

# Journée 2011 de droit bancaire et financier

Michael Ambühl

Rashid Bahar

Alexandre Col

Bénédict Foëx

Carlo Lombardini

Yvar Mentha

Luc Thévenoz

Jean-Baptiste Zufferey

Sous la direction de

**Luc Thévenoz et Christian Bovet**

# CONDITIONS GÉNÉRALES : A TIME FOR CHANGE

Rashid Bahar \*

---

## I. Introduction

Les conditions générales sont un élément central de la relation contractuelle entre la banque et son client. Elles fixent le cadre dans lequel les prestations de services de la banque évoluent, informent le client des risques encourus et répartissent la responsabilité entre les parties. Néanmoins, ces instruments fondamentaux de la pratique bancaire ont une mauvaise presse et sont confrontés à de nouveaux défis, de sources jurisprudentielles et législatives, sur le plan national et international. Dans le cadre de cette contribution, nous resituerons les conditions générales des banques dans leur contexte en soulignant leur fonction et les problèmes qu'elles posent. Il s'agira ainsi non seulement de prendre en compte cette problématique dans l'optique du droit privé, mais aussi de réfléchir au rôle de la réglementation dans ce domaine. Enfin, une fois cette analyse complétée, nous esquisserons quelques pistes de solutions afin de répondre à ces changements.

## II. Fonction des conditions générales

### A. *L'absence de négociation comme source du problème?*

D'ordinaire, les juristes regardent les conditions générales, et celles des banques en particulier, avec méfiance. Prenant à contre-courant la doctrine majoritaire, nous nous proposons dans un premier temps de souligner l'avantage de ces instruments : en réalité, le recours à des clauses standardisées et formulées à l'avance n'est que le reflet de la standardisation de l'activité bancaire. Les services bancaires ne sont depuis longtemps plus une affaire de personnes, mais bien plus des prestations standardisées

---

\* Professeur associé à l'Université de Genève, associé de l'étude Bär & Karrer AG.

et informatisées<sup>1</sup>. Dans cette optique, le recours à des conditions générales n'est qu'une conséquence de l'industrialisation de la prestation de services<sup>2</sup>.

Certes, la relation avec le client reste une affaire de personnes. En revanche, derrière cette interface humaine, la prestation de services est largement standardisée autour de paramètres prédéterminés. Peu de personnes sont disposées à s'offrir le luxe d'un service complètement sur-mesure en matière bancaire. Que ce soit le trafic des paiements ou le négoce de valeurs mobilières, des processus normés et informatisés sont au cœur de l'activité bancaire. Par ailleurs, le rôle croissant du contrôle interne suppose une certaine normalisation de l'activité afin de permettre de définir la manière dont les activités doivent être menées au sein d'un établissement, ce qui à son tour limite les possibilités d'offrir une prestation sur-mesure à un prix acceptable.

Cette approche uniformisée implique une offre de services et, par conséquent, une documentation contractuelle normalisée<sup>3</sup>. C'est d'ailleurs dans cette optique également qu'une clause d'élection de droit et de for se comprend le mieux : afin de garantir une certaine unité d'application, il s'agit de s'assurer que l'entier des relations juridiques soit soumis à un seul droit matériel et aux mêmes tribunaux.

Ce phénomène touche non seulement la banque de détail, où des économies d'échelle peuvent être réalisées en industrialisant l'offre de services, mais aussi le *wealth management* et le *private banking* : s'assurer de la *best execution* d'un ordre de bourse implique de comparer l'état de plusieurs marchés en termes non seulement de prix, mais aussi de liquidité et de rapidité d'exécution<sup>4</sup>. Cet exercice suppose de mener une réflexion qui n'est guère réalisable à l'échelle d'un client unique et de mettre en œuvre une politique juridique unifiée sur le sujet. Il est donc impossible de négocier cette question avec chaque client. Au contraire, une solution uniforme s'impose afin de permettre des économies d'échelle.

---

1 Voir, p. ex. S. EMMENEGGER, La responsabilité pour l'information, 80.

2 Voir, de façon générale, P. WESSNER, 164-165 ; V. AEPLI, 85 ; A. MORIN, 502 ; I. SCHWENZER, N 44.02 ; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 286 ; UWG-PROBST, ad art. 8, N 2.

3 S. EMMENEGGER, La responsabilité pour l'information, 80 ; I. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil, N 44.02.

4 Voir art. 11 al. 1 let. b LBVM et art. 5 des Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres (2008) de l'ASB.

Toujours dans ce domaine, la surveillance de la bonne exécution des mandats de gestion de fortune implique d'être en mesure de surveiller la compatibilité du portefeuille du client avec son profil de risque<sup>5</sup>, ce qui n'est faisable que moyennant une certaine normalisation de l'activité. Cette standardisation s'inscrit dans un environnement où les établissements sont sous une pression croissante – peu importe que ce soit du fait de la jurisprudence<sup>6</sup>, de la reprise du droit européen<sup>7</sup> ou par anticipation d'une intervention de l'autorité de surveillance<sup>8</sup> – de veiller à ce que les clients ne se voient offrir que des produits appropriés.

Il serait toutefois erroné de penser que le recours aux documents rédigés à l'avance serait réservé aux relations avec les particuliers ou les petites et moyennes entreprises. Même dans l'activité de la banque commerciale, les documents sont normalisés. Afin de gérer un portefeuille conséquent, une banque doit standardiser sa documentation de crédit afin de mettre sur pied un instrumentaire de contrôle des risques adéquat. Il s'ensuit que les contrats de crédit sont uniformisés. Plus encore, les prêts syndiqués suivent depuis longtemps le standard de la Loan Market Association afin de faciliter le transfert de participations<sup>9</sup>. Par ailleurs, cette normalisation est indispensable si la banque entend "titriser" ses risques. Il en va de même dans la banque d'investissement où même les produits les plus exotiques sont basés sur un contrat-cadre type, qui vise à clarifier et préciser

---

5 Voir, p. ex., art. 1 des Directives concernant le mandat de gestion de fortune (2010) de l'ASB.

6 ATF 133 III 97, c. 5.4, 101 ; SJ 2007 I 313, c. 3.3, 315-316. Voir BSK BEHG-BAHAR/STUPP, ad art. 11, N 43 ; I. ROMY/O. BLOCH, 656-662 ; L. THÉVENOZ, *Information*, 41-43 ; S. EMMENEGGER, *Die Informationspflicht*, 645-648.

7 Voir la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil ("MiFID"). Voir aussi, concrétisant ces principes, la directive 2006/73/CE de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive (MiFID niveau 2).

8 Voir FINMA, *Réglementation sur la production et la distribution de produits financiers* ("Document de position FINMA Règles applicables à la distribution"), du 24 février 2012, 12-14.

9 [www.lma.eu.com/landing\\_documents.aspx](http://www.lma.eu.com/landing_documents.aspx).

le contenu des obligations réciproques: les contrats-cadre de l'ISDA<sup>10</sup>, le GMRA<sup>11</sup>, le GMSLA<sup>12</sup> ou le Swiss Master Agreement<sup>13</sup> ne sont que des exemples parmi d'autres d'une documentation hautement standardisée, dont la grande majorité des clauses sont acceptées sans négociation.

### **B. Clarification de la relation juridique**

Au-delà de la normalisation des rapports de droit entre la banque et ses clients, les conditions générales visent également à préciser et clarifier les relations juridiques entre les parties<sup>14</sup>. Le code, cher au civiliste, est d'une densité normative faible et seul un juriste naïf peut prétendre que la loi adoptée par le parlement est sans équivoque. Ce ne sont qu'une poignée d'articles qui règlent des contrats fondamentaux pour la relation bancaire: prêt<sup>15</sup>, dépôt<sup>16</sup> et commission<sup>17</sup>. D'autres types de contrats reposent exclusivement sur un archétype d'une portée bien plus large: le mandat est à la base de nombreux services bancaires pourtant bien différents: contrat de gestion de fortune, contrat de conseil d'investissement (spécifique ou général), contrat de fiducie, pour ne donner que quelques exemples. Ces quelques articles peuvent-ils répondre à toutes les questions? D'ailleurs, d'autres relations sont qualifiées de contrats innommés, à commencer par le contrat de compte courant à la base de la tenue de tout compte. Le Code des obligations n'a alors plus l'ambition d'offrir une réponse autrement qu'en jetant les bases d'un raisonnement par analogie.

Malgré son élégance et sa clarté, le Code des obligations doit être interprété et lu à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence. Or, derrière chaque controverse qui fait gloser les commentateurs et permet aux juristes de s'épanouir se cache une incertitude qui fait trembler les prati-

10 [www.isda.org/publications/isdamasteragrmt.aspx#ma](http://www.isda.org/publications/isdamasteragrmt.aspx#ma).

11 [www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/short-term-markets/Repo-Markets/global/](http://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/short-term-markets/Repo-Markets/global/).

12 [www.isla.co.uk/master-agreements/gms-la](http://www.isla.co.uk/master-agreements/gms-la).

13 [http://shop.sba.ch/1112\\_e.pdf](http://shop.sba.ch/1112_e.pdf).

14 Dans ce sens, I. SCHWENZER, 44.02; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 286 (conditions générales comme outil pour gérer la complexité); UWG-PROBST, ad art. 8, N 2. Expriment un certain doute à ce propos, P. WESSNER, 166.

15 Art. 312 ss CO.

16 Art. 472 ss CO.

17 Art. 425 ss CO.

ciens. Quant au bon père de famille, tout cela le dépasse. De plus, le Code des obligations fait recours – à raison – à des termes juridiquement indéfinis qui invitent le juge à examiner les cas d'espèce à la lumière des circonstances particulières. Cette flexibilité que le législateur a déléguée au juge est également source d'incertitudes pour les parties. Face à ce constat, l'argument de légitimité démocratique ne convainc pas : le droit privé, sauf quelques rares exceptions, n'est pas le fruit d'un débat démocratique, mais bien plus l'œuvre de juristes. Les banques et leurs juristes peuvent contribuer à ce travail qui reste hors de portée de la plupart des consommateurs.

Dans cette optique, les contrats standardisés sont une source bienvenue de sécurité du droit. Ces législateurs innommés, pour reprendre la formule de Luc Thévenoz<sup>18</sup>, viennent prendre le relais là où le législateur s'est arrêté. Leur travail bénéficie aux deux parties : ils précisent l'étendue des droits et obligations réciproques et permettent aux parties d'éviter un contentieux coûteux.

Ce travail profite, paradoxalement, plus aux consommateurs qu'aux prestataires de services. Premièrement, il est ainsi sans aucun doute plus efficace pour un client d'une banque de lire les conditions générales que d'essayer de se familiariser avec les normes applicables du droit des obligations. Deuxièmement, les consommateurs ont une plus grande aversion aux risques – et donc à l'incertitude juridique – que les banques. Compte tenu de leur situation financière, les enjeux sont plus importants pour eux que pour la banque : par exemple, il importe plus au client de savoir à l'avance s'il doit prendre des précautions contre un abus de pouvoir de représentation ; il y risque toute sa fortune. Pour la banque, si la jurisprudence évolue en sa défaveur, elle perdra peut être dans quelques cas. Puis elle ajustera ses directives et pratiques internes pour réagir à cette évolution. Au demeurant, pour le client, les coûts d'une procédure seront généralement plus conséquents, alors que la banque les mettra en perspective avec la portée du précédent pour ses relations avec ses autres clients. En synthèse, la densité normative accrue et la complexité des conditions générales profite aux parties, banque et client.

---

18 Voir L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques.

### C. Ajuster la répartition des risques et assurer l'information du client

En plus de standardiser et clarifier la relation contractuelle, les conditions générales, comme tout contrat, servent à ajuster les droits et obligations réciproques – la répartition des risques dans une approche économique – au besoin des circonstances particulières de la relation<sup>19</sup>. De nouveau, le recours à un document standardisé reflète l'uniformisation des processus liés à l'exécution du contrat. De même, le fait de déroger au droit dispositif n'est pas problématique en tant que tel : une norme est laissée à la disposition des parties puisque le législateur est conscient que, dans certains cas, la solution par défaut n'est pas optimale et une autre répartition des risques peut lui être préférable.

Au demeurant, il nous paraît exagéré de ne voir dans le choix du législateur qu'un jugement de valeur sur ce que doit être la norme "juste" dans un cas particulier. L'objectif du droit dispositif est de s'appliquer dans de nombreuses situations différentes. Tout au plus, la solution applicable par défaut pourra-t-elle prétendre régler équitablement le sort du cas "typique", autrement dit le cas de figure le plus fréquent, alors que la norme ne sera pas idoine dans les autres cas et peut même parfois aboutir à un résultat inéquitable<sup>20</sup>. De même, la norme dispositive est le reflet de l'état de fait et de la conception de la justice qui prévalaient lors de la promulgation de la loi. Or, elle peut perdre de sa pertinence avec le passage du temps. L'article 394 al. 3 CO, qui pose la présomption de gratuité du mandat, constitue dans ce contexte l'exemple par excellence : il fut un temps où les mandataires rendaient un service gratuit à leurs clients qui étaient alors leurs obligés. Ce modèle clientéliste est désormais dépassé dans l'industrie de services tout comme dans les professions libérales.

En plus d'ajuster la répartition des risques, les conditions générales servent aussi à documenter le consentement du client à certains actes et permettre au banquier de prendre certaines mesures qui ne lui seraient pas

<sup>19</sup> Voir UWG-PROBST, ad art. 8, 2 ; I. SCHWENZER, N 44.02.

<sup>20</sup> Au demeurant, certains analystes économiques du droit préconisent une autre approche pour le droit dispositif : la norme par défaut doit être formulée afin de forcer les parties à adopter la convention qui leur convient le mieux, le cas échéant en évitant l'application du droit dispositif dans la majorité des cas. Le principe d'interprétation *contra stipulatorem* peut être compris dans cette optique : il vise à inciter le rédacteur du contrat à formuler sa clause dans un langage clair et compréhensible. C'est pourquoi la solution "juste" serait que ce principe ne soit jamais appliqué.

permises sans l'accord du client : il en va ainsi particulièrement en matière de limitation du secret bancaire et de la protection des données. Dans les deux cas, le consentement du client est la voie royale pour s'assurer du respect de tout acte portant potentiellement atteinte à l'une ou l'autre de ces normes<sup>21</sup>, même si d'autres exceptions sont envisageables<sup>22</sup>. Par ailleurs, les conditions générales sont souvent utilisées comme moyen d'informer le client de risques particuliers, l'idée étant que le client informé qui n'objecte pas y consent : il en va ainsi en matière de conflit d'intérêts, où le simple fait d'annoncer l'existence d'un conflit est, souvent, suffisant pour désamorcer la problématique<sup>23</sup>.

### III. Risques des conditions générales

#### A. Source du problème : absence de négociation entre parties égales ?

Si les avantages en termes de standardisation et de clarification sont largement reconnus, le transfert des risques par les conditions générales est suspect aux yeux de la doctrine : les conditions générales dérogent à la solution du droit dispositif issue d'une procédure législative démocratique<sup>24</sup>. Contrairement au contrat idéalisé du droit privé, elles ne sont pas le fruit d'une négociation entre deux parties de force égale.

Les conditions générales sont, au contraire, rédigées à l'avance par la banque. Le contrat est alors à prendre ou à laisser et le client a le choix entre adhérer à ce contrat ou renoncer aux services de la banque<sup>25</sup>. Dans le

21 Voir la circulaire FINMA 08/7 *Outsourcing – banques*, ch. 38-39. Voir aussi C. LOMBARDINI, XXXIV, N 9-12 ; S. EMMENEGGER/A. ZBINDEN, 230 ss ; A. MARGIOTTA, 100 ; A. ALTHAUS, 197, doutant de la validité d'une telle renonciation. Voir, s'agissant de la loi sur la protection des données, l'art. 13 al. 1 LPD et, s'agissant de transferts de données transfrontières, l'art. 6 al. 2 let. b LPD, qui se limite au consentement pour un cas particulier.

22 Voir, s'agissant de la loi sur la protection des données, l'art. 13 al. 1 et 2 LPD et, s'agissant de transferts de données transfrontières, l'art. 6 al. 1 et 2. Voir, couvrant la problématique de façon plus générale, S. EMMENEGGER/A. ZBINDEN.

23 Voir R. BAHAR/L. THÉVENOZ, 18-21 ; BSK BEHG-BAHAR/STUPP, ad art. 11 LBVM, N 88.

24 J. SCHMID, I.

25 BSK-OR I-BUCHER, ad art. 1, N 51 ; P. GAUCH, 87 ; I. SCHWENZER, N 44.03 ; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 286 ; BK-KRAMER, ad art. 19-20 CO, N 30 ; T. KOLLER, Einmal mehr, 948 ; A. MORIN, 505 ; I. SCHWENZER, N 44.03.

domaine bancaire, cette alternative n'en est d'ailleurs pas une : les conditions générales des banques se ressemblent toutes dans une large mesure<sup>26</sup> et, dès lors, le choix se résume à accepter les conditions générales ou renoncer à avoir une relation bancaire, ce qui n'est guère imaginable en pratique<sup>27</sup>. L'équation entre volonté et équité, qui veut que, dans un régime de droit privé fondé sur l'autonomie de la volonté, la solution voulue par les parties est une solution équitable, ne tient plus<sup>28</sup>. L'idéal d'une équité matérielle par une équité procédurale n'est alors pas garanti.

A ce premier déséquilibre s'ajoute un deuxième : la banque est assistée de conseillers juridiques expérimentés et, surtout, elle bénéficie de l'économie d'échelle : elle peut investir dans l'analyse complète des risques juridiques liés à la transaction, sachant que cette dépense sera répartie sur une multitude de relations d'affaires. Le client, le plus souvent, ne dispose pas des connaissances nécessaires afin d'apprécier l'enjeu et, dans son optique, les coûts de transaction liés à une analyse détaillée du contenu des conditions générales dépassent largement les éventuels avantages<sup>29</sup>. Le client court alors le risque que la banque profite de la situation et lui transfère autant que possible les risques du contrat<sup>30</sup>.

## **B. Asymétrie d'information, ignorance rationnelle et biais comportementaux**

### **1. Remarques préliminaires**

En réalité, la source des risques des conditions générales – et partant la justification de leur réglementation – ne provient pas de l'absence de négociation : c'est une erreur de logique que de partir du postulat que ce qui est négocié est juste, pour conclure que la réciproque – ce qui n'est pas négocié

26 P. GAUCH, 77-78 ; A. MORIN, 504 ; I. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil, N 44.03 ; E. BUCHER, 49 ; T. KOLLER, 948 ; UWG-PROBST, ad art. 8, N 3 et 4.

27 T. KOLLER, Einmal mehr, 948 ; UWG-PROBST, ad art. 8, N 3 et 4.

28 Voir P. WESSNER, 168 ; P. TERCIER, 210 ; P. GAUCH, 87 ; P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 378-379 ; A. MORIN, 497 et 505 ; I. WILDHABER, 539.

