à un « *rollover* ».

4. Les clients de l'intimée disposent de la faculté de placer des ordres « *stop-loss* », à savoir des ordres passés sur le marché qui se déclenchent lorsqu'ils atteignent un prix déterminé.

Par ailleurs, l'intimée a mis en place un système de liquidation automatique qui s'enclenche dès que la « *ligne de crédit e-forex corrigée* » du client atteint ou tombe en-dessous d'un certain pourcentage de la

marge requise pour les positions ouvertes. Toutes les positions ouvertes de client sont alors liquidées et ses ordres ouverts effacés. L'objectif défendu est d'empêcher que la balance des clients aille dans le négatif. L'intimée gère seule le système de liquidation automatique et elle fixe, seule et à sa guise, le pourcentage de la marge requise au-dessous duquel le système de liquidation automatique se déclenche. Le client n'a aucune maîtrise du système de liquidation automatique et ne peut ni l'enclencher ni l'empêcher d'agir volontairement. Suivant le moment auquel la liquidation forcée survient, elle peut provoquer une perte pour le client sans que celui-ci ne puisse l'empêcher.

5. Le 10 février 2011, l'appelant a signé un contrat d'ouverture de compte auprès de l'intimée. Sur cette base, le compte n°[...] dont il est titulaire a été ouvert le 18 février 2011 dans les livres de l'intimée. L'intimée n'a procédé à aucun contrôle de la solvabilité de l'appelant, lequel n'a jamais eu à produire un extrait de son casier judiciaire, ni un extrait du registre des poursuites.

Le contrat d'ouverture de compte signé par l'appelant prévoit ce qui suit sous son chiffre 8 :

« Les documents suivants font partie intégrante du présent contrat : Conditions générales de la Banque et règlement de dépôt ; Brochure relative aux « Risques particuliers dans le commerce de titres » ; Conditions régissant le compte, publiées sous une forme adéquate. Le Client confirme avoir reçu les documents précités, les avoir lus et en approuver la teneur ».

6. Dès le 28 février 2011, l'appelant a essentiellement employé son compte pour procéder à de très nombreuses transactions Forex par le biais de la plateforme « [...] », et ce sur différentes paires de devises, dont la paire USD/CHF. L'intimée a concédé à l'appelant un effet de levier lui permettant d'acquérir des positions dont la valeur était largement supérieure à ses avoirs en compte.

7. L'accès à la plateforme « [...] », et partant son utilisation pour procéder à des transactions Forex, est impossible sans l'acceptation préalable, lors de l'inscription des utilisateurs sur ladite plateforme, des termes d'un document appelé contrat e-forex. L'appelant a accepté les

termes du contrat e-forex au plus tard le 28 février 2011, date de sa première opération Forex sur la plateforme « [...] ».

8. Le contrat e-forex régit les conditions applicables à l'utilisation de la « *plateforme e-forex* » proposée par l'intimée et vise également à informer les clients quant aux risques principaux liés à ces opérations. Le contrat e-forex règle en particulier les 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 des positions, aux modalités de compensation ou encore aux risques liés aux transactions Forex effectuées. Ce document prévoit notamment ce qui suit :

« **Contrat e-forex**

1. Généralités

N. _____ (« N. _____ ») propose une plate-forme (« plate-forme e-forex ») de négoce de devises, de métaux précieux et de dérivés (ensemble les « instruments financiers »). Sauf indication contraire, N. _____ intervient en tant que contrepartie pour toutes les transactions effectuées 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 N. _____ (« 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. Elle a la même fonction que le « dépôt de garantie » ou « dépôt de marge » tels que requis par certains négociants en devises et métaux précieux.

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 N. _____ⁱ (par ex. une fois par jour) à un moment appelé en règle générale « cut-off time ».

(...)

La Ligne de crédit e-forex est une notion importante mais ce n'est pas cette notion qui, en combinaison avec l'effet de levier applicable (voir point 2.2 ci-dessous), définit votre exposition maximale possible sur la Plate-forme e-forex. La notion utilisée dans ce cadre est la « Ligne de crédit e-forex corrigée » (parfois aussi appelée « Account Equity »). Pour obtenir la Ligne de crédit e-forex corrigée, il faut ajouter à la Ligne de crédit e-forex (telle que présentée dans votre Compte banque) les gains et pertes non réalisés.

(...)

2.2 Effet de levier et marge requise

N._____ vous offre la possibilité d'utiliser un effet de levier sur les transactions que vous effectuez. (...)

L'utilisation d'un effet de levier n'est pas anodine, 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.

Plus l'effet de levier est grand, plus les chances de gain et les risques de perte sont grands. (...)

Dans la mesure de l'effet de levier maximal indiqué par N._____, vous avez la possibilité de choisir l'effet de levier que vous souhaitez. Toutefois, N._____ peut modifier l'effet de levier maximal (et donc la marge requise) à tout moment, sans préavis, pour une période déterminée ou indéterminée et pour les clients ou groupes de clients de son choix. Cela peut notamment arriver dans des conditions de marché extrêmes, caractérisées par un manque de liquidité ou une très haute volatilité. (...)

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, N._____ 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 N._____) :	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).

(...)

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 N._____, peuvent ne pas être réalisables ou l'être uniquement à un prix très défavorable.

(...)

4. Déclarations

(...)

4.2 Possibilités d'utiliser la Plate-forme e-forex

(...)

ii) N._____ peut à tout moment décider, sans avoir à vous en informer préalablement ni à vous indiquer des motifs, de limiter ou de ne plus vous accorder le droit de faire des transactions et/ou d'accéder à la Plate-forme e-forex et/ou de ne plus accepter, au cas par cas et à sa convenance, vos ordres, dans la mesure où ces ordres ne sont pas uniquement destinés à la liquidation de positions ouvertes. (...)

(...)

4.3 Modalités d'utilisation de la Plate-forme e-forex

i) N._____ fixe librement les modalités d'utilisation de la Plate-forme e-forex (...). N._____ peut notamment fixer à sa discrétion :

- a) les heures d'ouvertures de la Plate-forme e-forex ;
- b) les heures de fermeture de la Plate-forme e-forex (...);
- c) (...);
- d) les montants minimal et maximal de transaction ;
- e) (...);
- f) le nombre maximal de positions ouvertes ;
- g) les montants minimal et maximal de la Ligne de crédit e-forex ;
- h) les montants minimal et maximal d'augmentation ou de réduction de la Ligne de crédit e-forex ;
- i) la fréquence de l'augmentation et de la réduction de la Ligne de crédit e-forex (...);
- j) les modalités et les conditions relatives à l'augmentation ou de réduction de la Ligne de crédit e-forex ;
- k) l'effet de levier maximal (...);

(...)

4.7 N._____ en tant que contrepartie

i) **Sauf indication contraire, N._____ intervient en tant que contrepartie pour toutes les transactions effectuées sur la Plate-forme e-forex : N._____ propose un cours à l'achat et un cours à la vente. (...)**

- ii) **Vous acceptez que N. _____, 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 N. _____ sont contraires aux vôtres. (...)**
- iii) **N. _____ est libre d'appliquer les écarts (« spreads ») qu'elle souhaite. (...) Les spreads seront notamment élargis dans des conditions de marché exceptionnelles, lors de décisions de banques centrales, de décisions de politique monétaire, etc.**
- iv) Vous reconnaissez et acceptez que les cours que N. _____ offre n'est pas le même que celui que N. _____ obtient au même moment. N. _____ ne sera en aucune façon obligée de vous indiquer la marge bénéficiaire obtenue par N. _____ lors de transactions. Par ailleurs, N. _____ 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 N. _____ n'a aucune obligation d'offrir des cours à tout moment.**
(...)

(...)

4.8 Ligne de crédit e-forex

(...)

- iii) (...) N. _____ attire expressément votre attention sur le fait que l'approbation de N. _____ ou non de l'augmentation de la Ligne de crédit e-forex n'est en rien liée à une quelconque analyse de l'adéquation (suitability) de cette augmentation avec votre situation personnelle (y compris votre situation financière), mais tient notamment à des aspects techniques ou réglementaires.
- iv) Dans l'hypothèse où vos pertes non réalisées deviendraient importantes, il n'est pas à exclure que vos positions doivent être liquidées par vous-même ou soient liquidées automatiquement par N. _____, et ce même si vous demandez une augmentation immédiate de la Ligne de crédit e-forex et que vous disposez des avoirs nécessaires (y compris sur votre Compte banque) pour ce faire. Vous reconnaissez et acceptez que N. _____ a le droit de refuser toute augmentation de Ligne de crédit e-forex à sa discrétion et sans indiquer de motifs.
- vi) (...)
- v) Vous reconnaissez et acceptez que N. _____ peut décider de façon unilatérale, à tout moment et à sa discrétion, de réduire votre Ligne de crédit e-forex, si votre Compte banque présente un solde négatif non couvert, si le pouvoir d'achat (« buying power ») indiqué dans votre Compte banque est négatif, si vous ne satisfaites pas à vos obligations envers N. _____ (par ex. non-satisfaction des besoins en marge pour des opérations sur options ou futures) ou pour tout autre motif. (...)

(...)

4.9 Effet de levier et marge requise

(...)

- iii) N. _____ décide librement d'une modification de l'effet de levier maximal qu'elle vous accorde (et donc de la marge requise). N. _____ peut procéder à la modification de l'effet de levier maximal (et donc de la marge requise) à tout

moment et sans préavis, par exemple en fonction du montant de votre Ligne de crédit e-forex, du volume de vos transactions, de la période en question, de votre catégorisation à un groupe de clients et des conditions du marché (notamment en cas de haute volatilité ou d'illiquidité). (...)

- 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 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 N._____ 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 N._____ est toujours possible.
- iv) Vous reconnaissez que **le Système de liquidation automatique est mis en place au bénéfice unique de N._____** et que si N._____ 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. (...)
- vi) Vous confirmez rester seul responsable de la gestion 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 la Ligne de crédit e-forex. Dans tous les cas, vous confirmez être seul responsable des éventuelles pertes, dommages et autres conséquences liées 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, N._____ 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, N._____ a un **droit de nantissement de premier rang et un droit de rétention sur tous les actifs que vous détenez chez N._____**. Si de 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.

(...)

4.11 Compensation

(...)

- iv) Si les sommes payables sont libellées dans une monnaie autre que le franc suisse, celles-ci sont converties en francs suisses à un cours déterminé par N._____.

(...)

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. (...)

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 indiquées 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 des 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. N._____ 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 N._____, peuvent ne pas être réalisables ou l'être uniquement à un prix très défavorable.
(...)

(...)

4.14 Responsabilité

(...)

v) N._____ n'assume aucune responsabilité pour les pertes et dommages directs ou indirects allégués de quelque nature que ce soit résultant d'une intervention de N._____ (par ex. liquidation de positions) dans le cadre du présent contrat. Vous acceptez et ratifiez d'ores et déjà toute situation qui serait créée par une intervention de N._____ effectuée dans votre intérêt présumé.

(...) » (sic).

9. 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) afin de répondre aux préoccupations croissantes liées à la hausse du franc suisse qui est une devise flottante dont le cours évolue par rapport aux autres monnaies en fonction de l'offre et de la demande. Le blocage d'un taux de change « *plancher* » CHF/EUR à 1.20 décidé par la BNS n'a pas été imposé par une loi. Il s'agissait d'une décision de politique économique ponctuelle dont la BNS a tenté d'assurer le respect en intervenant elle-même par des transactions massives sur le marché des changes. Au cours des années 2012 à 2014, la BNS a affirmé à plusieurs reprises que le taux plancher allait être maintenu.

10. Entre le 28 février 2011 et le 25 juin 2014, l'appelant a versé un total de 22'340 fr. sur son compte n°[...] auprès de l'intimée.

11. Dans un document portant la date manuscrite du 17 septembre 2014 et intitulé « *Important message regarding EUR/CHF* », l'intimée a indiqué ce qui suit à ses clients :

Important message regarding EURCHF

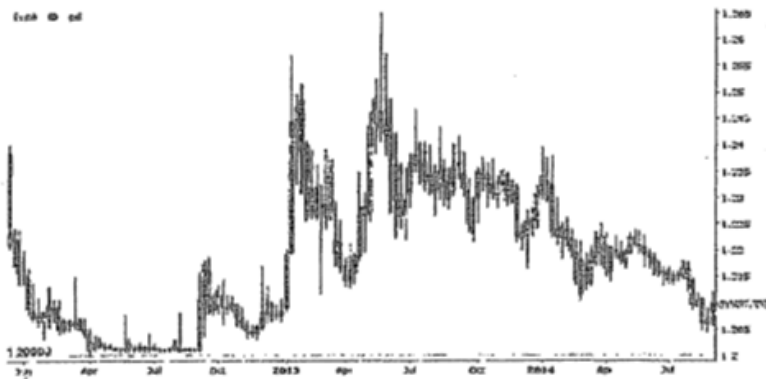
Page 1 of 1

17.09.14

Dear valued customers,

We would like to draw your attention to the current market environment risks related to the Swiss Franc. In the latest July report from the [Swiss National Bank \(SNB\)](#) where the investments in foreign currencies are published, the sum of the investments have reached CHF 467 billion representing approximately 80% of the Swiss national GDP providing challenges for the SNB.

In August 2011, the Swiss Franc reached parity with the EURO in which the SNB intervened by buying the Swiss Franc in order to reach a comfortable level above 1.20 on EURCHF.



