



This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Convention de Lugano : for et droit élu à l'épreuve de la protection du consommateur dans l'activité transfrontalière des banques

Jeandin, Nicolas; Peyrot, Aude

How to cite

JEANDIN, Nicolas, PEYROT, Aude. Convention de Lugano : for et droit élu à l'épreuve de la protection du consommateur dans l'activité transfrontalière des banques. In: Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011. Baddeley, Margareta, Foëx, Bénédicte, Leuba, Audrey et Papaux van Delden, Marie-Laure (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2012. p. 153–167. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23559>

Convention de Lugano : for et droit élu à l'épreuve de la protection du consommateur dans l'activité transfrontalière des banques

NICOLAS JEANDIN & AUDE PEYROT*

I. Introduction

Dans le sillage du règlement 44/2001 du Conseil de l'Europe du 22 décembre 2000 (« règlement Bruxelles I »)¹, la Convention de Lugano révisée (« CLrév »)², en vigueur depuis le 1er janvier 2011, s'est donnée pour objectif de renforcer la protection du consommateur. Ce renforcement s'est opéré par un élargissement significatif de la notion de contrat de consommation et, partant, du champ d'application des règles de compétence en matière de contrats conclus avec des consommateurs. Ces règles affectent directement l'efficacité d'une prorogation de for et indirectement, comme on le verra, la portée d'une élection de droit. Dans quelle mesure les établissements bancaires suisses, dont les conditions générales sont systématiquement pourvues de clauses de for et de droit élu, sont-ils touchés par ce renforcement international et européen de la protection du consommateur dans le cadre de leur activité transfrontalière? A quelles conditions et dans quelles circonstances le client retail d'une banque doit-il être considéré comme un consommateur au sens de la CLrév? Quelle est la situation de la banque en conflit avec un client domicilié dans un pays de l'Union européenne se réclamant de sa qualité de consommateur? Telles sont les interrogations qui animent la présente contribution. Celle-ci examine successivement l'efficacité des conventions de for (II) et la portée des élections de droit (III) dans les contrats de services financiers conclus avec un consommateur, avant de proposer une brève conclusion (IV).

* Nicolas Jeandin est Professeur ordinaire à l'Université de Genève, avocat et docteur en droit. Aude Peyrot est chargée de cours à l'Université de Genève, avocate et docteure en droit. La présente contribution se fonde en partie sur l'article de JEANDIN Nicolas, « Banques suisses, droit élu et for prorogé », in *Innovatives Recht : Festschrift für Ivo Schwander*, Zurich, Dike, 2011, p. 711-727.

¹ Publié in *Journal officiel* n° L 177 du 4.7.2008, p. 6-16.

² Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (RS 0.275.12).

II. Quelle efficacité des conventions de for ?

A) *A la recherche d'une certaine prévisibilité juridico-judiciaire...*

Les établissements bancaires suisses ont un intérêt manifeste à faire juger par les tribunaux suisses les différends qui les opposent à leur clientèle étrangère. Outre l'avantage purement pragmatique de ne pas devoir – le cas échéant – se déplacer à l'étranger dans la juridiction de domicile du consommateur (cf. art. 16 CLrév), la soumission du différend à la juridiction locale permet aux banques d'évoluer dans un environnement judiciaire et juridique familier : par la connaissance des précédents judiciaires, elles sont en mesure d'anticiper la façon dont le tribunal fera application des règles contractuelles et légales pertinentes. Les banques ont compris cela depuis longtemps. Leurs conditions générales comprennent invariablement une clause attributive de compétence en faveur des juridictions helvétiques doublée d'une clause d'élection de droit en faveur du droit suisse. Par leurs effets cumulés, ces clauses cherchent à offrir aux banques suisses une prévisibilité maximale dans le règlement des litiges avec leur clientèle étrangère.

B) *Le caractère semi-impératif du for du consommateur*

Les clauses de prorogation de for contenues dans les conditions générales des banques ne sont toutefois efficaces que dans la mesure où des règles légales ou conventionnelles n'en restreignent pas la portée. Or, à l'instar du règlement Bruxelles I, la CLrév comporte des normes qui fixent des limites et des conditions à la validité de telles clauses lorsqu'elles sont conclues avec des parties réputées économiquement plus faibles. Il en va ainsi d'un contrat conclu avec un consommateur, lequel n'a généralement pas le pouvoir de s'opposer efficacement à l'insertion d'une clause attributive de compétence dans le contrat. Ainsi à teneur de l'art. 17 CLrév, une convention de for ne peut intervenir que i) si elle a été conclue après la naissance du différend, ii) si elle ouvre des fors supplémentaires au consommateur, ou iii) si elle attribue la compétence aux tribunaux de l'Etat partie à la Convention dans lequel le consommateur et le professionnel avaient tous les deux leur domicile ou leur résidence habituelle au moment de conclure le contrat. A défaut, les fors compétents sont ceux prévus à l'art. 16 CLrév. L'action intentée *par* le consommateur relève de la compétence alternative des tribunaux de son lieu de domicile ou des tribunaux de l'Etat de domicile de son cocontractant (art. 16 al. 1 CLrév). L'action introduite *contre* le consommateur doit être portée, quant à elle, devant les tribunaux de l'Etat du domicile de ce dernier (art. 16 al. 2 CLrév). Ainsi, dans tous les cas, le consommateur se voit octroyer le bénéfice du for de son domicile. Quoi qu'il en soit, la protection ne

s'applique qu'en présence d'un « contrat conclu avec un consommateur », de sorte qu'il est essentiel de savoir ce que recouvre cette notion.