29 T. KOLLER, 948 ; I. WILDHABER, 540 ; P. C. LEYENS/H.-B. SCHÄFER, 783 ; H. B. SCHÄFER/C. OTT, 513.

30 A. MORIN, 502.

est injuste – est vraie. Une analyse plus approfondie permet en effet de démontrer que, parfois, ce qui n'est pas négocié est aussi juste.

Pour ce faire, nous nous proposons de recourir à l'instrumentaire de l'analyse économique du droit. Nous commencerons notre analyse en considérant la situation en l'absence d'asymétrie d'information, puis nous compliquerons la réflexion en observant l'effet de l'asymétrie d'information. Enfin, nous considérerons les différentes sources de l'asymétrie de l'information.

## 2. En l'absence d'asymétrie d'information

En l'absence d'asymétrie d'information, le recours aux conditions générales est une source d'efficacité économique qui profite aux deux parties. En bonne logique économique, la répartition des risques optimale n'est pas le reflet d'un choix législatif expressif, mais consiste à attribuer le risque à la partie qui peut éviter ou atténuer le risque le plus efficacement possible, c'est-à-dire en supportant le moins de coûts (*cheapest cost avoider*) et, si le risque ne peut être éliminé, à celle qui est la mieux équipée pour en supporter les conséquences (*cheapest cost bearer*)<sup>31</sup>. La démonstration de l'efficacité de cette maxime se fait en deux parties. Premièrement, si le risque n'est pas déjà attribué à celle qui peut l'éliminer le plus efficacement possible, la partie qui supporte le risque sera disposée à indemniser l'autre partie pour éliminer le risque à sa place. Or, comme par hypothèse l'autre partie peut l'éliminer à moindre coût, il existe un surplus coopératif que les parties peuvent – en l'absence de coûts de transaction – réaliser en optant pour la solution efficace. Deuxièmement, si le risque est attribué à celle qui peut l'éliminer à moindre coût, il n'y a pas de raison de changer<sup>32</sup>. Ce raisonnement vaut également afin de déterminer qui est le mieux à même de supporter le risque, lorsque ce dernier ne peut être entièrement éliminé.

Dans cette optique, en l'absence d'asymétrie d'information, les conditions générales permettent de réaliser cet objectif à moindres coûts : dans une situation de concurrence parfaite, le rédacteur des conditions générales va opter pour la situation efficace et attribuer le risque à la partie la mieux à même de l'éliminer. Il va le faire sans négociation. Vu qu'il sait

31 P. C. LEVENS/H.-B. SCHÄFER, 777 et 780.

32 P. C. LEVENS/H.-B. SCHÄFER, 780.

que sa contrepartie est consciente des risques et de leur répartition – nous avons postulé la symétrie de l'information –, il doit prévoir que, s'il n'opte pas pour la solution optimale, sa contrepartie va la lui proposer dans le cadre de la négociation ou s'adresser à un concurrent<sup>33</sup>. Il va donc s'éviter le dérangement et spontanément offrir la situation optimale.

Prenons un exemple simpliste pour illustrer le propos. Supposons que le coût d'exploitation unitaire d'un distributeur de billets est de CHF 10.– par an. Supposons qu'en l'absence d'autre précaution, un emploi abusif d'une carte bancaire coûte CHF 100.– par an. La banque peut éviter cet emploi abusif en instaurant un dispositif de sécurité qui lui coûte CHF 50.– par carte et par an. Le client peut quant à lui aboutir au même résultat en prenant des précautions qui lui coûtent CHF 70.– par an. Il est évident que la banque, en l'absence d'asymétrie d'information, choisira de supporter les coûts: certes, elle devra commercialiser son service pour un coût de CHF 60.– par an alors que si elle fait supporter le risque par le client, elle pourra le commercialiser à un prix bien plus bas de CHF 10.– par an<sup>34</sup>. Toutefois, la demande de sa clientèle dans la deuxième hypothèse sera influencée par le fait qu'elle doit éliminer à ses propres frais le risque et sera au même niveau que si la banque avait accepté de supporter le risque et facturé CHF 80.– par an. La demande agrégée sera donc plus faible et par conséquent la marge de la banque sera réduite, ce qui n'est pas dans l'intérêt des parties.

En l'absence d'asymétrie d'information, au demeurant, les prestataires de services ne peuvent pas transférer un risque à leur client de façon inefficace en recourant à un accord anti-concurrentiel. En effet, une entente ne constitue pas un équilibre stable: si, par hypothèse, l'industrie entière utilisait des conditions générales qui ne correspondaient pas à l'optimum social, un concurrent pourrait accroître sa part de marché en optant pour une répartition des risques optimale, ce qui lui permettrait de baisser le prix<sup>35</sup>.

Au demeurant, même en situation de monopole, les parties s'entendront sur la situation efficiente économiquement sans négocier: le monopoliste n'a pas intérêt à faire supporter par ses clients les risques qu'il peut

---

33 P. C. LEVENS/H.-B. SCHÄFER, 780; D. D. FRIEDMAN, 156.

34 Rappelons qu'en cas de concurrence parfaite, le prix d'un bien correspond à son coût marginal.

35 P. C. LEVENS/H.-B. SCHÄFER, 780-781.

mieux gérer que ses clients. Certes, les clients ne peuvent pas opter pour un concurrent si le prestataire essayait de leur faire supporter ces risques, mais la demande serait tout de même affectée par les coûts supplémentaires. Certains consommateurs décideraient de ne pas contracter, ce qui diminuerait le volume des transactions et affecterait de ce fait le profit du monopoliste de façon négative. Dès lors, un monopoliste rationnel ne voudra pas se départir de la solution optimale<sup>36</sup>.

En synthèse, tant que les consommateurs disposent des mêmes informations que les prestataires de services, le recours aux conditions générales ne conduira pas à une solution inefficace. Les transferts de risques qui auront lieu refléteront la capacité respective des parties à éliminer ou, à défaut, à supporter le risque. Dans cette optique, le recours à des conditions générales et l'absence de négociation ne sont pas des indices d'abus, au contraire. Ils sont une source d'efficacité supplémentaire. Au lieu de négocier les clauses individuellement, le prestataire peut les rédiger une fois pour toute et ainsi réaliser des économies d'échelle. Par ailleurs, s'il opte pour le contrat efficace, il s'évite les frais de négociation de chaque clause avec chaque contrepartie, ce qui permet aux deux parties de réaliser des économies en termes de coûts de transaction.

Dans ce scénario, ce qui n'est pas négocié aboutit à une juste répartition des risques et, de surcroît, permet de réaliser des économies en termes de coûts de transaction, que ce soit par la standardisation ou la clarification des relations juridiques.

### 3. Asymétrie d'information

La situation change radicalement dès que l'on introduit l'asymétrie d'information dans l'analyse. Pour analyser le comportement d'un consommateur qui ignore la répartition contractuelle des risques, considérons deux cas extrêmes, conscients que la réalité se situe entre les deux. Si le consommateur présuppose qu'il est toujours traité équitablement, il ne réagira pas à une modification contractuelle de la répartition des risques et supposera toujours qu'il est traité équitablement. En reprenant notre exemple précédent, il sera disposé à payer CHF 60.– par an, ne prendra pas de précautions. Il devra alors supporter les coûts du service de CHF 60.–. Certaines

---

<sup>36</sup> P. C. LEVENS/H.-B. SCHÄFER, 781-782.

banques, sachant que le client n'est pas à même d'apprécier le contrat, ne prendront également pas de précautions, et le client subira la perte entière de CHF 100.– par an. Les services bancaires lui coûteront ainsi au total CHF 160.–. Le client se rendra alors compte que son hypothèse ne tient pas. Au contraire, s'il suppose que le contrat qui lui est proposé est inéquitable, il n'acceptera pas de payer plus que CHF 10.–. A ce prix, aucune banque ne sera disposée à prendre des précautions et la conjecture du client sera vérifiée<sup>37</sup>. Ce problème n'est ainsi qu'une variante du *market for lemons* analysé par Akerlof, dans lequel, sur le marché d'occasion, seules les épaves sont vendues, les propriétaires de bonnes occasions ne pouvant pas obtenir un prix convenable<sup>38</sup>.

Dès lors, l'asymétrie d'information conduit à une situation aboutissant à un résultat inefficace. Or, l'asymétrie d'information sur la répartition des risques est la règle dans les contrats de faible valeur : le consommateur décidera rationnellement que les coûts de transaction ne justifient pas de consacrer du temps voire de l'argent pour mieux comprendre les risques qu'il supporte. Peu importe, au demeurant, que ces risques lui soient attribués de par la loi ou par un contrat. Il s'agit alors d'un cas d'asymétrie d'information induite par une ignorance rationnelle des risques<sup>39</sup>.

De plus, les mécanismes pour surmonter l'asymétrie d'information, que ce soit le recours à un triage par le consommateur (*screening*) ou des signaux (*signaling*) par les prestataires, ne fonctionnent pas dans le contexte des conditions générales<sup>40</sup>. Le consommateur n'est souvent pas disposé à supporter les coûts pour essayer de distinguer un prestataire de services équitable d'un autre. Quant aux prestataires de services, ils se trouvent souvent dans l'impossibilité d'émettre un signal crédible<sup>41</sup>, leurs assurances pouvant souvent être confondue avec des paroles en l'air (*cheap talk*)<sup>42</sup>. Tout au plus la réputation peut servir à résoudre ce problème, puisqu'en jouant sa réputation, un acteur peut transformer des promesses a priori vides en un signe de crédibilité<sup>43</sup>. Toutefois, l'efficacité de ce mécanisme

37 Voir P. C. LEVENS/H.-B. SCHÄFER, 783-784. Voir aussi A.-C. FORNAGE, N 253.

38 G. ACKERLOF, *passim*. Voir H.-B. SCHÄFER/C. OTT, 513-514.

39 P. C. LEVENS/H.-B. SCHÄFER, 783 ; A.-C. FORNAGE, N 252.

40 P. C. LEVENS/H.-B. SCHÄFER, 783-784.

41 Ce cas se distingue sur ce point du modèle d'Akerlof où le recours à des garanties du vendeur peut résoudre le problème. G. ACKERLOF, *passim*.

42 P. C. LEVENS/H.-B. SCHÄFER, 783-784. Voir D. AUSTEN-SMITH/J. BANKS, *passim*.

43 P. C. LEVENS/H.-B. SCHÄFER, 784-785.

dans le domaine des services financiers aux consommateurs ne semble pas empiriquement vérifiée<sup>44</sup>.

Par ailleurs, l'économie comportementale (*behavioral economics*) a mis en évidence certains biais du comportement humain qui ne répondent pas au postulat de rationalité qui sous-tend les modèles économiques néo-classiques<sup>45</sup>. En particulier, elle a souligné les difficultés que l'être humain éprouve à gérer les risques rationnellement : au lieu de réfléchir en termes de probabilité, il a tendance à conceptualiser les risques par des scénarios (*availability heuristic*). Il est dès lors à même d'exagérer l'importance de risques qu'il peut conceptualiser en scénario et de traiter tous les scénarios comme équiprobables. De même, l'être humain est enclin à surestimer un risque qui s'est produit récemment et sous-estimer les risques qui ne se sont pas réalisés<sup>46</sup>.

Dès lors, des mécanismes qui fonctionneraient avec des acteurs rationnels n'opéreront pas avec des êtres humains, ce qui conduit au même résultat qu'en cas d'ignorance rationnelle, sans que les remèdes pour résoudre ce dernier problème ne fonctionnent. Il s'agit alors au contraire de recourir à d'autres stratégies afin de "débiaiser" les consommateurs<sup>47</sup>.

#### 4. Conclusion

En synthèse, le problème des conditions générales n'est donc pas la standardisation de l'offre et l'absence de négociation en tant que telles. Au contraire, ces caractéristiques sont une source d'efficacité pour les deux parties qui découle d'une diminution des coûts de transaction pour la négociation du contrat<sup>48</sup> et d'économie d'échelle lors de l'exécution des contrats résultant d'une standardisation de l'offre<sup>49</sup>.

Le problème des conditions générales résulte bien plus d'un manque de transparence quant au contenu de la prestation<sup>50</sup> : la banque peut profiter

44 Voir P. C. LEYENS/H.-B. SCHÄFER, 785-786.

45 Voir, pour une introduction générale, D. KAHNEMAN, *passim*.

46 Voir D. KAHNEMAN/A. TVERSKY, *passim*.

47 Voir C. JOLLS/C. SUNSTEIN, *passim*.

48 D. D. FRIEDMAN, 156 ; P. C. LEYENS/H.-B. SCHÄFER, 780-781. Comp. I. WILDHABER, 539.

49 Voir aussi A. MORIN, 502.

50 P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 285.

du caractère unilatéral de l'élaboration de la documentation afin de glisser dans le contrat des éléments que le client n'aurait pas accepté s'il avait été adéquatement informé et s'il avait eu l'occasion de négocier avec la banque<sup>51</sup>.

Avant de condamner toute modification de la répartition des risques, il faut garder à l'esprit que toute clause favorable à la banque n'est pas nécessairement problématique: la banque peut réduire son offre de service afin de baisser ses coûts de fonctionnement, économie qui, dans un marché transparent, sera répercutée au client par un prix moins élevé<sup>52</sup>. Dans ces circonstances, il appartiendra alors au client de choisir s'il entend se contenter d'un service standard à moindre prix ou, au contraire, demander un service plus étendu, mais alors il lui appartiendra d'en supporter les coûts plus élevés<sup>53</sup>. Si un acteur refuse d'agir de façon efficiente, un concurrent pourra profiter de l'opportunité et accroître sa part de marché<sup>54</sup>.

Cependant, pour que le mécanisme de marché fonctionne, il est nécessaire que le client soit effectivement informé de l'offre de service de la banque<sup>55</sup>, respectivement qu'il puisse s'informer à faibles coûts des risques encourus, et qu'il soit en mesure de comprendre les implications du contrat pour lui. Si ces deux conditions sont réunies, les conditions générales seront efficientes et, donc, équitables. C'est là que devrait se situer l'objectif de la réglementation des conditions générales.

#### **IV. Contrôle des conditions générales : un état des lieux**

##### **A. Contrôle formel**

###### **1. Contrôle par le consentement**

Jusqu'à présent, le droit suisse ne s'intéressait aux contrats d'adhésion que sous l'angle de la validité formelle, sans avoir développé des normes spécifiques régissant leur contenu. En schématisant, si un tribunal peut se

51 V. AEPLI, 85; P. GAUCH, 78; J. SCHMID, 1.

52 Comp. I. WILDHABER, 539, qui méconnaît que les conditions générales font partie des déterminants du rapport qualité-prix. Voir aussi A. MORIN, 503, qui note que le consommateur bénéficie aussi de coûts de transaction atténués.

53 A. MORIN, 503; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 285.

54 D. D. FRIEDMAN, 156; P. C. LEYENS/H.-B. SCHÄFER, 780-781.

55 A. MORIN, 503.

convaincre que les parties ont consenti au contrat, il refuse de revisiter le contenu du contrat sous réserve de violation de règles impératives<sup>56</sup> ou de principes fondés sur l'abus de droit<sup>57</sup>.

#### a. *Intégration globale*

Dans ce contexte, selon la jurisprudence, un contrat d'adhésion est valablement conclu non seulement si les parties consentent effectivement à chacune des clauses du contrat, c'est-à-dire lisent et comprennent le contenu des conditions générales, mais encore si elles les ont incorporées de façon globale par un renvoi, sans en avoir pris connaissance, pour autant qu'elles aient eu la possibilité de le faire avant de conclure le contrat<sup>58</sup>. Cette deuxième exigence est satisfaite chaque fois que les conditions générales ont été mises à disposition du client avant la conclusion du contrat, dans un format lisible<sup>59</sup>, ce qui à l'époque du *print on demand* ne devrait guère poser de problème pratique pour une banque bien conseillée<sup>60</sup>. En réalité, le client n'est pas tant exposé au risque de ne pas pouvoir prendre connaissance des conditions générales, mais à celui d'être submergé par une documentation qu'il ne lira pas faute de temps<sup>61</sup>.

#### b. *Clause insolite*

La jurisprudence a toutefois mis un bémol à cette approche purement formelle : elle n'accepte pas l'incorporation globale des conditions générales si

<sup>56</sup> BSK-OR I-BUCHER, ad art. 1, N 63 ; L. BIERI, 6 ; A.-C. FORNAGE, N 938 ; A. KUT/D. STAUBER, 108 ; UWG-PROBST, ad art. 8, N 18-23. Par exemple, les art. 100-101 CO.

<sup>57</sup> Art. 2 al. 2 CO. Voir *infra* section IV.B pour quelques exemples.

<sup>58</sup> P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1130 ; I. SCHWENZER, N 45.02 ; A.-C. FORNAGE, 954-955 ; J. SCHMID, 2 ; UWG-PROBST, ad art. 8, N 6. Voir ATF 109 II 452, c. 4, 456-457 ; ATF 100 II 200, c. 5 d), 209. Voir aussi P. WESSNER, 170-171 qui en souligne la rigueur.

<sup>59</sup> P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1140a ; A. MORIN, 518 ; I. SCHWENZER, N 45.03 ; UWG-PROBST, ad art. 8, N 8.

<sup>60</sup> Nous laissons ouverte la question plus délicate de l'intégration globale de conditions générales qui n'auraient pas été remises ou auxquelles la documentation contractuelle ne fait aucune référence. Voir BSK-OR I-BUCHER, ad art. 1, N 52-53. Critique dans les relations avec les consommateurs, I. SCHWENZER, N 45.02.

<sup>61</sup> T. KOLLER, Einmal mehr, 948. Voir aussi *supra* section III.B.

elles contiennent des clauses insolites, que la banque ne saurait de bonne foi penser que le client aurait acceptées s'il les avait lues et comprises<sup>62</sup>. Il s'agit ici de protéger la partie inexpérimentée qui évite d'engager les coûts nécessaires pour une analyse complète de chacune des clauses pour se fier à l'équité générale du contrat<sup>63</sup>.

La jurisprudence sur les clauses insolites est avant tout formelle: il s'agit de vérifier si la volonté des parties concorde et si le contrat a été valablement conclu<sup>64</sup>. Une clause est réputée insolite si le stipulateur ne peut pas prétendre de bonne foi que son contractant a consenti à cette clause en raison de son caractère insolite. Une clause est réputée insolite si elle est placée à un endroit où le cocontractant n'avait pas de raison de la voir. Par exemple, si la clause problématique est noyée parmi d'autres dispositions<sup>65</sup>. Elle est également réputée insolite si elle contredit les négociations précontractuelles ou la publicité du prestataire<sup>66</sup>. Dans tous ces cas, il s'agit d'un test purement formel qui ne s'intéresse pas au contenu de la clause.

