



Master

2018

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Les règles de procédure civile de la nouvelle loi sur les services financiers
(LSFin): analyse et appréciation

Scerri, Manuela

How to cite

SCERRI, Manuela. Les règles de procédure civile de la nouvelle loi sur les services financiers (LSFin): analyse et appréciation. Master, 2018.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:109379>

Faculté de droit de l'Université de Genève
Mémoire de maîtrise universitaire en droit
Semestre d'automne 2017

**Les règles de procédure civile de la nouvelle loi
sur les services financiers (LSFin) :
analyse et appréciation**

Travail effectué sous la direction du Professeur Christian BOVET

Dans le cadre du séminaire « Les nouvelles lois en matière de services (LSFin)
et d'établissements financiers (LEFin) »

Manuela SCERRI
manuela.scerrri@etu.unige.ch

Table des matières

Liste des abréviations	III
I. Introduction	1
II. Remise de documents au client.....	2
A) Droit du client à la remise de son dossier selon la LSFIn	2
B) Comparaison avec les règles déjà existantes	4
1) Obligation de rendre des comptes	4
2) Droit d'accès aux données personnelles.....	6
3) Preuve à futur	8
4) Devoirs d'édition procéduraux.....	11
C) Conclusion intermédiaire.....	11
III. Fardeau de la preuve	12
A) Obligations d'informer	12
1) Selon la LSFIn	12
2) Selon les règles déjà existantes.....	13
B) Responsabilité du prestataire de services financiers	14
C) Répartition du fardeau de la preuve	15
1) Généralités	15
2) Preuve de la violation de l'obligation d'information	17
a) Renversement du fardeau de la preuve selon la LSFIn ?	17
b) Exigences tempérées selon les règles déjà existantes	18
c) Parallèle avec le cas du médecin	18
D) Conclusion intermédiaire.....	19
IV. Frais de procès	20
A) Remarques liminaires	20
B) Dépens et frais judiciaires.....	21
1) Notion.....	21
2) Règles de répartition	21
a) Principe général de répartition.....	21
b) Autres modes de répartition et dispenses	22
i) Selon les règles déjà existantes	22
ii) Selon la LSFIn.....	23
C) Avances de frais judiciaires	25
1) Généralités	25
2) Exceptions selon la LSFIn	26
D) Sûretés en garantie des dépens	26
1) Généralités	26
2) Dispenses	27
a) Selon les règles déjà existantes	27
b) Selon la LSFIn.....	28
E) Relation avec l'assistance judiciaire.....	28

F) Conclusion intermédiaire.....	29
V. Conclusion.....	30
Bibliographie.....	I

Liste des abréviations

al.	alinéa(s)
AP-CPC	Code de procédure civile modifié selon l'avant-projet de 2014 du Département fédéral des finances de la loi sur les services financiers
AP-LSFin	Avant-projet de 2014 du Département fédéral des finances de la loi sur les services financiers
art.	article(s)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations ; RS 220)
consid.	considérant(s)
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFF	Département fédéral des finances
DFJP	Département fédéral de justice et police
ECS	Expert Comptable Suisse
éd.	édition(s)
édit.	éditeur(s)
EF	Expert <i>Focus</i>
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
hyp.	hypothèse(s)

<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
JdT	Journal des Tribunaux
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (RS 955.0)
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (RS 954.1)
let.	lettre(s)
LPCC	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LEFin	Loi fédérale sur les établissements financiers
LSFin	Loi fédérale sur les services financiers
MiFID II	Directive 2014/65/EU du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JO L 173 du 12 juin 2014
MROS	Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent
N	note(s) marginale(s)
OLPD	Ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (RS 235.11)
OPCC	Ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.311)
P-CPC/CF	Code de procédure civile modifié selon le projet de 2015 du Conseil fédéral de la loi sur les services financiers
PJA	Pratique Juridique Actuelle
p(p).	page(s)
P-LSFin/CE	Projet de 2017 du Conseil des Etats de la loi sur les services financiers
P-LSFin/CF	Projet de 2015 du Conseil fédéral de la loi sur les services financiers (FF 2015 8289)
P-LSFin/CN	Projet de 2017 du Conseil national de la loi sur les services financiers

REAS	Responsabilité et assurance
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
SJ	Semaine Judiciaire
s(s)	et suivant(s)
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
vol.	volume(s)

I. Introduction

Suite à la crise financière qui a notamment frappé la Suisse il y a maintenant dix ans, l'architecture des marchés financiers suisses a été entièrement revue. En mars 2012, le Département fédéral des finances (DFF), le Département fédéral de justice et police (DFJP) et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) se sont chargés, à la demande du Conseil fédéral (CF), d'entreprendre les travaux préparatoires d'une nouvelle réglementation en matière financière. Cette nouvelle réglementation a pour but d'« améliorer la protection des clients sur le marché financier suisse, tout en renforçant la compétitivité de la place financière suisse »¹, ainsi que d'accéder au marché européen en adoptant des règles équivalentes à celles de la directive MiFID II qui entrera en vigueur prochainement dans l'Union européenne (UE)². La consultation menée par le DFF en 2014 a abouti aux avant-projets de la loi sur les services financiers (LSFin)³ et de la loi sur les établissements financiers (LEFin)⁴. Le CF a ensuite adopté son message concernant ces deux lois en novembre 2015⁵. Les projets sont actuellement examinés par le Parlement et devraient entrer en vigueur en 2019.

Le présent travail portera exclusivement sur la LSFIn qui régit les relations entre clients et prestataires de services financiers⁶ et qui a notamment pour but d'améliorer la protection des clients⁷. Afin d'améliorer la protection des clients, diverses règles relatives à la procédure civile ont été proposées au cours de la procédure de consultation. Ces règles feront l'objet du présent travail. Nous nous concentrerons sur les modifications ayant trait à la remise de documents du client (**II**), au fardeau de la preuve de la violation des obligations d'information par le prestataire de services financiers (**III**) et aux frais de procès (**IV**). Pour chacun de ces points, nous exposerons les nouvelles règles prévues par la LSFIn, les comparerons avec le droit actuel et donnerons une appréciation quant à la question de savoir si cette nouvelle loi améliorera véritablement la protection des clients et si ces modifications ont bel et bien leur place dans ce projet de loi.

¹ DFF, Loi fédérale sur les services financiers (LSFin), Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin), Rapport explicatif du 25 juin 2014 relatif au projet soumis à consultation, p. 2 (ci-après : DFF, Rapport explicatif).

² *Ibid.* ; AMADÒ/MOLO/VECCHI, p. 1785.

³ DFF, Avant-projet de 2014 de la loi sur les services financiers (AP-LSFin).

⁴ DFF, Avant-projet de 2014 de la loi sur les établissements financiers.

⁵ CF, Message du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin), FF 2015 8101.

⁶ PORTMANN/BOCHUD, Modifications significatives, p. 91.

⁷ FF 2015 8101.

II. Remise de documents au client

A) *Droit du client à la remise de son dossier selon la LSFIn*

L'art. 75 al. 1 du projet de 2015 du Conseil fédéral de la loi sur les services financiers (P-LSFin/CF ; FF 2015 8289)⁸ prévoit que le client a droit à la remise d'une copie de son dossier ainsi que de tout autre document le concernant établi par le prestataire de services financiers⁹ dans le cadre de la relation d'affaires. La remise de ces documents peut se faire sous forme électronique dès lors que le client donne son accord (art. 75 al. 2 P-LSFin/CF). Ce droit prévu à l'art. 75 P-LSFin/CF est un droit de nature matérielle pouvant être invoqué en tout temps par des particuliers, qui existe indépendamment de tout autre droit et qui concerne la préparation du procès¹⁰. La nécessité d'un tel droit s'explique par le fait que le client doit disposer de toutes les informations pertinentes relevant de sa relation d'affaires avec le prestataire de services financiers pour faire valoir ses droits de manière efficace¹¹. En effet, le client ne peut évaluer sérieusement les chances de succès d'une procédure à l'encontre du prestataire de services financiers que s'il a connaissance des documents établis par ce dernier dans le cadre de son activité¹².

Se pose la question de savoir à quels documents le client peut prétendre et, en particulier, ce que comprend la notion de « tout autre document ». Sont visés par cette disposition tous les documents, quel que soit le support et la forme (*i.e.* document, fichier, donnée, sur papier ou électronique), comprenant des informations déterminantes que « le prestataire de services financiers est tenu de gérer en raison de l'art. 17 [P-LSFin/CF] »¹³. Il ressort de cette dernière disposition que tout prestataire de services financiers est tenu de documenter de manière appropriée les services financiers convenus avec les clients et les informations collectées sur ceux-ci (let. a), les informations sur l'absence de vérification de l'adéquation ou du caractère approprié du service fourni (let. b hyp. 1) ou le fait d'avoir déconseillé aux clients la fourniture du service (let. b hyp. 2) et les services financiers fournis aux clients (let. c). En cas de gestion de fortune ou de conseil en placement, il documente également les besoins des clients et les motifs sous-jacents de chaque recommandation d'achat, de détention ou de vente d'un instrument financier (art. 17 al. 2 P-LSFin/CF).

⁸ La teneur de l'art. 75 P-LSFin/CF reprend celle de l'art. 72 AP-LSFin.

⁹ La notion de prestataire de services financiers vise toute personne qui fournit à titre professionnel des services financiers en Suisse ou à des clients en Suisse (art. 3 let. e P-LSFin/CF).

¹⁰ DFF, Rapport explicatif, p. 79 ; FF 2015 8194 ; REICHART/MEYER, p. 396.

¹¹ DFF, Rapport explicatif, p. 78 ; FF 2015 8193 ; REICHART/MEYER, p. 396.

¹² DFF, Rapport explicatif, p. 79 ; SETHE/SEILER, p. 437.

¹³ FF 2015 8194 ; DFF, Rapport explicatif, p. 79.

Ne sont, en revanche, pas inclus dans cette notion les documents purement internes, tels que les études préparatoires, les notices ou les projets de contrats qui ne sont pas considérés importants afin de contrôler si le prestataire de services financiers respecte le contrat et la loi¹⁴. Le CF se réfère à la jurisprudence relative à l'art. 400 de la Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO ; RS 220) pour cette exception¹⁵. Par ailleurs, certains documents ne peuvent par définition pas être remis au client. Tel est le cas des échanges intervenus à propos de la procédure de médiation¹⁶, des contacts entre une partie et un avocat selon les art. 160 al. 1 let. b du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272) et 164 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; 312.0), les décisions de justice de toute autorité qui ne concernent que le prestataire de services financiers ainsi que tout document relatif à la stratégie judiciaire.

Certaines questions relatives à l'étendue de ce droit et à la notion de « tout autre document » sont encore ouvertes. Tel est notamment le cas des éléments d'information que le prestataire de services financiers est tenu de recueillir sur son client sous l'angle de la Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA ; RS 955.0). Il serait, selon nous, contraire au but de la LBA de transmettre cette documentation au client, en particulier les copies des communications faites au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS)¹⁷. Par ailleurs, il nous semble que les enquêtes internes menées par les régulateurs et leurs décisions ou encore les échanges entre le prestataire d'une banque et un prestataire externe, tel qu'un gestionnaire¹⁸, devraient figurer dans le dossier à remettre au client uniquement dans la mesure où ils se consacrent exclusivement à la relation entre le prestataire et ledit client. Il appartiendra sans doute à la jurisprudence de trancher définitivement ces questions.

L'art. 76 P-LSFin/CF¹⁹ a trait, quant à lui, à la procédure applicable. Il prévoit que le client devra faire valoir son droit en la forme écrite ou sous toute autre forme permettant d'en établir la preuve par un texte (al. 1) et que le prestataire de services financiers devra lui transmettre gratuitement une copie des documents concernés dans les trente jours suivant la réception de la demande (al. 2), ce délai n'étant a priori pas prolongeable. Si, toutefois, le

¹⁴ FF 2015 8194 ; DFF, Rapport explicatif, p. 79.

¹⁵ FF 2015 8194 ; voir *infra* II.B)1).

¹⁶ L'art. 78 al. 3 P-LSFin/CF relatif à la procédure de médiation semble d'ailleurs aller dans ce sens puisqu'il prévoit que les parties n'ont pas le droit de consulter la correspondance entre l'organe de médiation et la partie adverse ; FF 2015 8194.

¹⁷ Dans ce sens, voir DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Rapport du 13 mars 2015 sur les résultats de la consultation relative à la loi sur les services financiers (LSFin) et à la loi sur les établissements financiers (LEFin), p. 38 (ci-après : DFF, Rapport sur les résultats).

¹⁸ JEANNERET Vincent, Présentation « Accès au dossier, accès à la justice », Journée de droit bancaire et financier 2017 (Genève, 14.11.2017).

¹⁹ La teneur de cet article a subi un certain nombre de changements depuis l'art. 73 AP-LSFin.

prestataire de services financiers ne donne pas suite à la demande du client, ce dernier pourra saisir le tribunal (al. 3). Une modification du CPC est également prévue en relation avec ce droit du client de saisir le tribunal : l'art. 251a CPC modifié selon le projet de 2015 du Conseil fédéral de la loi sur les services financiers (P-CPC/CF ; FF 2015 8289) prévoit que la procédure sommaire est ordonnée, afin de garantir une procédure rapide et à moindre coût²⁰. Enfin, tout refus du prestataire de services financiers de remettre un document pourra, dans le cas d'un litige ultérieur, être pris en considération par le tribunal compétent lors de la décision sur les frais de procès (al. 4). Selon ce dernier alinéa, il nous semble que le prestataire ne pourra pas refuser de remettre les documents même lorsqu'il s'agit de préserver ses propres intérêts.