C) *Notion de « contrat conclu avec un consommateur »*

La CLr v a considérablement élargi la protection du consommateur, auparavant r glement e à l'art. 13 de l'ancienne Convention de Lugano³ (« aCL »). La mesure de cet élargissement peut être utilement appréhendée par une mise en parallèle des anciennes et des nouvelles règles conventionnelles, telles qu'elles ont été interprétées par la jurisprudence suisse et étrangère.

1) *Notion de l'art. 13 aCL*

L'art. 13 al. 1 aCL définissait le contrat de consommation comme un « *contrat conclu par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* ». Les contrats entrant dans son champ d'application étaient les suivants : la vente à temp r ment d'objets mobiliers corporels (art. 13 al. 1 ch. 1 aCL), le prêt à temp r ment ou une autre opération de crédit liés au financement d'une vente d'objets mobiliers corporels (art. 13 al. 1 ch. 2 aCL) ainsi que tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels, à condition que (i) la conclusion du contrat ait été précédée dans l'Etat du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que (ii) le consommateur ait accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat (art. 13 al. 1 ch. 3 aCL). Les règles conventionnelles s'interprétant de façon autonome, la notion de contrat de consommation de l'art. 13 aCL a été précisée par la jurisprudence suisse et étrangère.

a) *Dans la jurisprudence suisse*

A l'ATF 121 III 336⁴, le Tribunal fédéral jugea qu'une transaction est un contrat de consommation dès lors qu'elle est destinée à répondre à un besoin privé du consommateur. *In casu*, le contrat litigieux portait sur un dépôt de timbres opéré par un collectionneur domicilié en Angleterre auprès d'une société établie en Suisse en vue de leur vente aux enchères. La société ouvrit action en paiement devant les tribunaux zurichois qui d clin rent leur comp t ence. Saisi de la question de la comp t ence *ratione loci*, le Tribunal fédéral fit valoir que le contrat de consommation au sens de l'art. 13 aCL comprend tout contrat de fourniture de services, pourvu que ladite prestation soit fournie pour un usage personnel privé ou familial du consommateur, peu importe que la prestation

³ Convention concernant la comp t ence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (RS 0.275.12).

⁴ ATF 121 III 336, JT 1996 I 78.

soit courante ou non. Pour déterminer si un fournisseur de services a passé un contrat avec un consommateur, il ne faut pas analyser le type de contrat en cause, mais rechercher si celui qui a eu recours à la prestation le fait à des fins privées ou professionnelles. En cas de doute, il y a une présomption en faveur du contrat de consommation. Le Tribunal fédéral précisa en outre que des contrats sont exclus du champ de l'art. 13 aCL « *lorsque ce n'est pas leur caractère commercial qui est au premier plan, mais les relations personnelles, en particulier les rapports de confiance entre les parties* »⁵. En l'espèce, le Tribunal fédéral admit la réalisation des conditions de l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL, quand bien même il s'agissait d'un cas limite. La transaction litigieuse était en effet une combinaison entre un contrat de commission et une opération de crédit. Selon ROMY, cet arrêt a permis de confirmer que « *les contrats de services et de crédits entrent dans la catégorie des contrats de consommation* »⁶.

A l'ATF 133 III 295⁷, le Tribunal fédéral a précisé la notion de consommateur au sens de l'art. 13 aCL en matière de services financiers, en incluant le contrat de compte courant dans les contrats de services appréhendés par la protection conventionnelle. *In casu*, un client domicilié en Grèce avait conclu avec une banque suisse un contrat de compte courant avec ouverture d'une limite de crédit. Les conditions générales de la banque contenaient une prorogation de for en faveur des tribunaux suisses, sur la base de laquelle la banque agit en paiement contre son client à Zurich. La compétence des tribunaux suisses fut toutefois remise en cause par le client jusque par devant notre Haute cour. Le Tribunal fédéral fit valoir que la notion de consommateur devait être interprétée objectivement. Savoir si une personne revêt la qualité de consommateur se détermine, selon lui, « *en fonction de sa position dans la relation contractuelle concrète, en relation avec sa nature et son but, et non pas en fonction de la position subjective de cette personne* ». Une seule et même personne peut ainsi être qualifiée de consommateur dans certaines activités et d'entrepreneur dans d'autres⁸. Selon ROMY, il en découle

⁵ Arrêt précité (n. 4). Sur la base de ce considérant, une partie de la doctrine a indiqué que les contrats impliquant un rapport de confiance entre les parties (notamment gestion de fortune et *private banking*) n'entraient pas dans la notion de contrats conclus avec un consommateur. Cf. notamment MARKUS Alexander, « Die Konsumentenzuständigkeiten der EuGVO und des revidierten LugÜ, besonders im E-Commerce », in Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht 2004, p. 181 ss, p. 185. Ce point de vue a toutefois été contesté à juste titre par d'autres auteurs. Cf. notamment ROMY Isabelle, « "Le for du consommateur" et les contrats de services financiers à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral », in Revue suisse de procédure civile 2009/3 p. 317 ss, p. 330, qui relève que le contrat de compte courant a été qualifié de contrat de consommation par le Tribunal fédéral (cf. arrêt cité sous n. 7), lequel est généralement conclu avec un contrat de giro, qui présente lui-même des éléments du contrat de mandat. Du même avis, mais à propos de l'art. 22 aLFors, LEUENBERGER VERZASCONI Christophe, « Konsumentenverträge nach Art. 22 GestG in der Bankpraxis », in Der Weg zum Recht : Festschrift für Alfred BÜHLER, Michael LEUPOLD [et al.] (édit.), Zurich (Schulthess) 2008, p. 17 ss, p. 30.

