

# Journée 2010 de droit bancaire et financier

Christian Bovet  
Louis Gaillard  
Lucia Gomez Richa  
Maurice Harari  
Jacques Iffland  
Nicolas Jeandin  
Fabien Liégeois  
Isabelle Romy  
Luc Thévenoz  
Dario Zanni

Sous la direction de  
**Luc Thévenoz et Christian Bovet**

# LES CONTRATS DE SERVICES FINANCIERS COMME CONTRATS DE CONSOMMATION : FOR ET DROIT APPLICABLE

Isabelle Romy\*

---

## I. Contexte

Les notions de contrat de consommation et de for du consommateur ont progressivement gagné en importance pour les banques suisses ces dernières années. Il existe une inquiétude croissante de celles-ci d'être attirées devant les tribunaux de l'Etat du domicile de clients étrangers, en dérogation aux clauses de prorogation usuelles qui prévoient un for exclusif au siège de la banque en Suisse. Cette crainte est alimentée par divers arrêts de tribunaux suisses et étrangers fondés sur la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Lugano le 16 septembre 1988<sup>1</sup>. Ces décisions confirment qu'à certaines conditions, les contrats conclus avec des banques sont des contrats de consommation, ce qui permet aux clients de se prévaloir des dispositions protectrices sur le for du consommateur et d'attirer une banque suisse devant le juge de l'Etat de leur domicile à l'étranger.

La Convention de Lugano a été révisée le 30 octobre 2007<sup>2</sup> (ci-après CL révisée); elle correspond, sur le fond, au règlement Bruxelles I<sup>3</sup>. Elle est entrée en vigueur dans sa nouvelle teneur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et remplace

---

\* Professeure associée à l'Université de Fribourg et à l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne, avocate, Niederer Kraft & Frey, Zurich. Je remercie vivement M. Arnaud Philippe, MLaw, avocat, pour l'aide efficace qu'il m'a apportée lors de la préparation et de la rédaction de cette contribution.

1 RS 0.275.11. Voir l'ATF 133 III 295, JdT 2008 I 160; arrêt BGH VI ZR 159/09 du 5 octobre 2010; arrêt du Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg du 23 juin 2004 ([www.swissjurist.ch/urteildeutschland.pdf](http://www.swissjurist.ch/urteildeutschland.pdf), consulté le 7 janvier 2011).

2 RS 0.275.12.

3 *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 1497, p. 1498.

depuis cette date la Convention de Lugano de 1988 (ci-après aCL) entre les Etats membres (art. 69 al. 2 CL révisée). Conformément à son art. 63, elle s'applique aux actions intentées après le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Il s'ensuit, dans le domaine qui nous intéresse ici, que la validité d'une clause de prorogation de for ne s'examine pas selon le droit applicable au moment où elle a été convenue entre les parties, mais selon les règles en vigueur au moment où l'action est intentée, à savoir la Convention révisée dès cette année. Le champ d'application territorial de la Convention a été étendu aux onze nouveaux Etats membres de l'Union européenne, ce qui porte à 30 le nombre d'Etats liés par cette convention<sup>4</sup>.

La Convention de Lugano révisée élargit considérablement la notion de contrat de consommation et, partant, le champ d'application des dispositions protectrices des consommateurs. Dans la position qu'elle a publiée récemment sur les risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières<sup>5</sup>, la FINMA exprime l'avis que, sur la base de la Convention de Lugano révisée, il existe un risque que les procès à l'étranger contre les banques suisses se multiplient. Cette situation a également des effets sur le droit matériel applicable aux contrats de services financiers; en effet, le juge étranger appliquera à certaines conditions le droit de l'Etat du domicile du client-consommateur, s'il offre à ce dernier une protection plus étendue que le droit suisse, et ceci même si les parties ont soumis leurs relations juridiques au droit suisse.

Cette contribution offre un aperçu des développements récents en matière de for du consommateur et de droit applicable dans les litiges fondés sur des contrats de services financiers à la lumière de la CL révisée.

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

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

En droit suisse, la nécessité de protéger le consommateur comme partie la plus faible à un contrat conclu avec un professionnel s'est concrétisée

---

<sup>4</sup> Message (n. 3), p. 1502.

<sup>5</sup> Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières, du 22 octobre 2010 ([www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/positionspapier\\_rechtsrisiken\\_f.pdf](http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/positionspapier_rechtsrisiken_f.pdf), consulté le 7 janvier 2011).

tout d'abord dans de nombreuses règles de droit matériel contenues dans des lois éparses. A titre d'exemples, mentionnons la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD)<sup>6</sup>, la loi fédérale sur le crédit à la consommation du 8 octobre 1993 (LCC)<sup>7</sup> ou encore la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (LBVM)<sup>8</sup>, notamment son article 11 qui fonde un devoir d'information du négociant en valeurs mobilières vis-à-vis de ses clients.

Ces dispositions se sont doublées de règles de droit procédural tendant à faciliter l'accès des consommateurs à la justice en leur offrant, d'une part, des actions mises en œuvre dans des procédures rapides et simples. Elles sont ancrées désormais aux art. 243 ss du nouveau Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC)<sup>9</sup>, qui prévoient l'application de la procédure simplifiée lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.

D'autre part, cette volonté de protection s'est traduite par des règles de compétence semi-impérative en faveur des tribunaux du domicile du consommateur. Leur but est 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>10</sup>. Des règles spéciales qui dérogent au for ordinaire du défendeur, voire au for usuel du lieu d'exécution de la prestation contractuelle, ont été insérées aux art. 21 s. de l'ancienne loi sur les fors (aLFors), normes reprises telles quelles à l'art. 32 CPC. Dans les rapports internationaux, de telles normes de compétence ont été introduites à l'art. 114 de la loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé<sup>11</sup> (LDIP), aux art. 13 ss aCL et, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, aux art. 15 ss CL révisée. Ces normes semi-impératives permettent au consommateur d'agir, à son choix, devant les tribunaux de l'Etat de son domicile ou ceux de l'Etat du siège du fournisseur de services. Ce dernier, lui, doit impérativement agir au domicile du consommateur. En outre, elles limitent fortement la possibilité de conclure des conventions d'élection de for avant la naissance d'un différend<sup>12</sup>.