In recent weeks, EURCHF has been slowly approaching the 1.20 level trading and is currently between 1.2050 and 1.21. For N._____ clients trading Swiss Franc, this represents increased risks especially if there is potential accumulation of short Swiss Franc positions in the broader market and the SNB fails to hold the EURCHF floor at 1.20. If the floor is breached, this may potentially result in multiple percentage price changes triggering stops and price gaps causing massive slippage due to limited liquidity in the market.

Among other FX providers, we have noticed some of them have already increased their margin rates on EURCHF to their customers. At N._____, we would like to alert you to these potential risks and recommend using caution when trading EURCHF at the current levels as we may have to take evasive action without notice in an effort to help protect you by increasing our margin requirements to 5% on this currency pair.

We understand there are many providers in the world you can do business with and we appreciate that you have chosen N._____ to trade eFOREX as we are committed to providing you the highest level of service. If you have any further questions or comments regarding this matter, please feel free to discuss it with us.

Warmest Regards,

12. Au soir du 14 janvier 2015, l'appelant disposait des positions suivantes ouvertes auprès de l'intimée l'exposant au dollar américain, dont une position USD/CHF de 6'000'000 au cours de 0.986378 qu'il avait progressivement construite dès le mois d'octobre 2014 et qu'il avait renouvelée depuis lors (« *rollover* ») :

N°	Paire de devises	Montant	Cours
1	AUD/USD	-2'000'000	0.843230
2	EUR/USD	-3'000'000	1.224545
3	GBP/USD	-1'000'000	1.539520
4	NZD/USD	-600'000	0.775855
5	USD/BRL	1'500'000	2.638943
6	USD/CAD	1'000'000	1.168815
7	USD/CHF	6'000'000	0.986378
8	USD/CZK	1'000'000	23.365000
9	USD/HUF	1'250'000	260.051280
10	USD/JPY	2'500'000	117.279764
11	USD/NOK	2'500'000	7.354285
12	USD/PLN	1'000'000	3.493601
13	USD/SEK	1'250'000	7.713132
14	USD/TRY	400'000	2.316250
15	USD/ZAR	1'500'000	11.407257
16	XAG/USD	-25'000	16.473748
17	XAU/USD	-500	1175.937600

En lien avec ses positions ouvertes, l'appelant avait placé un total de 20 ordres par lesquels il fixait les conditions pour acheter ou vendre à un certain cours. Ces ordres visaient à permettre, le cas échéant, un accroissement de sa position en dollars américains.

13. Le 15 janvier 2015 à 10 heures 25 minutes, le dollar américain s'échangeait à un cours proche de 1.02 francs suisses. Au même moment, l'appelant disposait d'une marge disponible de USD 423'477.48, correspondant à un solde sur le compte de USD 193'325.62 augmenté d'un profit non-réalisé de USD 692'044.28, mais amputée de USD 461'892.42 de marge utilisée pour la tenue de ses ordres et positions ouverts.

Le même jour à 10 heures 30, la BNS a annoncé qu'elle abandonnait le taux plancher. Cette décision a provoqué de manière immédiate et aigüe une appréciation du franc suisse par rapport à l'Euro et au dollar américain et a entraîné un mouvement de panique sur les marchés financiers, le marché pour la paire EUR/CHF devenant illiquide. Au-delà de l'évolution de la paire de devises EUR/CHF, la décision de la

BNS a impacté également fortement nombre d'autres paires de devises impliquant le franc suisse, notamment la paire USD/CHF. La volatilité exceptionnelle sur les marchés provoquée par l'annonce de la BNS a entraîné un assèchement subit des liquidités qui a rendu impossible l'exécution d'ordres dans des conditions normales.

A 10 heures 31 minutes, le compte de l'appelant est passé en « *alerte de marge* ». Parmi les ordres qui avaient été placés par l'appelant, le système a pu exécuter les quatre ordres « *stop-loss* » suivants sur des paires de devises qui n'incluaient pas le franc suisse :

10:33:56	9024189	BUY	STOP	USD_SEK	250'000	Placed	08.01.2015	13:26:05	@8.17591
10:34:17	8938601	BUY	STOP	USD_PLN	250'000	Placed	02.01.2015	08:55:40	@3.66828
10:34:23	9063407	SELL	STOP	EUR_USD	1'000'000	Placed	14.01.2015	11:01:28	@1.16332
10:35:11	9005467	BUY	STOP	USD_HUF	250'000	Placed	06.01.2015	23:49:18	@275.654

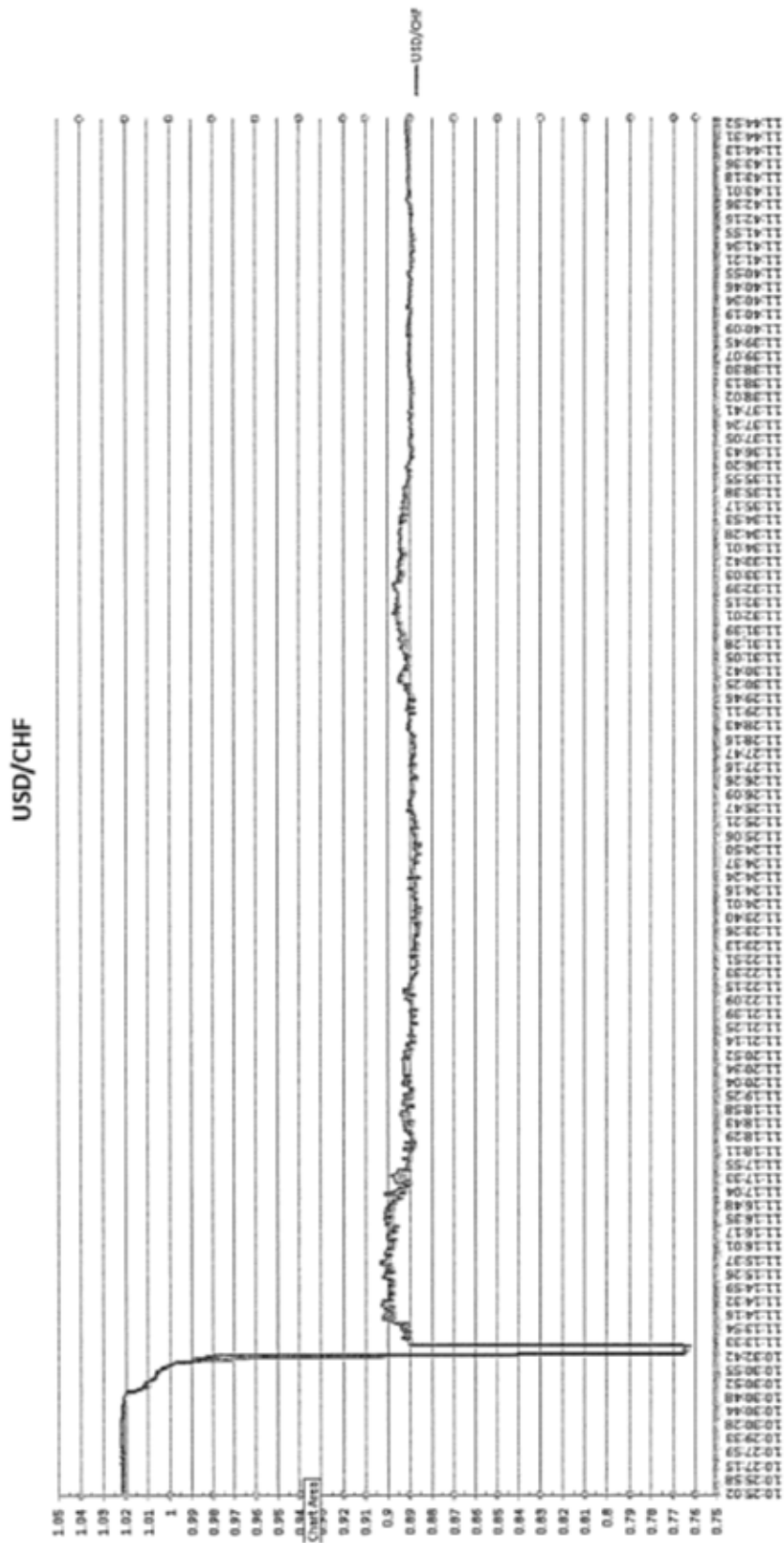
A 10 heures 36 minutes et 22 secondes, le système de liquidation automatique s'est déclenché et a entraîné la liquidation de toutes les positions ouvertes de l'appelant, sauf celle sur la paire de devises USD/BRL. Le processus de liquidation automatique, dans lequel l'appelant n'est absolument pas intervenu, a eu lieu alors que le taux de change de la paire USD/CHF était au plus bas, le dollar américain s'échangeant alors à un cours situé entre 0.76 et 0.77 francs suisses.

A 10 heures 41 minutes, l'intimée a décidé de stopper tout négoce de la paire de devises EUR/CHF, avant d'interrompre, à 10 heures 50, le négoce de toutes les autres paires de devises comprenant le franc suisse. Lors de la reprise du négoce de la paire USD/CHF, vers 11 heures 14, cette paire s'échangeait auprès de l'intimée à un cours de 0.89. Ce taux de change est ensuite resté stable auprès de l'intimée, variant de 0.88 à 0.90.

A 14 heures et 2 minutes, la position restante, soit la paire de devises USD/BRL, a également été liquidée.

14. Le graphique reproduit ci-dessous permet de voir la chute du dollar américain dans les minutes suivant l'annonce de la BNS :

Tableau reflétant l'évolution du cours USD/CHF au cours de la journée du 15 janvier 2015



15. Le 26 janvier 2015, l'intimée a adressé un courrier recommandé à l'appelant pour lui indiquer ce qui suit :

« (...)

Comme vous le savez, le 15 janvier 2015, la Banque nationale suisse (BNS) a annoncé l'abandon de sa politique de soutien d'un cours plancher à CHF 1,20 pour EUR 1. Cette décision a eu un impact immédiat sur le marché des changes, entraînant un rapide et important renforcement du CHF face à l'EUR.

La/les position(s) forex que vous déteniez auprès de notre banque a/ont été impactée(s) négativement par cette rapide fluctuation, si bien que nous avons été obligés de liquider votre/vos position(s), la marge requise n'étant plus suffisante. Le manque de liquidité et l'élargissement considérable du spread au moment de l'annonce de la BNS ont amené votre/vos position(s) à être liquidée(s) à un prix défavorable, ce qui a aujourd'hui comme conséquence que votre compte présente un solde négatif d'un montant de USD 929'075.

Nous vous rappelons que notre banque n'accepte pas de solde négatif sur les comptes de ses clients. Partant, nous vous prions de bien vouloir remédier à cette situation le plus rapidement possible par le versement d'une somme au moins équivalente au montant de l'actuel solde négatif, et ce avant le 13 février 2015.

(...) ».

16. Le 6 février 2015, l'appelant a adressé un courriel à l'intimée confirmant avoir reçu son courrier du 16 janvier 2015 et demandant que lui soient remis les copies de tous les documents d'ouverture de compte, y compris les conditions générales. Par lettre du 11 mars 2015, l'intimée a fait parvenir les documents sollicités à l'appelant, à savoir le contrat d'ouverture de compte, les conditions générales et règlement de dépôt, la brochure sur les risques particuliers dans le négoce des titres ainsi que le contrat e-forex.

17. Le 24 septembre 2015, S. _____ SA a, sur mandat de l'intimée, rédigé un rapport relatif aux événements du 15 janvier 2015. Il en ressort notamment ce qui suit :

« (...)

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.
(...) ».

18. L'intimée a créé une provision exceptionnelle de CHF 25'000'000 pour les pertes consécutives à la suppression du taux plancher. Selon le site rts.ch dans son état au 13 octobre 2016, cette provision exceptionnelle « doit servir à couvrir les "soldes négatifs des clients touchés par la décision de la Banque nationale suisse" d'abandonner le cours plancher de l'euro ».

19. Au cours de la procédure, l'intimée a notamment produit un rapport d'expertise judiciaire remis le 2 juillet 2018 à la Chambre patrimoniale cantonale par F. _____ et G. _____ dans le cadre d'une procédure connexe au présent litige, laquelle opposait l'intimée à un autre de ses clients ensuite des événements du 15 janvier 2015. Ce document est partiellement reproduit ci-dessous :

« (...)

On distingue deux types de brokers. Les brokers dealing desk (en français "avec bureau de transaction") agissent en tant que contrepartie de leurs clients, alors que les brokers no dealing desk ("sans bureau de transaction") agissent comme commissionnaires. Les brokers dealing desk sont souvent appelés "Market Makers" parce qu'ils affichent à leurs clients leurs propres cours d'achat et de vente, alors que les brokers no dealing desk affichent à leurs clients les cours qu'ils obtiennent sur le marché interbancaire (...). [N. _____] est un broker dealing desk ou market maker envers ses clients. (...) Elle n'agit en revanche pas en tant que market maker sur le marché interbancaire.

(...)

Puisqu'un broker dealing desk intervient en tant que contrepartie de ses clients, il assume en effet les transactions avec ceux-ci. Le broker décide ensuite comment les traiter dans le sens qu'il décide de son propre chef de couvrir ou non les transactions avec ses clients sur le marché interbancaire.

(...)

[Un] courrier envoyé par la demanderesse [l'intimée] à la Finma le 27 janvier 2015 (...) indique que 70% des volumes des transactions sur devises de la demanderesse [l'intimée] avec ses clients sont couverts simultanément sur le marché interbancaire. La banque conserve le risque des 30% restants dans ses livres, notamment afin de rendre possible ou plus efficiente l'exécution de transactions portant sur des petits montants (...).

