

# Le «for du consommateur» et les contrats de services financiers à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral

ISABELLE ROMY\*

**Mots clés:** Contrats de consommation en matière de services financiers, Loi sur les fors, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano

**Schlagworte:** Konsumentenverträge bezüglich Finanzdienstleistungen, Gerichtsstandsgesetz, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen

**Parole chiave:** Contratti conclusi con consumatori in materia di servizi finanziari, Legge sul foro, Legge sul diritto internazionale privato, Convenzione di Lugano

## Résumé

La présente contribution met en lumière les conditions d'application des dispositions protectrices du droit suisse sur le for du consommateur en matière de contrats de services financiers à travers la récente jurisprudence du Tribunal fédéral, dans les rapports internes et internationaux. Elle analyse et commente les différents critères posés par les art. 22 al. 2 LFors, 120 al. 1 LDIP et 13 ss CL pour admettre l'existence d'un contrat de consommation en matière de contrats bancaires, avant d'examiner les perspectives qu'apportent le code de procédure civile suisse et la Convention de Lugano révisée.

## Zusammenfassung

Der Beitrag untersucht die Anwendungsbedingungen der Schutznormen schweizerischen Rechts bei Konsumentenverträgen bezüglich Finanzdienstleistungen im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Binnenverhältnis wie in Fällen mit kollisionsrechtlich relevantem Auslandsbezug. Er analysiert und kommentiert die verschiedenen Kriterien der Art. 22 Abs. 2 GestG, 120 Abs. 1 IPRG und 13 ff. LugÜ im Hinblick auf die Rechtsfigur des Konsumentenvertrages im Bereich von Finanzdienstleistungsverträgen; anschliessend werden die Zukunftsperspektiven (ZPO/CH und rev-LugÜ) erörtert.

## Riassunto

Il presente contributo mette in luce, attraverso l'esame della recente giurisprudenza del Tribunale federale, le condizioni di applicazione delle norme protettrici del diritto svizzero sul foro del consumatore in materia di contratti di servizi finanziari, sia nei rapporti interni che internazionali. Esso analizza e commenta i differenti criteri posti dagli art. 22 cpv. 2 LForo, 120 cpv. 1 LDIP e 13 seg. CL per ammettere l'esistenza di un contratto concluso con consumatori in materia di contratti bancari, prima di esaminare le prospet-

---

\* Professeure à l'Université de Fribourg, avocate à Zurich. Je remercie chaleureusement M. Arnaud Philippe, MLaw et avocat-stagiaire à Zurich, pour la précieuse aide qu'il m'a apportée lors de la préparation et de la rédaction de cet article. Cette contribution est fondée sur le texte d'une conférence donnée à Bâle le 16 mai 2008 à la *Schweizerische Konferenz der Hochschullehrer für Zivilverfahrensrecht*.

tive che apportano il Codice di procedura civile svizzero e la revisione della Convenzione di Lugano.

---

### Table des matières

- I. Introduction
- II. Bref rappel des principes généraux en matière de for du consommateur
  - 1. For partiellement impératif au domicile du consommateur
  - 2. Inefficacité des clauses de prorogation de for en faveur des tribunaux du siège de la banque
  - 3. Absence de notions uniformes de consommateur et de contrat de consommation
- III. Le for du consommateur selon l'art. 22 LFors
  - 1. Casuistique
  - 2. Commentaire
- IV. Le for du consommateur selon l'art. 114 LDIP
- V. Le for du consommateur selon les art. 13 ss CL
  - 1. Casuistique
    - a) *L'ATF 121 III 336*
    - b) *L'ATF 133 III 295*
    - c) *Arrêts rendus par des tribunaux étrangers*
  - 2. Commentaire
    - a) *Pas de restriction aux prestations de consommation courante*
    - b) *Absence de relation de confiance entre les parties?*
- VI. La situation future
  - 1. Le projet de code de procédure civile suisse
  - 2. La Convention de Lugano révisée
- VII. Conclusion

## I. Introduction

Les comptes rendus récents en matière de droit bancaire privé font état de l'inquiétude croissante des banques d'être attirées en justice par des clients étrangers devant les tribunaux du domicile de ces derniers, en dérogation aux clauses de prorogation usuelles en faveur du for au siège de la banque en Suisse<sup>1</sup>. Divers arrêts rendus par des tribunaux suisses et étrangers en application de la Conven-

---

1 LUC THÉVENOZ/DIETER ZOBL, *Le droit bancaire privé suisse*, in: RSDA 2007, p. 311 s.; ROMEO CERUTTI, *Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem – Ein Überblick*, in: RDS 2008 I, p. 71; SYLVAIN MARCHAND, *Jurisprudence civile bancaire et financière 2004–2005 – Commentaire et inventaire*, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (éd.), *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, Genève/Zürich/Bâle 2006, p. 79 s.

tion de Lugano<sup>2</sup> (CL) confirment en effet qu'à certaines conditions, les clients mécontents peuvent se prévaloir des dispositions protectrices de la Convention de Lugano sur le for du consommateur dans des litiges bancaires et attirer une banque suisse devant le juge de leur domicile à l'étranger.