62 ATF 135 III 225, c. 1.3, 227-228; ATF 135 III 1, c. 2.1, 7; ATF 119 II 443, c. 1a, 446; ATF 109 II 452, c. 4, 456-457. Voir aussi UWG-PROBST, ad art. 8, N 12; CR CO I-DESSE-MONTET, art. 1, N 46. P. GAUCH, 83; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1141; T. KOLLER, Einmal mehr, 944; A.-C. FORNAGE, 962-963.

63 Voir P. GAUCH, 83; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1141; T. KOLLER, Einmal mehr, 944 et 949 (soulignant le lien entre le caractère inhabituel de la clause et la qualification de partie faible); A.-C. FORNAGE, N 253. Cette approche peut paraître paradoxale. Voir, dans ce sens, P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 391. Elle est cependant tout à fait rationnelle, dès lors que la fonction des conditions générales est comprise. Les conditions générales sont un moyen de diminuer les coûts de transaction: il s'agit de produire un contrat de masse qui réponde au besoin des consommateurs, compte tenu des contraintes de coût du prestataire. La théorie de la clause insolite permet au consommateur de profiter pleinement de ces économies d'échelle et de ne pas lire le contrat, sauf si son cocontractant qui a rédigé le contrat attire son attention sur un point particulier. Voir, sur l'absence de besoin de protection de la partie qui prend le soin d'examiner les conditions générales, P. C. LEYENS/H.-B. SCHÄFER, 781-782; I. WILDHABER, 540; H.-B. SCHÄFER/C. OTT, 513-514. Si une partie fait le choix rationnel de ne pas examiner les conditions générales, son besoin de protection est plein et entier. Comp. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, 513-514; P. C. LEYENS/H.-B. SCHÄFER, 783-784; I. WILDHABER, 546.

64 P. GAUCH, 83.

65 Voir P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1141b.

66 P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1141b. Voir ATF 5C.134/2004 du 1<sup>er</sup> octobre 2004, c. 4.2; HGer ZH, ZR 91 (1992) N 23, p. 72, c. 3.4 a), p. 79. Au demeurant, il faut se demander dans ces cas s'il n'y a pas plutôt un accord dérogeant aux conditions générales: I. SCHWENZER, N 45.09.

La notion d'insolite a, cependant, également une dimension matérielle, qui a poussé d'aucuns à parler d'un contrôle caché du contenu des conditions générales<sup>67</sup>. En effet, une clause est aussi insolite si son contenu est atypique<sup>68</sup> ou inattendu parce qu'il se distingue de ce qui est répandu dans la branche<sup>69</sup> ou parce qu'il entraîne une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat<sup>70</sup>. Le juge doit alors, au-delà de la dimension purement formelle du consentement, s'interroger quant au contenu du contrat et l'équilibre entre prestation et contre-prestation.

Toutefois, même dans ce cas, l'ineffectivité des clauses insolites est une question avant tout formelle axée sur les circonstances du cas d'espèce<sup>71</sup>. Il est possible de garantir la validité d'une telle clause par un remède formel, par exemple en attirant l'attention du client sur la clause lors d'un entretien ou par le recours à des instruments typographiques<sup>72</sup>. Si la banque s'assure de cette mise en évidence, le client ne pourra plus contester l'intégration de l'entier des conditions générales dans le contrat<sup>73</sup>. Ainsi, la jurisprudence n'a pas franchi le pas consistant à exiger que le client comprenne effectivement le contenu de l'accord.

---

67 T. KOLLER, Einmal mehr, *passim*; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 286; H. STÖCKLI, 187; I. WILDHABER, 538. UWG-PROBST, ad art. 8, N 15; A.-C. FORNAGE, N 948; BOCE 2010, 937, intervention de la conseillère fédérale Leuthard; BOCN 2011, 228, intervention du conseiller fédéral Schneider-Amman.

68 P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1141b; I. SCHWENZER, N 45.07.

69 Ce critère est au demeurant remis en question, par une partie de la doctrine, dans les relations avec les consommateurs qui ne sont pas familiers avec ces usages. P. GAUCH, 83; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, 1142b; T. KOLLER, Einmal mehr, 946; I. SCHWENZER, N 45.07.

70 ATF 135 III 225, c. 1.3, 227-228; ATF 135 III 1, c. 2.1, 7; ATF 119 II 443, c. 1a, 446; ATF 109 II 452, c. 4, 456-457. Voir P. GAUCH, 83; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, 1142b; P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 390; I. SCHWENZER, N 45.07. UWG-PROBST, ad art. 8, N 15.

71 Voir la critique de T. KOLLER, 946.

72 P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1142b; P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 391; J. SCHMID, 2; UWG-PROBST, ad art. 8, N 14. Voir ATF 119 II 443, c. 1b, 446.

73 Voir aussi A. MORIN, 519-520. UWG-PROBST, ad art. 8, N 24; P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 391; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 286; I. WILDHABER, 538. P. WESSNER, 173; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1158 et 1241; A. MORIN, 520; J. SCHMID, 2-3.

## 2. Contrôle par l'interprétation

La jurisprudence a apporté un autre correctif aux conditions générales par le biais de l'interprétation. Selon la jurisprudence constante, ces contrats s'interprètent selon les mêmes principes que les autres contrats<sup>74</sup>. D'abord, le contrat s'interprète selon la volonté expresse des parties<sup>75</sup>. Si celle-ci ne se laisse pas identifier dans le cas d'espèce, le contrat s'interprète selon le principe de la confiance en déterminant comment une partie de bonne foi pourrait et devrait comprendre le contrat<sup>76</sup>. Enfin, ce n'est que si cette méthode pêche également que le contrat doit s'interpréter selon le principe *contra stipulatorem*, dans le sens le moins favorable au rédacteur du contrat<sup>77</sup>.

Cette approche se concentre également sur les aspects formels de la conclusion du contrat: si le texte du contrat est clair, il engage les parties. En d'autres termes, ces principes d'interprétation perpétuent la fiction d'un contrat négocié et accepté par les parties. Cette approche est d'ailleurs manifeste dans le caractère subsidiaire du principe *contra stipulatorem*.

<sup>74</sup> ATF 135 III 225, c. 1.3, 227; ATF 135 III 1, c. 2, 6; ATF 133 III 675, c. 3.3, 681; ATF 133 III 607, c. 2.2.2.3, 610; ATF 124 III 155, c. 1b, 158-159; ATF 122 III 118, c. 2a, 121; ATF 7B.249/2003 du 7 janvier 2003, c. 3. Voir aussi P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 391; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 286; I. WILDHABER, 538; P. WESSNER, 173; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1158 et 1241; A. MORIN, 520; A.-C. FORNAGE, N 951; J. SCHMID, 2-3.

<sup>75</sup> Art. 18 CO. ATF 135 III 410, c. 3.2, 413; ATF 133 III 675, c.3.3, 681; ATF 7B.249/2003 du 7 janvier 2003, c. 3. J. SCHMID, 2; P. GAUCH, 84; P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 391; I. SCHWENZER, N 45.10; A.-C. FORNAGE, N 948; UWG-PROBST, ad art. 8, N 24.

<sup>76</sup> ATF 135 III 410, c. 3.2, 412-413; ATF 133 III 675, c. 3.3, 681; ATF 133 III 607, c. 2.2, 610; ATF 124 III 155, c. 1b, 158-159; ATF 122 III 118, c. 2a, 121; ATF 119 II 368, c. 4b), 372; ATF 7B.249/2003 du 7 janvier 2003, c. 3; A.-C. FORNAGE, N 949.

<sup>77</sup> ATF 133 III 61, c. 2.2.2.3; ATF 124 III 155, c. 1b, 158-159; ATF 122 III 118, c. 2a, 121; ATF 7B.249/2003 du 7 janvier 2003, c. 3. Voir UWG-PROBST, ad art. 8, N 27; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1158 et 1231 ss; J. SCHMID, 2-3; A. MORIN, 520; A.-C. FORNAGE, N 950. Voir aussi en droit européen, l'art. 5 de la directive 93/13/CEE.

## B. Quelques exemples

Ainsi, malgré ses limites, la jurisprudence n'est pas restée inactive face aux conditions générales des banques. Nous nous proposons ainsi, sans prétendre être exhaustif, de passer en revue quelques clauses problématiques<sup>78</sup>.

### 1. Clause de légitimation et d'exonération de responsabilité

La plupart des conditions générales prévoient que la banque ne répond pas des conséquences de faux si elle a fait preuve de la diligence nécessaire ou du moins si elle n'a pas commis de faute grave. Il s'agit ainsi pour la banque de s'exonérer pour tout paiement fait à une personne qui ne serait pas légitimée et de faire supporter ce risque par le client, à moins que la banque ne soit dans son tort.

La jurisprudence a, toutefois, remis en question cette clause de légitimation. Elle a décidé d'appliquer les articles 100 et 101 CO à cette clause. Dès lors, il appartient à la banque de vérifier l'authenticité de la signature émanant prétendument du titulaire du compte ou de toute autre personne légitimée, et la clause ne protège la banque qu'en cas de faute légère d'un auxiliaire<sup>79</sup>. Certaines banques ont pris acte de cette évolution et ont adapté leurs conditions générales à cette réalité.

### 2. Fiction de consentement et clause de banque restante

La jurisprudence a également limité la portée des clauses de consentement implicite et la fiction de ratification<sup>80</sup>. Selon les clauses de consentement implicite, le client accepte par avance que la banque puisse modifier ses

<sup>78</sup> Voir aussi W. WIEGAND, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde, *passim*.

<sup>79</sup> ATF 132 III 149, c. 2, 452; ATF 122 III 26, c. 4a), 32; ATF 112 II 450, c. 3, 454; ATF 4A.54/2009 du 20 avril 2009, c. 1. Voir aussi WIEGAND, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde, 149-150 et 153-154; BUCHER, 49; W. WIEGAND/C. ZELLWEGER-GUTKNECHT, 38-39.

<sup>80</sup> W. WIEGAND, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde, 149-150 et 153-154; E. BUCHER, 49; W. WIEGAND/C. ZELLWEGER-GUTKNECHT, 38-39; A. SCHOTT, 81; L. THÉVENOZ, 459-463; A. SCHOTT, 81.

conditions générales et ses tarifs<sup>81</sup>. Selon la fiction de ratification, le client dispose d'un délai de quatre semaines pour faire valoir toute objection au relevé de compte, faute de quoi il sera présumé l'avoir approuvé et, par le jeu de la novation propre au compte courant, avoir reconnu le solde du compte. Dans l'optique du client, la situation est aggravée par les clauses de banque restante, selon lesquelles le client élit domicile au sein de la banque pour toutes les communications qui lui sont destinées.

Jusqu'à présent le Tribunal fédéral n'a pas jugé ces clauses de consentement présumé ou de fiction de ratification insolites et reconnaît qu'elles jouent une fonction légitime dans la rationalisation de la gestion de la relation avec la clientèle<sup>82</sup>. Toutefois, il en a limité la portée dans des cas d'abus. Ainsi, dans ce contexte, le Tribunal fédéral considère que la banque ne saurait se prévaloir de cette clause pour se protéger contre ses fautes ou dans des situations où elle doit s'attendre à ce que le client refuse<sup>83</sup>. Dans tous les autres cas, la communication suffit à entraîner la modification du contrat, des tarifs ou ratifications des actes passés pour le client<sup>84</sup>.

Quant à la clause de banque restante, la jurisprudence considère qu'elle consacre, en principe, un service rendu par la banque au client et en déduit que celui qui recourt à cette prestation doit en tirer les conséquences. Le Tribunal fédéral a toutefois jugé que la banque abuse de son droit lorsqu'elle se prévaut de cette clause afin d'agir sciemment au détriment du client, afin, après avoir suivi les instructions du client, de s'en écarter intentionnellement alors que rien ne le laissait prévoir, ou encore lorsque

---

<sup>81</sup> Voir ATF 135 III 1, c. 2.6, 11. Voir T. KOLLER, *Vertragsabschluss*, 70; A. F. RUSCH, *Ein Fall einseitiger Erhöhung*, *passim*; A. SCHOTT, 81. Voir critique W. WIEGAND, *Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde*, 147-148.

<sup>82</sup> Voir ATF 135 III 1, c. 2.6, 11.

<sup>83</sup> ATF 127 III 147, c. 2d, 151; ATF 104 II 190, c. 2a, 194-195; ATF 4A.262/2008 du 23 septembre 2008, c. 2.2; ATF 4C.175/2006 du 4 août 2006, c. 2.1; ATF 4C.194/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.2.3 et 3.2.4; ATF 4C.342/2003 du 8 avril 2005, c. 2.3; SJ 2002 I 596; ATF 4C.81/2002 du 1<sup>er</sup> juillet 2002, c. 4. Voir aussi V. AEPPLI, 101-102; GUTZWILLER, 123; E. SIBBERN/H. C. VON DER CRONE, 74; M. GIOVANOLI, 139-141; L. THÉVENOZ, *Les conditions générales des banques*, 460-461. W. WIEGAND/C. ZELLWEGER-GUTKNECHT, 37. Voir aussi HGer ZH du 27 juin 2006, ZR 106 (2007) N 1, p. 1, c. 4c, 10.

<sup>84</sup> Nous laissons ouverte la question de savoir s'il s'agit d'un consentement tacite ou au contraire d'une fiction de contrat. Voir à ce sujet T. KOLLER, *Vertragsabschluss*, 70-71 et 73-74.

la banque sait que le client n'approuve pas les actes communiqués<sup>85</sup>. Dans ces cas, la fiction de communication ne tient pas et la banque doit signifier ses actes par d'autres voies si elle entend s'en prévaloir.

### 3. Front actif : Rétrocession

Le contentieux autour des clauses précédentes s'est principalement limité à des cas isolés et n'a pas eu de conséquences majeures à l'échelle de l'industrie bancaire, qui a pu graduellement ajuster son comportement au regard de l'évolution de la jurisprudence. Il en va différemment s'agissant des rétrocessions.

Pendant longtemps, les intermédiaires financiers – banques, gérants de fortune, distributeurs de produits d'investissement – étaient partis du principe qu'ils pouvaient garder les rémunérations perçues de tiers dans le cadre de l'exercice de leur activité sans en rendre compte à leurs clients, nonobstant l'article 400 CO. Leur argumentation consistait à voir dans ces avantages une partie de leur rémunération usuelle<sup>86</sup>. Les juristes les plus prudents prévoyaient une clause générique stipulant que ces versements revenaient à la banque, espérant pouvoir les inclure dans la rémunération conventionnelle, et que le client renonçait à son droit d'obtenir des comptes à ce propos<sup>87</sup>. Seule une minorité considérait que la renonciation n'était valable que moyennant la transparence complète sur le principe et le montant des rétrocessions<sup>88</sup>.

Dans le domaine des fonds de placement, la solution médiane avait presque fait l'objet d'un consensus réglementaire par le biais d'une directive

---

<sup>85</sup> ATF 104 II 190, c. 2a, 194-195; ATF 4A.262/2008 du 23 septembre 2008, c. 2.3; ATF 4C.295/2006 du 30 novembre 2006, c. 2.2.1; ATF 4C.378/2004 du 30 mai 2005, SJ 2006 I 1, c. 2.2. Voir aussi C. LOMBARDINI, XX; GUTZWILLER, 124; W. WIEGAND/C. ZELLWEGE-GUTKNECHT, 37-38; L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques, 461; A. SCHOTT, 81.

<sup>86</sup> Voir art. 394 al. 3 CO. Sur la notion de rémunération usuelle, voir BK-FELLMANN, ad art. 394, N 373 ss; BSK OR I-WEBER, ad art. 394, N 36; S. ABEGGLEN, Die adäquate Entschädigung, 47. S'opposant à cette interprétation sans une information complète du client, BRETTON-CHEVALLIER, 162; W. WIEGAND/C. ZELLWEGE-GUTKNECHT, 45.

<sup>87</sup> W. DE CAPITANI, 27 (laissant la question ouverte); C. LOMBARDINI, XII 9-11, XXVI, N 1087, XXX, N 21; U. EMCH/H. RENZ/R. ARPAGAU/A. GASSER/G. KRAMER/M. R. TRÖDTLI/T. WERLEN, N 1693.

<sup>88</sup> Voir aussi W. DE CAPITANI, 27 (laissant la question ouverte); BRETTON-CHEVALLIER, 164.

de la Swiss Fund Association ayant vocation à être reconnue comme un standard minimum de l'autoréglementation<sup>89</sup>, mais que la Commission fédérale des banques n'a pas reconnue en tant que telle<sup>90</sup>.

Cet équilibre a toutefois été remis en question par la jurisprudence. Dans un premier arrêt de 2006, le Tribunal fédéral a considéré que l'article 400 CO s'appliquait au gérant de fortune et a refusé de voir dans les rétrocessions une forme de rémunération consacrée par l'usage<sup>91</sup>. Comme nous venons de le mentionner, cette conclusion n'a pas surpris les juristes les plus prudents. Le choc s'est toutefois situé à un autre niveau: dans le même arrêt, notre haute cour a précisé en *obiter dictum* dans quelles circonstances elle accepterait de voir un consentement valable à une rémunération sous forme de rétrocessions. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que le mandant peut renoncer par avance à son droit à la reddition de comptes que ce soit en termes d'information ou en termes patrimoniaux, mais seulement dans la mesure où il peut réaliser l'étendue de ce à quoi il renonce<sup>92</sup>. Il s'ensuit que la clause de renonciation aux rétrocessions doit être explicite et mentionner, du moins en termes d'ordre de grandeur, le montant des rétrocessions perçues par l'intermédiaire financier. Ce principe a été confirmé, d'abord par une jurisprudence zurichoise<sup>93</sup>, puis dans un arrêt de janvier 2011 où le Tribunal fédéral a considéré qu'une clause de renonciation aux rétrocessions formulée en termes génériques n'était pas valable, mais qu'il était nécessaire d'informer le client des paramètres de calcul et de leur ordre de grandeur<sup>94</sup>. Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a franchi un pas de plus et, à raison, a obligé la banque à attirer l'attention du client sur les conflits d'intérêts qui résultent du paiement de

<sup>89</sup> Directive concernant la transparence dans les commissions de gestion, du 7 juillet 2005; S. ABEGGLEN, Die adäquate Entschädigung, 53; U. ZULAUF/O. ZIBUNG, 19; J.-Y. DE BOTH, 121-122.

<sup>90</sup> Rapport de gestion CFB 2006, 55. S. ABEGGLEN, Die adäquate Entschädigung, 53; U. ZULAUF/O. ZIBUNG, 19; P. HSU/E. STUPP, 204; J.-Y. DE BOTH, 121-122.

<sup>91</sup> ATF 132 III 460 c. 4.3-4.4, c. 465-467. Voir R. KUHN, 1054; M. NÄNNI/H. C. VON DER CRONE, 383; I. ROMY/O. BLOCH, 662-663; S. SCHÄREN, 555; P. FISCHER, 73.