Les autorités justifient finalement ce nouveau droit par le fait qu'il permet de combler une lacune du droit actuel en matière de protection du client²¹. Il convient ainsi de s'intéresser aux possibilités qu'offre le droit actuel au client.

B) Comparaison avec les règles déjà existantes

1) Obligation de rendre des comptes

Le droit actuel prévoit d'ores et déjà un droit d'information du client envers son prestataire de services financiers découlant des règles sur le contrat de mandat. En effet, le client, en tant que mandant, peut obtenir des informations sur la base de l'obligation du mandataire de rendre des comptes de l'art. 400 CO²². Selon cette disposition, le mandataire a une obligation de renseigner et de présenter des comptes au mandant, ce qui permet à ce dernier de contrôler que le mandataire exécute correctement le contrat²³. L'étendue de l'obligation de rendre des comptes se limite aux opérations effectuées dans le cadre du contrat de mandat²⁴. Dans ce contexte, « le mandataire doit informer le mandant de manière complète et véridique et lui remettre tous les documents concernant les affaires traitées dans l'intérêt du mandant »²⁵.

La question qui se pose est de savoir quels documents doivent être remis au client. L'étendue de l'obligation de rendre des comptes et de l'obligation de restitution, toutes deux prévues à l'art. 400 CO, n'est pas définie par la loi. La

²⁰ DFF, Rapport explicatif, p. 80 ; FF 2015 8194.

²¹ DFF, Rapport explicatif, p. 79 ; FF 2015 8194.

²² DFF, Rapport explicatif, p. 79 ; ATF 139 III 49, JdT 2014 II 217, consid. 4 ; ATF 138 III 425, SJ 2013 I 81, consid. 6.4 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 156 ; SETHE/SEILER, p. 439.

²³ BOHNET, p. 1177-1778 N 2 ; ATF 139 III 49, JdT 2014 II 217, consid. 4.1.2 ; ATF 138 III 425, SJ 2013 I 81, consid. 6.4 ; HK Privatrecht-GEHRER CORDEY/GIGER, CO 400 N 1.

²⁴ ATF 139 III 49, JdT 2014 II 217, consid. 4.1.3.

²⁵ *Ibid.* ; HK Privatrecht-GEHRER CORDEY/GIGER, CO 400 N 3.

jurisprudence considère qu'elles n'ont pas la même étendue²⁶. Ainsi, il est possible de distinguer deux types de documents internes. Les premiers concernent les documents purement internes, tels que « les projets de contrat qui n'ont jamais été envoyés, les études préalables, les notes, le matériel rassemblé et la comptabilité de l'intéressé qui ne sont de toute façon pas pertinents pour vérifier si le mandataire a exécuté le mandat conformément au contrat »²⁷ et qui sont donc exclus tant de l'obligation de restitution que de l'obligation de rendre des comptes²⁸. Les seconds visent les documents internes, tels que « les relevés sur les visites de clients et les contacts »²⁹, qui doivent être portés à la connaissance du mandant afin qu'il puisse contrôler l'activité du mandataire³⁰. Ces documents sont soumis à l'obligation de rendre des comptes mais pas à celle de restitution³¹. Il semble donc qu'au niveau du contenu, ce droit correspond en tout point au nouveau droit à la remise de documents prévu par la LSFIn. Toutefois, selon l'art. 400 CO, pour déterminer si le second type de documents internes peut être transmis au mandant, il doit encore être soumis à une pesée des intérêts entre l'intérêt du mandant à la remise des documents et l'intérêt du mandataire au maintien du secret³². Le nouveau droit présentera donc l'avantage de s'appliquer sans pesée des intérêts.

Cette disposition ne trouve néanmoins application que dans le cas où la relation entre le prestataire de services financiers et le client relève du mandat³³, tel est le cas notamment pour les relations entre un conseiller en placement et son client³⁴ et un gestionnaire de fortune et son client³⁵. Le droit de l'art. 75 P-LSFin/CF permettra donc d'assurer la sécurité du droit, l'étendue du droit à la remise de documents au sens de cette disposition ne dépendant plus de la qualification du contrat entre les parties³⁶. Il faut néanmoins souligner que la grande majorité des relations entre les clients et les prestataires de services financiers est régie par le contrat de mandat³⁷. Ils peuvent donc déjà obtenir certains documents sur la base de l'art. 400 CO.

²⁶ BOHNET, p. 1178 ; ATF 139 III 49, JdT 2014 II 217, consid. 4.1.3.

²⁷ ATF 139 III 49, JdT 2014 II 217, consid. 4.1.3.

²⁸ HK Privatrecht-GEHRER CORDEY/GIGER, CO 400 N 3a.

²⁹ ATF 139 III 49, JdT 2014 II 217, consid. 4.1.3.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.* ; HK Privatrecht-GEHRER CORDEY/GIGER, CO 400 N 3a.

³² ATF 139 III 49, JdT 2014 II 217, consid. 4.1.3 ; BOHNET, p. 1178.

³³ DFF, Rapport explicatif, p. 79 ; ATF 139 III 49, JdT 2014 II 217, consid. 4 ; ATF 138 III 425, SJ 2013 I 81, consid. 6.4 ; AMADÒ/MOLO/VECCHI, p. 1790.

³⁴ ATF 124 III 155, consid. 3.a ; HK Privatrecht-GEHRER CORDEY/GIGER, CO 398 N 7 ; Arrêt du TF 4A_593/2015 du 13 décembre 2016, consid. 8.1.

³⁵ ATF 137 III 393, consid. 2.5 ; ATF 119 II 333, consid. 5 et 7 ; HK Privatrecht-GEHRER CORDEY/GIGER, CO 398 N 7 ; TF, 4A_593/2015, 13 décembre 2016, consid. 8.1.

³⁶ REICHART/MEYER, p. 396.

³⁷ *Ibid.* ; SETHE/SEILER, p. 445.

Quant à la procédure applicable à l'action en reddition de comptes prévue à l'art. 400 CO, elle varie selon les situations. La procédure ordinaire trouve application lorsque la valeur litigieuse, définie aux art. 91 ss CPC, est supérieure à CHF 30 000 (art. 219 et 243 al. 1 CPC *a contrario*). Lorsque la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30 000, la procédure simplifiée s'applique (art. 243 al. 1 CPC)³⁸. Enfin, « si l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé et que la situation juridique est claire »³⁹, le demandeur peut choisir la procédure sommaire en protection des cas clairs (art. 257 CPC)⁴⁰. Le but de cette procédure sommaire prévue à l'art. 257 CPC est d'offrir une protection efficace et moins coûteuse aux requérants dont le bien-fondé du dossier est incontestable⁴¹. Alors que l'action en reddition de comptes d'un client à l'encontre de sa banque devrait, en principe, faire l'objet d'une procédure sommaire en protection des cas clairs – le principe du mandat n'étant pas remis en cause⁴² –, cette voie sera souvent fermée, faute de clarté suffisante, au motif que l'étendue des documents devant être remis n'est pas clairement définie⁴³. Le nouveau droit présentera donc l'avantage d'être systématiquement soumis à la procédure sommaire.

2) *Droit d'accès aux données personnelles*

Il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) que la banque est également tenue de fournir au client des informations sur des données personnelles le concernant en vertu de l'art. 8 de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1) et ce, quelle que soit la nature juridique de relation existante entre ledit client et le prestataire de services financiers⁴⁴. L'art. 8 LPD, tout comme le nouveau droit, permet au client d'évaluer les chances de succès d'une éventuelle démarche juridique à l'encontre du prestataire de services financiers⁴⁵. La banque doit transmettre au client « toutes les données personnelles en sa possession [qui le concernent], à l'exclusion des notes internes prises par le conseiller à la clientèle destinées à son usage personnel »⁴⁶. Le droit d'accès aux données personnelles de l'art. 8 LPD ne porte ainsi pas sur les documents internes⁴⁷. Un des inconvénients de

³⁸ BOHNET, p. 1179.

³⁹ JEANDIN/PEYROT, pp. 241-242 ; Arrêt du TF, 4A_374/2016 du 20 octobre 2016, consid. 4 ; BSK ZPO-HOFMAN, CPC 257 N 1.

⁴⁰ BOHNET, p. 1179 N 9 ; BSK ZPO-HOFMAN, CPC 257 N 2.

⁴¹ JEANDIN/PEYROT, p. 240 ; BSK ZPO-HOFMAN, CPC 257 N 2.

⁴² JEANDIN/PEYROT, p. 240 ; HALDY, p. 175 ; BOHNET, p. 1179.

⁴³ TF, 4A_374/2016, 20 octobre 2016, consid. 5.2 ; EMMENEGGER/THÉVENOZ/DÖBELI/LEPORI, pp. 239-240.

⁴⁴ DFF, Rapport explicatif, p. 79 ; ATF 138 III 425, SJ 2013 I 81, consid. 4 ss ; GNEHM, p. 83 ; GUGGENHEIM/ GUGGENHEIM, p. 158 ; SETHE/SEILER, p. 446.

⁴⁵ GNEHM, pp. 83-84.

⁴⁶ THÉVENOZ/EMMENEGGER/DE VOS BURCHART/DOBBINS, p. 321.

⁴⁷ SHK DSG-RUDIN, LPD 8 N 27 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 159.

cette voie réside dans le fait que la notion de « documents internes » n'a pas encore été clairement définie⁴⁸. A cet égard, bien que le TF ne considère pas que les informations et documents que le client peut obtenir de la part de la banque par le biais de l'art. 8 LPD sont plus étendus que ceux communiqués suite à une action en reddition de compte découlant de l'art. 400 CO⁴⁹, la pratique montre toutefois qu'une interprétation plus restrictive de l'art. 400 CO que de l'art. 8 LPD est adoptée⁵⁰. Il demeure ainsi une certaine insécurité juridique quant au type de documents exact pouvant être remis par la voie de l'accès aux données personnelles.

Une personne désirant accéder à des informations qui la concernent sur la base de l'art. 8 LPD doit en faire la demande, généralement par écrit, voire de manière électronique si le maître du fichier en prévoit explicitement la possibilité⁵¹. Le client peut faire valoir ce droit sans démontrer un intérêt particulier⁵². Il ne peut toutefois pas s'en prévaloir lorsqu'un procès civil est pendant, la LPD n'étant alors pas applicable (art. 2 al. 2 let. c LPD)⁵³. Le client d'une banque voulant faire valoir son droit découlant de l'art. 8 LPD devra donc le faire avant d'introduire une procédure civile à l'encontre de la banque⁵⁴. Dans ce cadre, la question de la litispendance en cas de procédure de preuve à futur au sens de l'art. 158 CPC s'est posée⁵⁵. La procédure de preuve à futur étant ouverte avant qu'un procès civil soit pendant, le TF a considéré qu'une application simultanée de la LPD n'est pas exclue⁵⁶.

Le maître du fichier, à savoir le prestataire de services financiers dans notre cas⁵⁷, est tenu de communiquer les informations au client (ou son refus de communiquer les informations) dans les trente jours à compter de la réception de la demande (art. 1 al. 4 de l'Ordonnance du 14 juin 1993 relative à la Loi

⁴⁸ A titre d'exemple, voir ATF 138 III 425, SJ 2013 I 81, consid. 6.2.

⁴⁹ THÉVENOZ/EMMENEGGER/DE VOS BURCHART/DOBBINS, p. 321 ; FISCHER Philipp, Action en reddition de compte : une nouvelle arme, la LPD ?, Genève 2016, [<https://www.cdbf.ch/915/>] (29.12.2017) ; PODA Endrit/ZURITA Anouchka, Avant-projets LSFIn, LEFIN et LIMF : Vers un renforcement de la mise en œuvre des prétentions civiles des clients, Genève 2014, [<https://www.cdbf.ch/915/>] (29.12.2017).

⁵⁰ THÉVENOZ/EMMENEGGER/DE VOS BURCHART/DOBBINS, pp. 321 et 339 ; Arrêt du TF 4A_688/2011 du 17 avril 2012, consid. 3 et 6.5.

⁵¹ ROSENTHAL/JÖHRI, LPD 8 N 9 ; SHK DSG-RUDIN, LPD 8 N 19 ; BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, LPD 8 N 37 ; BESLER/EPINEY/WALDMANN, p. 620 ; GNEHM, p. 93.

⁵² THÉVENOZ/EMMENEGGER/DE VOS BURCHART/DOBBINS, p. 321 ; ATF 138 III 425, SJ 2013 I 81, consid. 5.4 ; GNEHM, p. 84.

⁵³ DK ZPO-ZÜRCHER, CPC 158 N 37 ; GNEHM, p. 87 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 159.

⁵⁴ THÉVENOZ/EMMENEGGER/DE VOS BURCHART/DOBBINS, p. 321 ; FISCHER Philipp, Action en reddition de compte : une nouvelle arme, la LPD ?, Genève 2016, [<https://www.cdbf.ch/915/>] (29.12.2017).

⁵⁵ ATF 138 III 425, SJ 2013 I 81, consid. 4.1 ; pour plus de détails sur la preuve à futur, voir *infra* II.B)3).

⁵⁶ *Idem*, consid. 4.2.

