



Ouvrage collectif

2011

Published version

Open Access

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

Journée 2010 de droit bancaire et financier

Thévenoz, Luc (ed.); Bovet, Christian (ed.)

How to cite

THÉVENOZ, Luc, BOVET, Christian, (eds.). Journée 2010 de droit bancaire et financier. Genève, Zurich, Bâle : Schulthess, 2011. (Publications du Centre de droit bancaire et financier)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:96862>

Journée 2010 de droit bancaire et financier

Journée 2010 de droit bancaire et financier

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

Sous la direction de
Luc Thévenoz et Christian Bovet

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2011
ISBN 978-3-7255-6344-9

www.schulthess.com

AVANT-PROPOS

L'édition 2010 de la Journée de droit bancaire et financier est placée sous le signe de la réforme et de l'unification des procédures civiles et pénales, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

Nicolas Jeandin examine les moyens de preuve reconnus par le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 et l'opposabilité du secret bancaire dans leur administration. *Louis Gaillard* se penche sur l'interface entre procédure civile et exécution forcée et s'intéresse à deux problèmes d'un intérêt particulier pour les banques: le séquestre et l'acte authentique exécutoire. Cet aperçu de la procédure civile est complété par une contribution d'*Isabelle Romy* consacrée aux contrats de services financiers comme contrats de consommation, avec les problèmes de for et de droit applicable qui en résultent.

Le nouveau Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 est également à l'honneur. *Maurice Harari* dissèque la position de la banque comme détentrice d'informations et de valeurs appartenant à son client. *Dario Zanni* étudie les toutes nouvelles dispositions sur la surveillance des relations bancaires, inspirée bien sûr de la surveillance des télécommunications comme moyen de détection et de poursuite des activités délictuelles. A mi-chemin entre procédure administrative et procédure pénale, les procédures d'*enforcement* de la FINMA sont analysées de manière critique par *Jacques Iffland*.

La Journée ne serait pas complète sans ses habituelles chroniques législatives, réglementaires et jurisprudentielles, tenues cette année par *Christian Bovet* et *Fabien Liégeois* (droit public) et par *Luc Thévenoz* et *Lucia Gomez Richa* (droit privé).

Le succès de la Journée et la parution de cet ouvrage ne seraient pas possibles sans ces auteurs, sans les collaborateurs du Centre de droit bancaire et financier, *Maud Michel Genton*, *Gervais Muja*, *Anouchka Offenstein* et *Samuel Zemp*, ni sans *Ariane Tschopp* qui a réalisé la présente mise en pages. Nous exprimons à toutes et à tous notre chaleureuse gratitude.

Luc Thévenoz et Christian Bovet

AUTEURS

Christian Bovet est professeur ordinaire et doyen de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Depuis janvier 2005, il est vice-président de la Commission fédérale de la communication (ComCom). Titulaire d'un LL.M. de Columbia University School of Law, New York, il a pratiqué le barreau pendant plusieurs années comme avocat associé dans un cabinet d'avocats genevois spécialisé en droit des affaires. Il codirige depuis 2009 le groupe de travail chargé de présenter un projet de révision de la loi suisse sur les cartels. Il est membre du comité de rédaction de la revue *Concurrentes* et du conseil de la Fondation Walther Hug, dont il assume également la vice-présidence.

Louis Gaillard est avocat au sein de l'étude BMG Avocats à Genève. Il a été juge au Tribunal de première instance du canton de Genève, de 1981 à 1992. Il est l'auteur de l'ouvrage *Introduction au Code de procédure civile à l'usage des praticiens* aux éditions Georg Law, publié en 2010, en prévision de l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 du nouveau Code de procédure civile suisse, un changement majeur pour les avocats en particulier.

Lucia Gomez Richa est titulaire du brevet d'avocat (Genève, 2003), d'un DEA de l'Université de Genève (2003) et d'un LL.M. (Columbia Law School, 2007). Elle a travaillé dans une étude d'avocats à Genève avant de rejoindre le Centre de droit bancaire et financier. Elle rédige actuellement une thèse de doctorat sur les produits structurés.

Maurice Harari (LL.M., New York University) est avocat à Genève au sein de l'étude LHA Avocats. Il est actif dans les domaines du droit pénal économique, du droit financier et du droit pénal international. Il enseigne (en qualité de chargé de cours) depuis 2001 l'entraide judiciaire pénale à l'Université de Fribourg et intervient régulièrement dans des enseignements de droit pénal international et de procédure pénale à Genève et à Neuchâtel. Il est l'auteur de plusieurs publications dans ses domaines d'activité.

Jacques Iffland est associé de l'étude Lenz & Staehelin, qu'il a rejoint au début de l'année 2001. Il était auparavant (de 1997 à 2000) conseiller juridique de la Commission des offres publiques d'acquisition. Il est titulaire d'une licence en droit de l'Université de Lausanne. En 1994, il a obtenu un doctorat pour sa thèse consacrée à la répression pénale des manipulations de cours à l'Université de Genève. Il est l'auteur de plusieurs publications dans le domaine du droit des marchés financiers.

Nicolas Jeandin est titulaire d'une double licence en droit (1981) et en sciences commerciales (1984) décernée par l'Université de Genève. C'est dans cette même université qu'il a obtenu le doctorat en droit (1992) avec une thèse consacrée au chèque de voyage. Ses publications ultérieures portent sur des thèmes variés du droit civil et commercial, de la procédure civile et de l'exécution forcée. Cette diversité d'intérêts et de compétences est complétée par une riche expérience du barreau, qu'il pratique depuis 1986. Il est aujourd'hui associé au sein de l'étude Fontanet & Associés à Genève. Juge suppléant à la Cour de cassation et membre de diverses commissions, il apporte à la Faculté de droit des compétences reconnues ainsi qu'une connaissance approfondie de la justice et de son fonctionnement.

Fabien Liégeois, titulaire d'une maîtrise en droit économique de l'Université de Genève (2007), a effectué son stage d'avocat auprès de l'étude Lenz & Staehelin à Genève, où il a été admis au barreau en 2009. Actuellement assistant des professeurs C. Bovet et X. Oberson, il rédige une thèse de doctorat sur les contrats aléatoires et la fiscalité. Il a obtenu en 2010 le Prix OREF pour une contribution scientifique sur l'échange de renseignements en matière fiscale et le secret bancaire.

Isabelle Romy est professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, où elle enseigne la procédure civile internationale, et à l'EPFL, où elle enseigne le droit de l'environnement et de la construction. Elle pratique le barreau comme associée de l'étude Niederer Kraft & Frey AG à Zurich et est spécialisée dans les domaines du droit international privé et de la procédure civile internationale ainsi que dans les dossiers de droit de l'environnement.

Luc Thévenoz est professeur ordinaire à l'Université de Genève et directeur du Centre de droit bancaire et financier. Ses enseignements et ses publications portent principalement sur le droit des obligations, le droit bancaire et financier, ainsi que les trusts et la fiducie. Depuis le 1^{er} janvier 2008, il préside la Commission des offres publiques d'acquisition. Auparavant, il a notamment été membre de la Commission fédérale des banques (2001-2007). Il a contribué à divers projets législatifs (loi fédérale sur les titres intermédiés, ratification et mise en œuvre de la Convention de la Haye sur les trusts, législation sur les avoirs non réclamés) et représenté la Suisse dans la négociation et l'adoption de la Convention de Genève sur les titres intermédiés. Il est, notamment, membre du Committee on International Monetary Law of the International Law Association (MOCOMILA) et membre honoraire de la Society of Trust and Estate Practitioners (STEP).

Dario Zanni est procureur depuis 2004, spécialisé dans la criminalité complexe et économique, en particulier en matière d'abus de confiance, de gestion déloyale, de corruption, de manipulations comptables et de blanchiment d'argent. Il est titulaire du brevet d'avocat, licencié en sciences économiques et conseiller financier diplômé. Il a travaillé dans les domaines du conseil juridique et fiscal, et de l'*asset management*. Depuis 2010, il collabore à la refonte de la police genevoise dans le cadre du projet Phénix.

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| Avant-propos | 5 |
| Auteurs | 7 |
| Abréviations | 13 |
| Les contrats de services financiers comme contrats de consommation : for et droit applicable | |
| Isabelle Romy | 21 |
| Procédure civile : moyens de preuve et secret bancaire | |
| Nicolas Jeandin | 45 |
| Procédure civile et exécution forcée, séquestre et acte authentique exécutoire | |
| Louis Gaillard | 71 |
| Procédure pénale : la banque comme détentricrice d'informations et de valeurs patrimoniales appartenant à son client | |
| Maurice Harari | 93 |
| La surveillance des relations bancaires (art. 284 et 285 CPP) | |
| Dario Zanni | 107 |
| Les procédures d'enforcement de la FINMA, ou de la difficulté de coordonner les procédures coercitives administratives et les procédures pénales sous l'empire du nouveau CPP et de la LFINMA | |
| Jacques Iffland | 121 |
| Répondre à la crise : activité irréprochable, transparence des marchés, entraide internationale et autres développements de la pratique et de la jurisprudence | |
| Christian Bovet & Fabien Liégeois | 143 |
| Chronique de la jurisprudence civile | |
| Luc Thévenoz & Lucia Gomez Richa | 173 |

ABRÉVIATIONS

| | |
|-----------------|---|
| ACJC | Arrêt de la Cour de justice de Genève |
| aCL | Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11) (ancienne Convention de Lugano) |
| Actualités CDBF | Actualités publiées sur le site internet du Centre de droit bancaire et financier (www.unige.ch/cdbf) |
| AFC | Administration fédérale des contributions |
| aff. | Affaire |
| AJP | Aktuelle juristische Praxis = PJA : Pratique juridique actuelle |
| al. | Alinéa |
| AP | Avant-projet |
| art. | Article |
| ASB | Association suisse des banquiers |
| ATAF | Arrêt du Tribunal administratif fédéral |
| ATF | Arrêt du Tribunal fédéral |
| Aufl. | Auflage (édition) |
| Bd | Band (volume) |
| BK | Berner Kommentar |
| BL | Bâle-Campagne |
| BNS | Banque nationale suisse |
| BSK | Basler Kommentar |
| Bull. | Bulletin |
| c. | Considérant |
| c. ou c/ | Contre |
| CC | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) |
| CDB | Convention relative à l'obligation de diligence des banques |
| CDBF | Centre de droit bancaire et financier (Genève) |

| | |
|------------------|---|
| CDI | Convention de double-imposition |
| CEDH | Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101) |
| CEDIDAC | Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne |
| cep. | Cependant |
| cf. | Confer |
| CFB | Commission fédérale des banques (devenue la FINMA en 2009) |
| ch. | Chiffre |
| ch. ou chap. | Chapitre |
| CHF | Franc suisse |
| Circ. | Circulaire |
| CJCE | Cour de justice des Communautés européennes |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| CL ou CL rév. | Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12) (Convention de Lugano révisée); voir aussi: aCL: ancienne Convention de Lugano |
| Cm | Chiffre marginal |
| CO | Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220) |
| comp. | Comparer |
| cons. ou consid. | Considérant |
| COPA | Commission des offres publiques d'acquisition |
| CP | Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) |
| CPC | Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272) |
| CPP | Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0) |
| cpr | Comparer |
| CR | Commentaire romand |
| Cst. féd. | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101) |

| | |
|-----------|---|
| CV | Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) |
| dir. | Directeur |
| dir. | Directive |
| DM | Mark allemand |
| DPA | Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0) |
| DPC | Droit et politique de la concurrence en pratique = RPW : Recht und Politik des Wettbewerbs |
| éd. | Editeur ou édition |
| ég. | Egalement |
| EIMP | Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1) |
| Einl. | Einleitung (introduction) |
| EUR | Euro |
| EuZ | Zeitschrift für Europarecht |
| FF | Feuille fédérale |
| FINMA | Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers |
| FR | Fribourg |
| GAFI | Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux |
| GBP | Livre sterling |
| GE | Genève |
| GesKR | Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht |
| i. e. | Id est |
| JAAC | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération |
| JDBF | Journée de droit bancaire et financier |
| JdT ou JT | Journal des tribunaux |
| JO | Journal officiel de l'Union européenne (dès le 1 ^{er} février 2003) ou des Communautés européennes (avant le 1 ^{er} février 2003) |

