

# **VD\_GERICHTE PT16.046492 vom 18. Dezember 2020**

VD Tribunal cantonal, 2020-12-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_PT16.046492](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PT16.046492)

FR: VD\_GERICHTE PT16.046492 du 18 décembre 2020

IT: VD\_GERICHTE PT16.046492 del 18 dicembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 3.1**

Dans une partie intitulée « Faits », l'appelant présente sa version des faits, sous la forme de quarante-huit allégués, divers moyens de preuve étant offerts à leur appui.

### **E. 3.2**

L'art. 311 al. 1 CPC impose au justiciable de motiver son appel. Il doit ainsi s'efforcer d'établir que la décision attaquée est entachée d'erreurs, que ce soit au niveau des faits constatés et/ou des conclusions juridiques qui en sont tirées. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. Si la motivation de l'appel est identique aux moyens déjà présentés aux juges de première instance, si elle ne contient que des critiques toutes générales de la décision attaquée, ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance, elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC et le grief doit être déclaré irrecevable (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A\_74/2018 du 28 juin 2018 consid. 3.2 ; TF 4A\_218/2017 du 14 juillet 2017 consid. 3.1.2, SJ 2018 I 21 ; TF 5A\_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2, in Revue suisse de procédure civile [RSPC] 2013 p. 29). La motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que l'appelant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 5A\_503/2018 du 25 septembre 2018 consid. 6.3 ; TF 5A\_573/2017 du 19 octobre 2017 consid. 3.1 ; TF 4A\_659/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3, SJ 2012 I 231). Il en résulte que, lorsque l'appelant retranscrit ce qu'il considère être « les faits déterminants et établis », sans faire la moindre allusion à l'état de fait contenu dans le jugement attaqué et sans rien indiquer sur l'objet et le fondement de ses éventuelles critiques, cette partie du mémoire d'appel est irrecevable. Il n'appartient pas à l'autorité d'appel de comparer l'état de fait présenté en appel avec celui de la décision attaquée pour y déceler les éventuelles modifications apportées et en déduire les critiques de

- 26 - l'appelant (CACI 16 décembre 2019/665 consid. 4.2 ; CACI 21 novembre 2018/651 consid. 3.3 ; CACI 29 juin 2017/273 consid. 3.2).

### **E. 3.3**

; TF 4A\_483/2014 du 25 novembre 2014 consid. 6.1). Le tribunal ne doit en particulier pas placer ses connaissances au-dessus de celles de l'expert. Il doit en général se limiter à l'examen de questions formelles et admettre qu'au reste, il appartient aux parties, qui ont le devoir de collaborer, de remettre en cause le fondement de l'expertise (TF 4A\_202/2014 du 18 février 2015 consid. 4.1 ; TF 4C.363/2000 du 3 avril 2001 consid. 3b). Une expertise judiciaire ordonnée et établie dans le cadre d'une autre procédure (expertise dite « extérieure ») peut être produite à titre d'expertise judiciaire ; l'aptitude à la preuve de telles

expertises «étrangères» au procès principal n'empêche pas que le droit d'être entendues des parties à celui-ci doive pouvoir être exercé, si bien qu'elles doivent avoir la possibilité de se déterminer sur le contenu de l'expertise effectuée (art. 187 al. 4 CPC), de se prononcer rétrospectivement sur la personne de l'expert (art. 183 al. 2 CPC) ou de proposer des questions complémentaires (art. 185 al. 2 CPC) (ATF 140 III 24 consid. 3.3.1.3 et les références citées, JdT 2016 II 308 ; TF 4A\_9/2018 du 31 octobre 2018 consid. 5.2.1).

#### **E. 4.1**

L'appelant se plaint d'une constatation inexacte des faits, selon des critiques développées ci-dessous.