⁶ ROMY (n. 5), p. 326.

⁷ ATF 133 III 295, JT 2008 I 160.

⁸ Arrêt précité (n. 7), cons. 7.2.

qu'« un homme d'affaires averti qui agit dans un but privé est un consommateur alors qu'un commerçant inexpérimenté agissant dans le cadre de ses affaires commerciales ne l'est pas »⁹. En l'espèce, la question déterminante était de savoir si le contrat litigieux poursuivait bien un but privé. Les faits relevés ne permettant pas de trancher cette question, la cause fut renvoyée à l'instance inférieure.

b) Dans la jurisprudence étrangère

Dans une décision du 19 juin 2000¹⁰, la *High Court of Justice* anglaise précisa les contours de l'art. 13 de l'ancienne Convention de Bruxelles¹¹ (dont la teneur était identique à l'art. 13 aCL), remplacée depuis lors par le règlement Bruxelles I. *In casu*, des clients domiciliés en Grèce avaient conclu avec une banque anglaise de nombreux contrats de *foreign exchange*. Ils ouvrirent action à Athènes contre la banque à raison des pertes qu'ils avaient subies. La banque intenta, quant à elle, une action à Londres en s'appuyant sur la clause de prorogation de for en faveur des juridictions anglaises contenue dans ses conditions générales. En l'espèce, la Cour anglaise considéra que les contrats litigieux devaient bel et bien être considérés comme des contrats conclus avec des consommateurs, dès lors qu'ils avaient pour objet le placement de revenus opérés par les clients en vue d'un but privé et non professionnel. Notamment, l'intention de réaliser un gain ne fut pas jugée incompatible avec un tel but. Le juge anglais observa à cet égard que les transactions litigieuses « *were made by a person or persons acting outside his trade, business or profession and were made for a purpose outside his trade, business or profession* » et que les clients « *were using the money in a way which they hoped would be profitable* », tout en ajoutant « *but merely to use money in a way ones hopes would be profitable is not enough, in my view, to be engaging in trade* »¹². En conséquence de quoi, la Cour anglaise nia sa compétence¹³. Cette décision insiste sur l'importance du critère de « l'usage étranger à l'activité professionnelle » visé à l'art. 13 aCL.

Dans un arrêt du 23 juin 2004¹⁴, le *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* précisa la notion de contrat de consommation au sens de l'art. 13 aCL. Un gestionnaire de fortune indépendant, agissant pour une banque suisse, avait démarché un potentiel client, domicilié en Allemagne. Le client ouvrit auprès de la banque un compte de dépôt en rapport avec des contrats spéculatifs à terme de marchandises. Il intenta par la suite une action en dommages-intérêts

⁹ ROMY (n. 5), p. 327.

¹⁰ Arrêt *Standard Bank Ltd v Dimitrios and Styliani Apostolakis* de la Queen's Bench Division Commercial Court, publiée in *International Litigation Procedure* (I.L.Pr.) 2000, p. 766 ss.

¹¹ Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968, publiée in *Journal officiel* n° L 339 du 21.12.2007, p. 3-41.

¹² Arrêt précité (n. 10), I.L.Pr 2000 766, p. 771.

¹³ ROMY (n. 5), p. 328.

¹⁴ Publié in *International Wirtschaftsrecht*, 2004/9, p. 709-710.

contre la banque devant les juridictions allemandes, nonobstant une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux suisses contenue dans les conditions générales. L'*Oberlandesgericht* admet sa compétence *ratione loci*, considérant que le client avait contracté en qualité de consommateur, car en dehors de toute activité professionnelle. Le fait que le client ait agi par l'entremise d'un gestionnaire de fortune n'y changeait rien, dans la mesure où la qualification de contrat de consommation ne dépend pas de la personne qui agit directement mais de la nature de la transaction¹⁵.

Dans un arrêt du 31 mai 2011¹⁶, le *Bundesgerichtshof* allemand a qualifié le contrat de gestion de fortune de « contrat conclu avec un consommateur » au sens de l'art. 13 aCL (y compris en cas d'investissement dans les parts d'un *hedge fund*). La Cour suprême allemande a considéré qu'un tel contrat sert par définition un usage étranger à l'activité professionnelle du client, dans la mesure où il porte sur le placement et la gestion d'une fortune privée et qu'il relève par ailleurs de la fourniture de services, étant précisé que cette notion doit être interprétée de façon large. Au surplus, selon la Cour allemande, il suffit qu'une proposition ait été spécialement faite dans l'Etat du domicile du consommateur, sans qu'il soit nécessaire que l'initiative émane du professionnel lui-même.

c) Comparaison avec la notion du droit suisse

L'on relèvera que la notion de contrat de consommation telle que définie à l'art. 13 aCL est plus large qu'en droit suisse. En effet, l'art. 120 LDIP et l'art. 32 CPC ne visent pour leur part que la consommation « courante ». Pour certains auteurs, l'expression se définit par référence aux « besoins usuels courants »¹⁷ et, pour d'autres, aux « besoins élémentaires » du consommateur¹⁸. Selon ROMY, peuvent être qualifiés de contrat de consommation courante les contrats de démarchage à domicile, de vente par acomptes, de vente avec paiement préalables ou de crédit à la consommation¹⁹.

