

LE CONTRÔLE DES CONDITIONS GÉNÉRALES BANCAIRES

MEMOIRE

présenté

par

Raphaël Barile

sous la direction du

Professeur Carlo Lombardini

Lausanne, le 4 juillet 2019

Table des matières

1	Introduction	1
2	Les règles applicables aux conditions générales	2
2.1	Les règles applicables en droit suisse	2
2.1.1	L'incorporation des conditions générales	2
2.1.1.1	Les conditions pour une incorporation valable	2
2.1.1.2	La règle de l'insolite : un correctif pour l'incorporation globale	3
2.1.2	L'interprétation des conditions générales	4
2.1.3	Le contrôle du contenu des conditions générales selon l'art. 8 LCD	4
2.1.3.1	Les conditions d'application de l'art. 8 LCD	5
2.1.3.1.1	Le consommateur	5
2.1.3.1.2	La disproportion notable et injustifiée	7
2.1.3.1.3	La contradiction avec les règles de la bonne foi	8
2.1.3.2	Les effets d'une violation de l'art. 8 LCD	9
2.1.3.3	Le droit transitoire	9
2.1.3.4	Le rapport avec la règle de l'insolite	10
2.2	Les règles applicables en droit européen	10
2.2.1	L'impact du droit européen dans l'application de l'art. 8 LCD	10
2.2.2	Le contrôle des conditions générales prévu par la Directive 93/13/CEE	11
2.2.2.1	Le champ d'application et le but de la Directive 93/13/CEE	11
2.2.2.2	La notion de consommateur	12
2.2.2.3	La notion de déséquilibre significatif	13
3	Le contrôle des conditions générales bancaires	14
3.1	Le contrôle des conditions générales bancaires sous l'angle des art. 100 et 101 CO ...	14
3.1.1	L'assimilation de l'activité bancaire à une industrie concédée par l'autorité	15
3.1.2	Les clauses visées par les art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO	15
3.1.3	Les effets du contrôle	16
3.2	Le contrôle des conditions générales bancaires sous l'angle de l'art. 8 LCD	17
3.2.1	Le champ d'application limité de l'art. 8 LCD en matière bancaire	17
3.2.2	La détermination d'une disproportion notable et contraire à la bonne foi dans les clauses de conditions générales bancaires	18
4	Les clauses fréquentes dans les conditions générales de banques et leur admissibilité	18
4.1	Les clauses de restriction de responsabilité et de transfert de risques	18
4.2	La clause de renonciation au secret bancaire	19
4.2.1	Les fondements du secret bancaire suisse	19
4.2.2	L'incorporation de la clause au contrat	20
4.2.3	L'admissibilité du contenu de la clause	20
4.3	Les clauses de fiction	23
4.3.1	La clause de réclamation/ ratification	23
4.3.1.1	La situation prévue par la clause	23
4.3.1.2	Le droit applicable en l'absence d'une telle clause	24
4.3.1.3	L'admissibilité de la clause à la lumière de la jurisprudence actuelle	25
4.3.1.4	L'admissibilité de la clause au sens de l'art. 8 LCD	27
4.3.2	La clause de banque restante	27
4.3.2.1	La situation prévue par la clause	27
4.3.2.2	L'admissibilité de la clause à la lumière de la jurisprudence actuelle	28
4.3.2.3	L'admissibilité de la clause au sens de l'art. 8 LCD	29
4.3.3	La clause prévoyant une fiction de notification des communications de la banque	29
4.3.3.1	La situation prévue par la clause	29
4.3.3.2	Le droit applicable en l'absence d'une telle clause	30
4.3.3.3	L'admissibilité de la clause à la lumière de la jurisprudence actuelle	30
4.3.3.4	L'admissibilité de la clause au sens de l'art. 8 LCD	30
4.3.4	Les clauses de fiction en droit allemand	31

4.4	Les clauses d'élection de droit et de for et le risque d'application d'un droit étranger à la relation bancaire.....	31
4.4.1	Le for	32
4.4.1.1	Le client domicilié en Suisse	32
4.4.1.2	Le client domicilié à l'étranger.....	32
4.4.1.2.1	Le client domicilié dans un État tiers à la Convention de Lugano.....	33
4.4.1.2.2	Le client domicilié dans un État partie à la Convention de Lugano.....	33
4.4.2	Le droit applicable.....	35
5	Le contrôle des clauses de transfert de risques et la responsabilité de la banque en cas de défaut de légitimation.....	36
5.1	La répartition des risques selon le droit dispositif.....	36
5.2	La répartition des risques selon la clause de transfert de risques.....	37
5.3	Les différents cas de figure et admissibilité selon la jurisprudence actuelle.....	38
5.3.1	Le contrôle des clauses de transfert de risques d'une manière générale.....	38
5.3.1.1	Le contrôle en application des art. 100 et 101 CO par analogie.....	38
5.3.1.2	Le devoir de diligence de la banque.....	38
5.3.1.3	Le devoir de diligence du client.....	39
5.3.2	La falsification de la signature du client.....	39
5.3.3	Les abus liés aux cartes de débit et de crédit.....	41
5.3.4	Les services bancaires numériques.....	43
5.3.4.1	L'e-banking.....	43
5.3.4.2	Les ordres donnés par e-mail.....	45
5.4	L'admissibilité des clauses de transfert de risques au sens de l'art. 8 LCD.....	46
5.5	Les clauses de transfert de risques dans l'Union européenne.....	47
5.5.1	La directive PSD2.....	47
5.5.2	Les clauses de transfert de risques de banques européennes.....	47
6	Conclusion.....	48

1 Introduction

Le cadre général dans lequel se déroulent les activités bancaires n'étant pas prédéfini dans la loi, les banques règlent les relations contractuelles qu'elles entretiennent avec leurs clients par le biais de conditions générales (CG)¹.

Hormis pour quelques clients fortunés dans le domaine du *private banking*, très rares sont les possibilités de négocier individuellement². Étant donné les similarités entre les conditions générales des différentes banques, le client n'a souvent pas d'autre choix que de les accepter³. D'une part les conditions générales permettent de rationaliser les relations homogènes d'une banque avec ses nombreux clients et de réduire les coûts de transaction⁴. D'autre part, celles-ci peuvent représenter une menace pour le client mal informé sur le contrat et les risques qui en découlent⁵.

En comparaison avec l'Union européenne, notamment en Allemagne⁶, l'utilisation de conditions générales est peu réglementée en droit suisse. Il existe peu de moyens pour procéder à un contrôle judiciaire de leur contenu et les juges semblent réticents à faire usage des instruments disponibles, tels que l'art. 8 de la loi sur la concurrence déloyale (LCD)⁷. Les banques cherchent à s'exonérer de leur responsabilité autant que possible à travers leurs conditions générales⁸. Elles transfèrent un certain nombre de risques au client, lui imposent des obligations de diligence et se prévalent de clauses de renonciation et fiction à son encontre. À l'époque de la digitalisation des services bancaires, ces questions deviennent de plus en plus problématiques. Le client accepte les conditions générales sans en prendre connaissance et se trouve souvent au dépourvu au moment où un tiers non autorisé effectue un ordre à sa place et a accès à ses données. Celui-ci ne réalise pas toujours l'étendue des risques liés aux nouvelles technologies telles que l'*e-banking*.

Dans le cadre du présent mémoire, nous débiterons par un rappel des règles applicables aux conditions générales en droit suisse, au niveau de leur intégration, interprétation et contrôle. Nous relèverons l'avancée et l'impact du droit européen en la matière. Il conviendra ensuite d'évaluer la pertinence des instruments mentionnés dans le domaine bancaire.

Dans un second temps, nous évoquerons quelques clauses propres aux conditions générales bancaires et discuterons de leur admissibilité. Finalement, nous consacrerons davantage de lignes au contrôle des clauses de transfert de risques en lien avec des défauts de légitimation. Nous examinerons dans quelle mesure il est tolérable de faire supporter le risque de fraude au client, y compris dans le cadre d'utilisation de services bancaires en ligne.

¹ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 174.

² ABEGGLEN/COENDET/GROSS, p. 88.

³ GAUCH, p. 81.

⁴ MORIN, *clauses contractuelles*, p. 502.

⁵ BAHAR, p. 111.

⁶ Les conditions générales des banques allemandes sont unifiées par l'association allemande des banques (*Bankenverband*) : « <https://bankenverband.de/service/agb-banken/> ».

⁷ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), RS 241 ; depuis la nouvelle teneur de l'art. 8 LCD au 1^{er} juillet 2012, le Tribunal fédéral n'a toujours effectué aucun contrôle de conditions générales sur la base de cet article.

⁸ Cf. *infra* point 5.2.

2 Les règles applicables aux conditions générales

Avant d'examiner l'admissibilité de certaines clauses de conditions générales bancaires, il convient de faire le point sur le régime juridique auquel celles-ci sont soumises en droit suisse, puis en droit de l'Union européenne.

En l'absence de définition légale en droit suisse, les conditions générales sont généralement entendues comme des dispositions contractuelles préformulées par leur utilisateur pour standardiser un grand nombre de conclusions de contrats. Elles déterminent les droits et obligations des parties à l'avance d'une manière aussi précise que possible, sans négociation individuelle⁹.

2.1 Les règles applicables en droit suisse

2.1.1 L'incorporation des conditions générales

2.1.1.1 Les conditions pour une incorporation valable

En tant que dispositions contractuelles, les conditions générales ne produisent des effets juridiques entre les parties qu'à condition d'avoir fait l'objet d'un accord¹⁰ au sens des art. 1 ss du Code des obligations (CO)¹¹ et donc de constituer un élément essentiel du contrat¹².

Le client sera – sous réserve de clauses insolites¹³ - lié par les conditions générales s'il les a expressément acceptées, en les signant ou en signant un document qui y renvoie¹⁴. Il n'est pas nécessaire que celui-ci les ait lues, il doit cependant avoir eu la possibilité raisonnable d'en prendre connaissance au plus tard au moment de la conclusion du contrat¹⁵. La réalisation de cette condition dépend du cadre concret de la conclusion du contrat¹⁶. En matière bancaire, la pratique des banques étant de remettre un exemplaire de leurs conditions générales au moment de la conclusion du contrat, le client a effectivement la possibilité d'en prendre connaissance. Le renvoi aux conditions générales ou à des conditions spéciales supplémentaires par un lien lors de l'utilisation de services d'*Internet banking* semble également admissible, dans la mesure où le client a de toute façon accès à Internet¹⁷.

Un accord tacite sur les conditions générales n'est envisageable qu'en cas d'indication claire de la volonté du client à ce qu'elles fassent partie du contrat¹⁸, dans l'optique où il avait déjà conclu un ou plusieurs contrats avec la même banque en acceptant que les mêmes conditions

⁹ Message LCD 1983, FF 1983 II p. 1051 ; Message révision LCD 2009, FF 2009 p. 5565 ; TF 4P.135/2002 du 28 novembre 2002, c. 3.1

¹⁰ GIGER, p. 31 ; FORNAGE, N 6 ; GOBET, p. 539 ; ABEGGLEN/COENDET/GROSS, p. 95.

¹¹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations, CO), RS 220.

¹² MORIN, *CR CO I*, N 169 *ad art.* 1 CO ; ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, *BSK OR I*, N 52 *ad art.* 1 CO.

¹³ Cf. *infra* point 2.1.1.2.

¹⁴ ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, *BSK OR I*, N 52 *ad art.* 1 CO ; LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 374, N 4.

¹⁵ ATF 87 II 234, c. 3 ; 100 II 200, c. 5d ; 139 III 345, c. 4.3, JdT 2014 II 182 ; GOBET, p. 539 ; MÜLLER, *BK OR I-18*, N 323 *ad art.* 1 CO ; FORNAGE, N 7.

¹⁶ GIGER, p. 53.

¹⁷ ATF 139 III 345, c. 4.4.1, JdT 2014 II 182.

¹⁸ ATF 77 II 154, c. 4 ; ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, *BSK OR I*, N 53 *ad art.* 1 CO.

générales y soient intégrées. Il appartient à la banque, souhaitant se prévaloir de ses conditions générales, de démontrer qu'il a été convenu de les incorporer au contrat¹⁹.

La banque ne laissant généralement au client aucune influence sur le contenu des clauses du contrat, celui-ci les acceptera sans en prendre effectivement connaissance ou sans en comprendre la portée. La doctrine parle à cet égard d'intégration/incorporation globale²⁰, à l'inverse d'une intégration intégrale.

2.1.1.2 La règle de l'insolite : un correctif pour l'incorporation globale

En cas d'incorporation globale, le client sera tenu d'assumer des clauses qu'il n'a pas lues. Il est question de protéger la confiance du rédacteur des conditions générales, qui peut raisonnablement partir du principe que l'autre partie accepte ces clauses sans en prendre entièrement connaissance. Cette protection ne s'étend en revanche pas aux clauses auxquelles il ne pouvait raisonnablement espérer que l'autre partie adhère, (clauses insolites)²¹. Sur cette base, le Tribunal fédéral a développé la règle dite de l'insolite (*Ungewöhnlichkeitsregel*) corrigeant l'interprétation globale, selon laquelle la partie concernée n'est pas liée par des clauses inhabituelles auxquelles elle ne devait pas s'attendre, à moins que son attention n'ait été spécialement attirée sur leur existence²².

Le caractère insolite d'une clause de conditions générales s'analyse d'après un critère objectif et subjectif²³. Objectivement, elle doit modifier de manière essentielle la nature du contrat en question ou sortir du cadre légal d'un type de contrat²⁴. L'importance de l'atteinte aux intérêts juridiques du contractant la rend davantage insolite²⁵. Subjectivement, seule la partie faible ou la moins expérimentée en affaires peut se prévaloir de la règle de l'insolite. Il importe peu que la partie apparaisse supérieure en raison de sa situation financière ou d'autres circonstances²⁶. À l'aubaine du client fortuné, celui qui est contraint d'intégrer des conditions générales au contrat, risquant autrement de ne trouver aucun autre partenaire contractuel est considéré comme partie faible²⁷. S'agissant de l'expérience en affaires, il convient de se placer du point de vue de celui qui consent à la clause, en s'arrêtant sur ses conceptions personnelles, telles que perçues par son cocontractant²⁸. La question qui se pose est si le client, en raison de son expérience particulière en affaires aurait dû compter sur la présence d'une telle clause²⁹. Ceci n'exclut pas d'emblée la possibilité pour une personne expérimentée d'être surprise par une clause et de se prévaloir de la règle de l'insolite, qui vise la protection de la bonne foi en affaires³⁰.

¹⁹ TF 4A_548/2013 et 4A_550/2013 du 31 mars 2014, c. 3.3.1.

²⁰ GIGER, p. 55 ; MÜLLER, *BK OR I-18*, N 315 *ad art.* 1 CO ; MORIN, *CR CO I*, N 173 *ad art.* 1 CO.

²¹ ATF 119 II 443, c. 1a ; ABEGGLEN/COENDET/GROSS, p. 96 ; ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, *BSK OR I*, N 60 *ad art.* 1 CO.

²² ATF 108 II 416, c. 1 ; 109 II 213, c. 2a, JdT 1984 I 202 ; 119 II 443, c. 1a ; 135 III 225, c. 1.3, SJ 2009 I 446, JdT 2009 I 475.

²³ MORIN, *CR CO I*, N 169 *ad art.* 1 CO.

²⁴ ATF 135 III 225, c. 1.3, SJ 2009 I 446, JdT 2009 I 475.

²⁵ ATF 135 III 1, c. 2.1, JdT 2011 II 516.

²⁶ ATF 109 II 452, c. 5a, JdT 1984 I 470.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ ATF 119 II 443, c. 1a.

²⁹ ATF 138 III 411, c. 3.5, SJ 2012 I 445, JdT 2013 II 163, JdT 2014 II 459.

³⁰ TF 4A_499/2018 du 10 décembre 2018, c. 3.3.2 ; FONTANA, p. 155.

Le client n'est pas lié par une clause insolite, à moins que son attention ait spécialement été attirée sur cette clause lors de la conclusion du contrat³¹. Dans l'éventualité où une clause figurant dans les conditions générales d'une banque est jugée insolite, il suffit donc à l'établissement de la mettre en évidence dans ses prochains contrats pour s'assurer une intégration valable. La règle de l'insolite n'a alors que peu de portée et n'offre pas une protection satisfaisante au client³².

2.1.2 L'interprétation des conditions générales

De jurisprudence constante, les conditions générales incorporées à un contrat s'interprètent selon les mêmes principes que les clauses contractuelles ayant fait l'objet d'une négociation individuelle³³. Il prévaut ainsi de rechercher la réelle et commune intention des parties au sens des art. 1 et 18 CO³⁴. En cas d'échec, le sens des clauses litigieuses est déterminé selon le principe de la confiance³⁵.

En présence de conditions générales ambiguës, la jurisprudence et la doctrine ont développé une règle d'interprétation en défaveur du rédacteur des clauses, *in dubio contra stipulatorem* ; *Unklarheitsregel*³⁶. Son application, néanmoins subsidiaire, est exclue lorsqu'une interprétation a pu être dégagée subjectivement ou par le biais du principe de la confiance³⁷.

2.1.3 Le contrôle du contenu des conditions générales selon l'art. 8 LCD

Jusqu'à l'entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2012 du nouvel article 8 LCD, la Suisse ne disposait pas d'un mécanisme de contrôle normatif du contenu des conditions générales. La doctrine admet de manière unanime que la version en vigueur avant cette date est restée lettre morte³⁸. L'ancienne exigence que les conditions générales soient « de nature à provoquer une erreur » a paralysé son application³⁹.

Selon les auteurs, qu'il soit inspiré⁴⁰ ou issu d'une reprise autonome⁴¹ de l'art. 3 ch. 1 de la Directive 93/13/CE de l'Union européenne (Directive 93/13/CEE)⁴², l'art. 8 LCD devrait à présent permettre un contrôle judiciaire concret et abstrait⁴³ du contenu des conditions générales. Depuis son entrée en vigueur, il y a sept ans, la disposition a néanmoins peu préoccupé les tribunaux et les utilisateurs de conditions générales⁴⁴.

³¹ ATF 135 III 225, c. 1.5, SJ 2009 I 446, JdT 2009 I 475.

³² LOMBARDINI, *Gestion de fortune*, p. 68 N 13.

³³ ATF 133 III 607, c. 2.2, AJP 2008 222 ; 135 III 1, c. 2, JdT 2011 II 516 ; 135 III 225, c. 1.3, SJ 2009 I 446, JdT 2009 I 475.

³⁴ ATF 127 III 444, c. 1b.

³⁵ ATF 111 II 276, c. 2b ; 113 II 49, c. 1a, JdT 1987 I 373.

³⁶ ATF 115 II 264, c. 5a, JdT 1990 I 57, SJ 1990 90 ; GIGER, p. 44 ; ABEGGLEN/COENDET/GROSS, p. 96.

³⁷ ATF 133 III 61, c. 2.2.2.3.

³⁸ ABEGGLEN/COENDET/GROSS, p. 98 ; KOLLER, p. 28 ; FORNAGE, N 19 ; Message révision LCD 2009, FF 2009 p. 5548.

³⁹ Cette condition rarement réalisée supposait notamment que la clause ne soit pas rédigée de manière claire ou se situe à un emplacement inhabituel dans le texte, cf. ATF 117 II 332, c. 5a ; 119 II 443, c. 1c ; FORNAGE, N 19.

⁴⁰ KUONEN, p. 3.

⁴¹ FORNAGE, N 20.

⁴² Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO n° L 95/29 du 21 avril 1993, p. 29.

⁴³ L'art. 10 al. 2 let. b LCD ouvre un contrôle abstrait aux organisations de protection des consommateurs et l'art. 10 al. 3 LCD à la Confédération.

⁴⁴ KUONEN, p. 1.

2.1.3.1 Les conditions d'application de l'art. 8 LCD

Dans sa teneur depuis le 1^{er} juillet 2012, l'art. 8 LCD prévoit « qu'agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat. »

2.1.3.1.1 Le consommateur

Contrairement à sa version en vigueur avant la révision législative, l'art. 8 LCD voit son champ d'application personnel réduit au consommateur, sans le définir. Afin d'identifier quelques éléments caractéristiques, il y a lieu de s'intéresser à comment le consommateur est perçu dans différents actes législatifs suisses ainsi qu'en droit européen. L'art. 3 de la loi sur le crédit à la consommation (LCC)⁴⁵, l'art. 2 al. 2 de l'Ordonnance sur l'indication des prix (OIP)⁴⁶ fondée sur la LCD, ainsi que l'art. 210 al. 4 let. b CO et l'art. 2 let. b Directive 93/13/CEE, définissent le consommateur comme une personne physique concluant un contrat pour un bien ou service dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle. Ces dernières dispositions définissent la finalité du contrat de manière négative, comme étant ni commerciale, ni professionnelle. Les art. 40a al. 1 CO⁴⁷ et 32 al. 2 du code de procédure civile (CPC)⁴⁸ la définissent positivement, devant être privée ou familiale. Quant à l'art. 120 al. 1 de la loi sur le droit international privé (LDIP)⁴⁹, celui-ci exige que le contrat soit conclu dans un but personnel ou familial du consommateur, en excluant un rapport avec son activité professionnelle ou commerciale.

Les contrats bancaires, considérés individuellement, ne visent pas toujours l'accomplissement d'un but exclusivement privé ou familial. La qualification est dès lors compliquée s'agissant des contrats à finalité mixte. KOLLER⁵⁰ mentionne à cet égard la problématique de l'utilisation d'une carte de crédit, qui peut servir autant pour des dépenses privées que professionnelles. La formulation négative ou positive de la finalité du contrat joue peut-être un rôle. Il est en revanche certain que ce point n'est pas analysé de manière uniforme mais varie en fonction de la loi protectrice en cause. Nous examinerons plus bas⁵¹ si le juge suisse est tenu d'interpréter la finalité mixte conformément au droit de l'Union européenne, selon lequel la finalité professionnelle n'empêcherait pas le client d'être considéré comme consommateur si celle-ci est « si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat⁵² ».

S'agissant du consommateur de l'art. 8 LCD, la doctrine majoritaire⁵³ se limite aux éléments mentionnés ci-dessus, soit : la personne physique concluant un contrat dans une finalité personnelle ou familiale, respectivement étrangère à son activité professionnelle ou commerciale. D'autres auteurs⁵⁴ soutiennent une notion de consommateur plus étroite, en se fondant sur les art. 32 al. 2 CPC et 120 al. 1 LDIP et la jurisprudence y relative⁵⁵. Selon ces

⁴⁵ Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001 (LCC), RS 221.214.1.

⁴⁶ Ordonnance sur l'indication des prix du 11 décembre 1978 (OIP), RS 942.211.

⁴⁷ Art. 40a al.1 CO : « ... choses mobilières ou des services destinés à un usage personnel ou familial du client ».

⁴⁸ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

⁴⁹ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP), RS 291.

⁵⁰ KOLLER, p. 37.

⁵¹ Cf. *infra* point .2.2.1.

⁵² Directive européenne 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

⁵³ KOLLER, p. 34-35 ; FORNAGE, N 23 ; GOBET, p. 47.

⁵⁴ SCHOTT, p. 79 ; MARCHAND, p. 330.

⁵⁵ ATF 130 III 417, c. 2.1 ; 132 III 268, c. 2.2.2, SJ 2006 I 359, JdT 2006 I 564.

dispositions procédurales, le contrat doit en outre porter sur une prestation de consommation courante. Une telle interprétation réduirait considérablement la protection conférée par l'art. 8 LCD, ce qui semble contredire la volonté du législateur⁵⁶. Notons par ailleurs que la simple restriction du champ de protection aux consommateurs – à l'origine non souhaitée par le Conseil fédéral⁵⁷ – s'éloigne déjà du but principal de la LCD, qui vise à garantir une concurrence loyale et non faussée dans l'intérêt de toutes les parties concernées⁵⁸.

En analysant le nombre limité de jugements ayant considéré l'application de l'art. 8 LCD – pour autant que sa violation n'ait pas simplement été écartée d'emblée⁵⁹ – nous constatons que le défaut de qualité de consommateur est la condition qui fait le plus souvent échec à l'application de la disposition⁶⁰.

En 2019, sept ans après l'entrée en vigueur du nouvel art. 8 LCD, le Tribunal fédéral n'a toujours pas eu l'occasion de préciser si la disposition s'applique au consommateur au sens large ou au sens étroit⁶¹. Il va sans dire que la réponse à cette interrogation aura une incidence considérable en matière de contrôle de conditions générales bancaires. Le Tribunal de commerce zurichois s'est penché sur la question, en la laissant cependant ouverte, dans un arrêt pertinent en matière de contrôle d'une clause de transfert de risques en cas de défaut de légitimation⁶². Le client, gérant de fortune de profession, ayant toujours transféré des montants considérables en utilisant son adresse e-mail professionnelle s'est vu refuser la qualité de consommateur, autant au sens large qu'au sens étroit. Le Tribunal de commerce zurichois⁶³, se fondant sur la contribution de KOLLER⁶⁴, expose différents cas de figure pouvant se présenter en matière bancaire. Ainsi, le travailleur dépendant concluant un compte personnel pour percevoir son salaire et effectuer ses dépenses courantes sera toujours un consommateur. L'application ou non du critère de la prestation de consommation courante aurait des impacts considérables dans certaines situations. La réponse par la positive impliquerait que les conditions générales pour un compte épargne, dans la mesure où celui-ci ne vise pas directement la dépense, ne seraient pas soumises au contrôle de l'art. 8 LCD. En faisant abstraction du critère de prestation de consommation courante, le client concluant des contrats de financement de biens immobiliers, de conseil en placement ou encore de gestion de fortune, pourrait se prévaloir de l'art. 8 LCD tant qu'il investit dans des buts étrangers à son activité professionnelle⁶⁵.