⁵⁷ FISCHER Philipp, Action en reddition de compte : une nouvelle arme, la LPD ?, Genève 2016, [<https://www.cdbf.ch/915/>] (29.12.2017).

fédérale sur la protection des données [OLPD ; RS 235.11])⁵⁸. Il dispose toutefois d'un droit unilatéral de prolonger le délai (art. 1 al. 4 OLPD)⁵⁹. Le client aura donc tout intérêt à agir par le biais de la LSFIn, qui prévoit un délai non prolongeable. De plus, bien que le maître des fichiers est, en principe, tenu de fournir les documents de manière gratuite (art. 8 al. 5 LPD et art. 2 OLPD)⁶⁰, deux exceptions à cette gratuité sont réservées à l'art. 8 al. 5 LPD et concrétisées à l'art. 2 al. 1 OLPD⁶¹. Un montant allant jusqu'à CHF 300 peut être requis selon l'art. 2 al. 2 OLPD (i) lorsque les documents demandés ont déjà été remis au requérant dans les douze mois précédant la demande et (ii) lorsque la remise de ces documents occasionne un volume de travail considérable (art. 2 al. 1 OLPD). Ainsi, contrairement au nouveau droit, l'accès aux données personnelles de la LPD n'est pas forcément gratuit. Il sera donc préférable pour le client d'agir par le biais de la LSFIn qui prévoit un droit gratuit. D'autant plus que, le cas échéant, l'art. 15 al. 4 LPD prévoit que la personne concernée peut invoquer une violation de l'art. 8 LPD dans le cadre d'une procédure simplifiée au sens de l'art. 243 al. 2 let. d CPC⁶². Le nouveau droit prévu dans la LSFIn présentera ainsi l'avantage supplémentaire de la rapidité de la procédure, la procédure sommaire étant applicable.

3) *Preuve à futur*

Nous pourrions ensuite penser à la voie de la preuve à futur prévue à l'art. 158 CPC (en relation avec les art. 160 ss CPC⁶³) pour permettre au client d'obtenir des documents. Alors que, en principe, l'administration des preuves suppose qu'un procès soit pendant, la preuve à futur de l'art. 158 CPC permet de procéder à une administration des preuves en tout temps, avant même la litispendance d'une action (art. 62 CPC)⁶⁴, dans deux cas de figures alternatifs mentionnés aux let. a et b de l'al. 1 de l'art. 158 CPC⁶⁵. La let. b de l'al. 1 concerne notamment le cas dans lequel le requérant rend vraisemblable qu'il dispose d'un intérêt digne de protection⁶⁶. L'intérêt digne de protection n'est admis que si le requérant rend vraisemblable qu'il dispose, en vertu du droit matériel, d'une prétention à l'encontre de la partie adverse mais qu'il ne peut

⁵⁸ BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, LPD 8 N 46 ; MEIER, p. 389 ; GNEHM, pp. 95-96.

⁵⁹ MEIER, p. 389 ; BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, LPD 8 N 47 ; GNEHM, p. 96.

⁶⁰ MEIER, p. 393 ; SHK DSG-RUDIN, LPD 8 N 57 ; ROSENTHAL/JÖHRI, p. 208.

⁶¹ BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, LPD 8 N 56 ; MEIER, p. 393 ; SHK DSG-RUDIN, LPD 8 N 58.

⁶² SHK DSG-RUDIN, LPD 15 N 36 ; MEIER, p. 397 ; BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, LPD 8 N 62 ; GNEHM, p. 85.

⁶³ REICHART/MEYER, p. 399.

⁶⁴ DK ZPO-ZÜRCHER, CPC 158 N 1 ; JEANDIN/PEYROT, p. 162 ; BRÖNNIMANN, p. 2 ; REICHART/MEYER, p. 397 ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, p. 338. A noter que, bien qu'étant une procédure indépendante, la voie des preuves à futur est ouverte dans la perspective d'un procès ultérieur (Arrêt du TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013, consid. 1.2.2).

⁶⁵ JEANDIN/PEYROT, p. 162.

⁶⁶ *Ibid.* ; KK ZPO-SCHMID, CPC 158 N 1 ; SETHE/SEILER, p. 450.

prouver l'état de fait à la base de cette prétention qu'au moyen de la preuve à administrer⁶⁷. L'intérêt à clarifier les chances de succès d'un procès est notamment considéré comme un intérêt digne de protection⁶⁸. Le degré de preuve dans cette hypothèse est ainsi abaissé à une certaine vraisemblance, en lieu et place de la certitude généralement requise⁶⁹. Le client aura donc avantage à faire valoir le nouveau droit pour obtenir des documents, ne devant faire preuve d'aucun intérêt particulier pour agir.

Par ailleurs, la preuve à futur intervient dans le cadre d'une procédure sommaire⁷⁰. Les dispositions sur les mesures provisionnelles (art. 262 ss CPC) sont applicables *mutatis mutandis* aux preuves à futur (art. 158 al. 2 CPC)⁷¹. Dans le cadre de cette procédure, le juge ne statue pas sur le fond ; il se contente d'apprécier un certain état de fait⁷².

Le TF a eu l'occasion de se prononcer sur le rapport entre l'action en reddition de compte et la preuve à futur dans son arrêt ATF 141 III 564 du 16 décembre 2015. Dans cette affaire, la requérante avait déposé une requête de preuve à futur dans le but d'obtenir de nombreux documents, décrits de manière très générale, lui permettant d'évaluer la diligence dont la banque avait fait preuve par rapport à certains placements⁷³. Les parties étaient liées par un contrat de mandat et la mandante disposait de ce fait de la prétention en reddition de compte de l'art. 400 CO, soit une prétention de droit matériel pouvant faire l'objet d'une action en exécution⁷⁴. Le TF a jugé que le client ne peut pas faire valoir une prétention en reddition de compte fondée sur l'art. 400 al. 1 CO dans le cadre d'une procédure de preuve à futur⁷⁵ au motif que « le juge ne peut pas ordonner par voie provisionnelle une mesure qui, par sa nature, implique un jugement définitif de la prétention à protéger, comme la reddition de compte au sens de l'art. 400 al. 1 CO »⁷⁶. Les juges fédéraux ont ainsi confirmé le jugement de la Cour de justice de Genève du 22 février 2015 (ACJC/185/2015) en affirmant que la recourante avait introduit à tort une

⁶⁷ KK ZPO-SCHMID, CPC 158 N 4 ; BRÖNNIMANN, p. 4 ; ATF 138 III 76, JdT 2014 II 228, consid. 2.4.2.

⁶⁸ ATF 140 III 24, consid. 3.3.3 ; ATF 138 III 76, JdT 2014 II 228, consid. 2.4.2 ; REICHART/MEYER, p. 399 ; KK ZPO – SCHMID, CPC 158 N 3 ; BRÖNNIMANN, p. 9.

⁶⁹ BRÖNNIMANN, pp. 6 et 10. Pour plus de détails sur le degré de la preuve, voir *infra* III.C)1).

⁷⁰ KK ZPO-SCHMID, CPC 158 N 6 ; DK ZPO-ZÜRCHER, CPC 158 N 4 ; BRÖNNIMANN, p. 3.

⁷¹ JEANDIN/PEYROT, p. 162 ; ATF 141 III 564, consid. 3 ; ATF 133 III 638, consid. 2 ; Arrêt du TF 4A_143/2014 du 23 juin 2014, consid. 2 ; TF, 5A_832/2012, 25 janvier 2013, consid. 1.2.2.

⁷² ATF 142 III 40, consid. 3 ; ATF 140 III 16, consid. 2.2.2 ; ATF 138 III 76, consid. 2.4.2 ; TF, 4A 143/2014, 23 juin 2014 consid. 3.

⁷³ ATF 141 III 564, consid. 4.2.

⁷⁴ ATF 141 III 564, consid. 4.2.2 ; EMMENEGGER/THÉVENOZ/DÖBELI/LEPORI, p. 240.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.* ; ATF 138 III 728, consid. 2.7.

procédure de preuve à futur puisqu'elle cherchait en réalité à faire une demande en reddition de compte découlant des règles sur le mandat⁷⁷.

Au niveau de l'étendue des documents pouvant être remis, le TF ne s'est pas prononcé sur la possibilité d'obtenir des documents lorsque (i) ceux-ci sont « décrits avec précision, (ii) limités dans leur nombre, (iii) le requérant indique quel allégué de fait il entend prouver par chaque document et (iv) le principe de proportionnalité [est] respecté (mise en balance des intérêts du client à obtenir les documents avec ceux de la banque, tels que la protection à son secret d'affaires) »⁷⁸. Or, le 24 juin 2016, la Cour de justice de Genève a considéré, dans une affaire similaire (ACJC/885/2016), que la voie de la preuve à futur n'était pas ouverte, alors même que les documents remplissaient les quatre exigences précitées, au motif erroné que le TF avait exclu, dans l'arrêt ATF 141 III 564, toute possibilité de recueillir des informations par le biais de la procédure de preuve à futur⁷⁹. Dans un autre arrêt rendu le 13 juillet 2016, la Cour de justice de Genève a, au contraire, considéré que la requête ne constituait pas une action en reddition de compte au motif qu'elle se limitait « à des documents précis et concernant une période ancienne, courte et déterminée »⁸⁰ mais a finalement rejeté la requête à défaut d'un intérêt digne de protection car dénuée d'un caractère urgent⁸¹. Il découle de ces différents arrêts que, bien que la jurisprudence de la Cour de justice de Genève ne soit pas uniformisée, cette dernière n'admet que très restrictivement une demande de remise de documents par la voie de la preuve à futur⁸².

Force est ainsi de constater qu'il plane, à l'heure actuelle, une certaine incertitude. Il est, certes, clair qu'une *fishing expedition* est exclue⁸³, mais le TF n'a pas encore tranché la question de savoir si cette voie est ouverte dès lors que les documents à produire sont définis précisément et limités dans leur nombre, que le requérant indique quel document permet de prouver quel allégué et que le principe de proportionnalité est respecté. Selon nous, il est toutefois fort probable que le TF suivra l'approche de la Cour de justice de Genève en n'admettant que restrictivement la possibilité d'agir par le biais de la preuve à futur afin de ne pas dénier l'action en reddition de compte de l'art. 400 CO de son sens. Il en ressort donc que le nouveau droit présentera l'avantage de la clarté et de la sécurité juridique par rapport à cette voie.

⁷⁷ ATF 141 III 564, consid. 4.2.2 ; EMMENEGGER/THÉVENOZ/DÖBELI/LEPORI, p. 240.

⁷⁸ OLLIVIER Nicolas, Le TF exclut les demandes de reddition de compte déguisées par voie de requête de preuve à futur, Genève 2016, [<https://www.cdbf.ch/938/>] (29.12.2017).

⁷⁹ Cour de justice de Genève, ACJC/885/2016 du 24 juin 2016, consid. 4.6.

⁸⁰ Cour de justice de Genève, ACJC/986/2016 du 13 juillet 2016, consid. 2.2.

⁸¹ *Idem*, consid. 3.2.2.

⁸² OLLIVIER Nicolas, La Cour de justice ferme définitivement la porte à toute remise de documents bancaires par requête de preuve à futur, Genève 2016, [<https://www.cdbf.ch/952/>] (29.12.2017).

⁸³ STANISCHEWSKI, p. 72.

4) *Devoirs d'édition procéduraux*

Les documents peuvent également être exigés sur la base des devoirs d'édition procéduraux des art. 160 ss CPC⁸⁴. L'art. 160 al. 1 CPC prévoit une obligation des parties de collaborer à l'administration des preuves. Elles ont notamment l'obligation de produire les titres requis, à l'exception des documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et un avocat autorisé à les représenter à titre professionnel ou un conseil en brevets (art. 160 al. 1 let. b CPC). Le demandeur doit décrire les documents devant être fournis de la manière la plus précise possible (art. 160 al. 1 let. b CPC)⁸⁵. Il doit, par ailleurs, établir quelles allégations de fait ces documents permettent de prouver⁸⁶. Cette obligation de collaborer a toutefois des limites : les parties ont un droit de refuser de coopérer dans les situations énumérées à l'art. 163 al. 2 CPC⁸⁷, en particulier lorsqu'elles sont soumises au secret professionnel ou à d'autres secrets, tels que le secret bancaire⁸⁸. Pour déterminer si une partie peut refuser de coopérer, il convient de peser les intérêts en présence, à savoir l'intérêt à la vérité et l'intérêt à la tenue du secret⁸⁹. Si, à la suite de cette pesée des intérêts, l'intérêt à la vérité est prépondérant, les documents doivent être remis au client. Par ailleurs, les devoirs d'édition procéduraux des art. 160 ss CPC ne constituent pas un instrument de collecte de renseignements mais un moyen d'obtention des preuves permettant d'établir une allégation de faits⁹⁰ et n'existent que dans le cadre d'un procès déjà pendant⁹¹. Or, le but du droit du client à la remise de son dossier prévu par la LSFIn étant de préparer un éventuel futur procès à l'encontre du prestataire de service en lui permettant d'évaluer au mieux ses chances de succès, les devoirs d'édition procéduraux prévus à l'art. 160 CPC ne permettent pas de répondre à ce besoin.

C) *Conclusion intermédiaire*

Alors que, de prime abord, le droit du client à la remise de documents de la LSFIn nous semblait quelque peu superflu au vu de la multitude de possibilités offertes⁹², il ressort d'une analyse plus approfondie qu'il permettra en réalité de lutter contre une certaine insécurité juridique et d'assurer une égalité de traitement entre les différents clients des banques. L'insécurité

⁸⁴ REICHART/MEYER, p. 399 ; AMADÒ/MOLO/VECCHI, p. 1803.

⁸⁵ REICHART/MEYER, p. 398 ; SK ZPO-HASENBÖHLER, CC 160 N 13.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ REICHART/MEYER, p. 398 ; HOFMAN/LÜSCHER, p. 133 ; BK ZPO I-RÜETSCHI, CPC 160 N 30.

⁸⁸ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 313 ; REICHART/MEYER, p. 398.

⁸⁹ SK ZPO-HASENBÖHLER, CC 160 N 15.

⁹⁰ ATF 141 III 281, consid. 3.4.3.

⁹¹ REICHART/MEYER, p. 399 ; AMADÒ/MOLO/VECCHI, p. 1803 ; DK ZPO-HIGI, CPC 160 N 16.