Par "liquidité", on entend la possibilité d'effectuer une transaction à un prix donné, sans avoir d'influence sur le cours. En proposant un

cours à l'achat et un cours à la vente, N._____ rend ces transactions possibles pour ses clients, et agit comme "fournisseur de liquidité" envers eux. La mesure dans laquelle N._____ est fournisseur de liquidité nette dépend de si elle couvre ses transactions sur le marché interbancaire ou pas.

- i) Si N._____ couvre ses transactions avec ses clients sur le marché interbancaire en utilisant les cours d'achat et de vente proposés par d'autres banques, elle est "consommatrice de liquidité" sur ce dernier. Dans ce cas, N._____ ne fournit pas de liquidité nette ; elle en fournit à ses clients, mais en consomme tout autant sur le marché interbancaire.
- ii) Si N._____ ne couvre pas ses transactions sur le marché interbancaire, elle est fournisseur de liquidité nette.

(...)

On notera que les marchés organisés ci-dessus [NDA : à savoir, SIX Swiss Exchange et la bourse Eurex] n'imposent pas aux market makers l'obligation d'offrir des cours durant 100% du temps. Une clause contractuelle prévoyant que N._____ n'a pas à fournir des cours en tout temps ne semble donc pas insolite par rapport à celles qu'on trouve dans les règles des marchés centralisés.

(...)

Notons que le fait que des ordres de liquidation automatique continuent à être générés durant la période d'interruption du négoce n'implique en soi pas un dysfonctionnement du système. Une liquidation automatique comprend en effet deux étapes. La première est la génération de l'ordre, la seconde la conclusion des transactions correspondant à cet ordre. L'interruption du négoce ne concernant que la deuxième étape, la première peut en soi continuer à fonctionner.

(...) les plateformes de trading de la demanderesse [l'intimée] n'ont pas connu de défaillance totale. Un nombre important d'ordres a certes été rejeté par le système sur les paires EUR/CHF et USD/CHF, mais la cause n'était pas une défaillance totale du système puisque le négoce s'est poursuivi normalement sur la paire USD/CHF. Notons que la décision de la banque de suspendre le négoce de la paire EUR/CHF à 10:41:03, puis de toutes les paires de devises impliquant le CHF quelques minutes plus tard, est responsable uniquement du rejet [d'un certain nombre de transactions]. Comme nous le verrons (...), le rejet des autres transactions par le système est explicable par le manque de liquidité sur le marché interbancaire à partir de 10:30:49.

(...) [N]ous notons que les règles de nombreux marchés organisés prévoient l'interruption du négoce dans des situations de marché exceptionnelles.

(...)

[L]e fait qu'un certain nombre d'ordres déclenchés durant la minute de 10:30 n'aient été exécutés que bien plus tard n'est pas dû à un dysfonctionnement du système, mais à l'inexistence de cotations traitables [NDA : une cotation "traitable" étant une "quasi offre" du fournisseur de liquidité d'effectuer une transaction jusqu'à un certain montant au prix indiqué] sur le marché interbancaire à partir de 10:30:48-10:30:49. (...) Durant la séance du 26 juin avec les parties, nous avons prié la demanderesse [l'intimée] de clarifier pourquoi un certain nombre de transactions a été effectué à 10:32, puis à 10:39-10:40 alors que la liquidité sur le marché interbancaire avait disparu.

(...)

Pour conclure, s'il y a bien eu des difficultés dans l'exécution des ordres, elles sont attribuables à la disparition de la liquidité sur le marché interbancaire et non à des problèmes techniques de la plateforme [...]. (...)

(...)

Il convient de noter qu'une liquidation automatique comprend en fait deux étapes. La première est la génération de l'ordre par le système de liquidation automatique. (...) La seconde étape est la conclusion de transactions correspondant à cet ordre ; les ordres de liquidation étant des ordres "au mieux" (sans limite de prix), les prix obtenus dépendront du prix qui peut être obtenu au moment de la transaction. (...)

(...)

[L]'ordre de liquidation automatique de la position [NDA : du client de la demanderesse [l'intimée] concerné par le rapport du 2 juillet 2018] aurait dû être généré après 10:30:49. Toutefois, faute de nouvelles cotations traitables après ce moment, il aurait pu être généré que sur la base de cotations indicatives, et (...) ceci se serait produit entre 10:30:50 et 10:30:51. (...) Sur la base des relevés obtenus de l'intimée, le système de liquidation automatique généra un ordre de liquidation correspondant au montant total de la position (...), non pas entre 10:30:50 et 10:30:51, mais seulement à 11:35:32, c.-à-d. lors de la réactivation du négoce de la paire EUR/CHF sur la plateforme [...] (...). La position du défendeur [l'appelant] fut alors liquidée (...) [à] un cours moyen de 1.04123. (...) [L]a liquidation aurait-elle pu et donc dû être effectuée plus tôt ? (...) Notre analyse (...) indique que tel n'aurait fort probablement pas été le cas. A 10:30:50, le premier moment où l'ordre de liquidation automatique aurait pu être généré, l'intimée ne recevait plus de cotations traitables de ses fournisseurs de liquidité, et les cotations traitables reçues des fournisseurs de liquidité supplémentaires activés à 10:39 étaient en-dessous de la parité.

(...)

Le marché interbancaire des changes a une structure hybride. Il consiste d'une part en un marché décentralisé où les principales banques effectuent des transactions sur devises de gré à gré (...). D'autre part, existent des plateformes électroniques, les deux plus importantes étant [...] et [...] (...). (...) Notons qu'au moment des faits, la demanderesse [l'intimée] n'était pas membre de la plateforme [...] et se fournissait donc en liquidité sur le marché de gré à gré.

(...)

Sur la base des conclusions des articles scientifiques et de notre analyse du flux de cotations, si le système de liquidation automatique avait généré l'ordre aux alentours de 10:30:50 [NDA : à savoir le premier moment où l'ordre de liquidation automatique aurait pu être généré] plutôt qu'à 11:35:32 [NDA : à savoir au moment de la réactivation du négoce de la paire EUR/CHF sur la plateforme [...]] comme ce fut le cas, une liquidation des positions du client 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. Notons également que l'interruption du négoce sur la paire EUR/CHF par l'intimée n'est pas responsable des pertes du défendeur [l'appelant]. Si la liquidation avait eu lieu durant cette période, les cours obtenus par l'appelant auraient probablement été inférieurs au cours de 1.04 obtenu au moment où le négoce a repris.

(...)

Notons que les règlements de marchés centralisés prévoient souvent la possibilité d'annuler des transactions conclues en cas d'erreur ou dans des situations exceptionnelles.

(...)

[V]u que l'intimée agit en tant que contrepartie de ses clients et que les contrats conclus doivent être remplis, la demanderesse [l'intimée] supporte en effet le risque d'exécution d'une éventuelle transaction de couverture sur le marché. (...) [P]our des transactions déjà conclues avec ses clients, l'intimée supporte le risque d'une absence de liquidité sur le marché.

(...)

Le 12 janvier 2015, soit trois jours avant l'abolition du cours plancher, Jean-Pierre Danthine, à l'époque vice-président de la BNS, affirmait encore à la RTS que la BNS avait examiné la situation moins d'un mois avant ses déclarations et que le taux plancher demeurerait un des piliers de la politique monétaire de la BNS.

On notera que si Thomas Jordan, président de la BNS, a en effet affirmé après l'abolition du cours plancher que ce dernier avait toujours été annoncé comme une mesure exceptionnelle et temporaire (...), tel n'avait en fait pas été le cas (...). Ce n'est que sur le tard – en l'occurrence dans le communiqué de presse annonçant l'abandon du cours plancher – que la BNS affirma que la mesure avait été exceptionnelle et temporaire. (...)

(...)

Bien que le cours plancher n'ait pas été présenté comme temporaire, ou en tous cas pas dans le sens qu'un matin il serait aboli et que l'euro traiterait alors à parité contre le franc, les marchés financiers doutaient de la pérennité de la mesure depuis le premier jour. (...) Un article de la NZZ du 13 janvier 2015 expliquait même que les investisseurs commençaient à douter de la détermination de la BNS à défendre le cours plancher. (...) [B]ien que la BNS ait toujours affirmé sa détermination à défendre le cours de 1.20 franc, sa crédibilité sur les marchés était fort limitée.

(...)

Au vu de l'incertitude sur la capacité de la BNS à défendre le cours plancher, l'intimée avait fait parvenir à ses clients le 17 septembre 2014 un courrier les mettant en garde des risques accrus de transactions sur devises impliquant le franc (...).

(...)

L'obligation de disposer d'une infrastructure d'une capacité suffisante découle du chiffre 135 de la circulaire 2008/21 de la Finma sur les risques opérationnels des banques, et celle de disposer d'un business continuity plan du chiffre 136 de la même circulaire. (...) L'intimée disposait donc d'une infrastructure d'une capacité suffisante pour faire face à une situation de crise ainsi que d'un business continuity plan en cas d'interruption de l'activité.

(...)

Sur la base de leur appréciation du risque des transactions sur le franc suisse, certaines institutions proposant des transactions sur devises avaient augmenté leur taux de marge, mais toutes ne l'ont pas fait.

(...)

[S]i la plateforme de l'intimée n'a pas subi la défaillance totale qu'allègue le défendeur [l'appelant], la génération des ordres de liquidation automatique ne s'est pas faite de manière optimale. (...) [L]'interruption du négoce des paires de devises impliquant le franc

n'a pas été causée par une défaillance technique, mais était le résultat d'une décision prise par l'intimée sur la base de son appréciation de la situation sur le marché dans les minutes qui ont suivi l'abolition du cours plancher.

(...)

[L]es taux de marge de l'intimée étaient certes faibles, mais comparables à ceux d'autres plateformes et du contrat futures sur la paire EUR/CHF.

(...)

[L]'euro était déjà essentiellement à parité contre le franc au moment où le négoce a été interrompu. Si le défendeur [l'appelant] avait clôturé ses positions à ce moment, sa perte n'aurait donc selon toute vraisemblance pas été plus faible.

(...)

Comme nous l'avons relevé (...), le système de la banque n'a pas connu de panne le 15 janvier 2015. Il n'y a donc pas d'indice que la demanderesse [l'intimée] ait failli aux obligations du chiffre 135 de la circulaire de la Finma. (...) Dans son rapport pour 2015, la société d'audit [...] confirme le respect de la circulaire. (...)

(...)

[I]l convient de distinguer deux cas : celui de transactions conclues, et celui des cours à l'achat et à la vente que l'intimée propose à ses clients. Une fois une transaction conclue avec un client, l'intimée supporte en effet le risque d'exécution d'une éventuelle transaction de couverture sur le marché, et en l'absence d'une telle transaction, le risque de la position qu'elle a acquise du client. Toutefois, la liquidité du marché joue un rôle pour les cours à l'achat et à la vente que l'intimée propose à ses clients, et sur la mesure dans laquelle elle propose de tels cours.

(...) ».

Dans un rapport complémentaire d'expertise qu'ils ont rendu le 27 février 2019 dans le cadre de la procédure connexe susmentionnée, et qui a été produit dans la présente procédure, F._____ et G._____ ont indiqué qu'au moment de l'abandon du cours plancher le 15 janvier 2015, les fournisseurs de liquidité de l'intimée étaient presque tous des grandes banques, telles que « [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] et [...] ». Dans ce rapport, F._____ et G._____ ont écrit que la plupart des brokers forex ont interrompu le négoce des paires de devises impliquant le franc suisse peu après l'annonce de la BNS d'abandonner le cours plancher le 15 janvier 2015. Ils ont également indiqué que les cours moyens des transactions que ces brokers ont néanmoins pu exécuter sur la paire de devises CHF/EUR le 15 janvier 2015 après 10 heures 30 oscillent, à leur connaissance, entre 1.03 et 1.10 et ils ont confirmé qu'il n'y avait plus de cotation traitable sur le marché interbancaire pour la paire de devises EUR/CHF le 15 janvier 2015 après 10 heures 30 et 48 secondes. F._____ et G._____ ont par ailleurs indiqué que « [p]ar une

intervention manuelle, l'intimée a (...) pu exécuter des transactions sur la paire EUR/CHF en B-Book malgré l'absence de liquidité sur le marché ». En outre, évoquant une « possibilité technique », F._____ et G._____ ont examiné « théoriquement » « la situation où la demanderesse [intimée] aurait liquidé la position de son client par une intervention manuelle en ignorant la situation sur le marché interbancaire et le flux d'ordres client qu'elle observait sur sa plateforme à 10:30:50. Sous cette interprétation extrême du terme, une liquidation en [...] aurait également été possible. En procédant de la sorte, la demanderesse [l'intimée] aurait essentiellement accepté de prendre à sa charge la perte subie par le client ».

20. Au cours de la procédure, l'intimée a par ailleurs produit :

- La décision de l'Ombudsman financier du Royaume-Uni du 25 août 2017 rendue dans le cadre d'un litige opposant un client à sa banque N._____ Ltd portant sur la paire de devises EUR/CHF et aboutissant à la conclusion que la banque précitée n'avait pas commis de faute.

21. Par demande du 29 avril 2016, l'intimée a conclu comme suit :

« Plaise à la Chambre patrimoniale cantonale
- Condamner M. K._____ à payer à N._____ la somme de USD 929'075.- avec intérêt à 5% dès le 13 février 2015 ;
- Condamner M. K._____ à tous les frais et dépens de l'instance ».