| | |
|-----------------|---|
| JOCE | Journal officiel des Communautés européennes (jusqu'au 1 ^{er} février 2003) |
| JOUE | Journal officiel de l'Union européenne (dès le 1 ^{er} février 2003) |
| LB | Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0) |
| LBA | Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (RS 955.0) |
| LBN | Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (RS 951.11) |
| LBVM | Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1) |
| LCart | Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251) |
| LCC | Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1) |
| LCD | Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241) |
| LDIP | Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291) |
| let. | Lettre |
| LFINMA | Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1) |
| LFors ou aLFors | Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (abrogée) |
| LIFD | Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11) |
| lit. ou litt. | Lettre |
| LOP | Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la poste (RS 783.1) |
| LOP | Loi fédérale sur l'organisation de La Poste Suisse, du 17 décembre 2010 (FF 2010 8257; pas encore en vigueur) |

| | |
|--------------------|---|
| LP | Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1) |
| LPC | Loi de procédure civile du canton de Genève, du 10 avril 1987 (abrogée) |
| 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) |
| LPO | Loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste (RS 783.0) |
| LPO | Loi sur la poste, du 17 décembre 2010 (FF 2010 8241; pas encore en vigueur) |
| LSR | Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (RS 221.302) |
| LTAF | Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32) |
| LTF | Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110) |
| LTI | Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiaires (RS 957.1) |
| MC-OCDE | Modèle de convention fiscale de l'OCDE |
| MiFID | Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (Market in Financial Instruments Directive) |
| mio | Million |
| n. ou N. | Note ou numéro marginal |
| NKF-Schriftenreihe | Publications de Niederer Kraft & Frey (Zurich) |
| NN | Notes ou numéros marginaux |
| not. | Notamment |
| OACDI | Ordonnance du 1 ^{er} septembre 2010 relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (RS 672.204) |
| OB | Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02) |

| | |
|------------|--|
| OBA-FINMA | Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 8 décembre 2010 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (RS 955.033.0) |
| obs. | Observation |
| OBVM | Ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.11) |
| OBVM-FINMA | Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 25 octobre 2008 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.193) |
| OEIMP | Ordonnance du 24 février 1982 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.11) |
| OFB-FINMA | Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 30 juin 2005 sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières (RS 952.812.32) |
| OG | Obergericht |
| op. cit. | Opus cité |
| OPA | Offre publique d'acquisition |
| OPCC | Ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.311) |
| OPC-FINMA | Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 21 décembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (951.312) |
| OPO | Ordonnance du 26 novembre 2003 sur la poste (RS 783.01) |
| p. | Page |
| p. ex. | Par exemple |
| PA | Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021) |
| par. | Paragraphe |
| PCEF | Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée = ZZZ: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht |
| phr. | Phrase |

| | |
|------|---|
| PJA | Pratique juridique actuelle = AJP: Aktuelle juristische Praxis |
| PME | Petites et moyennes entreprises |
| PPF | Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (abrogée) |
| pt | Point |
| r | Randziffer (chiffre marginal) |
| RDAF | Revue de droit administratif et fiscal |
| RDS | Revue de droit suisse = ZSR: Zeitschrift für Schweizerisches Recht |
| réf. | Référence(s) |
| rés. | Résumé |
| RJ | Répertoire de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne |
| RJB | Revue de la Société des juristes bernois = ZBJV: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins |
| RO | Recueil officiel des lois fédérales |
| RPW | Recht und Politik des Wettbewerbs = DPC: Droit et politique de la concurrence en pratique |
| RS | Recueil systématique des lois fédérales |
| RSDA | Revue suisse de droit des affaires = SZW: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| RSJ | Revue suisse de jurisprudence = SJZ: Schweizerische Juristen-Zeitung |
| RSPC | Revue suisse de procédure civile = SZZP: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht |
| Rz | Randziffer (chiffre marginal) |
| s. | Et suivant(e) |
| Sfr. | Franc suisse |
| SJ | La Semaine judiciaire (Genève) |
| SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung = RSJ: Revue suisse de jurisprudence |
| ss | Et suivant(e)s |

| | |
|---------|--|
| StPO | Strafprozessordnung (code de procédure pénale); voir aussi CPP |
| SZW | Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = RSDA: Revue suisse de droit des affaires |
| SZZP | Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht = RSPC: Revue suisse de procédure civile |
| t. | Tome |
| TAF | Tribunal administratif fédéral |
| TF | Tribunal fédéral |
| TF | Arrêt non publié du Tribunal fédéral |
| TPF | Tribunal pénal fédéral |
| UBS | Union de banques suisses |
| UCC | Uniform commercial code |
| UE | Union européenne |
| USD | Dollar américain |
| US-GAAP | Generally accepted accounting principles des Etats-Unis d'Amérique |
| v. | Versus |
| VD | Vaud |
| vol. | Volume |
| VS | Valais |
| ZBJV | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins = RJB: Revue de la Société des juristes bernois |
| ZH | Zurich |
| ZPO | Zivilprozessordnung (code de procédure civile); voir aussi CPC |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht = RDS: Revue de droit suisse |
| ZZZ | Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht = PCEF: Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée |

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

Isabelle Romy*

I. Contexte

Les notions de contrat de consommation et de for du consommateur ont progressivement gagné en importance pour les banques suisses ces dernières années. Il existe une inquiétude croissante de celles-ci d'être attirées devant les tribunaux de l'Etat du domicile de clients étrangers, en dérogation aux clauses de prorogation usuelles qui prévoient un for exclusif au siège de la banque en Suisse. Cette crainte est alimentée par divers arrêts de tribunaux suisses et étrangers fondés sur la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Lugano le 16 septembre 1988¹. Ces décisions confirment qu'à certaines conditions, les contrats conclus avec des banques sont des contrats de consommation, ce qui permet aux clients de se prévaloir des dispositions protectrices sur le for du consommateur et d'attirer une banque suisse devant le juge de l'Etat de leur domicile à l'étranger.

La Convention de Lugano a été révisée le 30 octobre 2007² (ci-après CL révisée); elle correspond, sur le fond, au règlement Bruxelles I³. Elle est entrée en vigueur dans sa nouvelle teneur le 1^{er} janvier 2011 et remplace

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

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

2 RS 0.275.12.

3 *Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, du 18 février 2009, FF 2009 1497, p. 1498.

depuis cette date la Convention de Lugano de 1988 (ci-après aCL) entre les Etats membres (art. 69 al. 2 CL révisée). Conformément à son art. 63, elle s'applique aux actions intentées après le 1^{er} janvier 2011. Il s'ensuit, dans le domaine qui nous intéresse ici, que la validité d'une clause de prorogation de for ne s'examine pas selon le droit applicable au moment où elle a été convenue entre les parties, mais selon les règles en vigueur au moment où l'action est intentée, à savoir la Convention révisée dès cette année. Le champ d'application territorial de la Convention a été étendu aux onze nouveaux Etats membres de l'Union européenne, ce qui porte à 30 le nombre d'Etats liés par cette convention⁴.

La Convention de Lugano révisée élargit considérablement la notion de contrat de consommation et, partant, le champ d'application des dispositions protectrices des consommateurs. Dans la position qu'elle a publiée récemment sur les risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières⁵, la FINMA exprime l'avis que, sur la base de la Convention de Lugano révisée, il existe un risque que les procès à l'étranger contre les banques suisses se multiplient. Cette situation a également des effets sur le droit matériel applicable aux contrats de services financiers; en effet, le juge étranger appliquera à certaines conditions le droit de l'Etat du domicile du client-consommateur, s'il offre à ce dernier une protection plus étendue que le droit suisse, et ceci même si les parties ont soumis leurs relations juridiques au droit suisse.

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

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

A. For partiellement impératif au domicile du consommateur

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

⁴ Message (n. 3), p. 1502.

⁵ Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières, du 22 octobre 2010 (www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/positionspapier_rechtsrisiken_f.pdf, consulté le 7 janvier 2011).

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

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

D'autre part, cette volonté de protection s'est traduite par des règles de compétence semi-impérative en faveur des tribunaux du domicile du consommateur. Leur but est notamment d'éviter que le consommateur ne soit découragé d'agir en justice en se voyant obligé d'intenter action devant le tribunal du domicile de son cocontractant¹⁰. Des règles spéciales qui dérogent au for ordinaire du défendeur, voire au for usuel du lieu d'exécution de la prestation contractuelle, ont été insérées aux art. 21 s. de l'ancienne loi sur les fors (aLFors), normes reprises telles quelles à l'art. 32 CPC. Dans les rapports internationaux, de telles normes de compétence ont été introduites à l'art. 114 de la loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé¹¹ (LDIP), aux art. 13 ss aCL et, depuis le 1^{er} janvier 2011, aux art. 15 ss CL révisée. Ces normes semi-impératives permettent au consommateur d'agir, à son choix, devant les tribunaux de l'Etat de son domicile ou ceux de l'Etat du siège du fournisseur de services. Ce dernier, lui, doit impérativement agir au domicile du consommateur. En outre, elles limitent fortement la possibilité de conclure des conventions d'élection de for avant la naissance d'un différend¹².

6 RS 241.

7 RS 221.214.1.

8 RS 954.1.

9 RS 272.

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

11 RS 291.

12 Voir notamment art. 17 CL révisée.

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

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

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

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

Les dispositions protectrices de la Convention de Lugano s'appliquent au consommateur, notion que la Convention ne définit pas. Le droit matériel n'en offre pas davantage de définition uniforme. Au contraire, la notion varie selon la disposition légale applicable, son but et son champ d'application, que ce soit en droit matériel ou en droit de procédure¹³. Néanmoins, un dénominateur commun se dégage des normes qui visent à protéger les intérêts économiques du consommateur; dans ce cadre, est un consommateur "toute personne physique qui acquiert des biens ou services dans un but qui peut être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle"¹⁴. La question de savoir quel consommateur et

¹³ UMULISA MUSABY E., *L'accès des consommateurs à la justice : de la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation à la procédure collective*, thèse Lausanne 2008, p. 27 ss.

¹⁴ UMULISA MUSABY (n. 13), p. 28.

quel type de contrat tombent dans le champ d'application des dispositions protectrices considérées doit ainsi être résolue selon le texte et le sens de la norme légale pertinente¹⁵.

Dans le champ d'application de la Convention de Lugano et en vue de garantir une application uniforme de ce texte, la notion de consommateur est définie de manière autonome, c'est-à-dire indépendamment d'un droit national et en tenant compte des décisions rendues par les tribunaux des parties contractantes¹⁶. En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et celle de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), la notion de consommateur doit être interprétée de manière restrictive¹⁷.

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

A. *Personne physique et but privé*

Dans le cadre de la Convention de Lugano révisée, le consommateur est une personne physique, jamais une personne morale. En revanche, le prestataire de services peut être tant une personne physique que morale, pour autant qu'il agisse dans un but commercial¹⁸.

Le consommateur conclut un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, autrement dit dans un but privé. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la question de savoir si le client d'une banque jouit de la qualité de consommateur doit être examinée selon la position de cette personne "dans le cadre du projet concret conclu avec la banque et en fonction de la nature et du but de ce contrat et non pas en fonction de la position subjective de cette personne"¹⁹. Il s'ensuit qu'un homme d'affaires avisé qui conclut un contrat de gestion

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

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

17 ATF 133 III 295, consid. 7.2, JdT 2008 I 160 ; arrêt de la CJCE du 20 janvier 2005 dans l'affaire C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG, RJ 2005 I-439, consid. 32 s. et 43.