Il est en outre fréquent que les mêmes conditions générales règlent les différentes relations du client. Celui-ci pourrait être considéré comme consommateur dans l'une mais pas dans l'autre.

⁵⁶ Message révision LCD 2009, FF 2009 p. 5548 ; PICHONNAZ, *Pratique contractuelle*, p. 47 ; THOUVENIN, *BSK UWG*, N 83 *ad* art. 1 LCD.

⁵⁷ Message révision LCD 2009, FF 2009 p. 5557.

⁵⁸ Art. 1 LCD ; ABEGGLEN/COENDET/GROSS, p. 101.

⁵⁹ TF 4D_49/2013 du 19 septembre 2013 ; TF 9C_85/2017 du 24 mai 2017 ; *Zürich Obergericht* NP150010 du 29 mai 2015, c. 2.2.

⁶⁰ TF 4A_152/2017 du 2 novembre 2017, c. 5.3 ; *Zürich Handelsgericht* HG150071 du 25 novembre 2016, c. 2.3.2 et 2.3.3 ; HG130060 du 17 décembre 2014, c. 2.4.3.5 ; HG150136 du 16 décembre 2016, c. 8 ; *Zürich Obergericht* PP170059 du 15 février 2018, c. 4.2.4.1 ; RUSCH/MAISSEN, p. 1403.

⁶¹ Notion utilisée par KOLLER, p. 36 : « *der weite, ... enge Begriff des Konsumentenvertrages* », c'est-à-dire avec ou sans exigence de prestation de consommation courante.

⁶² *Zürich Handelsgericht* HG150071 du 25 novembre 2016, c. 2.3.2 et 2.3.3.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ KOLLER, p. 37 et 38.

⁶⁵ *Ibidem* ; SCHOTT, p. 79.

Le client fortuné peut tout à fait être considéré comme consommateur. Il ne pourra néanmoins pas invoquer l'art. 8 LCD s'il est assisté par un conseiller externe lors de la conclusion. Dans ce cas, selon SCHOTT⁶⁶, les clauses seraient négociées individuellement.

Seules les personnes physiques peuvent se prévaloir de l'art. 8 LCD. Les PME, souvent forcées d'accepter les conditions générales de leur partenaire contractuel en position de force, sont exclues du champ de protection de la disposition⁶⁷. La situation est plus controversée s'agissant des personnes morales n'agissant pas à des fins commerciales. Certains auteurs soutenant une interprétation conforme à la directive européenne⁶⁸ affirment que l'art. 8 LCD ne peut s'appliquer qu'à des personnes physiques. Pour d'autres, une personne morale pourrait se retrouver dans le même besoin de protection qu'une personne physique, conformément aux buts de la LCD⁶⁹.

2.1.3.1.2 La disproportion notable et injustifiée

Lorsque le client est effectivement considéré comme consommateur et qu'il est lié par des conditions générales, il est nécessaire d'établir que celles-ci prévoient à son détriment une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.

Afin de déceler une disproportion entre les droits et obligations des parties, il convient selon la doctrine⁷⁰ de procéder à une comparaison de leur situation telle que prévue par les CG avec la situation dans laquelle elles se trouveraient, telle que définie par les règles applicables en l'absence de CG. Cette comparaison fait référence au droit dispositif applicable à la relation ainsi qu'à la nature du contrat⁷¹. En l'absence de droit dispositif applicable⁷² directement ou par analogie, il y a lieu de se référer aux mécanismes usuels de complètement des contrats, notamment la volonté hypothétique des parties⁷³. Le juge peut également s'inspirer de la liste grise européenne⁷⁴ contenue dans l'annexe de la Directive 93/13/CEE ou de la liste grise informelle publiée par le SECO⁷⁵, comparant les différentes listes grises et noires européennes⁷⁶.

Lorsqu'un déséquilibre entre les droits et obligations au détriment du consommateur a été constaté, celui-ci pourrait être compensé par d'autres droits et obligations⁷⁷. La doctrine est partagée quant à l'admission d'une compensation au sens large⁷⁸, considérant l'entier du contrat, ou au sens strict⁷⁹, c'est-à-dire imposant que les clauses avantageuses et

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ KOLLER, p. 35

⁶⁸ Art. 2 let. b Directive 93/13/CEE ; THOUVENIN, *BSK UWG*, N 82 *ad art.* 1 LCD.

⁶⁹ PICHONNAZ, *Pratique contractuelle*, p. 48.

⁷⁰ PROBST, *SHK UWG*, N 250 *ad art.* 8 LCD ; THOUVENIN, *BSK UWG*, N 126 *ad art.* 8 LCD.

⁷¹ PICHONNAZ, *CR LCD*, N 150 *ad art.* 8 LCD.

⁷² Selon le contrat bancaire en question, nous pouvons notamment songer aux règles du mandat ou du dépôt.

⁷³ FORNAGE, N 27 ; THOUVENIN, *BSK UWG*, N 128 *ad art.* 8 LCD ; PROBST, *SHK UWG*, N 250 *ad art.* 8 LCD.

⁷⁴ Cf. *infra* point 2.2.2.3.

⁷⁵

« https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Werbe_Geschaeftsmethoden/unlauterer_wettbewerb/Missbr%C3%A4uchliche%20Klauseln%20im%20europ%C3%A4ischen%20Vergleich.pdf.download.pdf/Comparatif%20des%20clauses%20abusives%20en%20Europe.pdf ».

⁷⁶ PICHONNAZ, *CR LCD*, N 152 *ad art.* 8 LCD.

⁷⁷ THOUVENIN, *BSK UWG*, N 120 *ad art.* 8 LCD ; PICHONNAZ, *ibidem*, N 153 ; KOLLER, p. 41.

⁷⁸ PICHONNAZ, *CR LCD*, N 156 *ad art.* 8 LCD.

⁷⁹ THOUVENIN, *BSK UWG*, N 121 *ad art.* 8 LCD.

désavantageuses se trouvent dans un lien direct et transparent pour le client⁸⁰. Les auteurs mentionnés ci-dessus s'accordent néanmoins sur la non-admissibilité d'une compensation de désavantages juridiques par le biais d'un prix bon marché. Si des clauses de transfert de risques ne peuvent probablement pas être compensées par des frais de transactions peu élevés⁸¹, nous pourrions par exemple nous interroger sur l'admissibilité d'une relation proposant plusieurs alternatives de CG où l'étendue de la responsabilité de la banque varierait en fonction des prix proposés⁸².

La disproportion est considérée comme notable lorsque le déséquilibre entre les droits et obligations atteint une telle ampleur qu'il n'est plus conforme à la bonne foi⁸³. La répartition des droits et obligations selon la clause diffère d'une manière qualitative et quantitative⁸⁴ de celle qui aurait été prévue par le droit dispositif ou par des parties raisonnables. Qualitativement, les droits et obligations en cause sont plus ou moins centraux dans le contexte du contrat. Le critère quantitatif a trait à la mesure de l'écart par rapport au système de référence.

Le caractère injustifié de la disproportion, au niveau européen, n'est présent que dans la version allemande de l'art. 3 de la Directive 93/13/CEE. La doctrine⁸⁵ le considère difficilement comme une exigence supplémentaire dans la mesure où l'absence de justification serait déjà prise en compte dans la nécessité d'une pesée des intérêts évaluant la disproportion.

2.1.3.1.3 La contradiction avec les règles de la bonne foi

La doctrine reconnaît la bonne foi comme un critère d'évaluation de la clause (*Massstab der AGB-Kontrolle*) plutôt que comme une condition d'application de l'art. 8 LCD⁸⁶. Il paraît inconcevable qu'une disproportion notable et injustifiée ne soit pas contraire à la bonne foi⁸⁷. Selon le Message du Conseil fédéral⁸⁸, la clause doit être évaluée en effectuant « une pesée de tous les intérêts dignes de protection de l'utilisateur des CG et du partenaire contractuel », qui selon PICHONNAZ⁸⁹, s'effectue « en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier ». L'évaluation de la clause est donc une analyse concrète qui s'appuie sur l'art. 2 du Code civil (CC)⁹⁰.

Selon ABEGGLEN/COENDET/GROSS⁹¹, les désavantages notables par rapport au droit dispositif sont contraires à la bonne foi s'ils ne sont pas aptes, nécessaires et proportionnels à la réalisation du but légitime poursuivi par la clause. KOLLER⁹² considère la bonne foi au sens de l'art. 8 LCD comme une concrétisation de l'art. 2 CC en ce sens que l'utilisateur des CG aurait une incombance de prendre en considération les intérêts légitimes de son client lors de la formulation de ses CG.

⁸⁰ *Ibid.*, N 122.

⁸¹ KOLLER, p. 41-42.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ THOUVENIN, *BSK UWG*, N 128 *ad art.* 8 LCD ; PROBST, *SHK UWG*, N 255 *ad art.* 8 LCD.

⁸⁴ PROBST, *ibidem* ; THOUVENIN, *BSK UWG*, N 131 *ad art.* 8 LCD.

⁸⁵ PICHONNAZ, *CR LCD*, N 160 *ad art.* 8 LCD ; KOLLER, p. 45.

⁸⁶ *Ibidem*, N 163 ; THOUVENIN, *BSK UWG*, N 101 *ad art.* 8 LCD ; KOLLER, p. 46.

⁸⁷ THOUVENIN, *ibid.* ; FORNAGE, N 29.

⁸⁸ Message révision LCD 2009, FF 2009 p. 5567.

⁸⁹ PICHONNAZ, *CR LCD*, N 164 *ad art.* 8 LCD.

⁹⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

⁹¹ ABEGGLEN/COENDET/GROSS, p. 105.

⁹² KOLLER, p. 47-48.

2.1.3.2 Les effets d'une violation de l'art. 8 LCD

La doctrine s'accorde sur une nullité partielle du contrat au sens de l'art. 20 al. 2 CO, à constater d'office⁹³. Le contrat reste ainsi valable, à l'exception de la clause qui n'a pas tenu face au contrôle de l'art. 8 LCD.

Le point plus problématique est de savoir si la clause nulle, doit être considérée comme entièrement nulle et ainsi être remplacée par du droit dispositif ou complétée par le juge, ou simplement être réduite dans la mesure tolérée par l'art. 8 LCD. La réduction d'une clause à sa mesure admissible a été refusée par le Tribunal fédéral dans un arrêt concernant l'application par analogie de règles impératives protectrices du droit du bail à un preneur de leasing⁹⁴. Accepter une telle possibilité de réduction pourrait encourager les utilisateurs de CG à les formuler d'une manière aussi défavorable que possible pour le client, en spéculant sur une réduction dans l'éventualité d'un contrôle de leur contenu⁹⁵. Du reste, KOLLER⁹⁶ soutient l'admission d'une telle réduction dans le cas où celle-ci serait requise par le consommateur.

2.1.3.3 Le droit transitoire

L'applicabilité dans le temps de l'art. 8 LCD constitue un autre obstacle considérable à l'efficacité de la disposition. La principale incertitude est rencontrée au niveau des contrats conclus avant le 1^{er} juillet 2012 dont les effets continuent au-delà de cette date.

Le législateur n'ayant pas prévu de dispositions de droit transitoire lors de la révision de la LCD, les principes des art. 1 à 4 du Titre final du Code civil (Tit. fin. CC) sont applicables. En vertu du principe de non-rétroactivité des lois prévu à l'art. 1 al. 1 Tit. fin. CC, les contrats conclus avant le 1^{er} juillet 2012 et dont les conditions générales demeurent inchangées devraient continuer à être soumis à l'ancien art. 8 LCD. Néanmoins, à teneur de l'art. 2 Tit. fin. CC, « les règles du code civil établies dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs sont applicables, dès leur entrée en vigueur, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception. » Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de s'exprimer au sujet de l'application dans le temps de l'art. 8 LCD mais n'a pas clairement tranché si celui-ci a été établi dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs. Il a considéré qu'une prolongation tacite contenue dans les CG d'un contrat de fitness conclu avant le 1^{er} janvier 2012 intervenue avant l'entrée en vigueur du nouveau droit reste soumise à l'ancien art. LCD⁹⁷. *In casu*, le contrat litigieux avait produit ses effets avant la révision.

Certains auteurs⁹⁸ sont d'avis que l'art. 8 LCD a été établi dans l'intérêt de l'ordre public et admettent une application rétroactive de la disposition puisque celle-ci vise à protéger une partie faible. Une autre partie de la doctrine⁹⁹ soutient une application du nouvel art. 8 LCD limitée aux conditions générales intégrées ou modifiées après le 1^{er} juillet 2012. La doctrine semble en revanche s'accorder sur le point qu'en cas de modifications postérieures à la révision de certaines clauses, le document sera dans son intégralité, y compris les clauses inchangées, soumis au nouveau droit¹⁰⁰.

⁹³ ABEGGLEN/COENDET/GROSS, p. 107.

⁹⁴ TF arrêt 4A_404/2008, c. 5.6.3.2.1 du 18 décembre 2008.

⁹⁵ KOLLER, p. 67.

⁹⁶ KOLLER, p. 66-67.

⁹⁷ ATF 140 III 404, c. 4.4, JdT 2016 II 247.

⁹⁸ KOLLER, p. 79 ; FORNAGE, N 36 ; PICHONNAZ, *CR LCD*, N 191 *ad art.* 8 LCD.

⁹⁹ ABEGGLEN/COENDET/GROSS, p. 109 ; THOUVENIN, *BSK UWG*, N 154 *ad art.* 8 LCD.

¹⁰⁰ KOLLER, p. 80 ; PICHONNAZ, *Pratique contractuelle*, p. 55 ; PROBST, *SHK UWG*, N 227 *ad art.* 8 LCD.

La plupart des banques ayant mis à jour leur conditions générales à plusieurs reprises depuis la révision de 2012, l'application du nouvel art. 8 LCD ne devrait pas être remise en question.

2.1.3.4 Le rapport avec la règle de l'insolite

Comme mentionné plus haut¹⁰¹, la règle de l'insolite est un correctif jurisprudentiel visant l'intégration globale des CG. Contrairement à l'art. 8 LCD, la règle de l'insolite ne vise pas à procurer un contrôle de leur contenu. GIGER critique le fait d'y voir un « contrôle caché des CG, *verdeckte Inhaltskontrolle* »¹⁰².

Une clause insolite ou inhabituelle n'est pas forcément abusive au sens de l'art. 8 LCD et inversement. La règle de l'insolite ne perd donc pas sa pertinence. Notons par ailleurs que le client non-consommateur ne pourra pas se prévaloir de l'art. 8 LCD. Il pourra toujours invoquer la règle de l'insolite, sauf en cas d'incorporation totale.

2.2 Les règles applicables en droit européen

L'Union européenne connaît déjà depuis une vingtaine d'années un contrôle du contenu des conditions générales. La Directive 93/13/CEE concerne les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Les États membres l'ont transposée dans leur législation nationale depuis 1994 et la plupart disposent d'un bon système de protection des consommateurs en matière de conditions générales.

L'art. 8 LCD ayant une teneur similaire à l'art. 3 de la Directive citée ci-dessus, il convient d'analyser dans quelle mesure celle-ci peut être pertinente en droit suisse.

2.2.1 L'impact du droit européen dans l'application de l'art. 8 LCD

Comme indiqué précédemment, la rédaction de l'art. 8 LCD présente des similarités avec celle de l'art. 3 par. 1 de la Directive 93/13/CEE.

L'art. 8 LCD a la teneur suivante : « Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat. »

Quant à l'art. 3 par. 1 de la Directive 93/13/CEE, celui-ci prévoit qu' : « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. »

Nous pouvons donc nous interroger sur le degré d'influence de la Directive 93/13/CEE dans l'application de l'art. 8 LCD. La réponse à cette interrogation est particulièrement pertinente s'agissant de l'interprétation des conditions de la disposition ainsi qu'à l'éventuelle prise en compte de la liste grise de clauses abusives figurant en l'annexe de la Directive 93/13/CEE¹⁰³. D'une manière générale, il n'existe aucune obligation pour les juges suisses de tenir compte du

¹⁰¹ Cf. *supra* point 2.1.1.2.

¹⁰² GIGER, p. 46.

¹⁰³ Cf. *infra* point 2.2.2.3.

droit et de la jurisprudence européenne¹⁰⁴. La situation est plus nuancée s'agissant de reprises autonomes¹⁰⁵ du droit européen, (« *autonomer Nachvollzug* »).

Il ne ressort ni du message du Conseil fédéral, ni des débats parlementaires que le législateur avait pour idée de procéder à une reprise autonome du droit européen. Une telle reprise, aurait pour conséquence, comme en matière de responsabilité pour le fait des produits¹⁰⁶, que le juge suisse, prenne en compte l'intention du législateur d'adapter le droit suisse au droit européen de manière autonome et qu'il « évite de contrecarrer l'harmonisation voulue sans qu'il y ait pour cela un bon motif ». Cette interprétation « euroconforme » ne vaut que pour les actes législatifs issus de reprises autonomes du droit européen et vise principalement le « paquet Eurolex » de lois adoptées au moment du refus d'adhésion à l'Espace économique européen¹⁰⁷.

Lors des débats parlementaires, Doris Leuthard et Johann Schneider-Ammann admettent que l'art. 8 LCD a été orienté par et adapté à l'art. 3 de la Directive 93/13/CEE. Les deux anciens Conseillers fédéraux indiquent à cet égard qu'il a volontairement été renoncé d'harmoniser la LCD avec l'entier de la Directive¹⁰⁸. Selon KUONEN¹⁰⁹, la disposition suisse a pour but d'assurer la loyauté de la concurrence. Même si la protection du consommateur peut être atteinte par le même moyen, il ne s'agit pas ici du but principal, contrairement à celui de la Directive européenne. Selon cet auteur, le droit et la jurisprudence européens servent d'auxiliaires d'interprétation facultatifs de l'art. 8 LCD (« *Kann-Vorschrift* »). THOUVENIN¹¹⁰, quant à lui, soutient une interprétation et application euroconformes de la disposition : « ... *werden sich Auslegung und Anwendung von Art. 8 UWG an den Vorgaben der RL 93/13/EWG und der Rechtsprechung des EuGH orientieren können und müssen* ». Selon PROBST¹¹¹, depuis la nouvelle teneur de l'art. 8 LCD, celui-ci constituerait une reprise autonome partielle du droit européen (« *teilweiser autonomer Nachvollzug* »). La disposition suisse serait suffisamment orientée à l'art. 3 al. 1 de la Directive 93/13/CEE pour que le juge suisse se réfère à la liste grise européenne pour déterminer le caractère abusif d'une clause.

2.2.2 Le contrôle des conditions générales prévu par la Directive 93/13/CEE

2.2.2.1 Le champ d'application et le but de la Directive 93/13/CEE

Selon son préambule, la Directive 93/13/CEE vise à assurer la protection des consommateurs dans le domaine des clauses contractuelles abusives de manière harmonisée au niveau européen. Elle laisse la possibilité aux États membres de prévoir un niveau de protection plus élevé et représente ainsi un standard minimum. Les contrats visés sont ceux conclus entre un consommateur (art. 2 let. b Directive 93/13/CEE) et un professionnel (art. 2 let. c Directive 93/13/CEE), qui n'ont pas été négociés individuellement (art. 3 al. 2 Directive 93/13/CEE).

¹⁰⁴ ATF 137 III 226, c. 2.2.

¹⁰⁵ Il est question de reprise autonome lorsque, dans le cadre d'accords conclus avec l'UE, « la Suisse s'est engagée à édicter des normes équivalentes ou à reprendre le droit existant. », cf. DAE, *Questions institutionnelles et juridiques – une reprise autonome du droit européen (acquis)*, disponible sous : « <https://www.eda.admin.ch/missions/mission-eu-brussels/fr/home/dossiers-prioritaires/reprise-autonome-droit-europeen.html> » (consulté le 26 mai 2019).

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ ATF 129 III 335, c. 6, JdT 2003 II 75 : « *Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen...* ».

¹⁰⁸ LEUTHARD, BO 2010 N 931 ; SCHNEIDER-AMMANN, BO 2011 N 224 et 229.

¹⁰⁹ KUONEN, p. 3 ; du même avis, cf. HEISS, *UWG Kommentar*, N 61 ad art. 8 LCD.

¹¹⁰ THOUVENIN, *BSK UWG*, N 26 ad art. 8 LCD.

¹¹¹ PROBST, *SHK UWG*, N 153 ad art. 8 LCD.

L'art. 3 al. 2 Directive 93/13/CEE précise la notion de « clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle » en instaurant une présomption à la charge du professionnel. Tel est le cas, lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu. Le législateur européen n'a pas utilisé le terme de conditions générales. L'annexe de la Directive contient une liste indicative et non exhaustive de clauses abusives¹¹².

Par ailleurs, l'art. 5 de la Directive codifie le principe d'interprétation en faveur du consommateur en cas de doute sur le sens d'une clause, similaire au principe d'interprétation en défaveur du rédacteur des clauses connu par la jurisprudence du Tribunal fédéral¹¹³.

2.2.2.2 La notion de consommateur

La notion étant controversée dans le cadre de l'art. 8 LCD, son pendant en droit européen pourrait servir d'aide à l'interprétation. La Directive définit à son art. 2 let. b le consommateur comme étant « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

Le champ de protection de la Directive se limite exclusivement aux personnes physiques¹¹⁴. Les États membres sont cependant libres de l'élargir. Ainsi, le législateur français étend la protection conférée par l'art. L. 212-1 du Code de la consommation¹¹⁵ (correspondant à la transposition de l'art. 3 al.1 de la Directive 93/13/CEE) aux non-professionnels¹¹⁶. Cette notion distincte en droit français, n'exclut pas une personne morale n'agissant pas à des fins professionnelles de la protection contre les clauses abusives. Le champ de protection est davantage accru en Allemagne, où il s'étend à tout partenaire contractuel, à teneur de l'art. 307 al. 1 du *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*¹¹⁷ : « *Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen* ».

S'agissant de la finalité du contrat, la Directive l'indique de manière négative. Dans un premier temps, la solution qui prévalait était celle retenue par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt Gruber¹¹⁸. Selon la Cour, celui qui conclut un contrat dans une finalité en partie privée et en partie professionnelle, n'est pas considéré comme consommateur, sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause. Quelques années plus tard, dans le cadre de la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011¹¹⁹ relative aux droits des consommateurs, le Parlement européen et le Conseil reprécisent la situation en cas de contrats à double finalité au considérant 17 de la Directive précitée. L'approche qui l'emporte est dorénavant celle du caractère non prépondérant de la finalité professionnelle dans le contexte global du contrat.

¹¹² Préambule de la Directive 93/13/CEE.

¹¹³ Cf. *supra* point 2.1.2.

¹¹⁴ CJUE, Arrêt Cape SNC, C-541-99, C:2001:625, § 17.

¹¹⁵ Code de la consommation (France), version consolidée au 26 avril 2019.

¹¹⁶ Art. L 212-5 du Code de la consommation (France) ; Cour de cassation civile (France), arrêt 17-17.367 du 27 septembre 2018, c. 1.

¹¹⁷ *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* (Allemagne) du 18 août 1896, dans sa version modifiée par l'art. 7 de la loi du 31 janvier 2019 (BGBl. I S. 54).

¹¹⁸ CJUE, Arrêt Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, § 54.

¹¹⁹ Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

2.2.2.3 La notion de déséquilibre significatif

Comme indiqué précédemment¹²⁰, dans le cadre de l'art. 8 LCD, la doctrine suisse est partagée s'agissant de l'appréciation de la disproportion notable entre les droits et obligations des parties, ainsi que d'une éventuelle compensation par d'autres clauses plus favorables. Le droit européen pourrait ici servir d'auxiliaire à l'interprétation. Celui-ci préconise largement une analyse globale de la relation contractuelle en considérant également les éléments entourant la conclusion ainsi que d'éventuels contrats liés¹²¹. Dans ce sens, une compensation au sens large de la disproportion, ne se limitant pas aux clauses dans un rapport direct et transparent avec la clause problématique, serait envisageable.

Par ailleurs, la CJUE¹²² confirme qu'il convient d'analyser le droit dispositif applicable en l'absence d'accord des parties pour apprécier la notion de déséquilibre entre les droits et obligations des parties. Cette approche correspond à celle suivie par la doctrine majoritaire suisse¹²³.

Le juge suisse peut également se laisser inspirer par la liste grise européenne contenue à l'annexe de la Directive. Que nous admettions être en présence d'une *Kann-* ou *Mussvorschrift*, a à notre avis peu d'importance, étant donné le caractère non contraignant d'une telle liste. En effet, l'annexe contient une liste simplement indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives. Selon la jurisprudence de la CJUE, ces clauses ne doivent pas nécessairement être considérées comme abusives et d'autres clauses ne figurant pas dans la liste peuvent également être déclarées abusives¹²⁴. Lors de la transposition de la Directive 93/13/CEE dans leur droit national, la Cour impose aux États de garantir que le public puisse prendre connaissance de la liste figurant à son annexe. Cette exigence peut être remplie par d'autres moyens qu'en l'incluant dans les dispositions transposant la Directive, notamment en la mentionnant dans les travaux préparatoires, s'ils peuvent être aisément consultés, à l'instar de la Suède¹²⁵.

Le Code de la consommation français contient une liste de clauses présumées abusives (liste grise) à son art. R. 212-2 ainsi qu'une liste de clauses irréfablement déclarées abusives (liste noire).