A l'appui de sa demande, l'intimée a notamment produit des pièces difficilement compréhensibles qu'elle a confectionnées elle-même et les captures d'écran suivantes (pièces 29 et 31), dont il sera question ci-après (cf. *infra* consid. 5.4.4.2).

```
« [15/01/15 10 :36 :23 :322] Margin update ClientBuyingPower[times  
tamp =  
2015 -01-  
15T10 :36 :23 :322+01 :00,clientInfo=ClientInfo[clientID=ClientID  
[[...]],serviceLevel]=PREMIUM, referenceCurrency_Currency[USD],ca  
shDeposit_[...],clientFromUS=false,blocked=false,appletBlocked=fal  
se, liquidationBlocked=false],marginStatus_MARGINCALL, realizedPI  
=-1014902.93,  
balance= -821577.31,unrealizedPI= -365.24, equity= -821942.55, a  
vailableToTrade= -881942.55,unusedMarginRatio=-1100,  
usedMarginRatio= 1200, usedMargin= 60000.00, prenotes= 0.00 ».  
(pièce 29)
```

« 15/01/15 14 :02 :07 :110]Margin update ClientBuyingPower[timest
amp=2015 -01-
15T14 :02 :07 :110+01 :00, clientInfo=ClientInfo[clientID=ClientID
[[...]], serviceLevel=PREMIUM, referenceCurrency_Currency[USD],
cash Deposit_[...],
clientFromUS=false,blocked=false,appletBlocked=false,
liquidationBlocked=false],marginStatus=MARGINCALL, realizedPI= -
1054220.22, balance= -860894.60, unrealizedPI= 0.00, equity= 860
894.60, availableToTrade= 860894.60, unusedMarginRatio= -1100,
usedMarginRatio=1200, usedMargin=60000.00, positionsUsedMargi
n=0.00, prenot-es=0.00 ». (pièce 31)

22. Par réponse du 17 octobre 2016, l'appelant a, sous suite de frais et dépens, conclu à libération et a pris la conclusion reconventionnelle suivante :

« N. _____ est condamnée à verser immédiatement à K. _____ la somme de USD 193'325.62 (cent nonante trois mille trois cent vingt-cinq dollars et 62 centimes) plus intérêts à 5% l'an dès le 17 octobre 2016 ».

La Chambre patrimoniale cantonale a adressée pour notification la réponse à l'intimée le 26 octobre 2016.

L'intimée a déposé une « réplique et réponse sur demande reconventionnelle » le 3 janvier 2017 par laquelle elle a persisté dans ses conclusions prises dans sa demande du 29 avril 2016 et a conclu à libération quant à la conclusion reconventionnelle prise par l'appelant.

Dans sa duplique du 8 mars 2017, l'appelant a confirmé ses conclusions.

Par la suite, les parties ont introduit plusieurs *nova* dans la procédure.

Dans le cadre de l'instruction, X. _____, entendu en qualité de témoin, en charge pour l'intimée des équipes de développement de la plateforme Forex, a notamment déclaré que lorsque le système de liquidation automatique fermait la position d'un client, la banque avait deux possibilités, soit elle conservait dans son stock la position liquidée si sa quantité lui permettait de la vendre dans le cercle de ses clients avec une marge, soit la position était revendue à un des partenaires de la banque.

23. L'audience de plaidoiries finales a été tenue le 10 mars 2020.

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, 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 (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 5A_340/2021 du 16 novembre 2021 consid. 5.3.1 ; TF 4A_215/2017 du 15 janvier 2019 consid. 3.4 ; TF 4A_452/2016 du 2 novembre 2016 consid. 3).

3.

3.1 L'appelant se plaint d'une constatation inexacte des faits. En se référant à la décision de l'Ombudsman financier du [...] du 25 août 2017 et à des passages du rapport d'expertise établi par F._____ et G._____ non cités dans le jugement attaqué, l'appelant soutient qu'à la suite de l'annonce de la BNS de la suspension du taux plancher, le marché était illiquide, de sorte qu'il n'y avait plus de cotations traitables (offres de transactions) sur le marché des changes. Ce serait ainsi forcément par une action manuelle, soit une vente de gré à gré, et non automatique comme retenu par les premiers juges, que l'intimée aurait vendu les positions de l'appelant à des tiers à des cours effondrés. L'appelant allègue de surcroît, en se fondant sur le témoignage de X._____, en charge pour la banque des équipes de développement de la plateforme Forex, que l'intimée n'avait aucune obligation de liquider les positions de l'appelant et pouvait les conserver dans « ses stocks » et les revendre à des tiers plus tard, à son gré, après la réactivation du négoce, une fois les taux de change stabilisés.

3.2

3.2.1 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).

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 réf. 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).

3.2.2 L'application de la maxime des débats, ancrée à l'art. 55 al. 1 CPC, signifie qu'il incombe aux parties et à elles seules d'alléguer et de prouver les faits dont elles déduisent leurs prétentions (ATF 144 III 519 consid. 5.1 ; TF 5A_747/2012 du 2 avril 2013 consid. 5.2 et les réf. citées). La maxime des débats comprend trois règles : le tribunal ne peut soumettre à la subsomption avec la norme de droit matériel que des faits qui ont été allégués et prouvés par les parties, il doit reprendre dans son jugement, sans preuve, les allégués de faits qui n'ont pas été contestés par la partie adverse et il ne peut en principe pas administrer de preuve d'office (Hurni, BK-ZPO, n. 8 à 11 ad art. 55 CPC).

3.3 En l'espèce, on relèvera tout d'abord que l'appelant a admis en première instance qu'à « 10 :36 :22 :175, le système de liquidation automatique [s'était] déclench[é] et [avait] entrain[é] la liquidation de toutes les positions ouvertes, sauf celle sur la paire de devises USD/BRL » (ad all. 82). L'appelant a par ailleurs également allégué que « la liquidation automatique eut lieu alors que le taux de change de la paire de USD/CHF était au plus bas » (all. 168). L'appelant ne saurait dès lors revenir en appel sur des faits admis pour tenter de soutenir que ses positions auraient été liquidées par une vente de gré à gré et non automatique. La seule intervention manuelle de l'intimée a bien plutôt été l'interruption du négoce à 10 heures et 41 minutes sur la paire de devises EUR/CHF et à 10 heures et 50 minutes de toutes les autres paires de devises comprenant le franc suisse, soit notamment la paire de devises USD/CHF. Dès lors que l'appelant a admis que ses positions avaient été liquidées automatiquement, il n'y a pas lieu d'administrer les preuves offertes par l'appelant (art. 150 al. 1 CPC).

Au surplus, on relèvera que le rapport d'expertise - ordonné dans une procédure judiciaire connexe - traite de la paire de devises

EUR/CHF, soit la paire directement affectée par la décision de la suppression du taux plancher de la BNS. Ainsi, les experts ont constaté s'agissant de dite paire que « le fait qu'un certain nombre d'ordres déclenchés durant la minute de 10 :30 n'aient été exécutés que bien plus tard n'était pas dû à un dysfonctionnement du système, mais à l'inexistence de cotations traitables sur le marché interbancaire à partir de 10 :30 :48-10 :30 :40 ». Les experts n'ont en revanche pas examiné ce qu'il en était des paires de devises ouvertes de l'appelant, lesquels concernaient toutes la devise USD (cf. *supra* Let.C/12). Si, certes, les fluctuations sur le cours EUR/CHF ont eu des répercussions sur les autres devises, soit notamment le dollar, cela ne suffit pas à démontrer que les positions de l'appelant n'auraient pas pu être liquidées à 10 heures et 36 minutes. Dans ces conditions, c'est en vain que l'appelant se fonde sur une hypothèse discutée par les experts (pp. 11 à 14 du complément d'expertise ; cf. *supra* Let.C/19) - et non sur des faits établis - qui concerne une autre paire de devises pour tenter de parvenir à la conclusion que l'intimée aurait liquidé manuellement les positions de l'appelant et, ce faisant, accepté de prendre à sa charge la perte subie par le client. Il en va de même de la décision du 25 août 2017 de l'Ombudsman financier du Royaume-Uni, celle-ci portant également sur la paire de devises EUR/CHF. C'est le lieu de relever que l'Ombudsman financier du Royaume-Uni, dans sa décision du 25 août 2017, n'a pas considéré que l'intimée avait commis une faute dans l'affaire qui lui était soumise.

Enfin, il n'y a pas lieu de compléter les faits s'agissant de la possibilité pour l'intimée de conserver dans ses stocks les positions liquidées. Le témoin X._____ a déclaré que lorsque le système de liquidation automatique fermait la position d'un client, la banque avait deux possibilités ; soit elle conservait dans son stock la position liquidée si sa quantité lui permettait de la vendre dans le cercle de ses clients avec une marge, soit la position était revendue à un des partenaires de la banque. Ce témoignage ne démontre cependant pas que la banque pouvait librement conserver dans ses stocks les positions de l'appelant jusqu'à ce que le cours du dollar américain se stabilise, celles-ci ayant été

liquidées automatiquement et revendues soit auprès de la clientèle de l'intimée avec une marge, soit auprès de l'un de ses partenaires.

4. L'appelant se prévaut de la nullité des clauses contractuelles transférant au client la responsabilité pour les transactions de revente à perte réalisées par la banque (art. 4.10 ii, vi et vii et 4.14 v du contrat e-forex). Il invoque à cet égard les art. 100 al. 1 et 2 CO, 8 LCD (loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 ; RS 241) et 27 CC.

4.1

4.1.1 L'appelant soutient qu'en tant que les clauses du contrat e-forex attribuent au client l'entière responsabilité de tous les actes de la banque en cas de liquidation ou de non-liquidation forcée de ses positions y compris pour les transactions de revente de gré à gré qu'elle réalise librement sur le marché interbancaire, ces clauses reviendraient à exclure entièrement la responsabilité de la banque, quel que soit son degré de faute. Il prétend qu'une telle exclusion de responsabilité serait interdite par l'art. 100 al. 1 (dol et faute grave) et al. 2 CO (faute légère) et donc nulle. Il allègue que la banque aurait liquidé ses positions le 15 janvier 2015, juste après l'annonce de la BNS de supprimer le taux plancher CHF/EUR, en les revendant manuellement à perte à des tiers au pire moment de l'effondrement temporaire des cours de certaines devises comme le dollar américain. Cet acte serait constitutif d'une faute de la banque. L'appelant en veut pour preuve le fait que d'autres banques ont bloqué toutes transactions pour protéger leurs clients contre des cours trop défavorables ou erronés. L'intimée aurait ainsi pu bloquer le négoce sur sa propre plateforme et empêcher le déclenchement du système de liquidation forcée en attendant que les marchés se stabilisent. Par ailleurs, la banque n'aurait eu aucune obligation de liquider automatiquement les positions de l'appelant et pouvait garder les positions en question dans « ses stocks » et les revendre à des tiers plus tard, à son gré, après la réactivation du négoce, une fois les taux de change stabilisés. L'intimée

aurait ainsi « sabordé » les positions de son client en pleine illiquidité temporaire du marché. Un tel comportement violerait gravement la diligence élémentaire que l'on serait en droit d'attendre d'une banque. L'intimée ne saurait justifier son comportement par un pseudo-effet de surprise liée à l'annonce de la BNS, dès lors qu'elle avait mis en garde ses clients par courrier de ce risque.

4.1.2 L'art. 100 CO prévoit qu'est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave (al. 1). Le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité (al. 2).

4.1.3 Les critiques de l'appelant s'appuient sur une prémisse factuelle erronée (cf. *supra* consid. 3.3), à savoir que la banque aurait liquidé manuellement les positions ouvertes de l'intéressé juste après l'annonce de la suppression du taux plancher CHF/EUR, de sorte qu'elles sont dénuées de pertinence. En effet, on l'a vu, la liquidation des positions s'est déclenchée automatiquement, ce que l'appelant a admis dans ses écritures de première instance, et non manuellement. L'appelant ne démontre par ailleurs pas que l'intimée pouvait conserver dans « ses stocks » ses positions (cf. *supra* consid. 3.3).

Au surplus, on rappellera que les transactions Forex sont hautement spéculatives ; le marché des changes est extrêmement volatile et peut provoquer des gains comme des pertes démesurés, voire illimités. Le client qui, par des transactions sur devises, peut obtenir des profits vertigineux doit aussi assumer les risques proportionnels inhérents à cette forme de poker (TF 4A_54/2021 du 28 octobre 2021 consid. 6.4.3). C'est dès lors en vain que l'appelant reproche à la banque de ne pas avoir su protéger ses positions ouvertes en bloquant immédiatement après l'annonce de la BNS le négoce sur sa propre plateforme, étant précisé que

tant l'intimée que l'appelant, à la suite du courrier de mise en garde du 17 septembre 2014, étaient au courant du risque de l'éventuelle suppression du taux plancher EUR/CHF. On ne saurait y voir une quelconque faute de l'intimée, étant précisé qu'il importe peu de savoir quelles mesures de protection auraient été prises par d'autres institutions financières dans le cadre de relations bancaires qui ne sont pas soumises au présent contrat.

4.2

4.2.1 L'appelant fait valoir que les clauses du contrat e-forex, plus précisément celles relatives au fonctionnement du système de liquidation automatique et à la responsabilité du client à cet égard sont insolites et abusives au regard de l'art. 8 LCD. Il reproche aux premiers juges d'avoir considéré que le déséquilibre créé par ces clauses n'était pas excessif au motif que le système de liquidation automatique de la banque serait censé bénéficier également aux intérêts du client, ce qui serait plus favorable que le régime juridique par défaut du contrat de vente. Il soutient au contraire que la référence au système juridique du contrat de vente serait dénuée de toute pertinence, que les clauses litigieuses n'auraient pas été mises en évidence, que ce système aurait été mis en place en faveur de la banque (art. 4.10 iv) et que le contrat e-forex rendrait le client responsable tant du fonctionnement que du dysfonctionnement du système de liquidation.