<sup>92</sup> ATF 132 III 460 c. 4.2, c. 465-466. Voir R. KUHN, 1054; M. NÄNNI/H. C. VON DER CRONE, 383; I. ROMY/O. BLOCH, 662-663; S. SCHÄREN, 555; P. FISCHER, 73. Comp. P. HSU/E. STUPP, 205-206. *Contra*: C. LOMBARDINI/A. MACALUSO, 183.

<sup>93</sup> HGer ZH du 26 juin 2007, ZR 107 (2008) N 35, p. 129, c. 3 b), p. 132.

<sup>94</sup> ATF 137 III 393, c. 2.4, 398-399. Voir S. SCHÄREN, 555-556; P. FISCHER, 73. Suivant sur ce point l'avis de la doctrine majoritaire, R. KUHN, 1054; M. NÄNNI/H. C. VON DER CRONE, 383; S. EMMENEGGER, Anlagelkosten, 84; J.-Y. DE BOTH, 125-126.

rétrocessions, tout en notant que cette information ne s'imposait pas en présence de clients sophistiqués<sup>95</sup>.

La portée de cet arrêt est sujet à controverse : certains ont argumenté que le champ d'application de cette jurisprudence se limitait à la gestion de fortune<sup>96</sup>. Dans un arrêt en matière pénale, le Tribunal fédéral a suivi ce point de vue et a considéré que les commissions d'état (*Bestandespflegekommission*) versées en rapport avec la distribution de fonds de placement ou de produits structurés n'étaient pas des rétrocessions au sens de la jurisprudence précitée<sup>97</sup>. Toutefois, un arrêt de l'Obergericht de Zurich, faisant l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, est arrivé à la conclusion contraire et a décidé que ces règles avaient une portée plus générale et s'étendaient également à la distribution de fonds de placement et, en principe, de produits structurés, tout en admettant une exception pour des produits financiers développés au sein d'un même groupe<sup>98</sup>. L'ampleur de cet arrêt est telle que UBS SA a inséré une note dans son rapport annuel 2011 afin d'en informer les investisseurs<sup>99</sup>.

Il est ainsi désormais établi que le client ne peut renoncer aux rétrocessions que moyennant un consentement explicite lui dévoilant l'ordre de grandeur des prestations reçues. C'est ainsi que ce type de clause s'est désormais établi sur le marché. La pratique de marché veut que les établissements annoncent à leurs clients sur une formule séparée les prestations reçues par la banque non seulement pour les prestations de gestion de fortune, mais aussi pour la distribution de produits structurés et, même, de placements collectifs, nonobstant l'avis contraire de la doctrine précitée. Toutefois, ce front est en mouvement, que ce soit en Suisse ou en Europe, et seul l'avenir nous dira quel régime s'appliquera dans quelques années.

<sup>95</sup> ATF 137 III 393, c. 2.5., 400. Voir S. SCHÄREN, 555-556 ; P. FISCHER, 73.

<sup>96</sup> S. ABEGGLEN, *Retrozession*, 129-132 ; P. NOBEL/I. STIRNIMANN, 347-349 ; S. ABEGGLEN, *Die adäquate Entschädigung*, 53 ; J.-Y. DE BOTH, 130.

<sup>97</sup> ATF 6B.223/2010 du 13 janvier 2011, c. 3.4.5.

<sup>98</sup> OGer ZH du 13 janvier 2012, LB090076 (recours pendant). Voir, s'agissant de l'exception pour les produits du même groupe, P. HSU, 77 ss ; P. HSU/E. STUPP, 207 ; P. NOBEL/I. STIRNIMANN, 347. *Contra* S. EMMENEGGER, *Anlagekosten*, 73-74.

<sup>99</sup> Voir UBS AG, *Annual Report 2011*, p. 347, [www.ubs.com/global/en/about\\_ubs/investor\\_relations/annualreporting/2011.html](http://www.ubs.com/global/en/about_ubs/investor_relations/annualreporting/2011.html).

#### 4. Front actif : clause de gage général

Le dernier front que nous mentionnerons dans cette partie concerne la clause de gage général qui se retrouve dans presque toutes les conditions générales. Cette clause, qui sert de soupape de sécurité pour la banque<sup>100</sup>, prévoit que le client remet en gage tous les actifs détenus auprès ou par la banque afin de garantir toutes les prestations existantes et futures de cette dernière résultant de la relation d'affaires avec le client. Cette clause contient également une renonciation au *beneficium execussionis realis* ainsi qu'un consentement exprès à la réalisation privée par la banque, y compris un droit du créancier gagiste de se porter acquéreur des actifs grevés par un *Selbsteintritt*<sup>101</sup>. Par ailleurs, elle contient généralement une clause de compensation étendant ce droit aux prétentions non-exigibles en d'autres monnaies que la créance compensante<sup>102</sup>.

La validité de ces clauses est fermement établie en droit suisse: bien que la doctrine discute de la validité d'une clause de cette nature dans un règlement de dépôt<sup>103</sup>, il est généralement accepté qu'elle puisse être prévue dans les conditions générales sans être insolite<sup>104</sup>.

Par ailleurs, il est généralement reconnu que cette clause ne constitue pas un engagement excessif<sup>105</sup>, dans la mesure où elle ne garantit que les prétentions résultant de la relation d'affaires et non des prétentions

<sup>100</sup> U. P. ROTH, 152.

<sup>101</sup> Voir p. ex. C. THALMANN, 138; U. P. ROTH, 152-153; H. KUHN, § 5, N 20.

<sup>102</sup> Voir C. THALMANN, 138; V. AEPPLI, 88; L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques, 464-465.

<sup>103</sup> Voir ATF 91 III 104, c. 6, 108; BSK ZGB II-BAUER, ad art. 884, N 86; BK-ZOBL/THURNHERR, ad art. 884, N 436; ZK-OFTINGER/BÄR, ad art. 884, N 102a; B. FOËX, Le contrat, N 274.

<sup>104</sup> Voir ATF 91 III 104, c. 6, 108-109 (laissant la question ouverte), mais ATF 7B.249/2003 du 7 janvier 2003, c. 5 (une clause de réalisation privée dans des conditions générales n'est pas insolite), ATF 5C.249/2004 du 2 mars 2005, c. 2.2 et 2.3 (une clause permettant à un créancier gagiste nanti d'une cédule hypothécaire de faire valoir le gage incorporé dans la cédule n'est pas insolite). BK-ZOBL/THURNHERR, ad art. 884, N 435 (et les références citées); BSK ZGB II-BAUER, ad art. 884, N 84; H. KUHN, § 5, N 23. Voir, cependant, L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques, 464; ATF du 14 décembre 1993, SJ 1994 600, c. 2 c), 603 (la renonciation conventionnelle à l'exclusion de la compensation de prétention en restitution selon l'art. 125 ch. 1 CO est insolite).

<sup>105</sup> Art. 27 al. 2 CC. Voir BK-ZOBL/THURNHERR, ad art. 884, N 457 ss. Voir aussi C. THALMANN, 138-139.

sans relation avec celle-ci, et qu'il est possible de mettre un terme à cette relation<sup>106</sup>. Il n'est ainsi pas possible de se baser sur cette clause afin de garantir une prétention de nature délictuelle que la banque aurait envers le client si l'acte illicite est sans rapport avec la relation d'affaires<sup>107</sup>. De même, cette clause ne permet pas de recouvrer des prétentions résultant de la responsabilité des organes ou des rapports de travail avec un employé<sup>108</sup>, par exemple les dommages causés par une violation du contrat ou l'exercice d'un *claw back* sur un bonus excessif. Enfin, il n'est pas possible de couvrir une créance acquise d'un tiers au moyen du gage général<sup>109</sup>.

Dans ce contexte, il faut rappeler que ni le principe de spécialité ni celui d'accessorité ne constitue un obstacle à un gage général<sup>110</sup>. Il est en effet établi que le contrat de nantissement puisse porter sur un ensemble de choses déterminables, le principe de spécialité ne s'appliquant qu'à l'aspect réel de la transaction. Dès lors, une fois la chose remise, le gage sera valablement constitué et le principe de spécialité ne constitue pas en droit suisse un véritable obstacle au droit de gage<sup>111</sup>. Au demeurant, la loi sur les titres intermédiés a introduit une exception à ce principe et permet de constituer

106 ATF 106 II 257, c. 5, 263 ; ATF 51 II 273, c. 4, 281-282. Voir aussi ATF 128 II 434, c. 3.3, 437-438 (cautionnement) ; ATF 120 II 35, c. 3a, 38 (cautionnement) ; ATF 112 I 433, c. 3, 436-437 (cession de créances) ; ATF 112 II 241, c. 2 a), 243 (cession de créances) ; ATF 108 II 47, c. 2, 49 (cédula hypothécaire) ; ATF 84 II 355, c. 3, 366-367 (cession de créances). Voir BSK ZGB II-BAUER, ad art. 884, N 89-90 ; BK-ZOBL/THURNHERR, ad art. 884, N 462 ss, N 469 ; B. Foëx, Le contrat, N 656 ; P.-H. STEINAUER, N 3083. Voir aussi C. THALMANN, 138-139.

107 ATF 106 II 257, c. 5, 263 ; ATF 108 II 47, c. 2, 49 ; BK-ZOBL/THURNHERR, ad art. 884, N 472 ; P.-H. STEINAUER, N 3083a ; L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques, 464-465.

108 ATF 106 II 257, c. 5, 263 ; ATF 4C.212/1996 du 9 juillet 1997, PJA 1997, 1027 (rés.) ; BK-ZOBL/THURNHERR, ad art. 884, N 472 ; L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques, 464-465.

109 ATF 51 II 273, c. 4, 282 (créance cambiale escomptée par la banque) ; Rekurskammer ZH du 13 mars 1912, ZR 12 (1913) N 203, p. 327 (le contrat de gage ne peut pas être interprété comme couvrant également les prétentions résultant d'une obligation au porteur acquise par la banque) ; BK-ZOBL/THURNHERR, ad art. 884, N 464 ; ZK-OFTINGER/BÄR, ad art. 884, N 129.

110 Voir aussi BK-ZOBL/THURNHERR, ad art. 884, N 455 ; cf. C. THALMANN, 138-139 ; W. WIEGAND, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunden, 158 ; L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques, 464.

111 BSK ZGB II-BAUER, vor art. 884-894, N 22-23 ; P.-H. STEINAUER, N 3090a et 3092 ; H. KUHN, § 7, N 23 ; ZK-OFTINGER/BÄR, ad art. 884, N 26 ; BK-ZOBL/THURNHERR, Syst. Teil, N 259, ad art. 884, N 405.

un gage sur un compte de titres intermédiés qui grève alors l'universalité (par opposition à la solution généralement retenue qui consiste, en bon droit, à constituer un nantissement de chaque chose, droit ou titre intermédié compris dans le compte)<sup>112</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence et la doctrine considèrent que le principe d'accessorité – si tant est qu'il s'applique<sup>113</sup> – cède le pas à la licéité de gages couvrant des créances futures ou conditionnelles: le droit réel est alors valablement constitué avant que la créance dont il est l'accessoire prenne naissance<sup>114</sup>.

De ce fait, un gage sur des actifs bancaires constitue une sûreté extrêmement robuste: le nantissement porte alors en principe sur l'entier de la chose grevée conformément au principe d'indivisibilité du nantissement<sup>115</sup>. Corollaire du principe de spécialité, l'absence de subrogation réelle a pour effet que le constituant n'a pas le droit de substituer un bien grevé à un autre sans que le créancier gagiste y consente<sup>116</sup>. Seul l'article 25 al. 2 let. c LTI prévoit un type de sûreté qui permet au constituant de retirer à sa guise des actifs tant que la valeur du gage est suffisante<sup>117</sup>, mais cette faculté ne s'applique pas aux autres types de gages, qu'ils soient fondés sur le Code civil ou sur la loi sur les titres intermédiés.

De plus, il résulte de la nature indivisible du nantissement que le créancier gagiste est en droit de retenir les actifs grevés tant que les créances garanties n'ont pas été toutes entièrement éteintes, sans égard à la valeur des sûretés<sup>118</sup>. Le gage se distingue ainsi du droit de rétention qui ne permet au

112 Art. 25 al. 2 LTI. Voir aussi BSK ZGB II-BAUER, vor art. 884-894, N 22; FISA & HSC Commentary-EIGENMANN, ad art. 25 FISA, N 38; H. KUHN, § 26, N 58.

113 Voir, s'agissant de la controverse en matière de titres intermédiés, H. KUHN, § 26, N 58.

114 ATF 51 II 273, c. 2, 278; BJM 1970 77; Erl. II 188; BSK ZGB II-BAUER, ad art. 884, N 55; BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil, N 251; ZK-OFTINGER/BÄR, ad art. 884, N 154. Les conditions générales peuvent cependant prévoir une solution contraire et faire naître le gage avec la créance. Voir C. THALMANN, 141; U. P. ROTH, 152.

115 ATF 52 II 344, 346; BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil, N 310-311; BK-ZOBL, ad art. 889, N 33; ZK-OFTINGER/BÄR, ad art. 889, N 20 et 21; C. THALMANN, 141-142.

116 BGE 71 II 90, c. 4, 94-95; BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil, N 315. Voir aussi P.-H. STEINAUER, N 3079.

117 Voir aussi FISA & HSC Commentary-EIGENMANN, ad art. 25 FISA, N 38.

118 Art. 889 al. 2 CC. Voir ATF 21 767, c. 3, 771-771, ZR 1924 274; ATF 52 II 344, 346-347; BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil, N 310-311 et ad art. 884, N 389; BK-ZOBL, ad art. 889, N 33; ZK-OFTINGER/BÄR, ad art. 889, N 20 et 21; P.-H. STEINAUER, N 3113-3113a. Comp. C. THALMANN, 142, qui présume un accord contraire s'agissant d'un gage général.

créancier gagiste de ne retenir que ce qui est nécessaire pour satisfaire sa prétention exigible<sup>119</sup>. C'est d'ailleurs pour éviter toute dispute concernant la proportionnalité entre créances garanties et collatéral que les banques ne se contentent pas d'un simple droit de rétention et demande un gage<sup>120</sup>. Bien que la LTI ait instauré un système nouveau pour mettre en gage les valeurs mobilières, elle perpétue ce caractère possessoire en le faisant évoluer en principe de contrôle<sup>121</sup>. Elle exige que les titres grevés soient virés sur un compte du créancier gagiste ou que le constituant s'entende avec sa banque pour que le créancier gagiste dispose du contrôle sur le compte et puisse en disposer – vis-à-vis de la banque du moins – à sa guise<sup>122</sup>. Dès lors, la banque peut à sa guise “bloquer” le compte du client et refuser d'exécuter des instructions de ce dernier à sa discrétion en invoquant son droit de gage<sup>123</sup>.

D'ordinaire, une banque ne voudra pas procéder de la sorte pour des motifs purement commerciaux, mais, dans une situation contentieuse ou face à un risque de perte important, elle souhaitera exercer ses droits et invoquer son gage général afin d'assurer la mise en œuvre de ses droits. Dans ces circonstances, le client est exposé au bon vouloir de la banque et ses chances de contester avec succès de actes de ce type sont limités en bon droit : nous venons de le voir, un gage n'est pas un droit de rétention où le créancier gagiste ne peut retenir des actifs que dans la mesure nécessaire à couvrir ses créances. Il paraît dès lors délicat d'argumenter que le droit de gage général fasse l'objet d'une convention implicite obligeant la banque à ne conserver que les actifs dont elle a besoin à titre de couverture des engagements du client<sup>124</sup>.

119 Voir ATF 5C.263/2001, c. 4c; BGE 78 II 140, c. 4, 144, BGE 46 II 381, c. 3, 388-389. Voir BK-ZOBL, ad art. 895, N 120; ZK-OFTINGER/BÄR, ad art. 895, N 141; L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques, 466; H. KUHN, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, § 5, N 23.

120 Comp. P.-H. STEINAUER, N 3092a (sur la clause subrogative).

121 H. KUHN, § 26, N 54-55; L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques, 464.

122 Art. 25 al. 1 LTI. Au demeurant, cette nature possessoire n'est pas synonyme de publicité ni de principe de nantissement (*Faustpfandprinzip*), principes qui ne s'appliquent pas en matière de titres intermédiés : voir FISA & HSC Commentary-EIGENMANN, Prél. Cmts. art. 24-36 FISA, N 23-24; H. KUHN, § 26, N 56.

123 Cette fonction de séquestre est reconnue s'agissant du droit de rétention. Voir ZK-OFTINGER/BÄR, ad art. 898, N 5.

124 Comp. C. THALMANN, 142, qui présume un accord contraire s'agissant d'un gage général.

Dès lors, seule l'interdiction de l'abus de droit offre une petite porte de sortie<sup>125</sup>, s'il appert que la banque fait valoir son droit de ne pas restituer la chose pour des motifs sans rapport avec la mise en œuvre d'un droit de gage, par exemple afin de forcer la main au client dans le cadre d'une transaction<sup>126</sup>, ou encore de contraindre le client à investir dans certains produits plus rentables pour la banque. Toutefois, il ne peut s'agir que de cas exceptionnels, puisque le principe d'invisibilité permet clairement de maintenir un gage tant que les créances garanties n'auront pas été intégralement remboursées.

## 5. Synthèse

Au terme de cet état des lieux, force est de faire deux constats : premièrement, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas restée inactive face aux conditions générales des banques. Si elle en reconnaît la légitimité, elle a mis l'accent sur la transparence par deux biais. D'abord, la jurisprudence a introduit subrepticement un contrôle matériel indirect sous le couvert de la notion de clause insolite, tout en réservant la possibilité d'éviter l'intervention du juge en attirant l'attention du cocontractant sur la clause. Deuxièmement, la maxime *contra proferentem* revient à inciter les rédacteurs à être aussi clairs que possible, puisqu'ils portent le fardeau de l'incertitude.

En même temps, les grands arrêts en matière de conditions générales des banques ne sont pas fondés sur le caractère insolite d'une clause, mais plutôt sur des correctifs tirés du droit impératif ou basés sur l'abus de droit. La jurisprudence a procédé ainsi en matière de défaut de légitimation, de clause de consentement présumé ou tacite et de banque restante. C'est également en imposant des exigences en termes de transparence afin de déroger à l'obligation de rendre compte que la jurisprudence a revu les conditions auxquelles un intermédiaire financier peut prélever des rétrocessions sans en informer ses clients. S'agissant d'un autre domaine en mouvement, le gage inclus dans les conditions générales, malgré les critiques de certains, semble être fermement ancré dans la pratique bancaire suisse.

125 Voir BK-ZOBL/THURNHERR, ad art. 884, N 390 ; B. FOËX, Le contrat, N 627-628.

126 Au demeurant, cette fonction de séquestre est tenue pour légitime s'agissant du droit de rétention. Voir ZK-OFTINGER/BÄR, ad art. 898, N 5. Il devrait dès lors en aller de même s'agissant du gage.