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

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

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

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

L'intention de réaliser un gain n'exclut pas un but privé²⁰. Le seul critère décisif est celui du but de la transaction, lequel doit être étranger à l'activité professionnelle du consommateur. Partant, des investissements spéculatifs du patrimoine privé peuvent être qualifiés de contrats de consommation, même s'ils portent sur des montants importants²¹.

En outre, contrairement à l'art. 32 CPC et à l'art. 114 LDIP combiné avec l'art. 120 LDIP, les art. 13 ss aCL et 15 ss CL révisée ne sont pas limités aux contrats qui portent sur une prestation de consommation courante. Cette condition restreint très fortement l'application des normes protectrices des consommateurs aux litiges bancaires soumis à la LDIP ou au CPC; en effet, les différends bancaires qui dépassent une valeur litigieuse que certains auteurs fixent à quelque 80 000 francs et d'autres à 30 000 francs déjà, échappent à cette définition²². En revanche, comme exposé ci-dessus, la CL révisée s'applique à des affaires portant sur des montants beaucoup plus importants.

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

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

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

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

portant sur un bien destiné à un usage en partie professionnel et en partie privé n'est pas en droit de se prévaloir des dispositions sur le for du consommateur, sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause²³.

B. Contrats de services financiers comme contrats de consommation

L'art. 13 aCL contenait un catalogue des contrats auxquels les art. 13 ss aCL s'appliquaient, à savoir la vente à tempérament d'objets mobiliers corporels, le prêt à tempérament ou autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets, ainsi que tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels, pour autant que les conditions posées à l'art. 13 al. 3 let. a et b aCL fussent remplies. La notion de fourniture de services faisait l'objet d'une interprétation autonome et revêtait une acception large²⁴. Ainsi, la fourniture de services de tout ordre tombait sous le coup de l'art. 13 aCL, dès lors qu'ils servaient à la consommation privée et qu'ils ne concernaient pas les domaines des transports, de l'assurance ou du bail immobilier²⁵. Était controversée la question de savoir si les accords dans lesquels les relations personnelles de confiance entre les parties étaient au premier plan, plutôt que leur caractère commercial, pouvaient être qualifiés de contrats de consommation²⁶. La portée de l'art. 13 al. 3 aCL sur les contrats de services financiers, et notamment la question de savoir quels types de contrats tombaient dans le champ d'application de cette disposition, a suscité des incertitudes et a donné lieu à des controverses doctrinales²⁷.

L'art. 15 al. 1 let. c CL révisée met un terme à ces discussions. Il s'applique en effet à tous les cas, autres que ceux énumérés à ses lettres a) et b), dans lesquels un consommateur conclut un contrat avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles ou qui dirige de telles activités vers l'Etat de domicile du consommateur²⁸. La portée

²³ Arrêt Gruber (n. 17), consid. 54.

²⁴ ATF 133 III 295, consid. 8, JdT 2008 I 160.

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

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

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

²⁸ Message (n. 3), p. 1511.

de l'art. 15 CL révisée est plus large que celle de l'art. 13 aCL. Sont visés notamment tous les contrats définis comme contrats de consommation dans les directives communautaires. Dans le domaine des prestations de services financiers, il s'agit notamment des contrats régis par la directive sur les contrats de crédit aux consommateurs²⁹ ainsi que les conventions par lesquelles une banque accorde un crédit au consommateur, un prêt ou une autre aide financière semblable³⁰.

Parmi les principaux contrats bancaires visés par l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée, mentionnons le contrat de compte courant, dans le cadre duquel la banque fournit certains services comme le paiement et l'encaissement d'argent liquide, la comptabilisation des paiements, l'exécution des mandats de paiement ou encore le paiement de chèques³¹. La question de savoir si les contrats de crédit constituent des contrats de consommation n'était pas clairement résolue sous l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL. Le Tribunal fédéral l'a admis dans un cas où la banque avait octroyé une limite de crédit dans le cadre d'un contrat de compte courant, tout en laissant la question ouverte pour les contrats de pur crédit³². Ceux-ci tombent désormais dans le champ d'application de l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée³³. Il en va de même des contrats de garantie bancaire. Le mandat de gestion de fortune, bien qu'il repose sur une étroite relation de confiance, doit aussi être considéré comme un contrat de consommation selon l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée.

C. Conséquences pour les banques suisses

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

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

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

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

³² ATF 133 III 295, consid. 8.2, JdT 2008 I 160.

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

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

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

En outre, il arrive que les clients des banques soient assistés de conseillers juridiques ou d'un gérant de fortune indépendant lors de la conclusion du contrat. Dans ces cas, le consommateur n'est certes plus la partie faible que le législateur voulait protéger. Toutefois, la présence d'un tel conseiller lors de la conclusion du contrat ne saurait empêcher l'application des dispositions sur le for du consommateur. Le client de banque jouit en effet de la protection que lui accordent les dispositions sur le for qu'il soit ou non assisté d'un professionnel lors de la conclusion du contrat, dans la mesure où il agit dans un but privé³⁴.

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

IV. Conditions liées à la conclusion du contrat

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

A. Exercice d'une activité commerciale ou professionnelle

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

A noter que si le professionnel (la banque) propose ses services par l'intermédiaire d'une succursale qui a son siège dans l'Etat de domicile du consommateur, ce dernier pourra également ouvrir action dans l'Etat de son domicile au lieu de situation de la succursale conformément à l'art. 5 al. 1 ch. 5 CL révisée, pour autant qu'il s'agisse d'une contestation sur l'exploitation de la succursale. L'art. 15 CL révisée n'entre ainsi en considération que lorsque la succursale a agi en dehors de son champ d'activité mais dans le cadre de l'activité du siège principal³⁵.

B. Action de diriger une activité commerciale ou professionnelle

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

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

³⁵ Message (n. 3), p. 1512.

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

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

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

Dans un arrêt récent³⁶, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a posé quelques principes d'interprétation de l'art. 15 al. 1 let. c du règlement Bruxelles I, qui sont transposables à l'art. 15 CL révisée. La Cour était saisie de deux demandes de décision préjudicielle dans des affaires portant, l'une, sur un contrat de voyage et l'autre, sur un contrat par lequel un consommateur allemand avait réservé une chambre d'hôtel dans un établissement autrichien. Dans ces deux cas, les consommateurs avaient

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

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

Selon la CJUE, la notion d'activité dirigée doit être interprétée de façon autonome en se référant au système et aux objectifs du règlement Bruxelles I. La Cour pose ensuite le principe que l'art. 15 al. 1 let. c et l'art. 16 du règlement visent à protéger les consommateurs, mais que cette protection n'est pas absolue. Elle relève qu'internet est devenu un moyen habituel de faire du commerce. La simple utilisation d'un site internet, qui a une portée mondiale, ne suffit pas à constituer une activité dirigée au sens de l'art. 15 al. 1 let. c du règlement qui déclencherait l'application des règles de compétence protectrices de cette disposition. Pour que l'art. 15 s'applique, il est nécessaire que le commerçant ait manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales avec les consommateurs d'un ou plusieurs autres Etats membres, dont celui du domicile du consommateur³⁷.

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

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

La CJUE précise à cet égard que la mention sur un site internet de l'adresse électronique ou géographique du commerçant ne suffit pas ; il en va de même de l'indication d'un numéro de téléphone sans préfixe international. En effet, ces informations sont nécessaires pour permettre à un consommateur domicilié dans le même Etat que le commerçant d'entrer en relation avec ce dernier. Pour cette raison, de l'avis de la Cour, dès lors qu'une facilité de contact existe, la distinction entre les sites qui permettent de conclure un contrat en ligne (sites interactifs) et ceux qui n'offrent pas cette possibilité n'est pas pertinente³⁸.

³⁷ Arrêt (n. 36), consid. 64 ss, 75.

³⁸ Arrêt (n. 36), consid. 79.

Parmi les indices qui permettent de déterminer si un professionnel dirige son activité vers l'Etat membre du domicile du consommateur, figurent toutes les "expressions manifestes" de la volonté de démarcher les consommateurs de cet Etat membre. Constituent de telles expressions manifestes la mention selon laquelle le commerçant offre ses services ou ses biens dans un ou plusieurs Etats membres nommément désignés ou l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur internet auprès de l'exploitant d'un moteur de recherches afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans différents Etats membres l'accès au site du commerçant³⁹.

D'autres indices, éventuellement combinés les uns aux autres, sont susceptibles de démontrer l'existence d'une activité dirigée vers l'Etat membre du domicile du consommateur: il en va ainsi de la nature internationale de l'activité en cause (telles que certaines activités touristiques), la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'Etat membre dans lequel le commerçant est établi ou encore l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres (tels que ".com" ou ".eu"), la description d'itinéraires à partir d'un ou de plusieurs autres Etats membres vers le lieu de la prestation de service ainsi que la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents Etats membres (notamment par la présentation de témoignages de tels clients)⁴⁰. De même, si le site internet permet aux consommateurs d'utiliser une autre langue ou une autre monnaie que celles habituellement utilisées dans l'Etat membre à partir duquel le commerçant exerce son activité, ces éléments peuvent constituer des indices démontrant l'activité transfrontalière de ce dernier⁴¹.

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

39 Arrêt (n. 36), consid. 81.

40 Arrêt (n. 36), consid. 83.

41 Arrêt (n. 36), consid. 84.

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

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

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

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

Un contrat est conclu à distance dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour la conclusion de ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance. Il s'agit de tout moyen qui, "sans présence physique et simultanée" du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties⁴³, par exemple une publicité presse avec bon de commande, un téléphone avec ou sans intervention humaine (automate d'appel), un vidéotexte ou un courrier électronique⁴⁴.

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

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

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

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

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

Enfin, si la condition de la conclusion du contrat à distance est remplie, il n'est plus nécessaire que les actes préparatoires soient effectués dans l'Etat du domicile du consommateur, comme l'exigeait l'art. 13 aCL. Le consommateur est protégé de la même manière, qu'il utilise un moyen de communication depuis son domicile pour conclure le contrat ou qu'il se rende dans un autre Etat pour signer le contrat⁴⁵.

⁴⁵ Message (n. 3), p. 1512.

V. Conséquences procédurales

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

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

VI. Conséquences quant au droit applicable

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il en résulte que les dispositions qui protègent le consommateur dans l'Etat de sa résidence habituelle constituent une protection minimale⁴⁷. Il ne peut y être dérogé que lorsque le droit applicable au contrat est plus avantageux que le droit en vigueur au domicile du consommateur (*Rosintheorie*)⁴⁸. Cet examen s'effectue selon les circonstances du cas concret⁴⁹.

3. Exceptions à ce principe

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

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

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

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

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

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

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

Ces exceptions sont justifiées par le souci de garantir la fonctionnalité des marchés financiers qui serait mise en péril si le droit applicable dépendait de la résidence habituelle du cocontractant⁵⁰. Le champ sémantique de ces dispositions est celui de la directive concernant les marchés d'instruments financiers (Markets in Financial Instruments Directive; MiFID)⁵¹, à l'aide de laquelle il convient de lire ces exceptions⁵².

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

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

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

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

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

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

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

de déterminer pour chaque Etat membre de l'UE quelles sont les dispositions protégeant le consommateur auxquelles il ne peut être dérogé. Nous nous limiterons à mentionner les dispositions pertinentes de la MiFID (infra 1.) et de la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs⁵⁴ (infra 2.).

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

1. MiFID

La MiFID impose aux entreprises d'investissement de définir leurs clients comme clients de détail, comme contreparties éligibles ou comme clients professionnels⁵⁵, classification dont dépend l'étendue des devoirs contractuels imposés aux entreprises d'investissement. La MiFID offre une protection plus étendue aux premiers.