Deux arrêts rendus par le Tribunal fédéral sont propres à étayer les craintes évoquées ci-dessus. Notre Haute-Cour y précise la portée des dispositions sur le for du consommateur dans des affaires bancaires en application de la Convention de Lugano. Cette jurisprudence, examinée ci-après, apporte des précisions bienvenues quant à la portée de ces dispositions mais laisse néanmoins plusieurs questions indécises. En outre, elle démontre que la notion de contrat de consommation en relation avec des services financiers n'est pas uniforme mais qu'elle varie selon les dispositions légales applicables, en matière interne ou internationale. Cette situation crée une insécurité juridique et donne lieu à des controverses doctrinales, particulièrement en matière bancaire.

L'objet de cette contribution est d'offrir un aperçu des règles actuelles et des développements législatifs en matière de for du consommateur dans les litiges fondés sur des contrats de services financiers. Elle vise à préciser les conditions auxquelles ces contrats tombent dans le champ d'application des dispositions protectrices des consommateurs et l'incidence de cette réglementation pour les banques.

Après un bref rappel de quelques principes généraux (*infra* II), nous nous attacherons à déterminer les conditions dans lesquelles un contrat de service financier peut être considéré comme un contrat de consommation. Dans la mesure où ces conditions dépendent de la loi qui s'applique, elles seront d'abord examinées sous l'angle de la Loi sur les fors<sup>3</sup> (LFors; *infra* III), de la Loi sur le droit international privé<sup>4</sup> (LDIP; *infra* IV) puis de la CL (*infra* V). Les perspectives qu'apportent le code de procédure civile suisse et la Convention de Lugano révisée seront également abordées (*infra* VI).

## **II. Bref rappel des principes généraux en matière de for du consommateur**

### **1. For partiellement impératif au domicile du consommateur**

En droit suisse, la nécessité de protéger le consommateur comme partie la plus faible à un contrat de fourniture de services en tous genres s'est concrétisée tout

---

2 Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Lugano le 16 septembre 1988 (RS 0.275.11).

3 Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RS 272).

4 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291).

d'abord dans de nombreuses règles de droit matériel contenues dans des lois éparses<sup>5</sup>. Ces dispositions se sont doublées de règles procédurales tendant à faciliter l'accès des consommateurs à la justice en leur offrant des actions défensives et en réparation qui sont mises en œuvre dans des procédures rapides et simples lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas le seuil de CHF 20 000<sup>6</sup>. Par ailleurs, cette volonté de protection s'est traduite par des règles de compétence semi-impérative en faveur du domicile du consommateur. Le but était notamment d'éviter que le consommateur ne soit découragé d'agir en justice en se voyant obligé d'intenter action devant le tribunal du domicile de son cocontractant<sup>7</sup>. Ainsi, des règles spéciales qui dérogent au for ordinaire du domicile du défendeur, voire au for usuel du lieu d'exécution de la prestation contractuelle, ont été insérées aux art. 21 s. LFors. Dans les rapports internationaux, de telles clauses ont été introduites à l'art. 114 LDIP ainsi qu'aux art. 13 ss CL. Ces normes permettent au consommateur d'agir, à son choix, devant les tribunaux de son domicile ou devant ceux du siège du fournisseur. Ce dernier, lui, doit agir au domicile du consommateur<sup>8</sup>. En outre, elles limitent fortement la possibilité de conclure des conventions d'élection de for avant la naissance d'un différend.

## **2. Inefficacité des clauses de prorogation de for en faveur des tribunaux du siège de la banque**

Les art. 21 LFors, 114 al. 2 LDIP et 15 CL prévoient que le consommateur ne peut pas renoncer au for de son domicile avant la naissance du différend. Par conséquent, si les rapports contractuels entre le client d'une banque et cette dernière devaient être qualifiés de contrats de consommation au sens de ces dispositions, les clauses d'élection de for en faveur des tribunaux du siège de la banque couramment insérées dans les conditions générales des banques seraient inefficaces. La banque ne pourra dès lors pas invoquer valablement une telle clause à l'appui d'une exception d'incompétence si le client ouvre action au for de son

---

5 On peut mentionner à titre d'exemples la Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD; RS 241); la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251); la Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 8 octobre 1993 (LCC; RS 221.214.1); la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 18 juin 1993 (LRFP; RS 221.112.944).

6 Art. 1 Ordonnance fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale (RS 944.8).

7 Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, FF 1982, p. 394.

8 BERNARD DUTOIT, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bâle/Genève/Munich 2005*, p. 370. Sur la possibilité, pour le fournisseur, d'intenter action au lieu d'exécution du contrat selon l'art. 113 LDIP, voir DANIEL GIRSBERGER et alii (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG, Zurich/Bâle/Genève 2004*, p. 1183 s.

domicile. En outre, la banque ne pourra pas agir à son siège contre un client étranger, à moins qu'une élection de for ne soit conclue après la naissance du différend ou que ce client étranger accepte tacitement (art. 6 LDIP et art. 18 CL) ou expressément (art. 21 al. 1 LFors *a contrario*) la compétence du juge saisi.