##### **E. 4.2.1**

Il fait premièrement valoir que c'est à tort que les premiers juges ont retenu qu'il avait accepté le contrat « e-forex ». Il conteste en particulier la valeur probante du rapport d'expertise judiciaire établi par MM. V. \_\_\_\_\_ et H. \_\_\_\_\_ dans le cadre d'un procès opposant l'intimée à d'autres de ses clients, en lien avec des faits analogues à ceux de la présente cause. Par ailleurs, de l'avis de l'appelant, la preuve de son acceptation de ce contrat serait lacunaire, faute d'avoir été apportée de façon stricte ; il serait ainsi possible qu'une anomalie du système lui ait

- 27 - permis d'accéder à la plateforme [...] sans acceptation préalable du contrat précité. Pour retenir que l'appelant avait accepté le contrat « e-forex », l'autorité précédente s'est fondée sur des pièces de l'intimée, soit le « processus d'ouverture de compte [...] » – produit sous forme de captures d'écran – et la « brochure d'information [...] », ainsi que sur l'interrogatoire du vice-directeur de l'intimée. Les premiers juges ont relevé que, si les moyens de preuve précités ne suffisaient pas à fonder sa conviction, les éléments factuels qu'ils contenaient étaient cependant corroborés par le rapport d'expertise établi par V. \_\_\_\_\_ et H. \_\_\_\_\_.

##### **E. 4.2.2**

Aux termes de l'art. 157 CPC, le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées. Selon la jurisprudence, le juge apprécie librement la force probante de celles-ci en fonction des circonstances concrètes, sans être lié par des règles légales et sans être obligé de suivre un schéma précis (ATF 143 III 297 consid. 9.3.2 ; ATF 133 I 33 consid. 2.1 ; TF 5A\_250/2012 du 18 mai 2012 consid. 7.4.1). Il n'y a pas de hiérarchie légale entre les moyens de preuves autorisés, énoncés à l'art. 168 CPC (TF 5A\_113/2015 du 3 juillet 2015 consid. 3.2). La doctrine reconnaît cependant que certaines preuves soient considérées comme plus fiables et plus probantes que d'autres ; ainsi, un titre a-t-il en principe plus de poids que la déposition des parties ou des témoins (Brönnimann, in Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berne 2012 [ci-après : BK-ZPO], n. 17 ad art. 157 CPC ; Guyan, in Spühler et al. [édit.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3e éd, Bâle 2017, n. 6a ad art. 157 CPC). Comme tout moyen de preuve, une expertise – judiciaire – est sujette à la libre appréciation des preuves par le juge. Le tribunal ne peut toutefois s'écarter d'une expertise judiciaire que pour des motifs pertinents et doit motiver un éventuel écart. Il ne saurait, sans motifs déterminants, substituer son appréciation à celle de l'expert, sous peine de verser dans l'arbitraire (TF 5A\_465/2016 du 19 janvier 2017 consid. 5.2.2. et les références citées ; TF 4A\_612/2015 du 9 mai 2016 consid.

### E. 4.2.3

L'appelant conteste la force probante du rapport établi par V. \_\_\_\_\_ et H. \_\_\_\_\_, sans toutefois indiquer les motifs pour lesquels celle-ci serait réduite. Il relève le fait que le rapport ne constitue pas une expertise – judiciaire – au sens des art. 183 ss CPC et expose que le rapport ne fait qu'affirmer que l'acceptation du contrat « e-forex » était nécessaire à l'utilisation de la plateforme [...] sans expliquer comment la vérification de cette acceptation s'opérait dans le système informatique, sans autre critique substantiée. Outre sa motivation insuffisante, la critique de l'appelant est infondée. Le rapport précité peut en effet être considéré comme une expertise judiciaire, dès lors qu'il a été mis en œuvre dans le cadre d'une procédure judiciaire parallèle et que l'appelant a eu l'opportunité de se déterminer à cet égard, ce qu'il a fait par le dépôt de ses déterminations du 22 novembre 2018, sans toutefois élever de griefs s'agissant de