⁹² Dans ce sens, voir FISCHER/AMIGUET, p. 37.

juridique découle notamment de l'application incertaine de la preuve à futur et de l'étendue floue du droit d'accès aux données personnelles prévu par la LPD. L'inégalité de traitement découle de la dépendance de la qualification juridique de la relation entre le client et son prestataire de services financiers en ce qui concerne le droit à la reddition de compte. Par ailleurs, le nouveau droit facilitera l'accès du client à la justice en prévoyant l'application de la procédure sommaire. Il sera donc bien plus adapté aux besoins des clients que les voies actuelles.

III. Fardeau de la preuve

Nous nous intéresserons, dans cette partie, au fardeau de la preuve de la violation des obligations d'information du prestataire de services financiers à l'égard de son client. Pour ce faire, nous reviendrons sur les obligations d'informer du prestataire de services financiers (A) et sa responsabilité y relative (B), avant d'aborder la question du fardeau de la preuve (C).

A) *Obligations d'informer*

1) *Selon la LSFIn*

L'obligation d'informer dispose de sa propre section dans le P-LSFin/CF. Le prestataire de services financiers doit transmettre à ses clients de nombreuses informations prévues aux al. 1 et 2 de l'art. 9 P-LSFin/CF. Aux termes de l'al. 1, le prestataire de services financiers doit indiquer à ses clients son nom et adresse (let. a), son champ d'activité et le régime de surveillance auquel il est soumis (let. b), la possibilité de se renseigner sur la formation et le perfectionnement de leur conseiller à la clientèle (let. c) ainsi que la possibilité d'engager une procédure de médiation (let. d)⁹³. Il doit, en outre, les informer, selon l'al. 2, des services financiers proposés et des risques et des coûts y afférents (let. a), de ses relations économiques avec des tiers concernant les services financiers proposés (let. b), des instruments financiers proposés et des risques et coûts y afférents (let. c), de l'offre du marché prise en considération pour la sélection des instruments financiers (let. d) ainsi que du type de garde des instruments financiers et des risques et coûts y afférents (let. e)⁹⁴. Toutes

⁹³ Le Conseil national (CN) et le Conseil des Etats (CE) proposent de biffer la let. c, de modifier la let. d et d'ajouter une let. e à l'al. 1 de l'art. 9 (CONSEIL DES ETATS, Décision du 14 décembre 2016 sur la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) (15.073), *ad art. 9 LSFIn* (ci-après : CE, Décision 2016) ; CONSEIL NATIONAL, Décision du 13 septembre 2017 sur la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) (15.073), *ad art. 9 P-LSFin* (ci-après : CN, Décision 2017).

⁹⁴ Le CN et le CE proposent de biffer les let. c et e à l'al. 2 et d'ajouter un al. 2bis de l'art. 9 (*ibid.*).

ces informations doivent être communiquées de façon compréhensible (art. 9 al. 3 P-LSFin/CF)⁹⁵. Au niveau de la forme, ces informations peuvent tant être remises aux clients sous une forme standardisée qu'être communiquées par voie électronique (art. 9 al. 4 P-LSFin/CF). Quant au moment de la communication des informations, celles-ci devront être transmises avant la conclusion d'un contrat ou la fourniture d'un service (art. 10 al. 1 P-LSFin/CF). Le prestataire de services financiers fournissant des services de conseil en placement ou de gestion de fortune est soumis à des exigences supplémentaires en matière d'information selon les art. 11 ss P-LSFin/CF⁹⁶.

2) Selon les règles déjà existantes

Selon le droit actuel, il y a, tout d'abord, la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM ; RS 954.1) qui prévoit un devoir d'information concernant les négociants en valeurs mobilières⁹⁷. Selon l'art. 11 al. 1 let. a LBVM, le négociant doit transmettre au client les informations relatives aux risques encourus par ce dernier en fonction du type de transaction en cause⁹⁸. Le prestataire de services financiers prendra également en compte l'expérience et les connaissances du client afin d'adapter la précision et la quantité d'informations données (art. 11 al. 2 LBVM)⁹⁹. L'information doit, de plus, être exhaustive et objective afin d'assurer que les risques ne soient pas minimisés et que le client ne soit pas induit en erreur¹⁰⁰. En outre, l'étendue de ce devoir varie selon le type de relation contractuelle entre le client et le prestataire¹⁰¹. Concernant les modalités de ce devoir, l'information n'est soumise à aucune exigence de forme¹⁰². Quant au moment, elle peut être donnée dès l'ouverture d'un compte, soit avant même que le client ait décidé d'effectuer une transaction particulière¹⁰³. Le client peut également renoncer à l'information, à condition qu'il reconnaisse par écrit être conscient des risques¹⁰⁴. Enfin, cette disposition est considérée comme une obligation-cadre (générale et abstraite) devant être concrétisée par l'autorégulation, la jurisprudence et la doctrine¹⁰⁵. Il est admis

⁹⁵ Le CN et le CE proposent de biffer cet al. 3 et d'ajouter un al. 3bis à l'art. 9 (CE, Décision 2016, *ad* art. 9 LSFIn ; CN, Décision 2017, *ad* art. 9 LSFIn).

⁹⁶ DFF, Rapport explicatif, p. 44 ; BRAIDI, p. 248 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 20.

⁹⁷ BRAIDI, p. 231. La notion de négociant en valeurs mobilières est définie à l'art 2 let. d LBVM.

⁹⁸ LOMBARDINI, pp. 756-757 ; AMADÒ/MOLO/VECCHI, p. 1793 ; CR CO I-WERRO, CO 398 N 19a.

⁹⁹ BRAIDI, pp. 229-230 ; Arrêt du TF 4A_593/2015 du 13 décembre 2016, consid. 7.1.3 ; Arrêt du TF 4A_336/2014 et 4A_364/2013 du 5 mars 2014 (causes jointes), consid. 4.2.

¹⁰⁰ LOMBARDINI, pp. 757-758 ; CR CO I-WERRO, CO 398 N 19a ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 22.

¹⁰¹ TF, 4A_593/2015, 13 décembre 2016, consid. 7.1.1 ; Arrêt du TF 4C.27/2003 du 26 mai 2003, consid. 3.2.2 ; ATF 133 III 97, JdT 2008 I 84, consid. 7.1 ; CR CO I-WERRO, CO 398 N 19a.

¹⁰² LOMBARDINI, p. 759 ; BRAIDI, p. 236.

¹⁰³ LOMBARDINI, p. 760 ; WEBER, p. 132.

¹⁰⁴ LOMBARDINI, p. 761 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 22.

¹⁰⁵ BRAIDI, p. 230 ; WEBER, p. 132.

que cet article peut être invoqué directement par les clients et qu'il leur permet de faire valoir une action en dommages-intérêts en cas de violation du devoir d'information par le négociant¹⁰⁶.

Il y a ensuite la Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC ; RS 951.31) qui contient également une obligation d'informer concernant, elle, les titulaires d'une autorisation¹⁰⁷. L'obligation d'informer au prévue à l'art. 20 al. 1 let. c LPCC est largement inspirée de l'art. 20 al. 1 let. a LBVM et constitue également une règle générale et abstraite¹⁰⁸. Elle est concrétisée par l'art. 34 de l'Ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (OPCC ; RS 951.311) qui reprend l'art. 20 al. 1 let. a LBVM presque à la lettre¹⁰⁹ et qui prévoit que les titulaires d'autorisation au sens de la LPCC doivent rendre les investisseurs attentifs, en particulier aux risques liés à un type de placement donné et ce, « avant même l'acquisition d'une part de placement des coûts et risques liés à l'acquisition »¹¹⁰.

Il découle de ce qui précède qu'il n'existe pas de standard homogène en ce qui concerne le devoir d'information à l'heure actuelle¹¹¹. Les art. 9 et 10 P-LSFin/CF viendront donc s'ajouter à ces obligations, en servant de base commune pour les devoirs d'information prévus dans les différentes lois, telles que la LBVM et la LPCC, et constituera un standard minimal applicable à tous les prestataires de services financiers, sans que rien ne change en pratique¹¹².

B) Responsabilité du prestataire de services financiers

Les relations entre client et prestataire de services financiers étant régi par le mandat (art. 394 ss CO)¹¹³, le prestataire de services financiers est responsable de la bonne et fidèle exécution du contrat selon l'art. 398 al. 2 CO¹¹⁴. Ses obligations d'information font partie de ses obligations de diligence et de fidélité¹¹⁵. Ainsi, le prestataire de services financiers est tenu de réparer le dommage résultant de la violation de ses obligations d'information¹¹⁶. Même dans les cas où la relation entre le prestataire de services financiers et son client n'est pas expressément régie par un contrat de mandat, il existe un devoir

¹⁰⁶ LOMBARDINI, p. 766 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 17 ; ATF 133 III 97, consid. 5.

¹⁰⁷ AMADÒ/MOLO/VECCHI, p. 1793.

¹⁰⁸ EMMENEGGER, p. 73 ; BRAIDI, p. 242.

¹⁰⁹ BRAIDI, p. 242 ; LÜBBE, p. 4.

¹¹⁰ LÜBBE, p. 4 ; ZULAUF/EGGEN, p. 97.

¹¹¹ AMADÒ/MOLO/VECCHI, p. 1793 ; BRAIDI, p. 247.

¹¹² DFF, Analyse d'impact du 4 novembre 2015 de la loi sur les services financiers (LSFin) et de la loi sur les établissements financiers (LEFin), p. 20 (ci-après : DFF, Analyse d'impact).

¹¹³ TF, 4C.27/2003, 26 mai 2003, consid. 3.2.2 ; TF, 4A_593/2015, 13 décembre 2016, consid. 8.1.

¹¹⁴ TF, 4A_593/2015, 13 décembre 2016, consid. 8.1 ; ATF 115 II 62, consid. 3.

¹¹⁵ CR CO I-WERRO, CO 398 N 16.

¹¹⁶ BOHNET, pp. 759 et 1171 ; LÜBBE, p. 8 ; AMADÒ/MOLO/VECCHI, p. 1799.

d'information découlant des règles sur le mandat lorsque « (i) la banque peut déterminer que le client n'est pas conscient des risques encourus ou (ii) il existe entre les parties une relation de confiance en raison de laquelle le client peut de bonne foi s'attendre à être averti dans chaque cas du risque que représente le placement envisagé, même s'il ne l'a pas expressément demandé »¹¹⁷.

En ce qui concerne les conditions à remplir pour établir la responsabilité du mandataire, l'art. 97 CO trouve application (*via* art. 398 al. 1 et 321e CO)¹¹⁸. Afin de retenir la responsabilité du prestataire de services financiers, le client doit prouver l'existence d'un dommage, d'une violation par le prestataire de services financiers de son obligation de diligence et d'un lien de causalité entre le dommage subi et ladite violation¹¹⁹. La faute du mandataire étant présumée, il appartient au prestataire de services financiers de démontrer qu'il n'a pas commis de faute¹²⁰. Dans ce contexte, se pose la question du fardeau de la preuve de la violation des obligations d'information par le prestataire de services financiers.

C) Répartition du fardeau de la preuve

1) Généralités

Le principe général du fardeau de la preuve est défini à l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210) qui prévoit que chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit¹²¹. Une disposition spéciale peut toutefois prévoir le contraire (art. 8 CC). On parle alors de renversement du fardeau de la preuve d'un fait¹²². En cas de renversement du fardeau de la preuve, l'échec de la preuve de fait n'est pas supporté par la partie désignée par la règle générale de l'art. 8 CC mais par sa partie adverse¹²³. Le fardeau de la preuve de l'art 8 CC désigne la partie au procès qui supporte le risque de l'absence de preuve d'un fait¹²⁴. L'art. 8 CC

¹¹⁷ ATF 131 III 377, JdT I 2005 612, consid. 4.1.1 ; EMMENEGGER/THÉVENOZ/DÖBELI/LEPORI, p. 232.

¹¹⁸ CR CO I-WERRO, CO 398 N 37.

¹¹⁹ *Ibid.* ; ATF 133 III 121, consid. 3.4 ; DFF, Rapport explicatif, p. 80.

¹²⁰ CR CO I-WERRO, CO 398 N 37 ; DFF, Rapport explicatif, p. 80. Cette approche est contestée par certains auteurs au motif que la présomption de faute n'a de sens que pour les obligations de résultat et non pour les obligations de moyens (CR CO I-WERRO, CO 398 N 38). WERRO propose d'appliquer l'art. 41 CO puisqu'il ne prévoit pas de présomption de faute (*ibid.*). Mais cette distinction n'a qu'une portée théorique (pour plus de détails, voir LÜBBE, p. 12 et MAGNIN, p. 20).

¹²¹ SCHMID, p. 18 ; JEANDIN/PEYROT, p. 9.

¹²² HOHL, Procédure civile, p. 353 ; BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, CC 8 N 65.

¹²³ HOHL, Procédure civile, p. 352 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 307.

¹²⁴ JEANDIN/PEYROT, pp. 9 et 157 ; HOHL, p. 347 ; SCHMID, p. 18 ; AMADÒ/MOLO/VECCHI, p. 1802.

régit ainsi la répartition du fardeau de la preuve et, de ce fait, les conséquences de l'absence de preuves¹²⁵.