6 RS 241.

7 RS 221.214.1.

8 RS 954.1.

9 RS 272.

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

11 RS 291.

12 Voir notamment art. 17 CL révisée.

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

Les articles 32 CPC, 114 al. 2 LDIP et 17 CL révisée 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 sont qualifiés de contrats de consommation au sens de ces dispositions, les clauses d'élection de for couramment insérées dans les conditions générales des banques ou dans les contrats préformulés demeureront sans effet. Si le client ouvre action dans l'Etat de son domicile, la banque défenderesse ne peut pas invoquer valablement une telle clause à l'appui d'une exception d'incompétence. En outre, la banque ne sera pas admise à agir contre un client étranger devant les tribunaux de son propre siège, à moins qu'une élection de for ne soit conclue après la naissance du différend ou que le client étranger accepte tacitement (art. 6 LDIP et art. 24 CL révisée) ou expressément (art. 35 al. 1 CPC *a contrario*) la compétence du juge saisi.

Il convient dès lors de déterminer à quelles conditions un contrat de services financiers doit être qualifié de contrat de consommation.

### **III. Notions de consommateur et de contrat de consommation selon la Convention de Lugano**

Les dispositions protectrices de la Convention de Lugano s'appliquent au consommateur, notion que la Convention ne définit pas. Le droit matériel n'en offre pas davantage de définition uniforme. Au contraire, la notion varie selon la disposition légale applicable, son but et son champ d'application, que ce soit en droit matériel ou en droit de procédure<sup>13</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>14</sup>. La question de savoir quel consommateur et

<sup>13</sup> UMULISA MUSABY E., *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.

<sup>14</sup> UMULISA MUSABY (n. 13), p. 28.

quel type de contrat tombent dans le champ d'application des dispositions protectrices considérées doit ainsi être résolue selon le texte et le sens de la norme légale pertinente<sup>15</sup>.

Dans le champ d'application de la Convention de Lugano et en vue de garantir une application uniforme de ce texte, la notion de consommateur est définie de manière autonome, c'est-à-dire indépendamment d'un droit national et en tenant compte des décisions rendues par les tribunaux des parties contractantes<sup>16</sup>. En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et celle de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), la notion de consommateur doit être interprétée de manière restrictive<sup>17</sup>.

Plusieurs arrêts rendus en Suisse, à l'étranger et par la CJCE permettent de mieux cerner les notions de consommateur et de contrat de consommation en matière de services financiers.

### A. *Personne physique et but privé*

Dans le cadre de la Convention de Lugano révisée, le consommateur est une personne physique, jamais une personne morale. En revanche, le prestataire de services peut être tant une personne physique que morale, pour autant qu'il agisse dans un but commercial<sup>18</sup>.

Le consommateur conclut un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, autrement dit dans un but privé. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la question de savoir si le client d'une banque jouit de 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"<sup>19</sup>. Il s'ensuit qu'un homme d'affaires avisé qui conclut un contrat de gestion

15 ROMY I., "Le 'for du consommateur' et les contrats de services financiers à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral", SZSP 3/2009, p. 321.

16 Cf. Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention de Lugano ; ATF 121 III 336, consid. 5e) aa, JdT 1996 I 78 ; ATF 133 III 295, consid. 8.1, JdT 2008 I 160 ; DOMEJ T., in : Felix DASSER/Paul OBERHAMMER (éd.), *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, Berne 2008, N 5 et 10 ss ad Préambule Protocole n° 2.

17 ATF 133 III 295, consid. 7.2, JdT 2008 I 160 ; 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.

18 Voir ATF 121 III 336, consid. 5d, JdT 1996 I 78.

19 ATF 133 III 295, consid. 7.2, JdT 2008 I 160.

de fortune avec une banque dans un but privé est un consommateur, alors qu'une personne inexpérimentée qui conclut un contrat dans le cadre de son activité professionnelle ne l'est pas.

Le cocontractant doit, lui, conclure le contrat avec le consommateur dans le cadre de ses activités professionnelles (art. 15 al. 1 let. c CL révisée).

L'intention de réaliser un gain n'exclut pas un but privé<sup>20</sup>. Le seul critère décisif est celui du but de la transaction, lequel doit être étranger à l'activité professionnelle du consommateur. Partant, des investissements spéculatifs du patrimoine privé peuvent être qualifiés de contrats de consommation, même s'ils portent sur des montants importants<sup>21</sup>.

En outre, contrairement à l'art. 32 CPC et à l'art. 114 LDIP combiné avec l'art. 120 LDIP, les art. 13 ss aCL et 15 ss CL révisée ne sont pas limités aux contrats qui portent sur une prestation de consommation courante. Cette condition restreint très fortement l'application des normes protectrices des consommateurs aux litiges bancaires soumis à la LDIP ou au CPC; en effet, les différends bancaires qui dépassent une valeur litigieuse que certains auteurs fixent à quelque 80 000 francs et d'autres à 30 000 francs déjà, échappent à cette définition<sup>22</sup>. En revanche, comme exposé ci-dessus, la CL révisée s'applique à des affaires portant sur des montants beaucoup plus importants.

Une personne physique qui conclut un contrat bancaire dans un but tant professionnel que privé jouit-elle de la protection accordée par les dispositions sur le for du consommateur de la Convention de Lugano? Dans l'arrêt Gruber, la CJCE a considéré qu'une personne qui conclut un contrat

---

20 Arrêt du 19 janvier 2000 de la High Court of Justice in the Queen's Bench Division Commercial Court, 2000 WL 191161: dans cette affaire, des clients grecs avaient conclu 28 contrats de *foreign exchange* avec une banque anglaise pour un montant dépassant USD 7 millions. Les clients avaient subi des pertes et avaient en conséquence ouvert action contre la banque devant les tribunaux de leur domicile en Grèce. Simultanément, la banque avait ouvert action en Angleterre. Les conditions générales de la banque contenaient une clause d'élection de for en faveur des tribunaux au siège de cette dernière. Le tribunal anglais considéra que le contrat à l'origine du litige constituait un contrat de consommation conformément à l'art. 13 de la Convention de Bruxelles (qui correspondait à l'art. 13 aCL), car les clients avaient investi leurs avoirs dans un but privé. Le tribunal anglais s'est ainsi déclaré incompétent. Voir également l'arrêt du Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (n. 1), p. 7.

21 Voir l'arrêt cité à la note précédente ainsi que l'ATF 133 III 295, dans lequel la valeur litigieuse était de USD 9,5 millions.