¹⁵ L'arrêt examine en outre les conditions de mise en œuvre de l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL. Ces conditions n'ont toutefois pas été reprises dans l'art. 15 CLRév, de sorte qu'il n'en sera pas question ici.

¹⁶ Arrêt du *Bundesgerichtshof* du 31 mai 2011, VI ZR 754/10, München. Sur cet arrêt, cf. le commentaire de ARTER Oliver et BLOCH Daniel paru in PJA 2012/1, p. 123-130.

¹⁷ HALDY Jacques, art. 32 N 6, in Code de procédure civile commenté, Helbing Lichtenhahn, 2011.

¹⁸ BONOMI Andrea, art. 120, N 11, in Andreas BUCHER (ed.), Commentaire romand : Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Helbing Lichtenhahn, 2011, et références citées.

¹⁹ ROMY (n. 5), p. 322. L'on relèvera par ailleurs l'ATF 132 III 268, rendu sous l'empire de l'art. 22 aLFors, dans lequel le Tribunal fédéral a fait valoir que les contrats de prestation de services financiers peuvent être des « contrats de consommation courante » selon le genre, le but et le volume de l'affaire.

2) *Notion de l'art. 15 CLrév*

La définition du contrat conclu par un consommateur n'a pas été modifiée en tant que telle par la révision de la Convention de Lugano²⁰. L'art. 15 al. 1 CLrév continue de le définir comme un « *contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* ». A teneur de l'art. 15 al. 1 CLrév, les contrats appréhendés par la réglementation légale sont la vente à tempérament d'objets mobiliers corporels (*lit. a*), le prêt à tempérament ou une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets (*lit. b*), ainsi que tous les autres contrats, lorsque « *le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat lié par la présente Convention sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités* » (*lit. c*).

La réglementation portant sur la vente à tempérament et les opérations de crédit n'a pas été modifiée par la révision (art. 15 al. 1 *lit. a* et *b* CLrév). En revanche, pour les autres contrats, l'art. 15 al. 1 *lit. c* CLrév a consacré un élargissement majeur de la protection du consommateur²¹. Il n'est en effet plus nécessaire que le contrat en cause porte sur une fourniture de services ou d'objets mobiliers (contrairement à ce que prévoyait l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL). Désormais, la protection du consommateur s'applique à tout contrat, pour autant que les conditions de l'art. 15 al. 1 *lit. c* CLrév soient réalisées²². Selon BONOMI, cette modification offre l'avantage d'écarter la plupart des incertitudes résultant de la qualification du contrat²³. En matière de services financiers, l'abandon de l'exigence d'une fourniture de services signifie que les contrats de pur crédit sont désormais pleinement inclus dans la définition de contrat de consommation au sens de l'art. 15 CLrév²⁴.

²⁰ Rapport explicatif du Conseil de l'Union européenne relatif à la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, Journal officiel n° C 319/1, §80 ; BONOMI Andrea, « Les contrats conclus par les consommateurs dans la Convention de Lugano révisée », in Convention de Lugano : passé, présent et devenir : actes de la 19^e Journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne, Zurich (Schulthess) 2007, p. 65 ss, p. 65.

²¹ Rapport explicatif du Conseil de l'Union européenne (n. 20), §81.

²² Message du 18 février 2009 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, in FF 2009 p. 1497-1550 (ci-après Message CLrév), p. 1511.

²³ BONOMI (n. 20), p. 71. Cf. aussi Message CLrév (n. 22), p. 1511, faisant valoir par voie de conséquence un « *renforcement bienvenu de la sécurité du droit* ».

²⁴ ROMY (n. 5), p. 331. Cf. déjà ATF 133 III 295, JT 2008 I 160, cons. 8.1.

D) Art. 15 al. 1 lit. c CLr v : l'assouplissement des conditions de mise en œuvre de la protection conventionnelle et le cas du commerce électronique

L'art. 15 al. 1 lit. c CLr v, qui a remplacé l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL, a considérablement assoupli les conditions de mise en œuvre de la protection du consommateur pour les contrats autres que la vente ou le prêt à temp r ment d'objets mobiliers (lesquels sont spécifiquement r glement s à l'art. 15 al. 1 lit. a et b CLr v). Outre le fait que le contrat ne doit plus nécessairement relever de la fourniture de services ou d'objets mobiliers, il n'est plus besoin que la conclusion du contrat litigieux ait été précédée d'une « proposition spécialement faite » ou d'une publicité dans l'Etat du domicile du consommateur (cf. art. 13 al. 1 ch. 3 aCL) et que le consommateur ait accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion du contrat (cf. art. 13 al. 1 ch. 3 aCL). Il suffit au contraire que le fournisseur ait exercé ses activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat du domicile du consommateur ou qu'il ait par tout moyen « *dirigé ces activités vers cet Etat* » et que le contrat ainsi conclu entre dans le cadre des activités du fournisseur.