La jurisprudence peut atténuer les exigences de l'art. 8 CC (qui demeure applicable¹²⁶) dans un cas concret afin de prendre en compte notamment les difficultés à apporter la preuve. Elle peut le faire, tout d'abord, en abaissant le degré de certitude de la preuve devant être apporté par les parties¹²⁷. Alors que les parties sont, en principe, tenues d'apporter une preuve permettant d'établir le fait de façon certaine, ne laissant subsister aucun doute, le degré de la vraisemblance prépondérante peut être exigé dans certains cas exceptionnels¹²⁸, notamment lorsque la preuve est difficile à apporter¹²⁹. Le degré de preuve exigé est déterminé au cas par cas par la disposition de droit matériel applicable au cas d'espèce¹³⁰. La jurisprudence peut également modérer les exigences de l'art. 8 CC en imposant « à la partie qui ne supporte pas le fardeau de la preuve l'obligation de collaborer à l'administration des preuves »¹³¹. Cette obligation de collaborer découle de l'art. 52 CPC qui impose aux parties à un procès d'agir selon les règles de la bonne foi (art. 2 CC)¹³².

Il existe une telle obligation de collaboration et un tel abaissement du degré de la preuve en présence d'un fait négatif¹³³. Un fait négatif est un fait qui « ne peut en soi être établi (*negativa sunt probanda*) »¹³⁴. La doctrine opère une distinction entre les faits négatifs déterminés et les faits négatifs indéterminés¹³⁵. Lorsque nous sommes en présence d'un fait négatif déterminé, « la preuve de l'inexistence de ce fait peut être apportée au moyen de la preuve de faits positifs déterminés »¹³⁶. Il appartient alors à la partie qui supporte le fardeau de la preuve d'en apporter la preuve¹³⁷. Lorsque nous nous trouvons, au contraire, face à un fait négatif indéterminé, il est pratiquement impossible d'en apporter la preuve car « il faudrait une infinité de faits affirmatifs pour que le fait négatif indéterminé soit admis »¹³⁸. Certains auteurs attachent à cette distinction des conséquences en matière de fardeau

¹²⁵ BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, CC 8 N 4 ; SCHMID, p. 18.

¹²⁶ ATF 119 II 305, consid. 1.b.aa.

¹²⁷ LÜBBE, p. 14 ; CR CC I-PIOTET, CC 8 N 30 ; HOHL, Degré de la preuve, p. 133.

¹²⁸ HOHL, Procédure civile, pp. 309-310 ; BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, CC 8 N 17-18 ; CR CC I-PIOTET, CC 8 N 26.

¹²⁹ HOHL, Procédure civile, p. 309.

¹³⁰ BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, CC 8 N 16.

¹³¹ HOHL, Procédure civile, p. 327 ; ATF 100 IA 12, consid. 4.a ; HOHL, Degré de la preuve, p. 133.

¹³² HOHL, Procédure civile, pp. 327-328 ; ATF 100 IA 12, consid. 4.a.

¹³³ HOHL, Procédure civile, p. 327 ; HOHL, Degré de la preuve, p. 132.

¹³⁴ JEANDIN/PEYROT, p. 157 ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, p. 310.

¹³⁵ JEANDIN/PEYROT, p. 157 ; HOHL, Procédure civile, p. 327.

¹³⁶ GUTZWILLER, p. 414 ; HOHL, Procédure civile, p. 327.

¹³⁷ HOHL, Procédure civile, p. 327.

¹³⁸ *Idem*, p. 328 ; GUTZWILLER, p. 414.

de la preuve en considérant que, en présence de faits négatifs indéterminés, le juge renverse le fardeau de la preuve¹³⁹. Il n'y a toutefois pas de principe général de renversement du fardeau de la preuve dans de tels cas¹⁴⁰ puisqu'il s'agit d'une question d'appréciation des preuves et non pas de fardeau de la preuve¹⁴¹. La jurisprudence facilite toutefois la preuve de ce fait « en imposant à la partie adverse de collaborer à l'administration de la preuve »¹⁴² et en permettant à la partie supportant le fardeau de la preuve d'apporter la preuve avec une vraisemblance prépondérante¹⁴³.

2) Preuve de la violation de l'obligation d'information

a) Renversement du fardeau de la preuve selon la LSFIn ?

Le projet de LSFIn mis en consultation contenait une disposition spéciale (art. 74 al. 1 AP-LSFIn) prévoyant un renversement du fardeau de la preuve. Selon cet article, il appartiendrait non pas au client de prouver la violation des obligations d'information par le prestataire de services financiers mais à ce dernier de prouver qu'il a respecté ses obligations légales. De ce renversement du fardeau de la preuve découlerait une présomption légale selon laquelle, si le prestataire de services financiers ne respectait pas ses obligations d'information, le client serait réputé n'avoir pas effectué la transaction (art. 74 al. 2 AP-LSFIn). Le prestataire de services financiers disposerait encore de la possibilité d'apporter la contre-preuve, c'est-à-dire de prouver que le client aurait effectué la transaction même s'il avait respecté son obligation d'information et qu'il aurait, de ce fait, tout de même subi le dommage¹⁴⁴.

Dans son rapport explicatif, le DFF justifiait ce renversement du fardeau de la preuve par deux motifs principaux¹⁴⁵. Premièrement, il est souvent difficile, voire impossible, pour le client de prouver que le prestataire de services financiers a violé ses obligations d'information¹⁴⁶. Deuxièmement, le prestataire de services financiers bénéficie de la « proximité des éléments de preuves »¹⁴⁷, c'est-à-dire que les éléments de preuve lui sont plus facilement accessibles. Pourtant, ce renversement du fardeau de la preuve a fait l'objet de vives critiques lors de la consultation et le CF y a renoncé dans son projet, au motif que cette proposition était contraire à l'ordre juridique suisse, qu'elle ne

¹³⁹ GUTZWILLER, p. 414 ; LÜBBE, p. 15 ; OFK ZGB-SCHWANDER, CC 8 N 4 ; CHK ZGB-GÖKSU, CC 8 N 19.

¹⁴⁰ HOHL, Procédure civile, p. 328 ; SCHMID, p. 27 ; LÜBBE, p. 15 ; ATF 119 II 305, c. 1b/aa.

¹⁴¹ ATF 119 II 305, c. 1b/aa ; LÜBBE, p. 15.

¹⁴² HOHL, Procédure civile, p. 328 ; ATF 119 II 305, consid. 1b/aa ; ATF 106 II 29, consid. 2.

¹⁴³ ATF 142 III 369, consid. 4.2.

¹⁴⁴ DFF, Rapport explicatif, p. 81.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

répondait pas aux exigences posées par l'UE et les normes internationales et qu'il n'était pas justifié de prévoir des règles de procédure civile différentes pour le domaine des services financiers et de les insérer dans une loi spéciale¹⁴⁸.

Le renversement de la preuve prévu par l'AP-LSFin ayant été rejeté, les règles actuelles sur le fardeau de la preuve de la violation des obligations d'information du prestataire de services financiers continueront à s'appliquer après l'entrée en vigueur de la LSFIn.

b) Exigences tempérées selon les règles déjà existantes

Selon le droit actuel, il appartient au client d'apporter la preuve du manquement par le prestataire de services financiers à ses obligations d'information¹⁴⁹. Les devoirs d'information du prestataire de services financiers sont considérés comme un fait négatif par la jurisprudence¹⁵⁰. Les juges fédéraux ont considéré que le non-respect des obligations d'information ne pouvait être prouvé que par le biais de faits positifs, sans toutefois se prononcer explicitement sur la question de savoir s'il s'agit d'un fait négatif déterminé ou indéterminé¹⁵¹. Selon le TF, le client bénéficie ainsi d'un allègement du degré de preuve¹⁵² et le prestataire de services financiers est tenu de collaborer pour établir la preuve de ces faits négatifs¹⁵³.

Malgré les critiques ayant conduit à l'abandon du renversement du fardeau de la preuve dans le projet, nous pourrions tout de même nous demander si un renversement du fardeau de la preuve ne permettrait pas de renforcer la sécurité juridique étant donné que le droit actuel recourt à des notions floues de faits négatifs « déterminés » et « indéterminés », les praticiens ayant d'ailleurs du mal à s'entendre sur leurs conséquences au niveau du fardeau de la preuve¹⁵⁴.

c) Parallèle avec le cas du médecin

Il nous semble intéressant d'effectuer un parallèle avec le cas du médecin qui est, tout comme le prestataire de services financiers, lié par une relation de mandat avec son patient¹⁵⁵. Dans le cadre d'une action en responsabilité à l'encontre du médecin, la répartition du fardeau de la preuve diffère selon

¹⁴⁸ DFF, Rapport sur les résultats, pp. 10 et 38 ; SCHLEIFFER/SCHÄRLI, p. 343.

¹⁴⁹ TF, 4A_364/2013, 5 mars 2014, consid. 6.6.4 ; ATF 133 III 121, consid. 3.4 ; DFF, Rapport explicatif, p. 18.

¹⁵⁰ TF, 4A_364/2013, 4A_394/2013 et 4A_396/2013 (causes jointes), 5 mars 2014, consid. 6.6.4.

¹⁵¹ *Ibid.* ; BK ZGB I-WALTER, CC 8 N 333.

¹⁵² TF, 4A_364/2013, 4A_394/2013 et 4A_396/2013 (causes jointes), 5 mars 2014, consid. 6.6.4.

¹⁵³ *Ibid.* ; HOHL, Procédure civile, p. 328.

¹⁵⁴ Dans ce sens, voir LÜBBE, pp. 22-23.

¹⁵⁵ HIRSIG-VOUILLOZ, p. 13 ; HERZOG-ZWITTER, p. 317.

qu'une violation du devoir de diligence (*i.e.* manquement aux règles de l'art médical) ou du devoir d'information (*i.e.* absence de consentement libre et éclairé du patient avant une intervention médicale) soit invoquée¹⁵⁶. Alors qu'il appartient au patient d'amener la preuve d'un manquement au devoir de diligence par le médecin¹⁵⁷, le fardeau est renversé pour les violations du devoir d'information, de telle sorte que le médecin supporte le fardeau de la preuve¹⁵⁸. Cette distinction s'explique par le fait que « l'information du patient puise ses fondements dans les droits de la personnalité et le droit à la liberté personnelle visant à garantir le droit à l'autodétermination et le droit à l'intégrité corporelle ; le respect des règles de l'art quant à lui a pour but de veiller à la qualité technique et scientifique des soins et trouve sa source première dans le contrat médical entre le patient et son thérapeute »¹⁵⁹.

Selon WERRO, une distinction entre le devoir d'information du médecin et le devoir d'information d'autres mandataires, tels que dans le domaine bancaire, n'est pas justifiée étant donné qu'ils touchent tous au droit à l'autodétermination du mandant¹⁶⁰ et que « le manque de connaissances du client face à un spécialiste ainsi que la difficulté de prouver un fait négatif devraient amener à considérer, concernant la répartition du fardeau de la preuve, que le client de la banque soit traité de la même façon que le patient »¹⁶¹. Bien que nous partagions l'avis de WERRO, nous sommes toutefois de l'avis qu'il n'est pas possible de prévoir un renversement du fardeau de la preuve dans une loi spéciale uniquement en matière financière. En effet, tout mandataire dispose de connaissances plus pointues que ses clients et il ne paraît pas judicieux de prévoir une exception applicable uniquement aux prestataires de services financiers et non aux autres mandataires¹⁶².

D) Conclusion intermédiaire

Bien que la situation actuelle ne soit pas idéale en ce qui concerne le fardeau de la preuve du manquement du prestataire de services financiers à ses obligations d'information, un renversement du fardeau de la preuve n'aurait pas sa place dans une loi spéciale, telle que la LSFIn, et devrait ainsi faire l'objet d'une réforme plus générale de la responsabilité du mandataire¹⁶³, bien qu'il soit peu probable qu'une telle modification intervienne dans les

¹⁵⁶ HIRSIG-VOUILLOZ, p. 82 ; DEVAUD, p. 181.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ DEVAUD, p. 181 ; HIRSIG-VOUILLOZ, p. 84 ; ATF 133 III 121, consid. 4.1.3 ; WERRO, p. 236 ; HERZOG-ZWITTER, p. 320 ; MANAI, p. 355.

¹⁵⁹ HIRSIG-VOUILLOZ, p. 86 ; HERZOG-ZWITTER, p. 317 ; DEVAUD, p. 181.

¹⁶⁰ WERRO, pp. 236-237.

¹⁶¹ *Idem*, p. 237.

¹⁶² Dans ce sens, voir AMADÒ/MOLO/VECCHI, p. 1802.

¹⁶³ *Ibid.*

années à venir. Nous partageons ainsi l'avis de la majorité des consultés, selon lequel il n'est pas justifié de prévoir des règles de procédure civile différentes pour le domaine des services financiers et de les insérer dans une loi spéciale¹⁶⁴. D'autant plus que la situation actuelle sera déjà améliorée grâce au nouveau droit du client à la remise de son dossier. En effet, client aura tous les documents nécessaires lui permettant prouver la violation de l'obligation d'information par le prestataire de services financiers¹⁶⁵. Il pourra être considéré que les informations ne figurant pas dans les documents remis au client n'ont pas été données par le prestataire de services financiers.

IV. Frais de procès

A) *Remarques liminaires*

Le projet mis en consultation prévoyait l'ajout de l'art. 116a du CPC modifié selon l'avant-projet de 2014 du DFF de la loi sur les services financiers du Conseil fédéral (AP-CPC) mettant en place un fonds qui prendrait en charge les frais de procès¹⁶⁶. La mise en place d'un tel fonds a toutefois été abandonnée dans le projet¹⁶⁷. Elle a été principalement jugé inutile « au regard, d'une part, des instruments déjà offerts par le droit civil, tels notamment l'assistance judiciaire gratuite et, d'autre part, du renforcement des organes de médiation ainsi que des obligations d'information et d'explications qui améliorent déjà notablement la position des clients »¹⁶⁸. Suite à ce rejet, le CF a prévu dans son projet un allègement des frais de procès afin de lutter contre le fait que les clients sont souvent amenés à renoncer à exercer leurs prétentions en raison du montant élevé de ces frais¹⁶⁹. Le Conseil national et le Conseil des Etats ont toutefois rejeté ce projet, ne laissant subsister aucun changement relatif aux frais de procès¹⁷⁰.