22 Sur la notion de prestation de consommation courante en matière de contrats de services financiers selon la LDIP et le CPC, voir Romy (n. 15), p. 322 ss, et les références citées; ATF 132 III 268, JdT 2003 I 564 (art. 22 LFors).

portant sur un bien destiné à un usage en partie professionnel et en partie privé n'est pas en droit de se prévaloir des dispositions sur le for du consommateur, sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause<sup>23</sup>.

### **B. Contrats de services financiers comme contrats de consommation**

L'art. 13 aCL contenait un catalogue des contrats auxquels les art. 13 ss aCL s'appliquaient, à savoir la vente à tempérament d'objets mobiliers corporels, le prêt à tempérament ou autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets, ainsi que tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels, pour autant que les conditions posées à l'art. 13 al. 3 let. a et b aCL fussent remplies. La notion de fourniture de services faisait l'objet d'une interprétation autonome et revêtait une acception large<sup>24</sup>. Ainsi, la fourniture de services de tout ordre tombait sous le coup de l'art. 13 aCL, dès lors qu'ils servaient à la consommation privée et qu'ils ne concernaient pas les domaines des transports, de l'assurance ou du bail immobilier<sup>25</sup>. Était controversée la question de savoir si les accords dans lesquels les relations personnelles de confiance entre les parties étaient au premier plan, plutôt que leur caractère commercial, pouvaient être qualifiés de contrats de consommation<sup>26</sup>. La portée de l'art. 13 al. 3 aCL sur les contrats de services financiers, et notamment la question de savoir quels types de contrats tombaient dans le champ d'application de cette disposition, a suscité des incertitudes et a donné lieu à des controverses doctrinales<sup>27</sup>.

L'art. 15 al. 1 let. c CL révisée met un terme à ces discussions. Il s'applique en effet à tous les cas, autres que ceux énumérés à ses lettres a) et b), dans lesquels un consommateur conclut un contrat avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles ou qui dirige de telles activités vers l'Etat de domicile du consommateur<sup>28</sup>. La portée

<sup>23</sup> Arrêt Gruber (n. 17), consid. 54.

<sup>24</sup> ATF 133 III 295, consid. 8, JdT 2008 I 160.

<sup>25</sup> ATF 121 III 336, consid. 5e) bb, JdT 1996 I 78.

<sup>26</sup> ATF 121 III 336, consid. 5e) bb, JdT 1996 I 78. Sur le rôle de la relation de confiance sur la qualification de contrats de consommation, voir ROMY (n. 15), p. 329.

<sup>27</sup> Voir ROMY (n. 15), p. 327 ss et les références citées.

<sup>28</sup> Message (n. 3), p. 1511.

de l'art. 15 CL révisée est plus large que celle de l'art. 13 aCL. Sont visés notamment tous les contrats définis comme contrats de consommation dans les directives communautaires. Dans le domaine des prestations de services financiers, il s'agit notamment des contrats régis par la directive sur les contrats de crédit aux consommateurs<sup>29</sup> ainsi que les conventions par lesquelles une banque accorde un crédit au consommateur, un prêt ou une autre aide financière semblable<sup>30</sup>.

Parmi les principaux contrats bancaires visés par l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée, mentionnons le contrat de compte courant, dans le cadre duquel la banque fournit certains services comme le paiement et l'encaissement d'argent liquide, la comptabilisation des paiements, l'exécution des mandats de paiement ou encore le paiement de chèques<sup>31</sup>. La question de savoir si les contrats de crédit constituent des contrats de consommation n'était pas clairement résolue sous l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL. Le Tribunal fédéral l'a admis dans un cas où la banque avait octroyé une limite de crédit dans le cadre d'un contrat de compte courant, tout en laissant la question ouverte pour les contrats de pur crédit<sup>32</sup>. Ceux-ci tombent désormais dans le champ d'application de l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée<sup>33</sup>. Il en va de même des contrats de garantie bancaire. Le mandat de gestion de fortune, bien qu'il repose sur une étroite relation de confiance, doit aussi être considéré comme un contrat de consommation selon l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée.

### C. Conséquences pour les banques suisses

Il ressort de la notion de consommateur telle que présentée ci-dessus que les dispositions protectrices des consommateurs de la Convention de Lu-

---

<sup>29</sup> Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

<sup>30</sup> POCAR F., *Rapport explicatif sur la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007* ([www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/ipr/ber-pocar-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/ipr/ber-pocar-f.pdf), consulté le 7 janvier 2011), ch. 81.

<sup>31</sup> ATF 133 III 295, consid. 8.2, JdT 2008 I 160. Pour une définition du compte courant, voir LOMBARDINI C., *Droit bancaire suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle 2008, p. 412 ss.

<sup>32</sup> ATF 133 III 295, consid. 8.2, JdT 2008 I 160.

<sup>33</sup> Voir ATF 133 III 295, consid. 8.1 et références, JdT 2008 I 160.

gano s'appliquent principalement aux prestations de banque privée (*private banking*) offertes à des clients domiciliés dans l'espace européen. Les cocontractants d'une banque dans les domaines de la banque d'investissement (*investment banking*) sont en effet presque exclusivement des personnes morales. Lorsque des services typiques de la banque d'investissement sont fournis à des personnes physiques, le plus souvent ces dernières ne poursuivent pas un but privé et ne sont dès lors pas protégées par les art. 15 ss CL révisée. Pensons par exemple à un entrepreneur qui mandate une banque dans le cadre de la planification de sa succession, afin qu'elle vende son entreprise ou les papiers-valeurs qu'il détient ; ou encore à l'investisseur qui, avec d'autres personnes, mandate une banque pour que celle-ci procède à une IPO. Même si l'entrepreneur ou l'investisseur détient – d'un point de vue fiscal – les actions dans son patrimoine privé, il poursuit en règle générale un but lié à son activité professionnelle ou commerciale. Partant, il ne pourra pas se prévaloir de l'art. 15 CL révisée lors de la survenance d'un litige avec la banque.

Tout comme les banques dans le cadre de leurs activités transfrontières de *private banking*, les gérants indépendants sont également exposés au risque que leurs relations avec leurs clients soient qualifiées de contrat de consommation au sens de la Convention de Lugano. En effet, si le client du gérant de fortune indépendant est une personne physique qui lui confie la gestion de son patrimoine privé déposé auprès d'une banque, les conditions d'application de l'art. 15 CL révisée sont remplies.