L'art. 19 MiFID énonce les règles de conduite qui doivent être suivies par les entreprises d'investissement lorsqu'elles fournissent des services d'investissement à des clients. Cet article doit se lire avec la directives 2006/73 qui est une directive d'exécution de la MiFID⁵⁶.

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

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

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

Parmi ces règles de conduite, l'art. 19 al. 3 MiFID soumet les entreprises d'investissement à un devoir d'information qui, dans une telle étendue, n'est pas connu par le droit suisse⁵⁷: "Des informations appropriées sont communiquées aux clients potentiels sous une forme compréhensible [par exemple] sur [...] les instruments financiers et les stratégies d'investissement proposées, ce qui devrait inclure des orientations et des mises en garde appropriées sur les risques inhérents à l'investissement dans ces instruments ou à certaines stratégies d'investissement." Ces informations doivent permettre aux clients de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents et, par conséquent, de prendre des décisions en matière d'investissement en connaissance de cause. L'art. 31 al. 1 de la directive 2006/73 prévoit que les entreprises d'investissement fournissent "aux clients ou aux clients potentiels une description générale de la nature et des risques des instruments financiers en tenant notamment compte de leur catégorisation en tant que client de détail ou client professionnel. Cette description doit exposer les caractéristiques propres au type particulier d'instrument concerné, ainsi que les risques qui lui sont propres de manière suffisamment détaillée pour que le client puisse prendre des décisions d'investissement en connaissance de cause." L'art. 31 al. 2 de la directive 2006/73 énonce encore les différents éléments qui doivent être évoqués dans la description des risques.

Ensuite, selon les art. 19 al. 4 MiFID et 35 al. 1 directive 2006/73, l'entreprise d'investissement qui fournit du conseil en investissement ou des services de gestion de portefeuille doit déterminer si le service est adéquat pour le client (*suitability test*). A cette fin, l'entreprise doit se procurer toute l'information sur les "faits essentiels" concernant le client, en particulier la situation financière du client, ses objectifs d'investissement et sa capacité (connaissance et expérience) à comprendre les risques inhérents à une certaine transaction ou à la gestion de portefeuille. En revanche, les informations à rassembler par les entreprises d'investissement pour une activité *execution only* ne porteront que sur l'expérience et la connaissance du client⁵⁸ (outre l'information sur les risques liés aux produits mentionnée ci-dessus). Dans l'ATF 133 III 97 (qui concernait un mandat de conseil), le

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

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

Tribunal fédéral a considéré qu'il n'existait pas d'obligation de procéder à un test d'adéquation (*suitability test*) sur la base des devoirs d'information du négociant découlant de l'art. 11 let. a de la loi sur les bourses, tout en laissant ouverte la question de savoir si une telle obligation pouvait découler des règles du contrat de conseil⁵⁹.

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

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

Dans leurs activités transnationales dans les pays de l'Union européenne, les banques suisses devront également tenir compte de la directive 2002/65 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs⁶⁰. La directive vise "tout mode de démarchage et de conclusion de contrats sans présence simultanée du fournisseur et du consommateur"⁶¹. Elle prévoit que le consommateur doit être informé sur le fournisseur, le service financier et le droit de rétractation avant qu'il ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre (art. 3). Le consommateur dispose en effet, selon l'art. 6 de la directive, d'un délai de 14 jours pour se rétracter, sans pénalité et sans indication de motifs.

C. LDIP

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

⁵⁹ ATF 133 III 97, consid. 5.4, JdT 2008 I 84.

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

⁶¹ BIZZOZERO/ROBINSON (n. 61), p. 167.

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

- Si le contrat qui fonde la demande en justice est un contrat de consommation au sens de la LDIP (ce qui sera le cas s'il porte sur une prestation de consommation courante), le juge suisse compétent devrait invalider l'éventuelle élection de droit en faveur du droit suisse. Si les conditions posées par l'art. 120 al. 1 LDIP sont remplies, notamment si le client a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat dans son Etat de domicile, c'est le droit de cet Etat et les exigences de la MiFID qui seront applicables (voir section B ci-dessus).
- Si, en revanche, le contrat ne porte pas sur une prestation de consommation courante, l'élection de droit en faveur du droit suisse est valable au regard de l'art. 120 LDIP. Se pose cependant la question de savoir si le droit étranger, par hypothèse plus favorable au consommateur, doit être pris en considération par le juge suisse comme loi d'application immédiate sur la base de l'art. 19 LDIP⁶². Jusqu'à présent, cette disposition a été peu appliquée par les tribunaux suisses, et le Tribunal fédéral a répété récemment que le recours à l'art. 19 LDIP doit rester exceptionnel⁶³. Cette situation pourrait changer dans le domaine examiné ici, surtout à la lumière de la position de la FINMA qui enjoint aux banques suisses de prendre en compte les normes du droit étranger⁶⁴.

VII. Remarques finales

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

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

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

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

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

Outre les désavantages procéduraux qui en résultent, cette situation aura pour effet d'entraîner l'application du droit le plus favorable aux clients-consommateurs même si le contrat est régi conventionnellement par le droit suisse. La MiFID, à plusieurs égards, soumet les établissements financiers à des obligations d'information plus étendues que celles du droit suisse actuel. Bien que les règles de la MiFID ne soient pas directement applicables en Suisse, elles définiront néanmoins désormais le cadre de la diligence attendue des banques suisses dans le cas d'un litige porté devant les tribunaux d'un Etat membre de l'Union européenne. Or, la mesure de la diligence attendue n'est pas seulement déterminante pour apprécier la responsabilité contractuelle de la banque, elle l'est également pour vérifier si cette dernière remplit les conditions d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c de la loi sur les banques⁶⁵. Ces conséquences devraient inciter les banques à veiller au respect de ces normes dans leurs relations avec des clients domiciliés dans l'Union européenne.

65 Position de la FINMA Risques juridiques (n. 5), p. 14.

PROCÉDURE CIVILE : MOYENS DE PREUVE ET SECRET BANCAIRE

Nicolas Jeandin*

I. Introduction

Le titre de cet exposé est évocateur du triptyque des thèmes envisagés. Chacun mesure l'importance de l'avènement de la procédure civile unifiée à compter du 1^{er} janvier 2011, avec l'entrée en vigueur du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC). Cette unification doit bien évidemment être prise en compte par les parties à un rapport de droit privé qui, parvenues à une phase litigieuse, se doivent d'évaluer les risques et perspectives liés à l'usage de la voie judiciaire.

L'articulation entre le droit matériel et sa mise en œuvre par la voie procédurale s'opère par le biais de l'article 8 du Code civil (CC) selon lequel "chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit"¹. On le voit, la mise en œuvre du droit matériel dépend finalement des moyens de preuve offerts par les règles de procédure applicables, ce qui revient à constater qu'avant le 1^{er} janvier 2011, les 26 codes cantonaux de procédure civile étaient susceptibles d'aboutir à des résultats différents au gré de la disparité des phases probatoires².

La problématique du secret bancaire offre un bel exemple de cette disparité telle qu'elle prévalait avant le 1^{er} janvier 2011. On rappellera que le secret bancaire trouve son ancrage à l'article 47 de la loi sur les banques (LB), dont l'alinéa 5 réserve les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice. Ainsi, à Genève, le banquier était habilité à refuser de témoigner en application de

* Avocat, professeur à l'Université de Genève.

1 VOGEL O./SPÜHLER K., *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 8^e éd., Berne, 2006, chap. 10 N 34 ss.

2 JEANDIN N., "La production de pièces protégées par le secret bancaire en procédure civile", in : *Journée 2002 de droit bancaire et financier*, Berne, 2003 (ci-après JEANDIN, Production de pièces), p. 107-174/129 ss.

l'article 227 de la loi de procédure civile genevoise (LPC GE)³. A l'inverse, le secret bancaire n'était jamais opposable au juge civil de Bâle-Campagne (art. 161 § 2 ZPO BL)⁴. Entre ces deux solutions "absolutistes" on trouvait, à titre d'exemple, l'article 214 al. 2 CPC FR, en application duquel le juge civil fribourgeois procédait à une pesée d'intérêts pour décider si le banquier pouvait lui opposer son secret⁵. Cette disparité des solutions au sein d'un pays prévoyant le même droit matériel pouvait paraître à certains égards curieuse, puisque le même litige opposant les mêmes parties à raison des mêmes prétentions pouvait théoriquement aboutir à des solutions judiciaires différentes selon que la preuve d'un fait pertinent et contesté pouvait ou non être apportée par le témoignage d'un banquier.

L'avènement d'une procédure unifiée en Suisse met fin à de telles disparités. Au-delà de ce constat, les banquiers et leurs clients trouveront sans doute quelque intérêt à voir aborder brièvement quelques aspects du nouveau CPC touchant à la thématique générale de l'apport de la preuve.

II. Quelques principes et institutions

Avant d'aborder divers aspects relevant de la phase probatoire proprement dite, il vaut la peine de mentionner quelques principes et institutions consacrés par le CPC.

A. La preuve illicite

La question de la prise en compte ou non de la preuve illicite est délicate. Sur un plan strictement moral, et dans la perspective de l'article 2 al. 1 CC (principe de la bonne foi) qui s'applique également d'une façon générale en procédure (art. 52 CPC), la solution consiste indubitablement à écarter de tels moyens de preuve et, par conséquent, à ne pas les prendre en considération. A l'opposé, on trouve l'intérêt à la manifestation de la vérité avec une finalité en soi louable : faire en sorte que le jugement rendu consacre

3 BERTOSSA B./GAILLARD L./GUYET J./SCHMIDT A., *Commentaire de la loi de procédure civile genevoise* (ci-après BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT), Genève, 1989, art. 227 N 2.

4 JEANDIN, Production de pièces, p. 131.

5 JEANDIN, Production de pièces, p. 129 ss.

une vérité (judiciaire) qui soit le plus en adéquation possible avec la réalité, ce qui a pour corollaire la prise en compte d'un fait aussitôt qu'il est établi.

A titre d'exemple, faut-il tenir compte de pièces bancaires que l'une des parties se sera procurées de façon illicite, ou encore de l'enregistrement d'une conversation téléphonique opérée à l'insu de l'un des participants ?

Le législateur en charge du CPC a renoncé à imposer une solution rigide et figée une fois pour toute, puisqu'à teneur de l'article 152 al. 2 CPC "le Tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant". En d'autres termes, le législateur s'est affranchi d'une solution doctrinale et figée en laissant au juge un pouvoir d'appréciation qu'il exercera par le biais d'une pesée des intérêts en présence, en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce⁶.

Il vaut la peine de mettre cette disposition en parallèle avec l'article 161 al. 2 CPC qui interdit au juge de tenir compte des preuves administrées "si les parties ou les tiers n'ont pas été informés de leur droit de refuser de collaborer, à moins que la personne concernée n'y consente ou que son refus de collaborer n'ait été injustifié". A lire cette disposition, il semble que le législateur se soit montré plus sévère à l'égard de preuves bafouant le droit de refuser de collaborer (par exemple, comme on le verra, de la part du banquier qui serait en mesure de se prévaloir du secret bancaire) qu'à l'égard de preuves obtenues de manière illicite, puisque dans le premier cas, contrairement au second, le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation : il doit écarter purement et simplement la preuve ainsi obtenue⁷.

B. La sauvegarde d'intérêts dignes de protection

Il se peut que l'apport de la preuve – en admettant que la partie ou le tiers concerné ne puisse se prévaloir d'un refus justifié de collaborer – porte néanmoins atteinte à des intérêts dignes de protection, notamment à des secrets d'affaires⁸. Dans de tels cas de figure, le CPC fait obligation au tribunal d'ordonner les mesures propres à éviter de telles atteintes (art. 156 CPC). On peut penser au cas dans lequel le banquier serait amené à

6 Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ci-après BSK ZPO)-GUYAN P., art. 153 N 10 ss.