### **3. Absence de notions uniformes de consommateur et de contrat de consommation**

Les art. 22 al. 2 LFors, 120 al. 1 LDIP et 13 CL ne définissent pas le consommateur qui bénéficie de ces normes protectrices. Le droit matériel de la consommation, pour sa part, ne contient pas de notion uniforme du consommateur, laquelle varie au contraire selon le but et le champ d'application de la loi applicable au fond<sup>9</sup>. Néanmoins, un dénominateur commun se dégage des normes qui visent à protéger les intérêts économiques du consommateur; dans ce cadre, est un consommateur *toute personne physique qui acquiert des biens ou services dans un but qui peut être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle*<sup>10</sup>. La question de savoir quel type de contrat tombe dans le champ d'application des dispositions protectrices sur le for du consommateur doit être résolue selon le texte et le sens de la norme légale considérée. Ainsi, les art. 22 al. 2 LFors et l'art. 114 LDIP, qui renvoie à l'art. 120 al. 1 de cette loi, s'appliquent aux contrats qui portent sur une prestation de consommation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur, alors que l'art. 13 CL s'applique aux contrats conclus pour un usage pouvant être considéré comme étranger à l'activité professionnelle du consommateur, sans exiger qu'il s'agisse d'une prestation de consommation courante.

Ces conditions seront examinées plus en détail ci-après.

### **III. Le for du consommateur selon l'art. 22 LFors**

La LFors a été édictée en vue de supprimer la grande dispersion qui régnait en Suisse en matière de compétence, due à l'éparpillement des dispositions sur le for dans le droit matériel de la Confédération et dans les codes de procédure cantonaux. En outre, l'unification, sur le plan fédéral, des règles de compétence à raison du lieu dans les affaires civiles était dictée par la nécessité d'harmoniser le droit interne suisse avec la Convention de Lugano. S'agissant plus précisément

---

9 ELISABETH UMULISA MUSABY, L'accès des consommateurs à la justice: De la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation à la procédure collective, thèse Lausanne 2008, p. 27 ss.

10 UMULISA MUSABY (note 9), p. 28.

du for des contrats conclus avec des consommateurs, le projet de la loi sur les fors contenait un art. 23 presque en tous points similaire à l'actuel art. 22; cependant, à la différence du texte actuel et en accord avec l'art. 14 CL, il ne restreignait pas son champ d'application aux contrats portant sur des prestations de consommation courante. La suppression de cette condition, expressément formulée à l'art. 120 LDIP, donna lieu à des débats aux Chambres. Des craintes furent émises que ce for puisse s'appliquer à tous les contrats conclus par une personne privée dans des buts privés avec un fournisseur de services. La condition selon laquelle les contrats soumis à l'art. 22 LFors doivent porter sur une prestation de consommation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur a donc été réintroduite devant les Chambres fédérales. Les contrats de consommation courante au sens de cette disposition englobent ainsi les contrats de démarchage à domicile, les contrats de vente par acomptes et de vente avec paiements préalables ou encore les contrats de crédit à la consommation<sup>11</sup>.

Hormis le cas déjà mentionné des contrats de crédit à la consommation ou des contrats de vente à tempérament, les contrats de services bancaires n'ont pas fait l'objet de discussions parlementaires lors de l'adoption de la LFors.

## 1. Casuistique

A l'ATF 132 III 268<sup>12</sup>, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de concrétiser la notion de contrat de consommation au sens de l'art. 22 LFors en matière de services financiers.

Le litige opposait un gérant professionnel de fortune et la banque à laquelle il avait cédé les actions d'une société pour un prix qui n'est pas spécifié, mais qui s'élevait vraisemblablement à plusieurs millions de francs. Le différend portait sur la rétrocession de ces actions. Les parties avaient conclu une convention de prorogation de for, intégrée dans les conditions générales de la banque, qui prévoyait de manière usuelle un for au siège de la banque à Genève. Le gérant, partie demanderesse, a néanmoins saisi le tribunal de commerce du Canton de Zurich en invoquant les art. 21 et 22 LFors et la nullité de la clause de prorogation de for.

Le Tribunal fédéral pose le principe qu'un contrat de consommation au sens de l'art. 22 LFors est conclu entre un professionnel, auteur de l'offre, et un consommateur; la prestation contractuelle est destinée à satisfaire les besoins privés du consommateur. Le champ d'application doit être compris de façon stricte,

---

11 THOMAS MÜLLER/MARKUS WIRTH (éd.), *Gerichtsstandsgesetz*, Zürich 2001, p. 539.

12 JdT 2006 I p. 564 ss.

car la protection sociale se limite exclusivement aux consommateurs privés et aux prestations de consommation courante<sup>13</sup>.