En outre, il arrive que les clients des banques soient assistés de conseillers juridiques ou d'un gérant de fortune indépendant lors de la conclusion du contrat. Dans ces cas, le consommateur n'est certes plus la partie faible que le législateur voulait protéger. Toutefois, la présence d'un tel conseiller lors de la conclusion du contrat ne saurait empêcher l'application des dispositions sur le for du consommateur. Le client de banque jouit en effet de la protection que lui accordent les dispositions sur le for qu'il soit ou non assisté d'un professionnel lors de la conclusion du contrat, dans la mesure où il agit dans un but privé<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Voir arrêt du Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (n. 1), p. 7 ; Ромы I., "Revidierter Konsumentengerichtsstand – Eine Gefahr für Finanzdienstleister?", in : *Das schweizerische Prozessrecht im Umbruch – Beiträge von Mitgliedern des Dispute Resolution Teams von Niederer Kraft und Frey zur neuen schweizerischen Zivilprozessordnung, der Revision des Lugano-Übereinkommens und dem revidierten Arrestrecht*, NKF-Schriftenreihe Band 16, p. 118 ss, 126.

#### **IV. Conditions liées à la conclusion du contrat**

Pour tomber dans le champ d'application de la CL révisée, les contrats de services financiers au sens précité doivent en outre remplir les conditions alternatives posées à l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée, qui a remplacé l'art. 13 al. 1 let. c aCL. Il faut ainsi que les contrats en cause soient conclus "avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat lié par la présente Convention sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités". Ces conditions sont examinées plus en détail ci-après.

##### **A. Exercice d'une activité commerciale ou professionnelle**

L'exercice d'une activité commerciale ou professionnelle selon l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée ne requiert pas que le prestataire de services exploite une succursale dans l'Etat de domicile du consommateur. Il suffit qu'il s'engage activement sur ce marché. Tel sera le cas lorsqu'un gérant de fortune employé par une banque ou auxiliaire de celle-ci au sens de l'art. 101 al. 1 CO se rend dans l'Etat de domicile du consommateur afin de démarcher des clients et permettre la conclusion d'un contrat de services financiers.

A noter que si le professionnel (la banque) propose ses services par l'intermédiaire d'une succursale qui a son siège dans l'Etat de domicile du consommateur, ce dernier pourra également ouvrir action dans l'Etat de son domicile au lieu de situation de la succursale conformément à l'art. 5 al. 1 ch. 5 CL révisée, pour autant qu'il s'agisse d'une contestation sur l'exploitation de la succursale. L'art. 15 CL révisée n'entre ainsi en considération que lorsque la succursale a agi en dehors de son champ d'activité mais dans le cadre de l'activité du siège principal<sup>35</sup>.

##### **B. Action de diriger une activité commerciale ou professionnelle**

###### **1. Genèse de l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée**

Sous l'égide de la Convention de 1988, pour que le contrat de fourniture de services conclu entre un consommateur et un professionnel tombe sous le

---

<sup>35</sup> Message (n. 3), p. 1512.

coup des dispositions protectrices des consommateurs, l'art. 13 al. 3 let. c aCL exigeait d'une part que le professionnel (ou ses auxiliaires) ait adressé une proposition spécialement faite ou une publicité dans l'Etat du domicile du consommateur et, d'autre part, que le consommateur ait accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat. Lors de la révision de la convention, la volonté a été exprimée d'étendre le champ d'application du for du consommateur et d'assurer une meilleure protection des consommateurs eu égard aux nouveaux moyens de communication et au développement du commerce électronique. La seconde condition alternative posée par l'art. 15 al. 1 let. CL révisée couvre désormais une gamme plus large d'activités que la "proposition spécialement faite" ou la "publicité" exigées par l'art. 13 aCL. Ainsi, l'expression "par tout moyen" met sur pied d'égalité les opérations publicitaires classiques comme les annonces par voie d'affichage, de presse ou le démarchage par téléphone, et les offres faites par internet. Dans tous ces cas, une activité de prospection du marché est nécessaire.

La Convention ne définit pas la notion d'activité dirigée vers l'Etat du domicile du consommateur. Cette notion revêt cependant une importance capitale pour tous les prestataires de services, dont les banques suisses, qui présentent ou offrent leurs produits par internet. A cet égard se pose la question de savoir si et à quelles conditions l'exploitation d'un site internet, qui par nature est accessible depuis n'importe quel endroit du globe, satisfait la condition de diriger une activité commerciale vers l'Etat du domicile du consommateur.

## 2. Principes posés par l'arrêt de la CJUE du 7 décembre 2010

Dans un arrêt récent<sup>36</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a posé quelques principes d'interprétation de l'art. 15 al. 1 let. c du règlement Bruxelles I, qui sont transposables à l'art. 15 CL révisée. La Cour était saisie de deux demandes de décision préjudicielle dans des affaires portant, l'une, sur un contrat de voyage et l'autre, sur un contrat par lequel un consommateur allemand avait réservé une chambre d'hôtel dans un établissement autrichien. Dans ces deux cas, les consommateurs avaient

---

<sup>36</sup> Arrêt de la CJUE du 7 décembre 2010 dans les affaires jointes C-585/08 et C-144/09, Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG et Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller.

eu connaissance des services des commerçants impliqués grâce aux sites internet de ces derniers et ils avaient effectué la réservation, l'un de son voyage, l'autre de sa chambre d'hôtel, par courrier électronique (et courrier postal). Les deux affaires soulevaient la question de savoir si le fait que les sites web soient accessibles par internet suffit pour que les activités du commerçant soient dirigées vers l'Etat du domicile du consommateur.

Selon la CJUE, la notion d'activité dirigée doit être interprétée de façon autonome en se référant au système et aux objectifs du règlement Bruxelles I. La Cour pose ensuite le principe que l'art. 15 al. 1 let. c et l'art. 16 du règlement visent à protéger les consommateurs, mais que cette protection n'est pas absolue. Elle relève qu'internet est devenu un moyen habituel de faire du commerce. La simple utilisation d'un site internet, qui a une portée mondiale, ne suffit pas à constituer une activité dirigée au sens de l'art. 15 al. 1 let. c du règlement qui déclencherait l'application des règles de compétence protectrices de cette disposition. Pour que l'art. 15 s'applique, il est nécessaire que le commerçant ait manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales avec les consommateurs d'un ou plusieurs autres Etats membres, dont celui du domicile du consommateur<sup>37</sup>.