En Allemagne, le législateur a également prévu deux listes de clauses. L'art. 308 BGB contient une liste de clauses pouvant être déclarées nulles par un contrôle judiciaire (*Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*). La deuxième liste, à l'art. 309 BGB, regroupe les clauses nulles indépendamment de tout contrôle (*Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*). Les conditions générales des banques et caisses d'épargne allemandes suivent les modèles de l'Association allemande des banques (*Bankenverband*), souvent sans les modifier¹²⁶. Le modèle *AGB-Banken*

¹²⁰ Cf. *supra* point 2.1.3.1.2.

¹²¹ Art. 4 al. 1 Directive 93/13/CEE : « Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend. »

¹²² CJUE, Arrêt Mohamed Azizi contre Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), C-415-11, C:2013:164, § 76.

¹²³ Cf. *supra* point 2.1.3.1.2.

¹²⁴ CJUE, Arrêt Commission des Communautés européennes contre Royaume de Suède, C-478-99, C:2002:281, § 20.

¹²⁵ *Ibid.*, § 22-25.

¹²⁶ CLAUSSEN, p. 95 N 17.

est formé de 21 articles¹²⁷. Les établissements bancaires doivent en outre respecter les règles communes d'intégration de l'art. 305 par. 2 BGB. Il est nécessaire d'attirer l'attention du client sur l'existence des conditions générales et celui-ci doit avoir la possibilité d'en prendre raisonnablement connaissance¹²⁸. Bien que les clauses du modèle aient été adaptées à la jurisprudence du BGH¹²⁹ (par ex. en prévoyant une responsabilité de la banque également pour faute légère), un contrôle de leur contenu est possible en vertu de l'art. 307 BGB, si l'application d'une telle clause a pour conséquence un désavantage inapproprié pour l'une des parties¹³⁰. À cet égard, l'ensemble du contrat est à prendre en compte¹³¹. En matière de clauses de transfert de risques, la maîtrise des risques joue un rôle important. Le client doit avoir la possibilité d'éviter la réalisation du risque qu'il doit supporter en vertu de la clause, sans considération d'intérêts de tiers¹³².

Quant au législateur italien, celui-ci a retranscrit à l'art. 33 al. 2 du *Codice del consumo*¹³³ une liste grise très similaire à celle de la Directive européenne.

Le SECO a publié un état comparatif des différentes clauses abusives (noires et grises) dans l'Union européenne, en Allemagne, en Autriche et en France. Ce document peut également servir d'aide à l'interprétation et application de l'art. 8 LCD pour le juge suisse.

3 Le contrôle des conditions générales bancaires

Après avoir examiné les règles applicables aux conditions générales, il convient dans la présente section de réfléchir dans quelle mesure celles-ci, ou d'autres, sont pertinentes en matière bancaire. Avant de préciser la potentielle incidence de l'art. 8 LCD dans ce domaine, nous mentionnerons le correctif principal à certaines clauses, développé par la jurisprudence il y a plus de trente ans.

3.1 Le contrôle des conditions générales bancaires sous l'angle des art. 100 et 101 CO

Les art. 100 et 101 CO inclus dans le chapitre de l'effet de l'inexécution des obligations ont eu et continuent à avoir de l'importance en matière de contrôle de conditions générales bancaires, nonobstant l'entrée en vigueur de l'ancien, puis du nouvel art. 8 LCD.

Les art. 100 et 101 CO posent des limites à la validité des clauses d'exonération de responsabilité. L'art. 100 al. 1 rend nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité pour faute grave ou intention. Dans la plupart des contrats, le débiteur peut donc valablement s'exonérer de sa propre responsabilité pour faute légère. S'agissant de la responsabilité qu'il encourt pour le fait de ses auxiliaires, il peut, selon l'art. 101 al. 2 CO, valablement s'en exonérer, indépendamment du degré de faute.

¹²⁷ *Allgemeine Geschäftsbedingungen der Privatbanken, Grundregeln für die Beziehung zwischen Kunde und Bank*, version juillet 2018, https://bankenverband.de/media/40000_0718_muster.pdf.

¹²⁸ STADLER, *Jauernig BGB*, N 12 ad art. 305 par. 2 BGB.

¹²⁹ CLAUSSEN, p. 96 N 18a.

¹³⁰ *Ibid.*, N 18.

¹³¹ BGHZ 86, 142; 106, 263.

¹³² STADLER, *Jauernig BGB*, N 5 ad art. 307 par. 1 BGB.

¹³³ *Codice del consumo* (Italie) dans sa version modifiée par le décret législatif du 6 août 2015, n°130.

En revanche, en cas d'industrie concédée par l'autorité ou si le créancier est au service du débiteur¹³⁴, les conventions exclusives de responsabilité sont soumises à un régime plus strict. Ainsi, les clauses d'exonération de la responsabilité personnelle du débiteur pour faute légère peuvent être soumises, en vertu de l'art. 100 al. 2 CO à un examen du juge. La responsabilité dérivant du fait des auxiliaires peut être exclue pour faute légère uniquement, sans être soumise à un contrôle judiciaire (art. 101 al. 3 CO).

3.1.1 L'assimilation de l'activité bancaire à une industrie concédée par l'autorité

Les limites plus strictes posées par les art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO visent principalement la situation où l'activité du débiteur requiert l'octroi d'une concession de droit administratif¹³⁵. Cette disposition vise à protéger la partie faible face à celle titulaire de la concession¹³⁶, bénéficiant d'une certaine position monopolistique¹³⁷.

L'exploitation d'une banque est soumise à la délivrance d'une autorisation de la FINMA (art. 3 al. 1 de la loi sur les banques (LB)¹³⁸). Cette autorisation, dite de police, doit être délivrée lorsque les conditions de l'art. 3 al. 2 LB sont remplies¹³⁹. Il ne s'agit donc pas d'une concession de droit administratif à proprement parler. Le Tribunal fédéral admet toutefois que l'exploitation d'une banque doit être assimilée à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, au sens de l'art. 100 al. 2 CO¹⁴⁰. L'analogie peut notamment être justifiée par la surveillance étendue de l'activité bancaire par la FINMA ainsi que par la confiance du public suscitée par une telle activité¹⁴¹. Selon WIEGAND¹⁴², il paraît évident que le Tribunal fédéral a choisi cette voie afin de permettre un contrôle du contenu des conditions générales bancaires.

3.1.2 Les clauses visées par les art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO

Les art. 100 et 101 CO, inclus dans la partie générale du CO ont bien sûr un champ d'application plus large que l'art. 8 LCD, non limité aux conditions générales. En outre, à défaut d'indication contraire, il n'est pas nécessaire d'être un consommateur pour s'en prévaloir.

Les art. 100 et 101 CO s'appliquent aux clauses d'exclusion et restriction de responsabilité, c'est-à-dire, les clauses qui s'attachent aux effets de la violation d'une obligation. Néanmoins, la plupart des contrôles judiciaires de conditions générales bancaires n'ont pas lieu à cette occasion. En réalité, les dispositions problématiques sont plutôt celles qui modifient la répartition légale des risques entre les parties. Ces clauses sont souvent définies comme clauses de transfert de risques, *Schadensabwälzungsklauseln*. De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral en contrôle le contenu par une application par analogie de l'art. 100 al. 2 CO¹⁴³.

La doctrine est partagée quant à l'application de l'art. 100 CO en droit du mandat. La diligence représentant un élément essentiel du mandat (art. 398 al. 2 CO), une exclusion de responsabilité

¹³⁴ Cf. *infra* point 3.1.1.

¹³⁵ WEBER, *BK OR 97-109*, N 114 *ad* art. 100 CO.

¹³⁶ Selon POLTIER, une concession de droit administratif consiste dans le transfert par l'État du droit d'exploiter un monopole public, voir POLTIER, N 23.

¹³⁷ WEBER, *BK OR 97-109*, N 111-112 *ad* art. 100 CO.

¹³⁸ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) du 8 novembre 1934, RS 952.0.

¹³⁹ LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 33, N 1.

¹⁴⁰ ATF 112 II 450, c. 3.

¹⁴¹ THÉVENOZ, *CR CO I*, N 27 *ad* art. 100 CO.

¹⁴² WIEGAND, *BSK OR I*, N 11 *ad* art 100 CO.

¹⁴³ ATF 112 II 450, c. 3b.

pourrait contrevenir à la nature même du contrat¹⁴⁴. Le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte¹⁴⁵. La doctrine majoritaire¹⁴⁶ admet une limitation de la responsabilité du mandataire, puisqu'une clause de restriction de responsabilité n'exclut en principe pas la diligence promise, mais limite l'objet même du mandat¹⁴⁷. WIEGAND¹⁴⁸ allègue qu'une limitation de responsabilité consiste parfois plutôt en une détermination du contenu de la diligence à assurer.

3.1.3 Les effets du contrôle

L'art. 100 al. 2 CO procure au juge une simple possibilité de déclarer nulle une clause libérant à l'avance le débiteur de sa responsabilité personnelle pour faute légère. La validité de la clause est soumise au pouvoir d'appréciation du juge au sens de l'art. 4 CC, c'est-à-dire en considération des règles du droit et de l'équité. De jurisprudence constante¹⁴⁹, il appartient au juge d'examiner la clause en tenant compte des autres clauses du contrat et de l'ensemble des circonstances du cas particulier. L'analyse consiste en une pesée des intérêts, à savoir entre, d'une part, le besoin de protection du client contre des clauses préformulées qu'il ne peut rarement négocier, d'autre part, l'intérêt de la banque à se prémunir contre certains risques dont la réalisation est difficile à éviter¹⁵⁰.

Cette possibilité de contrôle n'est néanmoins disponible que dans le cadre d'une responsabilité personnelle du débiteur au sens de l'art. 100 CO. En matière bancaire, il s'agit de la responsabilité des organes de la banque. Lorsque l'établissement souhaite s'exculper pour une faute légère de ses auxiliaires, une telle clause est valable et ne fait l'objet d'aucun contrôle (art. 101 al. 3 CO). Notons, que contrairement à un auxiliaire, un organe participe effectivement et d'une façon décisive à la formation de la volonté de la banque, durablement, de manière indépendante et dans un vaste domaine dépassant les affaires courantes¹⁵¹. La qualité d'organe peut découler de la loi ou des statuts de la banque (organe formel) ou simplement de la situation de fait, lorsque la personne – sans être désignée organe – prend des décisions réservées aux organes ou s'occupe de la direction à proprement parler (organe de fait). Peut également être considéré comme un organe, celui qui, en application du principe de la confiance donne l'apparence d'agir comme tel¹⁵². Au vu de la complexité de l'organisation d'un établissement bancaire, il n'est pas forcément évident de déterminer si la faute légère a été commise par un organe ou par un auxiliaire. Particulièrement en cas de litiges suite à un défaut de légitimation, la jurisprudence¹⁵³ semble admettre de manière plutôt souple l'application de l'art. 100 al. 2 CO quand bien même il n'est pas certain que l'employé ayant effectué l'ordre revête la position d'organe. L'ordre litigieux pouvant être à l'origine d'une mauvaise organisation de la banque, une faute d'organisation est imputable aux organes responsables, ce qui entraîne une application de l'art. 100 al. 2 CO et donc un contrôle judiciaire de la clause problématique. GAUCH¹⁵⁴ admet, au vu de la complexité et l'importance économique d'une banque ainsi que les potentiels

¹⁴⁴ *Ibidem*, N 6.

¹⁴⁵ ATF 124 III 155, c. 3c, JdT 1999 I 125, SJ 1998 689 ; TF 4C.158/2006 du 10 novembre 2006, c. 2.3.

¹⁴⁶ WEBER, *BK OR 97-109*, N 43 *ad art.* 100 CO ; THÉVENOZ, *CR CO I*, N 18 *ad art.* 100 CO.

¹⁴⁷ WERRO, *CR CO I*, N 46 *ad art.* 398 CO.

¹⁴⁸ WIEGAND, *BSK ORI*, N 6 *ad art.* 100 CO.

¹⁴⁹ ATF 112 II 450, c. 3a ; TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009, c. 1 ; TF 4C.81/2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 3.1.

¹⁵⁰ ATF 112 II 450, c. 3a ; TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009, c. 1 ; TF 4C.81/2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 3.1 ; RUSCH, p. 441.

¹⁵¹ ATF 101 Ib 422 c. 5a ; 121 III 176, c. 4a. ; TF 4A_50/2009 du 26 mars 2009, c. 2.3 ; WERRO, *CR CO I*, N 35 *ad art.* 55 CO.

¹⁵² ATF 117 II 570, c. 3, JdT 1993 I 80 ; TF 4A_50/2009 du 26 mars 2009, c. 2.3.

¹⁵³ ATF 124 III 155, c. 3, JdT 1999 I 125, SJ 1998 689.

¹⁵⁴ GAUCH, p. 82.

dommages en résultant, que la bonne foi imposerait aux organes d'organiser les opérations de manière à protéger le client. En outre, au vu de l'exigence de garantie d'activité irréprochable imposée aux organes d'une banque par l'art. 3 al. 2 let. c LB, imputer à ces derniers une faute d'organisation (*Missorganisationsverschulden*)¹⁵⁵ paraît pertinent. Ce raisonnement a été tenu par le Tribunal cantonal des Grisons dans un arrêt récent¹⁵⁶.

3.2 Le contrôle des conditions générales bancaires sous l'angle de l'art. 8 LCD

3.2.1 Le champ d'application limité de l'art. 8 LCD en matière bancaire

Comme mentionné plus haut¹⁵⁷, seul un client consommateur peut se prévaloir de l'art. 8 LCD. Il en résulte que les personnes morales, ainsi que les PME sont exclues du champ de protection. Le Tribunal fédéral n'a à ce jour pas encore tranché si l'exigence de prestation de consommation courante – présente uniquement dans des dispositions d'ordre procédural – doit s'appliquer dans le cadre de l'art. 8 LCD. Bien que l'absence de cette condition dans le texte de la disposition et une interprétation conforme à l'art. 3 al. 1 de la Directive 93/13/CEE semblent indiquer que tel n'est pas le cas, nous analyserons dans les prochaines lignes les deux éventualités.

Admettons que le contrat ne doive pas nécessairement avoir pour objet une prestation de consommation courante, le client pourra invoquer l'art. 8 LCD lorsqu'il a conclu le contrat dans un but non professionnel, respectivement privé ou familial. Concernant les contrats visant une finalité mixte, le critère européen de la non prépondérance de la finalité professionnelle peut s'avérer pertinent¹⁵⁸. La personne physique déposant des fonds à la banque sous forme d'épargne ou non sera considérée comme consommateur au sens de l'art. 8 LCD. Ce contrat de dépôt peut être accompagné d'une convention de compte courant qui présume¹⁵⁹ un contrat de giro bancaire en vertu duquel la banque effectue les paiements du client. Tant que le client agit dans le cadre privé ou familial, les conditions générales des contrats mentionnés sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle en vertu de l'art. 8 LCD. Il en va de même s'agissant des contrats de financement de biens immobiliers ou de crédit à la consommation. Rappelons à cet égard que l'exigence de prestation de consommation courante est étrangère à LCC. Il nous paraît peu logique qu'un emprunteur soit considéré comme consommateur au sens de la LCC et que celui-ci ne puisse pas se prévaloir de l'art. 8 LCD. Le client concluant un contrat de conseil en placement ou de gestion de fortune investissant sa fortune privée devrait également pouvoir être considéré comme consommateur.

Au contraire, soutenir que le contrat devrait avoir pour objet une prestation de consommation courante exclurait notamment du champ d'application de l'art. 8 LCD les contrats ayant pour objet des placements d'argent et des investissements¹⁶⁰. En matière de contrats de services financiers, afin d'en qualifier l'objet de prestation de consommation courante, le Tribunal fédéral tient compte, non seulement du type et but du contrat en cause mais également de la

¹⁵⁵ ATF 124 III 155, c. 3, JdT 1999 I 125, SJ 1998 689.

¹⁵⁶ Tribunal cantonal des Grisons, arrêt ZK2 13 4 du 3 août 2017, c. 5.5.5 : « *tuttavia gli organi competenti per l'organizzazione delle attività aziendali dovrebbero comunque rispondere di colpa (organizzativa) in casi in cui per mezzo di un'appropriata organizzazione si sarebbe potuto evitare la violazione di contratto commessa dalla persona ausiliare.* »

¹⁵⁷ Cf. *supra* point 2.1.3.1.1.

¹⁵⁸ Le juge peut s'inspirer du critère défini dans la Directive 2011/83/UE mentionnée *supra* au point 2.2.2.2.

¹⁵⁹ TF 4A_301/2007 du 31 octobre 2007, c. 2.1 ; GUGGENHEIM, N 1769.

¹⁶⁰ ATF 132 III 268, c. 2.2.3, SJ 2006 I 359, JdT 2006 I 564, rendu en matière de validité d'une clause de prorogation de for.

provenance des fonds. L'importance économique de l'affaire (*Geschäftsvolumen*) est un élément déterminant. Par ailleurs, les contrats de dépôts non assortis d'une convention de compte courant, notamment l'épargne, ne visent pas la consommation. Le client ne pourrait dès lors pas se prévaloir de l'art. 8 LCD pour en faire contrôler la validité des clauses.

3.2.2 La détermination d'une disproportion notable et contraire à la bonne foi dans les clauses de conditions générales bancaires

Selon la doctrine majoritaire¹⁶¹, à l'instar de l'approche retenue par la CJUE¹⁶², cette étape cruciale du contrôle des conditions générales consiste à examiner, d'une part, la situation juridique des parties telle que prévue par la clause, d'autre part comment les droits et obligations de celles-ci auraient été réglés en l'absence de la clause litigieuse.

Nous réfléchissons plus bas ¹⁶³ sur la compatibilité de certaines clauses topiques présentes dans les conditions générales bancaires avec l'art. 8 LCD. Il conviendra dans un premier temps de s'intéresser à la nature de la relation bancaire et de déterminer les règles de droit dispositif applicables. Nous analyserons ensuite dans quelle mesure la clause en diffère. Finalement nous procéderons à une pesée de l'intérêt du client à se protéger contre la clause avec celui de la banque à se prévaloir de celle-ci.

4 Les clauses fréquentes dans les conditions générales de banques et leur admissibilité

Dans la présente section, nous exposerons une sélection de clauses fréquemment utilisées par les établissements bancaires dans leurs conditions générales. Nous discuterons dans quelle mesure celles-ci peuvent s'avérer problématiques au regard du droit suisse. Ayant recueilli les conditions générales de plusieurs banques, nous constatons que leur contenu est plutôt similaire d'un établissement à l'autre, avec une rédaction plus ou moins *client-friendly*. Le client refusant de conclure avec la banque X en raison d'une clause particulière la retrouvera probablement chez son concurrent Y.

4.1 Les clauses de restriction de responsabilité et de transfert de risques

La responsabilité de la banque est au cœur de nombreux litiges bancaires. Toutes les banques recourent à des dispositions excluant ou limitant leur responsabilité. Comme mentionné plus haut¹⁶⁴, certaines consistent en des restrictions ou exclusions de responsabilité à proprement parler, d'autres visent plutôt à faire supporter certains risques au client.

Par exemple, la plupart des banques limitent leur responsabilité en matière d'exécution tardive ou non-exécution d'ordres à la simple perte d'intérêts. La clause oblige le client à informer préalablement la banque lorsque l'exécution d'un ordre est susceptible d'engendrer des dommages plus importants que la perte d'intérêts. Nous focaliserons toutefois notre attention sur un autre type de clause. En dehors de la clause mentionnée ci-dessus, peu de dispositions ont pour but de limiter la responsabilité de la banque à proprement parler. Même si de nombreuses clauses sont rédigées telles que « La Banque ne répond pas » ou encore « Toute responsabilité de la banque est exclue », elles visent en réalité à transférer des risques que la

¹⁶¹ PICHONNAZ, *CR LCD*, N 150 *ad art.* 8 LCD ; FORNAGE, N 27 ; THOUVENIN, *BSK UWG*, N 128 *ad art.* 8 LCD ; PROBST, *SHK UWG*, N 250 *ad art.* 8 LCD.

¹⁶² CJUE, Arrêt Mohamed Azizi contre Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), C-415-11, C:2013:164, § 76.

¹⁶³ *Cf. infra* points 4 et 5.

¹⁶⁴ *Cf. supra* point 3.1.2.

banque aurait normalement dû supporter, sur la tête du client. Avant de consacrer la dernière partie de ce mémoire à une analyse plus approfondie des clauses de transfert de risques et la jurisprudence y relative, nous nous contenterons ici d'exposer la problématique. En pratique, même dans les cas où le client conteste une clause de fiction ou d'élection de droit et de for, l'origine du différend réside parfois en la répartition des risques entre les parties, telle que prévue dans des clauses de transfert de risques. Celles-ci, rarement lues, deviennent souvent problématiques au moment où la banque effectue un ordre non autorisé suite à un défaut de légitimation. Les services bancaires devenant de plus en plus numériques, de multiples problèmes surgissent dans le cadre d'ordres transmis par voie électronique.

4.2 La clause de renonciation au secret bancaire

Les conditions générales des banques contiennent parfois une disposition selon laquelle le client renonce au secret bancaire dans certaines circonstances. Nous nous interrogerons dans la présente section dans quelle mesure le client peut valablement y renoncer par le biais de conditions générales. Après un bref rappel des fondements du secret bancaire suisse, nous vérifierons dans un premier temps à quelles conditions une telle clause peut valablement faire partie du contrat. Dans un second temps, nous examinerons dans quelles circonstances cette clause n'est pas opposable au client, au vu de son contenu.

4.2.1 Les fondements du secret bancaire suisse

Bien avant d'être renforcé par une disposition pénale dans la loi sur les banques (art. 47 LB), le secret bancaire trouvait déjà ses sources dans le droit privé suisse. Selon le Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur les banques¹⁶⁵, le secret bancaire découle des articles consacrés à la protection de la personnalité (art. 27 et 28 CC) ainsi que de la nature même du contrat liant la banque à son client, plus précisément du devoir d'exécution fidèle du mandat (art. 398 al. 2 CO)¹⁶⁶ impliquant une certaine discrétion¹⁶⁷. Cette obligation de confidentialité couvre l'entier de la relation banque-client, les données et la communication y relative, ainsi que l'existence même de la relation, y compris le seul fait qu'une telle relation ait été envisagée¹⁶⁸. Le secret bancaire n'est pas absolu et a subi de nombreuses pressions sur le plan international au cours des dernières années. Il peut être limité par le consentement du client, la loi, ou un intérêt prépondérant¹⁶⁹.

En violant le secret bancaire, en plus de porter une atteinte à la personnalité du client (art. 28 CC), la banque ne respecte pas son obligation de fidélité et s'expose à une action en dommages-intérêts (art. 97 al. 1 CO) de ce dernier ainsi qu'à des poursuites pénales (art. 47 LB). En gardant à l'esprit qu'une amende fiscale résultant de cette violation n'est pas un dommage au sens du droit suisse¹⁷⁰, le client aura souvent de la difficulté à prouver son dommage.

¹⁶⁵ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi sur les banques du 13 mai 1970, FF 1970 I p. 1175.

¹⁶⁶ BAUEN/ROUILLER, *Schweizer Bankkundengeschäft*, p. 108 ; EMCH/RENZ/ARPAGAU, p. 159, N 459 ; GUGGENHEIM, p. 80, N 204 ; LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 965, N 1 ; STRATENWERTH, *BSK BankG*, N 1 *ad* art. 47 LB.

¹⁶⁷ LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 965, N 1.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 967, N 4 ; MARGIOTTA, p. 59.

¹⁶⁹ MARGIOTTA, p. 93.

¹⁷⁰ ATF 123 IV 254, c. 1 ; TF 4A_21/2017 du 29 juin 2017, c. 4.8 ; LOMBARDINI, p. 986 N 75.

4.2.2 L'incorporation de la clause au contrat

La doctrine considère le consentement comme un acte juridique unilatéral soumis à réception¹⁷¹. Il est révocable en tout temps¹⁷² et doit être donné de manière libre (en l'absence de vice du consentement)¹⁷³ et éclairée¹⁷⁴. En acceptant la levée du secret bancaire, le client donne son consentement à une atteinte à sa personnalité au sens de l'art. 28 al. 2 CC. Ce consentement peut-il intervenir par le biais de conditions générales ?

S'agissant de l'incorporation des conditions générales au contrat, nous renverrons pour l'essentiel aux développements de la partie générale de cette contribution¹⁷⁵. Nous rappellerons ici qu'aux termes de l'art. 1 CO, une manifestation de volonté peut intervenir de manière expresse ou tacite. En général, le client signe les conditions générales ou un document y faisant référence et accepte ainsi expressément que celles-ci constituent une partie intégrante du contrat. Ne procédant habituellement pas à leur lecture, il s'agit d'une intégration globale, limitée par la règle jurisprudentielle dite de l'insolite (*Ungewöhnlichkeitsregel*)¹⁷⁶. La doctrine considère justement une clause de renonciation au secret bancaire comme potentiellement insolite¹⁷⁷. Apparaissant a priori objectivement étrangère à la relation bancaire, sa qualification d'insolite dépendra de la conception personnelle du client et des circonstances du cas d'espèce¹⁷⁸. MARGIOTTA et LOMBARDINI sont d'avis que l'attention du client doit être spécialement attirée sur cette question¹⁷⁹. Même si une renonciation au secret bancaire apparaît de moins en moins inhabituelle, un certain nombre de banques continuent à mettre en évidence une telle clause¹⁸⁰, probablement pour s'assurer une intégration valable.

4.2.3 L'admissibilité du contenu de la clause

Lorsque la clause de renonciation au secret bancaire est valablement intégrée au contrat, nous pourrions encore remettre en question la validité de son contenu. La doctrine majoritaire considère qu'une renonciation au secret bancaire est valable à condition d'être ponctuelle, c'est-à-dire viser des cas précis et ne pas constituer une renonciation générale¹⁸¹. Cette opinion se justifie principalement à deux égards.