## V. Quelques changements récents

Le droit des conditions générales est toutefois loin d'être statique. En parallèle, les conditions générales font l'objet de défis plus directs : d'abord, sur le plan législatif, la loi sur les titres intermédiés et la révision de la loi sur la concurrence déloyale remettent en question le régime actuel. Ensuite, sur le plan international, l'application du droit suisse est remise en question que ce soit en attirant le contentieux auprès d'autres fors ou par le biais de lois d'application immédiate étrangères. Enfin, l'autorité de surveillance s'est intéressée elle aussi à la problématique, ce qui a également apporté son lot de changements.

### A. Changements législatifs

Sur le plan législatif, les conditions générales des banques ont fait l'objet de deux projets récents : la loi sur les titres intermédiés et la révision de la loi sur la concurrence déloyale.

1. Loi sur les titres intermédiés
  - a. *Sûreté sur les titres intermédiés*

La loi sur les titres intermédiés (LTI) a réformé de façon radicale le statut juridique des valeurs mobilières détenues par un intermédiaire. Cependant, cette loi ne s'est pas limitée à clarifier le sort de ces instruments, mais a également apporté certains changements au droit de fond et s'est penchée, à ce titre sur les conditions générales.

En effet, le projet de loi sur les titres intermédiés proposait d'interdire purement et simplement la création d'un droit de gage dans les conditions générales<sup>127</sup>. Ce projet n'a pas convaincu le parlement qui a maintenu cette possibilité<sup>128</sup>. Au demeurant, ce choix législatif, nous semble-t-il, consacre

---

<sup>127</sup> Art. 26 al. 3 P-LTI ; Message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés du 15 novembre 2006, FF 2006 8817, 8871.

<sup>128</sup> Voir BOCE, 2007 1122, intervention Fritz Schiesser ; BOCN, 2008 1344, intervention de la Conseillère fédérale Widmer-Schlumpf. Voir aussi L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques, 466 ; H. KUHN, § 5, N 23.

la validité de cette institution fortement répandue qui ne saurait être qualifiée d'insolite ou de déloyale, à moins de vouloir remettre en question la décision du législateur<sup>129</sup>.

En revanche, le régime de la réalisation s'est vu modifié: premièrement, en matière de titres intermédiés, un avis doit désormais obligatoirement précéder la réalisation<sup>130</sup>. Contrairement à la règle générale, cet avis est impératif sauf entre intermédiaires qualifiés<sup>131</sup>, notion définie restrictivement par la LTI<sup>132</sup>. Tout au plus, une réalisation sans avis préalable reste envisageable dans les cas de péril en la demeure où il en va de l'intérêt des deux parties de liquider le gage plutôt que de voir l'actif perdre toute sa valeur<sup>133</sup>.

Deuxièmement, la réalisation privée est rendue compliquée par l'exigence absolue d'un marché représentatif<sup>134</sup>, condition qui se laisse toutefois surmonter par un peu de créativité et un recours à une interprétation téléologique<sup>135</sup>. Il est ainsi possible de créer un marché représentatif en sollicitant des offres d'intermédiaires financiers, en mettant sur pied une procédure d'enchères, en s'entendant sur une méthodologie d'évaluation

<sup>129</sup> H. KUHN, § 5, N 23. *Contra* L. THÉVENOZ, Les conditions générales des banques, 466.

<sup>130</sup> Art. 32 al. 1 LTI. Voir B. FOËX, Les sûretés, 140; H. KUHN, § 26, N 120; BK-ZOBL, ad art. 891, N 48. Voir aussi ATF 118 II 113. Voir sans autre justification *Bericht der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten technischen Arbeitsgruppe zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Verwahrung und Übertragung von Bucheffekten (Bucheffektengesetz) und zur Ratifikation des Haager Übereinkommens über die auf bestimmte Rechte an Intermediär-verwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung (Haager Wertpapierübereinkommen)*, du 15 juin 2004, disponible sous [www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00887/index.html?lang=fr](http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00887/index.html?lang=fr), 78; Message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés du 15 novembre 2006, FF 2006 8817, 8881.

<sup>131</sup> Art. 31 al. 1 *in fine* LTI. Voir FISA & HSC Commentary-Foëx, ad art. 22 FISA, N 36.

<sup>132</sup> Art. 5 let. d LTI qui définit les investisseurs qualifiés comme un dépositaire au sens de l'art. 4 LTI; une entreprise d'assurance soumise à une surveillance prudentielle; une corporation de droit public, une institution de prévoyance ou une entreprise disposant d'une trésorerie gérée à titre professionnel.

<sup>133</sup> Voir FISA & HSC Commentary-Foëx, ad art. 32 FISA, N 27-28. Voir sur la notion BK-ZOBL, ad art. 890 ZGB, N 40 et ad art. 891 ZGB, N 10; BSK ZGB II-BAUER, ad art. 891 ZGB, N 1 et ad art. 890 ZGB, N 6.

<sup>134</sup> Art. 31 al. 1 LTI.

<sup>135</sup> Message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés du 15 novembre 2006, FF 2006 8817, 8880; voir FISA & HSC Commentary-Foëx, ad art. 31 FISA, N 36-40; H. KUHN, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, § 26, N 118-119.

basée sur des titres liquides ou un prix de référence, voire même une évaluation par un tiers<sup>136</sup>. Enfin, le créancier-gagiste doit rendre compte de sa réalisation et reverser tout excédent au propriétaire de la sûreté<sup>137</sup>.

Toutefois, ces restrictions ne sont que d'un intérêt limité pour notre thématique : d'une part, elles ne s'appliquent pas qu'aux sûretés constituées sur la base de conditions générales, mais à toutes les sûretés sur titres intermédiés et dès lors ont une portée plus large que celle de notre contribution. En même temps, faut-il le rappeler, la LTI n'a pas une vocation universelle. Elle ne régit que les titres intermédiés, c'est-à-dire les créances et les droits sociaux inscrits à un compte de titres transmissibles selon la LTI<sup>138</sup>, sans affecter le régime applicable aux biens mobiliers, p. ex. les métaux précieux ou les papiers valeurs non fongibles, notamment les actifs utilisés dans le financement du négoce, connaissements maritimes ou certificats d'entreposage. Il n'en reste pas moins que la réalisation privée des actifs bancaires les plus importants est devenue plus délicate.

#### b. *Droit d'usage sur les titres intermédiés*

Si l'interdiction de gage dans les conditions générales n'a pas su convaincre le parlement, la loi sur les titres intermédiés a exclu l'octroi d'un droit d'utiliser des actifs de clients dans les conditions générales, à moins que ces derniers soient des investisseurs qualifiés<sup>139</sup>. Il est donc interdit selon la LTI de remettre en gage des actifs de clients, qu'ils soient remis en nantissement ou non, de concéder un prêt de titre ou de procéder à un repo avec des actifs clients sur la base d'une clause prévue dans les conditions générales<sup>140</sup>. La définition des conditions générales ne résulte pas de la loi, mais il s'agit ici de lire cette disposition comme se référant à tout document rédigé à l'avance n'ayant pas pour objet de régler exclusivement l'octroi d'un droit d'user les titres<sup>141</sup>. Il s'agit ainsi, dans ce contexte, non pas

---

<sup>136</sup> Voir FISA & HSC Commentary-Foëx, ad art. 31 FISA, N 36-50 ; H. KUHN, § 26, N 118-119.

<sup>137</sup> Art. 32 al. 2 LTI. Voir, généralement, FISA & HSC Commentary-Foëx, ad art. 22 FISA, N 32-35.

<sup>138</sup> Art. 3 al. 1 LTI.

<sup>139</sup> Art. 22 al. 2 LTI.

<sup>140</sup> Art. 22 al. 1 LTI.

<sup>141</sup> FISA & HSC Commentary-Foëx, ad art. 22 FISA, N 36.

d'empêcher le client de se livrer à ce type de transaction, mais d'éviter qu'il y consente sans être conscient des risques qu'ils impliquent.

Toutefois, ce changement n'est qu'une codification d'une pratique plus ancienne. En effet, l'ancien article 17 de la loi sur les banques de 1933, abrogé avec l'entrée en vigueur de la loi sur les titres intermédiés<sup>142</sup>, prévoyait une interdiction de constituer un gage sur les actifs de clients sur la base de conditions générales. D'ailleurs, la Commission fédérale des banques a précisé en 2002 que cette disposition s'appliquait par analogie aux prêts de titres<sup>143</sup>. Cette pratique a au demeurant été perpétuée après l'entrée en vigueur de la LTI, puisque la FINMA a dans une large mesure renforcé cette interdiction dans le cadre de la circulaire FINMA 10/2 *Opérations de mise/prise en pension et de prêt/emprunt de titres (Repo/SLB)*<sup>144</sup>.

En synthèse, malgré les changements importants qu'elle entraîne, la loi sur les titres intermédiés n'a pas eu un effet majeur sur les conditions générales des banques. La clause de gage générale a survécu aux attaques et l'interdiction d'un droit d'usage dans les conditions générales n'a rien de nouveau. En même temps, cette loi introduit la possibilité d'un traitement différencié entre investisseurs "ordinaires" et qualifiés s'agissant de l'avis précédant la réalisation d'une sûreté et le devoir de rendre compte. Dans ces cas, il est désormais interdit à un investisseur ordinaire de renoncer à ces droits. Par ailleurs, elle insiste sur la présence d'un marché représentatif lors de toute réalisation privée. Ce faisant, elle renforce la protection des clients et plus particulièrement des particuliers, sans passer par le droit des conditions générales.

---

<sup>142</sup> RO 2009 3593.

<sup>143</sup> Rapport de gestion CFB 2002, 11. Voir aussi Message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés du 15 novembre 2006, FF 2006 8817, 8866; *Bericht der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten technischen Arbeitsgruppe zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Verwahrung und Übertragung von Bucheffekten (Buecheffektengesetz) und zur Ratifikation des Haager Übereinkommens über die auf bestimmte Rechte an Intermediär-verwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung (Haager Wertpapierübereinkommen)*, du 15 juin 2004, 57.

<sup>144</sup> Circulaire FINMA 10/2 *Opérations de mise/prise en pension et de prêt/emprunt de titres (Repo/SLB)*, ch. 10.

## 2. Article 8 LCD

Si l'on cherche une disposition à grand rayon d'action, c'est vers le nouvel article 8 de la loi sur la concurrence déloyale (LCD) qu'il faut se tourner :

“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.”<sup>145</sup>

Cette disposition destinée à entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2012 est le résultat d'une procédure législative longue et complexe<sup>146</sup>.

Le nouvel article 8 LCD ne profite qu'aux consommateurs, notion que la loi ne définit pas. On ne sait donc pas si cet article s'applique à tout contrat conclu par un consommateur dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle, à l'image du droit européen et de la LCC<sup>147</sup>, ou, au contraire, s'il vise seulement des prestations de service courantes, comme c'est le cas dans d'autres domaines du droit suisse<sup>148</sup>. Cette distinction peut en effet, dans le domaine financier, avoir un impact conséquent : si les services du trafic de paiements et la tenue d'un compte, typiques de la banque de détail, relèvent clairement de la consommation courante, les services d'investissement, la gestion de fortune et peut-être même le crédit hypothécaire sortent de ce cadre alors qu'ils sont clairement couverts par la définition du droit européen<sup>149</sup>. Selon l'interprétation qui est choisie, l'impact de cette révision sur le *private banking* variera substantiellement.

---

<sup>145</sup> Art. 8 LCD, FF 2011 4575.

<sup>146</sup> T. KOLLER, Einmal mehr, 943, note 2 ; P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 380 ; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 287 ; A. FURRER, 324-325 ; J. SCHMID, 4-6 ; Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5539, 5547.

<sup>147</sup> Dans ce sens, H. STÖCKLI, 186 ; J. SCHMID, 8. Voir l'art. 2 let. b de la directive 93/13/CEE et l'art. 3 de la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC, RS 221.214.1)

<sup>148</sup> Dans ce sens, A. FURRER, 326 ; S. MARCHAND, 330 ; A. KUT/D. STAUBER, ch. 115. Voir l'art. 32 CPC et l'art. 120 LDIP. Voir aussi l'art. 40a CO et l'art. 1 al. 1 let. b de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP, RS 221.112.944). Voir aussi ATF 132 II 268, c. 2.2.4, 273, relatif à la aLFor.

<sup>149</sup> H. STÖCKLI, 186.

En revanche, il devrait être évident que des prestations à des professionnels, fussent-ils de simples exploitants de petites et moyennes entreprises, ne sont pas visées par la protection accordée par cette disposition<sup>150</sup>. Il en va de même – à notre avis – en cas de recours à des structures patrimoniales, que ce soit un véhicule social, une fondation ou un trust et, *a fortiori*, des instruments plus complexes<sup>151</sup>. Dans tous ces cas, d'un point de vue téléologique du moins, le privé, ayant droit économique de la structure, a recours aux services de professionnels ou, pour le moins, met en place un instrument complexe qui présuppose une certaine expérience et un investissement conséquent, ce qui le met dans une situation qui ressemble à celle d'un professionnel.

Malgré cette limitation, la nouvelle destinée à entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2012 se distingue notablement de la précédente mouture de cette disposition, qui est restée lettre morte en pratique<sup>152</sup>: elle élimine le caractère trompeur comme condition à la déloyauté, qui mettait à néant cette disposition<sup>153</sup>, et la référence au droit dispositif. Il suffira désormais d'une disproportion notable et injustifiée entre droits et obligations qui soit contraire à la bonne foi pour que l'on puisse parler de clause déloyale. Ce faisant, la loi reprend la jurisprudence applicable en matière de clause insolite, tout en l'affranchissant de sa nature *a priori* formelle. En même temps, la nouvelle se rapproche du droit européen<sup>154</sup>. La formulation retenue ressemble à celle de l'article 4 de la directive 93/13/CEE<sup>155</sup>. D'ailleurs, le message du Conseil fédéral manifeste une volonté d'intégrer de façon au-

<sup>150</sup> S. MARCHAND, 331; H. STÖCKLI, 187; J. SCHMID, 7. *Comp. de lege ferenda* P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 191 et 193; A.-C. FORNAGE, N 130-136; A. FURRER, 327; E. HOLLIGER-HAGMANN, Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG. Voir aussi Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5539, 5568.

<sup>151</sup> J. SCHMID, 8.

<sup>152</sup> P. GAUCH, 84; P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 380; H. STÖCKLI, 184-185.

<sup>153</sup> Voir, parmi d'autres, P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1154-1155; MARCHAND, 330; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 287; H. STÖCKLI, 185; A. SCHOTT, 79.

<sup>154</sup> Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5539, 5561; I. WILDHABER, 538.

<sup>155</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Journal officiel n° L 95 du 21/04/1993, p. 29.

tonome les standards européens<sup>156</sup>. Cependant, compte tenu du compromis qui a été nécessaire pour faire passer le projet aux Chambres, il s'agira d'être prudent avant de reprendre le droit européen<sup>157</sup>. Cette conclusion tient d'autant plus que la loi sur la concurrence déloyale n'a pas pris le parti, à l'exemple de la directive 93/13/CEE, d'énumérer à titre exemplatif certaines clauses qui sont présumées être inacceptables dans des conditions générales<sup>158</sup>. Or, il n'est pas certain que cette annexe aurait passé la rampe du parlement, même si un tel catalogue avait contribué à la sécurité du droit<sup>159</sup>.

Même sans reprendre l'acquis communautaire, cette disposition introduit un véritable contrôle matériel des conditions générales. Dès qu'il doit examiner des conditions générales, c'est-à-dire un contrat pré-formulé destiné à être déployé dans de nombreuses relations contractuelles<sup>160</sup> et qui n'a pas fait l'objet de négociations ou d'amendements par les parties<sup>161</sup> ou, encore plus précisément, pour lequel la négociation a été exclue<sup>162</sup>, le tribunal saisi d'un conflit ne peut pas se contenter d'examiner si le consentement des parties est parfait, mais doit se demander si matériellement l'équilibre entre prestation et contre-prestation n'est pas manifestement violé. Ce test ne doit pas se faire clause par clause mais en considérant aussi l'entier du contrat<sup>163</sup>, y compris les avantages en termes de prix<sup>164</sup>. D'ailleurs,

---

156 Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5539, 5557 et 5561.

157 Voir dans ce sens A. FURRER, 328 ; A. KUT/D. STAUBER, 127. Voir aussi J. SCHMID, 6 et 15-16.

158 Voir l'annexe de la directive 93/13/CEE.

159 S. MARCHAND, 327 ; A. KUT/D. STAUBER, ch. 115.

160 P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 288 ; A.-C. FORNAGE, N 941-943 ; A. FURRER, 325 ; A. KUT/D. STAUBER, ch. 113. UWG-PROBST, ad art. 8, N 3. Voir aussi Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 5539, 5565. En revanche, des produits financiers ne sauraient être qualifiés de conditions générales. Voir A. SCHOTT, 79.

161 Voir A. MORIN, 501 ; A. FURRER, 325 ; I. WILDHABER, 542 ; J. SCHMID, 6. Voir aussi § 305 al. 1 BGB.

162 A.-C. FORNAGE, N 943 et 996 ; UWG-PROBST, ad art. 8, N 33. Ainsi, si le consommateur décide consciemment de ne pas négocier le contrat après en avoir examiné le contenu, la clause sera réputée négociée individuellement. Voir I. WILDHABER, 543.

163 Voir aussi A. MORIN, 516 ; I. WILDHABER, 543 ; A. KUT/D. STAUBER, 119.

164 L. BIERI, N 9 ; A. KUT/D. STAUBER, ch. 119.

le droit européen n'en demande pas plus<sup>165</sup>. La notion de déséquilibre doit s'interpréter de façon comparable à celle consacrée dans le contexte de la lésion économique<sup>166</sup>, étant précisé que le déséquilibre n'est alors pas causé par l'inexpérience ou la détresse, mais par l'ignorance rationnelle liée à l'emploi de conditions générales.

Dans ce contexte, il nous semble qu'une dérogation notable au droit dispositif ne suffit pas à consacrer une disproportion notable. En effet, le parlement a décidé de biffer cette référence du projet, retirant ainsi ce référentiel de l'art 8 LCD<sup>167</sup>. En particulier, le législateur suisse a décidé de ne plus faire référence au droit dispositif pour apprécier l'existence d'un déséquilibre<sup>168</sup>,

Dès lors qu'il s'agit d'un contrôle matériel, contrairement à ce qui est le cas dans le contexte de la clause insolite, le tribunal est invité à évaluer la clause abstraitement, sans prendre en compte si les parties connaissaient le contenu de la clause et étaient disposées à l'accepter. En principe, il n'est donc pas possible de sauver une clause déséquilibrée par le consentement exprès et la connaissance de la clause n'exclut pas son caractère déloyal<sup>169</sup>, sous réserve du correctif apporté par le renvoi à la notion de bonne foi<sup>170</sup>. Si le contrat semble consacrer un déséquilibre entre prestation et contre-prestation, il devrait néanmoins être possible d'éliminer tout risque de comportement déloyal en s'assurant que la contrepartie a effectivement compris la clause et idéalement ce qu'elle implique en termes de conséquences pratiques. Il en résulte que le recours à des outils typographiques ou une explication détaillée des implications d'une clause donnée peut guérir un vice, peu importe qu'il soit matériel et non simplement formel.