7 Voir à ce sujet : BSK ZPO-SCHMID E., art. 161 N 12.

8 BSK ZPO-GUYAN P., art. 156 N 2.

produire des pièces importantes à la découverte de la vérité, dont la production serait toutefois susceptible de porter atteinte au droit de tiers eux-mêmes non-parties à la procédure. Dans de telles situations, on pourrait imaginer que le juge – après avoir dénié l’opposabilité du secret bancaire en application de l’article 166 al. 2 CPC – accepte toutefois la production de documents caviardés, ou encore les examine seul tout en en faisant rapport aux parties, de façon à ce que celles-ci puissent néanmoins se prononcer sur la substance probatoire de telles pièces⁹.

C. La preuve à futur

Dans le cadre formel d’une procédure civile, les mesures probatoires ne peuvent être diligentées avant la phase des débats principaux prévus aux articles 228 à 234 CPC. Or, le temps pour y parvenir peut durer plusieurs mois après la création du lien de litispendance (art. 162 al. 1 CPC), étant rappelé qu’avant d’en découdre devant le juge du fond et de passer au stade des mesures probatoires, les parties devront se conformer au principe de la conciliation obligatoire (art. 197 CPC)¹⁰: or, le demandeur dispose d’un délai de trois mois à compter de la délivrance de l’autorisation de procéder (art. 209 al. 3 CPC) pour introduire sa demande en cas d’échec de la conciliation.

Ce laps de temps peut, dans certains cas, être préjudiciable à la partie qui supporte le fardeau de la preuve: on peut penser au cas de figure du cadre de la banque que l’une des parties veut absolument faire entendre comme témoin, lequel s’apprête à quitter la Suisse pour un pays lointain ou est atteint d’une maladie grave à l’issue proche et inéluctable...

L’article 158 CPC prévoit ainsi la preuve à futur, permettant ainsi au tribunal d’administrer les preuves “en tout temps” dans deux cas de figure: soit lorsque la loi confère le droit d’en faire la demande (art. 158 al. 1 lit. a CPC)¹¹, soit lorsque la mise en danger des preuves ou un intérêt digne

⁹ Message relatif au Code de procédure civile suisse du 28 juin 2006 (ci-après Message), FF 2006 6841, p. 6924. Voir aussi JEANDIN, Production de pièces, p. 139 s.

¹⁰ Le principe de la conciliation obligatoire est certes tempéré par des exceptions prévues aux art. 189 et 199 CPC: HOFMANN D./LÜSCHER C., *Le Code de procédure civile* (ci-après HOFMANN/LÜSCHER), Berne, 2010, p. 107 ss.

¹¹ Voir à titre d’exemple les art. 204 al. 2, 367 al. 2, 427 al. 1 et 445 al. 1 CO, l’art. 59 de la loi sur la protection des marques (LPM) et l’art. 38 de la loi sur les designs (LDes): FELLMANN W., in: SUTTER-SOMM T./HASENBÖHLER F./LEUENBERGER C., *Kommen-*

de protection est rendu vraisemblable par le requérant (art. 158 al. 1 lit. b CPC)¹².

La mise en œuvre de la preuve à futur, qui peut porter sur toute mesure probatoire prévue par la loi (art. 168 et ss CPC), s'opère par la voie des mesures provisionnelles au sens des articles 261 et suivants CPC, lesquels relèvent de la procédure sommaire (art. 248 lit. d CPC).

D. A propos de l'action en reddition de comptes

Il est des cas dans lesquels la banque peut être tenue de fournir des pièces non pas dans un cadre procédural proprement dit, mais parce que le rapport de droit matériel qui la lie à son client l'y oblige. En d'autres termes, il s'agit ici non pas d'un devoir procédural mais d'une obligation de produire des pièces tirées du droit matériel¹³.

En particulier, l'article 400 al. 1 CO fait obligation au mandataire, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion, ce qui habilite le client, en cas de refus de la banque, à faire valoir son droit par l'action en reddition de comptes¹⁴.

A supposer que dans un cas d'espèce la relation juridique entre le client et la banque soit établie, l'existence d'un tel devoir sera admise sans difficulté, la mission du tribunal se confinant alors à délimiter les pièces à produire. La relative simplicité d'une telle démarche explique qu'avant l'entrée en vigueur du CPC, les cantons préoyaient une procédure simple et rapide. Par exemple, à Genève, le demandeur était habilité à agir par la voie de mesures provisionnelles en vue d'"obtenir la reddition de comptes lorsque le droit du requérant est évident ou reconnu" (art. 324 al. 2 LPC GE). Ce type de mesures provisionnelles atypiques relève en réalité d'une action au fond, déployant ainsi autorité de chose jugée, avec pour conséquence qu'elles n'avaient pas à être validées une fois obtenues¹⁵.

tar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) (ci-après SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm.), art. 158 N 9 ss; Message, p. 6924.

12 FELLMANN W., in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 158 N 12 ss; VOUILLOZ F., "La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC)" (ci-après VOUILLOZ), AJP 7/2009, p. 830-848/835.

13 JEANDIN, Production de pièces, p. 109 s.

14 JEANDIN, Production de pièces, p. 110.

15 BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, art. 324 N 5.

De tels cas de figure sont désormais couverts par l'article 257 CPC prévoyant que le tribunal admet l'application de la procédure sommaire lorsque l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé (lit. a), ou lorsque "la situation juridique est claire" (lit. b). C'est dans ce cadre procédural précis et unifié que les banques seront assises en reddition de comptes dès le 1^{er} janvier 2011, demeurant bien évidemment réservés les cas dans lesquels la situation juridique ou factuelle n'est pas claire, contraignant alors le client à agir par voie ordinaire¹⁶.

Il faut en outre relever que le CPC consacre désormais la solution qui prévalait jusqu'ici sur un plan jurisprudentiel, de l'action en paiement non chiffrée (dite "échelonnée") permettant au demandeur de s'abstenir de chiffrer sa demande de façon liminaire, en concluant dans un premier temps à ce que le défendeur apporte les pièces nécessaires qu'il détient (en vertu de son devoir matériel de rendre des comptes) pour, dans un deuxième temps, chiffrer ses prétentions une fois les informations requises fournies (art. 85 CPC)¹⁷.

III. Les moyens de preuve

A. *Numerus clausus*

Les moyens de preuve mis à la disposition des plaideurs le sont en fonction de la loi de procédure applicable. En l'espèce, le CPC prévoit le principe du *numerus clausus* des moyens de preuve, ce qui ressort de l'article 168 al. 1 CPC et qui procède clairement à une énumération exhaustive de ces moyens de preuve¹⁸. Le *numerus clausus*, principe fondamental, est au cœur d'enjeux qu'il convient de mettre en perspective d'une part avec le droit à la preuve qui trouve son ancrage à l'article 152 al. 1 CPC¹⁹, d'autre part avec le principe de la libre appréciation des preuves prévu à l'article 157 CPC²⁰.

¹⁶ BSK ZPO-HOFMANN D., art. 257 N 18.

¹⁷ GASSER D./RICKLI B., *Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkomentar* (ci-après GASSER/RICKLI), Zurich/St Gall, 2010, art. 85 N 5.

¹⁸ Message, p. 6929; STAEHELIN A./STAEHELIN D./GROLIMUND P., *Zivilprozessrecht*, Zurich/Bâle/Genève, 2008, § 18 N 86.

¹⁹ Message, p. 6922 s.

²⁰ Message, p. 6924.

Le CPC met six moyens de preuve ou groupes de moyens de preuve à la disposition des plaideurs. Un certain nombre d'entre eux peuvent être qualifiés de “classiques”, à l'instar du témoignage, des titres, de l'inspection ou de l'expertise, tandis que d'autres peuvent être rangés dans la catégorie des moyens “novateurs”, du moins par comparaison avec bon nombre de procédures cantonales, à l'image du témoignage-expertise, de l'expertise-arbitrage, des renseignements écrits et des dires des parties elles-mêmes.

B. Les moyens de preuve “classiques”

1. Le témoignage

Le témoignage est le premier moyen de preuve “classique” qui vient à l'esprit. L'article 169 CPC qualifie sans surprise les conditions auxquelles un témoignage est admissible : “toute personne qui n'a pas la qualité de partie peut témoigner sur des faits dont elle a eu une perception directe”. Cette définition ne surprend pas, dès lors que la doctrine et la jurisprudence ont toujours exclu qu'une partie à la procédure puisse être entendue comme témoin, tandis que le témoignage indirect (ouï-dire) n'a, en principe, pas de portée probatoire²¹.

Le témoin est cité à comparaître par le tribunal (art. 170 al. 1 CPC), à moins que ce dernier n'ait autorisé les parties “à amener des témoins sans qu'ils aient été cités à comparaître” (art. 179 al. 2 CPC).

Alors que certains cantons prévoyaient une assermentation du témoin²², celle-ci disparaît avec le CPC. Ce rituel liminaire est désormais remplacé par une exhortation à répondre conformément à la vérité, le témoin – pour autant qu'il soit âgé d'au moins 14 ans – étant toutefois rendu attentif aux conséquences pénales du faux témoignage, telles qu'elles résultent de l'article 307 al. 1 CP²³. On le voit, le défaut d'assermentation n'empêche pas que le faux témoignage demeure punissable, à la nuance près qu'on ne se trouvera désormais plus face à un faux témoignage qualifié, au

²¹ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, art. 222 N 5.

²² Ainsi à Genève, en application de l'art. 231 LPC GE : BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, art. 231 N 1 s.

²³ HOFMANN/LÜSCHER, p. 89 s.

sens de l'article 307 al. 2 CP²⁴. Si l'on peut regretter l'abandon du rituel de l'assermentation, il faut toutefois relever que le témoin sera désormais "mis au parfum" d'entrée de cause, dès lors que le tribunal mentionnera l'aspect pénal précité avant que ne débute l'audition elle-même²⁵.

On relèvera que l'essentiel des dépositions du témoin sera consigné au procès-verbal, ce qui n'est pas nouveau, mais que les dépositions peuvent en outre "être enregistrées sur bande magnétique, vidéo ou par tout autre moyen technique approprié" (art. 176 al. 1 et 2 CPC).

La question se pose en outre de savoir à quel titre doivent être entendus les organes d'une personne morale, comme par exemple le gestionnaire de fortune ou le directeur de la banque: s'agit-il d'un témoignage ou de l'audition d'une partie? Sur ce point, l'article 159 CPC prévoit que lorsqu'une personne morale est partie au procès, ses organes (formels ou de fait) sont traités comme une partie à la procédure, ce qui exclut leur audition en qualité de témoins²⁶.

La jurisprudence sera sans doute amenée à préciser la portée d'une telle disposition. Toutefois, à ce stade déjà, il appert que le législateur ne se réfère pas à la simple notion d'organe dirigeant. Au contraire, la simple qualité d'organe suffit pour que la personne concernée ne puisse être entendue comme témoin. Comme le relève la doctrine, devra être considérée comme tel toute personne habilitée à extérioriser la volonté de la personne morale, ce qui vise en tous les cas la personne qui dispose de la signature au Registre du commerce, mais pas seulement: on peut songer, par exemple, dans certaines circonstances, à l'organe de fait²⁷.

2. Les titres

La banque appelée à collaborer à l'administration des preuves dans le cadre d'une procédure civile est bien souvent amenée à le faire par la production

²⁴ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, art. 231 N 1; BSK ZPO-GUYAN P., art. 171 N 2.

²⁵ Cela découle de l'adverbe "préalablement" mentionné à l'art. 171 al. 1 CPC. Voir en outre WEIBEL H./NÄGELI S., in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 171 N 2.

²⁶ Message, p. 6925.