4.2.2

4.2.2.1

4.2.2.1.1 Aux termes de l'art. 8 LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.

La notion de « consommation » au sens de l'art. 8 LCD est controversée en doctrine. Elle peut ainsi être définie comme l'usage d'un bien ou d'un service pour un usage personnel et familial ou étranger à l'activité professionnelle. Elle peut également se définir par rapport aux

caractéristiques professionnelles de l'autre partie, l'accent étant mis sur le déséquilibre de la transaction et le besoin de protection d'une partie réputée faible. D'autres critères sont encore utilisés, comme celui de l'activité spécifique (par exemple en matière de voyages à forfait) ou de la nature du dommage (cf. not. 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* Commentaire Romand LCD, art. 8 LCD n. 124 ss et les réf. 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 ss, p. 9).

4.2.2.1.2 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. Il apparaît dès lors douteux que le contrat litigieux tombe véritablement sous le coup de l'art. 8 LCD. Dans un arrêt récent qui opposait l'intimée à un autre client et portait précisément sur cette problématique, le Tribunal fédéral a délibérément laissé ouverte cette question (TF 4A_54/2021 du 28 octobre 2021 consid. 6.4.2).

Dès lors que cette question n'a pas été tranchée, il convient d'examiner si les clauses litigieuses sont inéquitables.

4.2.2.2

4.2.2.2.1 Par conditions générales, on entend les clauses contractuelles préformulées qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'un contrat (Pichonnaz, *in* Martenet/Pichonnaz [édit.], Commentaire romand, Loi sur la concurrence déloyale, Bâle, 2017, 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.).

4.2.2.2.2 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 contrebalancé 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).

4.2.3 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 celles-ci sont standardisées et n'ont pas été rédigées « sur mesure », pour la relation contractuelle en cause.

S'agissant de la licéité des clauses, on relèvera que le système de liquidation automatique des positions du client ne sert pas que les intérêts de la banque. Il profite également aux clients de la banque (art. 2.3 contrat e-forex ; cf. *supra* let.C/8) puisqu'il limite les risques financiers auxquels ils s'exposent, liés notamment à l'effet de levier, étant précisé qu'il s'agit d'un objectif et non d'une promesse. 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. 184ss 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 de loin pas étranger au monde de la banque et dispose d'une expérience certaine dans le domaine financier, pour avoir travaillé depuis son apprentissage auprès de plusieurs banques en tant qu'analyste crédit junior puis comme analyste crédit confirmé. On relèvera au surplus que le contrat e-forex contient suffisamment d'avertissements quant aux risques encourus, pointant la possibilité de pertes théoriquement illimitées, au moyen de caractères gras soulignés.

4.2.4

4.2.4.1 L'appelant fait valoir que les clauses litigieuses seraient également insolites.

4.2.4.2 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'abusive (Pichonnaz, *ibidem*).

4.2.4.3 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 en lien avec la liquidation automatique et à l'exclusion de la responsabilité de l'intimée sont insolites.

L'appelant est en l'espèce actif dans le milieu financier et, pour ce motif, ne peut être considéré comme une personne inexpérimentée dans le domaine bancaire, ce qu'il ne prétend du reste pas. L'élément subjectif faisant défaut, les clauses du contrat e-forex ne sauraient être qualifiées d'insolites pour ce motif déjà.

S'agissant de l'élément objectif – selon lequel la clause insolite doit modifier de façon essentielle la nature de l'affaire ou sortir notablement du cadre légal ou du type de contrat –, il 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. 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. Le grief tiré de la clause insolite doit ainsi être rejeté.

4.3

4.3.1 Selon l'appelant, ce serait à tort que les premiers juges auraient écarté l'application de l'art. 27 CC en considérant que le client n'était pas soumis à l'arbitraire de la banque. Les clauses contractuelles litigieuses transféreraient au client tout le poids de la responsabilité d'un mécanisme de liquidation forcée que seule la banque maîtriserait et dont elle pourrait faire un usage arbitraire. En tant qu'elles exposent le client à des risques de perte « théoriquement illimités » (art. 4.13 iii), ces clauses, contraires à l'art. 27 CC, seraient dès lors illicites et nulles en vertu des art. 19 et 20 CO.

4.3.2 Selon l'art. 27 CC, nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils (al. 1). Par ailleurs, nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs (al. 2).

L'analyse du caractère excessif d'une atteinte aux droits de la personnalité repose sur divers critères, dont celui du caractère indéterminé de l'obligation, étant précisé qu'une obligation peut avoir un objet qui n'est pas déterminé, mais déterminable. Dans ce cas, le caractère imprévisible de l'objet ou de l'étendue de l'obligation lors de la naissance de cette obligation implique un examen du contrat plus sévère sous l'angle de l'art. 27 CC (Sylvain Marchand, Commentaire romand Code civil I, Bâle 2010, n°14 ad art. 27 CC). La sanction d'une violation de l'art. 27 al. 2 CC est la nullité relative, totale ou partielle, du contrat (art. 20 al. 2 CO ; Marchand, op. cit., n°18 ss ad art. 27 CC). Par ailleurs, une restriction contractuelle de la liberté économique n'est considérée par une jurisprudence constante comme excessive au regard de l'art. 27 al. 2 CC que si elle livre celui qui s'est obligé à l'arbitraire de son cocontractant, supprime sa liberté économique ou la limite dans une mesure telle que les bases de son existence économique sont mises en danger (ATF 123 III 337 consid. 5 et les réf. citées ; TF 4A_312/2017 du 27 novembre 2017 consid. 3.1).

4.3.3 En l'espèce, à l'instar des premiers juges, il y a lieu de retenir que les engagements pris par l'appelant ne sont pas excessifs au sens de l'art. 27 al. 2 CC. Comme on l'a vu, les clauses litigieuses ne sont ni abusives ni insolites, elles ne sont ainsi *a fortiori* pas excessives. Appelé à statuer sur une affaire similaire, le Tribunal fédéral – qui applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF) – n'a en particulier pas relevé que le fait que le client ait accepté un risque de pertes « théoriquement illimitées » serait excessif. Il a au contraire considéré qu'il s'agissait de risques inhérents à « cette forme de poker » (TF 4A_54/2021 du 28 octobre 2021 consid. 6.4.3). Enfin, contrairement aux allégations de l'appelant, on rappellera que la banque n'avait pas la maîtrise de la liquidation de ses positions puisque celle-ci s'est déclenchée automatiquement, de sorte qu'elle ne pouvait faire un usage arbitraire de ce mécanisme.

5.1 L'appelant se prévaut d'une violation de l'art. 97 CO. Il invoque à cet égard que l'intimée n'a démontré ni la quotité de son dommage ni le lien de causalité entre la violation contractuelle et le dommage réclamé.

5.2 L'art. 97 al. 1 CO prévoit que lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. L'application de l'art. 97 al. 1 CO suppose la réunion de quatre conditions cumulatives : une violation d'une obligation contractuelle, une faute, un dommage et une relation de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation fautive du devoir de diligence et le dommage survenu. Il appartient au demandeur d'apporter la preuve des faits permettant de constater que chacune de ces conditions est remplie (art. 8 CC), sauf pour la faute qui est présumée (TF 4A_111/2019 du 23 juillet 2019 consid. 3.4 ; TF 4A_175/2018 du 19 novembre 2018 consid. 4.1 et les réf. citées ; TF 2C_1101/2016 du 24 juillet 2017 consid. 3.3).

La notion juridique du dommage est commune aux responsabilités contractuelle et délictuelle (art. 99 al. 3 CO ; ATF 87 II 290 consid. 4a ; TF 4A_66/2021 du 22 juillet 2021 consid. 5.3.1). Consistant dans la diminution involontaire de la fortune nette, le dommage correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable - ou la violation du contrat - ne s'était pas produit ; il peut survenir sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 144 III 155 consid. 2.2 ; ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 ; ATF 132 III 359 consid. 4 ; ATF 132 III 321 consid. 2.2.1 ; TF 4A_66/2021 du 22 juillet 2021 consid. 5.3.1).

5.3 Les premiers juges ont retenu qu'immédiatement avant l'annonce faite le 15 janvier 2015 à 10 heures 30 par la BNS de mettre fin à sa politique du taux de plancher, l'appelant disposait d'un montant de USD 193'325.62 sur son compte Banque. Au même instant, l'intéressé

disposait de plusieurs positions ouvertes, dont une de USD/CHF 6'000'000 au cours de 0.986378. L'annonce de la BNS a non seulement affecté la paire EUR/CHF, mais également d'autres paires de devises impliquant le franc suisse, dont la paire USD/CHF. La forte dépréciation du dollar américain par rapport au franc suisse, couplée à la position de USD/CHF 6'000'000 de l'appelant, avait eu pour conséquence que son compte était passé en « alerte de marge » à 10 heures 31, avant que le système automatique de liquidation des positions ne se déclenche à 10 heures 36 et 22 secondes en entraînant la liquidation, dans la seconde qui suivit, de toutes ses positions ouvertes, à l'exception d'une position sur la paire de devises USD/BRL, laquelle fût liquidée quelques heures plus tard. Selon les premiers juges, la liquidation des positions de l'appelant à des cours défavorables ne saurait être reprochée à l'intimée, dès lors qu'une telle hypothèse était expressément prévue à l'art. 4.13 iv du contrat e-forex, lequel prévoyait que les opérations de liquidation visant à exclure ou à limiter les risques résultant de transactions sur instruments financiers peuvent ne pas être réalisables ou l'être uniquement à un prix très défavorable.

Les premiers juges ont considéré que la perte résultant de la liquidation automatique des positions de l'appelant s'était montée au 16 janvier 2015 à 6 heures à USD 1'125'991.40. Une fois compensée avec les actifs de USD 193'325.62 présents sur le compte de l'appelant immédiatement avant les événements du 15 janvier 2015, cette perte avait représenté un montant de USD 932'665.78. Conformément à l'art. 4.10 vii du contrat e-forex, c'était cette somme que l'appelant devait couvrir en payant à l'intimée un montant équivalent, ce qu'il n'avait pas fait, sans établir que cela eût été sans sa faute, causant ainsi fautivement un dommage à l'intimée. Dès lors que l'intimée avait conclu au versement de la somme de USD 929'075, en vertu du principe de disposition, les premiers juges ont relevé qu'il ne saurait lui être alloué plus que ce qu'elle avait demandé.

S'agissant plus précisément de la preuve du dommage, les premiers juges ont retenu que les pièces produites par l'intimée, bien que

succinctes, emportaient la conviction de la Chambre patrimoniale cantonale et que l'appelant lui-même se rapportait à plusieurs d'entre elles pour fonder ses propres prétentions.

5.4

5.4.1

5.4.1.1 L'appelant soutient que l'intimée n'a démontré ni l'existence effective ni la quotité de son prétendu dommage.

Le jugement attaqué retiendrait, à juste titre selon l'appelant, que les transactions sur devises effectuées par l'intimée comporteraient deux opérations autonomes, soit l'opération d'achat et de vente conclue entre la banque et son client sur sa plateforme de négoce [...], à des cours que l'intimée fixe librement, et l'opération d'achat et de vente entre l'intimée et ses propres fournisseurs de liquidité sur le marché interbancaire aux cours que ces derniers proposent. Dès lors que l'intimée se rémunère sur la différence de cours, celle-ci fixe des taux de change lui garantissant de ne pas vendre des devises à ses clients moins chers qu'elle ne les achète ou qu'elle ne peut les acheter à ses fournisseurs, ni à leur racheter ces devises plus chères que ce qu'elle peut les revendre ensuite à ses partenaires bancaires. Puisque l'intimée prête en réalité, par l'effet de levier, des sommes plus ou moins importantes à ses clients pour qu'ils effectuent ces transactions avec un pouvoir d'achat dépassant largement leurs avoirs en compte, la perte éventuelle que l'intimée peut subir en cas de liquidation forcée dépend autant des conditions auxquelles elle a acheté initialement ces devises à ses propres fournisseurs que des conditions auxquelles elle les revend ultérieurement sur le marché interbancaire. Or, l'intimée n'aurait ni allégué ni prouvé à quel cours les devises des positions liquidées de l'appelant ont été achetées par l'intimée à ses fournisseurs, quel bénéfice la banque aurait réalisé en les lui vendant initialement – étant précisé à cet égard qu'il importe peu de savoir à combien se montait le taux le 14 janvier 2015 au soir puisque ce taux n'est pas le cours d'achat initial de ces dollars sur le marché interbancaire –, ni à quel partenaire et à quel cours l'intimée peut avoir revendu les positions de l'appelant sur le marché interbancaire le 15

janvier 2015 dans le cadre de la liquidation forcée. Or, ces informations, inexistantes, seraient essentielles pour pouvoir déterminer l'existence et, le cas échéant, l'ampleur de la perte subie par l'intimée et donc son dommage.