D'une part, une renonciation générale, dont l'étendue dépendrait essentiellement de la préservation d'intérêts légitimes de la banque constituerait un engagement excessif au sens de l'art 27 CC¹⁸². Le client consentirait à de futures atteintes à sa personnalité indéterminées et se soumettrait ainsi à la volonté de la banque ou du hasard¹⁸³.

¹⁷¹ MEIER, p. 307, N 666 ; MARGIOTTA, p. 94.

¹⁷² ATF 136 III 401, c. 5.2.2, JdT 2011 II 508.

¹⁷³ MEIER, p. 312, N 674 ; MARGIOTTA, p. 94.

¹⁷⁴ Nous nous référons ici à la jurisprudence et doctrine en matière médicale, voir notamment ATF 133 III 121, c. 4.1.1 ; ATF 117 Ib 197, c. 2c, JdT 1992 I 214 ; MEIER, p. 313, N 675.

¹⁷⁵ Cf. *supra* point 2.1.1.

¹⁷⁶ Cf. *supra* point 2.1.1.2.

¹⁷⁷ MARGIOTTA, p. 97.

¹⁷⁸ Cf. *supra* point 2.1.1.2.

¹⁷⁹ LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 971, N 12 ; MARGIOTTA, p. 98.

¹⁸⁰ Tel est le cas notamment d'UBS, Crédit Suisse, de la BCV, la BCGE ou encore la ZKB. Cette technique n'est en revanche pas utilisée par la Raiffeisen, PostFinance, ni par la Banque Migros.

¹⁸¹ LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 971, N 11 ; MARGIOTTA, p. 100 ; MÜLLER, p. 1546.

¹⁸² MÜLLER, p. 1544 ; MARGIOTTA, p. 100.

¹⁸³ MÜLLER, p. 1545.

D'autre part, lorsqu'elle résulte de l'intégration de conditions générales, une telle renonciation prévoirait, en contradiction avec les règles de la bonne foi, au détriment du client, une disproportion notable entre les droits et les obligations découlant du contrat au sens de l'art. 8 LCD. Sans déterminer l'étendue précise de la renonciation, la banque déciderait elle-même si, et dans quelle mesure elle respecte son devoir de fidélité envers le client. Nous avons vu quelques lignes plus haut qu'une atteinte à la personnalité peut être justifiée par un intérêt prépondérant (art. 28 al. 2 CC). Or, selon MÜLLER¹⁸⁴ en décidant elle-même des circonstances lui permettant de lever le secret bancaire et de commettre une atteinte à la personnalité du client, la banque s'approprierait en quelque sorte la compétence du juge¹⁸⁵ de décider si un tel intérêt existe en l'espèce et s'il est réellement prépondérant. Une telle situation divergerait notablement du droit positif. La banque peut certes disposer d'intérêts légitimes et parfois prépondérants, tels que sa défense dans une procédure judiciaire, s'opposant à l'intérêt du client au respect de ses données personnelles. Ces derniers doivent néanmoins être définis de manière suffisamment claire pour que le client ait conscience des situations dans lesquelles il renonce au secret bancaire et donc de la portée de son consentement¹⁸⁶. À défaut d'une renonciation précise, la clause pourrait être tenue pour abusive et donc nulle au sens de l'art. 8 LCD.

L'art. 18 des conditions générales de Crédit Suisse¹⁸⁷ prévoit une levée du secret bancaire dans deux situations définies. À la lettre a, il est question de la défense des intérêts légitimes de la banque. La clause est ensuite divisée en quatre cas de figure précis, lesquels visant tous à protéger la banque dans le cadre d'un litige avec le client. Le client a ici une idée claire des situations visées par la clause, même si le terme utilisé « à savoir » n'est pas exhaustif.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 1541 et 1544.

¹⁸⁵ ATF 126 III 305, c. 4a, JdT 2001 I 34 ; TF 5A_489/2012 du 7 décembre 2012, c. 2.4.

¹⁸⁶ MÜLLER, p. 1548, l'auteur se base notamment sur le principe de la transparence découlant de l'art. 4 al. 4 de la loi sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD), RS 235.1 : « La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée ».

¹⁸⁷ Art. 18 des conditions générales de Crédit Suisse, version décembre 2015 : « ... **Le client délègue la Banque, ses organes, employés et mandataires de ces obligations de garder le secret et renonce au secret professionnel du banquier**

a) dans la mesure nécessaire à la défense des intérêts légitimes de la Banque, à savoir :

dans le cas où le client menace ou décide d'engager des démarches judiciaires, de porter plainte ou de faire d'autres communications contre la Banque auprès des autorités (y compris en tant que tierce partie), en Suisse ou à l'étranger ;

dans le but de sauvegarder ou de faire valoir les droits de la Banque vis-à-vis du client et de réaliser des sûretés du client ou de tiers (dans la mesure où des sûretés de tiers ont été constituées en garantie des prétentions vis-à-vis du client) en Suisse et à l'étranger ;

en cas de recouvrement de créances de la Banque envers le client, en Suisse et à l'étranger ;

en cas de reproches faits à la Banque par le client, soit publiquement, soit par le biais de médias, soit devant des autorités suisses ou étrangères ; si les dispositions applicables lors d'opérations sur papiers-valeurs ou autres droits-valeurs étrangers requièrent une divulgation.

b) en cas de transactions et de services que la Banque fournit pour le client (p. ex. trafic des paiements, achat, réception et livraison, garde et vente de titres ou de valeurs en dépôt, transactions sur devises et métaux précieux, transactions sur dérivés/OTC), notamment lorsqu'ils présentent un rapport avec l'étranger. Parallèlement à cela, la Banque est autorisée à, et mandatée pour, procéder à des divulgations à l'égard de tiers en Suisse et à l'étranger qui sont impliqués dans ces transactions et services (p. ex. bourses, courtiers, banques, service d'enregistrement des transactions, services de traitement et sous-dépôtaires, émetteurs, autorités ou leurs représentants ainsi que d'autres tiers impliqués) afin que les transactions ou services puissent être apportés et que le respect des lois, réglementations, dispositions contractuelles et autres consignes, pratiques professionnelles et commerciales ainsi que normes de compliance puisse être garanti.

En tout état de cause, les obligations légales ou réglementaires de la Banque de renseigner ou de communiquer sont réservées. »

À cet égard, le Tribunal fédéral a interprété une clause de renonciation au secret bancaire contenue dans des conditions générales selon le principe de la confiance¹⁸⁸. Celle-ci avait la teneur suivante : «... *In so far as this shall be necessary to safeguard the Bank's justified interests, the client shall dispense the Bank from its obligation to maintain banking secrecy and data protection, in particular to safeguard claims against the client...* ». Notre haute Cour a considéré que la tournure « *in particular to safeguard claims against the client* », bien que non exhaustive, devait, de bonne foi, en tant qu'exemple, permettre à la cliente de comprendre l'étendue de sa renonciation. Il s'agit de confrontations entre la cliente et la banque, sur lesquelles la mandante exerce elle-même une influence¹⁸⁹. Il n'était pas question d'une clause de renonciation générale, ni d'une clause permettant à la banque de décider elle-même des intérêts qu'elle estime légitimes. Le Tribunal fédéral ne s'est en revanche pas prononcé sur la validité qu'aurait eu une telle clause générale. Cet arrêt revête toutefois une portée considérable en matière d'interprétation de clauses de renonciation au secret bancaire. En effet, selon cette jurisprudence, le fait qu'une banque utilise la tournure « pour la défense de ses intérêts légitimes » et présente ensuite des exemples ne constitue pas nécessairement une renonciation générale au secret bancaire.

La lettre b vise, elle aussi, des cas plutôt précis en se référant aux opérations de paiements, notamment celles ayant un rapport avec l'étranger ainsi que les cas où la banque est tenue de rendre les données du client accessibles en vertu d'une disposition légale ou réglementaire¹⁹⁰. S'agissant du trafic des paiements, certains auteurs sont d'avis que le client consent tacitement à la levée du secret bancaire, étant donné qu'il est conscient que le bénéficiaire aura connaissance de ses coordonnées bancaires¹⁹¹. En matière de paiements internationaux, l'ordre devra dans tous les cas indiquer le nom, le numéro de compte et l'adresse du donneur d'ordre ainsi que le nom et le numéro de compte du bénéficiaire (art. 10 OBA-FINMA)¹⁹².

En cas d'*outsourcing* des activités de la banque, la situation est controversée. MARGIOTTA¹⁹³ voit une acceptation tacite de la divulgation de données aux mandataires. Celle-ci pourrait être déduite de l'autorisation du client pour une substitution au sens de l'art. 398 al. 3 CO et du fait que les mandataires de la banque soient également tenus de respecter le secret bancaire¹⁹⁴. WOHLERS ne partage pas cet avis, puisque même en cas de substitution licite, seul le client (*Geheimnisherr*) et non la banque (*Geheimnisträger*) devrait pouvoir contrôler le cercle des personnes à qui le secret sera divulgué¹⁹⁵. Selon cet auteur, un consentement valable du client

¹⁸⁸ TF 4A_365/2017 du 26 février 2018, c. 6.1.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Par ex. cf. art. 10 de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 3 juin 2015 (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA), RS 955.033.0.

¹⁹¹ EMCH/RENZ/ARPAGAUS, p. 167, N 481 ; MARGIOTTA, p. 103.

¹⁹² Art. 10 al. 1 OBA-FINMA : « Pour les ordres de virement, l'intermédiaire financier du donneur d'ordre indique le nom, le numéro de compte et l'adresse du donneur d'ordre ainsi que le nom et le numéro de compte du bénéficiaire. En l'absence de numéro de compte, un numéro de référence lié à la transaction doit être indiqué. L'adresse du donneur d'ordre peut être remplacée par le lieu et la date de naissance, le numéro de client ou le numéro d'identité national du donneur d'ordre. »

¹⁹³ MARGIOTTA, p. 104.

¹⁹⁴ Circulaire FINMA 2008/7 Outsourcing – banques, Externalisation d'activités dans le secteur bancaire, N 34 ; CASSANI/VILLARD, p. 590 : ces auteurs interprètent la circulaire de la FINMA dans le sens que seuls les mandataires à qui des tâches essentielles ont été confiées sont soumis au secret bancaire.

¹⁹⁵ WOHLERS, p. 115.

doit être recueilli d'une manière sans équivoque, ni ambiguïté, de sorte à pouvoir déterminer pour quelles activités le client a accepté la divulgation de ses données personnelles¹⁹⁶.

Quant aux clauses mentionnant le respect des prescriptions légales, le client n'est pas toujours suffisamment informé pour donner un consentement éclairé (notamment au vu de l'art. 4 al. 4 LPD). Par conséquent, certains établissements mettent à disposition de leurs clients une fiche d'information supplémentaire sur la divulgation de leurs données. C'est notamment le cas d'UBS qui explique pourquoi des données clients sont divulguées, qui en sera le destinataire, quelles données seront communiquées, quand et comment elles le seront et finalement comment celles-ci seront protégées¹⁹⁷.

Au vu de ce qui précède, nous pouvons soutenir l'opinion que plus une clause de renonciation au secret bancaire – sur l'existence de laquelle l'attention du client aura été attirée – permettra au client de comprendre de manière précise l'étendue de sa renonciation, plus celle-ci aura de chances d'être valable au vu des art. 27 CC et 8 LCD.

4.3 Les clauses de fiction

Dans la présente rubrique, nous examinerons trois types de clauses créant une fiction juridique. Celles-ci sont parfois liées les unes aux autres. La clause dite de réclamation ou ratification a pour but de créer une fiction d'acceptation d'une transaction lorsque le client ne l'a pas contestée dans un délai imparti par la banque (*Genehmigungsfiktion*). La clause de banque restante, quant à elle, crée une fiction de réception de la documentation bancaire dans le cas où le client choisit que celle-ci soit conservée par la banque (*Zustellungsfiktion*). La troisième clause que nous aborderons instaure une fiction de notification du courrier de la banque au client, considérant une communication comme notifiée au client au moment de son envoi.

Les clauses de fiction sont généralement admises en droit suisse, le juge se réservant la possibilité d'en apprécier la validité sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)¹⁹⁸.

4.3.1 La clause de réclamation/ ratification

4.3.1.1 La situation prévue par la clause

La clause de réclamation crée une fiction d'acceptation ou ratification d'une opération à la charge du client, s'il ne l'a pas contestée dans un délai imparti par la banque¹⁹⁹. Le comportement passif du client vaut comme acceptation tacite de sa part au sens de l'art. 6 CO.

Par ailleurs, certains établissements bancaires précisent que l'absence de réclamation de la part du client dans le délai imparti (usuellement trente jours) a pour conséquence que celui-ci supporte le dommage découlant de son silence, voire qu'il perde tout droit à dommages-intérêts. L'art. 14 *in fine* des conditions générales de Lombard Odier²⁰⁰ stipule que « Si aucune

¹⁹⁶ WOHLERS, p. 116 ; Circulaire FINMA 2008/7 Outsourcing – banques, Externalisation d'activités dans le secteur bancaire, N 37ss ; voir également *Luzern Kantonsgericht*, LGVE 2016 I Nr. 21 du 7 décembre 2016, c. 5.1.

¹⁹⁷ UBS, Divulgation de données clients : informations sur la divulgation de données clients dans le cadre de transactions et de services, édition janvier 2018.

¹⁹⁸ TF 4A_42/2015 du 9 novembre 2015, c. 5.2 ; TF 4C.81/2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 4.3 ; TF 4C.378/2004 du 30 mai 2005, c. 2.2.

¹⁹⁹ TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 4.2.2.

²⁰⁰ Art. 14 des conditions générales de Lombard Odier, version décembre 2017 ; dans ce sens voir aussi l'art. 7 des conditions générales de Crédit Suisse, version décembre 2015.

réclamation ou objection écrite n'est adressée à Lombard Odier dans le délai susmentionné de trente jours, les opérations effectuées par Lombard Odier ainsi que les relevés, avis et autres communications sont considérés comme approuvés par le Client, sans possibilité pour ce dernier de les remettre en question ou de réclamer une indemnisation de ce fait. »

D'autres indiquent simplement que le client ne pourra plus former de réclamations, une fois le délai échu, sans en indiquer formellement les conséquences. Tel est le cas à l'art. 4 des conditions générales de la Banque Raiffeisen²⁰¹ : « Toute réclamation concernant la relation commerciale (particulièrement des ordres, messages, relevés, etc.) est à faire sans délai, après réception du courrier, mais au plus tard avant expiration du délai imparti par la Banque. Passé ce délai, les réclamations ne sont plus recevables. »

4.3.1.2 Le droit applicable en l'absence d'une telle clause

Pour déterminer si le silence d'un sujet de droit vaut acceptation, il convient de se référer à l'art. 6 CO. Cette disposition est une concrétisation du principe de la confiance ainsi que de l'art. 1 CO selon lequel une manifestation de volonté peut également avoir lieu par actes concluants²⁰². Afin de protéger la confiance que l'offrant place dans l'apparence du destinataire de l'offre, duquel il peut s'attendre à une réaction en cas de désaccord²⁰³, le silence du destinataire peut être considéré comme acceptation de l'offre. En application du principe de la confiance, selon MORIN²⁰⁴ « ce silence vaudra comme acceptation si toute personne raisonnable placée dans la situation de l'auteur de l'offre aurait pu et dû interpréter le silence du destinataire dans ce sens, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce (CC 4). »

Lorsque la banque fait parvenir au client des extraits de compte ou de dépôt, ceux-ci constituent une offre visant la conclusion d'un contrat de reconnaissance de dette au sens de l'art. 117 CO²⁰⁵. Le solde reconnu – après compensation des créances réciproques de la banque et du client notamment dans le cadre d'un contrat de compte courant – entraîne une novation au sens de l'art. 117 al. 2 CO²⁰⁶. Pour ces motifs, GUGGENHEIM²⁰⁷ considère que l'envoi du décompte au client constitue une offre de conclure un contrat de novation. Cette novation, créant une dette nouvelle, a pour conséquence que le client voulant contester le solde reconnu doit en prouver l'inexactitude²⁰⁸. Celui-ci n'est pas démuné des exceptions et objections dont il aurait disposé en absence de novation²⁰⁹, tant que celles-ci n'étaient pas connues au moment de la reconnaissance du solde²¹⁰. Il peut notamment se prévaloir d'un vice du consentement pour invalider la reconnaissance du solde²¹¹.

Ainsi, la clause de réclamation vise simplement à ce que le solde du compte soit reconnu par le silence du client sans que celui-ci ait besoin de répondre à l'offre de la banque de conclure un contrat de novation. Ceci concrétise l'art. 6 CO dans le sens où la banque peut de bonne foi

²⁰¹ Art. 4 des conditions générales d'affaires (CGA) de Raiffeisen, édition 1^{er} janvier 2019.

²⁰² ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, *BSK OR I*, N 1 *ad* art. 6 CO.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ MORIN, *CR CO I*, N. 8 *ad* art. 6 CO.

²⁰⁵ ATF 127 III 147, c. 2d ; GUGGENHEIM, p. 559 ; WIDMER, N 500.

²⁰⁶ ATF 129 III 118, c. 2.3.

²⁰⁷ GUGGENHEIM, p. 561, N. 1758.

²⁰⁸ ATF 104 II 190, c. 3a.

²⁰⁹ ATF 100 III 79, c. 6.

²¹⁰ ATF 104 II 190, c. 3a ; GUGGENHEIM, p. 562, N. 1759.

²¹¹ ATF 127 III 147, c. 2e.

s'attendre à une acceptation par le silence du client si les circonstances exigent qu'il réagisse en cas de désaccord²¹².

4.3.1.3 L'admissibilité de la clause à la lumière de la jurisprudence actuelle

D'une manière générale, le Tribunal fédéral considère les clauses de réclamation entraînant une fiction d'acceptation comme admissibles²¹³. Le juge peut néanmoins déclarer une telle fiction pour nulle lorsque celle-ci mène à un résultat contraire au sens de la justice²¹⁴. Le Tribunal fédéral a usé à plusieurs reprises de cette faculté d'apprécier en équité une fiction d'acceptation sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)²¹⁵. Ainsi, la banque ne peut se prévaloir de la fiction d'acceptation que lorsqu'elle peut de bonne foi (art. 2 al. 1 CC concrétisé par l'art. 6 CO) compter sur l'acceptation du client²¹⁶. De jurisprudence constante, elle ne peut invoquer la fiction d'acceptation lorsqu'elle l'utilise pour nuire intentionnellement au client²¹⁷. Une réclamation du client, doit par ailleurs, être objectivement possible et raisonnable²¹⁸. Finalement, le client peut renverser la fiction d'acceptation en prouvant que la banque avait conscience qu'il n'approuvait pas la transaction litigieuse²¹⁹.

Dans une affaire récente²²⁰, le Tribunal fédéral a considéré, dans le cadre d'achats ratifiés par une clause de réclamation, qu'une banque s'était intentionnellement écartée de la stratégie suivie jusqu'ici par son client ainsi que de ses instructions. Les juges de Mon-Repos se sont basés sur l'importante variation de la composition du portefeuille du client ainsi que sur l'écart considérable avec les limites imposées par ce dernier²²¹. La banque commettait donc un abus de droit en se prévalant de la clause de banque restante. Néanmoins, la clause de réclamation a pu constituer un obstacle aux prétentions du client. Celui-ci se rendait deux fois par an à la banque pour consulter ses relevés d'investissement et « disposait des connaissances suffisantes pour en appréhender la portée ». Conscient que la stratégie qu'il avait imposée n'était pas suivie, il a pourtant attendu deux ans et demi, respectivement un an et demi, (probablement pour des raisons de discrétion quant à une situation fiscale peu conforme), pour contester les achats.

HIRSCH²²² relève que le Tribunal fédéral²²³ impose un degré de diligence relativement élevé au client en accordant une certaine importance à l'étendue de ses connaissances, celles-ci lui permettant de comprendre, puis ratifier les opérations. Dans ce sens, GUTZWILLER²²⁴ soutient qu'une fiction de ratification ne peut être valable qu'en cas de « ratification éclairée » (« *aufgeklärte Genehmigung* ») en se basant sur une jurisprudence rendue en matière

²¹² TF 4C.378/2004 du 30 mai 2005, c. 2.2.

²¹³ ATF 104 II 190, c. 2a ; 127 III 147, c. 2d ; TF 4C.81/2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 4.3 ; TF 4A_42/ 2015 du 9 novembre 2015, c. 5.2 ; TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 3.3.1.

²¹⁴ TF 4C.81/ 2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 4.3.

²¹⁵ TF 4A_42/2015 du 9 novembre 2015, c. 5.2 ; TF 4A_471/2017 du 3 septembre 2018, c. 4.3.2.

²¹⁶ GUGGENHEIM, p. 314 ; EMMENEGGER/DÖBELI, p. 646.

²¹⁷ C. 357/ 1984 du 7 décembre 1984, c. 2b, publié in SJ 1985 p. 246 ; TF 4C.81/ 2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 4.3.

²¹⁸ TF 4A_42/2005 du 9 novembre 2015, c. 5.2 ; TF 4C.81/ 2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 4.3.

²¹⁹ TF 4C.81/ 2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 4.3 ; TF 4C.278/1996 du 25 février 1998, c. 3b.

²²⁰ TF 4A_471/2017 du 3 septembre 2018, c. 4.3.1.

²²¹ Dans le même sens, voir aussi : Cour de Justice, chambre civile Genève, arrêt ACJC/44/2018 du 12 janvier 2018, c. 4.2.

²²² HIRSCH, *validité des fictions de réception et de ratification*.

²²³ TF 4A_471/2017 du 3 septembre 2018, c. 4.3.1.

²²⁴ GUTZWILLER, p. 121 et 124.

d'investissements spéculatifs²²⁵. LOMBARDINI²²⁶ partage cet avis, précisant que « le client est tenu de réagir uniquement à partir du moment où il prend réellement conscience de ce qui s'est passé. » En revanche, le fait de laisser couler du temps depuis cette prise de conscience peut indiquer une mauvaise foi du client, souhaitant peut-être spéculer au détriment de la banque sur une hausse des instruments et prétendre ne pas les avoir ratifiés qu'au moment où une perte définitive intervient²²⁷.

Dans la plupart des cas, l'analyse sous l'angle de l'abus de droit a eu lieu lorsqu'une clause de réclamation est combinée à une clause de banque restante²²⁸. Néanmoins ces règles doivent prévaloir indépendamment du fait que la correspondance de la banque ait effectivement été envoyée au client ou conservée en banque restante²²⁹. À notre sens, un tel raisonnement est justifié puisque la clause de réclamation traite le client dont le courrier est conservé en banque restante, de manière égale à celui qui l'a effectivement reçu²³⁰. Autant l'un que l'autre, doit, selon les règles de la bonne foi, réagir en cas de désaccord avec une opération²³¹.

S'agissant de la manière dont le client doit présenter sa réclamation, le Tribunal fédéral a considéré dans un arrêt²³² qui a fait couler passablement d'encre²³³, que le client effectuant des réclamations orales auprès de son conseiller ne s'opposait pas de manière « opportune » à la transaction. Ses réclamations antérieures ignorées, celui-ci aurait dû formuler une opposition par écrit à la banque, ou au moins par oral auprès des supérieurs du conseiller²³⁴. Les juges ont estimé que la banque n'était pas forcément au courant de l'opposition du client face aux transactions litigieuses²³⁵ et qu'elle ne se prévalait pas d'une manière abusive de la clause de réclamation. Nous ne pouvons pas déduire de cet arrêt qu'une réclamation orale est toujours insuffisante, ni qu'une réclamation écrite est suffisante²³⁶, mais plutôt que sa forme doit dépendre des circonstances²³⁷.

Le Tribunal fédéral exige en outre que la réclamation revête une certaine précision²³⁸. Le client ne peut pas se contenter d'une opposition globale mais doit formuler clairement quelles transactions il entend contester. En commentant l'arrêt en question, FISCHER²³⁹ parle à cet égard d'une « exception à l'exception ». En effet, alors même que la banque aurait commis un abus de droit en se prévalant de la fiction de ratification – notamment en procédant sans ordre du client dans une relation *execution only* – le client est néanmoins réputé ratifier les transactions, si, bien qu'informé de leur existence, il « ne les conteste pas (ou pas avec la précision requise) ».

²²⁵ ATF 115 II 62, c. 3d, JdT 1989 I 539.

²²⁶ LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 351 N 104.

²²⁷ LAPORTE, *arrêt du 28 septembre 2005* ; LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 350 N 103 ; voir aussi : C. 357/1984 du 7 décembre 1984, c. 2c, publié in SJ 1985 p. 246 ; WHERLOCK/VON DER CRONE, p. 106.

²²⁸ Cf. *infra* point 4.3.2.

²²⁹ SIBBERN/VON DER CRONE, p. 75.

²³⁰ C. 357/1984 du 7 décembre 1984, c. 2b, publié in SJ 1985 p. 246, p. 249.

²³¹ TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 2.3.

²³² TF 4C.194/2005 du 28 septembre 2005.

²³³ Cet arrêt a notamment été commenté par SIBBERN/VON DER CRONE ainsi que LAPORTE.

²³⁴ TF 4C.194/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.2.3.1.

²³⁵ SIBBERN/VON DER CRONE, p. 76.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Notons que la clause dans le contrat en question avait pour particularité d'imposer une réclamation qui devait être formée « de manière opportune ».

²³⁸ TF 4A_614/2016 du 3 juillet 2017, c. 5.2.

²³⁹ FISCHER, *Transactions non autorisées*.