Nous reviendrons tout de même, dans cette partie, sur les modifications prévues dans le P-LSFin/CF visant les frais judiciaires et les dépens (**B**), les avances de frais judiciaires (**C**) ainsi que les sûretés en garantie des dépens (**D**), et les mettrons en perspective avec les dispositions sur l'assistance judiciaire (**E**), afin d'examiner si le rejet de ce projet est justifié.

¹⁶⁴ DFF, Rapport sur les résultats, p. 36.

¹⁶⁵ Dans ce sens, voir également PODA Endrit/ZURITA Anouchka, Avant-projets LSFIn, LEFin et LIMF : Vers un renforcement de la mise en œuvre des prétentions civiles des clients, Genève 2014, [<https://www.cdbf.ch/915/>] (29.12.2017), et SCHLEIFFER/SCHÄRLI, p. 343.

¹⁶⁶ DFF, Rapport explicatif, p. 19 ;

¹⁶⁷ FF 2015 8203 ; PORTMANN/BOCHUD, Réglementation sans fin, p. 76.

¹⁶⁸ DFF, Rapport sur les résultats, p. 41.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 37.

¹⁷⁰ CE, Décision 2016, *ad art.* 114a CPC ; CN, Décision 2017, *ad art.* 114a CPC.

B) *Dépens et frais judiciaires*

1) *Notion*

Parmi les frais de procès, il convient de distinguer les frais judiciaires des dépens conformément à l'art. 95 al. 1 CPC.

Les frais judiciaires représentent les coûts de procès devant être pris en charge par les parties¹⁷¹. Alors que les émoluments forfaitaires (art. 95 al. 2 let. a et b) sont « destinés à contribuer à la couverture du coût général de la justice »¹⁷², les frais effectifs (art. 95 al. 2 let. c à e) correspondent « à des montants versés à des tiers par l'Etat en lien avec un procès donné »¹⁷³. La répartition des frais judiciaire est effectuée par le tribunal (art. 105 al. 1 CPC). Les parties ne sont ainsi pas tenues de se prononcer sur ce sujet dans leurs conclusions¹⁷⁴.

Les dépens sont, eux, « une indemnité de procédure mise à la charge d'un plaideur en faveur de l'autre pour le dédommager des dépenses ou du manque à gagner que lui a occasionné le procès »¹⁷⁵. Ils peuvent être subdivisés en deux catégories (art. 95 al. 3 CPC), à savoir (i) les débours nécessaires et (ii) les défraiements d'un représentant professionnel au sens de l'art. 68 al. 2 CPC ou une indemnité équitable pour la partie qui ne se fait pas représenter par un professionnel¹⁷⁶. Les parties sont tenues de se prononcer sur le montant des dépens dans leurs conclusions ; à défaut, le montant sera déterminé par le tribunal, selon son propre pouvoir d'appréciation¹⁷⁷.

2) *Règles de répartition*

a) *Principe général de répartition*

Concernant la répartition des frais judiciaires et des dépens, la règle générale est posée à l'art. 106 CPC qui prévoit que les frais de procès sont mis à la charge de la partie succombante¹⁷⁸ (*i.e.* la partie qui n'obtient pas gain de cause que ce soit pour un motif de fond ou de procédure¹⁷⁹).

¹⁷¹ DK ZPO-URWYLER/GRÜTTER, CPC 95 N 5 ; CPC Commenté-TAPPY, CPC 97 N 5.

¹⁷² CPC Commenté-TAPPY, CPC 97 N 6 ; JEANDIN/PEYROT, p. 127.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ HOFMANN/LÜSCHER, p. 101.

¹⁷⁵ CPC Commenté-TAPPY, CPC 95 N 21 ; JEANDIN/PEYROT, p. 128 ; DK ZPO-URWYLER/GRÜTTER, CPC 95 N 16 ; SUTTER-SOMM, p. 167.

¹⁷⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 242 ; JEANDIN/PEYROT, p. 128 ; CPC Commenté-TAPPY, CPC 97 N 1.

¹⁷⁷ HOFMANN/LÜSCHER, p. 93.

¹⁷⁸ CPC Commenté-TAPPY, CPC 106 N 6 et 12 ; ATF 139 III 33, consid. 4 : ATF 141 III 426, consid. 2.3.

¹⁷⁹ CPC Commenté-TAPPY, CPC 106 N 12-13 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 102.

Il existe des dérogations au principe général posé à l'art. 106 CPC. Le CPC prévoit, tout d'abord, aux art. 107 à 109 trois autres modes de répartition des frais de procès (*i.e.* selon l'équité, en cas de frais causés inutilement et en cas de transaction)¹⁸⁰. Il prévoit, en outre, que des cas de dispenses de frais judiciaires et de dépens peuvent être prévus dans des dispositions spéciales pour certains types de procédures¹⁸¹.

b) Autres modes de répartition et dispenses

i) Selon les règles déjà existantes

Tout d'abord, un mode de répartition selon l'équité est prévu à l'art. 107 al. 1 CPC¹⁸². Cet article permet au juge de déterminer selon sa libre appréciation la répartition des frais de procès dans différentes hypothèses¹⁸³. Tous les cas énoncés ont trait à des situations dans lesquelles il est préférable de s'écarter de la règle générale de répartition pour des motifs d'équité¹⁸⁴. Parmi ces exceptions figure notamment le fait pour une partie d'avoir intenté le procès de bonne foi (art. 107 al. 1 let. b CPC). La let. f de l'art. 107 al. 1 est une clause générale et subsidiaire aux autres¹⁸⁵ qui permet de « répartir les frais en équité si des circonstances particulières rendent une répartition des frais selon le gain du procès inéquitable »¹⁸⁶. Une importante inégalité économique des parties constitue un exemple d'application de cette dernière hypothèse¹⁸⁷. Ces exceptions ne sont appliquées que très restrictivement¹⁸⁸.

Ensuite, les art. 113 à 115 CPC sont des dispositions spéciales qui prévoient une répartition des frais judiciaires ou des dépens différentes de l'art. 106 CPC pour certains types de procédures fédérales. La seule dispense prévue pour les dépens vise les procédures de conciliation (art. 113 CPC). Dans ce type de procédure, chacune des parties prend à la charge ses propres dépens¹⁸⁹. Les art. 114 et 115 CPC visent, eux, des cas de dispense de frais judiciaires. L'art. 114 CPC énumère exhaustivement un certain nombre de procédures d'ordre

¹⁸⁰ JEANDIN/PEYROT, p. 132 ; ATF 141 III 426, consid. 2.3 ; Arrêt du TF 5A_657/2015, SJ 2017 I p. 417, consid. 4.2.6.

¹⁸¹ JEANDIN/PEYROT, p. 133.

¹⁸² *Idem*, p. 132 ; ATF 139 III 33, consid. 4.2 ; ATF 141 III 426, consid. 2.3 ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, p. 252.

¹⁸³ ATF 139 III 33, consid. 4.2 ; CPC Commenté-TAPPY, CPC 107 N 1.

¹⁸⁴ CPC Commenté-TAPPY, CPC 107 N 1 et 5.

¹⁸⁵ ATF 139 III 33, consid. 4.2 ; DK ZPO-URWYLER/GRÜTTER, CPC 107 N 9.

¹⁸⁶ CPC Commenté-TAPPY, CPC 107 N 27 ; ATF 139 III 33, consid. 4.2.

¹⁸⁷ HALDY, p. 222 ; CPC Commenté-TAPPY, CPC 107 N 27 ; ATF 139 III 33, consid. 4.2 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 103.

¹⁸⁸ TF, 5A_657/2015, SJ 2017 I p. 417, consid. 4.2.5.

¹⁸⁹ JEANDIN/PEYROT, p. 133.

social pour lesquelles aucun frais judiciaire ne doit être versé¹⁹⁰. L'art. 115 permet au juge de faire supporter les frais judiciaires à une partie ayant agi « de façon téméraire de ou de mauvaise foi »¹⁹¹. Il n'existe pas d'équivalent pour les dépens. Une partie qui use de mauvaise foi ou de procédés téméraires est, en outre, punie d'une amende disciplinaire (art. 128 al. 3 CPC)¹⁹².

ii) Selon la LSFIn

Le projet de LSFIn du Conseil fédéral prévoit une modification du CPC intégrant une nouvelle disposition spéciale relative aux litiges concernant les services financiers : l'art. 114a al. 2 et 3 P-CPC/CF.

Selon l'art. 114a al. 2 P-CPC/CF, le client privé¹⁹³ doit uniquement verser des dépens au prestataire de services financiers ayant obtenu gain de cause dans les situations suivantes : il n'a pas déposé, en tant que demandeur, de demande de médiation auprès de l'organe de médiation ou n'a pas participé à la procédure (let. a), sa situation financière, en tant que demandeur, est exceptionnellement bonne (let. b), la valeur litigieuse dépasse CHF 250 000 (let. c) ou il a procédé de mauvaise foi ou de façon téméraire (let. d). Le prestataire de services financiers est ainsi tenu de supporter ses propres dépens, même lorsqu'il obtient gain de cause, à moins que l'une de ces situations soit réalisée¹⁹⁴. Alors que ces hypothèses semblent être alternatives dans le texte de la loi, le message du CF nous surprend en parlant de conditions cumulatives¹⁹⁵. Nous sommes toutefois de l'avis qu'il ne faut pas attacher trop d'importance au message du CF et plutôt s'en tenir au texte de la loi.

L'art. 114 al. 3 P-CPC/CF prévoit, quant à lui, que le juge peut s'écarter des règles générales de répartition de l'art. 106 CPC et répartir les frais selon sa libre appréciation, à condition que le client privé a intenté de bonne foi le procès après une procédure de médiation (let. a), que le comportement du prestataire de services justifiait l'action du client privé (let. b), que le client privé n'a pas une situation financière exceptionnellement bonne (let. c) ou pour autant que la prise en charge de frais supplémentaires par le client privé semble incompatible avec la protection des clients (let. d). Alors que le terme de « frais » nous laisserait penser, au regard de la systématique du CPC, que cet alinéa vise les frais de procès, soit tant les frais judiciaires que les dépens, le CF nous surprend une fois de plus dans son message en ne se référant qu'aux

¹⁹⁰ REICHART/MEYER, p. 393 ; HALDY, p. 219.

¹⁹¹ JEANDIN/PEYROT, p. 134 ; HALDY, p. 220.

¹⁹² CPC Commenté-TAPPY, CC 115 N 7.

¹⁹³ La notion de clients privés est définie à l'art. 4 al. 2 P-LSFin/CF.

¹⁹⁴ FF 2015 8203.

¹⁹⁵ *Ibid.*

frais judiciaires¹⁹⁶. Nous estimons qu'il conviendrait de préciser dans le texte de la loi que seuls les frais judiciaires sont visés.

Il convient désormais de s'intéresser plus en détails aux hypothèses visées aux al. 2 et 3 de l'art. 114a P-CPC/CF.

Tout d'abord, l'al. 2 let. a et l'al. 3 let. a ont pour but de renforcer la procédure de médiation¹⁹⁷, ce qui constitue un des grands objectifs de la LFin. Bien qu'il s'agisse d'un moyen efficace pour motiver les clients à soumettre leur litige à la médiation, il nous semble toutefois que cette disposition n'est pas nécessaire. Nous considérons, en effet, que la procédure de médiation est déjà suffisamment renforcée puisqu'elle doit notamment être de moindre coût, voire gratuite, pour le client (78 al. 1 P-LSFin/CF)¹⁹⁸.

Ensuite, l'al. 2 let. b nous surprend, bien que son effet soit atténué par l'al. 3 let. c, car il n'améliora que la protection du client privé n'ayant pas une situation financière exceptionnellement bonne. Le terme « exceptionnellement bonne » montre toutefois que cet alinéa ne s'appliquera que de manière exceptionnelle sachant qu'il ne vise qu'une faible minorité de clients privés. Il ne paraît néanmoins pas justifié de créer une telle distinction ; la distinction entre les clients n'ayant pas les moyens d'intenter un procès – et bénéficiant ainsi de l'assistance judiciaire¹⁹⁹ – et les autres est, selon nous, déjà suffisante.

L'al. 2 let. c nous paraît également surprenant puisqu'il n'améliorera la protection du client qu'en dessous d'une valeur litigieuse de CHF 250 000. Le CF justifie cet alinéa par le fait que, jusqu'à ce montant, seuls les frais de procès à supporter sont déterminants « pour décider s'il y a lieu d'intenter une action »²⁰⁰ ; la valeur litigieuse devient déterminante au-dessus de ce montant²⁰¹. Cette hypothèse ne trouvera toutefois application que rarement, étant donné que, selon le rapport annuel de l'Ombudsman en 2016, la valeur litigieuse est inférieure à CHF 200 000 dans 90 % des cas²⁰².

Concernant l'al. 3 let. b, il nous semble qu'il correspond à l'art. 107 al. 1 let. b CPC déjà existant qui prévoit une répartition selon l'équité pour la partie ayant agi de bonne foi. Concernant l'al. 2 let. d, il n'existe, certes, pas d'équivalent à l'heure actuelle pour les dépens, mais l'art. 115 CPC prévoit déjà que la partie ayant agi de mauvaise foi ou de façon téméraire doit payer

¹⁹⁶ FF 2015 8203.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Le Conseil national propose de supprimer l'hypothèse de la gratuité de la procédure de médiation (art. 78 al. 1 du projet de 2017 du Conseil national de la loi sur les services financiers (P-LSFin/CN) ; CN, Décision 2017, *ad* art. 78 LFin).

¹⁹⁹ Voir *infra* IV.E).