### 3. Indices de la volonté du professionnel de diriger ses activités vers l'Etat (étranger) du domicile du consommateur

La question déterminante est donc de savoir si, avant la conclusion éventuelle du contrat avec un consommateur, il existait des indices démontrant que le commerçant envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans d'autres Etats membres.

La CJUE précise à cet égard que la mention sur un site internet de l'adresse électronique ou géographique du commerçant ne suffit pas ; il en va de même de l'indication d'un numéro de téléphone sans préfixe international. En effet, ces informations sont nécessaires pour permettre à un consommateur domicilié dans le même Etat que le commerçant d'entrer en relation avec ce dernier. Pour cette raison, de l'avis de la Cour, dès lors qu'une facilité de contact existe, la distinction entre les sites qui permettent de conclure un contrat en ligne (sites interactifs) et ceux qui n'offrent pas cette possibilité n'est pas pertinente<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Arrêt (n. 36), consid. 64 ss, 75.

<sup>38</sup> Arrêt (n. 36), consid. 79.

Parmi les indices qui permettent de déterminer si un professionnel dirige son activité vers l'Etat membre du domicile du consommateur, figurent toutes les "expressions manifestes" de la volonté de démarcher les consommateurs de cet Etat membre. Constituent de telles expressions manifestes la mention selon laquelle le commerçant offre ses services ou ses biens dans un ou plusieurs Etats membres nommément désignés ou l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur internet auprès de l'exploitant d'un moteur de recherches afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans différents Etats membres l'accès au site du commerçant<sup>39</sup>.

D'autres indices, éventuellement combinés les uns aux autres, sont susceptibles de démontrer l'existence d'une activité dirigée vers l'Etat membre du domicile du consommateur: il en va ainsi de la nature internationale de l'activité en cause (telles que certaines activités touristiques), la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'Etat membre dans lequel le commerçant est établi ou encore l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres (tels que ".com" ou ".eu"), la description d'itinéraires à partir d'un ou de plusieurs autres Etats membres vers le lieu de la prestation de service ainsi que la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents Etats membres (notamment par la présentation de témoignages de tels clients)<sup>40</sup>. De même, si le site internet permet aux consommateurs d'utiliser une autre langue ou une autre monnaie que celles habituellement utilisées dans l'Etat membre à partir duquel le commerçant exerce son activité, ces éléments peuvent constituer des indices démontrant l'activité transfrontalière de ce dernier<sup>41</sup>.

Sur la base de ces critères, les banques suisses qui exploitent un site internet rédigé en anglais ou dans la langue du client, à son choix, et qui ciblent visiblement une clientèle internationale, démontrent leur volonté d'entrer en relations avec des clients à l'étranger. Un juge étranger risque bien de considérer, sur la base de ces indices, que ces banques dirigent leurs activités vers l'étranger, même si leurs sites internet ne sont pas interactifs.

---

39 Arrêt (n. 36), consid. 81.

40 Arrêt (n. 36), consid. 83.

41 Arrêt (n. 36), consid. 84.

### C. Nécessité d'avoir conclu le contrat à distance ?

L'arrêt de la CJUE confirme qu'il est nécessaire que le site internet invite à la conclusion d'un contrat ; il n'est toutefois pas exigé que cette invitation à conclure un contrat résulte de l'exploitation d'un site interactif. Il apporte ainsi une précision bienvenue sur un point qui était discuté en doctrine.

En revanche, n'est pas tranchée la question controversée de savoir s'il est nécessaire que le contrat ait effectivement été conclu à distance. Dans l'arrêt Palmer/Alpenhof du 7 décembre 2010, la CJUE n'avait pas à se prononcer sur cette question ; il ressort de l'état de fait que cette condition était remplie dans les deux affaires qui avaient donné lieu à une question préjudicielle.

En date du 1<sup>er</sup> décembre 2000, le Conseil et la Commission de l'Union européenne ont établi une déclaration commune relative à l'art. 15 du règlement Bruxelles I afin de préciser que "le simple fait qu'un site internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen"<sup>42</sup>.

Un contrat est conclu à distance dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour la conclusion de ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance. Il s'agit de tout moyen qui, "sans présence physique et simultanée" du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties<sup>43</sup>, par exemple une publicité presse avec bon de commande, un téléphone avec ou sans intervention humaine (automate d'appel), un vidéotexte ou un courrier électronique<sup>44</sup>.

---

42 Déclaration du Conseil et de la Commission du 1<sup>er</sup> décembre 2000 concernant les articles 15 et 73 ([http://ec.europa.eu/civiljustice/docs/Reg\\_44-2000\\_joint\\_statement\\_14139\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/docs/Reg_44-2000_joint_statement_14139_fr.pdf), consulté le 7 janvier 2011), p. 5. MARKUS A. R., "Die Konsumentenzuständigkeiten der EuGVO und des revidierten LugÜ, besonders im E-Commerce", ZZZ 2004, p. 181 ss, p. 189, souligne qu'une telle interprétation est discutable, car elle n'est fondée ni sur la lettre ni sur une interprétation téléologique du règlement Bruxelles I.

43 Art. 2 ch. 1 et 4 de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

44 Annexe 2 de la directive sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (n. 43).

A notre avis, le contrat doit avoir été conclu à distance pour que les tribunaux de l'Etat du domicile du consommateur soient compétents. Il s'ensuit que si, lors de la conclusion du contrat, les deux parties sont "simultanément présentes" dans "l'Etat du siège ou du domicile du fournisseur" ou dans un "autre Etat" (que celui du domicile du consommateur), l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée ne devrait pas s'appliquer, car le contrat n'est pas conclu à distance. Dans un tel cas, le consommateur est conscient de solliciter la prestation d'une entreprise étrangère et il ne se justifie pas de lui accorder la protection des tribunaux de l'Etat de son domicile. Une interprétation contraire reviendrait à élargir considérablement le champ d'application des dispositions sur le for du consommateur au détriment de la compétence ordinaire des tribunaux de l'Etat du domicile du défendeur ou de l'Etat du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle. Puisque l'art. 15 al. 1 CL révisée étend la notion de contrat de consommation à quasiment tous les contrats conclus par une personne dans un but privé, cette solution reviendrait en réalité à supprimer les compétences ordinaires pour tous ces contrats. Une conséquence aussi radicale, qui s'écarte également fortement de la situation qui prévalait sous le régime de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Lugano de 1988, devrait à tout le moins être prévue expressément par la loi, ce qui n'est pas le cas.