Selon l'appelant, l'intimée s'est contentée d'alléguer que la liquidation forcée des positions de l'intéressé aurait soi-disant provoqué des pertes de USD 1'054'220, respectivement de USD 1'125'991.40 après « la conversion automatique dans la devise passerelle du compte du client ». A l'appui de ses allégations, l'intimée aurait produit plusieurs extraits et listings de chiffres anonymes et pour la plupart totalement incompréhensibles (pièces 24, 26, 29, 30 et 31), qui ne démontrent pas qu'ils émanent réellement des ordinateurs de l'intimée (ces listes, qui ne sont pas établies sur le papier en-tête de la banque, ne portant aucune date de création ni le nom de leur auteur), ni que leur contenu serait conforme à la réalité (la banque n'ayant pas produit la moindre preuve ou déclaration d'authenticité à cet égard émanant d'une fiduciaire, d'un réviseur ou d'une autre organisme certifié), qu'ils concerneraient bien tous l'appelant (en particulier s'agissant de la pièce 32 dont est tiré le chiffre de USD 1'125'991.40 ne comportant pas de référence à un client ni numéro de compte), ni quels sont les cours d'achat et prix d'achat initiaux des positions liquidées, ni quels sont les cours des transactions effectivement conclues sur le marché interbancaire (et non sur la plateforme [...] de l'intimée), ni quelle serait la valeur du taux de conversion appliqué le 15 janvier 2015 à 23 heures 00 pour calculer le dommage, et pourquoi une telle conversion aurait été effectuée puisque l'intimée allègue des montants qui sont tous en dollars américains, étant précisé que le fondement juridique de « cette conversion » et son taux n'auraient pas non plus été allégués ni prouvés. Ce faisant, l'existence d'un dommage serait invérifiable. L'appelant soutient qu'il serait impossible de déduire de ces pièces la preuve de la perte effective de la banque à la suite de la revente des positions de l'appelant sur le marché interbancaire, ni la quotité du dommage réclamé. Il reproche aux premiers juges d'avoir écarté ses arguments sans même les discuter en se contentant de relever que les pièces de l'intimée « bien que succinctes »

emportaient la conviction, ce qui ne satisferait pas à l'obligation de motivation. En retenant que ces pièces emporteraient soi-disant la conviction, sans autres explications, les premiers juges auraient apprécié les preuves de manière erronée et retenu comme établis des faits qui ne l'étaient pas. Au contraire, ils auraient dû retenir que l'intimée avait échoué à établir son dommage, de sorte que cette condition manquait pour imputer une quelconque responsabilité contractuelle à l'appelant sur la base de l'art. 97 CO.

5.4.1.2 De son côté, l'intimée rappelle que les parties ont conclu autant de contrats d'achat-vente de devises que l'appelant a effectué d'opérations Forex sur la plateforme « [...] », ce qui ne serait d'ailleurs pas contesté par l'appelant. Les contrats d'achat-vente de devises, lesquelles seraient analogues au contrat de vente des art. 184ss CO, échapperaient à la qualification de contrats de commission puisque l'intimée serait en l'occurrence uniquement intervenue en qualité de contrepartie de l'appelant et n'aurait pas été chargée, moyennant rémunération, d'acheter ou de vendre des devises en son nom pour le compte de celui-ci. Il s'ensuit qu'elle n'aurait pas à alléguer, respectivement à prouver des faits portant sur ses relations avec des tiers.

Elle reproche en outre à l'appelant de contester la force probante des pièces établissant son dommage, sans toutefois expliquer concrètement ses soupçons, notamment en se référant précisément à certaines indications contenues dans ces pièces. Ce faisant, l'appelant aurait violé son obligation de motivation découlant de l'art. 311 al. 1 CPC. Il appartiendrait ainsi à l'appelant d'indiquer précisément les positions de la facture ou les articles du compte qu'il conteste, à défaut de quoi la facture ou le compte serait censé être admis et n'aurait donc pas à être prouvé (art. 150 al. 1 CPC ; ATF 144 III 519 consid. 5.2.2.3 ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020 consid. 6.2.1). En se référant aux deux arrêts du Tribunal fédéral précités, l'intimée relève que l'appelant n'a pas contesté la méthode de calcul choisie par l'intimée pour déterminer son dommage (différence entre le cours d'acquisition de la position de l'appelant et le cours de liquidation de celle-ci), ni les deux dates prises en

considération par l'intimée dans le calcul de son dommage (le moment précédant immédiatement les événements du 15 janvier 2015 et le 16 janvier 2015 à 6 heures 00). L'appelant n'aurait ainsi pas respecté ses obligations de motiver ses contestations, de sorte que le dommage allégué par l'intimée n'aurait - en toute hypothèse - pas à être prouvé (art. 150 CPC).

5.4.2 Les rapports entre une banque et son client s'articulent notamment autour du contrat de compte courant (Lombardini, Droit bancaire suisse, Genève 2008, 2^e éd., p. 411). Selon la doctrine et la jurisprudence, le contrat de compte courant est le rapport juridique entre deux parties en rapport d'affaires durable qui conviennent, pour une certaine période comptable ou jusqu'à un certain montant, de porter en compte leurs dettes et leurs créances, exigibles et réciproques, ayant pour objet le paiement de sommes d'argent exprimées en une même monnaie, pour les compenser à des échéances fixes (ATF 130 III 694 consid. 2.2.1, JT 2006 I 192, SJ 2005 I 101 ; TF 4A_127/2010 du 7 février 2011 consid. 5 ; TF 4A_127/2010 du 7 février 2011 consid. 5 ; TF 4C_345/2002 du 3 mars 2003 consid. 3.1 ; Lombardini, op. cit., p. 411 ss ; Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, Genève 2000, 4^e éd., pp. 255 et 260). La fin du contrat de compte courant transforme en solde la position du compte existant à ce moment-là (ATF 130 III 694 consid. 2.2.3, JT 2006 I 192, SJ 2005 I 101). Le contrat du compte courant ne fait pas l'objet d'une réglementation légale en droit suisse, même si certaines dispositions du CO lui sont consacrées. Les parties bénéficient donc d'une certaine liberté dans l'aménagement de leur rapports (Lombardini, op. cit., p. 412).

S'agissant de la mise à disposition d'une plateforme de négoce en ligne au travers de laquelle le client réalise lui-même des transactions sur devises, sans bénéficié de conseils ou d'assistance de la banque, les règles du mandat s'appliquent à la maintenance de ladite plateforme (TF 4A_157/2012 du 26 juillet 2012 consid. 3.1). Pour ce qui est des opérations sur devises en tant que telles, 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).

5.4.3

5.4.3.1 Lorsque la maxime des débats est applicable (art. 55 al. 1 CPC), il incombe aux parties, et non au juge, de rassembler les faits du procès. Les parties doivent alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions (fardeau de l'allégation subjectif), produire les moyens de preuve qui s'y rapportent (art. 55 al. 1 CPC) et contester les faits allégués par la partie adverse, le juge ne devant administrer les moyens de preuve que sur les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC) (ATF 144 III 519 consid. 5.1). A cet égard, il importe peu que les faits aient été allégués par le demandeur ou par le défendeur puisqu'il suffit que les faits fassent partie du cadre du procès pour que le juge puisse en tenir compte (ATF 143 III 1 consid. 4.1 ; TF 4A_164/2021 du 21 décembre 2021 consid. 3.1 ; TF 4A_11/2018 du 8 octobre 2018 consid. 6.1, non publié aux ATF 144 III 519 ; TF 4A_559/2016 du 18 janvier 2017 consid. 3.1). Le demandeur, qui supporte le fardeau de l'allégation objectif et le fardeau de la preuve (art. 8 CC), en ce sens qu'il supporte les conséquences de l'absence d'allégation de ce fait, respectivement celles de l'absence de preuve de celui-ci, a évidemment toujours intérêt à l'alléguer lui-même, ainsi qu'à indiquer au juge les moyens propres à l'établir (ATF 143 III 1 consid. 4.1 ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020 consid. 6.1.1).

Les faits sur lesquels le demandeur fonde ses prétentions et qui doivent être allégués sont les faits pertinents (cf. art. 150 al. 1 CPC), c'est-à-dire les éléments de fait concrets correspondant aux faits constitutifs de la règle de droit applicable dans le cas particulier (TF 4A_126/2019 du 17 février 2020 consid. 6.2.1 ; TF 4A_243/2018 du 17 décembre 2018 consid. 4.2 ; cf. Hohl, Procédure civile, 2^e éd. 2016, Tome I, n. 1219 et 1229). Les faits pertinents allégués doivent être suffisamment motivés (charge de la motivation des allégués) pour que, d'une part, le défendeur puisse dire clairement quels faits allégués dans la demande il admet ou conteste et que, d'autre part, le juge puisse, en partant des allégués de fait figurant dans la demande et de la détermination du

défendeur dans la réponse, dresser le tableau exact des faits admis par les deux parties ou contestés par le défendeur, pour lesquels il devra procéder à l'administration de moyens de preuve (art. 150 al. 1 CPC ; ATF 144 III 519 consid. 5.2.1.1 ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020 consid. 6.2.1).

Les exigences quant au contenu des allégués et à leur précision dépendent, d'une part, du droit matériel, soit des faits constitutifs de la norme invoquée et, d'autre part, de la façon dont la partie adverse s'est déterminée en procédure : dans un premier temps, le demandeur doit énoncer les faits concrets justifiant sa prétention de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse indiquer lesquels elle conteste, voire présenter déjà ses contre-preuves ; dans un second temps, si la partie adverse a contesté des faits, le demandeur est contraint d'exposer de manière plus détaillée le contenu de l'allégation de chacun des faits contestés, de façon à permettre au juge d'administrer les preuves nécessaires pour les élucider et appliquer la règle de droit matériel au cas particulier (ATF 144 III 519 consid. 5.2.1.1 ; ATF 127 III 365 consid. 2b).

Les faits doivent être contestés dans la réponse (art. 222 al. 2 2^e phrase CPC) et, pour les faits allégués par le défendeur, en règle générale, dans la réplique, car seuls les faits contestés doivent être prouvés (art. 150 al. 1 CPC ; ATF 141 III 433 consid. 2.6). Une contestation en bloc ne suffit pas (ATF 141 III 433 consid. 2.6 p. 438 ; TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019 consid. 4.2.2 ; TF 4A_261/2017 précité consid. 4.3 ; sur le tout ATF 144 III 519 consid. 5.2.2.1). La partie adverse peut en principe se contenter de contester les faits allégués (ATF 115 II 1 consid. 4), puisqu'elle n'est pas chargée du fardeau de la preuve et n'a donc en principe pas le devoir de collaborer à l'administration des preuves (ATF 144 III 519 consid. 5.2.2.2 ; ATF 117 II 113 consid. 2 ; TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019 consid. 4.2.2).

Lorsque le demandeur a présenté un allégué et l'a suffisamment motivé, en l'occurrence son dommage, le défendeur doit le

contester de manière précise et motivée. A défaut, l'allégué du demandeur est censé non contesté (ou reconnu ou admis), avec pour conséquence qu'il n'a pas à être prouvé (art. 150 al. 1 CPC). Ainsi, lorsque le demandeur allègue dans ses écritures un montant dû en produisant une facture ou un compte détaillés, qui contient les informations nécessaires de manière explicite, on peut exiger du défendeur qu'il indique précisément les positions de la facture ou les articles du compte qu'il conteste, à défaut de quoi la facture ou le compte est censé admis et n'aura donc pas à être prouvé (art. 150 al. 1 CPC ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020 consid. 6.1.4 ; cf. également ATF 144 III 519 consid. 5.2.2.3 ; ATF 117 II 113 consid. 2).

5.4.3.2 Le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). Autrement dit, 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). L'appréciation des preuves par le juge consiste, en tenant compte du degré de la preuve exigé, à soupeser le résultat des différents moyens de preuves administrés et à décider s'il est intimement convaincu que ce fait s'est produit, et partant, s'il peut le retenir comme prouvé (TF 5A_812/2015 du 6 septembre 2016 consid. 5.2).

5.4.4 A titre liminaire, on relèvera que les parties ne contestent pas être liées à la fois par un contrat d'ouverture de compte, qui peut être qualifié de compte courant, et par un contrat e-forex, soit un contrat-cadre contenant les conditions générales applicables notamment à l'utilisation de la plateforme de négoce « [...] », par laquelle les parties ont conclu autant de contrats d'achat-vente de devises que l'appelant a effectué d'opérations Forex.

L'art. 4.10 du contrat e-forex prévoit que le client accepte d'ores et déjà toute transaction ou opération qui sera effectuée en vertu du Système de liquidation automatique et reconnaît être seul responsable

des éventuelles pertes, dommages et autres conséquences liées à la liquidation automatique de ses positions (ii). Dans l'hypothèse où le Système de liquidation automatique ne parviendrait pas à limiter les pertes du client au montant total de la Ligne de crédit e-forex, le montant de ses pertes non couvert serait débité de son Compte banque (vii). L'appelant a ainsi accepté que le montant des pertes non couvert soit débité de son Compte banque et, s'il n'est pas disponible en cash, de régler immédiatement ce solde négatif, celui-ci « valant reconnaissance de dette au sens de la LP » (art. 4.10 vii).

La teneur du contrat e-forex et en particulier de sa clause relative à la « reconnaissance de dette » ne permettent cependant pas de considérer que le solde négatif du compte ferait foi. Il ne saurait en particulier valoir reconnaissance de dette en l'absence de reconnaissance concrète dudit solde négatif, laquelle doit être signée, par le client de la banque, vu le caractère fluctuant de la ligne de crédit e-forex et le fait que celle-ci est influencée par chaque perte/gain réalisé par le client (cf. Abbet/Veuillet, La mainlevée de l'opposition, 2^e éd. Berne 2022, nn. 168ss).

Sur le principe, il incombe donc à la banque de prouver le montant de sa créance, soit le montant du solde négatif de l'appelant, étant relevé que l'appelant l'avait contestée en première instance non seulement dans son principe mais également en quotité.