- 29 - l'identité des experts ni proposer de soumettre d'éventuelles questions complémentaires ou observations à la preuve par expertise. Cette question n'est, quoi qu'il en soit, pas déterminante. La preuve peut en effet être rapportée par d'autres moyens que l'expertise judiciaire. A supposer que le rapport litigieux doive être considéré comme un titre, le seul fait que le rapport litigieux ait été rendu dans le cadre d'une procédure judiciaire parallèle ne lui ôte pas tout caractère probant, en tout cas s'agissant de réponses à des questions générales. Or, les experts ont fourni des informations d'ordre général sur la conclusion du contrat « e-forex » entre l'intimée et l'ensemble de ses clients faisant usage de la plateforme [...]. Ils ont retenu qu'il apparaissait « extrêmement improbable qu'un utilisateur ait pu utiliser la plateforme sans avoir préalablement accepté le contrat ». Ce constat constitue une affirmation générale (« un utilisateur ») ne concernant pas uniquement les parties au procès dans le cadre duquel l'expertise a été rendue, mais tout utilisateur de la plateforme [...]. Rien n'indique qu'il faille apprécier la force probante du rapport – que celui-ci soit considéré comme une expertise judiciaire ou un titre – avec retenue. Le fait qu'il ne fournisse pas d'explication technique quant à la manière dont la vérification de l'acceptation du contrat « e-forex » s'opère dans le système informatique, à l'impact sur les codes informatiques de cette acceptation, ou encore à la façon dont celle-ci permet un déblocage de la plateforme [...], ne suffit pas à renverser cette appréciation. Pareilles exigences vont trop loin et ne permettent pas de mettre en doute les conclusions des experts, respectivement l'appréciation des preuves des premiers juges, étant relevé qu'il paraît improbable qu'un accès à une plateforme de négoce puisse se faire sans acceptation préalable d'un contrat ou de conditions d'utilisation. L'appelant ne démontre en tout cas pas le contraire, ce qu'il lui appartenait pourtant de faire s'il entendait mettre en doute les éléments probants avancés par l'intimée. On ne saurait en définitive retenir que l'ensemble des informations techniques susmentionnées sont nécessaires pour admettre l'acceptation du contrat « e-forex » par l'appelant, lequel ne nie pas avoir utilisé la plateforme [...].

- 30 - S'agissant de la preuve prétendument lacunaire de l'acceptation par l'appelant du contrat « e-forex », la critique de l'appelant revient à soutenir que l'autorité précédente s'est contentée de la simple vraisemblance des faits allégués pour retenir que ce contrat avait été accepté par l'appelant. Il ressort toutefois du jugement attaqué que les premiers juges ont retenu ce fait sur la base de différents moyens de preuves (cf. supra consid. 4.2.1) et ont acquis une conviction à cet égard. Les développements faits par l'appelant en lien avec une possible défaillance du système – laquelle lui aurait hypothétiquement permis d'accéder à la

plateforme [...] sans acceptation préalable du contrat « e-forex » – sont inconsistants, cette hypothèse n'ayant au demeurant pas été alléguée, ni a fortiori prouvée, par l'appelant. En définitive, on ne saurait reprocher à l'autorité précédente d'avoir retenu, en se fondant sur une pluralité de preuves concordantes, que l'appelant avait accepté le contrat « e-forex ». Il a ainsi été retenu, avec les premiers juges, que l'appelant avait accepté les termes de ce contrat le 4 septembre 2014 au plus tôt, date à laquelle remontent les premières transactions Forex sur la paire EUR/CHF opérées par l'appelant par le biais de la plateforme [...].

#### **E. 4.3.1**

L'appelant reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu que le cours offert par l'intimée sur la paire de devises EUR/CHF avait atteint, à une ou plusieurs reprises, le 15 janvier 2015 entre 10 heures 30 et 10 heures 41 et 03 secondes, un taux de 1.194. Il fait aussi valoir que la majorité des ordres stop-loss émis par d'autres clients de l'intimée ont été exécutés après l'abandon du taux plancher, ce qui ne ressort pourtant pas du jugement entrepris. En lien avec ce qui précède, l'appelant conteste l'inexistence de cotations traitables au cours EUR/CHF de 1.194, telle que retenue par les premiers juges.