En revanche, si les deux parties sont présentes dans l'Etat du domicile du consommateur lors de la conclusion du contrat, ce dernier n'est certes pas conclu à distance; toutefois, il faut alors admettre que le commerçant ou le professionnel exerce son activité dans l'Etat du domicile du consommateur au sens de l'art. 15 al. 1 let. c, ce qui fonde la compétence des tribunaux de cet Etat.

Enfin, si la condition de la conclusion du contrat à distance est remplie, il n'est plus nécessaire que les actes préparatoires soient effectués dans l'Etat du domicile du consommateur, comme l'exigeait l'art. 13 aCL. Le consommateur est protégé de la même manière, qu'il utilise un moyen de communication depuis son domicile pour conclure le contrat ou qu'il se rende dans un autre Etat pour signer le contrat<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Message (n. 3), p. 1512.

## V. Conséquences procédurales

Si un contrat est qualifié de contrat de consommation au sens de l'art. 15 CL révisée, le consommateur a le choix d'ouvrir action soit devant les tribunaux de l'Etat dans lequel le cocontractant est domicilié, soit devant le tribunal du lieu de son domicile (art. 16 al. 1 CL révisée). Le cocontractant du consommateur ne peut intenter action que devant les tribunaux du domicile du consommateur (art. 16 al. 2 CL révisée).

Le for du consommateur est semi-impératif. Avant la naissance d'un litige, le consommateur ne peut pas renoncer (conventionnellement) aux fors qui sont mis à sa disposition par l'art. 16 al. 1 CL révisée (art. 17 ch. 1 CL révisée). Après la naissance du litige, le consommateur et son cocontractant sont libres de conclure une convention de prorogation de for (art. 17 ch. 1 CL révisée). Par ailleurs, une acceptation tacite suffit à fonder la compétence du tribunal saisi; ainsi, si le consommateur est attiré devant les tribunaux prorogés au siège de la banque et qu'il comparait sans soulever l'exception d'incompétence, leur compétence sera donnée (art. 24 CL révisée).

## VI. Conséquences quant au droit applicable

Le droit applicable à une cause se détermine par l'application de la *lex fori*, c'est-à-dire des règles de conflit de lois de l'Etat dans lequel est situé le tribunal saisi de l'action. Lorsqu'une action est introduite en Suisse, le juge suisse déterminera d'office le droit applicable au litige en application de la LDIP, les conventions internationales étant réservées (art. 1 al. 2 LDIP).

Lorsqu'une action en matière contractuelle est introduite devant les tribunaux d'un Etat membre de l'Union européenne, le juge saisi détermine le droit applicable à l'obligation contractuelle en cause conformément au règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)<sup>46</sup>. Le règlement de Rome I s'est substitué tant à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur le même objet qu'aux règles de conflit de lois

---

<sup>46</sup> Le règlement de Rome I est applicable dans tous les Etats membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark.

nationales des Etats membres. Partant, lorsqu'une action est introduite devant le tribunal d'un Etat membre, le juge n'utilise plus ses règles nationales de conflit de lois pour déterminer le droit applicable au contrat, mais uniquement le règlement de Rome I, et ce même si la loi désignée n'est pas celle d'un Etat membre (art. 2). Ce règlement s'applique aux contrats conclus dès le 17 décembre 2009 (art. 29).

La Suisse n'est pas liée par le règlement Rome I ; toutefois, ce texte a des répercussions importantes pour les banques suisses qui offrent des services à des ressortissants de l'Union européenne. En effet, aux conditions examinées ci-après, il permettra à un juge étranger saisi en vertu de l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée d'appliquer son propre droit matériel au contrat conclu avec la banque suisse, malgré une élection en faveur du droit suisse.

#### ***A. Droit applicable aux contrats de consommation selon le règlement de Rome I***

1. Notion de contrat de consommation selon le règlement de Rome I

Selon l'art. 6 du règlement Rome I, un contrat de consommation est un "contrat conclu par une personne physique pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne, agissant dans l'exercice de son activité professionnelle lorsque cette dernière (a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou (b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité".

Selon le considérant (7) du règlement Rome I, le champ d'application matériel et les dispositions de ce règlement devraient être cohérents par rapport à ceux du règlement de Bruxelles I. Le considérant (24) du règlement de Rome I précise encore que la notion d'activité dirigée doit faire l'objet d'une interprétation harmonieuse dans les deux règlements. Il s'en suit que la définition du contrat de consommation devrait être identique selon le règlement de Bruxelles I, la Convention de Lugano révisée et le règlement de Rome I.

## 2. Droit applicable au contrat de consommation : droit le plus favorable au consommateur

Selon l'art. 6 al. 1 du règlement Rome I, le contrat de consommation est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle. Conformément à l'art. 6 al. 2 du règlement, les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat, mais ce choix ne pourra avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions en vigueur au lieu de sa résidence habituelle.

Il en résulte que les dispositions qui protègent le consommateur dans l'Etat de sa résidence habituelle constituent une protection minimale<sup>47</sup>. Il ne peut y être dérogé que lorsque le droit applicable au contrat est plus avantageux que le droit en vigueur au domicile du consommateur (*Rosintheorie*)<sup>48</sup>. Cet examen s'effectue selon les circonstances du cas concret<sup>49</sup>.

## 3. Exceptions à ce principe

L'art. 6 al. 4 du règlement de Rome I prévoit plusieurs exceptions à l'application du régime de l'art. 6 pour lesquelles une éléction de droit est valable sans limites. Sont visés notamment certains contrats du domaine financier qui ne sont toutefois pas des contrats de services financiers.

Il s'agit en premier lieu des "droits et obligations qui constituent des instruments financiers, et aux droits et obligations qui constituent les modalités et conditions qui régissent l'émission ou l'offre au public et les offres publiques d'achat de valeurs mobilières, et la souscription et le remboursement de parts d'organismes de placement collectif, dans la mesure où ces activités ne constituent pas la fourniture d'un service financier" (art. 6 al. 4 let. d).