Cet élargissement trouve son origine dans la volonté claire des rédacteurs de la CLr v d'inclure les transactions électroniques dans le champ de protection conventionnel²⁵. A cet égard, la question se pose de savoir si la simple accessibilité d'une page web à travers le monde équivaut pour le fournisseur à diriger ses activités vers tel ou tel Etat contractant²⁶. Selon le Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la CL, cette question doit être résolue de cas en cas à la lumière de toutes les circonstances du cas d'espèce. Il fait notamment valoir que l'« *on se trouve en présence d'un « acte de diriger » si la page web en question ne limite pas son offre à une région spécifique et qu'elle donne à l'utilisateur la possibilité de conclure immédiatement le contrat.* »²⁷

Dans un arrêt du 7 décembre 2010 portant sur l'art. 15 du règlement Bruxelles I (dont la teneur est identique à l'art. 15 CLr v), la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que le fait pour une société d'offrir ses services par internet n'impliquait pas, à lui seul, un « acte de diriger » ses services vers d'autres Etats membres²⁸. Selon elle, il faut en outre que le professionnel ait manifesté *via* le site web sa volonté d'établir des relations commerciales avec des consommateurs domiciliés dans d'autres Etats membres. La volonté de conclure un contrat peut être établie sur la base

²⁵ Cf. Message CLr v (n. 22), p. 1512, selon la nouvelle réglementation a « *pour but d'englober les modes de conclusion d'un contrat par le biais de moyens de communication tels qu'internet, mais sans pour autant exclure d'autres moyens techniques comme le télémarketing* ». Cf. aussi BONOMI (n. 20), p. 75.

²⁶ Message CLr v (n. 22), p. 1512.

²⁷ Message CLr v (n. 22), p. 1512 s.

²⁸ Affaires jointes C-585/08 et C-144/09, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schl ter GmbH & Co. KG et Hotel Alpenhof GmbH c. Oliver Heller*.

d'éléments manifestes (tels qu'une offre de services dans des Etats membres nommément désignés) ou sur la base d'un faisceau d'indices qui ne sont pas décisifs à titre individuel mais qui, accumulés les uns aux autres, montrent une telle volonté (par ex. nature internationale de l'activité du professionnel, coordonnées téléphoniques avec indication du préfixe international, nom de domaine, possibilité de consulter le site dans une autre langue ou de convertir les montants indiqués en une autre monnaie, etc.). Par ailleurs, la Cour a précisé qu'il est nécessaire que le site internet invite à la conclusion d'un contrat, sans qu'il ne soit besoin qu'il permette la conclusion du contrat en ligne (site interactif). En revanche, la question de savoir si le contrat doit avoir été *effectivement* conclu à distance²⁹ n'a pas été examinée (par ex. *via* un échange de courriers électroniques ou bons de commande). Elle est controversée en doctrine³⁰.

Sur la base des critères développés dans cette jurisprudence, ROMY fait valoir que les établissements bancaires suisses qui exploitent un site internet accessible dans une langue étrangère (notamment en anglais) et qui visent manifestement une clientèle internationale témoignent d'une volonté de diriger leurs activités vers l'étranger³¹. Dans ce cas, les fors compétents seront ceux prévus à l'art. 16 CLrév.

E) *Conclusion intermédiaire*

Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 15 al. 1 *lit. c* CLrév, les banques doivent compter avec un élargissement significatif des types de contrats soumis à la protection du consommateur et un assouplissement des conditions de mise en œuvre de celle-ci. Tombent désormais sous le coup de la protection conventionnelle la plupart des contrats de la pratique bancaire³². Il en va notamment ainsi du contrat de compte courant, du contrat de pur crédit, du

²⁹ Telle est la position du Conseil et de la Commission de l'Union européenne ressortant d'une déclaration commune du 1^{er} décembre 2000 concernant les articles 15 et 73 du règlement « Bruxelles I » (disponible sur http://ec.europa.eu/civiljustice/docs/Reg_442000_joint_statement_14139_fr.pdf).

³⁰ Contre la nécessité d'une conclusion à distance, cf. Message CLrév (n. 22), p. 1512 : « *Attendu que la conclusion du contrat dans l'Etat du consommateur ne constitue pas une condition, le consommateur "actif" sera également protégé, soit qu'il utilise un moyen de communication depuis son domicile pour conclure le contrat, soit même qu'il se rende dans l'Etat du cocontractant (ou dans un autre Etat) pour signer le contrat* ». Dans ce sens, cf. aussi MARKUS (n. 5), p. 189. D'un autre avis : ROMY ISABELLE, « Les contrats de services financiers comme contrats de consommation : for et droit applicable », in Journée 2010 de droit bancaire et financier, Zurich (Schulthess) 2011, p. 35, considère que le contrat doit bel et bien avoir été conclu à distance pour que les tribunaux de l'Etat du domicile du consommateur soient compétents. En effet, lorsque le consommateur se déplace dans un Etat autre que celui de son domicile, il a conscience de requérir une prestation d'un professionnel étranger, de sorte qu'il n'est pas justifié de lui accorder la protection du for de son domicile.

³¹ ROMY (n. 30), p. 9.