#### **E. 4.3.2**

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

- 31 - prouver les faits dont elles déduisent leurs prétentions (TF 5A\_747/2012 du 2 avril 2013 consid. 5.2 et les références citées). La maxime des débats comprend trois règles : le tribunal ne peut soumettre à la subsumption 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). L'art. 222 al. 2 CPC prévoit que le défendeur expose quels sont les faits allégués par le demandeur qui sont reconnus ou contestés. Seuls les faits ainsi exposés, ensuite admis entre les parties ou, s'ils sont contestés, dûment prouvés, peuvent fonder le jugement (TF 4A\_582/2016 du 6 juillet 2017 consid. 4.4). Pour qu'une contestation soit considérée comme suffisamment motivée, elle doit constituer une déclaration claire selon laquelle la véracité d'une allégation déterminée et concrète de la partie adverse est remise en cause (ATF 141 III 433 consid. 2.6, SJ 2016 I 162 ; TF 4D\_44/2017 du 30 octobre 2017 consid. 4.3.3 ; TF 5A\_710/2009 du 22 février 2010 consid. 2.3.1, non publié in ATF 136 III 257).

#### **E. 4.3.3**

En l'espèce, aucun allégué de la procédure n'est consacré aux questions soulevées par l'appelant. Seuls les allégués 149 et 150, dont le contenu a d'ailleurs été repris par les premiers juges, se réfèrent à la volonté de l'appelant de limiter ses pertes en dotant sa position d'un ordre stop-loss au taux de 1.194, sans toutefois traiter des autres points susmentionnés. C'est également de façon tardive que l'appelant se prévaut du traitement qui aurait été réservé, le 15 janvier 2015, aux ordres stop-loss émis par d'autres clients de l'intimée, aucun allégué ne traitant de ces questions, étant encore relevé que l'appelant n'en tire aucune conséquence en droit. Il en va de même de la prétendue existence de cotations traitables au cours EUR/CHF de 1.194 dès 10 heures 30 minutes et 49 secondes, si bien qu'on ne saurait se distancer de la constatation selon laquelle le 15 janvier 2015, à partir de 10 heures 30 minutes et 48-49 secondes, les cotations traitables sur le marché interbancaire étaient inexistantes pour la paire de devises CHF/EUR («

- 32 - illiquidité » du marché), conformément à ce qui a été régulièrement allégué et prouvé par l'intimée. Mal fondé, le grief est rejeté.

### **E. 5.1**

Sous l'angle de la violation du droit, l'appelant reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu que la responsabilité contractuelle de l'intimée était engagée. Il considère que l'ordre stop-loss dont il avait doté sa position au mois de janvier 2015 correspondait à un ordre de vente conditionnel et que l'intimée a violé ses obligations contractuelles en n'exécutant pas cet ordre sitôt la condition suspensive – soit le franchissement du taux de 1.194 – réalisée. Invoquant l'art. 185 al. 3 CO, l'appelant fait valoir que la question de l'« illiquidité » temporaire du marché survenue le 15 janvier 2015 est dénuée de pertinence et relève que l'intimée n'était pas dans l'impossibilité objective d'exécuter l'ordre litigieux. Il invoque enfin l'absence de clause exclusive de responsabilité dans le contrat « e-forex » s'agissant de l'exécution des ordres stop-loss.