Le Tribunal fédéral confirme que les contrats de prestation de services financiers peuvent être des contrats de consommation courante selon le genre, le but et le volume de l'affaire<sup>14</sup>. La tenue de comptes et de dépôts ainsi que les opérations relatives aux paiements et aux titres peuvent, de par leur nature, tomber dans le champ d'application de l'art. 22 LFors. En revanche, les contrats d'investissement ne sont pas, de par leur nature, des objets de consommation courante.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré, comme les premiers juges, que le demandeur avait déposé auprès de la banque un montant important, sous forme de titres et de capitaux, qui provenait de la vente de son entreprise; en raison de la provenance et de l'importance de ces fonds, l'objet de la prestation contractuelle dépassait le cadre de la consommation courante<sup>15</sup>.

## 2. Commentaire

Il ressort de cette jurisprudence que la qualification de contrat de consommation ne répond pas à une typologie précise mais varie selon les circonstances du cas d'espèce et notamment du *volume de l'affaire*<sup>16</sup>. Cette approche pragmatique a le mérite de permettre une certaine souplesse dans l'application de ces normes mais elle suscite une insécurité juridique. En effet, à moins d'avoir conclu un accord qui soit clairement un contrat de consommation (tel un contrat de crédit selon la LCC), les parties ne seront fixées sur la nature de leur contrat et la validité d'une éventuelle clause de prorogation de for qu'au moment du procès. Pour cette raison, quelques auteurs proposent d'introduire une limite chiffrée pour concrétiser la prestation de consommation courante. Toutefois, ils divergent sur les montants à adopter<sup>17</sup>. En outre, cette proposition n'empêchera pas des discus-

---

13 ATF 132 III 268, consid. 2.2.2.

14 ATF 132 III 268, consid. 2.2.3.

15 ATF 132 III 268, consid. 2.2.4.

16 ATF 132 III 268, consid. 2.2.3; CHRISTIAN KEUSEN, Konsumentengerichtsstand – «Gerichtsstand ist der Sitz der Bank?», in: RDS 2007 I, p. 96–97.

17 KEUSEN propose comme limite supérieure permettant de distinguer un contrat de consommation d'un contrat qui ne l'est pas, la limite de crédit de CHF 80 000 prévue à l'art. 7 al. 1 lit. e LCC (KEUSEN [note 16], p. 97–98). GROSS propose également de s'inspirer de la limite prévue par l'art. 7 al. 1 lit. e LCC. Il la trouve toutefois trop élevée et propose la limite de CHF 8 000 (aujourd'hui CHF 20 000) prévue par l'art. 1 de l'Ordonnance fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale (MÜLLER/WIRTH [note 11], p. 536; BALZ GROSS, Konsumentenverträge [Art. 22 GestG], in: Peter Gauch/Daniel Thürer [éd.], zum Gerichtsstand in Zivilsachen, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 108 s.). UMULISA MUSABY propose encore de fixer une limite équivalente à la valeur litigieuse minimale

sions sur la nature d'un tel contrat et ne lèvera pas les incertitudes liées à l'utilisation de notions indéterminées<sup>18</sup>.

Ensuite, l'exclusion des contrats d'investissement ou de placements financiers du cercle des contrats de consommation courante ne fait pas l'objet d'un consensus en doctrine<sup>19</sup>. On voit mal pour quelles raisons un investisseur qui achète, pour un modeste montant, des parts d'un fonds de placement qu'un gérant lui a recommandé ne pourrait pas bénéficier de la protection prévue par le for au domicile du consommateur. Dans un tel cas, il se trouve également dans une position caractérisée par un déséquilibre structurel, qui justifie précisément la protection prévue par ce for<sup>20</sup>.

#### IV. Le for du consommateur selon l'art. 114 LDIP

Dans le champ d'application de la LDIP, le for en matière de litiges fondés sur des contrats conclus avec des consommateurs est régi par l'art. 114 de cette loi. Cette disposition prévoit un for alternatif à la disposition du consommateur à son domicile ou au siège du fournisseur. L'action du fournisseur contre le consommateur doit être portée au domicile du défendeur<sup>21</sup>.

Ce for est limité aux contrats définis à l'art. 120 LDIP, à savoir aux contrats qui portent sur des prestations de consommation courante destinées à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale de ce dernier. On peut à cet égard renvoyer aux développements qui précèdent. En outre, ce for n'est ouvert que si l'une des trois autres conditions posées à l'art. 120 al. 1 LDIP est réalisée (le fournisseur a reçu la commande dans l'Etat de domicile du consommateur, la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou le consommateur a

---

pour déposer un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral, soit CHF 30 000 (art. 74 al. 1 let. b LTF; UMULISA MUSABY [note 9], p. 63).