³² GOSSENS Thomas/FENIELLO Lucien, « Les prestataires de services financiers suisses face à la Convention de Lugano révisée: vers une mise en œuvre en Suisse des règles de conduite MIFID ? », in GesKR 2/2011, p. 217 ss, p. 219.

contrat de garantie bancaire ou du contrat de gestion de fortune³³. Il suffit par ailleurs que la banque dirige ses activités dans l'Etat de domicile de ses potentiels clients, notamment par le biais d'un site web témoignant d'une volonté d'établir des relations commerciales avec de tels clients domiciliés à l'étranger, et que le contrat conclu entre dans le cadre de ces activités.

Dans de telles circonstances, les clauses attributives de compétence en faveur des tribunaux suisses contenues dans les conditions générales des banques seront (le plus) souvent ignorées en cas de litige avec un client *retail* domicilié à l'étranger et agissant à des fins privées. D'un point de vue procédural, cela signifie que la défenderesse, atraite à l'étranger, ne pourra exciper efficacement de l'incompétence des tribunaux de l'Etat du domicile du client. Quant à la compétence des tribunaux suisses, elle ne sera donnée que si elle résulte d'une convention de for postérieure à la naissance du litige, si le consommateur a choisi d'agir en Suisse, qu'il a accepté d'y défendre, ou s'il y était domicilié au moment de la conclusion du contrat (art. 17 CLrév). En définitive, les banques ont de bonnes raisons de craindre qu'elles seront encore davantage appelées à plaider devant des juridictions étrangères dans l'espace CL.

III. Quelle portée de la *professio juris* ?

A) *Problématique*

Une fois attrait devant un juge étranger – nonobstant la clause de prorogation de for qui visait précisément à éviter ce cas de figure – l'établissement bancaire suisse peut tenter de se consoler à l'idée que le juge étranger tranchera le litige en vertu du droit suisse, en application de la clause d'élection de droit contenues dans les conditions générales. A la réflexion, cela n'est toutefois vrai que si l'efficacité de la *professio juris* n'est pas remise en cause par les règles de conflits de loi qui seront appliquées par le juge européen en charge du litige.

En matière contractuelle, les juges des Etats membres de l'Union européenne seront en principe amenés à faire application du règlement 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« règlement Rome I »)³⁴. Si ce texte n'a pas de portée immédiate pour la Suisse, faute d'appartenir à l'Union européenne, cela ne dispense pas les banques suisses d'en connaître les règles, puisque – comme indiqué – le règlement sera appliqué par tout juge européen

³³ ROMY (n. 30), p. 28.

³⁴ Publié in *Journal officiel* n° L 177 du 4.7.2008, p. 6-16.

saisi d'un litige avec un client consommateur domicilié à l'étranger³⁵. C'est à la lumière de ce texte que nous examinerons ci-après la problématique du droit élu en matière de contrat de consommation.

B) *Le règlement Rome I*

Le règlement Rome I a succédé à la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Convention de Rome »)³⁶. Il s'applique à tous les pays de l'Union européenne, à l'exception du Danemark, qui continue d'appliquer la Convention de Rome³⁷. Temporellement, le règlement a vocation à s'appliquer aux contrats conclus après le 17 décembre 2009. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la Convention de Rome³⁸.

1) *Autonomie de la volonté et protection du consommateur*

L'art. 3 du règlement Rome I consacre le principe de l'autonomie de la volonté des parties quant au choix du droit applicable au contrat³⁹. Ainsi et à première vue, un tel principe serait à même de rassurer la banque suisse atraite devant un juge européen dans le fait qu'elle peut valablement invoquer la *professio juris* en faveur de son droit national. Mais le règlement contient des règles propres aux litiges relevant du droit de la consommation qui sont susceptibles de décevoir de telles attentes.

L'art. 6 du règlement Rome I consacre en effet des rattachements spéciaux tendant à protéger le consommateur. Le règlement a, à cet égard, suivi l'élargissement consacré à l'art. 15 § 1 du règlement Bruxelles I, dont la teneur est identique à l'art. 15 CLrév⁴⁰. L'art. 6 § 1 du règlement soumet ainsi le contrat conclu avec un consommateur à la loi de l'Etat de résidence habituelle de celui-ci. Selon la norme, le « contrat conclu avec un consommateur » se réfère au contrat conclu par une personne physique pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle avec une autre personne agissant dans l'exercice de son activité professionnelle. La norme

³⁵ On relèvera notamment que le règlement s'applique même si la loi à laquelle il conduit est celle d'un Etat tiers, qui ne fait pas partie de l'Union européenne. Cf. GAUDEMET-TALLON Hélène, « Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in Journal de droit européen N°172 (octobre 2010), p. 237 ss, p. 238.

³⁶ Publiée in *Journal officiel* n° C 27 du 26.1.1998, p. 34-46.

³⁷ Pour tous les autres Etats de l'Union européenne, le règlement « Rome I » a remplacé la Convention de Rome. Cf. art. 24 du règlement.

³⁸ Sur le champ d'application spatial et temporel du règlement, cf. GAUDEMET-TALLON (n. 35), p. 237 ss.

³⁹ GAUDEMET-TALLON (n. 35), p. 240.