### **E. 5.2.1**

En matière d'opérations de vente de devises, le Tribunal fédéral considère que la relation juridique nouée entre les parties relève du contrat de vente au sens des art. 184 ss CO (TF 4C.152/2002 du 22 juillet 2002 consid. 2.1 ; cf. ég. Lombardini, Droit bancaire suisse, 2e éd., Zurich Bâle Genève 2008, p. 721 n. 17 et p. 723 n. 22). La banque doit ainsi fournir le résultat promis, sans être tenue de sauvegarder les intérêts de son client (Lombardini, op. cit., p. 721 n. 17 et p. 722 n. 19), aucun des cocontractants n'étant chargé de veiller sur les intérêts de l'autre, puisque chacun défend des intérêts qui s'opposent (TF 4C.152/2002 précité, consid. 2.2). S'agissant du transfert des profits et des risques, l'art. 185 al. 3 CO prévoit, en matière de contrat de vente conclu sous condition suspensive, qu'ils ne passent à l'acquéreur que dès l'accomplissement de la condition.

- 33 -

### **E. 5.2.2**

Le droit des contrats est régi par le principe fondamental de la fidélité contractuelle, lequel commande que les parties respectent leurs promesses (*pacta sunt servanda*), ce même si les conditions existant lors de la conclusion se modifient ultérieurement de manière non prévue. Autrement dit, et en règle générale, les cocontractants sont tenus de supporter les risques découlant d'un changement de circonstances (ATF 104 II 315, JdT 1979 I 603 ; ATF 107 II 347, JdT 1982 I 277 ; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., Berne 1997, p. 785 ss). Le principe connaît toutefois des limites, soit voulues par les parties (art. 19 CO) soit prévues par la loi (cf. not. art. 23 ss ou 119 CO). Le principe de la liberté contractuelle (art. 19 CO) permet ainsi aux parties de convenir de clauses d'adaptation de leur contrat, en cas de changement de circonstances. Elles sont habilitées à prendre en compte certains risques susceptibles d'empêcher ou de rendre exorbitante l'exécution de leurs prestations, comme le risque de guerre, d'embargo ou de grève, ou le risque de dévalorisation monétaire, ou encore le risque de détérioration de la santé, voire de décès de l'une d'elles. Selon les cas, le risque peut être exclu de la dette imputable au débiteur en cause, ou alors sa survenance permet-elle à l'un ou l'autre des partenaires d'exiger la modification du contrat ou son extinction, avec ou sans indemnisation (Engel, op. cit., p. 789). De telles clauses ne sont admissibles que dans les limites de la loi (art. 19 al. 1 CO), celle-ci n'excluant les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou

aux droits attachés à la personnalité (art. 19 al. 2 CO).

### **E. 5.3**

L'appelant ne conteste à juste titre pas que les relations des parties, en tant qu'elles concernent les transactions Forex opérées sur la plateforme [...], doivent être analysées à l'aune des règles applicables au contrat de vente. Cela étant, on relèvera d'emblée que la réalisation de la condition suspensive invoquée par l'appelant n'est pas prouvée, puisqu'il n'est pas établi que le taux de change de 1.194 ait été effectivement atteint le 15 janvier 2015 (cf. supra consid. 4.3.3), ce qui suffit à clore la discussion. Il sera par surabondance démontré que l'argumentaire de l'appelant est, quoi qu'il en soit, dénué de consistance.