²⁷ HASENBÖHLER F., in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 159 N 7 ss.

de pièces. Cela pourra être en qualité de partie demanderesse, à laquelle le CPC fait obligation de joindre à la demande “les titres disponibles invoqués comme moyens de preuve” (art. 221 al. 2 lit. c CPC), ou encore en qualité de partie défenderesse laquelle, *mutatis mutandis*, est soumise aux mêmes exigences (art. 222 al. 2 CPC)²⁸. On rappellera pour le surplus que les tiers à la procédure peuvent aussi être amenés à collaborer par la production de titres, ce que prévoit l’art. 160 al. 1 lit. b CPC²⁹.

Le titre – à savoir un “document”, dont la définition est donnée à l’art. 177 CPC – peut être produit en copie en lieu et place de l’original (art. 180 al. 1 CPC). Cela n’empêche pas le tribunal ou la partie adverse d’exiger la production de l’original ou d’une copie certifiée conforme “lorsqu’il y a des raisons fondées de douter de l’authenticité du titre” (art. 180 al. 1 2^e phrase)³⁰. Une telle exigence devrait aussi être de mise à l’égard de la partie à la procédure qui produit un papier valeur dont elle entend tirer partie de l’effet de légitimation attaché à la possession du titre (un titre au porteur par exemple). De plus, la partie qui produit un document volumineux dont elle se prévaut à titre de preuve doit en signaler les éléments qui sont plus particulièrement pertinents sur le plan de l’apport de la preuve : on peut penser à la production d’une comptabilité, ou encore d’un relevé de compte-courant portant sur un très grand nombre de transactions (art. 180 al. 2 CPC)³¹.

Enfin, le CPC n’indique pas s’il est possible de produire un support électronique valant copie de pièce existant sous format papier, partant du principe que le contenu ainsi reflété est conforme à l’original (ainsi, une clé USB). Il devrait être répondu affirmativement à une telle question : d’une part le CPC prévoit la possibilité de produire de tels supports électroniques, d’autre part cela correspond à l’évolution technologique qui accorde une place de plus en plus large à de tels supports³². On soulignera aussi que le législateur tient compte lui-même de cette réalité puisqu’il est désormais possible pour les parties de procéder à des actes procéduraux en usant de la voie électronique (art. 130 al. 2 CPC).

28 BSK ZPO-DOLGE A., art. 180 N 2.

29 BSK ZPO-DOLGE A., art. 180 N 1 ; GASSER/RICKLI, art. 160 N 7.

30 Message, p. 6931 s.

31 BSK ZPO-DOLGE A., art. 180 N 12 ss.

32 Voir à ce propos BSK ZPO-DOLGE A., art. 180 N 10.

3. L'inspection

L'inspection, qui habilite le tribunal à constater directement des faits ou à acquérir une meilleure connaissance de la cause par l'observation d'un objet, d'une pièce ou de la configuration des lieux (art. 181 et 182 CPC)³³, n'est pas appelée à jouer un rôle déterminant dans les litiges faisant intervenir une banque ou l'un de ses organes.

L'inspection ne doit pas être confondue avec d'éventuelles mesures d'exécution forcée qui seraient ordonnées par le tribunal en cas de refus injustifié de collaborer de la part d'un tiers, par exemple en cas de refus de produire des pièces (art. 167 al. 1 lit. c CPC).

4. L'expertise

L'expertise, un moyen de preuve auquel il peut être recouru d'office ou à la demande d'une partie, est destinée à permettre au tribunal d'apprécier des questions de fait d'une certaine technicité : en d'autres termes, l'expert vient en aide au juge pour lui permettre d'apprécier des faits nécessaires à la solution du litige en usant de connaissances techniques qu'il n'a pas³⁴. Bien souvent, l'expert intervient en matière de construction, lorsque est litigieuse la question de savoir si un édifice a été érigé selon les règles de l'art. On peut penser aussi à la fixation de la valeur vénale d'un objet, à la question de savoir si un administrateur a agi conformément à ses obligations en matière d'établissement de bilans, ou encore lorsqu'il s'agit d'apprécier dans quelle mesure le banquier a procédé à une gestion des actifs qui lui ont été confiés d'une façon conforme aux règles de la profession³⁵. Le lecteur se référera aux articles 183 à 188 CPC, qui n'appellent point de commentaire particulier.

On relèvera que le tribunal peut, si nécessaire, faire appel à un collègue d'experts (art. 183 al. 1 CPC), auquel s'appliquent les articles 47 à 51 relatifs à la récusation (art. 183 al. 2 CPC). Comme le témoin, l'expert – toujours une personne physique³⁶ – n'est pas assermenté. Il est toutefois exhorté à

³³ Message, p. 6932.

³⁴ BSK ZPO-DOLGE A., art. 183 N 2.

³⁵ WEIBEL TH., in : SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 183 N 4 ss.

³⁶ WEIBEL TH., in : SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 183 N 30 ss.

répondre conformément à la vérité : le tribunal le rend ainsi attentif aux conséquences pénales d'un faux rapport au sens de l'article 307 CP ainsi que de la violation du secret de fonction au sens de l'article 320 CP (art. 184 al. 1 et 2 CPC). La loi précise en outre que l'expert doit être rendu attentif aux conséquences d'un défaut ou d'une exécution lacunaire du mandat (art. 184 al. 2 CPC *in fine*), sans fournir de plus amples précisions sur ce point³⁷.

Le CPC prévoit en outre la faculté pour le tribunal de faire appel aux connaissances spécifiques de l'un de ses membres en lieu et place d'un expert (art. 183 al. 3 CPC). Le procédé peut paraître insolite : il emporte toutefois des avantages puisqu'il évite la procédure parfois longue et coûteuse de l'expertise proprement dite. Il est toutefois important que les parties puissent se prononcer à ce sujet, ce que prévoit explicitement l'article 183 al. 3 CPC.

Enfin, il peut arriver que l'expert doive procéder personnellement à des investigations en vue de remplir sa mission. On peut penser à un transport sur place, ou à l'audition de telle ou telle personne en charge d'une comptabilité. De telles investigations doivent toutefois revêtir l'aval préalable du tribunal, charge à l'expert d'en exposer les résultats dans son rapport (art. 186 al. 1 CPC). Il est vrai qu'à certains égards ce type de procédé peut porter atteinte au droit des parties de participer à l'administration des preuves, raison pour laquelle le tribunal pourra, à la demande d'une partie ou d'office, ordonner que les investigations faites par l'expert lui-même soient effectuées une nouvelle fois selon les dispositions applicables à l'administration des preuves (art. 186 al. 2 CPC). En référence aux exemples précédents, le transport sur place pourra être renouvelé, tout comme l'audition de l'une ou l'autre personne en charge de la comptabilité en présence des parties³⁸.

C. Les moyens de preuve "novateurs"

1. Le témoignage expertise

Un certain nombre de lois de procédure cantonales proscrivaient toute confusion des rôles entre le témoin et l'expert, ce qui interdisait de faire venir à la barre l'auteur d'une expertise privée dès lors que celui-ci ne

³⁷ Voir à ce sujet BSK ZPO-DOLGE A., art. 184 N 23 ss.

³⁸ Message, p. 6933.

venait pas pour déposer sur des faits dont il avait eu une connaissance directe³⁹. A première vue, le CPC confirme cette dichotomie de principe, puisque le témoin ne s'exprime que sur des faits dont il a eu "une perception directe" (art. 169 CPC). Toutefois, le législateur fédéral entrouvre la porte au témoignage expertise, dès lors qu'à teneur de l'article 175 CPC, "lorsqu'un témoin possède des connaissances spéciales, le tribunal peut également l'interroger aux fins d'apprécier les faits de la cause". Cette règle figure parmi les dispositions relatives au témoignage (chapitre 3, section 2, à savoir les articles 169 à 176 CPC), tandis que la présence de l'adverbe "également" au sein de l'article 175 CPC ne laisse guère planer de doute : le témoin expert doit pouvoir être entendu comme témoin à titre principal, c'est-à-dire déposer sur des faits dont il a eu une perception directe, pour qu'on puisse envisager, dans un deuxième temps, de l'entendre pour profiter des connaissances spéciales dont il dispose, de façon à faciliter l'appréciation de certains faits par le tribunal⁴⁰. Cela dit, la déposition du témoin expert ne saurait en aucun cas être assimilée à un rapport d'expertise, même présenté oralement au sens de l'article 187 al. 1 CPC.

2. L'expertise-arbitrage

L'article 189 al. 1 CPC habilite les parties à convenir "que des faits contestés soient établis par un expert-arbitre". L'expertise-arbitrage se caractérise par le fait que la personne désignée comme expert ne se contente pas d'apporter ses connaissances spécifiques au juge pour permettre à ce dernier de trancher un fait contesté, mais se substitue au juge : il tranche lui-même et d'une façon qui lie les parties comme le juge. L'expertise-arbitrage trouve son fondement dans une convention de procédure conclue par les parties elles-mêmes et dont la forme est régie par l'article 17 al. 2 CPC (art. 189 al. 2 CPC). Cela signifie que cette convention "doit être passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte" (art. 17 al. 2 CPC).

Cette intrusion dans le pouvoir d'appréciation du juge en matière d'appréciation des faits consacre une exception importante à la règle (art. 157 CPC), raison pour laquelle elle n'est admise qu'avec une certaine retenue,

³⁹ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, art. 222 N 4.

⁴⁰ WEIBEL H./NÄGELI S., in : SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 175 N 2.

ce qui ressort des cautèles constituées par les conditions cumulatives énumérées à l'article 189 al. 3 CPC : le litige relève de la maxime de dispositions (lit. a), aucun motif de récusation n'est opposable à l'expert-arbitre (lit. b), et "le rapport a été établi avec impartialité et n'est entaché d'aucune erreur manifeste" (lit. c). En d'autres termes, les faits établis par l'expert-arbitre devront en quelque sorte faire l'objet d'une homologation par le tribunal, étant encore précisé que l'article 189 CPC n'est applicable qu'en relation avec des faits contestés dont l'appréciation nécessite des connaissances techniques particulières⁴¹.

3. Les renseignements écrits

En matière procédurale, la tradition continentale veut que les renseignements ou appréciations fournis par un tiers qui s'exprime en souscrivant une déclaration n'ont pas de véritable valeur probatoire : le titre qui consigne une telle déclaration n'est qu'une pièce parmi d'autres, dont le contenu n'aura de véritable valeur probatoire que dans la mesure où son souscripteur vient le confirmer à la barre en qualité de témoin.

L'article 190 al. 1 CPC entrouvre la porte en érigeant au rang de preuve des renseignements écrits émanant de services officiels, pour autant qu'ils aient été requis par le tribunal (art. 190 al. 1 CPC). Le juge dispose de la faculté d'agir de la sorte, sans y être obligé⁴². De tels renseignements écrits se caractérisent à double titre : d'une part, ils doivent avoir été requis par le tribunal et adressés à celui-ci ; d'autre part, ils émanent de "services officiels", ce qui englobe tous les services administratifs fédéraux, cantonaux et communaux. On devrait y inclure des entités de droit public au bénéfice d'une délégation (par exemple les postes).

L'article 190 al. 2 CPC ouvre le champ à un élargissement du recours aux renseignements écrits puisque le tribunal peut également requérir de telles informations auprès "de personnes dont la comparution à titre de témoin ne semble pas nécessaire". L'élargissement suggéré par cette disposition doit être considéré de façon restrictive⁴³. On ne saurait basculer dans

⁴¹ Ainsi le Message (p. 6933) de préciser que l'expert-arbitre est un tiers "jouissant de connaissances spéciales". Voir aussi VOUILLOZ, p. 842.

⁴² Voir le verbe "peut" utilisé à l'art. 190 al. 1 CPC.