⁴⁰ MANKOWSKI Peter, « Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation », in Eleanor CASHIN RITAINE, Andrea BONOMI (édit.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles : actes de la 20^e journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zurich (Schulthess) 2008*, p. 121 ss, p. 123.

s'applique sitôt que le professionnel exerce son activité professionnelle dans le pays où le consommateur a sa résidence habituelle ou qu'il dirige par tout moyen cette activité vers ce pays et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité. La protection du consommateur se rapporte ainsi à tous les types de contrats passés entre un consommateur et un professionnel, pour autant que les conditions spécifiques posées par l'art. 6 du règlement soient réalisées⁴¹.

a) Réserve en faveur du droit impératif

Nonobstant la règle de l'art. 6 § 1 du règlement Rome I, son art. 6 § 2 admet sur le principe les clauses d'élection de droit en matière de consommation, à condition qu'elles n'aient pas pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui offrent les dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle⁴². Le juge européen saisi doit ainsi se livrer à un travail de comparaison entre le droit élu (par hypothèse le droit suisse) et le droit de la résidence habituelle du consommateur, ce qui peut se révéler malaisé et ne simplifie en rien la prévisibilité judiciaire⁴³.

L'art. 6 du règlement Rome I peut ainsi conduire à ce que le juge de l'Etat européen concerné écarte l'élection en faveur du droit suisse, malgré ce que prévoient les conditions générales de la banque. De façon générale, il convient de souligner que les droits étrangers connaissent un contrôle sensiblement plus large des conditions générales que le droit suisse. Cela est notamment vrai en Allemagne, où les conditions générales des banques sont uniformes et doivent être annoncées auprès des autorités étatiques ; elles ne peuvent être utilisées que si le *Bundeskartellamt* ne s'y oppose pas. L'exigence de transparence y est en outre appliquée de manière rigoureuse⁴⁴. L'on mentionnera également la Directive européenne 93/13/13 CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

b) Réserve en faveur des lois de police

Le droit international privé européen réserve par ailleurs les lois de police, qui demandent à s'appliquer indépendamment du droit applicable au litige. L'on se référera ici à l'art. 9 du règlement Rome I, à teneur duquel le juge doit faire

⁴¹ GAUDEMET-TALLON (n. 35), p. 240.

⁴² La teneur de l'art. 6 § 2 du règlement « Rome I » est la suivante : « *Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1.* ».

⁴³ L'on peut se demander s'il n'aurait pas été plus simple d'exclure toute élection de droit.

⁴⁴ LOMBARDINI Carlo, *Droit bancaire suisse*, 2^{ème} éd., Zurich (Schulthess) 2008, p. 378.

application des lois de police du for où se plaide l'affaire⁴⁵. La banque suisse attrait devant un juge étranger doit avoir conscience de ce risque. Au demeurant, un tel risque existe indépendamment de la question de savoir si le contrat est conclu ou non avec un consommateur. Il suffit que, pour une raison ou pour une autre, la banque suisse soit attrait devant une juridiction européenne étrangère pour que les lois de police du for lui soient opposables, même si le juge reconnaît une élection de droit opérée en faveur du droit suisse.

Parmi les dispositions susceptibles d'entrer dans cette catégorie, il convient de mentionner l'art. 19 de la Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (« MIFID »)⁴⁶ qui impose des règles de conduite en matière de fourniture de services d'investissements aux clients, et dont certaines exigences sont plus strictes que celles du droit suisse⁴⁷. A cet égard, la banque suisse désireuse d'offrir ses services à l'étranger à partir de la Suisse doit se soumettre à la réglementation étrangère applicable. Cela vaut notamment au sein de l'Union européenne, espace dans lequel les banques suisses doivent veiller à respecter les réglementations locales relatives à l'exercice d'activités bancaires et au démarchage. Certaines législations prévoient l'obligation pour la banque d'obtenir une autorisation avant de prendre contact avec des clients potentiels. L'on se référera notamment aux réglementations française et allemande particulièrement rigoureuses. Dans un arrêt du 3 octobre 2006⁴⁸, impliquant une société suisse s'étant vu refuser l'exercice d'une activité d'octroi de petits crédits à titre professionnel via internet à des clients établis en Allemagne, la Cour de justice des Communautés européennes (désormais Cour de Justice de l'Union européenne) a retenu que ce refus remettait en cause la libre prestation de services, mais non pas la libre circulation des capitaux, dont même un tiers non européen, à l'instar d'une société suisse, aurait pu se prévaloir.

Indépendamment du droit auquel sont soumises les relations contractuelles entre la banque suisse et son client, il se pourrait que la violation de ces obligations par la banque engagée dans des activités transfrontalières entraîne sa responsabilité contractuelle ou civile, voire confère à l'autre partie (le client) la possibilité d'invoquer la nullité des accords ainsi conclus. Cela pourrait entraîner de lourdes conséquences pour la banque suisse, telles que le devoir de restituer les fonds reçus, indépendamment d'une baisse des cours boursiers ayant affecté la valeur des investissements opérés.

⁴⁵ A ce sujet, cf. MANKOWSKI (n. 40), p. 145.

⁴⁶ Publiée au *Journal officiel* n° L 145 du 30.4.2004.

⁴⁷ Voir en particulier l'art. 19 ch. 4 à 6 MIFID sur le devoir d'informer le client. A cet égard, cf. LOMBARDINI (n. 44), p. 389, note 39. Sur l'opposabilité des règles de la MIFID dans le cadre de la protection du consommateur, cf. GOSSENS/FENIELLO (n. 32), p. 220 ss.