18 La casuistique est encore peu abondante: citons un arrêt du Tribunal cantonal de St-Gall du 13 février 2008, qui considère qu'un contrat conclu avec un avocat n'est pas un contrat de consommation courante (BZ 2007 68). Le tribunal cantonal de Zoug a considéré que les art. 21 s. LFors ne s'appliquent pas aux produits de luxe. En l'espèce, il a admis qu'un contrat de location d'un camping car pour une période de deux semaines et un prix de CHF 1 875 était bien un contrat de consommation courante (arrêt du 30 juin 2004, in: ZGGVP 2004, p. 189–191).

19 *Pro*: MÜLLER/WIRTH (note 11), p. 531 ss; GROSS (note 17), p. 107. *Contra*: CHRISTOPHE LEUENBERGER VERZASCONI, Konsumentenverträge nach 22 GestG in der Bankpraxis, in: Michael Leupold et alii (éd.), Der Weg zum Recht – Festschrift für Alfred Bühler, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 29–30.

20 Du même avis, LEUENBERGER VERZASCONI (note 19), p. 29 s.

21 Voir note 8.

été incité par son fournisseur à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande).

Il existe peu de jurisprudence rendue en application de l'art. 120 LDIP. Le Tribunal fédéral a admis qu'un contrat de chèque de voyage d'un montant de US\$ 20 300 est bien un contrat de consommation courante<sup>22</sup>. Les contrats bancaires n'ont pas fait l'objet de discussion doctrinale approfondie<sup>23</sup>.

## V. Le for du consommateur selon les art. 23 ss CL

Contrairement aux art. 22 LFors et 114 LDIP combiné avec l'art. 120 LDIP, les art. 13 ss CL ne sont pas limités aux contrats portant sur une prestation de consommation courante. Leur champ d'application est donc plus large. Ensuite, pour garantir une application *uniforme*<sup>24</sup> de la CL par toutes les Parties contractantes, celle-ci s'interprète de manière *autonome*<sup>25</sup>, *i.e.* indépendamment d'un droit national et en tenant compte des décisions rendues par les tribunaux des Parties contractantes. Quelques arrêts rendus en Suisse et à l'étranger permettent de mieux cerner le champ d'application de ces dispositions en matière de contrats de services financiers. Ils sont examinés plus en détail ci-après.

### 1. Casuistique

#### a) L'ATF 121 III 336<sup>26</sup>

Ce premier arrêt rendu par le Tribunal fédéral en application des art. 13 ss CL ne concerne pas directement une relation contractuelle relative à des services financiers; il n'en demeure pas moins instructif dans un tel contexte. En l'espèce, un collectionneur domicilié en Angleterre avait déposé des timbres auprès d'une société établie en Suisse afin que celle-ci les vende aux enchères. Cette société avait versé des avances au collectionneur qui n'étaient pas couvertes par le prix obtenu lors de la vente aux enchères; la société a finalement ouvert action contre le collectionneur en remboursement des avances (soit un montant de plus de CHF 300 000). L'action a été intentée devant un tribunal zurichois, lequel a nié

---

22 ATF 130 III 17.

23 BRUNNER les soumet sans distinction à l'art. 120 LDIP (HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER/STEPHEN V. BERTI [éd.], Basler Kommentar zum IPRG, Bâle 2007, p. 805 et 897).

24 Cf. Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention de Lugano.

25 ATF 121 III 336, consid. 5e) aa; ATF 133 III 295, consid. 8.1. Circonstancié: FELIX DASSER/PAUL OBERHAMMER (éd.), Kommentar zum Lügano-Übereinkommen (LugÜ), Berne 2008, p. 881 et 884 ss.

26 JdT 1996 I p. 78 ss.

sa compétence au motif que le collectionneur était un consommateur au sens de la CL.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral examine tout d'abord la question de savoir si le contrat litigieux est un contrat de consommation. Ce qui est déterminant pour cette qualification est que la prestation contractuelle soit destinée à répondre à un *besoin privé* du consommateur<sup>27</sup>. La notion de contrat de consommation peut donc comprendre tous les contrats, y compris les contrats de fourniture de services conformément à l'art. 13 CL, si la prestation fournie l'est pour un usage privé personnel ou familial du consommateur<sup>28</sup>. Il n'est ici *plus question de prestations de consommation courante*.

Pour définir la notion de service, le Tribunal fédéral se fonde sur l'art. 60 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne. Des fournitures de services de tous ordres tombent sous le coup de l'art. 13 CL, pourvu qu'elles servent à la consommation privée, qu'elles ne concernent pas les domaines des transports, de l'assurance ou du bail immobilier et qu'elles présentent les relations spécifiques mentionnées à l'art. 13 al. 1 ch. 3 let. a et b CL<sup>29</sup>. Ces contrats ne seront en revanche pas qualifiés de contrats de consommation lorsque ce n'est pas leur caractère commercial qui est au premier plan, mais les relations personnelles, en particulier les rapports de confiance entre les parties<sup>30</sup>.