⁴³ WEIBEL H./NÄGELI S., in : SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 190 N 10.

la pratique des affidavits prévus par le droit anglo-américain de procédure. A ce titre, le message cite l'exemple du médecin auteur d'un certificat médical dont l'audition n'apparaît pas d'emblée nécessaire s'il s'agit simplement de le confirmer devant la barre⁴⁴. La jurisprudence aura l'occasion de préciser les limites d'un tel élargissement. On peut penser que l'article 190 al. 2 pourrait trouver application eu égard à des renseignements écrits fournis par un établissement bancaire à l'attention du juge. Le critère consistera bien souvent à se demander dans quelle mesure l'auteur de renseignements écrits jouit d'une crédibilité similaire à celle des services officiels mentionnés à l'article 190 al. 1 CPC.

4. Les dires des parties

Ici aussi, le CPC sort des schémas procéduraux traditionnels : élever les dires des parties au rang de moyens de preuve ne va en effet pas de soi. Une approche superficielle de la question porte en effet à considérer de telles dispositions comme inutiles *ab initio*, partant du postulat selon lequel une partie à la procédure se contentera de répéter les écritures de son avocat. Or, la pratique démontre que la comparution personnelle d'une partie fournit bien souvent des renseignements très utiles au juge en charge d'apprécier les faits. En effet, le comportement d'une partie durant son audition, sa façon de réagir aux questions ou à la confrontation permettent au contraire au tribunal de tirer de précieuses indications quant à la crédibilité de celle-ci, ce qui, à la réflexion, justifie pleinement cette élévation des dires des parties au rang de moyens de preuve, un procédé qui prévaut d'ailleurs dans la plupart des procédures arbitrales.

Du reste, il convient de tempérer les conséquences d'un tel procédé en se souvenant que le juge fera usage en tout état de cause du principe de la libre appréciation des preuves (art. 157 CPC), ce qui lui permettra d'apporter toute pondération nécessaire lorsqu'il s'agira de se prononcer sur la crédibilité des dires des parties⁴⁵. C'est du reste en vertu du même pouvoir d'appréciation que le juge sera amené à trancher entre deux dépositions testimoniales contradictoires.

⁴⁴ Message, p. 6934.

⁴⁵ WEIBEL H., in : SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 191/192 N 5.

Le CPC prévoit une gradation de la valeur probatoire conférée aux dires des parties en distinguant deux modes d'audition de celles-ci, à savoir l'interrogatoire (art. 191 CPC) et la déposition (art. 192 CPC).

a. *L'interrogatoire ("Parteibefragung")*

L'article 191 al. 1 CPC habilite le tribunal à "auditionner les deux parties ou l'une d'entre elles sur les faits de la cause". Il s'agira alors d'une audition non qualifiée durant laquelle les parties seront exhortées à répondre conformément à la vérité (art. 191 al. 2 CPC). Préalablement à cet interrogatoire, le tribunal doit rendre les parties attentives au fait qu'en cas de mensonge délibéré, elles risquent une amende disciplinaire de Sfr. 2000 au plus "et, en cas de récidive, de Sfr. 5000 au plus" (art. 191 al. 2 CPC). Il ne s'agit ici que de sanctions disciplinaires à caractère procédural, sans qu'il soit question d'infraction pénale⁴⁶.

b. *La déposition ("Beweisaussage")*

La déposition des parties est une forme d'audition qualifiée qui habilite le tribunal à "contraindre les deux parties ou l'une d'entre elles à faire une déposition" (art. 192 al. 1 CPC)⁴⁷. Ce type d'audition, auquel le tribunal peut procéder d'office, s'opère sous la menace de sanctions pénales, ce qui découle expressément de la teneur de l'article 192 al. 1 CPC.

Les parties sont alors exhortées au préalable à répondre conformément à la vérité, tout en étant rendues attentives aux conséquences d'une fausse déclaration au sens de l'article 306 CP (art. 192 al. 2 CPC)⁴⁸. Il convient toutefois de préciser la "contrainte" visée par l'article 192 al. 1 CPC. Il ne saurait être question pour le juge de faire usage de l'une ou l'autre des facultés mentionnées à l'article 167 al. 1 CPC, cette disposition ne s'appliquant qu'aux tiers. En revanche, la partie qui refuserait de donner suite à l'injonction de faire une déposition au sens de l'article 192 CPC s'exposerait aux conséquences prévues par le législateur en cas de refus injustifié d'une partie à la procédure de collaborer à l'administration des preuves:

⁴⁶ VOUILLOZ, p. 847.

⁴⁷ GASSER/RICKLI, art. 192 N 1.

⁴⁸ VOUILLOZ, p. 848.

le tribunal tiendra compte d'un tel refus lors de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC)⁴⁹. Il va de soi que l'article 164 CPC ne s'applique pas lorsque la partie qui refuse de faire une déposition le fait en se prévalant d'un refus justifié de collaborer, puisque dans un tel cas le tribunal est lié par l'article 162 CPC. On relèvera enfin que ces principes s'appliquent *mutatis mutandis* à la partie qui refuserait d'être auditionnée en application de l'article 191 CPC⁵⁰.

IV. L'obligation et le refus de collaborer

Comme on peut s'en douter, l'administration des moyens de preuve énumérés à l'article 168 al. 1 CPC nécessite en tout état de cause la collaboration des parties elles-mêmes, ou celle des tiers. Dans cette mesure, le CPC se devait de fixer les contours et les limites de l'obligation de collaborer de ces personnes, une problématique réglée par les articles 160 à 167 CPC, lesquels constituent le chapitre 2 ("Obligation de collaborer et droit de refus de collaborer") du titre 10 du CPC consacré à la preuve⁵¹.

A. La portée du droit de collaborer

Le législateur commence par rappeler le principe selon lequel les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves (art. 160 al. 1 CPC, *in initio*). La loi décrit le contenu de cette obligation, qui porte sur les trois axes successivement énumérés par l'article 160 al. 1 CPC, à savoir :

- faire une déposition conforme à la vérité en qualité de partie ou de témoin (lit. a) ;
- produire les documents requis, à l'exception de la correspondance d'avocat dans la mesure où elle concerne la représentation à titre professionnel d'une partie ou d'un tiers (lit. b) ;
- tolérer un examen de sa personne ou une inspection de ses biens par un expert (lit. c)⁵².

49 BSK ZPO-HAFNER P., art. 192 N 9.

50 BSK ZPO-HAFNER P., art. 191 N 17.

51 VOUILLOZ, p. 835.

52 *Ibidem*.

Cette description détaillée du contenu de l'obligation de collaborer est bienvenue dans la mesure où certains codes de procédure cantonaux applicables jusqu'ici ne la concevaient pas de façon si étendue. A titre d'exemple, la LPC genevoise ne prévoyait pas l'obligation pour les tiers de produire des pièces⁵³.

La précision qui suit ne devrait pas jouer de rôle particulier dans le domaine bancaire: le tribunal statue librement sur le devoir de collaborer des mineurs, tout en tenant compte du bien de l'enfant (art. 160 al. 2 CPC). Cela dit, le CPC contient d'autres précisions concernant les mineurs, à l'instar de l'article 171 al. 1 ainsi que du titre 7 consacré à la procédure applicable aux enfants dans les affaires du droit de la famille (art. 295 à 304 CPC).

En revanche, l'article 160 al. 3 CPC touche de plus près la banque appelée à collaborer, dans la mesure où – contrairement aux parties⁵⁴ – “les tiers qui ont l'obligation de collaborer ont droit à une indemnité équitable”⁵⁵. Cette disposition pourrait jouer un rôle non négligeable puisque l'obligation qui pourra être faite à la banque d'apporter certaines pièces à la procédure porte sur des documents qui se trouvent bien souvent stockés dans des archives au sein desquelles le banquier doit parfois procéder à des recherches et tris fastidieux, ce qui génère des frais non négligeables⁵⁶. La notion d'indemnité équitable ne permettra toutefois pas au tiers concerné (par exemple la banque) d'exiger le remboursement complet des frais générés par une telle collaboration⁵⁷.

Il faut encore souligner l'obligation faite au tribunal de rendre parties et tiers attentifs à leur obligation de collaborer, tout comme à leur droit de refuser de collaborer, de même qu'aux conséquences d'un refus injustifié de collaborer, ce que prévoit l'article 161 al. 2 CPC. Le législateur a entendu conférer toute son importance à cette obligation incombant au juge, dans la mesure où sa violation empêchera de tenir compte de preuves ainsi administrées, à moins que la personne concernée n'y consente après coup ou que la partie concernée ne parvienne à établir qu'un tel refus eut été injustifié (art. 161 al. 2 CPC).

53 BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, art. 197 N 6.

54 Pour lesquelles ce type de dépenses entre dans la notion de dépens visée à l'art. 95 al. 3 CPC: BSK ZPO-SCHMID E., art. 160 N 68.

55 GASSER/RICKLI, art. 160 N 5.

56 JEANDIN, Production de pièces, p. 139.

57 Message, p. 6926.

La loi distingue l'obligation et le refus de collaborer selon qu'ils concernent une partie à la procédure ou un tiers. En l'occurrence, c'est à la lumière de la problématique du secret bancaire qu'il convient d'analyser la question.

B. L'incidence du secret bancaire sur l'obligation et le refus de collaborer

Comme déjà évoqué, l'obligation de conserver le secret imposée au banquier est sanctionnée en application de l'article 47 al. 1 à 4 LB. Une telle obligation peut, dans certains cas, entrer en conflit avec l'obligation faite au banquier de collaborer à l'administration des preuves, que ce soit en sa qualité de partie ou de tiers (en témoignant, en produisant des pièces). C'est la raison pour laquelle l'article 47 al. 5 LB réserve les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice. Ce sont en conséquence les règles édictées en la matière par le législateur en charge du CPC qui seront déterminantes en procédure civile.

Compte tenu de la systématique du CPC, il convient de distinguer deux situations: le banquier est un tiers, et le banquier est partie à la procédure.

1. Le banquier est un tiers

Le droit des tiers de refuser de collaborer à l'administration des preuves fait l'objet des articles 165 à 167 CPC. Le droit de refus absolu prévu à l'article 165 CPC n'entre pas en considération dès lors qu'il intervient à raison du lien particulier entre le tiers appelé à collaborer et l'une des parties à la procédure. C'est à l'article 166 CPC relatif au droit de refus restreint qu'il convient de se référer⁵⁸.

Cette disposition énumère à son alinéa 1 toute une série de cas dans lesquels le tiers tenu à l'obligation de conserver le secret peut l'opposer sans condition à l'autorité judiciaire, sous réserve de tempéraments ou ex-

⁵⁸ Voir aussi l'art. 42 al. 2 de la loi fédérale de procédure civile fédérale (RS 273): JEANDIN, Production de pièces, p. 127 s.

ceptions prévus par l'article 166 al. 1 lui-même⁵⁹. Le législateur mentionne le secret professionnel protégé par l'article 321 CP (lit. b)⁶⁰, le secret de fonction (lit. c)⁶¹, le secret auquel sont tenus l'ombudsman et le médiateur (lit. d)⁶², tout comme le droit des journalistes œuvrant dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique de ne pas révéler la source de leurs informations et le contenu de celles-ci (lit. e)⁶³. A ces cas de figure vient s'ajouter celui dans lequel le fait de collaborer pourrait exposer le tiers ou l'un de ses proches à une poursuite pénale ou à une action en responsabilité civile (lit. a)⁶⁴.