Est également exclu du champ d'application de l'art. 6 du règlement de Rome I "le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure

47 PALANDT O./THORN K., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich 2010, Rom I 6 (IPR) N° 8.

48 PALANDT/THORN (n. 47), Rom I 6 (IPR) N° 8 ; MANKOWSKI P., "Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation", in : Eleanor CASHIN RITAINE/Andrea BONOMI (éd.), *Le nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Genève, Zurich, Bâle 2008, p. 140.

49 MANKOWSKI (n. 48), p. 140 ; PALANDT/THORN (n. 47), Rom I 6 (IPR) N° 8.

ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays" (art. 6 al. 4 let. e renvoyant à l'art. 4 al. 1 let. h).

Ces exceptions sont justifiées par le souci de garantir la fonctionnalité des marchés financiers qui serait mise en péril si le droit applicable dépendait de la résidence habituelle du cocontractant<sup>50</sup>. Le champ sémantique de ces dispositions est celui de la directive concernant les marchés d'instruments financiers (Markets in Financial Instruments Directive; MiFID)<sup>51</sup>, à l'aide de laquelle il convient de lire ces exceptions<sup>52</sup>.

### **B. Protection minimale du consommateur dans les contrats de services financiers transnationaux**

Les conditions générales des contrats conclus avec les banques suisses contiennent habituellement une clause d'élection de droit en faveur du droit suisse. Comme expliqué, l'art. 6 du règlement de Rome I n'aura pas pour effet d'invalider cette clause d'élection de droit; il en limitera cependant fortement la portée dans la mesure où les dispositions impératives du droit de l'Etat membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle s'appliqueront en lieu et place du droit choisi conventionnellement lorsqu'elles sont plus avantageuses pour ce dernier.

La FINMA attend des banques suisses qu'elles connaissent "tous leurs marchés cibles ainsi que [les] normes juridiques étrangères qui leur sont applicables [...]"<sup>53</sup>. Dans le cadre de cette contribution, il n'est pas possible

50 Considérant (28) du règlement de Rome I; GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., "New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts", in: Eleanor CASHIN RITAINE/Andrea BONOMI (éd.), *Le nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Genève, Zurich, Bâle 2008, p. 166 s.

51 Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers.

52 MANKOWSKI (n. 48), p. 150; MANKOWSKI P., "Die Rom I-Verordnung: Das neue europäische IPR für Schuldverträge und seine Bedeutung insbesondere aus Schweizer Sicht", EuZ 2009, p. 8. Pour de plus amples informations sur ces exceptions, voir: GARCIMARTÍN ALFÉREZ (n. 50).

53 Position de la FINMA Risques juridiques (n. 5), p. 16.

de déterminer pour chaque Etat membre de l'UE quelles sont les dispositions protégeant le consommateur auxquelles il ne peut être dérogé. Nous nous limiterons à mentionner les dispositions pertinentes de la MiFID (infra 1.) et de la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs<sup>54</sup> (infra 2.).

Précisons que ces directives doivent être intégrées dans les différents droits nationaux des Etats membres. S'agissant de la MiFID, les Etats membres n'ont pu imposer des obligations supplémentaires qu'à des conditions restreintes (art. 31 al. 1 2<sup>e</sup> partie MiFID). En revanche, ils étaient libres d'adopter des dispositions plus strictes que celles de la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, par exemple en matière d'information préalable du consommateur (art. 4).

## 1. MiFID

La MiFID impose aux entreprises d'investissement de définir leurs clients comme clients de détail, comme contreparties éligibles ou comme clients professionnels<sup>55</sup>, classification dont dépend l'étendue des devoirs contractuels imposés aux entreprises d'investissement. La MiFID offre une protection plus étendue aux premiers.

L'art. 19 MiFID énonce les règles de conduite qui doivent être suivies par les entreprises d'investissement lorsqu'elles fournissent des services d'investissement à des clients. Cet article doit se lire avec la directives 2006/73 qui est une directive d'exécution de la MiFID<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Directive 2002/65/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

<sup>55</sup> Considérant (31) MiFID, art. 24 MiFID et art. 50 directive 2006/73/CE de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive.

<sup>56</sup> Dans ce contexte, notons encore l'existence du règlement (CE) n° 1287/2006 de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les obligations des entreprises d'investissement en matière d'enregistrement, le compte rendu des transactions, la transparence du marché, l'admission des instruments financiers à la négociation et la définition de termes aux fins de ladite directive.

Parmi ces règles de conduite, l'art. 19 al. 3 MiFID soumet les entreprises d'investissement à un devoir d'information qui, dans une telle étendue, n'est pas connu par le droit suisse<sup>57</sup>: "Des informations appropriées sont communiquées aux clients potentiels sous une forme compréhensible [par exemple] sur [...] les instruments financiers et les stratégies d'investissement proposées, ce qui devrait inclure des orientations et des mises en garde appropriées sur les risques inhérents à l'investissement dans ces instruments ou à certaines stratégies d'investissement." Ces informations doivent permettre aux clients de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents et, par conséquent, de prendre des décisions en matière d'investissement en connaissance de cause. L'art. 31 al. 1 de la directive 2006/73 prévoit que les entreprises d'investissement fournissent "aux clients ou aux clients potentiels une description générale de la nature et des risques des instruments financiers en tenant notamment compte de leur catégorisation en tant que client de détail ou client professionnel. Cette description doit exposer les caractéristiques propres au type particulier d'instrument concerné, ainsi que les risques qui lui sont propres de manière suffisamment détaillée pour que le client puisse prendre des décisions d'investissement en connaissance de cause." L'art. 31 al. 2 de la directive 2006/73 énonce encore les différents éléments qui doivent être évoqués dans la description des risques.

Ensuite, selon les art. 19 al. 4 MiFID et 35 al. 1 directive 2006/73, l'entreprise d'investissement qui fournit du conseil en investissement ou des services de gestion de portefeuille doit déterminer si le service est adéquat pour le client (*suitability test*). A cette fin, l'entreprise doit se procurer toute l'information sur les "faits essentiels" concernant le client, en particulier la situation financière du client, ses objectifs d'investissement et sa capacité (connaissance et expérience) à comprendre les risques inhérents à une certaine transaction ou à la gestion de portefeuille. En revanche, les informations à rassembler par les entreprises d'investissement pour une activité *execution only* ne porteront que sur l'expérience et la connaissance du client<sup>58</sup> (outre l'information sur les risques liés aux produits mentionnée ci-dessus). Dans l'ATF 133 III 97 (qui concernait un mandat de conseil), le

57 MAURENBRECHER B., "Von der Investment Services Directive zur Markets in Financial Instruments Directive – ein Überblick aus Schweizer Sicht", PJA 2005, p. 30.