Finally, s'agissant des conséquences de la fiction d'acceptation, celle-ci n'a pas pour objet de restreindre la responsabilité de la banque mais constitue plutôt une concrétisation de l'obligation accessoire du client de réduire le dommage au sens des art. 44 al. 1 en relation avec l'art. 99 al. 3 CO²⁴⁰, pour autant que ce dernier entre dans la sphère du client. Dans le cas où le dommage est en réalité subi par la banque nous nous référerons au chapitre suivant consacré aux clauses de transfert de risques²⁴¹.

4.3.1.4 L'admissibilité de la clause au sens de l'art. 8 LCD

La clause de réclamation diffère de la situation prévue par l'art. 6 CO, dans la mesure où elle implique que le silence du client vaudra acceptation d'une manière générale, alors qu'il s'agit au contraire d'une exception.

En revanche, cette répartition des droits et obligations, notamment la concrétisation de l'obligation du client de réduire le dommage semble être justifiée par une pesée des intérêts. Le client a la faculté de vérifier et contester la documentation bancaire qu'il reçoit. Celui-ci ne supporte aucun risque en dehors de sa sphère d'influence²⁴². En effet, la banque a un intérêt légitime à bénéficier d'une réglementation claire des relations contractuelles qu'elle entretient avec ses clients²⁴³. La clause de réclamation assure par conséquent la sécurité juridique.

En dehors des cas d'abus de droit, notamment en lien avec une clause de banque restante, bien que la clause de ratification présente une disproportion entre les droits et obligations des parties, celle-ci n'est pas contraire à la bonne foi et répond à un intérêt légitime de la banque. Une telle clause semble dès lors compatible avec l'art. 8 LCD.

4.3.2 La clause de banque restante

4.3.2.1 La situation prévue par la clause

En vertu d'une convention de banque restante, la banque accepte de conserver dans ses locaux les avis qu'elle adresse au client mais prévoit que ces communications lui sont opposables comme s'il les avait effectivement reçues²⁴⁴. La clause crée ainsi une fiction de réception ou notification (*Zustellungsfiktion*)²⁴⁵. Selon la jurisprudence, le client est réputé avoir pris connaissance des avis de la banque immédiatement, c'est-à-dire au moment où ceux-ci sont introduits dans son dossier à la banque²⁴⁶.

La fiction de réception prévue par une clause de banque restante marque le point de départ du délai de réclamation, à la fin duquel la banque se prévautra selon ses conditions générales d'une fiction d'acceptation de l'opération en cause²⁴⁷.

²⁴⁰ *Zürich Handelsgericht*, HG150277-O du 20 juin 2018, c. 4.4.3 ; SIBBERN/VON DER CRONE, p. 77 ; KOLLER, p. 57.

²⁴¹ *Cf. infra* point 5.

²⁴² WIDMER, p. 236.

²⁴³ *Zürich Handelsgericht*, HG150277-O du 20 juin 2018, c. 4.4.3.

²⁴⁴ ATF 104 II 190, c. 2a ; TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 2.3. ; TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019, c. 6.1.1 ; TF 4C.378/2004 du 30 mai 2005, c. 2.2.

²⁴⁵ TF 4a_471/2017 du 3 septembre 2018, c. 4.2.1 ; TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 6.3.

²⁴⁶ TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019, c. 6.1.1 ; TF 4a_471/2017 du 3 septembre 2018, c. 4.2.1.

²⁴⁷ TF 4C.81/2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 4.3 ; à cet égard, *cf. supra* point 4.3.1.

4.3.2.2 L'admissibilité de la clause à la lumière de la jurisprudence actuelle

La clause de banque restante est en principe valable²⁴⁸. La jurisprudence et la doctrine s'accordent sur le fait qu'une clause de banque restante est utilisée dans l'intérêt du client, qui, pour des raisons de discrétion choisit la banque comme domicile de notification (*Zustelldomizil*) au lieu du sien²⁴⁹. La banque a un intérêt légitime à ce que son client en banque restante soit traité de la même manière que celui qui a effectivement reçu la communication, en matière de réaction à une opération qu'il n'approuve pas²⁵⁰. Le client qui décide que son courrier bancaire soit conservé en banque restante prend donc un risque, dont il doit supporter les conséquences de la réalisation²⁵¹.

L'application de la fiction de réception découlant de la clause de banque restante, souvent combinée avec la fiction d'acceptation prévue par la clause de réclamation peut parfois conduire à des résultats choquants²⁵². Le juge garde ainsi la possibilité de déclarer pour nulle une clause de banque restante, sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), lorsque son application heurte le sens de la justice et qu'il en découle une situation contraire à l'équité²⁵³. À cet égard, la jurisprudence mentionne trois situations dans lesquelles, la banque commet un abus de droit en se prévalant d'une fiction de réception²⁵⁴. Tel est le cas lorsqu'en l'invoquant, « la banque profite de la fiction de réception du courrier pour agir sciemment au détriment du client, ou lorsqu'après avoir géré un compte pendant plusieurs années conformément aux instructions orales du client, la banque s'en écarte intentionnellement alors que rien ne le laissait prévoir, ou encore lorsque la banque sait que le client n'approuve pas les actes communiqués en banque restante. »

La jurisprudence en la matière est plutôt riche. Le Tribunal fédéral a notamment estimé dans un arrêt de 2014²⁵⁵ que la banque commettait un abus de droit en se prévalant d'une clause de banque restante. Dans ce cas concret, dans un rapport d'*execution only*, la banque a spontanément vendu des titres, sans égard à leur cours et sans aucun ordre du client. Elle était et devait donc être consciente que la cliente n'approuvait pas l'opération.

Le client devant accepter les conséquences de son choix d'une correspondance en banque restante, un abus de droit n'est pas aisément retenu. Lors de son appréciation en équité, dans le cadre d'ordres falsifiés par un tiers, le juge examine à quel point les opérations apparaissent comme habituelles ou au contraire insolites, permettant de conclure que la banque était au courant de l'opposition du client et commettrait ainsi un abus de droit²⁵⁶. Dans l'arrêt précité²⁵⁷, le Tribunal fédéral tient compte, dans son appréciation, de la durée pendant laquelle le client

²⁴⁸ ATF 104 II 190, c. 2a ; TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 2.3. ; TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019, c. 6.1.1 ; TF 4C.378/2004 du 30 mai 2005, c. 2.2.

²⁴⁹ TF 4A_471/2017 du 3 septembre 2018, c. 4.2.1.

²⁵⁰ TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 2.2 ; C. 357/1984 du 7 décembre 1984, c. 2b, publié *in* SJ 1985 p. 246.

²⁵¹ TF 4C.378/2004 du 30 mai 2005, c. 2.2 ; TF 4A_41/2016 du 20 juin 2016, c. 2.3 ; TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 2.3 ; LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 352 N 108.

²⁵² TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 2.3.

²⁵³ TF 4a_471/2017 du 3 septembre 2018, c. 4.2.3 ; TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 2.3 ; TF 4A_614/2016 du 3 juillet 2017, c. 6.1 ; TF 4C.378/2004 du 30 mai 2005, c. 2.2.

²⁵⁴ TF 4C.81/2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 4.3 ; TF 4C.378/2004, c. 2.2 ; C. 357/1984 du 7 décembre 1984, c. 2b, publié *in* SJ 1985 p. 246 ; TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, c. 2.3.

²⁵⁵ TF 4A_548/2013 et 4A_550/2013 du 31 mars 2014, c. 3.6.

²⁵⁶ TF 4C_378/2004 du 30 mai 2005, c. 2.3.

²⁵⁷ *Ibidem*.

n'a pas relevé sa banque restante. En l'occurrence, le fait que la cliente se soit désintéressée de son compte pendant près de quinze ans « était propre à créer une situation à risque ». Dans cette affaire, la banque a pu se prévaloir des fictions de réception et de ratification sans commettre d'abus de droit. Le Tribunal fédéral est récemment revenu sur la problématique du client omettant de relever sa banque restante. Dans un arrêt de 2019²⁵⁸, il a été jugé que « la cliente a envers la banque une obligation de diligence, découlant des règles de la bonne foi, qui lui imposait de relever le courrier qui lui était adressé en banque restante, pour pouvoir, cas échéant, contester les opérations qui lui paraissaient irrégulières ou infondées, et empêcher ainsi l'aggravation du dommage. » Ainsi, le client ne relevant pas sa banque restante pendant quatre ans viole son devoir de diligence envers la banque. HIRSCH²⁵⁹ critique qu'un tel devoir puisse être imposé sur la base de la bonne foi, alors même qu'il n'est pas prévu par le contrat, ce qui nuit à la sécurité juridique. Cette affaire des plus intéressantes, impliquant la falsification d'ordres par un tiers gérant a déjà occupé le Tribunal fédéral pour la deuxième fois²⁶⁰ et risque de rester à l'actualité puisque la cause a été renvoyée à la cour cantonale.

4.3.2.3 L'admissibilité de la clause au sens de l'art. 8 LCD

La convention de banque restante pourrait faire l'objet d'un contrôle au sens de l'art. 8 LCD, à condition d'être incluse dans les conditions générales de la banque. En nous référant aux observations sur la notion de conditions générales en droit suisse apportées au début de ce travail²⁶¹, nous pouvons en déduire qu'une clause de banque restante ne peut entrer dans le champ d'application de l'art. 8 LCD qu'à condition de ne pas avoir fait l'objet d'une négociation individuelle entre la banque et son client. Cette constellation nous paraît cependant peu probable. La conservation du courrier en banque restante résultant dans la plupart des cas d'une instruction du client et répondant à son intérêt, nous nous abstenons d'examiner la compatibilité d'une telle convention avec l'art. 8 LCD.

4.3.3 La clause prévoyant une fiction de notification des communications de la banque

4.3.3.1 La situation prévue par la clause

Les établissements bancaires prévoient communément une réglementation spéciale s'agissant des communications de la banque au client. Cette dernière est souvent incluse dans les conditions générales de la banque sous une rubrique « communications ». Il est ainsi indiqué que les communications de la banque au client sont réputées notifiées au moment de leur envoi. Cette fiction est étroitement liée à la fiction de ratification contenue dans une clause de réclamation dont il a été fait état plus haut²⁶². En effet, le moment où le client est réputé avoir pris connaissance de la communication joue un rôle dans le calcul du délai imparti par la banque pour contester une transaction.

Ainsi, l'art. 8 *in fine* des conditions générales d'UBS indique que « les communications d'UBS sont réputées transmises au client dès lors qu'elles ont été envoyées à la dernière adresse d'expédition indiquée par celui-ci. »

²⁵⁸ TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019, c. 6.1.3.

²⁵⁹ HIRSCH, *nouvelle obligation à la charge du client*.

²⁶⁰ Pour l'arrêt de renvoi, cf. TF 4A_379/2016 du 15 juin 2017.

²⁶¹ Cf. *supra* point 2.1 ; voir aussi le champ d'application matériel de l'art. 3 al. 1 de la Directive 93/13/CEE limité aux clauses d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, précisé à l'al. 2 de cette disposition.

²⁶² Cf. point 4.3.1.

4.3.3.2 Le droit applicable en l'absence d'une telle clause

S'agissant de la prise d'effet de manifestations de volonté et autres communications, le Tribunal fédéral applique la théorie de la réception absolue²⁶³. Selon cette dernière, une communication est réputée notifiée au moment où celle-ci est parvenue dans la sphère d'influence (*Machtbereich*) du destinataire ou de son représentant, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires celui-ci soit à même d'en prendre connaissance²⁶⁴. En l'absence de la clause dite « communications », les relevés de compte envoyés par poste au client seraient ainsi considérés comme notifiés au moment où ces derniers atteignent sa boîte aux lettres. Il n'est pas pertinent qu'il en ait effectivement pris connaissance²⁶⁵.

4.3.3.3 L'admissibilité de la clause à la lumière de la jurisprudence actuelle

Nous avons traité plus haut²⁶⁶ des effets et des limites à l'admissibilité de la fiction de notification créée par une clause de banque restante. La plupart, voire la totalité des arrêts traitant d'une fiction de notification ont été rendus dans ce contexte. Les tribunaux admettent la fiction de notification²⁶⁷.

La validité d'une clause prévoyant une fiction de notification pourrait s'avérer plus discutable lorsque celle-ci n'est pas liée à une convention de banque restante. Ici aussi, le juge garde la possibilité de déclarer nulle une telle clause en appréciant la situation en équité, sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit²⁶⁸.

4.3.3.4 L'admissibilité de la clause au sens de l'art. 8 LCD

Une clause prévoyant une fiction de notification au moment de l'envoi de la communication, diffère d'une manière notable, de la théorie jurisprudentielle de la réception. En effet, au lieu de considérer comme notification le moment où la communication entre dans la sphère d'influence du client, soit lors de la délivrance dans sa boîte aux lettres, celle-ci est fixée au moment de l'envoi par la banque.

Cette fiction modifie les droits et obligations du client, d'une part, en lien avec le délai prévu par la clause de réclamation, lui laissant moins de jours pour s'opposer à une transaction. D'autre part, le client supporte les risques liés à l'envoi sur lesquels il n'a aucune influence²⁶⁹. Une pesée de l'intérêt du client à pouvoir se prévaloir de la théorie de la réception absolue, contre celui de la banque à lui transférer les risques de l'envoi et de réduire des occasions de réclamation, semble révéler une disproportion notable entre les droits et obligations des parties, contraire à la bonne foi au sens de l'art. 8 LCD.

Hors contexte d'une convention de banque restante – conférant une certaine discrétion au client – nous n'envisageons que difficilement la compensation d'un tel désavantage avec une autre clause.

²⁶³ ATF 118 II 42, c. 3b, JdT 1993 I 140, SJ 1992 239 ; 137 III 208, c. 3.1.2 ; HOHL, *CR CO I*, N 5 *ad art.* 77 CO.

²⁶⁴ ATF 137 III 208, c. 3.1.2.

²⁶⁵ ATF 118 II 42, c. 3b, JdT 1993 I 140, SJ 1992 239.

²⁶⁶ *Cf. supra* point 4.3.2.

²⁶⁷ TF 4C.81/2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 4.3.

²⁶⁸ WIDMER, N. 479.

²⁶⁹ WIDMER, N. 486.

4.3.4 Les clauses de fiction en droit allemand

En Allemagne, les clauses de fiction de réception figurent au chiffre 6 de la liste grise de l'art. 308 BGB. Sa présence dans cette disposition signifie simplement qu'une fiction de réception conduit en pratique souvent à désavantager le client de manière inappropriée, en laissant le pouvoir au juge de le déterminer en fonction du cas concret²⁷⁰.

S'agissant des clauses de réclamation entraînant une fiction d'acceptation, l'art 7 par. 2 du modèle de conditions générales du *Bankenverband AGB-Banken* propose la clause suivante :

*«Frist für Einwendungen; Genehmigung durch Schweigen:
Einwendungen wegen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit eines Rechnungsabschlusses hat der Kunde spätestens vor Ablauf von sechs Wochen nach dessen Zugang zu erheben; macht er seine Einwendungen in Textform geltend, genügt die Absendung innerhalb der Sechs-Wochen-Frist. Das Unterlassen rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung. Auf diese Folge wird die Bank bei Erteilung des Rechnungsabschlusses besonders hinweisen. Der Kunde kann auch nach Fristablauf eine Berichtigung des Rechnungsabschlusses verlangen, muss dann aber beweisen, dass zu Unrecht sein Konto belastet oder eine ihm zustehende Gutschrift nicht erteilt wurde.»²⁷¹*

La clause ci-dessus apparaît plus favorable que celles utilisées par les banques suisses précédemment mentionnées²⁷². Premièrement, elle prévoit un délai de réclamation de six semaines au lieu d'un mois. Deuxièmement, la banque doit attirer l'attention du client sur la conséquence du silence face à ses extraits de compte. Finalement, la dernière phrase de la clause procure au client une position plus confortable en matière de transactions non autorisées, puisqu'il pourra demander la rectification de l'extrait de compte en prouvant que son compte a été débité sans droit.

4.4 Les clauses d'élection de droit et de for et le risque d'application d'un droit étranger à la relation bancaire

La plupart des banques suisses prévoient dans leurs conditions générales que le contrat est exclusivement régi par le droit suisse et que le for ordinaire sera au siège de la banque ou de sa succursale.

L'art. 23 des conditions générales de la BCV²⁷³, détermine le droit applicable et le for :

« Toutes les relations juridiques entre le Client et la Banque sont soumises au droit suisse. Le lieu d'exécution et le for exclusif de tous genres de procédures est au lieu du siège de la Banque à Lausanne. En ce qui concerne le for de poursuite du Client non domicilié en Suisse, il est également fixé au lieu du siège de la Banque à Lausanne. Les fors impératifs prévus par la législation applicable et les conventions internationales ratifiées par la Suisse sont réservés.

La Banque demeure toutefois en droit d'ouvrir action au domicile du Client ou devant tout autre tribunal compétent. ».

²⁷⁰ WURMNEST, *MünchKomm BGB*, N 1 ad art. 308 BGB.

²⁷¹ Art. 7 par. 2 *Allgemeine Geschäftsbedingungen der Privatbanken, Grundregeln für die Beziehung zwischen Kunde und Bank*, « https://bankenverband.de/media/40000_0718_muster.pdf ».

²⁷² Cf. *supra* point 4.3.1.1.

²⁷³ Art. 23 des conditions générales de la BCV, édition janvier 2019.

4.4.1 Le for

Nous aborderons la problématique de la validité d'une clause de prorogation de for à la lumière des dispositions de procédure applicables à la relation. Le Code de procédure civile, la Loi sur le droit international privé et la Convention de Lugano²⁷⁴ prévoient des fors impératifs ou semi-impératifs dans le cadre de contrats conclus avec des consommateurs. L'issue de l'analyse de la validité d'une clause de prorogation de for dépendra d'une part de la flexibilité de sa rédaction, d'autre part, de la qualification ou non du client d'une banque comme consommateur.

Nous constatons que la clause de prorogation de for de la BCV ci-dessus figure en caractères gras. Cette pratique est commune à de nombreux établissements. Une telle mise en évidence résulte de la jurisprudence constante qu'une clause par laquelle une partie renonce au for de son domicile est insolite²⁷⁵. En attirant spécialement l'attention du client à cet égard, la banque s'assure de l'intégration valable de la clause au contrat²⁷⁶.

4.4.1.1 Le client domicilié en Suisse

Lorsque le client a son domicile ou siège en Suisse, les art. 31 et 32 CPC sont applicables. L'art. 31 CPC annonçant le principe général en matière de for contractuel n'est pas problématique puisque d'une part, il s'agit d'un for dispositif, d'autre part, en cas d'action du client, prévoir le siège de la banque comme for correspondra de toute façon soit au siège du défendeur, soit au lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée.

Selon le type de contrat bancaire et la finalité de sa conclusion, le client d'une banque peut être considéré comme consommateur au sens de l'art. 32 CPC, créant un for semi-impératif – à des fins de protection sociale²⁷⁷ – au domicile du client. Nous rappelons à cet égard que l'art. 32 CPC retient une notion étroite de consommateur exigeant que le contrat porte sur une prestation de consommation courante²⁷⁸, à l'exclusion notamment des contrats ayant pour objet des placements d'argent et des investissements²⁷⁹.

La plupart des établissements bancaires réservent les dispositions impératives de la loi, s'y réfèrent simplement, voire prévoient un for au lieu de la succursale de la relation ou au domicile du client. Dans ces conditions, une clause de prorogation de for dans un contrat avec un client suisse consommateur nous paraît valable, tant qu'elle est rédigée de manière assez souple pour satisfaire aux exigences de l'art. 32 CPC.

4.4.1.2 Le client domicilié à l'étranger

Lorsque le client est domicilié à l'étranger, la situation dépendra avant tout de son État de domicile.

²⁷⁴ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL) conclue à Lugano le 30 octobre 2007, RS 0.275.12.

²⁷⁵ ATF 91 I 11, c. 3 ; 98 Ia 314, c. 5 ; ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, *BSK ORI*, N 61 *ad* art. 1 CO.

²⁷⁶ *Cf. supra* point 2.1.1.2.

²⁷⁷ HALDY, *CR CPC*, N 1 *ad* art. 32 CPC.

²⁷⁸ Pour la notion de consommateur au sens de l'art. 32 CPC ainsi que 114 et 120 LDIP, *cf. supra* points 3.2.1 et 2.1.3.1.1.

²⁷⁹ ATF 132 III 268, c. 2.2.3, SJ 2006 I 359, JdT 2006 I 564 ; TF 4C.292/2005 du 23 novembre 2005, c. 2.2.4 ; MEREGALLI DO DUC, *Le client d'une banque*.

4.4.1.2.1 Le client domicilié dans un État tiers à la Convention de Lugano

Quand le client est domicilié dans un État tiers à la Convention de Lugano – cette hypothèse vise principalement les États hors Union européenne et AELE – les art. 114 et 120 LDIP seront applicables. Pour bénéficier du for prévu à l’art. 114 LDIP, le client doit tout d’abord être qualifié de consommateur au sens de l’art. 120 LDIP. Cette disposition définit la notion de consommateur d’une manière assez étroite, tout comme l’art. 32 al.2 CPC, imposant en plus de la finalité personnelle ou familiale du contrat, que celui-ci porte sur une prestation de consommation courante²⁸⁰. Lorsque le client qualifié de consommateur est domicilié ou a sa résidence habituelle à l’étranger, l’art. 114 al. 1 let. b LDIP lui permet d’ouvrir action auprès du tribunal de son lieu de domicile dans cet État, à condition que les modalités de la conclusion du contrat révèlent un lien qualifié avec celui-ci²⁸¹. Un tel lien est admis lorsque le consommateur a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat dans l’État de son domicile ou de sa résidence habituelle suite à une offre ou à une publicité dans cet État (art. 120 al. 1 lit. a LDIP). Cette disposition ne vise pas à protéger le consommateur qui se rend de sa propre initiative à l’étranger pour conclure un contrat²⁸².

Une clause de prorogation de for dans les conditions générales de la banque visant à écarter la compétence du tribunal suisse du lieu de domicile ou résidence habituelle du consommateur est nulle en vertu de l’art. 114 al. 2 LDIP. En revanche, l’art. 114 al. 2 LDIP mentionnant précisément le « tribunal suisse », la banque peut valablement écarter le for au domicile du consommateur lorsque celui-ci est domicilié à l’étranger²⁸³.

4.4.1.2.2 Le client domicilié dans un État partie à la Convention de Lugano

Lorsque le client est domicilié dans un État partie à la Convention de Lugano, autant dans l’hypothèse où il est actionné par la banque que dans celle où il intente une action contre celle-ci, les art. 15 à 17 CL sont applicables²⁸⁴. Le client pourra se prévaloir du for semi-impératif de l’art. 16 al. 1 CL devant le tribunal de son lieu de domicile s’il est, d’une part, considéré comme consommateur²⁸⁵, d’autre part, si le contrat présente un lien qualifié avec cet État au sens de l’art. 15 al. 1 let. c CL. Depuis la révision de la Convention de Lugano en 2011, un tel lien est réputé exister dans deux hypothèses. La première vise la situation où la banque exerce des activités commerciales dans l’État de domicile du consommateur, notamment par le biais d’une succursale et que le contrat entre dans le cadre de ces activités. L’incertitude de la doctrine quant à l’exigence d’un lien de causalité entre les activités de cette succursale et le contrat litigieux²⁸⁶ a été tranchée par l’affirmative par le Tribunal fédéral en 2016²⁸⁷, ce qui rassure les banques suisses ayant des succursales à l’étranger. La deuxième hypothèse vise le cas où la banque dirige des activités commerciales vers l’État de domicile du consommateur et que le contrat entre dans le cadre de ces activités. À cet égard, la CJUE a considéré qu’au vu de l’activité globale du commerçant, il doit ressortir que celui-ci envisageait de commercer avec

²⁸⁰ Nous ne reviendrons pas davantage sur la notion de consommateur qui a été présentée plus haut aux points 3.2.1 et 2.1.3.1.1.

²⁸¹ BONOMI, *CR LDIP/CL*, N 7 *ad art.* 114 LDIP.

²⁸² BONOMI, *CR LDIP/CL*, N 8 *ad art.* 114 LDIP ; le TF a jugé que ce principe s’applique également dans le cadre de l’art. 15 CL en citant BONOMI dans l’ATF 142 III 170, c. 3.1.

²⁸³ BONOMI, *CR LDIP/CL*, N 23 *ad art.* 114 LDIP.

²⁸⁴ La CL est applicable en vertu des art. 3 et 4 CL car le défendeur est domicilié ou a son siège dans un État partie.

²⁸⁵ L’art. 15 al. 1 CL retient une notion plus large de consommateur, le critère de la prestation de consommation courante étant absent dans le texte légal.

²⁸⁶ *Ibid.*, N 35 et 41 *ad art.* 15 CL.