S'appuyant, d'une part, sur une opinion défendue en doctrine selon laquelle, dans le doute, il faut retenir un contrat de consommation et, d'autre part, sur le fait que les prestations de services dans le but de réaliser un gain dans le cadre de la gestion privée de sa fortune n'excluent pas un tel contrat, le Tribunal fédéral a admis l'existence d'un contrat de consommation, tout en reconnaissant qu'il s'agissait d'un cas limite<sup>31</sup>. Il confirme ici que les contrats de services et de crédits entrent dans la catégorie des contrats de consommation.

#### b) L'ATF 133 III 295<sup>32</sup>

Le Tribunal fédéral a été amené à préciser un certain nombre de ces principes dans un arrêt plus récent. L'affaire concerne le client d'une banque suisse domicilié en Grèce. Ce client avait ouvert un compte courant auprès de la banque et avait obtenu, dans le cadre de ce compte courant, une limite de crédit de US\$ 3 500 000 qui avait été utilisée pour acquérir des actions en qualité de placement privé. Les conditions générales de la banque prévoyaient un for exclusif au siège de la banque. Celle-ci a ouvert action à son siège contre le client en remboursement du montant octroyé à titre de crédit. Ce même client était en outre

---

27 ATF 121 III 336, consid. 5e)cc.

28 ATF 121 III 336, consid. 5e.

29 ATF 121 III 336, consid. 5e)bb.

30 ATF 121 III 336, consid. 5e)bb.

31 ATF 121 III 336, consid. 6a.

32 JdT 2008 I p. 160 ss.

l'ayant droit de plusieurs sociétés qui disposaient de comptes auprès de cette même banque. Cette dernière argumentait que son client n'agissait pas pour des besoins privés, mais en sa qualité de professionnel et de commerçant. Le client défendeur à l'action a soulevé l'exception d'incompétence en invoquant les art. 13 ss CL.

Le Tribunal fédéral, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)<sup>33</sup>, rappelle tout d'abord que la notion de consommateur doit être interprétée restrictivement. Il précise ensuite que la qualité de consommateur doit être examinée selon la position de cette personne *dans le cadre du projet concret conclu avec la banque et en fonction de la nature et du but de ce contrat et non pas en fonction de la position subjective de cette personne*, ce qui a pour conséquence que la même personne peut, selon les cas, être qualifiée de consommateur ou d'entrepreneur<sup>34</sup>. Il en découle qu'un homme d'affaires averti qui agit dans un but privé est un consommateur alors qu'un commerçant inexpérimenté agissant dans le cadre de ses affaires commerciales ne l'est pas.

En l'espèce, le point déterminant était de savoir si le but dans lequel le contrat avait été conclu était bien un *but privé*. Ce point était contesté entre les parties. Le Tribunal de première instance et l'*Obergericht* avaient considéré que ce n'était pas le cas, sans toutefois administrer des preuves sur ce fait. Puisque ce fait n'était pas doublement pertinent, en ce sens qu'il n'était déterminant que pour juger de la compétence, le Tribunal fédéral a ordonné qu'une procédure probatoire ait lieu<sup>35</sup>.

Le Tribunal fédéral a examiné ensuite si les rapports contractuels résultaient bien d'un contrat de fourniture de services. Il a d'abord expliqué que ces termes doivent être interprétés de *manière autonome* et de *manière large*<sup>36</sup>. Les juges cantonaux avaient refusé d'appliquer les art. 13 ss CL au motif que les contrats litigieux étaient des contrats de crédit, exclus du champ d'application de ces dispositions. Le Tribunal fédéral relève à ce propos que si la question de savoir si les purs contrats de crédit sont des contrats de fourniture de services est contestée en doctrine, ceux-ci tombent désormais dans le champ d'application de l'art. 15 du règlement «Bruxelles I» s'ils sont conclus à des fins privées et que la révision de la Convention de Lugano reprendra cette évolution<sup>37</sup>. En l'espèce, le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question, car il a considéré que le contrat de crédit se greffait sur un compte courant existant et le complétait. Le fondement des préten-

---

33 Arrêt de la CJCE du 20 janvier 2005 dans l'affaire C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG, RJ 2005 I-439, consid. 32 s. et 43.

34 ATF 133 III 295, consid. 7.2.

35 ATF 133 III 295, consid. 6.2.

36 ATF 133 III 295, consid. 8.1.

37 ATF 133 III 295, consid. 8.1.

tions de la banque était donc le contrat de compte courant, qui, selon le Tribunal fédéral, est bien un contrat de fourniture de services.

*c) Arrêts rendus par des tribunaux étrangers*

Comme il a été dit, la CL s'interprète de manière *autonome*, notamment en tenant compte des arrêts rendus dans les autres Etats-parties. Deux arrêts retiennent ici notre attention.