165 Art. 4 al. 1 de la directive 93/13/CEE. Dans ce sens, A. MORIN, 516. A. KUT/D. STAUBER, ch. 119.

166 Comp. ATF 123 III 292, c. 2 e) aa), 298. Voir aussi P. PICHONNAZ, *Vers un contrôle amélioré*, 387; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 290.

167 A. FURRER, 327. Voir BOCE 2011, 305, intervention du conseiller fédéral Schneider-Amman; BOCN 2011, 800, intervention du conseiller fédéral Schneider-Amman. *Contra* J. SCHMID, 11. Comp. P. PICHONNAZ, *Vers un contrôle amélioré*, 387; P. PICHONNAZ, *Le centenaire*, 194.

168 Comp. art. 8 let. a P-LCD.

169 P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 292; A. KUT/D. STAUBER, ch. 120; A. SCHOTT, 78.

170 A. KUT/D. STAUBER, 125. Voir, plus généralement, S. MARCHAND, 330 (soulignant à juste titre que la bonne foi est avant tout le respect de la parole donnée). Voir aussi A. F. RUSCH, *Bankgebühren*, 172; H. STÖCKLI, 184 (considérant que la disproportion et la contrariété à la bonne foi ne seraient qu'une seule condition); J. SCHMID, 14-16.

En pratique, il est prévisible que ce soient les mêmes clauses que nous avons évoquées ci-dessus qui vont faire l'objet d'un examen plus attentif par les tribunaux, sans qu'il soit possible de conclure d'emblée que l'une ou l'autre clause soit déloyale. Ce sont ainsi les exonérations de responsabilité ou les transferts de risques, les clauses de consentement fictif ou présumé, en particulier en lien avec des modifications tarifaires ou des actes de gestion, ainsi que la clause de banque restante qui seront passés au crible du contrôle matériel.

La sanction de la violation de l'article 8 LCD est la nullité de la clause contentieuse. Si la nullité partielle reste envisageable, il n'est pas certain que le juge puisse adapter une clause abusive en la réduisant à un seuil admissible ou si, au contraire, la clause doit être déclarée nulle afin que le droit dispositif s'applique<sup>171</sup>. La seule exception résulte du principe d'interprétation conforme: s'il est possible d'interpréter le contrat de façon conforme à la loi, que ce soit *contra stipulatorem* ou autrement, c'est cette interprétation qui vaut et il n'est pas nécessaire de sanctionner la clause par la nullité<sup>172</sup>.

Néanmoins, au fond, il ne faut pas s'attendre à de grands changements par rapport à la pratique existant sous l'égide de la clause insolite, mais plutôt un renforcement de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de clause insolite<sup>173</sup>, qui continuera à s'appliquer après l'entrée en vigueur de la révision de la loi sur la concurrence déloyale<sup>174</sup>. La véritable source de changement se situe sur un autre plan: le droit suisse de la protection des consommateurs souffre d'un manque d'effectivité. Les tribunaux ne sont

---

<sup>171</sup> Notant la controverse, L. BIERI, N 10; S. MARCHAND, 330-331; A. SCHOTT, 80. Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5539, 5568. En faveur de la nullité (partielle) pure et simple, P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY/S. EMMENEGGER, N 1156a; P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 290; P. PICHONNAZ, Le centenaire, 194; A. KUT/D. STAUBER, 130. Voir aussi ATF 4A.404/2008 du 18 décembre 2008, c. 5.6.3.2.1. Le droit européen n'impose en revanche aucune sanction et laisse le choix aux Etats membres. A.-C. FORNAGE, N 899.

<sup>172</sup> P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 290; P. PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré, 390.

<sup>173</sup> L. BIERI, N 5. Cette disposition continue à être applicable et protège ainsi non seulement les consommateurs, mais toutes les parties faibles ou inexpérimentées. Voir ATF 109 II 452, c. 5a, 457-458; H. STÖCKLI, 187. Cette conclusion n'est que le corollaire du postulat de T. KOLLER, selon lequel le contrôle formel du caractère insolite d'une clause ne se distingue pas d'un contrôle du contenu. T. KOLLER, Einmal mehr, 950.

<sup>174</sup> H. STÖCKLI, 187.

que rarement confronté à des contentieux fondés sur une violation de la loi sur la concurrence déloyale. Or la révision de 2012 vient accroître l'effectivité de sa mise en œuvre en renforçant, respectivement en étendant le droit d'action des organisations de consommateurs<sup>175</sup> et celui de la Confédération, agissant par le SECO<sup>176</sup>. Surtout dans le domaine de la banque de détail, des petits problèmes à l'échelle individuelle, mais dont l'effet agrégé est important, pourront être appréhendés par ces acteurs<sup>177</sup>, ce qui offre une voie alternative de mise en œuvre du droit qui vient compléter le recours à l'Ombudsman, dont les recommandations n'ont pas de caractère obligatoire<sup>178</sup>. Ce contrôle abstrait des conditions générales est d'ailleurs rendu possible par la suppression de l'exigence du caractère trompeur. En effet, cette condition donnait une couleur subjective à l'appréciation des conditions générales. Le critère de la disproportion manifeste entre prestation et contre-prestation peut, s'agissant de contrats de masse, être examiné de façon générale et abstraite. Par ce biais, le contrôle matériel des conditions générales pourra occuper plus fréquemment les tribunaux, même dans des affaires de peu de valeur. Toutefois, seul l'avenir nous dira ce qu'il en est.

## B. Changements internationaux

En réalité, le plus grand risque que courent les banques se situe sur le plan international. La problématique de la prestation de services transfrontière a été amplement thématisée. Il est désormais reconnu qu'un établissement suisse ne peut pas faire abstraction de la réglementation étrangère, et violer le droit étranger n'est pas, selon la pratique de la FINMA, compatible avec la garantie de l'activité irréprochable<sup>179</sup>. La plupart des acteurs sont

<sup>175</sup> Art. 10 al. 2 let. b LCD. Voir L. BIERI, N 5 ; P. PICHONNAZ, 193.

<sup>176</sup> Art. 10 al. 3 let. b LCD ; ordonnance du du 12 octobre 2011 concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi sur la concurrence déloyale, RS 241.3. Voir P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 291 ; L. BIERI, N 12 ; A. FURRER, 327-328. P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 291 ; L. BIERI, N 12.

<sup>177</sup> P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, 291-292 ; H. STÖCKLI, 185 ; L. BIERI, N 12.

<sup>178</sup> Voir [www.bankingombudsman.ch/fr/association/un-mediateur-neutre](http://www.bankingombudsman.ch/fr/association/un-mediateur-neutre).

<sup>179</sup> Voir *Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières*, du 22 octobre 2010, p. 11-12 ; Bulletin FINMA 1/2010, 102 ; Rapport annuel FINMA 2010, 40-42 ; Rapport annuel FINMA 2010, 17-19 ; Rapport de gestion CFB 2008, p. 37.

conscients des implications de cette approche s'agissant du droit de la surveillance étranger. De même, les déboires de certains établissements helvétiques avec les autorités fiscales américaines ont sans aucun doute souligné l'importance de respecter le droit fiscal étranger, même si le droit suisse ne l'exige pas directement.

Toutefois, la prise de conscience ne s'est pas encore faite en matière de droit privé. Or, ce n'est qu'une question de temps avant que les banques voient leurs conditions générales examinées au regard du droit étranger : la Convention de Lugano révisée confirme ce que nous disait déjà la jurisprudence depuis quelques années : un contrat conclu pour un usage étranger à l'activité professionnelle, y compris dans le domaine de la banque privée, permet au consommateur, même très fortuné, de bénéficier du siège de son domicile, pour autant que la banque ait une présence ou des activités dirigées vers l'Etat de résidence du consommateur<sup>180</sup>. Il en résulte que non seulement les activités de banque de détail, mais encore les services de *private banking* transfrontières sont traités comme des opérations avec des consommateurs<sup>181</sup>. Par conséquent, le client peut agir contre la banque devant les tribunaux de son lieu de résidence ou, à sa guise, ceux du siège de la banque<sup>182</sup>, alors que la banque doit agir devant les tribunaux du lieu de résidence du client<sup>183</sup>.

Les banques doivent, dès lors, prendre en compte le risque de procéder devant des tribunaux européens. Or, devant ces juridictions, selon le règlement dit Rome I, le consommateur bénéficie toujours de la pleine protection de son droit d'Etat de résidence, si ce dernier est plus favorable<sup>184</sup>. Il s'ensuit que non seulement le droit suisse doit être pris en compte, mais encore celui de l'Etat de résidence du consommateur.

Jusqu'à présent, les clients avides de discrétion étaient réticents à tenter une action devant les tribunaux de leur Etat de résidence. Or, suite

---

<sup>180</sup> Art. 15 let. c CL. Voir ATF 133 III 295, c. 7.2, 300. Voir aussi *Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières*, du 22 octobre 2010, p. 11-12.

<sup>181</sup> ATF 133 III 295, c. 7.2, 300. Voir I. ROMY, 26.

<sup>182</sup> Art. 16 al. 1 CL.

<sup>183</sup> Art. 16 al. 2 CL.

<sup>184</sup> Art. 4 al. 1 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). Voir aussi *Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières*, du 22 octobre 2010, p. 11-12.

à l'affaiblissement du secret bancaire en matière fiscale et à une réorientation croissante vers "l'argent blanc", les craintes des clients étrangers de procéder devant les tribunaux de leur Etat de résidence vont s'estomper, ce qui va exposer les banques suisses de façon croissante à des demandes à l'étranger qui seront régies par le droit européen<sup>185</sup>.

D'ailleurs, même si, en droit international privé suisse, la définition du consommateur limite l'application des normes destinées à protéger les consommateurs aux prestations de consommation courante, définie usuellement selon la valeur de la transaction<sup>186</sup>, le droit étranger peut revenir s'appliquer par la petite porte. Certes, il ne fait guère de doutes que les services de *private banking* ne ressortent pas des prestations de consommation courante<sup>187</sup> et que les conditions générales peuvent valablement soumettre tout contentieux devant les tribunaux suisses au droit suisse. Cependant, la réserve de l'ordre public étranger et des lois d'application immédiate étrangères<sup>188</sup> peuvent permettre à un client de se prévaloir, devant un tribunal suisse, d'une norme impérative de son Etat de résidence<sup>189</sup>. Or, les normes de ce type deviennent de plus en plus fréquentes sur le plan réglementaire et le projet de MiFID II entend imposer aux prestataires de services extra-communautaires d'agir par le biais d'une succursale qui devra respecter le droit européen<sup>190</sup>.

En synthèse, les banques sont sans aucun doute appelées à ajuster leurs conditions générales et leur mode opératoire selon la nationalité et le lieu de résidence de leurs clients. Il s'agit ainsi non seulement de prendre en compte les éventuelles limitations de droit public, mais aussi de veiller à respecter le droit privé étranger qui pourrait s'appliquer aux banques.

---

185 Voir aussi *Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières*, du 22 octobre 2010, p. 11-12.

186 Art. 32 CPC ; art. 120 LDIP. Voir ATF 132 II 268, c. 2.2.4, 273, relatif à la aLFor.

187 Voir *supra* section V.A.2. Voir aussi I. ROMY, 42-43.

188 Art. 19 LDIP. Voir aussi I. ROMY, 43.

189 Dans ce sens, *Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières*, du 22 octobre 2010, p. 12.

190 Art. 41 al. 2 et art. 43 al. 2 de la Proposition de directive concernant les marchés d'instruments financiers abrogeant la directive 2004/39/EC du Parlement européen et du Conseil, COM(2011) 656 final. Voir aussi Exposé des motifs, p. 10-11.

### C. Intervention de l'autorité de surveillance

C'est un lieu commun que de noter que la pression réglementaire croît en Suisse et ailleurs. Toutefois, un phénomène plus intéressant est l'accent qu'elle met sur la relation client. L'autorité de surveillance s'immisce de plus en plus dans la relation entre privés : c'est le cas depuis longtemps en matière de règles de conduite, où des problématiques qui relèvent d'ordinaire du droit privé sont graduellement devenues des questions de droit de la surveillance. C'est ainsi que la bonne et fidèle exécution des opérations de bourse n'est pas du seul ressort des tribunaux civils examinant les articles 398 CO, mais également de la FINMA, et avant elle de la Commission fédérale des banques, qui a régulièrement veillé à ce que les établissements surveillés respectent leurs devoirs, d'abord sous l'angle de la garantie de l'activité irréprochable, puis sur la base de l'article 11 de la loi sur les bourses<sup>191</sup>.

Dans cette optique, il y a lieu de se demander si l'autorité de surveillance va déployer la même stratégie et faire passer le droit des conditions générales du "pur" droit privé vers la réglementation administrative. A priori, nous serions tentés de répondre par la négative : le législateur a aboli en 2004 le contrôle administratif des conditions générales d'assurance<sup>192</sup> ; il paraît peu probable qu'il le réintroduise en matière bancaire<sup>193</sup>. D'ailleurs, la question avait été envisagée lors de l'élaboration de la loi sur les bourses, pour être rejetée<sup>194</sup>. Au lieu de définir de façon générale les règles de conduite, le projet de loi envisageait que chaque établissement serait appelé à concrétiser la mise en œuvre des principes généraux dans ses conditions générales qui seraient soumises à l'agrément de l'autorité de surveillance<sup>195</sup>. Cette solution n'a pas convaincu : l'article 11 LBVM s'est contenté de formuler le standard général et ce sont les directives de l'Association suisse des banquiers sur les règles de conduite des négociants qui ont pris le relais<sup>196</sup>.

<sup>191</sup> Voir généralement à ce propos, BEHG-BAHAR/STUPP, ad art. 11, N 33.

<sup>192</sup> Voir la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA, RS 961.01).

<sup>193</sup> Comp. P. GAUCH, 86 (en faveur d'une législation spéciale sur les contrats bancaires à l'image de la LCA).

<sup>194</sup> Voir BEHG-BAHAR/STUPP, ad art. 11, N 30.

<sup>195</sup> Voir art. 11 al. 2 et 3 P-LBVM, Message concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM) du 24 février 1993, FF 1993 I 1269.

<sup>196</sup> Voir BEHG-BAHAR/STUPP, ad art. 11, N 34.

Néanmoins, à y regarder de plus près, les interventions ponctuelles dans ce domaine sont de plus en plus nombreuses. La circulaire FINMA 08/7 sur l'outsourcing est emblématique : elle instaure certains devoirs d'information des clients qui ne seraient probablement pas mis en œuvre avec la même rigueur si la question était laissée aux seules autorités pénales et civiles. Depuis plus de dix ans, elle prescrit ainsi une obligation d'informer les clients en cas d'externalisation<sup>197</sup> et exige en cas de transfert de données à l'étranger que les clients soient avisés séparément et puissent résilier leur relation sans subir de désavantage<sup>198</sup>. Plus récemment, en matière de gestion de fortune, la FINMA prescrit le contenu minimal du contrat dans un domaine qui pourtant ne fait pas partie du dicastère de l'autorité de surveillance<sup>199</sup>, et ses ambitions semblent s'étendre au-delà pour couvrir l'entier de la distribution de produits financiers<sup>200</sup>. La circulaire FINMA 10/2 *Opérations de mise/prise en pension et de prêt/emprunt de titres (Repo/SLB)* franchit un pas supplémentaire en dictant certaines exigences pour les relations avec les clients particuliers<sup>201</sup>.

Dans l'ensemble, il s'agit avant tout d'exigences en matière d'information, que ce soit sur l'existence d'une externalisation ou sur les risques du *securities lending and borrowing* (SLB), mais non de règles prescriptives. Des exceptions existent toutefois : la circulaire FINMA 10/2 interdit de façon absolue le SLB sans couverture avec les clients non qualifiés<sup>202</sup> et la circulaire FINMA 09/1 sur la gestion de fortune – comme déjà mentionné – impose le contenu-type au mandat de gestion de fortune<sup>203</sup>.

Néanmoins, jusqu'à présent, l'intervention de l'autorité était limitée et sporadique : l'externalisation en matière de secret bancaire et de protection des données<sup>204</sup> et les risques du trafic de paiement<sup>205</sup> doivent faire l'objet

197 Circulaire FINMA 08/7 *Outsourcing – banques*, ch. 38.

198 *Id.*, ch. 39.

199 Circulaire FINMA 09/1 *Règles-cadres pour la reconnaissance de l'autorégulation en matière de gestion de fortune comme standard minimal (Règles-cadres pour la gestion de fortune)*, ch. 27 ss.

200 L. THÉVENOZ, *Les conditions générales des banques*, 459.

201 Circulaire FINMA 10/2 *Repo/SLB*, ch. 10 et 11 ss.

202 *Id.*, ch. 10.

203 Circulaire FINMA 09/1 *Règles-cadres pour la gestion de fortune*, ch. 9.

204 Circulaire FINMA 08/7 *Outsourcing – banques*, 38-39.

205 Voir *Communication FINMA 3 (2009) : Données des clients – Information de la clientèle sur les risques résiduels dans le trafic des paiements et les transactions en titres*, du 17 juin 2002.

de transparence dans les conditions générales, mais non les risques liés à la surveillance consolidée ou l'entraide administrative, civile et pénale, ou encore les devoirs d'information à l'égard des autorités suisses.

La gestion de fortune et le SLB font l'objet de règles claires, mais non d'autres opérations tout aussi dangereuses pour le consommateur, comme les crédits immobiliers<sup>206</sup> ou autres services d'investissement<sup>207</sup>. Ainsi, les exigences prudentielles concernant la transparence des rétrocessions perçues sont limitées au domaine de la surveillance des contrats de gestion de fortune<sup>208</sup> sans s'étendre aux autres relations d'affaires où les rétrocessions peuvent également conduire à une distorsion de la relation entre le client et son banquier<sup>209</sup>.

Bref, l'appétit de la FINMA de se faire l'avocate des épargnants et des investisseurs en matière de conditions générales semble limité<sup>210</sup>. Toutefois, si cette envie devait se faire sentir, suite p. ex. à des développements à l'étranger, les pistes sont déjà toutes tracées : la *Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières* a déjà invité les établissements surveillés à s'assurer du respect du droit étranger<sup>211</sup>. La FINMA a pensé avant tout aux

---

206 Voir cependant le communiqué de presse de la FINMA, *Marché hypothécaire : la FINMA approuve la révision de l'autorégulation de l'Association suisse des banquiers*, [www.finma.ch/f/aktuell/Pages/mm-hyporichtlinie-sbvg-20111028.aspx](http://www.finma.ch/f/aktuell/Pages/mm-hyporichtlinie-sbvg-20111028.aspx), et les Directives concernant l'examen, l'évaluation et le traitement des crédits garantis par gage immobilier (octobre 2011) de l'ASB, [www.swissbanking.org/fr/20111028-3300-veb-rev-grundpfand\\_rl\\_final-akn.pdf](http://www.swissbanking.org/fr/20111028-3300-veb-rev-grundpfand_rl_final-akn.pdf).