²⁸⁷ ATF 142 III 170, c. 3.2.

des consommateurs domiciliés dans cet État²⁸⁸. Dans cette même affaire²⁸⁹, il a en revanche été jugé que « la simple accessibilité du site Internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante. »

Nous évoquerons deux affaires bancaires dans le cadre desquelles le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la validité d'une prorogation de for en lien avec l'art. 15 al. 1 let. c CL. Tout d'abord, dans un arrêt de 2013, notre haute Cour a confirmé l'opinion de la CJUE²⁹⁰ selon laquelle l'appréciation du lien qualifié avec l'État de domicile du consommateur dépend des circonstances antérieures à la conclusion du contrat²⁹¹. En effet l'ouverture d'une succursale dans l'État en question et la création d'un site Internet quelques années plus tard ne se sont pas avérées pertinentes. En 2016, le client français frontalier d'une banque genevoise a tenté d'invoquer une exception d'incompétence à raison du lieu, estimant qu'il devait être actionné en France. Premièrement, le Tribunal fédéral rejette l'argument selon lequel le fait que la banque ait diverses succursales en France signifierait que celle-ci ait exercé des activités commerciales dans cet État au sens de l'art. 15 al. 1 let. c CL. Ce raisonnement est justifié par l'absence de lien de connexité entre la relation en cause et ces activités²⁹². Deuxièmement, cet arrêt précise « qu'un fournisseur "dirige" ses activités vers un autre pays lorsque, par un effort conscient et approprié à ce but, il cherche à entrer ou à se maintenir lui aussi, avec ses propres produits ou services, sur le marché de ce pays »²⁹³. À cet égard, il n'a pas été retenu que la banque ait eu recours à des publicités ou ait démarché des consommateurs domiciliés en France pour les induire à contracter en Suisse. À notre avis, cet arrêt a une incidence fondamentale et plutôt positive pour les banques suisses entretenant des relations avec des consommateurs frontaliers. Ainsi, le Tribunal a précisé que l'art. 15 par. 1 let. c n'a pas pour but de protéger ces derniers puisqu'ils traitent couramment avec des fournisseurs de l'État limitrophe et qu'ils peuvent assumer un procès dans cet État²⁹⁴.

S'agissant du fardeau de la preuve, selon la jurisprudence, il appartient à la banque de prouver l'existence d'une prorogation de for et au client de démontrer qu'il peut se prévaloir du for en matière de contrat de consommation et donc contester la validité de la clause de prorogation de for²⁹⁵.

Lorsque les conditions de l'art. 15 al. 1 CL sont remplies, le client domicilié dans un État partie peut intenter une action soit devant les tribunaux suisses au siège de la banque, soit devant ceux de son lieu de domicile (art. 16 al.1 CL). La banque ne peut ouvrir action contre le consommateur que devant les tribunaux de son lieu de domicile (art. 16 al. 2 CL). Une éléction de for antérieure, à moins d'être plus favorable au consommateur, est prohibée par l'art. 17 CL.

Il découle de ce qui précède qu'une banque suisse dirigeant ses activités vers l'étranger, notamment en y faisant de la publicité, concluant un contrat avec un consommateur domicilié

²⁸⁸ CJUE, Arrêts Peter Pammer contre Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) et Hotel Alpenhof GesmbH contre Oliver Heller (C-144/09), C-464/01, EU:C:2010:740, § 92. La jurisprudence de la CJUE est à prendre en compte dans l'interprétation et application de la Convention de Lugano puisque cette dernière est conclue avec l'Union européenne.

²⁸⁹ *Ibid.*, § 94.

²⁹⁰ *Ibid.*, § 92.

²⁹¹ ATF 139 III 278, c. 4.4, JdT 2014 II 337.

²⁹² ATF 142 III 170, c. 3.2.

²⁹³ *Ibid.*, c. 3.3.

²⁹⁴ *Ibid.*, c. 3.4.

²⁹⁵ ATF 139 III 278, c. 3.2, JdT 2014 II 337.

dans cet État, risque de voir un litige relatif à cette relation porté devant un tribunal étranger, malgré la clause de prorogation de for contenue dans ses conditions générales. À notre connaissance, les tribunaux suisses n'ont jamais invalidé une clause de prorogation de for en admettant que le client d'une banque devait être actionné ou ouvrir action à son domicile à l'étranger. Le Tribunal fédéral a simplement « ouvert la porte »²⁹⁶ à cette possibilité. En revanche, le cas de figure où un client intente une action contre sa banque suisse auprès du tribunal de son lieu de domicile à l'étranger et que celui-ci se déclare compétent, s'est déjà réalisé et devrait davantage inquiéter les banques. De plus, il est possible que les tribunaux étrangers interprètent plus largement les critères de l'art. 15 CL de manière à mieux protéger les intérêts du client²⁹⁷. Les tribunaux allemands se sont déclarés compétents à plusieurs reprises pour trancher un litige entre une banque suisse et un client domicilié en Allemagne. En 2004, avant la révision de la Convention de Lugano²⁹⁸, le *Hanseatisches Oberlandesgericht* de Hambourg a considéré qu'un client allemand ayant investi des sommes à des fins privées était considéré comme consommateur, sans prise en compte de l'origine ou l'importance des fonds. Un lien qualifié avec l'Allemagne a été retenu puisqu'un gérant de fortune (bien qu'externe à la banque) avait recommandé au client, en se déplaçant en Allemagne, l'établissement comme banque dépositaire. Le client consommateur ne pouvant valablement renoncer au for à son lieu de domicile, la clause d'élection de for pour les tribunaux au siège de la banque est restée sans effets²⁹⁹. Dans une autre affaire, qui a fait parler d'elle dans les médias, après la révision de la Convention de Lugano, l'*Oberlandesgericht* de Stuttgart a également admis sa compétence pour juger un litige entre un investisseur fortuné domicilié en Allemagne et une banque bâloise. L'*Oberlandesgericht* a précisé que les faits que le client soit d'une part un investisseur expérimenté, d'autre part qu'il soit assisté par un professionnel et que les investissements soient complexes ne sont pas pertinents pour lui refuser la qualité de consommateur au sens de l'art. 15 CL³⁰⁰. Quant à la banque, celle-ci a exercé ses activités commerciales en Allemagne en consultant et conseillant le client dans cet État et dispose structurellement d'un département pour ses clients privés allemands³⁰¹. Le client a donc valablement pu ouvrir action en Allemagne et la clause de prorogation de for contenue dans les conditions générales de la banque est nulle selon l'art. 17 CL.

Ces deux arrêts revêtent une importance considérable pour les banques suisses entretenant des relations contractuelles avec des clients domiciliés en Allemagne et dans d'autres États parties à la Convention de Lugano. En effet, comme nous le verrons au point suivant, l'existence d'un for à l'étranger peut avoir un impact sur le droit applicable, permettant au client de bénéficier d'un droit européen plus protecteur que le droit suisse.

4.4.2 Le droit applicable

Les conditions générales de banques suisses prévoient systématiquement l'application exclusive du droit suisse. Néanmoins lorsqu'un client est domicilié à l'étranger, la validité de cette clause d'élection de droit n'est pas illimitée. En effet, lorsque le client parvient à se

²⁹⁶ MEREGALLI DO DUC, *Validité de la prorogation de for* ; le Tribunal fédéral a notamment envisagé cette possibilité dans les arrêts TF 4C.43/2006 du 28 mars 2007 et ATF 139 III 218.

²⁹⁷ FISCHER, *Transactions non autorisées*.

²⁹⁸ Jusqu'en 2011, le critère plus large de la direction des activités vers l'Etat de domicile du consommateur n'existait pas. La détermination du lien géographique, plus compliquée, était semblable à la situation actuelle prévue par la LDIP et exigeait que le consommateur ait accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat dans son État de domicile après une proposition ou une publicité dans cet État.

²⁹⁹ *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg*, arrêt 4 U 156/03 du 23 juin 2004, c. 1.

³⁰⁰ *Oberlandesgericht Stuttgart*, arrêt 5 U 120/14 du 27 avril 2015, § 80.

³⁰¹ *Ibid.*, § 87.

prévaloir d'un for à son lieu de domicile dans l'Union européenne (art. 16 en lien avec l'art. 17 CL) en démontrant la réalisation des conditions de l'art. 15 al. 1 let. c CL, il peut invoquer l'art. 6 du Règlement de Rome I³⁰², dont les conditions sont pratiquement identiques. En vertu de cette disposition, le contrat est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle (art. 6 par. 1 Rome I). La clause d'élection de droit suisse dans les conditions générales bancaires n'est ainsi pas valable si elle prive le consommateur de la protection dont il aurait bénéficié en application des normes impératives de son droit national (art. 6 par. 2 Rome I). Le droit de l'Union européenne étant de manière générale plus protecteur des intérêts des consommateurs que le droit suisse, les banques suisses courent donc un certain risque juridique en acceptant des clients domiciliés dans l'Union européenne.

5 Le contrôle des clauses de transfert de risques et la responsabilité de la banque en cas de défaut de légitimation

Dans le présent chapitre nous traiterons des clauses de transfert de risques, plus précisément celles qui font supporter le risque d'un défaut de légitimation au client. Qu'il soit question d'une falsification de sa signature, de la perte de sa carte de crédit, d'une intrusion dans son *e-banking*, ou encore d'une fraude de son gérant de fortune, le client ne peut entièrement exclure qu'une transaction non autorisée ait lieu sur son compte.

5.1 La répartition des risques selon le droit dispositif

Avant d'examiner et mettre en cause l'opposabilité au client des clauses de transfert de risque, il est nécessaire de bien appréhender, en réalité, dans quelle mesure ces clauses transfèrent des risques.

Lorsqu'un client dépose de l'argent auprès d'une banque, celui-ci devient propriété de la banque par mélange, en vertu de l'art. 727 CC. Un avoir en compte bancaire représente simplement une créance du client envers la banque en restitution de la somme déposée³⁰³. Quand la banque exécute correctement un ordre du client, celle-ci l'effectue donc avec son propre argent et débite ensuite le compte du client – réduisant sa créance – à titre de remboursement des frais et avances faits dans l'exécution régulière du mandat (art. 402 al. 1 CO). Dans le cas où le banquier procède à une opération sans ordre émanant du client, celui-ci ne peut débiter le compte du client sur la base de l'art. 402 al. 1 CO³⁰⁴, car selon la jurisprudence, le mandat putatif, « soit celui basé sur la croyance qu'il émane du véritable mandant³⁰⁵ », n'est pas un mandat³⁰⁶.

Lorsque la banque débite indument le compte du client, en réclamant la restitution de la somme déposée, le client conclut à l'exécution du contrat (en application de l'art. 475 CO en considérant qu'il s'agit d'un dépôt) et non à l'allocation de dommages-intérêts³⁰⁷. Cette action en exécution n'est pas conditionnée à l'existence d'une faute de la banque³⁰⁸. En suivant des instructions n'émanant pas du mandant, la banque est toujours tenue à exécution envers le

³⁰² Règlement (CE) no 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO n° L 177/6 du 4 juillet 2008, p. 6.

³⁰³ TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009, c. 1 ; ZELLWEGGER-GUTKNECHT, *Rechtsprechungschronik*, p. 83 ; SCHALLER, p. 46.

³⁰⁴ ATF 111 II 263, c. 1 ; 112 II 450, c. 3a ; 132 III 449, c. 2 ; TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009, c. 1.

³⁰⁵ BILLOTTE-TONGUE, N. 267.

³⁰⁶ ATF 94 II 37, c. 5.

³⁰⁷ ATF 112 II 450, c. 3a.

³⁰⁸ ATF 112 II 450, c. 3a ; 132 III 449, c. 2.

client³⁰⁹. Elle doit donc payer une seconde fois et subit, elle seule un dommage³¹⁰. Selon la jurisprudence, la preuve d'une exécution correcte incombe au débiteur de l'obligation, qui, indépendamment de sa bonne foi, supporte le risque d'une exécution en mains d'une personne non autorisée³¹¹.

Dans le cas où le client a fautivement contribué au dommage de la banque³¹², notamment en violant une obligation de diligence imposée par le contrat, la banque peut conclure à des dommages-intérêts (art. 97 al. 1 CO) et opposer le montant réclamé en compensation (art. 120 CO)³¹³. Nous verrons dans les prochaines lignes que l'étendue d'un tel devoir de diligence varie selon les conditions générales des banques et le type de relation en cause. Cette prétention en dommages-intérêts de la banque peut-elle-même être réduite, voire supprimée lorsqu'elle n'a pas vérifié la légitimation du client avec la diligence requise. La banque commet ainsi une faute concomitante au sens de l'art. 44 al. 1 CO dans le cadre de son action basée sur l'art. 97 al. 1 CO³¹⁴.

Par conséquent, selon le droit dispositif, ce n'est que dans l'hypothèse où les conditions d'une action en dommages-intérêts de la banque sont réalisées – c'est-à-dire quand le comportement fautif du client est, au moins en partie, à l'origine de la transaction non autorisée – que celui-ci en supporte le risque. Dans le cas où la transaction non autorisée n'a pas été favorisée par une faute du client, ainsi que dans celui où son origine est indépendante de tout comportement fautif, ni du côté de la banque, ni du côté du client, la banque supporte seule le dommage³¹⁵. Ce résultat est également compatible avec l'art. 1132 CO, qui prévoit en matière de falsification de chèques, que le dommage est supporté par le tiré si aucune faute n'est imputable au tireur³¹⁶.

5.2 La répartition des risques selon la clause de transfert de risques

Les banques peuvent déroger à la répartition légale des risques³¹⁷. La plupart des établissements y procèdent par le biais de leurs conditions générales. L'étendue de la divergence des clauses avec le droit dispositif et leur caractère *client-friendly* varient d'un établissement à l'autre.

Certains se limitent à indiquer que le risque d'un défaut de légitimation est à la charge du client sauf en cas de faute grave ou de non observation de la diligence usuelle en affaires. Tel est le cas notamment de Crédit Suisse, dont l'art. 1 des conditions générales³¹⁸ a la teneur suivante : « La Banque est tenue de vérifier la légitimation du client et de ses mandataires avec la diligence usuelle en affaires. Si la Banque, ses collaborateurs ou ses auxiliaires ne respectent pas cette obligation, le dommage qui en résulte est à la charge de la Banque. Si aucune violation des obligations n'existe, le client supporte le dommage résultant des défauts de légitimation. »

³⁰⁹ SCHALLER, p. 47.

³¹⁰ ATF 132 III 449, c. 2.

³¹¹ ATF 111 II 263, c. 1b.

³¹² ATF 111 II 263, c. 1a. ; 132 III 449, c. 2 ; TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009, c. 1.

³¹³ ATF 111 II 263, c. 1c ; TF 4A_438/2007 du 29 janvier 2008, c. 6.3 ; en admettant l'application des règles dispositives du mandat, une telle obligation du client pourrait également résulter de l'art. 402 al. 2 CO, obligeant le client à indemniser la banque du dommage qu'elle a subi en exécutant le mandat.

³¹⁴ TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019, c. 6.1.3.

³¹⁵ ATF 111 II 263, c. 1a ; 132 III 449, c. 2 ; TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009, c. 1 ; TF 4A_438/2007 du 29 janvier 2008, c. 5.1.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009, c. 1 ; TF 4A_438/2007 du 29 janvier 2008, c. 5.1.

³¹⁸ Art. 1 des conditions générales de Crédit Suisse, version décembre 2015.

D'autres précisent l'obligation de diligence de la banque et/ou imposent des devoirs d'attention au client, dont la violation pourrait lui faire supporter le dommage de la banque. L'art. 8 des conditions générales de la BCGE commence justement par énoncer une telle obligation du client et les conséquences de sa violation : « Il appartient au client de conserver soigneusement sa documentation bancaire afin de prévenir l'accès par des personnes non autorisées. Il lui appartient de prendre des mesures appropriées afin de prévenir le risque de fraude dans le service de paiement et de conserver les codes d'accès de façon à prévenir tout abus. Le client supporte tout dommage résultant de la violation de ces devoirs de diligence. Les dommages résultant de défauts de légitimation ou de faux non décelés, y compris en matière d'ordres de paiement et de chèques, sont à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque. » La première clause diverge notablement du régime légal en transférant au client le risque de dommage conséquent à un défaut de légitimation, indépendamment de toute contribution fautive du client à la survenance de ce dommage. La deuxième clause s'en éloigne moins dans la mesure où elle précise pourquoi le client pourrait être amené à supporter le dommage, mais prévoit malgré tout un transfert du risque au client en l'absence de faute de sa part.

Certaines banques règlent le cas du défaut de légitimation intervenant en l'absence de faute des deux parties, sans le faire supporter d'emblée au client : « Si un dommage survient sans violation du devoir de diligence par UBS ou par le client, la partie dont la cause du dommage est définie comme inhérente à son domaine d'influence devra répondre de ce dernier.³¹⁹ »

5.3 Les différents cas de figure et admissibilité selon la jurisprudence actuelle

5.3.1 Le contrôle des clauses de transfert de risques d'une manière générale

5.3.1.1 Le contrôle en application des art. 100 et 101 CO par analogie

Comme nous l'avons vu précédemment³²⁰, le Tribunal fédéral assimile l'exploitation d'une banque à une industrie concédée par l'autorité³²¹ et applique par analogie aux clauses de transfert de risques les art. 100 et 101 CO, limitant la validité des clauses d'exonération de responsabilité³²². Nous avons déjà traité des effets de ce contrôle plus haut³²³. L'appréciation du juge en équité (art. 4 CC) implique un examen de l'ensemble des circonstances du cas particulier³²⁴. C'est pourquoi, dans les lignes qui suivent, nous examinerons l'opposabilité au client des clauses de transfert de risques en fonction du défaut de légitimation ayant provoqué le dommage.

5.3.1.2 Le devoir de diligence de la banque

En tant que mandataire, la banque est soumise à une obligation de diligence et fidélité (art. 398 al. 2 CO). En matière d'examen de la légitimation du client, la jurisprudence admet généralement que « la banque n'est tenue de vérifier l'authenticité des ordres à elle adressés que selon les modalités convenues entre les parties ou, le cas échéant, spécifiées par la loi³²⁵. » On ne peut attendre d'elle une vérification systématique détaillée de tous les ordres qui lui sont

³¹⁹ Art 6 *in fine* des conditions générales d'UBS, édition janvier 2018. Cette réglementation, similaire à celle prévue dans les conditions générales de banques allemandes, ne diverge que légèrement du droit dispositif.

³²⁰ Cf. *supra* point 3.1.

³²¹ Cf. *supra* point 3.1.1.

³²² Cf. *supra* point 3.1.2.

³²³ Cf. *supra* point 3.1.3.

³²⁴ ATF 112 II 450, c. 3a ; 132 III 449, c. 2. ; TF 4A_81/2018 du 29 mai 2018, c. 3.

³²⁵ ATF 112 II 450, c. 3a ; 122 III 26, c. 4a/aa ; 132 III 449, c. 2. ; TF 4A_81/2018 du 29 mai 2018, c. 3.

adressés. Elle n'a pas à prendre de mesures extraordinaires incompatibles avec une liquidation rapide des transactions³²⁶. Des vérifications supplémentaires ne peuvent être exigées qu'en présence de soupçons particuliers (*besondere Verdachtsmomente*)³²⁷, autrement dit s'il existe des indices sérieux de falsification ou si l'ordre ne porte pas sur une opération prévue par le contrat et paraît inhabituel.

La faute (légère ou grave) de la banque n'entre en ligne de compte qu'à titre de faute concomitante, comme facteur de réduction ou suppression des dommages-intérêts (art. 44 al. 1 en relation avec l'art. 99 al. 3 CO) qu'elle demande au client (97 al. 1 CO)³²⁸. À cet égard, le Tribunal fédéral examine dans quelle mesure la faute commise pourrait et devrait être évitée par toute banque raisonnable placée dans les mêmes circonstances en prenant les précautions élémentaires³²⁹.

5.3.1.3 Le devoir de diligence du client

Un tel devoir de diligence, protection ou encore d'avertissement du client peut résulter du contrat ainsi que de la loi³³⁰. Les conditions générales des banques imposent souvent³³¹ au client de conserver ses documents bancaires avec soin et ses moyens de légitimation électroniques ainsi que son NIP dans une confidentialité totale.

Si le contrat ne mentionne pas une telle obligation, il est tout au moins possible de retenir que le client a une obligation accessoire d'exécuter ses obligations de bonne foi au sens de l'art. 2 al. 1 CC et donc d'éviter de favoriser les risques d'abus³³². Celui-ci a évidemment un intérêt à prendre toutes les précautions pour éviter la réalisation des risques sur lesquels il peut avoir une influence.

5.3.2 La falsification de la signature du client

Il résulte des conditions générales des banques que la plupart des communications entre le client et la banque ont lieu par écrit. S'agissant de la transmission d'ordres, ceux-ci doivent en général être écrits et signés³³³. Ces dernières années, avec l'avènement de moyens de transmission d'ordres par voie électronique, notamment l'*e-banking*³³⁴, de plus en plus d'ordres sont transmis électroniquement³³⁵.

Lorsque le client donne un ordre par écrit, l'examen de sa légitimation consiste à comparer la signature figurant sur l'ordre avec celle sur le carton dont la banque est en possession³³⁶. Cet examen doit être effectué de manière sérieuse par une personne ayant les connaissances

³²⁶ TF 4A_81/2018 du 29 mai 2018, c. 3.

³²⁷ ATF 109 II 116, c. 3, JdT 1984 I 35 ; 112 II 450, c. 3a ; 122 III 26, c. 4a/aa, JdT 1997 I 121.

³²⁸ TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019, c. 6.2.

³²⁹ ATF 112 II 450, c. 3b.

³³⁰ SCHALLER, p. 49 ; EMMENEGGER, p. 101.

³³¹ WIDMER, p. 190.

³³² ATF 111 II 263, c. 2 ; BILLOTTE-TONGUE, N 87 et 268.

³³³ LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 205, N 2.

³³⁴ Cf. *infra* point 5.3.4.1.

³³⁵ Voir notamment l'art. 2.1.4 des conditions régissant le trafic des paiements d'UBS, édition octobre 2018 : « En règle générale, les ordres de paiement doivent être transmis par le biais des produits électroniques UBS ou par écrit au moyen d'un document original portant une signature juridiquement valable (ci-après « par écrit »). »

³³⁶ TF 4A_438/2007 du 29 janvier 2008, c. 5.4 ; LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 205, N 3.

nécessaires pour ce faire³³⁷. La banque peut se limiter à cet examen et n'est tenue d'effectuer des vérifications supplémentaires qu'en cas d'indices sérieux de falsification, autrement dit en présence de différences entre les signatures objectivement susceptibles de susciter un doute sérieux (décelables au premier coup d'œil)³³⁸. Si des doutes subsistent après ces vérifications complémentaires, notamment parce que l'opération apparaît comme insolite sur le compte du client, il y a lieu de le contacter pour s'assurer que l'ordre émane bien de ce dernier, par ex. par téléphone³³⁹. La banque qui ne procède pas à ces vérifications en cas de doutes sérieux commet en général une faute grave³⁴⁰.

Dans un arrêt de 2008³⁴¹, le Tribunal fédéral a estimé qu'une banque n'a pas à connaître les habitudes de paiement de tous ses clients. Le montant de l'ordre peut être pertinent, surtout si celui-ci représente la quasi-totalité des avoirs en compte³⁴². Les juges de Mon-Repos ont exclu l'application de la clause de transfert de risques dans cette affaire, car la banque avait commis une faute grave. Ils ont justifié leur raisonnement par la falsification des signatures qui « sautait aux yeux » et par le fait que deux ordres sensés émaner de clients différents comportent la même faute d'orthographe, devait susciter des interrogations.

Dans un arrêt genevois de 2014³⁴³, la Cour a constaté plusieurs éléments insolites qui auraient dû pousser la banque à prendre contact avec la cliente : l'adresse figurant sur l'ordre ne correspondait pas à l'adresse de la cliente, celle-ci n'avait jamais donné d'ordre écrit mais toujours par voie électronique et l'exécution de l'ordre avait pour effet de vider la quasi-totalité du compte. Même si l'employé n'avait commis qu'une faute légère en ne découvrant pas la falsification des signatures, la banque (en externalisant ses activités) ne lui avait pas donné les moyens pour procéder aux vérifications nécessaires. La clause de transfert de risques ne pouvait donc pas être opposée à la cliente³⁴⁴.

Les principes évoqués ci-dessus, particulièrement la nécessité de procéder à des vérifications plus approfondies en cas d'indices sérieux de falsification ou d'opération insolite, s'appliquent également lorsque le client est représenté par un tiers gérant³⁴⁵. Dans un arrêt de principe³⁴⁶, le Tribunal fédéral a déclaré une clause de transfert de risques inapplicable, car la banque, en raison de la confiance qu'elle vouait au tiers gérant, a exécuté des ordres qui sortaient clairement du pouvoir de ce dernier. Elle a renoncé d'exiger et vérifier une signature écrite à la main et n'a pas attendu une confirmation du client. Commet également une faute grave, la banque, qui en présence d'ordres insolites, se contente de téléphoner au gérant externe en s'y fiant aveuglement

³³⁷ TF 4A_438/2007 du 29 janvier 2008, c. 5.4.

³³⁸ ATF 122 III 26, c. 4a/aa, JdT 1997 I 121 ; TF 4A_438/2007 du 29 janvier 2008, c. 5.4 ; Cour de Justice, chambre civile Genève, arrêt ACJC/588/2014, c. 3.2.2.

³³⁹ TF 4A_438/2007 du 29 janvier 2008, c. 5.4 ; Cour de Justice, chambre civile Genève, arrêt ACJC/588/2014, c. 3.2.2 ; SCHALLER, p. 52.

³⁴⁰ TF 4A_438/2007 du 29 janvier 2008, c. 5.4.

³⁴¹ *Ibid.*, c. 5.5.

³⁴² *Ibidem* ; Cour de Justice, chambre civile Genève, arrêt ACJC/588/2014, 3.2.2 ; SCHALLER, p. 52.

³⁴³ Cour de Justice, chambre civile Genève, arrêt ACJC/588/2014, 3.2.2.

³⁴⁴ Notons que la Cour genevoise fonde l'inopposabilité de la clause non pas sur la base de l'art. 100 al. 2 CO mais sur la base d'une violation du devoir de diligence de 398 CO à l'égard du client (par rapport au choix, instructions et surveillance de son auxiliaire). Quoiqu'il en soit, selon le droit dispositif, la banque a commis une faute qui réduirait ou supprimerait les dommages-intérêts demandés.