Dans une décision du 19 janvier 2000<sup>38</sup>, la *High Court of Justice in the Queen's Bench Division Commercial Court* a considéré que la volonté de réaliser un gain n'excluait pas un but privé. En l'espèce, les clients grecs d'une banque anglaise, fortunés, avaient conclu avec cette dernière 28 contrats de *foreign exchange* portant sur plus de US\$ 7 000 000. Ils avaient subi des pertes et ouvrirent action à Athènes contre la banque. Avant d'avoir reçu notification de l'ouverture d'action en Grèce, la banque ouvrit à son tour action à Londres. Les conditions générales de la banque contenaient une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux anglais. Le tribunal anglais saisi considéra que les contrats en question étaient bien des contrats conclus par des consommateurs (au sens de l'art. 13 de la Convention de Bruxelles), car ils servaient au placement de leurs revenus et il s'agissait d'un besoin privé. Le tribunal anglais a donc nié sa compétence.

Dans un arrêt du 23 juin 2004<sup>39</sup>, le *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* a considéré que le client d'une banque suisse, domicilié en Allemagne, qui avait été démarché par un gestionnaire de fortune indépendant, était un consommateur au sens de l'art. 13 CL. Ce client a donc pu ouvrir action devant les tribunaux de l'Etat contractant dans lequel il était domicilié en dépit d'une éléction de for en faveur des tribunaux suisses antérieure à la survenance du litige. Le tribunal considère ici que la condition de la publicité au sens de l'art. 13 ch. 3 let. a CL est remplie lorsqu'un gérant de fortune qui n'est pas employé par la banque, mais qui est actif pour et au su de cette dernière, recommande cette banque au client. Le tribunal a également considéré que la conclusion de contrats accessoires dans l'Etat du consommateur, ultérieurement à l'ouverture du compte en Suisse, satisfaisait à la condition de l'art. 13 ch. 3 let. b CL.

## 2. Commentaire

*a) Pas de restriction aux prestations de consommation courante*

On peut tirer de l'ATF 133 III 295 et de la décision du 19 janvier 2000 de la *High Court of Justice* le constat que nombreux contrats de services financiers entrent

---

38 Décision du 19 janvier 2000, 2000 WL 191161.

39 Jugement du Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg du 23 juin 2004, (<http://www.swissjurist.ch/urteildeutschland.pdf>, consulté le 3 juillet 2009).

dans le champ d'application des art. 13 ss CL aussi longtemps que le client de la banque agit dans un but privé, c'est-à-dire étranger à son activité commerciale. Des contrats de placements spéculatifs qui portent sur des montants très importants entrent dès lors dans le champ d'application de cette disposition, pour autant qu'il s'agisse de patrimoine privé. Il n'en va pas de même sous l'empire de la LFors et de la LDIP en raison de la restriction à la prestation de consommation courante.

*b) Absence de relation de confiance entre les parties?*

Un contrat de consommation suppose l'existence de relations commerciales plutôt que personnelles entre les parties. Une partie de la doctrine en déduit que les contrats soumis à un rapport de confiance particulier échappent à cette définition<sup>40</sup>. A les suivre, le domaine du *private banking* et de la gestion de fortune ne tomberait pas dans le champ d'application des art. 13 ss CL<sup>41</sup>. Ce courant doctrinal renvoie à l'ATF 121 III 336, dans lequel le Tribunal fédéral, dans un considérant de portée générale et sans trancher la question<sup>42</sup>, se réfère à l'avis de certains auteurs qui excluent la qualification de contrat de consommation aux relations contractuelles caractérisées par un rapport personnel, en particulier de confiance, entre les parties. A l'ATF 133 III 295, le Tribunal fédéral a qualifié un contrat de compte courant de contrat de consommation. Le contrat de compte courant est en général (tacitement) conclu avec un contrat de giro qui présente des éléments du contrat de mandat<sup>43</sup>. L'existence d'éléments relatifs au contrat de mandat, qui suppose par nature une relation de confiance entre les parties, n'exclut ainsi pas l'existence d'un contrat de consommation. Par ailleurs, le contrat de gestion de fortune se greffe en général sur d'autres contrats, tels que les contrats de compte courant, de dépôt ou de commission. Partant, ces relations contractuelles sont des contrats mixtes qui devraient être soumis au même régime juridique de compétence. Enfin, l'existence d'un rapport particulier de confiance peut naître de l'évolution des circonstances de faits et résulter d'une relation d'affaires durable; dans certains cas, le rapport particulier de confiance entraîne une responsabilité accrue de la banque quant à ses devoirs de mise en garde et d'information du cli-

---

40 DASSER/OBERHAMMER (note 25), p. 259; ALEXANDER R. MARKUS, Die Konsumenzuständigkeiten der EuGVO und des revidierten LugÜ, besonders im E-Commerce, in: ZZZ 2004, p. 184 s.; YVES DONZALLAZ, La Convention de Lugano, vol. III, Berne 1998, p. 744.

41 MARKUS (note 40) p. 184 s.; DONZALLAZ (note 40), p. 744.

42 ATF 121 III 336, consid. 5e)bb.

43 URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU (éd.), Das schweizerische Bankgeschäft, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 172; CARLO LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 411.

ent<sup>44</sup>. Il paraît paradoxal de considérer que ce devoir d'information accru, qui vise à protéger le client, permettrait de soustraire la relation bancaire en question aux règles de compétence spéciale qui visent précisément ce même but.