²⁰⁰ FF 2015 8204.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² OMBUDSMAN DES BANQUES SUISSES, Rapport annuel 2016, p. 55, [<http://www.bankingombudsman.ch/fr/documents>] (29.12.2017) (ci-après : OMBUDSMAN, Rapport annuel 2016).

les frais judiciaires. Elle peut, en plus, être sanctionnée par une amende disciplinaire (art. 128 al. 3 CPC). Ces mesures nous paraissent donc suffisantes.

Enfin, l'al. 3 let. d nous semble superflu puisqu'il correspond à l'al. 1 let. f de l'art. 107 CPC déjà existant.

Partant, cette nouvelle disposition déchargera la grande majorité des clients des frais de procès, les exceptions prévues à l'al. 2 ne trouvant application que rarement. Néanmoins, cette modification des règles de répartition des frais de procès ne semble pas cohérente, étant donné que la seule exception actuelle aux dépens vise la procédure de conciliation et que la seule disposition actuelle permettant au juge de prévoir une répartition différente des frais selon l'équité est l'art. 107 CPC. Il n'existe aucune exception générale au principe de répartition de l'art. 106 CPC pour un domaine donné et nous ne voyons pas de raison de changer cela pour le domaine financier.

C) *Avances de frais judiciaires*

1) *Généralités*

Les parties sont amenées à remettre des avances sur les frais judiciaires (art. 98 CPC) dès le début du procès²⁰³. Il appartient à la personne qui intente une action – généralement le demandeur – de verser les avances²⁰⁴. Le versement de ces avances constitue une condition de recevabilité²⁰⁵ et aura parfois pour effet de dissuader les demandeurs²⁰⁶. Ces avances ont pour but de garantir le paiement des frais judiciaires et de protéger le tribunal contre les risques de crédit²⁰⁷. Elles peuvent s'élever jusqu'au montant des émoluments forfaitaires (art. 98 et 95 al. 2 let. a et b CPC)²⁰⁸.

Cette disposition est de caractère dispositif, en ce sens que le tribunal peut renoncer à la totalité ou à une partie de ces avances pour des motifs d'équité²⁰⁹, notamment lorsqu'elles empêcheraient le demandeur d'accéder à la justice²¹⁰. Le juge dispose ainsi d'un large pouvoir d'appréciation²¹¹. Il tiendra compte

²⁰³ CPC Commenté-TAPPY, CPC 97 N 6 ; DK ZPO-URWYLER/GRÜTTER, CPC 98 N 3.

²⁰⁴ SUTTER-SOMM, p. 169 ; BK ZPO I-STERCHI, CPC 98 N 6 ; ATF 139 III 498, JdT 2015 II 311, consid. 2.1.

²⁰⁵ BK ZPO I-STERCHI, CPC 98 N 16 ; KK ZPO-SCHMID, CPC 98 N 3 ; ATF 129 I 8, consid. 2.2 ; OFK ZPO-MOHS, CPC 98 N 1 ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, p. 246.

²⁰⁶ HOFMANN/LÜSCHER, p. 95.

²⁰⁷ KK ZPO-SCHMID, CPC 98 N 1 ; JEANDIN/PEYROT, p. 127 ; CPC Commenté-TAPPY, CPC 98 N 3.

²⁰⁸ CPC Commenté-TAPPY, CPC 98 N 1 ; REICHART/MEYER, p. 392 ; KK ZPO-SCHMID, CPC 98 N 8 ; JEANDIN/PEYROT, p. 127 ; BK ZPO I-STERCHI, CPC 98 N 8-10.

²⁰⁹ CF, Message relatif au Code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006 6905 ; KK ZPO-SCHMID, CPC 98 N 8 ; DK ZPO-URWYLER/GRÜTTER, CPC 98 N 9.

²¹⁰ DK ZPO-URWYLER/GRÜTTER, CPC 98 N 9 ; FF 2006 6905.

²¹¹ SUTTER-SOMM, p. 169.

notamment « de la situation du demandeur, du cas particulier d'espèce [et] du type de transaction »²¹². Le montant de ces avances est déterminé par le tribunal en charge de l'affaire qui tient compte des tarifs cantonaux des frais judiciaires (art. 96 CPC)²¹³.

Le législateur a prévu des exceptions au versement des avances de frais judiciaires²¹⁴. Ces exceptions visent les cas dans lesquels des dispositions de droit fédéral ou cantonal prévoient des procédures gratuites²¹⁵. Il n'existe ainsi aucun cas où « des avances selon l'art. 98 CPC [sont] exclues de façon générale sans qu'il y ait par ailleurs la gratuité de la procédure »²¹⁶.

2) *Exceptions selon la LSFIn*

L'art. 114a al. 1 P-CPC/CF prévoit une exception générale, autre que celle relative à la gratuité de la procédure, pour la procédure de décision portant sur les litiges ayant pour objet les services financiers ou les prétentions découlant d'opérations d'investissement, de crédit ou d'assurance. Dans le cadre de cette procédure, le client privé, en tant que demandeur, n'est pas tenu de verser d'avance de frais judiciaires afin que cela ne constitue pas un frein à l'exercice de ses prétentions. Selon nous, l'utilité de l'al. 1 de l'art. 114a P-CPC/CF relatif à l'avance de frais judiciaires est limitée puisque le juge peut déjà renoncer à exiger le versement de dépens pour des motifs d'équité au regard de l'art. 98 CPC. De plus, il ne nous paraît pas justifié d'appliquer un régime différent aux seuls litiges en matière de services financiers²¹⁷. Cette règle spéciale constituerait une inégalité de traitement injustifiée.

D) *Sûretés en garantie des dépens*

1) *Généralités*

L'art. 99 CPC permet au défendeur de requérir du demandeur de fournir une sûreté lui assurant que ce dernier payera les dépens²¹⁸. Une telle sûreté n'est pas exigée d'office²¹⁹ ; elle ne sera fournie que sur requête du défendeur et exclusivement de la part du demandeur²²⁰. Le défendeur devra

²¹² HOFMANN/LÜSCHER, p. 95.

²¹³ DK ZPO-URWYLER/GRÜTTER, CPC 95 N 5 ; CPC Commenté-TAPPY, CPC 98 N 5.

²¹⁴ DK ZPO-URWYLER/GRÜTTER, CPC 98 N 9.

²¹⁵ BK ZPO I-STERCHI, CPC 98 N 8 ; CPC Commenté-TAPPY, CPC 98 N 23.

²¹⁶ CPC Commenté-TAPPY, CPC 98 N 24.

²¹⁷ Dans ce sens, voir REICHART/MEYER, p. 392.

²¹⁸ JEANDIN/PEYROT, p. 129 ; CPC Commenté-TAPPY, CPC 99 N 1.

²¹⁹ CPC Commenté-TAPPY, CPC 99 N 11 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 249.

²²⁰ BK ZPO I-STERCHI, CPC 99 N 6 ; CPC Commenté-TAPPY, CPC 99 N 1-6.

généralement en faire la demande avant le dépôt de sa réponse²²¹ et n'aura pas nécessairement besoin de la chiffrer²²². Le montant de ces sûretés est fixé en fonction du montant présumé des dépens et pourra ainsi être adapté ultérieurement²²³. Suite à la requête du défendeur, le demandeur a uniquement l'obligation de fournir des sûretés dans quatre hypothèses alternatives (art. 99 al. 1 CPC)²²⁴ : il n'a pas de domicile ou de siège en Suisse (let. a), il paraît insolvable (let. b), il est débiteur de frais d'une procédure antérieure (let. c) ou pour toute autre raison présentant un risque considérable que les dépens ne soient pas versés (let. d). Ces quatre cas de figure visent des situations dans lesquelles le recouvrement des dépens pourrait s'avérer difficile²²⁵. Si le demandeur ne verse pas les sûretés, il sera sanctionné par une non-entrée en matière sur sa demande par le tribunal (art. 101 CPC).

2) *Dispenses*

a) Selon les règles déjà existantes

Le demandeur est dispensé de verser des sûretés lorsqu'un instrument international le prévoit, lorsque l'assistance judiciaire lui est octroyée ou encore lorsqu'un cas mentionné à l'al. 3 de l'art. 99 CPC est donné²²⁶. L'art. 99 al. 3 CPC exclut le versement de sûretés dans trois types de procédure²²⁷, à savoir dans le cadre de procédures simplifiées de l'art. 243 al. 2 CPC, soit les procédures relatives aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000 (let. a), d'actions en divorce (let. b) et de procédures sommaires, à l'exception des procédures en protection des cas clairs de l'art. 257 CPC (let. d). Il existe également d'autres cas de dispense, tels que dans le cadre de la procédure de conciliation²²⁸, étant donné qu'aucun dépens n'est mis à la charge des parties²²⁹. Il n'y a actuellement pas d'autres règles dans le CPC qui excluent le versement de sûretés²³⁰.

²²¹ HALDY, p. 221 ; BK ZPO I-STERCHI, CPC 99 N 4 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 249.

²²² SUTTER-SOMM, p. 170 ; ATF 140 III 444, consid. 3.2 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 100 ; BK ZPO I-STERCHI, CPC 99 N 4 ; ATF 141 III 554, SJ 2016 I 295, consid. 2.5.2.

²²³ SUTTER-SOMM, p. 170 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 100 ; BK ZPO I-STERCHI, CPC 99 N 9.

²²⁴ CPC Commenté-TAPPY, CPC 99 N 16 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 248.

²²⁵ REICHART/MEYER, p. 392 ; JEANDIN/PEYROT, p. 129 ; SUTTER-SOMM, p. 170.

²²⁶ CPC Commenté-TAPPY, CPC 99 N 43 ss.

²²⁷ SUTTER-SOMM, p. 171 ; OFK ZPO-MOHS, CPC 99 N 8 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 247.

²²⁸ BK ZPO I-STERCHI, CPC 99 N 34 ; CPC Commenté-TAPPY, CPC 99 N 50.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ CPC Commenté-TAPPY, CPC 99 N 51.

b) Selon la LSFIn

L'art. 114a al. 1 P-CPC/CF prévoit une nouvelle règle excluant le versement de sûretés. Selon cet article, tout comme pour les avances de frais, le client privé ne doit pas verser, en tant que demandeur, de sûretés en garantie des dépens dans la procédure de décision portant sur les litiges ayant pour objet les services financiers ou les prétentions découlant d'opérations d'investissement, de crédit ou d'assurance.

En 2016, près de 39 % des requêtes étaient issues de clients étrangers²³¹. Cette part de clients notamment est tenue d'octroyer une sûreté en garantie des dépens au sens de l'art. 99 al. 1 let. a CPC, si le prestataire de services financiers en fait la demande. La dispense générale pour les clients privés prévue à l'art. 114a al. 1 P-CPC/CF leur serait donc bénéfique. Toutefois, la valeur litigieuse des affaires est restée inférieure à CHF 10 000 dans 58 % des cas et inférieure à CHF 50 000 dans 21 % des cas en 2016²³². Il apparaît ainsi que seule une minorité de clients est tenue de verser des sûretés à l'heure actuelle au regard de l'art. 99 al. 3 let. a CPC, à condition en plus que le défendeur en fasse la demande. La portée de l'art. 114a al. 1 P-CPC/CF sera donc limitée. De plus, tout comme pour les avances de frais judiciaires et les dépens, nous estimons qu'une dispense de sûretés en garantie des dépens ne peut pas simplement être prévue dans le cadre de l'adoption d'une loi spéciale²³³, d'autant plus qu'une telle dispense a pour effet de déplacer le risque de recouvrement sur l'Etat²³⁴.

E) *Relation avec l'assistance judiciaire*

Il nous paraît finalement intéressant d'effectuer un parallèle entre les règles prévues par le P-LSFin/CF sur les frais de procès et l'assistance judiciaire, prévue à l'art. 29 al. 3 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst ; RS 101) et concrétisée aux art. 117 ss CPC, puisqu'elles ont toutes deux pour objectif de permettre aux requérants d'accéder à la justice²³⁵.

Le plaideur peut prétendre à l'assistance judiciaire gratuite dès lors qu'il ne dispose pas de ressources suffisantes et que sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (art. 117 let. a et b CPC)²³⁶. Lorsqu'il remplit ces deux conditions, le requérant sera notamment exonéré d'avances de frais

²³¹ OMBUDSMAN, Rapport annuel 2016, p. 54.

²³² *Idem*, p. 55.

²³³ Dans ce sens, voir REICHART/MEYER, p. 392.

²³⁴ REICHART/MEYER, p. 392.

²³⁵ JEANDIN/PEYROT, p. 136 ; GASSER/MÜLLER/KOJAN, p. 40 ; DFF, Rapport explicatif, p. 19 ; ATF 137 III 470, JdT 2012 II 426, consid. 6.5.4 ; ATF 138 III 217 JdT 2014 II 267, consid. 2.2.3.

²³⁶ GASSER/MÜLLER/KOJAN, p. 41 ; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, CPC 117 N 4 ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, p. 257.

judiciaire, de sûretés en garantie des dépens et de frais judiciaires, à l'exception des dépens (art. 118 al. 1 et 3 CPC)²³⁷. Cela s'explique par le fait que l'assistance judiciaire a pour but de permettre au demandeur d'accéder à la justice et non pas de le dispenser de « ses responsabilités de partie à la procédure »²³⁸. L'assistance judiciaire peut être octroyée dès le stade de la préparation du procès et l'octroi peut être total ou partiel selon le cas d'espèce²³⁹. La partie au bénéfice de l'assistance judiciaire est toutefois tenue de rembourser l'Etat dès qu'elle en a les moyens (art. 123 al. 1 CPC)²⁴⁰. Cette dette envers l'Etat se prescrit par dix ans à compter de la fin du procès pour lequel l'assistance judiciaire a été obtenue (art. 123 al. 2 CPC).