- 34 - Le raisonnement de l'appelant part de la prémisse – erronée – selon laquelle il n'était pas lié par le contrat « e-forex », alors que son acceptation par l'appelant est établie (cf. supra consid. 4.2.3). Le contrat « e-forex » constituait, comme l'ont vu les premiers juges, un contrat-cadre par rapport aux contrats de vente successivement conclus lors de chaque opération de trading opérée sur la plateforme [...], ce que l'appelant ne discute pas. Ainsi, si les règles de la vente – en l'occurrence conditionnelle – sont effectivement applicables à l'ordre stop-loss litigieux, elles n'en sont pas moins complétées par les clauses du contrat « e-forex » conclu par les parties (art. 19 CO), lesquelles ne sont pas contraires au droit impératif, ce que l'appelant ne prétend d'ailleurs pas – à l'exception de la critique développée sous l'angle de l'art. 8 LCD (loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 ; RS 241), laquelle sera examinée au considérant suivant. Selon l'art. 4.7 ii) du contrat « e-forex », le client reconnaît que, lors d'une transaction, ses intérêts sont contraires à ceux de la banque. En outre, l'art. 4.7 v) prévoit que la banque n'a aucune obligation d'offrir des cours à tout moment. Par ailleurs, selon l'art. 4.13 iv), un ordre de type stop-loss ne garantit pas nécessairement une limitation des risques encourus dès lors que, dans certaines conditions de marché, cet ordre pourrait ne pas être exécuté. Il ressort expressément de ce dernier article que l'intimée ne garantissait pas qu'un ordre d'achat ou de vente soit exécuté au prix limite fixé par le client. En acceptant le contrat « e-forex », l'appelant a admis les risques inhérents aux transactions Forex. En l'occurrence, il a été établi en fait que l'annonce de l'abandon du taux plancher le 15 janvier 2015 a entraîné une absence de liquidité du marché, la liquidité du franc suisse étant quasiment inexistante. L'annonce de la BNS du 15 janvier 2015 a créé des conditions de marché exceptionnelles, comme l'ont confirmé les experts V.\_\_\_\_\_ et H.\_\_\_\_\_, en raison notamment du manque de liquidité sur le marché interbancaire à partir de 10 heures 30 minutes et 49 secondes. Ils ont également constaté l'inexistence de cotations traitables sur le marché interbancaire à partir de 10 heures 30 minutes et 48-49 secondes. Ces circonstances

- 35 - entrent manifestement dans le champ d'application de l'art. 4.13 iv) du contrat « e-forex », si bien que c'est en accord avec ce contrat que l'intimée n'a pas exécuté l'ordre stop-loss litigieux. Il s'ensuit que l'intimée n'a violé aucune de ses obligations contractuelles. Quant à la prétendue absence de clause exclusive de responsabilité s'agissant des ordres stop-loss, elle n'est raisonnablement pas plaidable au regard de la teneur exhaustive du contrat. La question peut, quoi qu'il en soit, souffrir de demeurer ouverte, dès lors qu'aucune faute n'est imputable à l'intimée. Mal fondée, la critique de l'appelant est rejetée.

### **E. 6.1**

Dans un dernier moyen, l'appelant fait valoir que les dispositions du contrat « e-forex » relatives aux ordres stop-loss tombent sous le coup de l'art. 8 LCD. Il fait valoir que l'intimée s'est réservé, dans le contrat « e-forex », un droit inconditionnel de ne pas exécuter, à sa guise, un ordre stop-loss émis par un client. L'appelant relève en particulier que les « conditions de marché » dans lesquelles un ordre stop-loss pourrait ne pas être exécuté, selon les termes de l'art. 4.13 iv) du contrat, ne sont ni exemplifiées ni suffisamment délimitées. Cette situation créerait un déséquilibre notable au sens de l'art. 8 LCD, entraînant la nullité de la clause en question. Les premiers juges ont admis que le contrat en cause entrerait dans le champ d'application de la LCD et que ce contrat prévoyait des droits et obligations différents pour les deux parties, ce qui constituait un déséquilibre formel au sens de l'art. 8 LCD. Ils ont toutefois écarté toute violation de cette disposition, au motif que le déséquilibre n'était pas assez marqué.

## **E. 6.2**

- 36 -

### **E. 6.2.1**

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

- 37 -

### **E. 6.2.2**

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. On

peut dès lors douter du fait que le contrat litigieux tombe véritablement sous le coup de l'art. 8 LCD. Cette question peut cependant demeurer ouverte, dans la mesure où une violation de cette disposition doit dans tous les cas être écartée, pour les raisons qui suivent.

### **E. 6.3.1**

Par conditions générales, on entend les clauses contractuelles préformulées qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'un contrat (Pichonnaz, 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.).