5.4.4.1 A cet égard, l'appelant soutient d'abord que la perte éventuelle que l'intimée pourrait subir dépendrait autant des conditions auxquelles elle a acheté initialement les devises à ses propres fournisseurs que des conditions auxquelles elle les revendrait ultérieurement sur le marché interbancaire. Il reproche ainsi à l'intimée de n'avoir ni allégué ni prouvé à quel cours les devises des positions liquidées de l'appelant ont été achetées à ses fournisseurs et revendues à des tiers dans le cadre de la liquidation forcée. Ce faisant, l'appelant perd de vue que l'intimée a droit au versement du solde négatif du Compte banque après prise en considération des pertes sur devises (art. 4.10 vii). Il

s'ensuit que la question de savoir à quel cours l'intimée aurait elle-même initialement acheté les devises revendues à l'appelant n'est pas pertinente. Il ne s'agit en effet pas de déterminer la perte de l'intimée dans le cadre de ces transactions et de la replacer dans la situation qui serait la sienne si les transactions n'avaient pas été conclues (dommages-intérêts négatifs), mais bien le montant auquel l'intimée a droit, conformément à l'art. 4.10 vii, en suite de la liquidation forcée des positions de l'appelant (dommages-intérêts positifs).

5.4.4.2 L'appelant soutient que l'intimée n'a pas démontré le montant de sa perte et donc l'ampleur de son dommage, soit le solde négatif de son Compte banque. Il allègue en particulier que les pièces produites par l'intimée – dont l'authenticité est également remise en cause – seraient incompréhensibles, de sorte que le montant réclamé par l'intimée serait invérifiable.

L'intimée a exposé les conséquences de l'annonce de la BNS sur les positions ouvertes de l'appelant dans les allégués 71 à 86 de sa demande. Dans sa réponse, l'appelant a notamment « admis » qu'il disposait immédiatement avant l'annonce de la BNS d'un solde sur son compte de USD 193'325 et d'une position ouverte de USD/CHF 6'000'000 au prix de 0.98638 (all. 72-74). Il a en revanche « contesté » tous les autres allégués (all. 71, 77-81 et 83-86), admettant cependant que le déclenchement du système de liquidation automatique à 10 heures 36 minutes et 22 secondes avait entraîné la liquidation de toutes ses positions ouvertes, à l'exception de la paire de devises USD/BRL (all. 82).

Il convient dès lors d'examiner la force probante des pièces produites par l'intimée pour établir sa créance de USD 929'075, à savoir les allégués 79 et 83-86, dès lors qu'ils sont contestés par l'appelant (cf. *infra* consid. 5.4.3.3). A l'appui de ces allégués, l'intimée a offert à titre de moyens de preuve les pièces 10 (contrat e-forex), 23, 25 et 29 à 33, étant précisé que la pièce 23 a été offerte pour l'ensemble des allégués 78 à 86.

5.4.4.2.1 L'intimée a allégué (all. 79), en se référant aux pièces 23 et 25, que quatre ordres de l'appelant concernant des devises USD/SEK, USD/PLN, EUR/USD et USD/HUF et portant sur des montants de 250'000 et respectivement de 1'000'000 s'agissant de la devise EUR/USD avaient été exécutés entre 10 heures et 33 minutes et 10 heures et 35 minutes. Ce fait n'est pas critiqué en tant que tel par l'appelant, de sorte qu'il sera retenu.

5.4.4.2.2 Quant aux autres positions ouvertes de l'appelant, celui-ci ne conteste certes pas qu'elles ont toutes été liquidées automatiquement à 10 heures 36 minutes et 22 secondes, à l'exception de la paire de devises USD/BRL (all. 82). Il conteste en revanche que dite liquidation s'est soldée à 10 heures 36 minutes et 23 secondes par une perte contre-valorisée de 1'014'902.93 (all. 83).

La pièce 23, produite à l'appui de l'ensemble des allégués 78 à 86, est un document de treize pages intitulé « extraction des transactions en lien avec la liquidation de la position de M. K. _____ », qui ne contient aucune référence à la banque (papier en-tête, nom, etc.) et n'est pas signé. Il s'agit d'une liste de chiffres, dates et heures en lien avec le compte [...] de l'appelant. Il est indiqué en page 1 notamment un « *CASH_DEPOSIT* » de USD 193'325.62 à une date non précisée et, sous la colonne « *REALIZED_PL_AFTER* », les sommes de USD -1'014'902.93 le 15 janvier à 10 heures 36 minutes et 23 secondes et de USD -1'054'220.22 le 15 janvier 2015 à 14 heures 2 minutes et 7 secondes. En page 2, sont mentionnées les 17 positions ouvertes de l'appelant le 14 janvier 2015 ; en page 3, une liste de 41 transactions opérées le 15 janvier 2015 entre 10 heures 33 minutes et 56 secondes et 14 heures 2 minutes et 6 secondes avec l'indication du numéro de chaque transaction, de son montant et du taux de change ; en page 4, une liste de numéros d'actions avec la mention « *executed* » et le type « *Stop loss order* » ou « *Market order* » ; en page 5, une liste de 21 montants qui semble correspondre à la vente des positions ouvertes de l'appelant avec la mention « *executed* », étant toutefois précisé que les sommes indiquées ne correspondent pas nécessairement à celles indiquées en page 2 ; en pages 6 et 7, la même

liste de 21 montants avec la mention « *simple order* » et « NO » (p. 6) puis « YES » (p. 7) ; en page 8, la même liste avec cette fois-ci la mention sous la colonne « *LIQUIDATION_ORDER* » « NO » s'agissant des quatre premiers montants et « YES » s'agissant des 17 montants suivants ; en page 9, une liste d'ordres « *stop loss order* » ou « *limit order* » dont le statut indique « *deleted* », étant précisé qu'on ignore à quels montants ou dates ceux-ci se réfèrent ; en pages 10 à 13, une liste de 135 transactions effectuées le 15 janvier 2015 à 10 heures 36 minutes 22 secondes et 23 secondes ainsi qu'à 14 heures 2 minutes et 7 secondes avec des montants parfois positifs ou négatifs s'agissant de la même paire de devises qui ne correspondent pas à ceux mentionnés aux pages précédentes, étant précisé qu'aucun montant total n'est exposé.

Les pièces offertes par l'intimée à l'appui de l'allégué 83, soit les pièces 23 et 29 (capture d'écran codée ; cf. *supra* Let.C/21), mentionnent effectivement le montant de la perte, la date et l'heure allégués par l'intimée. Ces pièces ne permettent cependant pas d'établir comment l'intimée est parvenue à ce montant. L'intimée n'a fourni en effet aucune explication sur ce calcul et les pièces produites, en particulier les 135 transactions effectuées entre 10 heures 36 minutes 22 et 23 secondes (pp. 10 à 13 de la pièce 23) - qui débouchent parfois au même instant (soit à la même seconde) sur un montant positif ou négatif et ce pour la même paire de devises -, étant incompréhensibles sur ce point. A cela s'ajoute que la force probante de ces pièces est moindre dès lors que la pièce 29 (capture d'écran) n'est pas certifiée et que la pièce 23, qui consiste en de simples listes de chiffres, dates, heures et ordres imprimées sur feuille A4 blanche, a clairement été confectionnée par l'intimée, de sorte que son contenu doit être sujet à caution et n'a pas plus de valeur que de simples allégations de partie (TF 4A_578/2011 du 12 janvier 2012 consid. 4).

De surcroît, la pièce 23 contient certaines incohérences, dès lors que l'intimée avait allégué que l'appelant n'avait pas constitué des mesures de protection sur ses positions ouvertes, telles que des ordres de *stop-loss*, ce que l'appelant avait contesté. Or, cette pièce comporte la

mention *stop loss* s'agissant des quatre ordres mentionnés dans l'allégué 79 (*supra* consid. 5.4.4.2.1), avec la précision que ces mesures auraient été émises entre le 2 et le 14 janvier 2015.

5.4.4.2.3 L'intimée allègue qu'à 14 heures 2 minutes et 6 secondes, un second appel de marge fût déclenché et entraîna la fermeture de la position USD/BRL restante, portant la perte totale à un montant contrevalorisé de 1'054'220.22 (all. 84) en se référant aux pièces 23, 30 et 31.

Il convient de constater que les pièces 23 et 31 (capture d'écran codée ; *supra* Let.C/21), qui mentionnent certes le numéro de compte de l'appelant, la date, l'heure ainsi que le montant de la perte alléguée, ne permettent pas de vérifier que la liquidation de cette dernière position a effectivement entraîné une perte supplémentaire de USD 39'317.29 (1'054'220.22 - 1'014'902.93), seul le montant total de la perte étant allégué. A cela s'ajoute que les transactions indiquées en pp. 10 et 11 de la pièce 23 concernant la paire de devises USD/BRL liquidée à 14 heures 2 minutes et 7 secondes - et non pas 6 secondes - débouchent curieusement au même instant sur des montants parfois positifs et négatifs. Quant à la pièce 30 (capture d'écran codée), celle-ci mentionne certes la date et l'heure alléguée mais pas le montant de la perte.

5.4.4.2.4 L'intimée allègue ensuite que la liquidation des positions intervenues le 15 janvier 2015 a résulté en une perte d'un montant total de USD 1'125'991.40, étant donné que les pertes (et les gains) sont converties automatiquement dans la devise passerelle du compte en fin de journée à 23 heures 00 (all. 85), en offrant à titre de preuve les pièces 10, 23 et 32.

L'intimée se réfère au contrat e-forex (pièce 10), sans préciser la clause contractuelle pertinente, ce qui est insuffisant au regard des exigences de motivation qui pèsent sur la demanderesse. Il n'appartient en effet pas au juge ou à la partie adverse de rechercher parmi les seize pages du contrat où se trouverait l'information alléguée par la demanderesse (cf. TF 4A_401/2021 du 11 février 2022 consid. 4.3.2). Cela

étant, on notera que l'art. 4.11 iv indique que si « les sommes payables sont libellés dans une monnaie autre que le franc suisse, celles-ci sont converties en francs suisses à un cours déterminé par N._____ ». Toutefois, l'intimée réclame une somme libellée en USD et non en CHF. Il paraît dès lors douteux qu'une telle conversion a bien eu lieu. Quant à la pièce 32, celle-ci, d'une part, ne permet pas d'attester du montant qui prévalait le 15 janvier 2015 à 23 heures 00 puisque la date mentionnée est celle du 16 janvier 2015 à 6 heures 00 et, d'autre part, n'indique pas quel était le taux de conversion, de sorte que le montant de la perte alléguée est invérifiable. A cela s'ajoute que cette pièce ne fait référence à aucune des parties et consiste en une simple liste de devises et montants datés du 16 janvier 2015 à 6 heures 00 imprimée sur une feuille A4 blanche, de sorte que sa force probante est inexistante. S'agissant de la pièce 23, celle-ci indique uniquement le montant total de la perte avant que dite conversion ait eu lieu.

5.4.4.2.5 Enfin, l'intimée allègue qu'après avoir pris en considération les actifs qui demeuraient disponibles sur le compte de l'appelant, le débit de l'appelant s'élevait à USD 929'075 (all. 86), en se référant aux pièces 10 (contrat e-forex), 23 et 33. Or, la pièce 33 est une lettre adressée par l'intimée à l'appelant, de sorte qu'on ne saurait se fonder sur cette pièce - confectionnée par l'intimée - pour vérifier l'exactitude du montant réclamé. Quant à la pièce 23, elle ne contient aucune information à ce sujet, si ce n'est l'indication que les avoirs de l'appelant s'élevaient à USD 193'325.62, étant rappelé que l'appelant a admis ce montant. En soustrayant de la perte alléguée par l'intimée les avoirs disponibles de l'appelant, on parvient à la somme de USD 932'665.78 et non pas de USD 929'075 (1'125'991.40 - 193'325.62). On ignore ainsi - à défaut d'explication - comment l'intimée est parvenue à ce dernier montant. On peut toutefois douter qu'il s'agit d'une simple erreur de plume, puisque l'intimée invoque un solde négatif de USD 929'075 non seulement dans ses allégués et conclusions, mais que ce montant est également mentionné dans les pièces qu'elle a confectionnées et produites (pièces 33 et 151 [1^{ère} page]).

5.4.4.2.6 Force est de constater que pour établir sa créance de USD 929'075, l'intimée s'est contentée de produire des pièces qui ont clairement été confectionnées par elle (pièces 23, 25, 32 et 33) ou des captures d'écran codées (pièces 29 à 31) dont le contenu ne peut être certifié, de sorte que celles-ci sont insuffisantes pour établir la quotité de sa créance. A cela s'ajoute que ces pièces sont difficilement compréhensibles, voire incompréhensibles, ce d'autant que l'intimée n'a pas fourni la moindre explication – en particulier s'agissant de la pièce 23 produite à l'appui de l'ensemble de ses allégués – qui aurait éventuellement permis d'en faciliter la lecture. Ces pièces contiennent par ailleurs certaines incohérences avec les allégations de l'intimée elle-même s'agissant des ordres *stop-loss*, de la date de conversion automatique dans la devise passerelle du compte de l'appelant (date alléguée : 15 janvier 2015 à 23 heures 00 ; pièce 32 : 16 janvier 2015 à 6 heures 00) ou encore de la quotité du solde négatif du compte de l'appelant. Ce dernier élément est pourtant décisif puisque le fondement de la créance de l'intimée est l'art. 4.10 vii du contrat e-forex, lequel prévoit que l'appelant doit couvrir l'éventuel solde négatif de son Compte banque. Or, l'intimée n'a produit aucune pièce qui permettrait d'attester de ce solde, pas même un extrait actualisé du Compte banque de l'appelant. Partant, c'est à tort que les premiers juges ont considéré que les pièces produites suffisaient à établir le montant de la créance de l'intimée, et ce quand bien même l'appelant – faute de toute pièce en sa possession – se serait référé dans ses propres allégués à certaines pièces précitées (23 et 29) s'agissant de l'heure du déclenchement de la liquidation automatique de ses positions. Il eût fallu une expertise pour déterminer la créance de l'intimée, ce que l'intimée, assistée, ne pouvait ignorer. Ce moyen de preuve n'a cependant pas été offert par l'intimée, qui doit supporter les conséquences de ce manquement (art. 8 CC).