³⁴⁵ ATF 132 III 449, c. 3 ; TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019, c. 3.2 faisant référence à l'arrêt de renvoi TF 4A_379/2016 du 15 juin 2017.

³⁴⁶ ATF 132 III 449, c. 3 et 4.

au lieu de contacter la cliente³⁴⁷. Les opérations apparaissaient inhabituelles dans la mesure où elles modifiaient totalement la composition du portefeuille de la cliente et vidait le compte de sa substance sans contrepartie³⁴⁸.

Cette affaire, remontée au Tribunal fédéral en 2019³⁴⁹ est également pertinente en matière de violation du devoir de diligence du client. Comme nous l'avons vu précédemment, la cliente ne consultant pas son courrier en banque restante pendant quatre ans viole son devoir de diligence envers la banque³⁵⁰. La cour cantonale devra donc déterminer si en consultant sa banque restante, la cliente aurait pu réduire le dommage subi par la banque et le cas échéant, pondérer les fautes des deux parties³⁵¹.

5.3.3 Les abus liés aux cartes de débit et de crédit

Des conditions générales séparées pour l'utilisation de cartes de débit et de crédit viennent habituellement s'appliquer en sus des conditions générales de base. En matière de répartition des risques, la banque les transfère en général au titulaire de la carte. Elle lui impose un certain nombre d'obligations de diligence, dont seul le respect total a pour conséquence que la banque supporte le dommage résultant d'une utilisation frauduleuse.

Dans ce sens, l'art. 11 des conditions d'utilisation des cartes de débit Raiffeisen³⁵² prévoit que : « La Banque prend en charge tout sinistre occasionné au titulaire du compte du fait d'une utilisation frauduleuse de la carte de débit Raiffeisen par une tierce personne pour autant que le titulaire de la carte ait respecté les conditions d'utilisation de la carte de débit Raiffeisen et qu'il n'ait aucune responsabilité dans ledit sinistre... »

Cette répartition des risques n'est pas dénuée de sens car l'utilisation frauduleuse d'une carte peut souvent être évitée par la prudence du client. Une fois que la banque lui a remis la carte et le PIN – une diligence usuelle dans la branche requiert qu'elle procède à des envois séparés – la carte et les moyens de légitimation se trouvent dans la sphère d'influence du client³⁵³. Celui-ci est ainsi tenu de respecter certaines obligations de diligence³⁵⁴. Il doit conserver les moyens d'accès et la carte (qu'il aura signée), soigneusement et séparément et ne les transmettre à personne ; ne pas choisir un PIN facile à deviner, ne le noter nulle part et le garder secret ; il doit toujours savoir où est sa carte ; la bloquer immédiatement en cas de perte, vol ou doute d'utilisation abusive ; il doit finalement signaler dans un certain délai (souvent trente jours) toute erreur dans son décompte de carte.

D'autres questions se posent à la vue de l'art. 8.2 des conditions générales d'utilisation des cartes de crédit UBS³⁵⁵ : « Les risques relatifs à une utilisation frauduleuse de la carte sont en principe supportés par le titulaire de carte. Ils le sont dans tous les cas lorsque les transactions

³⁴⁷ TF 4A_379/2016 du 15 juin 2017.

³⁴⁸ *Ibid.*, c. 5.3.2.

³⁴⁹ TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019.

³⁵⁰ *Ibid.*, c. 6.1.3, cf. *supra* point 4.3.2.2.

³⁵¹ *Ibidem*, c. 7.1 et 7.2.2.

³⁵² Art. 11 des conditions d'utilisation des cartes de débit Raiffeisen, version juin 2015.

³⁵³ SCHALLER, p. 57.

³⁵⁴ La plupart des établissements bancaires prévoient des obligations de diligence similaires.

³⁵⁵ Art. 8.2 des conditions générales d'utilisation des cartes de crédit UBS, édition octobre 2018.

ont été autorisées en utilisant un moyen d'accès³⁵⁶. Dans tous les autres cas, si la contestation est effectuée dans les délais (chiffre 7.4), UBS assume les dommages résultant d'une utilisation frauduleuse de la carte par des tiers, à condition que le titulaire de carte ait respecté toutes les dispositions des CG (en particulier le chiffre 7) et qu'aucune faute ne puisse lui être imputée... **Le titulaire de carte est tenu pour responsable de la totalité des transactions autorisées selon le chiffre 2.1³⁵⁷, et ce, jusqu'au blocage éventuel de la carte.** »

Le chiffre 2.1 auquel il est fait référence comprenant plus ou moins toutes les possibilités d'utilisation de la carte, incluant le paiement sans contact, nous voyons difficilement dans quel cas de figure le client n'aurait pas à supporter le dommage d'une utilisation abusive, même s'il n'a violé aucune obligation de diligence. Cette clause apparaît donc ambiguë. Elle pourrait faire l'objet d'une interprétation *in dubio contra stipulatorem*³⁵⁸ en cas de litige sur sa compréhension.

L'Ombudsman des banques suisses a traité un certain nombre de cas dans le cadre desquels il a eu l'occasion d'interpréter les obligations de diligence du client. Celui-ci a par exemple renoncé à engager une procédure de médiation à la requête d'un client dont la carte de crédit avait été utilisée abusivement après être confiée au personnel d'un bar. En effet, le dépôt de sa carte au bar et les dépenses contestées ayant été effectuées avec le bon code PIN indiquent que le client n'avait pas satisfait à toutes ses obligations de diligence³⁵⁹. L'Ombudsman a également donné son avis sur la question d'un lien de connexité entre la violation des obligations de diligence du client et la survenance du dommage. Dans une médiation de 2015³⁶⁰, à la suite du vol de sa carte et de l'extorsion de son NIP à main armée en Amérique du Sud, la cliente a attendu quatre jours pour faire bloquer sa carte, s'étant fait voler son téléphone et n'ayant pas trouvé de téléphone public. La violation de son obligation de diligence de faire bloquer sa carte immédiatement n'avait pas eu d'impact sur le dommage puisque les retraits avaient été effectués peu de temps après l'attaque. La banque a tout de même refusé de prendre en charge le dommage, malgré les recommandations de l'Ombudsman.

Les deux clauses évoquées ci-dessus conditionnent la prise en charge du dommage par la banque au fait que le client ait respecté toutes ses obligations de diligence et/ou qu'aucune faute ne lui soit imputable. Il est probable qu'une banque se prévalant d'une telle clause préformulée pour refuser la restitution des fonds au client, invoquant la violation d'une obligation de diligence n'ayant eu aucune incidence sur le dommage, agisse de manière abusive au sens de l'art. 8 LCD. La répartition des droits et obligations des parties déroge notablement au régime légal applicable et n'est pas justifiée par un intérêt prépondérant de la banque. En effet, l'action en dommages-intérêts de la banque invoquée en compensation de l'action en exécution du client serait couronnée de succès en l'absence de lien de causalité³⁶¹ entre la faute du client et le dommage qu'elle subit.

³⁵⁶ Les moyens d'accès définis à l'art. 5 comprennent notamment le NIP, l'application UBS Access et le numéro de contrat.

³⁵⁷ Le chiffre 2.1 fait référence aux paiements sur place et retraits en utilisant le NIP, une signature ou par *contactless* ainsi que les paiements à distance via Internet, téléphone ou correspondance ou d'autres canaux.

³⁵⁸ Cf. *supra* point 2.1.2.

³⁵⁹ Ombudsman des banques suisses, rapport annuel 2015, recueil de cas, N 2015/14.

³⁶⁰ Ombudsman des banques suisses, rapport annuel 2015, recueil de cas, N 2015/13.

³⁶¹ Cette exigence résulte du texte légal de l'art. 97 al. 1 CO.

5.3.4 Les services bancaires numériques

Le client qui souhaite transmettre des ordres à la banque par voie électronique ainsi que par téléphone ou fax, doit en principe signer une convention supplémentaire pour ces prestations, s'appliquant en plus des conditions générales³⁶². Par cette convention, il accepte les risques découlant de ces moyens de communication³⁶³.

5.3.4.1 L'*e-banking*

Par *e-banking*, nous entendons l'ensemble des prestations de services bancaires offertes au client par le biais d'Internet³⁶⁴.

À la différence des ordres transmis par écrit, par téléphone ou par e-mail, le client confirme sa légitimation lui-même par le biais des moyens d'identification mis à disposition par la banque³⁶⁵. Cette dernière ne vérifie donc pas la légitimation, partant de la fiction que quiconque s'est identifié à l'aide des moyens fournis est autorisé à déclencher les prestations de l'*e-banking*³⁶⁶.

Les conditions générales *ad hoc* relatives à l'*e-banking* imposent au client certaines obligations de diligence. Il doit conserver ses moyens de légitimation soigneusement, dans des endroits différents ; utiliser des codes de légitimation non faciles à deviner, les garder secrets et ne les inscrire nulle part, y compris électroniquement ; s'assurer que ses appareils électroniques ne soient pas accessibles à des personnes non autorisées ainsi que de la sécurité de leur système d'exploitation ; il est tenu de contacter la banque immédiatement s'il a des raisons de craindre que des tiers non autorisés ont connaissance de ses moyens d'identification³⁶⁷.

La banque transfère les risques d'une utilisation abusive de l'*e-banking* sur la tête du client. Par exemple, le client de la BCV assume les risques d'une manipulation de son système informatique, de l'utilisation frauduleuse du processus d'identification ou d'interventions de tiers non autorisés lors de la transmission de données³⁶⁸. Le point faible dans la sécurité des transactions électroniques se situe au niveau du système du client³⁶⁹. La banque n'ayant pas d'influence sur le degré de vigilance dont le client fait preuve en utilisant les services d'*e-banking*, elle souhaite que celui-ci supporte les risques qui en découlent. Il peut plus facilement en éviter la réalisation que la banque³⁷⁰. Cette dernière peut tout au plus informer le client des risques liés à l'*e-banking* et lui donner des conseils quant aux comportements à adopter pour en éviter la réalisation³⁷¹.

³⁶² BAUEN/ROUILLER, *Opérations bancaires*, p. 242.

³⁶³ LOMBARDINI, *Droit bancaire*, p. 206, N 5.

³⁶⁴ BAUEN/ROUILLER, *Opérations bancaires*, p. 241.

³⁶⁵ WIEGAND/ MARTI, p. 81.

³⁶⁶ WEBER, p. 63 ; voir notamment l'art. 1.1 des conditions applicables à l'Online Banking de Crédit Suisse, version juillet 2016.

³⁶⁷ Voir notamment l'art. 4 des conditions de Raiffeisen e-banking, édition 1^{er} janvier 2019.

³⁶⁸ Art. 5.1 des conditions d'utilisation de BCV-net de la BCV, sans date.

³⁶⁹ WEBER, p. 65 ; voir notamment l'art. 4.1 des conditions applicables à l'Online Banking de Crédit Suisse, version juillet 2016.

³⁷⁰ WEBER, p. 65.

³⁷¹ Voir notamment l'art. 4.1 des conditions applicables à l'Online Banking de Crédit Suisse, version juillet 2016, mentionnant ces risques ; à cet égard, UBS a récemment mis à disposition sur son site Internet l'*UBS Security Check*, permettant au client d'obtenir une évaluation de la sécurité dont il fait preuve en utilisant les services en ligne : « <https://www.ubs.com/microsites/security-check/#/fr/> ».

Faire supporter la réalisation d'un risque au client lorsque celui-ci en est à l'origine paraît ne pas poser de problème par rapport aux art. 100 CO et 8 LCD. La situation peut s'avérer différente si le client ne pouvait rien entreprendre pour éliminer le risque. Si la faille émane du système de la banque et qu'une faute peut être reprochée à cette dernière, la clause pourrait être déclarée nulle selon la jurisprudence relative à l'art. 100 CO³⁷². En s'en prévalant, la banque pourrait également agir de manière abusive au sens de l'art. 8 LCD. En pesant les intérêts en cause, cette répartition particulière des risques au détriment du consommateur peut s'avérer contraire à la bonne foi.

Lorsqu'une faute ne peut être imputée à aucune partie, le fait que le client se retrouve à supporter le dommage constitue également une divergence notable par rapport au droit dispositif évoqué précédemment³⁷³. Ce dernier dispose d'un intérêt légitime à ne pas supporter des risques sur la réalisation desquels il n'a pas d'influence. La banque a le même intérêt, bien qu'elle dispose souvent davantage de moyens pour les maîtriser. La validité d'une telle clause est probablement également discutable.

Le caractère abusif au sens de l'art. 8 LCD d'une clause de transfert de risques réglant l'*e-banking* dépendra par conséquent des circonstances du cas concret, notamment dans quel système le dommage est survenu. WEBER soutient une telle répartition des risques puisque les procédés de légitimation se trouvent sous le contrôle du client³⁷⁴. L'application de l'art. 8 LCD demeure néanmoins incertaine dans la mesure où cette convention supplémentaire ne revêt pas forcément le caractère de conditions générales au sens de la disposition précitée puisque le client l'a demandée³⁷⁵.

En 2017, l'Ombudsman des banques suisses a mené une procédure de médiation suite à des paiements frauduleux effectués par *e-banking*³⁷⁶. Ce dernier est d'avis que la banque peut valablement, par le biais de ses conditions générales, faire supporter au client les risques liés à son propre système, les actes ne relevant aucunement de la sphère d'influence de la banque. Dans l'affaire en question, le client victime d'un cas de *phishing*³⁷⁷ s'est montré peu diligent. En effet celui-ci a suivi les instructions d'un prétendu ingénieur devant éliminer un logiciel malveillant dans son système, qui a réussi à s'introduire dans son *e-banking* et à effectuer plusieurs versements. Dans ce cas il paraît évident que le client a contribué à la réalisation du dommage et qu'il n'est pas inéquitable que celui-ci en supporte une partie, voire la totalité.

Finalement, nous mentionnons l'avis intéressant de WIEGAND³⁷⁸, selon lequel les conventions d'*e-banking* devraient prévoir une répartition des risques selon les sphères d'influence des parties. La banque supporterait ainsi les risques liés à son système interne et le client ceux liés à ses appareils électroniques ainsi qu'à la conservation de ses moyens de légitimation. Un raisonnement similaire a déjà été soutenu par le Tribunal fédéral. Dans un arrêt de 2006, a été tenue pour nulle une clause de transfert de risques pour la principale raison que les risques en

³⁷² Cf. *supra* point 5.3.1; WIEGAND, *Die Geschäftsverbindung im E-Banking*, p. 141.

³⁷³ Cf. *supra* point 5.2.

³⁷⁴ WEBER, p. 63.

³⁷⁵ KOLLER, p. 32.

³⁷⁶ Ombudsman des banques suisses, rapport annuel 2017, recueil de cas, N 2017/09.

³⁷⁷ À cet égard cf. SCHALLER, p. 50, pour la notion de *phishing*, (une combinaison de *password* et *fishing*), méthode par laquelle des malfaiteurs tentent d'obtenir les moyens de légitimation du client auprès de ce dernier.

³⁷⁸ WIEGAND, *Die Geschäftsverbindung im E-Banking*, p. 142.

question s'étaient développés dans le domaine d'influence (*Machtbereich*) de la banque et que cette dernière était mieux placée pour les éviter que le client³⁷⁹.

5.3.4.2 Les ordres donnés par e-mail

Comme indiqué précédemment, le client souhaitant passer des ordres par e-mail doit préalablement signer une convention supplémentaire par laquelle il accepte supporter les risques liés à ce moyen de communication³⁸⁰. À la différence des ordres donnés par écrit, la banque ne procède pas à une vérification de la légitimation du client par le biais de la comparaison des signatures³⁸¹. L'opposabilité au client d'une clause de transfert de risques peut être remise en question selon les principes évoqués en matière de vérification de la légitimation³⁸². L'étendue des vérifications auxquelles la banque doit procéder dépend ainsi de la présence, respectivement l'absence, d'indices sérieux de falsification³⁸³.

Dans une affaire de 2016 dans laquelle des transactions non autorisées avaient été exécutées suite au piratage de la messagerie électronique du client, le Tribunal fédéral a considéré que les instructions du *hacker* étaient insolites et auraient dû susciter des doutes quant à la légitimation, sous plusieurs angles³⁸⁴. Notre haute Cour a tout d'abord donné une importance à l'expression écrite utilisé dans l'ordre en tenant compte du milieu du client ainsi que du langage utilisé dans des conversations précédentes. Elle a constaté que les erreurs d'orthographe et de syntaxe ainsi que le vocabulaire utilisé ne correspondaient pas à ce que l'on peut attendre d'un juriste s'exprimant dans sa langue maternelle³⁸⁵. D'autres facteurs sont entrés en ligne de compte tels que l'État inhabituel de destination de l'ordre³⁸⁶, l'important montant de l'ordre par rapport aux avoir totaux en compte, contredisant une stratégie conservatrice exprimée par le client³⁸⁷, ainsi que le caractère inhabituellement précipité de ses instructions³⁸⁸. Au vu ces éléments, le Tribunal fédéral a estimé que la banque avait commis une faute grave en ne procédant pas à un examen approfondi de la situation. La clause de transfert de risques n'était par conséquent pas opposable au client. Il a par ailleurs répondu par la négative à la question d'une violation des

³⁷⁹ TF 4C.158/2006 du 10 novembre 2006, c. 2.3.

³⁸⁰ Cf. *supra* point 5.3.4 ; à titre d'exemple, voir les dispositions spéciales pour la communication par e-mail du Crédit Suisse : « Le Client déclare par la présente dégager la Banque de toute responsabilité liée à la présente convention, sauf en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave. Le Client assume la responsabilité de toutes les conséquences et de tous les préjudices pouvant résulter de ces instructions et notamment, de l'e-mail et des autres méthodes de communication ou de la production de copies de correspondance... »

³⁸¹ BRACHER, p. 160 ; cet auteur soutient que l'application d'une clause de transfert de risques dans le cadre d'ordres par e-mail requiert que les parties conviennent de moyens de légitimation qualifiés, notamment l'usage de la signature électronique, (au sens de la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques (Loi sur la signature électronique, SCSE), RS 943.03).

³⁸² Cf. *supra* point 5.3.1.

³⁸³ Cour de Justice, chambre civile Genève, arrêt ACJC/6382016 du 6 mai 2016, c. 4.2.2.

³⁸⁴ TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016, c. 2.4.2.

³⁸⁵ *Ibid.*, c. 2.4.2.1 ; le client était paralégal dans une grande étude américaine ; s'agissant d'une différence de style d'écriture, cf. Cour de Justice, chambre civile Genève, arrêt ACJC/6382016 du 6 mai 2016, .4.2.4.

³⁸⁶ TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016, c. 2.4.2.2 ; en dix ans, le client n'avait jamais passé d'ordres en dehors de la Suisse et des États-Unis ; à cet égard cf. *Zürich Handelsgericht* HG150071 du 25 novembre 2016, c. 3.3 où un virement vers la Géorgie avait été considéré comme particulièrement insolite, au contraire d'un virement vers Londres qui pouvait être justifié par l'importance dans le monde financier de cette ville.

³⁸⁷ TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016, c. 2.4.2.3.

³⁸⁸ *Ibid.*, c. 2.4.2.4 et 2.4.2.5.

obligations de diligence du client qui n'aurait pas pris les précautions suffisantes pour protéger l'accès à sa messagerie (protégée par un mot de passe)³⁸⁹.

S'agissant d'un contrôle au sens de l'art. 8 LCD, celui-ci paraît difficilement envisageable dans la mesure où la convention de décharge pour les communications par e-mail est conclue individuellement et à la demande du client³⁹⁰. Dans un cas d'ordre frauduleux par e-mail, le Tribunal de commerce zurichois a toutefois nié l'application de l'art. 8 LCD pour d'autres motifs³⁹¹. En effet, le client, gérant de fortune de profession ayant passé les ordres par le biais de son adresse e-mail professionnelle, s'est vu refuser la qualité de consommateur au sens de la disposition précitée³⁹². Dans cet arrêt, la clause de transfert de risques a néanmoins été déclarée nulle sur la base de l'art. 100 CO. Le raisonnement des juges zurichois s'étant basé, tout comme celui de l'arrêt de 2016 précité, sur la divergence effective entre les e-mails du client et ceux des pirates³⁹³.

Finalement, dans un arrêt récent³⁹⁴, le Tribunal fédéral a jugé qu'il appartient au client de prouver le piratage de sa messagerie électronique. À défaut de cette preuve, si les ordres litigieux ne se différencient pas des modalités convenues entre les parties et ne présentent pas d'écart avec leurs pratiques usuelles, la banque est considérée comme autorisée à les effectuer et dispose réellement d'une créance en remboursement des montants transférés (art. 402 al. 1 CO).

5.4 L'admissibilité des clauses de transfert de risques au sens de l'art. 8 LCD

Nous avons pu constater qu'hormis le cas où le client a entièrement causé ou fortement contribué au dommage de la banque, les clauses de transfert de risques modifient essentiellement la répartition des droits et obligations entre les parties par rapport au droit dispositif. Le caractère injustifié et contraire à la bonne foi de cette disproportion dépend d'une pesée des intérêts des parties. La banque, bien que celle-ci soit en position de force en imposant ses conditions générales et qu'elle dispose davantage de moyens pour supporter le dommage d'une transaction non autorisée, poursuit le même intérêt que le client : se protéger contre des risques sur la réalisation desquels elle n'a que difficilement de l'influence³⁹⁵. Nous en déduisons que moins le client aura d'influence sur la réalisation du risque, plus celui-ci aurait un intérêt légitime à ce que la clause ne lui soit pas opposable³⁹⁶. Le caractère abusif d'une clause de transfert de risques dépend donc de l'origine du risque qu'elle vise. Une clause transférant le dommage résultant d'une transaction non autorisée au client alors qu'il relève du hasard ou uniquement du comportement de la banque paraît abusive au sens de l'art. 8 LCD³⁹⁷. Dès lors, afin d'estimer à quel point une clause de transfert de risques affecte la situation juridique du client et peut s'avérer contraire à la bonne foi, il est nécessaire d'examiner quelle partie avait le

³⁸⁹ *Ibid.*, c. 4.4.

³⁹⁰ KOLLER, p. 32.

³⁹¹ *Zürich Handelsgericht* HG150071 du 25 novembre 2016, c. 2.3.2.

³⁹² Le Tribunal ne s'est néanmoins pas prononcé sur l'application de la notion de consommateur au sens large ou au sens étroit (par rapport à l'exigence d'une prestation de consommation courante).

³⁹³ *Zürich Handelsgericht* HG150071 du 25 novembre 2016, c. 3.2 : « Entscheidend ist allerdings vielmehr, inwiefern sich die effektiv vom Kläger verfassten E-Mails von den von Dritten verfassten E-Mails unterschieden haben. »

³⁹⁴ TF 4A_81/2018 du 29 mai 2018, c. 6.4, 6.5 et 7.4.

³⁹⁵ WIDMER, p. 200.

³⁹⁶ Ce raisonnement prévaut en Allemagne, *cf. supra* point 2.2.2.3.

³⁹⁷ WIDMER, p. 204-205 ; KOLLER, p. 54.

plus d'influence sur la réalisation du risque³⁹⁸. S'il appartient au client d'adopter un certain comportement pour éviter la survenance d'une transaction non autorisée et que la banque n'a que peu ou pas d'influence à cet égard, il ne paraît pas exagéré de faire supporter ce risque au client.

5.5 Les clauses de transfert de risques dans l'Union européenne

5.5.1 La directive PSD2

Dans le domaine du trafic des paiements, les art. 73 et 74 de la Directive européenne PSD2 (PSD2)³⁹⁹ règlent la répartition des risques entre le client, la banque et le prestataire tiers qui a initié le paiement⁴⁰⁰.

Selon l'art. 73 al. 2 PSD2, en cas de paiement non autorisé, le client a une prétention en remboursement immédiat auprès de la banque⁴⁰¹. La banque, quant à elle dispose d'une prétention en dommages-intérêts contre le client⁴⁰². L'art. 74 al. 1 PSD2 prévoit que le client supporte entièrement le dommage résultant du paiement non autorisé s'il a agi frauduleusement ou violé intentionnellement ou par une négligence grave les obligations de diligence que lui impose l'art. 69 PSD2, c'est-à-dire les obligations de diligence imposées par sa banque. Il ne le supporte que jusqu'à hauteur de 50 euros en cas de faute légère de sa part (art. 74 al. 1 PSD2) et la banque ne dispose pas d'action en dommages-intérêts à son encontre lorsqu'il n'a commis aucune faute (art. 74 al. 1 let. a PSD2)⁴⁰³. Finalement, lorsque la banque n'exige pas une authentification forte du client⁴⁰⁴, celle-ci supporte entièrement le dommage résultant d'une transaction non autorisée, sauf en cas de dol du client (art. 74 al.2 PSD2).

5.5.2 Les clauses de transfert de risques de banques européennes

En Allemagne, la plupart des banques utilisent pour leurs conditions générales le modèle mis à disposition par le *Bankenverband*⁴⁰⁵. La Deutsche Bank et la Commerzbank notamment, utilisent l'art. 3 de ce modèle, sans modification, définissant la responsabilité de la banque et la faute concomitante du client : *«Die Bank haftet bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen für jedes Verschulden ihrer Mitarbeiter und der Personen, die sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen hinzuzieht. Soweit die Sonderbedingungen für einzelne Geschäftsbeziehungen oder sonstige Vereinbarungen etwas Abweichendes regeln, gehen diese Regelungen vor. Hat der Kunde durch ein schuldhaftes Verhalten (zum Beispiel durch Verletzung der in Nr.11 dieser*

³⁹⁸ TF 4C.158/2006 du 10 novembre 2006, c. 2.3.