### **E. 6.3.2**

Pour qu'une clause soit considérée comme nulle (art. 20 al. 1 CO) parce qu'abusive au sens de l'art. 8 LCD, il doit exister une disproportion entre les droits et obligations du contrat qui soit notable et injustifiée (Pichonnaz, op. cit., n. 143 ss ad art. 8 LCD). En d'autres termes, le contrat doit être inéquitable (Bettschart, op. cit., n. 35 ; Bieri, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in Bohnet [édit.], Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 53 n. 17). Il convient à cet égard de procéder à une évaluation globale du contrat, le caractère inéquitable d'une clause pouvant être contrebalancée par une autre clause (Bettschart, op. cit., n. 36 s. ; Bieri, op. cit., p. 54 n. 18 ; Pichonnaz, op. cit., n. 153 ad art. 8 LCD). Le déséquilibre notable induit par la clause peut être compensé par un avantage concret accordé au consommateur. Le déséquilibre doit principalement s'apprécier par rapport au régime légal ou jurisprudentiel

- 38 - 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).

### **E. 6.3.3**

En l'espèce, comme l'ont retenu les premiers juges, le contrat « e-forex » contient des clauses qui doivent être qualifiées de conditions générales au sens de l'art. 8 LCD, dans la mesure où elles sont standardisées et n'ont pas été rédigées « sur mesure » pour la relation contractuelle en cause. Il convient d'abord de rappeler que le marché des changes est

extrêmement volatile et peut provoquer des gains, mais aussi des pertes, démesurés, voire illimités. Il s'agit donc d'opérations hautement risquées. Comme déjà relevé ci-dessus, on peut douter du fait que ce type de contrat entre dans le champ d'application de la LCD. Dans tous les cas, on ne décèle aucun caractère abusif ou illicite des clauses du contrat « e-forex », singulièrement en tant qu'elles concernent les ordres stop-loss, étant relevé que l'art. 4.13 iv critiqué par l'appelant, n'est ni indéterminé

- 39 - ni vague et ne permettait pas à l'intimée de décider à sa propre guise de ne pas exécuter un ordre stop-loss. La clause en question cite les situations d' « illiquidité » du marché, de défaillance du système électronique ou de télécommunications, ainsi que le cas de force majeure, à titre d'exemples de « conditions de marché » pouvant empêcher l'exécution d'un ordre stop-loss. Dans le cas d'espèce, la non-exécution a précisément été motivée par l'absence de liquidité du marché, expressément prévue à l'art. 4.13 iv du contrat. 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. En outre, la condition supplémentaire liée à la violation des règles de la bonne foi n'est pas non plus réalisée. On ne saurait en effet considérer que l'intimée ait profité, par le biais des clauses du contrat « e-forex », du manque d'expérience ou de connaissances de l'appelant, puisque celui-ci n'est pas étranger au monde de la banque et dispose d'une certaine expérience dans le domaine financier, pour avoir travaillé au sein de la banque privée [...], activité dans le cadre de laquelle il a activement géré un portefeuille variant entre 60 et 80 millions de dollars américains. L'on relèvera au surplus que le contrat précité contient un certain nombre d'éléments mis en évidence en gras, respectivement soulignés, lesquels constituent autant de mises en garde tendant à attirer l'attention du client sur les risques de pertes et la responsabilité encourue. Il s'ensuit que le grief doit être rejeté.

#### **E. 7**

Pour le reste, la décision attaquée n'est pas contestée en ce qui concerne le système de liquidation automatique mis en place par la banque et l'obligation de l'appelant de dédommager l'intimée à hauteur du solde négatif présenté par son compte à la suite de cette liquidation – la quotité du dommage n'étant pas non plus critiquée. La Cour de céans peut ainsi faire siens les considérants des premiers juges à cet égard.

- 40 -

#### **E. 8**

En définitive, l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 in fine CPC et le jugement confirmé. La requête d'assistance judiciaire de l'appelant est rejetée, compte tenu de l'absence de chances de succès de l'appel (art. 117 let. b CPC). L'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), supportera les frais judiciaires de deuxième instance, par 3'876 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]). Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.