207 Voir cependant la circulaire FINMA 09/1 *Règles-cadres pour la gestion de fortune et, surtout, le Document de position FINMA Règles applicables à la distribution*, du 24 février 2012.

208 Circulaire FINMA 09/1 *Règles-cadres pour la gestion de fortune*, ch. 9.

209 Voir cependant FINMA, *Réglementation sur la production et la distribution de produits financiers aux clients privés – état des lieux, lacunes et options possibles* ("Rapport FINMA Distribution de produits financiers 2010"), d'octobre 2010, et le *Document de position FINMA Règles applicables à la distribution*, du 24 février 2012, p. 13. Les efforts réglementaires dans le domaine avaient été initiés avant : voir Rapport de gestion CFB 2003, p. 86, Rapport de gestion CFB 2004, p. 68, Rapport de gestion CFB 2005, p. 72 ss, et Rapport de gestion CFB 2006, p. 55 s.

210 Voir en matière d'assurance, Rapport de gestion CFB 2006, p. 40 ; *Document de position FINMA Règles applicables à la distribution*, du 24 février 2012.

211 *Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières* ("Position FINMA Risques juridiques"), du 22 octobre 2010, p. 10-11.

normes de la SEC<sup>212</sup>, mais d'autres ordres juridiques peuvent également entrer en ligne de compte, comme nous l'avons vu précédemment : l'acquis communautaire peut ainsi devoir être pris en compte au regard du risque posé par la Convention de Lugano<sup>213</sup>, sans mentionner les normes d'application immédiate.

Enfin, si la FINMA voulait faire preuve d'activisme dans ce domaine, la garantie de l'activité irréprochable lui offre d'ores et déjà la base légale nécessaire, ne serait-ce que pour s'assurer un certain droit de regard dans le domaine, comme elle l'a fait en matière de règle de conduite<sup>214</sup> ou d'abus de marché<sup>215</sup>. De même, elle peut avoir une attitude plus interventionniste en matière de concrétisation des règles de conduite des négociants et imposer un standard plus élevé que celui de l'Association suisse des banquiers. Au demeurant, il reste à voir ce que le projet de réforme législatif initié par la position de la FINMA en matière de distribution de produits financiers apportera<sup>216</sup>.

## VI. Repenser les conditions générales

### A. *Time to change? Un accent sur la transparence et la clarté*

Quel est l'avenir des conditions générales? Deux constats s'imposent. Premièrement, les conditions générales se démultiplient. Il fut un temps lointain où un document d'une ou deux pages suffisait pour ouvrir un compte. Aujourd'hui, c'est une jungle de papier qu'il faut traverser pour arriver au but : les établissements plus sophistiqués ont depuis longtemps recyclé le papier des livrets d'épargne pour imprimer des bibles de documentations contractuelles.

---

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> *Ibid.* Voir *supra* section V.B.

<sup>214</sup> Voir S. EMMENEGGER, La responsabilité pour l'information, 74. Voir la circulaire FINMA 08/10 Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, ch. 10, et les Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres (2008) de l'ASB.

<sup>215</sup> Voir la circulaire FINMA 08/38 Règles de conduite sur le marché concernant le négoce de valeurs mobilières.

<sup>216</sup> Voir le Document de position FINMA Règles applicables à la distribution, du 24 février 2012, 22.

Paradoxalement, la méfiance face aux conditions générales en est la cause : s'il est délicat de concéder un droit d'utilisation dans les conditions générales, un contrat d'adhésion séparé peut faire l'affaire. Ce réflexe existe depuis longtemps en matière de droit de gage, où les banques se protègent souvent par un acte de gage général en plus de la clause des conditions générales. Les exigences applicables en matière de SLB<sup>217</sup> accentueront ce phénomène.

Malgré ces efforts, il nous semble que le défi des conditions générales reste ouvert : les conditions générales sont rarement lues et encore moins comprises. A la lumière des réactions aux séquestres de comptes dans l'affaire Madoff, y compris venant de juristes expérimentés et spécialisés, nous ne pouvons nous empêcher de penser que peu de personnes ont vraiment saisi la portée de cette disposition, même si elle est très répandue depuis des temps immémoriaux.

Ce constat est d'autant plus problématique lorsque le but des conditions générales est d'informer les clients<sup>218</sup>. A notre avis, au lieu de mettre l'accent sur une logique contractuelle, il eût été plus souhaitable d'adopter une approche répandue dans d'autres domaines où l'industrialisation pose des défis cognitifs : l'information seule ne suffit pas, il faut qu'elle soit claire et communiquée efficacement. Dans cette optique, les conditions générales constituent probablement un des pires instruments disponibles et il serait nettement préférable d'avoir recours à des plaquettes informatives, des brochures ou des sites Internet. La communication autour de SWIFT nous paraît marquer un développement positif : l'ASB ne s'est pas contentée de conseiller à ses membres d'ajuster leurs conditions générales, mais elle a complété cette information "juridique" par des renseignements supplémentaires sur son site Internet<sup>219</sup>.

Ce cas devrait à notre avis faire école, si l'information des clients doit être effective. Il est ainsi possible d'éduquer les clients aux risques liés à l'activité bancaire en utilisant d'autres outils que les conditions générales. Par exemple, une banque de détail serait bien conseillée d'informer ses

<sup>217</sup> Voir la circulaire FINMA 10/2 *Repo/SLB*, ch. 12.

<sup>218</sup> P. ex. circulaire FINMA 08/7 *Outsourcing – banques*, ch. 39 ; circulaire FINMA 10/2 *Repo/SLB*, ch. 10 et 11 ss.

<sup>219</sup> *Communication de l'ASB relative à la divulgation de données clients en matière de trafic des paiements, de transactions sur titres et autres opérations en relation avec SWIFT*, juin 2009, [www.swissbanking.org/fr/20090611-kundeninfo\\_swift.pdf](http://www.swissbanking.org/fr/20090611-kundeninfo_swift.pdf).

clients des risques de faux et de dispenser des suggestions sur les moyens de les atténuer ou de les prévenir. Dans cette optique, la banque peut, au lieu de se limiter à préparer des conditions générales, élaborer une feuille d'information ou une brochure. Cet exercice est d'ailleurs grandement facilité par le recours à Internet, un outil indispensable, accessible en tout temps. Si le but est de veiller à ce que la banque communique, elle doit le faire par d'autres moyens que ces conditions générales en petits caractères.

Certes, cette approche peut sembler paternaliste, mais il n'en est rien à notre avis. Le banquier prend sur lui de rédiger le contrat et définir les conditions dans lesquels la relation opère. Il doit donc permettre à sa contrepartie de bénéficier de ce travail en clarifiant la situation et donner au client les moyens de comprendre les enjeux. Il ne s'agit pas de vérifier que le client a fait les efforts nécessaires de son côté pour être informé. Si ce dernier décide de ne pas faire usage de cette opportunité, c'est à lui d'en subir les conséquences.

Au demeurant, ce devoir de transparence n'est guère plus que le corollaire des économies d'échelle réalisées par la banque en standardisant son offre: elle prend le temps de préparer unilatéralement une offre standardisée. Il lui appartient d'en faire profiter également ses clients en leur expliquant clairement ce qu'elle entend leur offrir. A notre avis, des conditions générales écrites en petits caractères ne satisfont que rarement cette exigence et il serait préférable d'informer le client en utilisant d'autres moyens de communication standardisés, plus informels, qui viendraient compléter et clarifier les conditions générales.

### **B. How to change?**

Reste la question: le temps du changement est-il arrivé? Nous pouvons distinguer trois scénarios: soit la politique actuelle se perpétuera, soit l'industrie essaiera de combler les lacunes, soit ce sera l'autorité de surveillance qui se verra contrainte d'intervenir afin d'éviter les risques pour les établissements surveillés...

Dans le premier scénario, les juridictions civiles continueront – probablement avec plus d'assiduité – à contrôler la validité formelle et matérielle des conditions générales, sous réserve de cas isolés où l'autorité de surveillance interviendra, à l'exemple de l'*outsourcing*, des informations sur

les risques particuliers ou celles sur les commissions. Certes, d'un point de vue technique, nous resterons en terrain connu, mais l'incertitude ira croissante : puisque la brèche est ouverte, les tribunaux (suisse et étrangers) pourront intervenir au gré des contentieux, sans poursuivre une ligne claire en la matière. Cependant, le désavantage d'une mise en œuvre par les tribunaux est son caractère aléatoire : le contentieux déterminera quels problèmes seront réglés et lesquels resteront sans réponse. De plus, un tribunal fonctionne avant tout dans une logique juridique et contractuelle : même si la jurisprudence en matière de rétrocession constitue l'exception qui confirme la règle, les juridictions civiles ne sont pas habituées à évaluer la qualité d'une communication. Par ailleurs, de nature réactive, elles ne peuvent pas donner un *feedback* rapide en l'absence de tout contentieux.

Un changement est dès lors souhaitable. Peut-être qu'il résultera d'initiatives individuelles de certains acteurs qui feront école. Si le problème des conditions générales est effectivement un problème lié à l'asymétrie d'information causée par une ignorance rationnelle et des biais cognitifs. Il est probable qu'un acteur particulier n'aura pas un avantage particulier à être plus transparent que les autres, à moins de pouvoir être crédible dans sa communication, ce qui est difficile à faire.

La solution pourrait alors être le recours à une approche bien connue : l'autoréglementation par le développement de "standards minimaux" reconnus par l'autorité de surveillance, ou des campagnes d'information générale sur des questions spécifiques. Cette approche permet d'élaborer une réponse collective aux défis auxquels l'industrie est confrontée : par exemple, comme le souligne le cas SWIFT, celui soulevé par l'application de droits étrangers aux banques suisses<sup>220</sup>. Cependant, cette approche n'est pas sans poser des problèmes : faut-il rappeler qu'il y a plus de dix ans, bien avant l'avènement d'un véritable droit de la concurrence, la Commission des cartels avait censuré les conditions générales types de l'ASB<sup>221</sup> ? L'histoire ne doit pas se répéter, mais le problème concurrentiel de l'harmonisation des conditions générales ne peut néanmoins être ignoré, que ce soit dans l'optique des consommateurs ou celle de l'industrie.

---

<sup>220</sup> *Ibid.*

<sup>221</sup> *Die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe = Les effets de portée nationale d'accords entre banques* (enquête de la Commission des cartels), coll. Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix, n° 3/1989. Voir aussi L. THÉVENOZ, *Les conditions générales des banques*, 459.

Dès lors l'intervention, d'une façon ou d'une autre, de l'autorité de surveillance semble nécessaire dans ce contexte. Il reste que cette approche suppose que l'autorité de surveillance exerce un contrôle accru sur le contenu des conditions générales, que ce soit de façon directe ou par le biais des sociétés d'audit. A son tour, ce changement d'attitude risque de conduire à des conflits de compétence avec les tribunaux civils.

Cette approche permet cependant de changer de paradigme et de mettre l'accent sur l'efficacité de l'information. L'autorité administrative – contrairement aux juges – ne devrait pas avoir de remords à prendre acte des limites du contrat comme moyen d'information et d'exiger une information effective du client, qui puisse faire l'objet d'un contrôle par l'organe de révision<sup>222</sup>. Elle peut mettre en œuvre une réglementation qui réponde efficacement aux défis cognitifs posés par les conditions générales. Ce changement poserait cependant de façon directe une question que la FINMA a toujours évitée: est-ce que la FINMA, comme certains de ses homologues étrangers, a un mandat général de s'assurer que les épargnants et les investisseurs ne voient pas leurs intérêts lésés dans leur relation d'affaires avec les établissements surveillés<sup>223</sup>? Une réponse positive signifierait alors une véritable révolution copernicienne dans le droit bancaire suisse.

## VII. Conclusion

Actuellement, il est de la responsabilité des banques d'être proactives face aux nouveaux défis que posent les conditions générales, à moins de se laisser surprendre par un contrôle accru des tribunaux suisses ou étrangers. Il s'agit également d'anticiper l'intervention des autorités de surveillance locales et étrangères.

Toutefois, la seule véritable solution à long terme consiste à changer radicalement la politique d'information des clients et à s'assurer que ceux-ci ont compris les risques qu'ils courent en mettant à leur disposition, en plus de la documentation contractuelle, de véritables outils d'information: cette approche permettrait de désamorcer le risque de litiges liés aux conditions

---

<sup>222</sup> Voir, p. ex., la circulaire FINMA 2008/38 *Règles de conduite sur le marché concernant le négoce de valeurs mobilières*, ch. 65.

<sup>223</sup> Voir, p. ex., *Financial Services and Markets Act 2000*, s. 2 (2)(d).

générales, tout en permettant à la banque de prouver l'efficacité de l'information dans un contexte contentieux.

C'est donc le recours aux conditions générales elles-mêmes qu'il s'agit de repenser : les conditions générales ne doivent plus être le document dans lequel les juristes font figurer tous les risques possibles et imaginables que la banque ne veut pas supporter, mais la synthèse des risques dévoilés et présentés de façon plus exhaustive par d'autres outils de communication. Dans l'intervalle, la question n'est pas de savoir si un changement se produira, mais plutôt comment il se déroulera et comment le gérer adéquatement.

## Bibliographie

- ABEGGLEN, S., “‘Retrozession’ ist nicht gleich ‘Retrozession’”, RSDA 2007, 126.
- , “Die adäquate Entschädigung des Vermögensverwalters”, RDS 2008 I, 41.
- ACKERLOF, G., “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics* 84 (1970), 488-500.
- AEPPLI, V., “Zur Inhaltsproblematik allgemeiner Geschäftsbedingungen dargestellt anhand vorformulierter Klauseln von Banken”, RDS 2000 I 85.
- ALTHAUS, A., *Personendaten von Bankkunden*, Berne 2004.
- AUSTEN-SMITH, D. et BANKS, J., “Cheap Talk and Burned Money”, *Journal of Economic Theory* 91 (2001), 1.
- BSK BEHG-BAHAR, R. / STUPP, E., in Rolf Watter et Nedim Peter Vogt (éd.), *Basler Kommentar, Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter StGB, Börsengesetz / Finanzmarktaufsichtsgesetz*, Bâle 2010.
- BAHAR, R. et THÉVENOZ, L., “Conflicts of Interest: Disclosure, Incentives, and the Market”, in Luc Thévenoz et Rashid Bahar (éd.), *Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Markets*, Alphen aan den Rijn, Genève, Zurich et Bâle 2007, 85.
- BSK ZGB II-BAUER, T., in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt et Thomas Geiser (éd.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, Bâle 2011.
- BIERI, L., “Qu’appporte le nouvel article de la loi fédérale contre la concurrence déloyale”, *Jusletter* du 24 octobre 2011.
- BRETTON-CHEVALLIER, C., *Le gérant de fortune indépendant, rapports avec le client, la banque dépositaire, obligations et responsabilités*, Genève, Zurich et Bâle 2001.
- BUCHER, E., “Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr: ein weiteres Mal Bemerkungen zu den AGB der Banken”, *recht* 1997, 41.

- DE BOTH, J.-Y., “La saga des rétrocessions”, in Bénédicte Foëx et Laurent Hirsch (éd.), *Transparence et secret dans l’ordre juridique: liber amicorum Vincent Jeanneret*, Genève 2010, 119.
- DE CAPITANI, W., “Retrozessionen an externe Vermögensverwalter”, in *Festgabe für Jean-Paul Chapuis*, Zurich 1998, 25.
- CR CO I-DESSEMONTET, F., in Luc Thévenoz et Franz Werro (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, Bâle 2005.
- FISA & HSC Commentary-EIGENMANN, A., in Hans Kuhn, Barbara Graham-Siegenthaler et Luc Thévenoz (éd.), *The Federal Intermediated Securities Act (FISA) and the Hague Securities Convention (HSC)*, Berne 2010.
- EMCH, U., RENZ, H., ARPAGAU, R., GASSER, A., KRAMER, G., TRÖDTLI, M. R. et WERLEN, T., *Das schweizerische Bankgeschäft: Das praktische Lehrbuch und Nachschlagewerk*, 6<sup>e</sup> éd., Zurich, Bâle et Genève 2004.
- EMMENEGGER, S., “Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung”, in Susan Emmenegger (éd.), *Anlage-recht*, Bâle 2007, 66.
- , “Die Informationspflicht der Bank bei Anlagegeschäften: tout devient public?”, in Peter V. Kunz, Dorethea Herren, Thomas Cottier et René Matteotti (éd.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren*, Bâle 2009, 643.
- , “Le devoir d’information du banquier”, in Christine Chappuis et Bénédicte Winiger (éd.), *La responsabilité pour l’information fournie à titre professionnel*, Genève, Zurich et Bâle 2009, 67.
- EMMENEGGER, S. et ZBINDEN, A., “Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses”, in Susan Emmenegger (éd.), *Cross-border Banking*, Bâle 2009, 193.
- BK-FELLMANN, W., *Berner Kommentar, Art. 394 OR, Der Auftrag*, vol. VI.2.4, Berne, 1992.
- FISCHER, P., “Un nouveau chapitre de l’épopée des rétrocessions: ATF 137 III 393”, *RSDA* 2012, 72.
- FOËX, B., *Le contrat de gage mobilier*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997.

- , “Les sûretés selon la loi sur les titres intermédiés”, in Luc Thévenoz et Christian Bovet (éd.), *Journée 2008 de droit bancaire et financier*, Genève, Zurich et Bâle 2009, 124.
- FISA & HSC Commentary-Foëx, B., in Hans Kuhn, Barbara Graham-Siegenthaler et Luc Thévenoz (éd.), *The Federal Intermediated Securities Act (FISA) and the Hague Securities Convention (HSC)*, Berne 2010.
- FORNAGE, A.-C., *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, Berne 2011.
- FRIEDMAN, D. D., *Law’s order*, Princeton 2000.
- FURRER, A., “Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz”, REAS 2011, 324.
- GAUCH, P., “Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB”, *recht* 2006, 77.
- GAUCH, P., SCHLUEP, W. R., SCHMID, J., REY, H. et EMMENEGGER, S., *Schweizerisches Obligationenrecht: allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 9<sup>e</sup> éd., Zurich 2008.
- GIOVANOLI, M., “Jurisprudence bancaire et financière 2005-2006 en Suisse (droit privé)”, in Luc Thévenoz et Christian Bovet (éd.), *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Genève 2007, 129.
- GUTZWILLER, C., “Die Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide der Bank”, RSJ 98 (2005), 117.
- HOLLIGER-HAGMANN, E., “Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG”, *Jusletter* du 20 février 2012.
- HSU, P., “Retrozessionen, Provisionen und Finder’s Fees”, RDS Beiheft 45 (2006), 1.
- HSU, P. et STUPP, E., “Retrozessionen sind grundsätzlich dem Kunden abzuliefern: Besprechung des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.432/2005 vom 22. März 2006”, GesKR 2006, 202.
- JOLLS, C. et SUNSTEIN, C., “Debiasing though law”, *Journal of Legal Studies* 35 (2006), 199.
- KAHNEMAN, D., *Thinking Fast and Slow*, New York 2011.
- KAHNEMAN, D. et TVERSKY, A., “Availability: a Heuristic for Judging Frequency and Probability”, *Cognitive Psychology* 5 (1973), 233.