Au vu de ce qui précède, il apparaît que le droit de la procédure civile protège déjà suffisamment le client puisque le client n'ayant pas les ressources nécessaires pour exercer ses droits en justice peut faire valoir son droit à l'assistance judiciaire, à condition que ses chances ne soient pas dénuées de succès. D'ailleurs, le nouveau droit du client à la remise de son dossier (art. 75-76 P-LSFin/CF) facilitera l'évaluation des chances de succès de celui-ci. Par ailleurs, le fait que l'assistance judiciaire ne dispense pas le client de verser des dépens renforce notre argument selon lequel une telle exonération ne serait pas cohérente avec le système actuel. Une telle dispense n'aurait pas pour effet de faciliter l'accès du demandeur à la justice mais plutôt de le libérer de ses responsabilités de partie à la procédure. Partant, alléger les frais de procès, comme le propose le CF, pourrait amener à des procès abusifs²⁴¹.

F) Conclusion intermédiaire

Au vu de l'examen qui précède, il ressort tout d'abord que le régime actuel applicable en matière de frais de procès est approprié et suffisant pour les clients²⁴². Il apparaît ensuite que les trois modifications prévues par le P-LSFin/CF posent le même problème : elles créent des règles de procédure civile uniques pour les clients privés du domaine financier alors qu'une telle différence de traitement n'est pas justifiée²⁴³. Ce sont d'ailleurs les raisons pour lesquelles l'art. 114a P-CPC/CF a été biffé des projets du Conseil national et du Conseil des Etats. Désormais, toute disposition relative à un allègement des frais de procès a été abandonnée, sous réserve de l'art. 76 al. 4 P-LSFin/CF.

²³⁷ BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, CPC 117 N 2 ; GASSER/MÜLLER/KOJAN, p. 41.

²³⁸ JEANDIN/PEYROT, p. 136.

²³⁹ *Idem*, p. 135 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 262.

²⁴⁰ GASSER/MÜLLER/KOJAN, p. 41 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 267.

²⁴¹ Dans ce sens, voir DFF, Rapport sur les résultats, p. 37.

²⁴² Dans ce sens, voir REICHART/MEYER, p. 393.

²⁴³ *Ibid.*

V. Conclusion

Au cours de ce travail, nous avons examiné trois modifications relatives aux règles de procédure civile prévues par la LSFIn que nous avons comparées avec les règles existantes en la matière afin de déterminer leur portée et leur place dans le projet de loi qu'est la LSFIn. Premièrement, il ressort de notre analyse que le droit du client à la remise de son dossier aura, certes, une portée limitée du point de vue du client du fait que la plupart des clients bénéficient d'ores et déjà de l'action en reddition de comptes découlant du contrat de mandat du droit d'accès aux données personnelles selon la LPD, mais il sera plus adapté et plus clair que les possibilités actuelles et permettra de renforcer la sécurité juridique et l'égalité de traitement des clients. Deuxièmement, concernant le fardeau de la preuve de la violation du devoir d'information, le renversement qui était prévu dans l'avant-projet de la LSFIn nous paraissait justifié au vu de l'incertitude juridique qui règne relativement aux faits négatifs. Il ne convient toutefois pas, selon nous, de prévoir un tel changement dans le cadre de l'adoption d'une loi spéciale mais plutôt dans le cadre d'une réforme future du CPC, bien qu'une telle révision soit peu probable. Troisièmement, par rapport aux frais de procès, bien que les nouveautés prévues dans le projet du Conseil fédéral aient pour effet d'améliorer la protection de la grande majorité des clients privés, nous sommes de l'avis que de telles modifications du CPC ne devraient pas intervenir dans le cadre de la simple adoption d'une loi spéciale relative aux services financiers.

Pour conclure, notre avis général sur les modifications en cause est mitigé. Nous comprenons la volonté d'améliorer la protection des clients en matière de services financiers – ce que nous louons – mais il nous semble néanmoins que les modifications relatives au fardeau de la preuve et aux frais de procès prévues dans le cadre du projet de LSFIn n'ont pas lieu d'être dans ce projet. En effet, il nous paraît inapproprié d'établir de telles réformes uniquement pour le domaine des services financiers. Cela ne serait pas cohérent avec les principes généraux de la procédure civile et créerait, selon nous, une inégalité de traitement. Nous comprenons donc pourquoi il a finalement été renoncé à ces deux modifications. Le projet initial était sans doute trop ambitieux et il en découle que les clients ne seront finalement pas beaucoup mieux protégés qu'à l'heure actuelle avec l'entrée en vigueur de la LSFIn. D'ailleurs, dans les projets du Conseil national et du Conseil des Etats, l'art. 2 al. 2 P-LSFin/CF²⁴⁴ a été modifié et ne comprend désormais plus le but de faciliter l'exercice de prétentions de droit civil pour les clients des prestataires de services financiers. Seul subsiste le droit du client à la remise de son dossier. Celui-ci aura tout de même un impact tant sur le fardeau de la preuve que sur les frais de procès.

²⁴⁴ CE, Décision 2016, *ad art. 2 LSFIn* ; CN, Décision 2017, *ad art. 2 LSFIn*.

Bibliographie

AMADÒ Flavio/MOLO Giovanni/DE VECCHI Raffaele, Die regulatorischen und zivilrechtlichen Aspekte des FIDLEG-Projektes : eine kritische Auseinandersetzung, *in* PJA 2013, pp. 1783 ss.

BAERISWYL Bruno/PÄRLI Kurt (édit.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz (DSG), Berne (Stämpfli) 2015 (cité : SHK DSG-AUTEUR).

BESLER Eva Maria/EPINEY Astrid/WALDMANN Bernhard, Datenschutzrecht: Grundlagen und öffentliches Recht, Berne (Stämpfli) 2011.

BOHNET François, Commentaire pratique, Actions civiles : conditions et conclusions, Bâle (Helbing) 2014.

BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle (Helbing) 2011 (cité : CPC commenté-AUTEUR).

BRAIDI Guillaume, L'individu en droit de la surveillance financière, Autorisation, obligations et interdiction d'exercer, *in* Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg (vol. 358), Zurich (Schulthess) 2016.

BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3^e éd., Zurich (Schulthess) 2016 (cité : CHK ZGB-AUTEUR).

BRÖNNIMANN Jürgen, Die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO, insbesondere zur Klärung der Prozessaussichten, *in* Beweisrecht der neuen ZPO : Chancen und Risiken [KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/MARKUS Alexander R./RODRIGUEZ Rodrigo, édit.], Berne (Stämpfli) 2012.

BRUNNER Alexander/GASSER Dominik/SCHWANDER Ivo (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung : ZPO Kommentar, 2^e éd., Zurich (Dike) 2016 (cité : DK ZPO-AUTEUR).

BÜCHLER Andrea/JAKOB Dominique (édit.), Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bâle (Helbing) 2012 (cité : KK ZGB-AUTEUR).

DEVAUD Coralie, L'information en droit médical : étude de droit suisse, *in* Recherches juridiques lausannoises (vol. 42), Zurich (Schulthess) 2009.

EMMENEGGER Susan, Le devoir d'information du banquier, *in* Journée 2008 de la responsabilité civile, Zurich (Schulthess) 2009, pp. 67-89.

EMMENEGGER Susan/THÉVENOZ Luc/DÖBELI Thirza/LEPORI Leandro, Le droit bancaire privé suisse 2016, *in* RSDA 2017, pp. 210-247.

GNEHM Oliver, Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht : Nukleus zur prozeduralen Durchsetzung des datenschutzrechtlichen Persönlichkeits

schutzes, *in* Durchsetzung der Rechte der Betroffenen im Bereich des Datenschutzes / La mise en œuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données [EPINEY Astrid/NÜESCH Daniela, édit.], Zurich (Schulthess) 2015.

FISCHER Philipp/AMIGUET Antoine, LSFIn/LEFin - „Wind of Change“ ou „Highway to Hell“ ?, *in* Revue de l'avocat 2015, pp. 35-40.

GASSER Dominik/MÜLLER Rahel/KOJAN Tamara, Zivilprozessrecht *in a nutshell*, 2^e éd., Zurich (Dike) 2017.

GEHRI Myriam A./JENT-SORENSEN Ingrid/SARBACH Martin, Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., Zurich (Orell Füssli) 2015 (cité : OFK ZPO-AUTEUR).

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

GUTZWILLER Peter Christoph, Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht, im Anlagengeschäft der Banken, *in* PJA 2004, pp. 411-417.

HALDY Jacques, Procédure civile suisse, Bâle (Helbing) 2014.

HERZOG-ZWITTER Iris, Die Aufklärungspflichtverletzung und ihre Folgen, *in* REAS 4/2010, pp. 316-322.

HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter (édit.), Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I: Art. 1-9 ZGB, Berne (Stämpfli) 2012 (cité : BK ZGB I-AUTEUR).

HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter (édit.), Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149 ZPO, Berne (Stämpfli) 2012 (cité : BK ZPO I-AUTEUR).

HIRSIG-VOUILLOZ Madeleine, La responsabilité du médecin : aspects de droit civil, pénal et administratif, Berne (Stämpfli) 2017.

HOFMANN David/LÜSCHER Christian, Le Code de procédure civile, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2015.

HOHL Fabienne, Le degré de la preuve dans les procès au fond, *in* Der Beweis im Zivilprozess / La preuve dans le procès civil [LEUENBERGER Christoph, édit.], Berne (Stämpfli) 2016 (cité : HOHL, Degré de preuve).

HOHL Fabienne, Procédure civile, Tome I : Introduction et théorie générale, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2016 (cité : HOHL, Procédure civile).

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5^e éd., Bâle (Helbing) 2014 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR).

HUGUENIN Claire/MÜLLER-CHEN Markus, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3^e éd., Zurich (Schulthess) 2016 (cité : HK Privatrecht-AUTEUR).

JEANDIN Nicolas/PEYROT Aude (édit.), Précis de procédure civile, Zurich (Schulthess) 2015.

KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland (édit.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3^e éd., Zurich (Orell Füssli) 2016 (cité : OFK ZGB-AUTEUR).

LOMBARDINI Carlo, Droit bancaire suisse, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 2008.

LÜBBE Ishak, La preuve de la violation des obligations d'information dans un procès en responsabilité dirigé contre un prestataire de services financiers, *in* Archive ouverte UNIGE, Genève 2017, [<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:96193>] (29.12.2017).

MAGNIN Arthur, La faute de gestion, *in* Archive ouverte UNIGE, Genève 2016, [<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:88731>] (29.12.2017).

MAURER-LAMBROU Urs/BLECHTA Gabor-Paul (édit.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, Bâle (Helbing) 2014 (cité : BSK DSG-AUTEUR).

MEIER Philippe, Protection des données : fondements, principes généraux et droit privé, Berne (Stämpfli) 2010.

OBERHAMMER Paul/DOMEJ Tanja/HAAS Ulrich, Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., Bâle (Helbing) 2014 (cité : KK ZPO-AUTEUR).

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte (édit.), Commentaire romand, Code Civil I : art. 1-359 CC, Bâle (Helbing) 2010.

PORTMANN Pascal/BOCHUD Philippe, Banques et négociants - modifications significatives de la réglementation en vue, *in* ECS 1-2/15, pp. 84-92 (cité : PORTMANN/BOCHUD, Modifications significatives).

PORTMANN Pascal/BOCHUD Philippe, Banques et négociants en valeurs mobilières - réglementation sans fin, *in* EF 1-2/16, pp. 69-78 (cité : PORTMANN/BOCHUD, Réglementation sans fin).

REICHART Peter/MEYER Richard, Klagen gegen Finanzdienstleister im FIDLEG-Entwurf - eine kritische Würdigung, *in* RSDA 2016, pp. 390-399.

ROSENTHAL David/JÖHRI Yvonne (édit.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 2008.

SETHE Rolf/SEILER Moritz, 3. Banken- und Finanzmarktregulierung / Dokumentation und Rechenschaft im geplanten FIDLEG, *in* Law & Economics Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne (Stämpfli) 2015.

SPÜHLER Karl/TENCHIO Luca/INFANGER Dominik (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3^e éd., Bâle (Helbing) 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR).

SCHLEIFFER Patrick/SCHÄRLI Patrick, *Ein Überblick über das künftige Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz*, in *GesKR 2014*, pp. 334-347.

SCHMID Hans, *Art. 8 ZGB: Überblick und Beweislast*, in *Der Beweis im Zivilprozess* [LEUENBERGER Christoph, édit.], Berne (Stämpfli) 2000.

STAEHELIN Adrian/STAEHELIN Daniel/GROLIMUND Pascal, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 2013.

STANISCHEWSKI Flora, *Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich (Schulthess) 2015.

SUTTER-SOMM Thomas, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Schulthess (Bâle) 2017.

SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph, *Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e éd., Bâle (Schulthess) 2016 (cité : SK ZPO-AUTEUR).

THÉVENOZ Luc/EMMENEGGER Susan/DE VOS BURCHART Fabianne/DOBBINS Miriam, *Le droit bancaire privé suisse 2011-2012*, in *RSDA 2012*, pp. 321-326.

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

WEBER Rolf H, *Börsenrecht Kommentar: Börsengesetz (BEHG) mit weiteren Erlassen*, 2^e éd., Zurich (Orell Füssli) 2013.

WERRO Franz, *Le droit à l'information : un droit fondamental de la personne*, in *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, journée de la responsabilité civile 2008* [CHAPPUIS Christine/WINIGER Bénédict, édit.], Zurich (Schulthess) 2009, pp. 229-237.

ZULAUF Urs/EGGEN Mirjam, *Finanzmarktrecht in a nutshell*, Berne (Dike) 2012.