³⁹⁹ Directive (UE) 2015/2366 (*Payment Services Directive 2*).

⁴⁰⁰ Dans le cadre de ce travail, nous nous intéresserons uniquement à la relation entre la banque et le client. Nous n'examinerons pas les conditions dans lesquelles la banque a un droit de recours contre le prestataire de services d'initiation de paiement.

⁴⁰¹ Art. 73 al. 2 PSD2 : « Lorsque l'opération de paiement est initiée par l'intermédiaire d'un prestataire de services d'initiation de paiement, le prestataire de services de paiement gestionnaire du compte rembourse immédiatement, et en tout état de cause au plus tard à la fin du premier jour ouvrable suivant, le montant de l'opération de paiement non autorisée et, le cas échéant, rétablit le compte de paiement débité dans l'état où il se serait trouvé si l'opération de paiement non autorisée n'avait pas eu lieu. »

⁴⁰² EMMENEGGER, p. 106.

⁴⁰³ Pour ces dispositions, nous nous basons sur la compréhension d'EMMENEGGER, p. 106 et 107.

⁴⁰⁴ Pour cette notion, cf. art. 4 ch. 30 PSD2 : « «authentification forte du client», une authentification reposant sur l'utilisation de deux éléments ou plus appartenant aux catégories «connaissance» (quelque chose que seul l'utilisateur connaît), «possession» (quelque chose que seul l'utilisateur possède) et «inhérence» (quelque chose que l'utilisateur est) et indépendants en ce sens que la compromission de l'un ne remet pas en question la fiabilité des autres, et qui est conçue de manière à protéger la confidentialité des données d'authentification ».

⁴⁰⁵ *Allgemeine Geschäftsbedingungen der Privatbanken, Grundregeln für die Beziehung zwischen Kunde und Bank*, version juillet 2018, « https://bankenverband.de/media/40000_0718_muster.pdf ».

Geschäftsbedingungen aufgeführten Mitwirkungspflichten) zu der Entstehung eines Schadens beigetragen, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Mitverschuldens, in welchem Umfang Bank und Kunde den Schaden zu tragen haben.»

Nous constatons qu'une telle réglementation semble plus favorable au client que celle utilisée par les banques suisses. En effet, elle aboutit plus ou moins au même résultat que le droit dispositif. Même si en Allemagne, les clauses de transfert de risques – du moins lorsqu'elles ne concernent pas la livraison d'une chose – ne sont énumérées ni dans la liste grise de l'art. 308 BGB, ni dans la liste noire de l'art. 309 BGB, leur contenu peut faire l'objet d'un contrôle en vertu de la norme générale de l'art. 307 BGB. Toutefois, la plupart des établissements se conforment aux modèles *AGB-Banken* ou *AGB-Sparkassen* du *Bankenverband* qui ne divergent pas ou légèrement du droit dispositif, laissant peu de place pour une clause insolite.

En France, dans les contrats de consommation, l'art. R132-1 ch. 6 du Code de la consommation⁴⁰⁶ tient pour nulles « les clauses ayant pour but de supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations. »

Les banques françaises prévoient également une réglementation des risques en cas de paiement non autorisé plutôt favorable au client. Prenons à titre d'exemple l'art 7.2.3.1 des conditions générales de BNP Paribas, qui semble correspondre à la réglementation de la Directive PSD2 :

« • En cas de paiement non autorisé

> Lorsque l'opération de paiement n'a pas été autorisée :

– le Client est remboursé immédiatement et, au plus tard, le premier jour ouvrable suivant la réception de la contestation de cette opération, du montant de celui-ci.

– toutefois, conformément aux dispositions légales, la Banque ne procédera pas au remboursement dans le délai susvisé s'il a de bonnes raisons de soupçonner une fraude de la part du Client. Dans ce cas, la Banque en informe la Banque de France.

Dans le cas d'une opération non autorisée, la Banque pourra contrepasser le montant du remboursement effectué à tort, en informant le Client, dans l'hypothèse où elle serait à même, soit d'établir que l'opération en cause a bien été autorisée ou soit de fournir les éléments prouvant la fraude ou la négligence grave commise par le Client. »

Au vu de ce qui précède, force est de constater que le client d'une banque bénéficie d'une protection nettement plus étendue face aux transactions non autorisées chez nos voisins européens, en particuliers allemands et français.

6 Conclusion

Les tribunaux suisses disposent de moyens – bien que modestes par rapport à l'UE – permettant de modérer l'intégration et le contenu des conditions générales. En matière bancaire, au regard de la jurisprudence, respectivement l'absence de jurisprudence, nous relevons toutefois que ces mécanismes ne procurent pas toujours une protection satisfaisante au client. Celui-ci n'a souvent aucun pouvoir de négociation et la plupart des banques utilisent des réglementations similaires.

Au niveau de l'intégration des conditions générales, la règle de l'insolite n'a pratiquement pas de portée en droit bancaire. Les seules clauses possiblement inhabituelles (la renonciation au

⁴⁰⁶ Art. R132-1 ch. 6 Code de la consommation (France), version consolidée au 26 avril 2019.

secret bancaire et au for du domicile) sont souvent mises en évidence et sont dès lors valablement intégrées au contrat.

S'agissant du contrôle du contenu des conditions générales bancaires, nous remarquons que l'art. 8 LCD, suscite de grands débats doctrinaux, mais surtout une insécurité juridique quant à son champ d'application. S'il vient un jour à être appliqué, certaines clauses, en particulier celles qui transfèrent des risques au client sur lesquels il n'a aucune emprise, pourraient s'avérer abusives. Bien que le Tribunal fédéral reste plutôt réservé au sujet de l'art. 8 LCD⁴⁰⁷, l'analyse de notre sélection de clauses révèle parfois une volonté du juge d'interférer lorsque l'invocation d'une clause apparaît choquante. Il apprécie la situation directement sous l'angle de l'abus de droit pour les clauses entraînant une fiction et empêche la banque de transférer des risques inéquitablement en étendant doublement⁴⁰⁸ le champ d'application de l'art. 100 CO. Nous déduisons de l'appréciation du juge en équité une certaine constance. Il pèse les intérêts des parties⁴⁰⁹ (de se prévaloir, respectivement de se protéger de la clause). En examinant les circonstances du cas particulier, il semble apporter une attention particulière non seulement aux intérêts mais aussi au comportement⁴¹⁰ des parties. À l'issue de cet examen le juge décide s'il est juste d'opposer la clause problématique au client. Nous avons notamment vu qu'il est injuste d'opposer une clause de réclamation au client quand la banque s'en prévaut pour lui nuire intentionnellement⁴¹¹. C'est également en analysant le comportement du client que l'Ombudsman arrive à la conclusion qu'il n'est pas injuste que celui-ci supporte le risque d'une utilisation non autorisée de sa carte de crédit déposée dans un bar⁴¹². La doctrine considère par ailleurs excessif pour sa propre personnalité qu'un client renonce d'une manière générale au secret bancaire. En matière de clauses d'élection de for, nous rappelons qu'un client frontalier doit assumer le risque d'un procès en Suisse⁴¹³. Malgré lesdites clauses, les banques suisses ne sont pas pour autant à l'abri d'un procès à l'étranger lorsqu'elles organisent leurs affaires pour traiter avec des clients domiciliés dans cet État.

Enfin, en ce qui concerne les clauses de transfert de risques, particulièrement en matière d'*e-banking*, certains auteurs font part d'une volonté de répartition des risques équitable, selon le principe que la partie qui est la mieux placée pour en empêcher la réalisation doit les supporter⁴¹⁴.

Les banques continuent à disposer d'une importante liberté quant au contenu de leurs conditions générales, nonobstant l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD. Le présent mémoire a permis de relever que quoique rédigées dans un *eldorado*⁴¹⁵, les conditions générales des banques suisses peuvent être remises en question. Encore faut-il oser les remettre en question.

⁴⁰⁷ FORNAGE, N. 62.

⁴⁰⁸ RUSCH, p. 440 : l'auteur parle d'une double application par analogie de l'art 100 CO en matière bancaire, plus précisément aux clauses de transfert de risques (« *doppelt analoge Rechtsanwendung* »).

⁴⁰⁹ ATF 112 II 450, c. 3a.

⁴¹⁰ Notamment le fait qu'une cliente ne consulte pas son courrier en banque restante pendant quatre ans : cf. TF 4A_119/2018 du 7 janvier 2019, c. 6.1.3. ; voir également le fait qu'une banque ne procède pas à des vérifications approfondies de la légitimation en cas de d'indices sérieux de falsification : cf. TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016, c. 2.4.2.

⁴¹¹ TF 4C.81/2002 du 1^{er} juillet 2002.

⁴¹² Ombudsman des banques suisses, rapport annuel 2015, recueil de cas, N 2015/14.

⁴¹³ ATF 142 III 170, c. 3.4.

⁴¹⁴ Voir l'argument invoqué in TF 4C.158/2006 du 10 novembre 2006, c. 2.3 ; REHMANN, p. 138 ; WEBER, p. 63 ; WIEGAND, *Die Geschäftsverbindung im E-Banking*, p. 142.

⁴¹⁵ Expression empruntée à GAUCH, p. 85.

Table des abréviations et des locutions latines

ACJC	Arrêt de la Cour de justice Chambre civile (Genève)
<i>ad hoc</i>	pour cela
<i>ad</i>	à
AGB	<i>Allgemeine Geschäftsbedingungen</i> (conditions générales)
AJP	<i>Aktuelle juristische Praxis</i> (pratique juridique actuelle), Zurich/Saint-Gall
al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
AVB	<i>Allgemeine Vertragsbedingungen</i> (conditions générales)
BankG	<i>Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz)</i> (Loi sur les banques, LB)
BCGE	Banque cantonale genevoise
BCV	Banque cantonale vaudoise
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Allemagne) du 18 août 1896
BGBL	<i>Bundesgesetzblatt</i> (feuille fédérale, Allemagne)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Allemagne)
BGHZ	<i>Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i> (Allemagne)
BK	<i>Berner Kommentar</i> (commentaire bernois)
BO	Bulletin officiel
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (commentaire bâlois)
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDBF	Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève
CE	Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
<i>cf.</i>	<i>confer</i> (comparer)
CG	conditions générales
ch.	chiffre
cit.	cité
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CL	Convention de Lugano conclue à Lugano le 30 octobre 2007 (RS 0.275.12)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations) (RS 220)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
DAE	Direction des Affaires européennes
digma	<i>Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit</i> , Zurich
Directive 2011/83/UE	Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO n° L 304 du 22 novembre 2011, p. 64
Directive 93/13/CEE	Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO n° L 95/29 du 21 avril 1993, p. 29

ECS	L'Expert-comptable suisse
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	<i>et caetera</i> (et autres)
FF	Feuille fédérale
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht/ Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
HG	<i>Handelsgericht</i> (Tribunal de commerce, Zurich)
<i>ibidem</i>	même endroit
<i>in casu</i>	en l'espèce
<i>in fine</i>	à la fin
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
JO	Journal officiel des communautés de l'Union européenne
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques) (RS 952.0)
LCC	Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001 (RS 221.214.1)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
MünchKomm	<i>Münchener Kommentar</i> (Commentaire munichois)
N	numéro(s)
NIP	numéro d'identification personnel
OBA-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 3 juin 2015 (RS 955.033.0)
OIP	Ordonnance sur l'indication des prix du 11 décembre 1978 (RS 942.211)
OR	<i>Obligationenrecht</i> (Code des obligations, CO)
p.	page(s)
par.	paragraphe
PIN	<i>personal identification number</i> (numéro d'identification personnel)
PSD2	Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) no 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO n° L 337/35 du 23 décembre 2015, p. 35 - <i>Payment Services Directive 2</i>
RDS	Revue de droit suisse, Bâle
REAS	Responsabilité et Assurances, Zurich
Rome I	Règlement (CE) no593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, Zurich
s.	et suivant(e)
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SHK	<i>Stämpfli Handkommentar</i> (Commentaire de poche Stämpfli)

SJ	Semaine judiciaire, Genève
SJZ	<i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i> (Revue suisse de jurisprudence), Zurich
ss	et suivant(e)s
ST	<i>Der Schweizer Treuhänder</i> , Zurich
<i>supra</i>	ci-dessus
SZW	<i>Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht</i> (Revue suisse de droit des affaires et du marché financier), Zurich
TF	Tribunal fédéral suisse
Tit. fin. CC	Titre final du Code civil
UE	Union européenne
UWG	<i>Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i> (Loi fédérale contre la concurrence déloyale, LCD)
ZKB	<i>Zürcher Kantonalbank</i> (Banque cantonale zurichoise)

Bibliographie

ABEGGLEN Sandro/COENDET Thomas/GROSS Dominique, *Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich: Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuem Art. 8 UWG*, in : EMMENEGGER Susan (édit.), *Schweizerische Bankrechtstagung 2013: Das Bankkonto Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz*, Bâle 2013.

BAHAR Rashid, *Conditions générales: a time for a change*, in : THEVENOZ Luc/BOVET Christian (édit.), *Journée 2011 de droit bancaire et financier*, Schulthess Éditions romandes Zurich/Bâle/Genève 2008.

BAUEN Marc/ROUILLER Nicolas, *Opérations bancaires et contrats – Financement – Gestion de patrimoine et conseil – Secret bancaire – Responsabilités*, Schulthess Éditions romandes Zurich/Bâle/Genève 2011 (cit. BAUEN/ROUILLER, *Opérations bancaires*).

BAUEN Marc/ROUILLER Nicolas, *Schweizer Bankkundengeschäft: Einführung für Bankkunden und ihre Berater: Bankkonto - Bankverträge - Bankgeheimnis - Private Banking - E-Banking*, Schulthess Zurich/Bâle/Genève 2010 (cit. BAUEN/ROUILLER, *Schweizer Bankkundengeschäft*).

BILLOTTE-TONGUE Imogen, *Aspects juridiques du virement bancaire: Implications des développements informatiques*, in : ZOBL Dieter/GIOVANOLI Mario/HERTIG Gérard (édit.), *Études suisses de droit bancaire*, thèse Genève, Schulthess Zurich 1992.

BONOMI Andrea, in : BUCHER Andreas (édit.), *Commentaire romand: Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2011, art. 114 LDIP et 15 CL (cit. BONOMI, *CR LDIP-CL*).

BRACHER Nicolas, *Legitimationsprüfung und Risikotransfer bei E-Mail-Zahlungsaufträgen*, SZW 2018 p. 156.

CASSANI Ursula/VILLARD Katia, *Andere Rechtsgebiet / La responsabilité pénale pour l'infraction commise dans le cadre d'activités outsourcées*, in : JOSITSCH Daniel/SCHWARZENEGGER Christian/WOHLERS Wolfgang (édit.), *Festschrift für Andreas Donatsch*, Schulthess Zurich 2017.

CLAUSSEN Carsten Peter, *Bank- und Börsenrecht: Für Studium und Praxis*, 3^e éd., C. H. Beck Munich 2003.

EMCH Urs/RENTZ Hugo/ARPAGAU Reto, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 7^e éd., Schulthess Zurich/Bâle/Genève 2011.

EMMENEGGER Susan, *Unautorisierte Transaktionen im Zusammenhang mit Dritten Zahlungsdienstleistern*, in : EMMENEGGER Susan (édit.), *Zahlungsverkehr*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2018.

EMMENEGGER Susan/DÖBELI Thirza, *Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?*, SZW 2018 p. 639.

FISCHER Philipp, *Transactions non autorisées: Effet de la clause de banque restante*, publié le 3 octobre 2017 par le Centre de droit bancaire et financier, « <https://www.cdbf.ch/984/> » (consulté le 29 avril 2019) (cit. FISCHER, *Transactions non autorisées*).

FONTANA Katharina, *Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung*, SJZ 115/2019 p. 155.

FORNAGE Anne-Christine, *Le contrat d'assurance protection juridique : quelques clauses choisies*, in : CARRON Blaise/MÜLLER Christoph (édit.), *2^e journée des droits de la consommation et de la distribution : Assurance de protection juridique - Clauses contractuelles abusives - Nouveautés législatives et jurisprudentielle*, Helbing Lichtenhahn Neuchâtel 2016.

GAUCH Peter, *Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB*, recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis p. 77.

GIGER Hans, *Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in : GIGER Hans/SCHLUEP (édit.), *Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich 1983.

GOBET Marie-Noëlle, *L'article 8 LCD et les clauses insolites*, ECS 8/13 p. 539.

GUGGENHEIM Daniel A./GUGGENHEIM Anath, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 5^e éd., Stämpfli Éditions Berne 2014.

GUTZWILLER P. Christoph, *Die Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide der Bank*, SJZ 98/2002 p. 117.

HALDY Jacques, in :BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis (édit.), *Commentaire romand : Code de procédure civile*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2018, art. 32 CPC (cit. HALDY, *CR CPC*).

HEISS Helmut, in : HEIZMANN Reto/LOACKER Leander D. (édit.), *UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Dike Zurich/Saint-Gall 2018, art. 8 LCD (cité HEISS, *UWG Kommentar*).

HIRSCH Célian, *Responsabilité de la banque : Devoir de diligence : une nouvelle obligation à la charge du client*, publié le 11 mars 2019 par le Centre de droit bancaire et financier, « <https://www.cdbf.ch/1051/> » (consulté le 29 avril 2019) (cit. HIRSCH, *nouvelle obligation à la charge du client*).

HIRSCH Célian, *Responsabilité de la banque : la validité des fictions de réception et de ratification*, publié le 18 octobre 2018 par le Centre de droit bancaire et financier, « <https://www.cdbf.ch/1028/> » (consulté le 29 avril 2019) (cit. HIRSCH, *validité des fictions de réception et de ratification*).

HOHL Fabienne, in : THEVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand : Code des obligations I : art. 1-529*, 2e éd., Bâle 2012, art. 77 CO (cit. HOHL, *CR CO I*).

KOLLER Thomas, *Art 8 UWG: Eine Auslegeordnung*, in : EMMENEGGER Susan (édit.), *Schweizerische Bankrechtstagung 2013: Das Bankkonto Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz*, Bâle 2013.

KUONEN Nicolas, *Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du phénix*, SJ 2014 II p. 1.

LAPORTE Claude, *Transactions effectuées par une banque sans l'accord de son client : arrêt du 28 septembre 2005*, publié le 07 novembre 2005 par le Centre de droit bancaire et financier, « https://www.cdbf.ch/390 » (consulté le 29 avril 2019) (cit. LAPORTE, *arrêt du 28 septembre 2005*).

LOMBARDINI Carlo, *Droit bancaire suisse*, 2^e éd., Schulthess Éditions romandes Zurich/Bâle/Genève 2008 (cit. LOMBARDINI, *Droit bancaire*).

LOMBARDINI Carlo, *Droit et pratique de la gestion de fortune*, 3^e éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2003 (cit. LOMBARDINI, *Gestion de fortune*).

MARCHAND Sylvain, *Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries*, REAS 2011 p. 328.

MARGIOTTA Adriano, *Das Bankgeheimnis: Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses*, Schulthess Zurich/Bâle/Genève 2002.

MEIER Philippe/ DE LUZE Estelle, *Droit des personnes : Articles 11-89a CC*, Schulthess Éditions romandes Genève/Zurich/Bâle/ 2014.

MEREGALLI DO DUC Samantha, *Le client d'une banque est-il un consommateur?*, publié le 29 mars 2006 par le Centre de droit bancaire et financier, « <https://www.cdbf.ch/424/> » (consulté le 29 avril 2019) (cit. MEREGALLI DO DUC, *Le client d'une banque*).

MEREGALLI DO DUC Samantha, *Validité de la prorogation de for face au consommateur*, publié le 24 mai 2007 par le Centre de droit bancaire et financier, « https://www.cdbf.ch/520 » (consulté le 29 avril 2019) (cit. MEREGALLI DO DUC, *Validité de la prorogation de for*).

MORIN Ariane, in : THEVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand : Code des obligations I : art. 1-529*, 2e éd., Bâle 2012, art. 1 CO (cit. MORIN, *CR CO I*).

MORIN Ariane, *Les clauses contractuelles non négociées*, RDS 2009 I p.497 (cit. MORIN, *clauses contractuelles*).

MÜLLER Christoph, in : AEBI-MÜLLER Regina E./MÜLLER Christoph (édit.), *Berner Kommentar Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Stämpfli Berne 2018, art. 1 CO (cit. MÜLLER, *BK OR 1-18*).

MÜLLER Sebastian, *Wahrung berechtigter Interessen in Banken-AGB*, AJP 2015 p. 1538.

PICHONNAZ Pascal, in : MARTENET Vincent/PICHONNAZ Pascal (édit.), *Commentaire romand : Loi contre la concurrence déloyale*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2017, art. 8 LCD (cit. PICHONNAZ, *CR LCD*).

PICHONNAZ Pascal, *Quelques nouveautés liés aux contrats de consommation*, in : PICHONNAZ Pascal/WERRO Franz, *La pratique contractuelle 4 : Symposium en droit des contrats*, Schulthess Éditions romandes Zurich/Bâle 2015 (cit. PICHONNAZ, *Pratique contractuelle*).

POLTIER Etienne, *Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours*, Jusletter 18 mai 2015.

PROBST Thomas, in : JUNG Peter/SPITZ Philippe (édit.), *Stämpfli Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 2^e éd., Stämpfli Bâle 2016, art. 8 LCD (cit. PROBST, *SHK UWG*).

REHMANN Meret, *Grenzen vertraglicher Haftungsbeschränkungen*, SJZ 113/2017 p. 129.

RUSCH Arnold F., *Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle*, SZW 2012 p. 439.

RUSCH Arnold F./MAISSEN Eva, *Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_369/2015 vom 25. April 2016, A. Ltd. gegen Banque B., Auftrag und Informationspflichten*, AJP 2016 p. 1395.

SCHALLER Jean-Marc, *Legitimationsmängel*, in : EMMENEGGER Susan (édit.), *Schweizerische Bankrechtstagung 2017: Bankvertragsrecht*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2017.

SCHOTT Ansgar, *Missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen - zur Inhaltskontrolle*, ST 2/12 p. 78.

SIBBERN Eric/VON DER KRONE Hans Caspar, *Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.194/2005 vom 28. September 2005 i.S. Bank X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen A. (Kläger und Berufungsbeklagter)*, SZW 2006 p. 70.

STADLER Astrid, in : STÜRNER Rolf (édit.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB Kommentar*, 17^e éd., C. H. Beck Munich 2018, art. 305 et 307 BGB (cit. STADLER, *Jauernig BGB*).

STRATENWERTH Günter, in : WATTER Rolf/VOGT Nedim Peter/BAUER Thomas/WINZELER Christoph (édit.), *Basler Kommentar: Bankengesetz*, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2013 (cit. STRATENWERTH, *BSK BankG*).

TERCIER Pierre/ROTEN Christian, *La recherche et la rédaction juridique*, 7^e édition, Schulthess Éditions romandes Genève/Zurich/Bâle 2016.

THEVENOZ Luc, in : THEVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand : Code des obligations I : art. 1-529*, 2^e éd., Bâle 2012, art. 100 et 101 CO (cit. THEVENOZ, *CR CO I*).

THOUVENIN Florent, in : HILTY Reto M./ARPAGAU Reto (édit.), *Basler Kommentar: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2013, art. 8 LCD (cit. THOUVENIN, *BSK UWG*).

WEBER Rolf H., in : WEBER Rolf H (édit), *Berner Kommentar Art. 97-109. Allgemeine Bestimmungen. Die Folgen der Nichterfüllung*, Stämpfli Berne 2000, art. 100 et 101 CO (cit. WEBER, *BK OR 97-109*).

WERRO Franz, in : THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand : Code des obligations I : art. 1-529*, 2^e éd., Bâle 2012, art. 398 CO (cit. WERRO, *CR CO I*).

WHERLOCK Alexander/VON DER CRONE Hans Caspar, *Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte*, SZW 2016 p. 96.

WIDMER Esther, *Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG: Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken*, 1^e éd., Dike Zurich/Saint-Gall 2015.

WIEGAND Wolfgang, *Die Geschäftsverbindung im E-Banking*, in : WIEGAND Wolfgang (édit), *E-Banking: Rechtliche Grundlagen*, Stämpfli Berne 2002 (cit. WIEGAND, *Die Geschäftsverbindung im E-Banking*).

WIEGAND Wolfgang, in : HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEDGAND Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar: Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR*, 6^e éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2015, art. 100 et 101 CO. (cit. WIEGAND, *BSK OR I*).

WIEGAND Wolfgang/MARTI Mario, *Die E-Banking-Vereinbarung – Rechtliche Einordnung und Wirkung*, in: WIEGAND Wolfgang (édit.), *E-Banking: Rechtliche Grundlagen*, Stämpfli Berne 2002.

WOHLERS Wolfgang, *Outsourcing durch Berufsgeheimnisträger*, digma 2016 p. 114.

WURMNEST Wolfgang, in : KRÜGER Wolfgang (édit.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8e éd., C. H. Beck Munich 2019, art. 308 BGB (cit. WURMNEST, *MünchKomm BGB*).

ZELLWEGER-GUTKNECHT Corinne, *Finanzmarktprivatrecht - Rechtsprechungschronik 2009/2010 (Teil 1)*, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2011, p. 82 (cit. ZELLWEGER-GUTKNECHT, *Rechtsprechungschronik*).

ZELLWEGER-GUTKNECHT Corinne/BUCHER Eugen, in : HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar: Obligationenrecht I*, 6^e éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2015, art. 1 CO et 6 CO (cit. ZELLWEGER-GUTKNECHT/ BUCHER, *BSK OR I*).