- KOLLER, T., “Vertragsabschluss durch Schweigen auf einen Antrag? Bemerkungen zum Begriff der Vertragsfiktion, zu BGE 120 II 133 ff. sowie zu Art. 6 OR”, *recht* 1996, 70.
- , “Einmal mehr: Das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle”, *PJA* 2008, 943.
- BK-KRAMER, E., *Berner Kommentar, Art. 19-22 OR, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages*, vol. VI/1/1/1a/1a, Berne 1991.
- KUHN, H., *Schweizerisches Kreditsicherungsrecht*, Berne 2011.
- KUHN, R., “Retrozessionszahlungen an externe Vermögensverwalter – eine Standortbestimmung”, *PJA* 2006, 1051.
- KUT, A. et STAUBER, D., “Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick”, *Jusletter* du 20 février 2012.
- LEYENS, P. C. et SCHÄFER, H.-B., “Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen: Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption”, *Archiv für die civilistische Praxis* 210 (2010), 771.
- LOMBARDINI, C., *Droit bancaire suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, Bâle et Genève 2008.
- LOMBARDINI, C. et MACALUSO, A., “Rétrocession dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective”, *PJA* 2008, 180.
- MARCHAND, S., “Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries”, *REAS* 2011, 328.
- MARGIOTTA, A., *Das Bankgeheimnis – rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses?*, Zurich 2002.
- MORIN, A., “Les clauses contractuelles non négociées”, *RDS* 2009 I 497.
- NÄNNI, M. et VON DER CRONE, H. C., “Rückvergütung im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung”, *RSDA* 2006, 377.
- NOBEL, P. et STIRNIMANN, I., “Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds und strukturierten Produkten durch Banken”, *RSDA* 2007, 349.
- ZK-OFTINGER, K. / BÄR, R., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Art. 884-918 ZGB, Das Fahrnispfand*, vol. IV.2c, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1981.

- PICHONNAZ, P., “Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse?”, in Peter Gauch, Franz Werro et Pascal Pichonnaz (éd.), *Mélanges en l’honneur de Pierre Tercier*, Zurich 2008, 378.
- , “Le centenaire du Code des obligations”, RDS 2011 II 117.
- PICHONNAZ, P. et FORNAGE, A.-C., “Le projet de révision de l’art. 8 LCD : une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales”, RSJ 106 (2010), 285.
- UWG-PROBST, T., in Peter Jung et Philippe Spitz (éd.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Berne 2010.
- ROMY, I., “Les contrats de services financiers comme contrats de consommation : for et droit applicable”, in Luc Thévenoz et Christian Bovet (éd.), *Journée 2010 de droit bancaire et financier*, Genève, Zurich et Bâle 2011, 21.
- ROMY, I. et BLOCH, O., “Les devoirs d’information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale”, in Peter Gauch, Franz Werro et Pascal Pichonnaz (éd.), *Mélanges en l’honneur de Pierre Tercier*, Zurich 2008, 457.
- ROTH, U. P., “Pfandrechte in der Praxis der Banken”, in Wolfgang Wiegand (éd.), *Mobiliarsicherheiten*, Berne 1998, 137.
- RUSCH, A. F., “Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle”, *recht* 2011, 170.
- , “Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman”, *Jusletter* du 28 mars 2011.
- SCHÄFER, H.-B. et OTT, C., *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4<sup>e</sup> éd., Berlin, Heidelberg et New York 2005.
- SCHÄREN, S., “Anforderungen an den vorgängigen Verzicht auf Herausgabe von Retrozessionen”, *GesKR* 2011, 552.
- SCHMID, J., “Die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen : Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG”, *RJB* 148 (2012), 1.
- SCHOTT, A., “Missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen – zur Inhaltskontrolle”, *ECS* 2012, 78.
- SCHWENZER, I., *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*, 5<sup>e</sup> éd., Berne 2009.

- SIBBERN, E. et VON DER CRONE, H. C., “Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden”, RSDA 2006, 70.
- STEINAUER, P.-H., *Les droits réels*, Tome III, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2003.
- STÖCKLI, H., “Der neue Art. 8 UWG – Offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle”, BR/DC 2011, 184.
- TERCIER, P., “Quels fondements pour le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle?”, in François Bellanger, François Chaix et Anne Héritier Lachat (éd.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, 209.
- THALMANN, CHR., “Das Pfand- und Verrechnungsrecht nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken”, SAS 1989, 136.
- THÉVENOZ, L., “Information, conseil, mise en garde”, in Luc Thévenoz et Christian Bovet (éd.), *Journée 2007 de droit bancaire et financier*, Genève 2008, 19.
- , “Les conditions générales des banques – réflexions sur un législateur inonmé”, in Peter Gauch, Franz Werro et Pascal Pichonnaz (éd.), *Mélanges en l’honneur de Pierre Tercier*, Zurich 2008, 457.
- BSK OR I-WEBER, R., in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt et Wolfgang Wiegand (éd.), *Basler Kommentar, Art. 1-529 OR, Obligationenrecht I*, Bâle 2011.
- WESSNER, P., “Les contrats d’adhésion: quelle protection pour la partie réputée la plus faible?”, RDS 1986 I, 161.
- WIEGAND, W., “Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik”, in Wolfgang Wiegand (éd.), *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, Berne 1994, 129.
- WIEGAND, W. et ZELLWEGE-GUTKNECHT, C., “Privatrechtliche Probleme der Vermögensverwaltung: Grundfragen und Schnittstellen”, in Wolfgang Wiegand (éd.), *Vermögensverwaltung und Nachlassplanung*, Berne 2005, 27.
- WILDHABER, I., “Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr”, RSJ 107 (2011), 537.
- BK-ZOBL, D., *Berner Kommentar, Art. 888-915 ZGB, Das Fahrnispfand mit kurzem Überblick über das Versatzpfand*, vol. IV.2.5.2, Berne 1996.

BK-ZOBL, D./TURNHERR, CHR., *Berner Kommentar, Art. 884-887 ZGB, Die beschränkten dinglichen Rechte: Das Fahrnispfand, Systematischer Teil*, vol. IV.2.5.1, Berne 2010.

ZULAUF, U. et ZIBUNG, O., “Aufsichtsregeln zur Vermögensverwaltung in der Schweiz - Status Quo und Ausblick”, RDS 2008 I, 9-40.

## SOMMAIRE

Avant-propos	5
Auteurs	7
Abréviations	13
<b>Développements en matière financière et fiscale : défis pour la Suisse</b> Michael Ambühl	21
<b>L'adaptation de la loi sur les placements collectifs aux nouvelles directives européennes : le chantier législatif</b> Yvar Mentha	27
<b>L'adaptation de la loi sur les placements collectifs aux nouvelles directives européennes : le développement des affaires</b> Alexandre Col	63
<b>Nouveautés en matière de droits de gages immobiliers</b> Bénédict Foëx	77
<b>Conditions générales : <i>a time for change</i></b> Rashid Bahar	99
<b>Réflexions sur l'idée d'une loi sur les services financiers</b> Luc Thévenoz	155
<b>Chronique de la pratique administrative et des développements réglementaires</b> Jean-Baptiste Zufferey	177
<b>Chronique de la jurisprudence civile</b> Carlo Lombardini	201



**Publications du Centre de droit bancaire et financier, Genève  
parues chez Schulthess Médias Juridiques, Genève · Zurich · Bâle**

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2011 de droit bancaire et financier* (2012). Avec des contributions de Michael Ambühl, Rashid Bahar, Alexandre Col, Bénédicte Foëx, Carlo Lombardini, Yvar Mentha, Luc Thévenoz et Jean-Baptiste Zufferey.

AUDE PEYROT : *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse* (2011).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2010 de droit bancaire et financier* (2011). Avec des contributions de Christian Bovet, Louis Gaillard, Lucia Gomez Richa, Maurice Harari, Jacques Iffland, Nicolas Jeandin, Fabien Liégeois, Isabelle Romy, Luc Thévenoz et Dario Zanni.

URSULA CASSANI & ANNE HÉRITIER LACHAT (éd.) : *Lutte contre la corruption internationale – The never ending story* (2011). Avec des contributions de Bernard Bertossa, Ursula Cassani, Christine Chappuis, Paul H. Dembinski, Maurice Harari, Anne Héritier Lachat, Valsamis Mitsilegas et Mark Pieth.

DELPHINE PANNATIER KESSLER : *Le droit de suite et sa reconnaissance en Suisse selon la Convention de La Haye sur les trusts – Tracing en droit suisse* (2011).

SAMANTHA MEREGALLI DO DUC : *Rémunération et conflits d'intérêts dans la distribution des placements collectifs de capitaux* (2010).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2009 de droit bancaire et financier* (2010). Avec des contributions de Rashid Bahar, Yaël Benmenni, Alessandro Bizzozero, Christian Bovet, Anath Guggenheim, Anne Héritier Lachat, Isabelle Lebbe, Xavier Oberson, Alexandre Richa et Luc Thévenoz.

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2008 de droit bancaire et financier* (2009). Avec des contributions de Lionel Aeschlimann, Gerhard Auer, Christian Bovet, Ursula Cassani, Benoît Chappuis, Bénédicte Foëx, Lucia Gomez Richa, Nicolas de Gottrau, Anne Héritier Lachat, Philipp M. Hildebrand, Luc Thévenoz et Jean-Baptiste Zufferey.

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2007 de droit bancaire et financier* (2008). Avec des contributions de Mark Barmes, Pierre Besson, Christian Bovet, Jacques Iffland, Carlo Lombardini, Samantha Meregalli Do Duc, Aude Peyrot et Luc Thévenoz.

ALEXANDRE RICHÀ : *Pensions de titres (repos) et autres cessions temporaires* (2008).

LUC THÉVENOZ & RASHID BAHAR (eds) : *Conflicts of Interest – Corporate Governance and Financial Markets* (2007). Avec des contributions de Sandro Abegglen, Rashid Bahar, Guido Bolliger, Michel Dubois, Pascal Dumontier, Tamar Frankel, Manuel Kast, Marc Kruithof, Karim Maizar, Leo Th. Schrutt, Luc Thévenoz, Rolf Watter, Stefan Wieler, Eddy Wymeersch, et Jean-Baptiste Zufferey.

BF 2007 : *Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, placements collectifs, assurance et marchés financiers en Suisse*. Publié par LUC THÉVENOZ & URS ZULAUF (2007).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2006 de droit bancaire et financier* (2007). Avec des contributions de Christian Bovet, Mario Giovanoli, Nicolas Jeandin, Saverio Lembo, Vincent Martenet, Xavier Oberson, Luc Thévenoz et Urs Zulauf.

BÉNÉDICT FOËX, LUC THÉVENOZ & SPIROS V. BAZINAS (éd.) : *Réforme des sûretés mobilières : Les enseignements du Guide législatif de la CNUDCI – Reforming Secured Transactions : The UNCITRAL Legislative Guide as an Inspiration* (2007). Avec des contributions de Lionel Aeschlimann, Georges Affaki, Spiros V. Bazinas, Antoine Eigenmann, Bénédicte Foëx, Nicolas de Gottrau, Nicolas Jeandin, Gerard McCormack et Henricus J. Sniijders.

BF Assurance : *Réglementation et autoréglementation de l'assurance en Suisse*. Publié par LUC THÉVENOZ & URS ZULAUF (2006).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2005 de droit bancaire et financier* (2006). Avec des contributions de Lionel Aeschlimann, Alessandro Bizzozero, Christian Bovet, Bénédicte Foëx, Anne Héritier Lachat, Syvain Marchand, Jean-Christophe Pernollet, François Rayroux, Alexandre Richa et Luc Thévenoz.

CLAUDE LAPORTE : *La titrisation d'actifs en Suisse – Asset-Backed Securitisation* (2005).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2004 de droit bancaire et financier* (2005). Avec des contributions de Christian Bovet, Claude Bretton-Chevallier, Ursula Cassani, Jacques Iffland, Romain Marti, Luc Thévenoz et Alexandre Richa.

RASHID BAHAR : *Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions – Une approche systématique* (2004).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2003 de droit bancaire et financier* (2004). Avec des contributions de Christian Bovet, Claude Bretton-Chevallier, Jean-Claude Dufournet, Xavier Favre-Bulle, Bénédicte Foëx, Daniel Girsberger, Florence Guillaume, Jacques Iffland et Luc Thévenoz.

*BF Blanchiment : Réglementation et autoréglementation de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme en Suisse*. Publié par LUC THÉVENOZ & URS ZULAUF (2004).

## **Publications du Centre d'études juridiques européennes, Genève**

**parues chez Schulthess Médias Juridiques, Genève · Zurich · Bâle**

DANIEL KRAUS : *Les importations parallèles de produits brevetés* (2004).

JULIA XOUDIS : *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence* (2002).

CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER : *Le gérant de fortune indépendant : Rapports avec le client, la banque dépositaire, obligations et responsabilités* (2002).

LUC THÉVENOZ : *Trusts en Suisse : adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie – Trusts in Switzerland : ratification of the Hague Convention on trusts and codification of fiduciary transfers* (2001).

CHRISTINE CHAPPUIS & BÉNÉDICT WINIGER (éd.) : *La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung* (2001). [Journée de la responsabilité civile 2001].

VINCENT JEANNERET (éd.) : *Aspects juridiques du commerce électronique* (2001). [Séminaires de l'Association genevoise de droit des affaires].

CHRISTINE CHAPPUIS, HENRY PETER & ANDREAS VON PLANTA : *Responsabilité de l'actionnaire majoritaire* (2000). [Séminaires de l'Association genevoise de droit des affaires].

CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Libéralisation des télécommunications : concentrations d'entreprises* (1999). [Journée du droit de la concurrence 1998].

LUC THÉVENOZ & MARCEL FONTAINE (éd.) : *La monnaie unique et les pays tiers – The euro and non-participating countries* (1999). [Colloque international].

VINCENT JEANNERET (éd.) : *Le séquestre selon la nouvelle LP* (1997).

GÉRARD HERTIG (éd.) : *Le fonctionnement des sociétés et le respect des règles (colloque Alain Hirsch) – Die Führung der Gesellschaften und die Einhaltung der Regeln (Kolloquium Alain Hirsch)* (1996).

MARTIN ANDERSON & THIERRY HERTIG : *Institutional investors in Switzerland : their behavior and influence on financial markets and public companies* (1992).

ANNETTE ALTHAUS : *Die Lex Friedrich im Lichte der EG. JULIA XOUDIS : La demeure de débiteur de l'acheteur ayant conclu un contrat de vente internationale* (1992).

GÉRARD HERTIG & MARINA HERTIG-PELLI (éd.) : *L'avant-projet de loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (colloque) – Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Kolloquium)* (1992).

OLIVER GUILLOD (éd.) : *Développements récents du droit de la responsabilité civile (colloque) – Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht (Kolloquium)* (1991).

LUC THÉVENOZ : *Error and fraud in wholesale funds transfers : U.C.C. article 4A and the uncitral harmonization process* (1990).

XAVIER OBERSON : *Issues in the tax treatment of international interest rate and currency swap transactions : an analysis of the tax treatment of interest rate and currency swap transactions in the United States, Switzerland and under the OECD model* (1990).

ANNE-CATHERINE IMHOFF-SCHEIER & PAOLO MICHELE PATOCCHI : *Torts and unjust enrichment in the new Swiss conflict of laws – L'acte illicite et l'enrichissement illégitime dans le nouveau droit international privé suisse* (1990).

BERND STAUDER (éd.) : *Liberalization and regulatory reform in the field of banking services in Europe : the Swiss consumer's point of view (symposium) – Libéralisation des services financiers bancaires en Europe : le point de vue du consommateur suisse (colloque)* (1989).

## **Journées de droit bancaire et financier** **parues chez Staempfli Editions SA, Berne**

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2002 de droit bancaire et financier* (2003). Avec des contributions de Giorgio Behr, Christian Bovet, Nicolas Jeandin, Henry Peter, François Rayroux, Luc Thévenoz et Daniel Zuberbühler.

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2001 de droit bancaire et financier* (2002). Avec des contributions de Christian Bovet, Louis Gaillard, Nicolas de Gottrau, Olivier Hermand, Jacques Malherbe, Xavier Oberson, Marc Siegel, Luc Thévenoz et Urs Zulauf.

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2000 de droit bancaire et financier* (2001). Avec des contributions de Christian Bovet, Jacques Iffland, Catherine Kessedjian, Luc Thévenoz, Gilles Thieffry, Henri Torrione, Rita Trigo Trindade et Jean-Baptiste Zufferey.

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 1999 de droit bancaire et financier* (2000). Avec des contributions de Rashid Bahar, Christian Bovet, Claude Bretton-Chevallier, Hans Caspar von der Crone, Daniel Guggenheim, Maurice Harari, Jacques Iffland, Sylvain Matthey, Nicolas Merlino, Peter Nobel, Xavier Oberson et Henry Peter.

LUC THÉVENOZ (éd.) : *Journée 1997 de droit bancaire et financier* (1997). Avec des contributions de André Cuendet, Marco Franchetti, Anne Héritier Lachat, Jacques Iffland, Claude-Alain Margelisch, Xavier Oberson, Shelby du Pasquier, Riccardo Sansonetti et Blanche Sousi.

LUC THÉVENOZ (éd.) : *Journée 1996 de droit bancaire et financier* (1996). Avec des contributions de Alessandro Bizzozero, Christine Chappuis, Alain Hirsch, Alain B. Lévy, Patrizio Merciai, Andreas von Planta, Luc Thévenoz et Jean-Baptiste Zufferey.

LUC THÉVENOZ (éd.) : *Journée 1995 de droit bancaire et financier* (1995). Avec des contributions de Daniel Guggenheim, Alain Hirsch, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Sylvain Matthey, Xavier Oberson, Renate Pfister-Liechti, Bernhard Strauli, Luc Thévenoz et Urs Zulauf.

LUC THÉVENOZ (éd.) : *Journée 1994 de droit bancaire et financier* (1994). Avec des contributions de Richard Barbey, Ursula Cassani, Maurice Harari, Xavier Oberson, Urs Philipp Roth, Claudia Spiess et Luc Thévenoz.