⁴⁸ Affaire C.452/04, *Fidium Finanz c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*.

2) *La solution paradoxale du droit suisse*

Il est intéressant de relever qu'en dépit des réserves en faveur du droit impératif et des lois de police contenues à l'art. 6 § 2 du règlement Rome I, ce dernier se montre plus libéral à l'endroit des *professio juris* que la LDIP. L'art. 120 al. 2 LDIP soustrait en effet entièrement à la volonté des parties la question du droit applicable au contrat de consommation, en excluant toute élection en la matière. En application de l'art. 120 al. 1 LDIP, le contrat est impérativement régi par le droit de la résidence habituelle du consommateur. Dès lors, de façon paradoxale, l'attribution de la compétence au juge suisse *via* une convention de for n'apparaît ainsi pas nécessairement favorable à l'établissement bancaire, puisque le juge suisse – tenu d'appliquer l'art. 120 al. 2 LDIP – devra ignorer la clause d'élection en faveur du droit suisse et trancher le litige au regard du droit de la résidence habituelle du client consommateur. La seule atténuation à ce régime découle du fait que la notion de « contrat conclu avec un consommateur » est plus restrictive en droit suisse que dans la CLrév, dans la mesure où elle se limite à la consommation « courante »⁴⁹.

IV. Conclusion

Les règles de droit international privé en matière de protection du consommateur entraînent la situation suivante pour un établissement bancaire suisse exerçant des activités transfrontalières :

(i) Nonobstant une prorogation de for en faveur des tribunaux suisses insérée en bonne et due forme dans ses conditions générales, la banque peut être contrainte de plaider à l'étranger (cf. art. 15 à 17 CLrév). Elle court au surplus le risque de voir sa *professio juris* en faveur du droit suisse limitée ou évincée en cas de contrariété avec des règles impératives protégeant le consommateur ou avec des lois de police (art. 6 § 2 et art. 9 du règlement Rome I)⁵⁰ ;

(ii) Même à supposer que la banque soit admise à plaider à domicile – en raison d'une convention de for conclue après la naissance du différend (art. 17 CLrév) ou parce que le client agit en Suisse ou accepte d'y défendre –, elle verra inévitablement l'élection de droit en faveur du droit suisse écartée au profit du droit étranger de la résidence habituelle du consommateur (cf. art. 120 al. 1 et 2 LDIP).

⁴⁹ Cf. *supra* II.C.1.c.

⁵⁰ Tout cela sans compter le risque supplémentaire lié à l'application par le juge étranger de ses propres lois de police, à l'instar de ce que prévoit l'art. 18 LDIP qui réserve les lois suisses dites d'application immédiate. Cf. LOMBARDINI (n. 44), p. 389. L'art. 9 du règlement Rome I prévoit aussi que le juge fera application des lois de police du for. Cf. MANKOWSKI (n. 40), p. 145.

En d'autres termes, le litige opposant une banque suisse à un client consommateur qui a son domicile et sa résidence habituelle au sein de l'Union européenne, sera soumis alternativement à un tribunal suisse appliquant le droit étranger ou à un tribunal étranger appliquant le droit suisse (sous réserve de règles impératives ou de lois de police étrangères). La combinaison « juge suisse/droit suisse » ne semble, quant à elle, pas pouvoir être réalisée dans de telles circonstances. C'est dire si la quête de prévisibilité juridico-judiciaire, chère aux banques, est particulièrement mise à mal dans l'espace judiciaire européen.

Le risque que le contrat en cause soit qualifié de « contrat conclu avec un consommateur » s'est fortement accru avec l'entrée en vigueur de l'art. 15 CLrév. Est désormais visé tout type de contrat conclu avec un client agissant à des fins privées pour autant que l'activité bancaire ait été *exercée dans* ou *dirigée vers* un pays de l'Union européenne, notamment par le biais d'un site web. En particulier, l'établissement bancaire suisse qui exploite un site web s'adressant manifestement à une clientèle internationale témoigne d'une volonté de diriger ses activités vers l'étranger. Il court ainsi le risque d'être soumis aux règles de protection du consommateur et d'être confronté à une forte insécurité juridico-judiciaire en cas de litige.

Face à ce constat, faut-il conseiller aux banques de se tourner vers des modes de règlement alternatifs de différends? Sortir du cadre incertain des juridictions étatiques revêt assurément l'avantage de garantir une plus grande sécurité du droit et une prévisibilité accrue en matière de gestion des risques, eu égard à des activités que la banque suisse déploie le plus souvent sur une large échelle géographique. Les banques devraient dès lors à tout le moins envisager de tels modes de règlement alternatifs de litige, que ce soit notamment sous la forme de l'ombudsman, de la médiation ou de l'arbitrage.⁵¹

⁵¹ Sur cette question, cf. FAVRE-BULLE Xavier, « Arbitrage et règlement alternatif des litiges (ADR) : une autre justice pour les consommateurs », in *Droit de la consommation = Konsumentenrecht : liber amicorum* Bernd Stauder, Baden-Baden (Nomos) 2006, p. 95 ss. Sur la question de l'arbitrage, cf. aussi GOSSENS/FENIELLO (n. 47), p. 226 s.