5.4.4.3 Reste à examiner si en contestant en bloc, le défendeur, soit l'appelant, aurait admis les allégués de la demanderesse, soit l'intimée, de sorte que cette dernière n'aurait pas à prouver la quotité de sa créance.

L'intimée cite deux arrêts du Tribunal fédéral pour parvenir à cette conclusion, à savoir les arrêts ATF 144 III 519 et TF 4A_126/2019 du 17 février 2020.

Dans la première affaire (ATF 144 III 519), le demandeur avait allégué le montant de sa facture finale, soit de 84'507 fr. 45, en se référant à un jugement daté du 19 janvier 2012. Cet allégué a été contesté par la défenderesse sans autre précision. Le demandeur a par la suite produit la facture relative au montant réclamé, pièce qui a été adressée à la défenderesse. Le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si la défenderesse pouvait se contenter de contester le montant sans autre indication. Il a notamment relevé que la facture avait valablement été alléguée par le demandeur et produite en temps utile. Il a considéré que dite facture était suffisamment explicite et contenait les informations nécessaires pour que la défenderesse puisse se prononcer clairement. Dans ces conditions, la défenderesse ne pouvait se contenter de contester le montant total résultant de la facture, et aurait dû préciser quelles positions de celle-ci elle contestait et pour quels motifs. Le Tribunal fédéral a par conséquent considéré qu'elle avait failli à son devoir de motiver sa contestation, de sorte que la facture était censée admise et que, partant, la demanderesse n'avait pas à faire administrer des preuves pour l'établir.

Dans la seconde affaire (TF 4A_126/2019 du 17 février 2020), la banque recourante reprochait à l'intimé, client de la banque, une violation du devoir d'allégation (art. 8 CC) et du fardeau de la preuve du dommage (art. 55 CPC et 42 CO). Le Tribunal fédéral a constaté que le demandeur, client de la banque, avait réclamé dans sa demande, à titre de dommage, un montant global de USD 1'770'153 correspondant à la différence entre l'état de ses avoirs au 4 juin 2009 et celui au 30 septembre 2010. La banque défenderesse s'était bornée à contester cet allégué en se référant à l'une de ses objections, dans laquelle elle ne faisait que contester avoir incité son client à investir. Elle n'avait ainsi contesté ni la méthode de calcul choisie par le demandeur pour déterminer son dommage (différence entre les deux états de ses avoirs),

ni les deux dates alléguées et prises en considération par celui-ci, ce qu'il lui incombait de faire. Nos juges fédéraux ont dès lors considéré que, faute de contestation de ces éléments, le dommage allégué était censé admis et n'avait pas à être prouvé (art. 150 al. 1 CPC).

Force est de constater que dans ces deux affaires, les informations nécessaires à établir le dommage étaient clairement détaillées, le cas échéant par une simple lecture des pièces produites, de sorte qu'à défaut de toute précision, il n'était manifestement pas possible tant pour la partie demanderesse que pour le juge de déterminer sur quoi portait la contestation de la défenderesse. Ainsi, dans l'arrêt 4A_126/2019 précité, les éléments contenus dans l'allégué du demandeur permettaient aisément de vérifier le montant du dommage réclamé issu de la comparaison de l'état du compte bancaire du demandeur entre deux dates. Par ailleurs, dans cette affaire, la contestation de la défenderesse, en raison de son renvoi à une autre objection, ne semblait pas porter sur le calcul du dommage en tant que tel, mais bien plutôt sur l'éventuel comportement fautif de la banque.

Dans la présente affaire, l'appelant a admis la date et l'heure du déclenchement de la liquidation automatique de ses positions ouvertes (all. 82). Il a cependant clairement contesté la quotité de la perte alléguée par la banque en suite de cette liquidation ainsi que de la créance réclamée par la banque (all. 83 à 86). Or, l'intimée n'a pas produit de pièces permettant d'établir de manière explicite le détail du calcul des montants invoqués (cf. *supra* consid. 5.4.4.2) et s'est contentée d'alléguer que la liquidation automatique des positions ouvertes de l'appelant s'était soldée par une perte totale de USD 1'054'220.22 (all. 83 et 84), s'élevant à USD 1'125'991.40, après conversion automatique dans la devise passerelle du compte de l'appelant, sans indiquer le taux de conversion. Puis, elle a allégué qu'après prise en considération des actifs disponibles sur le compte de l'appelant, celui-ci s'est trouvé en débit à concurrence d'un montant de USD 929'075, sans exposer le moindre calcul. C'est le lieu de relever que le renvoi aux informations contenues dans des pièces produites n'est admissible que si celles-ci sont aisément accessibles et ne

doivent pas être interprétées et recherchées. A défaut, il appartient à la demanderesse de détailler le montant de sa créance dans ses allégués (TF 4A_401/2021 du 11 février 2022 consid. 4.3.2).

Devant l'imprécision tant des allégués que des pièces produites, on ne pouvait exiger du défendeur, soit l'appelant, qu'il détaille sa contestation et précise quelles informations contenues dans lesdites pièces étaient contestées (cf. en ce sens également TF 4A_632/2016 du 8 mai 2017 consid. 4.1 et 4.2). Cela lui était impossible, d'autant que l'ensemble des preuves liées à la quotité de la créance de l'intimée était en mains de l'intéressée. Dans ces conditions, on ne saurait reprocher à l'appelant de ne pas avoir suffisamment contesté la force probante de ces pièces dans le cadre de son appel, au sens de l'art. 311 al. 1 CPC, étant rappelé qu'il se prévaut précisément dans son appel du manque de clarté des extraits produits. Il appartenait ainsi à l'intimée de prouver la quotité de sa créance dûment contestée, ce qu'elle a manifestement échoué à faire.

5.5 Faute pour l'intimée d'avoir établi le solde négatif du compte client, le jugement entrepris sera réformé en ce sens que l'appelant est libéré du versement de la somme de USD 929'075 à l'intimée. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs de l'appelant en lien avec l'absence de lien de causalité et de faute de sa part dans la survenance de la perte alléguée par l'intimée. Il en va de même s'agissant de la prétendue violation de l'art. 84 CO en tant que l'intimée n'aurait pas établi que le dollar américain était effectivement la monnaie du compte [...] de l'appelant, étant précisé que les parties s'accordent sur le solde de USD 193'325.62 que présentait ce compte au 15 janvier 2015 immédiatement avant l'annonce de la BNS.

6.

6.1 L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir rejeté sa conclusion reconventionnelle, en arguant que le solde de USD 193'325.62 présent sur son compte aurait été compensé par la perte de USD

1'125'991.40 alléguée par l'intimée. A défaut de créance compensatrice de la banque, l'appelant aurait droit au remboursement du solde de son compte fondée sur l'art. 475 CO, avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 octobre 2016.

L'intimée rejette la conclusion reconventionnelle de l'appelant dès lors que celle-ci présuppose l'inexistence de sa créance de USD 929'075.

6.2

6.2.1 Par l'ouverture d'un compte/dépôt bancaire, la banque s'engage envers son client à lui restituer, selon les modalités prévues, tout ou partie de l'avoir disponible (ATF 132 III 449 consid. 2 ; ATF 112 II 450 consid. 2).

Dans le cadre d'un contrat de dépôt, le déposant a le droit de réclamer en tout temps au dépositaire la restitution de la chose déposée (art. 475 al. 1 CO). L'art. 475 CO confère au déposant une créance personnelle, de nature contractuelle, en restitution à l'encontre du dépositaire. Cette disposition est de droit impératif (Braid/Barbey, *in* Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., 2021, n. 10 ad art. 481 CO ; cf. ég. ATF 100 II 153, JdT 1975 I 174). Lorsque la chose confiée est une chose fongible, telle une somme d'argent, les règles du dépôt irrégulier s'appliquent ; l'art. 481 al. 1 CO institue à charge du dépositaire l'obligation de rendre la même somme que celle reçue (Braid/Barbey, *op. cit.*, n. 10 ad art. 481 CO).

6.2.2 Selon l'art. 102 al. 1 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier. Le débiteur doit intérêt moratoire à 5 % l'an dès la mise en demeure (art. 104 CO). L'interpellation est la déclaration, expresse ou par actes concluants, adressée par le créancier au débiteur par laquelle le premier fait comprendre au second qu'il réclame l'exécution de la prestation due. Cet intérêt court en principe durant la demeure du débiteur, à compter du jour suivant le terme d'exécution ou l'expiration du délai d'exécution prévu au contrat, la réception par le débiteur de l'interpellation ou la notification au

débiteur de la demande en justice ou du commandement de payer (art. 102 CO ; Thévenoz, Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021, n. 9 ad art. 104 CO).

6.3 En l'espèce, il est établi que le compte de l'appelant présentait un solde de USD 193'325.62 immédiatement avant l'annonce de la suppression du taux plancher de la BNS, soit juste avant la liquidation de ses positions ouvertes, et que l'intimée a compensé cette somme avec le montant de la perte réclamée. L'intimée ayant cependant échoué à établir sa créance compensatrice, elle est tenue de restituer à l'appelant, qui en a fait la demande, le solde de son compte, étant précisé que l'intimée ne fait valoir aucun moyen qui s'opposerait à la restitution du solde du compte de l'appelant, à l'exception de sa prétendue créance.

L'appelant a interpellé l'intimée afin d'obtenir la restitution du solde de ce compte dans sa demande du 17 octobre 2016 (102 al. 1 CO). Il n'a cependant produit aucune pièce qui permettrait d'attester à quelle date l'intimée, par l'intermédiaire de son conseil, se serait vu notifier la réponse. L'autorité de première instance a adressé la réponse pour notification le 26 octobre 2016. A défaut de précision contraire dans les écritures de l'appelant, la Cour de céans doit considérer que l'intimée a réceptionné la réponse à l'échéance du délai de garde postale (art. 138 al. 3 let. a CPC), soit le 3 novembre 2016, l'acte du 26 octobre 2016 ayant vraisemblablement fait l'objet d'une tentative de remise le lendemain puis été gardé 7 jours à la poste. L'intérêt commence dès lors à courir le jour suivant cette interpellation, soit le 4 novembre 2016. Partant, l'intimée doit verser à l'appelant la somme de 193'325.62 USD, avec intérêts à 5 % l'an dès le 4 novembre 2016.

7.

7.1 En définitive, l'appel doit être admis, sinon en tant qu'il porte sur le point de départ de l'intérêt moratoire réclamé par l'appelant, et le jugement entrepris modifié en ce sens que la demande en paiement de l'intimée est rejetée et que la demande reconventionnelle de l'appelant

est admise, l'intimée étant astreinte à verser à l'appelant la somme de USD 193'325.62, avec intérêts à 5 % l'an dès le 4 novembre 2016.

7.2 Selon l'art. 318 al. 3 CPC, si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais – soit les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) – de la première instance.

Ainsi, les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 24'656 fr. au total (22'384 fr. [frais judiciaires de première instance] + 2'272 fr. [frais de la procédure de conciliation]), doivent être intégralement mis à la charge de l'intimée, qui succombe sur l'essentiel (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimée devra en outre verser à l'appelant des dépens de première instance, arrêtés à 31'500 fr. (art. 4 et 19 al. 2 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]).

7.3 Compte tenu du sort réservé à l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 9'389 fr. au total (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'intimée, qui succombe sur l'essentiel (art. 106 al. 1 CPC).

7.4 L'intimée versera enfin à l'appelant la somme de 6'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 7 TDC).

En définitive, la première versera au second la somme de 15'389 fr. à titre de restitution de l'avance de frais judiciaires et de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. Il est statué à nouveau comme il suit :
 - I. La demande de N. _____ est rejetée.
 - II. La demande reconventionnelle de K. _____ est partiellement admise.
 - III. N. _____ versera à K. _____ la somme de USD 193'325.62 (cent nonante-trois mille trois cent vingt-cinq dollars américains et soixante-deux cents), avec intérêts à 5 % l'an dès le 4 novembre 2016 ;
 - IV. Les frais judiciaires, arrêtés à 24'656 fr. (vingt-quatre mille six cent cinquante-six francs), frais de la procédure de conciliation compris, sont mis à la charge de N. _____ ;
 - V. Me Thibault Blanchard est relevé de sa mission de conseil d'office de K. _____ ;
 - VI. L'indemnité d'office de Me Thibault Blanchard, conseil d'office de K. _____, est arrêtée à 3'822 fr. 85 (trois mille huit cent vingt-deux francs et huitante-cinq cents), débours et TVA inclus, pour la période du 3 au 9 mars 2020 ;
 - VII. K. _____, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au

remboursement de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat ;

VIII. N. _____ versera à K. _____ la somme de 31'500 fr. (trente et un mille cinq cents francs) à titre de dépens, débours compris ;

IX. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 9'389 fr. (neuf mille trois cent huitante-neuf francs), sont mis à la charge de l'intimée N. _____.

IV. L'intimée N. _____ versera à l'appelant K. _____ la somme de 15'389 fr. (quinze mille trois cent huitante-neuf francs) à titre de restitution de son avance de frais judiciaires et de dépens de deuxième instance.

V. 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 Thibault Blanchard (pour K. _____),
- Me Daniel Tunik (pour N. _____),

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

- Mme la 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 :