58 Art. 19 al. 5 MiFID; LOMBARDINI (n. 31), p. 770 ss; MAURENBRECHER (n. 58), p. 29.

Tribunal fédéral a considéré qu'il n'existait pas d'obligation de procéder à un test d'adéquation (*suitability test*) sur la base des devoirs d'information du négociant découlant de l'art. 11 let. a de la loi sur les bourses, tout en laissant ouverte la question de savoir si une telle obligation pouvait découler des règles du contrat de conseil<sup>59</sup>.

Enfin, la MiFID prévoit à l'art. 21 une obligation d'exécuter les ordres aux conditions les plus favorables pour le client, obligation précisée de manière très circonstanciée aux art. 44 à 46 de la directive 2006/73.

## 2. Directive 2002/65 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs

Dans leurs activités transnationales dans les pays de l'Union européenne, les banques suisses devront également tenir compte de la directive 2002/65 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs<sup>60</sup>. La directive vise "tout mode de démarchage et de conclusion de contrats sans présence simultanée du fournisseur et du consommateur"<sup>61</sup>. Elle prévoit que le consommateur doit être informé sur le fournisseur, le service financier et le droit de rétractation avant qu'il ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre (art. 3). Le consommateur dispose en effet, selon l'art. 6 de la directive, d'un délai de 14 jours pour se rétracter, sans pénalité et sans indication de motifs.

## C. LDIP

Le droit européen et les normes nationales de l'Etat du domicile du consommateur pourraient également s'appliquer devant les tribunaux suisses saisis d'un litige entre une banque et un client domicilié dans un Etat partie à la Convention de Lugano révisée, par le jeu des règles de la LDIP. Le juge suisse saisi d'une telle action examinera sa compétence à la lumière de la Convention de Lugano révisée et déterminera le droit applicable conformément à la LDIP. Comme mentionné plus avant, la notion de contrat

<sup>59</sup> ATF 133 III 97, consid. 5.4, JdT 2008 I 84.

<sup>60</sup> BIZZOZERO A./ROBINSON C., *Activités financières cross-border vers et depuis la Suisse*, Fribourg 2010, p. 167.

<sup>61</sup> BIZZOZERO/ROBINSON (n. 61), p. 167.

de consommation est beaucoup plus large dans la Convention de Lugano révisée puisqu'elle n'est pas limitée aux prestations de consommation courante, contrairement à l'art. 120 LDIP. Cette disposition prohibe l'élection de droit pour les contrats conclus avec les consommateurs (art. 120 al. 2 LDIP). Deux cas de figure peuvent ainsi se présenter :

- Si le contrat qui fonde la demande en justice est un contrat de consommation au sens de la LDIP (ce qui sera le cas s'il porte sur une prestation de consommation courante), le juge suisse compétent devrait invalider l'éventuelle élection de droit en faveur du droit suisse. Si les conditions posées par l'art. 120 al. 1 LDIP sont remplies, notamment si le client a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat dans son Etat de domicile, c'est le droit de cet Etat et les exigences de la MiFID qui seront applicables (voir section B ci-dessus).
- Si, en revanche, le contrat ne porte pas sur une prestation de consommation courante, l'élection de droit en faveur du droit suisse est valable au regard de l'art. 120 LDIP. Se pose cependant la question de savoir si le droit étranger, par hypothèse plus favorable au consommateur, doit être pris en considération par le juge suisse comme loi d'application immédiate sur la base de l'art. 19 LDIP<sup>62</sup>. Jusqu'à présent, cette disposition a été peu appliquée par les tribunaux suisses, et le Tribunal fédéral a répété récemment que le recours à l'art. 19 LDIP doit rester exceptionnel<sup>63</sup>. Cette situation pourrait changer dans le domaine examiné ici, surtout à la lumière de la position de la FINMA qui enjoint aux banques suisses de prendre en compte les normes du droit étranger<sup>64</sup>.

## VII. Remarques finales

La Convention de Lugano révisée élargit considérablement le champ d'application des dispositions protectrices des consommateurs aux contrats de services bancaires dans le domaine du *private banking*. Certes, la portée

62 BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE M./WOLF-METTIER S., n. 24 ad art. 19. Ces auteurs soutiennent que l'application de normes de protection des consommateurs qu'un Etat tiers a édictées dans l'intention de leur conférer une application internationale pourrait en effet répondre à des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit et, ainsi, justifier une telle application.

63 ATF 136 III 392 consid. 2.2 et références citées.

64 Position de la FINMA Risques juridiques (n. 5), p. 12.

exacte des art. 15 ss de la Convention de Lugano révisée n'est pas encore entièrement claire. Notamment, la question controversée de savoir si le contrat doit effectivement avoir été conclu à distance pour entraîner l'application de ces dispositions n'a pas été tranchée. A titre de mesure de précaution, les banques seraient bien avisées de faire signer les documents contractuels à leur siège; toutefois, en raison de l'insécurité juridique précitée, il n'est pas certain que cette mesure permette d'éviter l'application des dispositions sur le for du consommateur et d'empêcher la multiplication des procès contre les banques suisses à l'étranger.

Outre les désavantages procéduraux qui en résultent, cette situation aura pour effet d'entraîner l'application du droit le plus favorable aux clients-consommateurs même si le contrat est régi conventionnellement par le droit suisse. La MiFID, à plusieurs égards, soumet les établissements financiers à des obligations d'information plus étendues que celles du droit suisse actuel. Bien que les règles de la MiFID ne soient pas directement applicables en Suisse, elles définiront néanmoins désormais le cadre de la diligence attendue des banques suisses dans le cas d'un litige porté devant les tribunaux d'un Etat membre de l'Union européenne. Or, la mesure de la diligence attendue n'est pas seulement déterminante pour apprécier la responsabilité contractuelle de la banque, elle l'est également pour vérifier si cette dernière remplit les conditions d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c de la loi sur les banques<sup>65</sup>. Ces conséquences devraient inciter les banques à veiller au respect de ces normes dans leurs relations avec des clients domiciliés dans l'Union européenne.

---

<sup>65</sup> Position de la FINMA Risques juridiques (n. 5), p. 14.