## VI. La situation future

### 1. Le projet de code de procédure civile suisse

Le code de procédure civile suisse (CPC) entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et abrogera la LFors. Le CPC reprend à l'art. 31 le système de protection du consommateur prévu par la LFors, y compris la définition de contrat de consommation<sup>45</sup>. La notion étroite de contrats conclus avec des consommateurs, compromis issu d'un long débat parlementaire lors de l'adoption de la LFors, est reprise dans le CPC<sup>46</sup>.

### 2. La Convention de Lugano révisée

La Convention de Lugano révisée devrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Elle correspond largement sur le fond au règlement «Bruxelles I»<sup>47</sup> et aura désormais un champ d'application territorial étendu aux Etats qui ont adhéré à l'UE depuis l'élargissement à l'Est et aux Etats hors UE/AELE qui décident de la ratifier<sup>48</sup>.

La CLRév élargit considérablement les dispositions protectrices des consommateurs. L'art. 15 al. 1 let. c CLRév n'est plus limité aux contrats de fourniture de services ou d'objets mobiliers comme l'actuel art. 13 al. 1 ch. 3 CL<sup>49</sup>. L'art. 15 al. 1 let. c CLRév comprend *tous les contrats* – donc aussi les contrats de pur crédit<sup>50</sup> – lorsque l'autre cocontractant exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat sur le territoire duquel le consommateur a son domicile *ou* que, par tout moyen, il dirige ces activités commerciales ou professionnelles vers cet Etat ou vers plusieurs Etats et que le contrat entre dans le cadre de ces acti-

---

44 ISABELLE ROMY/OLIVIER BLOCH, Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale récente, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 656 ss et arrêts cités.

45 Message relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006, p. 6884.

46 Message (note 45), p. 6884.

47 Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 18 février 2009, FF 2009, p. 1498.

48 Message (note 47), p. 1499.

49 Message (note 47), p. 1511.

50 MARKUS (note 40), p. 186.

ités. Ainsi, la condition selon laquelle le consommateur devait avoir accompli dans l'Etat de son domicile les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat a été supprimée.

La condition selon laquelle le cocontractant du consommateur doit diriger ses activités commerciales ou professionnelles vers l'Etat du consommateur sera d'une grande importance dans la pratique<sup>51</sup>. Elle a aussi fait l'objet de plusieurs critiques; la situation a notamment semblé problématique en raison du commerce électronique, notamment la question de savoir «si une page web qui, par définition, est accessible depuis n'importe quel Etat, doit être considérée comme un «acte de diriger» l'activité commerciale qui y figure vers tous les Etats dans lesquels se trouvent des consommateurs potentiels»<sup>52</sup>. Il paraît d'emblée difficile d'y apporter une réponse unique, la question devant être résolue en tenant compte des circonstances du cas d'espèce<sup>53</sup>, ce qui entraîne une incertitude quant à la portée de cette disposition.

## VII. Conclusion

Les notions de contrat de consommation selon la LFors et la LDIP, d'une part, et selon la CL, d'autre part, ne sont actuellement pas harmonisées. Cette différence de régime est particulièrement frappante en matière de contrats de services financiers. Ces dissemblances s'accroîtront encore avec l'entrée en vigueur de la CLrév qui élargit considérablement la notion de contrat de consommation. Il en découle une insécurité quant aux règles applicables en matière de compétence et à la validité des clauses de juridiction insérées dans les conditions générales des banques.

En application de la CL actuelle, les banques peuvent éviter l'application des art. 13 ss CL et de l'art. 114 LDIP si leurs clients accomplissent les actes nécessaires à la conclusion des contrats en Suisse. Cette mesure sera toutefois inefficace sous l'empire de la CLrév, ce qui accroîtra les différences de régime entre les contrats conclus avec des clients domiciliés dans un Etat partie à la CLrév et les autres clients à l'étranger. Pour cette raison, mais également en vue de la large définition donnée aux contrats de consommation dans la CL actuelle et révisée, il y a effectivement lieu de craindre que les banques suisses seront davantage attirées devant des tribunaux étrangers des Etats membres à cette Convention. Cette situation n'a pas que des conséquences procédurales. Elle peut avoir des incidences sur le droit applicable au fond. Le tribunal étranger saisi d'une action contre

---

51 Message (note 47), p. 1512.

52 Message (note 47), p. 1512; voir également à ce sujet: JAN KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main 2005, p. 230 ss.

53 Message (note 47), p. 1512.

une banque en Suisse pourra en effet, selon les cas, appliquer son propre droit et ses règles impératives en matière de protection des consommateurs, indépendamment d'une élection de droit en faveur du droit suisse<sup>54</sup>.

---

54 Une telle élection de droit n'est d'ailleurs pas possible selon l'art. 120 al. 2 LDIP. Sur cette question, voir aussi: CERUTTI (note 1), p. 71.