Comme on le voit, le secret bancaire n'est pas visé par l'une ou l'autre de ces hypothèses. En revanche, l'article 166 al. 2 CPC permet aux titulaires "d'autres droits de garder les secrets qui sont protégés par la loi" de refuser de collaborer "s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité". Le secret bancaire s'inscrit précisément dans ce cadre⁶⁵. Ainsi, le banquier appelé à témoigner ou à produire des pièces se doit à l'égard de son client de se prévaloir de son obligation de garder le secret, sur laquelle le tribunal statuera. Le juge procédera alors à une pesée d'intérêts entre celui de la préservation du secret et celui de la manifestation de la vérité⁶⁶. Cette *Interessenabwägung* s'opérera en fonction du critère primordial que sera celui de l'importance du fait à prouver, compte tenu du litige opposant les plaideurs. Ce critère sera mis en balance avec d'autres circonstances, telle que l'existence ou non d'autres moyens de preuve susceptibles d'établir le fait litigieux (par exemple l'apport d'autres témoignages ou la possibilité de se procurer telle ou telle pièce en interpellant l'une des parties à la

⁵⁹ Message, p. 6927 ss.

⁶⁰ GASSER/RICKLI, art. 166 N 4 s.; BSK ZPO-SCHMID E., art. 166 N 5 ss; HASENBÖHLER F., in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 166 N 17 ss; JEANDIN N., "Secret de la confession et justice laïque", in: Foëx B./HIRSCH L., *Transparence et secret dans l'ordre juridique, Liber amicorum pour M^e Vincent Jeanneret*, Genève, 2010, p. 223-241/232 s.; VOUILLOZ, p. 838.

⁶¹ VOUILLOZ, *ibidem*.

⁶² VOUILLOZ, p. 838 s.

⁶³ BSK ZPO-SCHMID E., art. 166 N 13 ss; VOUILLOZ, p. 839.

⁶⁴ VOUILLOZ, p. 837.

⁶⁵ GASSER/RICKLI, art. 166 N 10; HASENBÖHLER F., in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 166 N 44 ss; BSK ZPO-SCHMID, art. 166 N 16.

⁶⁶ VOUILLOZ, p. 839.

procédure)⁶⁷. La jurisprudence sera amenée à préciser les contours de cette pesée d'intérêts.

On rappellera que l'obligation ou le refus de collaborer se rapportent à toutes les formes de collaboration prévues par l'article 160 al. 1 CPC : ce n'est pas tant la forme de la collaboration elle-même que le fait que celle-ci se rapporte à une information couverte par le secret bancaire qui sera déterminante. En d'autres termes, le banquier pourra refuser d'apporter une information à la procédure, pour autant que les conditions prévues à l'article 166 al. 2 CPC soient remplies, peu importe que l'apport de cette information soit sollicité par le biais d'un témoignage ou de la production de titres.

2. Le banquier est partie à la procédure

Le droit de refus des parties est réglementé aux articles 163 et 164 CPC. En application de cette disposition, le banquier étant partie à la procédure pourra aussi se prévaloir de son secret bancaire, dans les mêmes limites que celles posées à l'article 166 al. 2 CPC, ce qui ressort explicitement de l'article 163 al. 2 CPC dont la teneur est, à quelques détails près, identique⁶⁸. En d'autres termes, dans ce cas aussi, le tribunal devra procéder à une pesée d'intérêts qui pourrait parfois aboutir à mettre le banquier dans une situation délicate. En effet, comme cela sera évoqué ci-après, le banquier auquel ne serait pas reconnu le droit d'opposer le secret bancaire auquel il est tenu, que ce soit vis-à-vis de sa partie adverse (ce qui est rare) ou vis-à-vis d'un tiers non partie à la procédure, pourrait, *in fine*, être sanctionné par la perte du procès si, contre l'avis du tribunal mais sous pression de son client, il devait persister à ne point révéler les informations couvertes par le secret bancaire⁶⁹. Sur le plan procédural, l'opposabilité de son secret par le banquier, partie à la procédure, sera évoqué dans le cadre de l'ordonnance de preuves visée à l'article 154 CPC, laquelle désigne les moyens de preuve admis et détermine pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve et la contre-preuve.

⁶⁷ Voir à propos de cette pesée d'intérêts : HASENBÖHLER F., in : SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 166 N 46.

⁶⁸ BSK ZPO-SCHMID E., art. 163 N 8.

⁶⁹ Sur cette problématique : JEANDIN, Production de pièces, p. 120 ss.

C. *Les conséquences du refus de collaborer*

1. Le refus justifié

Comme déjà évoqué précédemment, le CPC précise que le tribunal ne peut tout simplement rien inférer d'un refus légitime de collaborer, que ce refus émane d'une partie ou d'un tiers (art. 162 CPC). En d'autres termes, dès lors que l'on reconnaît au banquier la prépondérance de son obligation de conserver le secret par rapport à l'intérêt à la découverte de la vérité, quiconque devra s'incliner devant cette réalité et ne saurait en faire subir le préjudice à l'un ou l'autre des plaideurs⁷⁰. En particulier, il est hors de question de procéder à quelque déduction que ce soit quant aux faits couverts par le secret, par exemple en imputant de mauvaises intentions à la partie à la procédure au bénéfice de laquelle le banquier appelé à témoigner se prévaut avec succès de son obligation de conserver le secret, ou encore au préjudice du banquier lui-même étant partie à la procédure.

2. Le refus injustifié des parties ou des tiers

La situation est bien évidemment différente si, nonobstant une pesée d'intérêts défavorable au secret à laquelle aboutit le tribunal, le banquier devait néanmoins persister à refuser de collaborer. Dans ce cas, il convient de distinguer les situations dans lesquelles le banquier partie à la procédure des situations dans lesquelles il est appelé à collaborer en qualité de tiers.

a. *Le banquier en tant que partie à la procédure*

Lorsqu'une partie refuse indûment de collaborer, le tribunal ne saurait l'y contraindre de quelque manière que ce soit, ni même de prévoir des sanctions de type disciplinaire à son encontre. Ce principe résulte de l'article 164 CPC aux termes duquel "si une partie refuse de collaborer sans motif valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves". Cette disposition consacre ni plus ni moins l'obligation procédurale des parties de procéder de bonne foi (art. 52 CPC) et permet au juge d'en sanctionner

⁷⁰ HASENBÖHLER F., in : SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 162 N 4.

la violation lors de l'appréciation des preuves (art. 157 CPC). Cela signifie que le juge aura la faculté de tenir pour avéré un fait pourtant non établi par la partie adverse victime de l'attitude constitutive de mauvaise foi du banquier⁷¹. En d'autres termes, il y a ici un renversement du fardeau de la preuve subjectif, lequel désigne sur le plan procédural la partie en charge d'apporter la preuve de tel ou tel fait pertinent et contesté, découlant précisément du principe de la bonne foi⁷².

Ainsi, la partie A plaidant contre la banque B en dommages et intérêts pour mauvaise exécution d'un mandat de gestion doit apporter la preuve de son dommage. En ce sens, elle supporte le fardeau de la preuve objectif découlant de l'article 8 CC. En revanche, le principe de la bonne foi veut que le fardeau de preuve subjectif soit supporté par la banque, partie défenderesse, dès lors qu'à raison de telles ou telles circonstances, seule celle-ci aurait la possibilité de porter les pièces déterminantes à la connaissance du tribunal. A supposer que la banque s'y refuse indûment (après constatation du tribunal qu'au terme de la pesée d'intérêts prévue par l'article 166 al. 2 CPC, l'intérêt à la découverte de la vérité doit prévaloir sur l'intérêt allégué du tiers non partie à la procédure au maintien du secret bancaire), le tribunal tiendra pour établie la quotité du dommage telle qu'alléguée (mais non prouvée) par le demandeur.

b. Le banquier tiers à la procédure

La situation est différente lorsque le refus injustifié émane d'un tiers, par exemple d'une banque appelée à témoigner ou à produire des pièces, qui s'y refuserait alors même que la pesée d'intérêts à laquelle procède le tribunal aboutit à un résultat défavorable. Dans ce cas, c'est l'article 167 CPC qui trouve application, lequel prévoit en son alinéa 1 quatre types de mesures, à savoir :

- le prononcé d'une amende d'ordre de Sfr. 1000 au plus (lit. a) ;
- la menace de sanctions pénales prévues à l'article 292 CPC (lit. b) ;
- la mise en œuvre de la force publique (lit. c) ;

71 HASENBÖHLER F., in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 164 N 4 ss ; BSK ZPO-SCHMID E., art. 164 N 2 ; VOUILLOZ, p. 836 s.

72 Cette solution prévalait dans certaines lois de procédure cantonales, à l'instar de l'art. 186 al. 2 LPC GE : BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, art. 186 N 5.

- la mise des frais causés par le refus de collaborer à la charge du tiers concerné (lit. d)⁷³.

L'aspect le plus significatif de cette palette de mesures est sans conteste la possibilité de mettre en œuvre l'exécution forcée contre le tiers récalcitrant, cette possibilité étant étrangère à plusieurs codes de procédure cantonaux ayant précédés le CPC. Cela signifie concrètement que la banque qui se refuserait à produire des pièces pourrait y être contrainte par la voie de l'exécution forcée. On pourrait aussi envisager que le banquier qui persisterait à refuser de répondre à une convocation en qualité de témoin en dépit du fait que le tribunal aurait statué en faveur de la manifestation de la vérité dans le cadre de la pesée d'intérêts prévue à l'article 166 al. 2 CPC, pourrait se voir amené de force à l'audience...

A relever que le défaut (l'absence de comparution en vue d'une audition en qualité de témoin ou l'absence de production de pièces) sera assimilé à un refus de collaborer injustifié, ce que prévoit l'article 167 al. 2 CPC, l'intention du tiers n'étant pas relevante⁷⁴. Tout au plus le sera-t-elle dans l'optique de la fixation d'une amende ou dans l'appréciation d'une sanction pénale (art. 167 al. 1 lit. a et b), cette dernière étant bien naturellement à infliger par l'autorité pénale auprès de laquelle le juge civil aura dénoncé le cas.

Le prononcé de l'une ou l'autre des mesures prévues à l'article 167 al. 1 CPC porte directement atteinte aux intérêts du tiers visé, raison pour laquelle ce dernier se voit reconnaître la qualité pour remettre en cause une décision de ce type (art. 167 al. 3 CPC)⁷⁵. En l'occurrence, il s'agira de la voie de droit extraordinaire du recours au sens de l'article 319 lit. b ch. 1 CPC. A ce sujet, on doit se poser la question de savoir ce que recoupe la notion de "tiers" utilisée à l'article 167 al. 3 CPC : s'agit-il uniquement du tiers appelé à collaborer, ou doit-on y englober la personne en faveur de laquelle le tiers appelé à collaborer est tenu à l'obligation de garder le secret (par exemple le client X de la banque appelée à produire des pièces en sa qualité de tiers) ? A première vue, la qualité de tiers en faveur duquel le législateur prévoit une voie de recours alors même qu'il n'est pas partie à la procédure (ce qui consacre déjà une extension des règles habituellement applicables

⁷³ GASSER/RICKLI, art. 167 N 1 ss; VOUILLOZ, p. 840.

⁷⁴ BSK ZPO-SCHMID E., art. 167 N 2.

⁷⁵ HASENBÖHLER F., in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 167 N 17 ss; BSK ZPO-SCHMID E., art. 167 N 4.

dans un contentieux civil) doit se limiter à la personne directement visée par l'une ou l'autre des mesures prévues à l'article 167 al. 1 CPC, à savoir celle qui refuse de collaborer. C'est dans le cadre d'un tel recours que ce tiers – plaidant ainsi indirectement pour la cause de la personne protégée par le secret bancaire – pourra remettre en cause la pesée d'intérêts à laquelle s'est livré le premier juge, de façon à tenter d'établir qu'en l'espèce l'intérêt à conserver le secret doit prévaloir sur celui à la manifestation de la vérité.

V. Conclusion

Arrivé au terme de cet exposé, on parvient à la conclusion que le CPC ne bouleverse pas la conception généralement pratiquée en matière d'administration des preuves en Suisse du temps où coexistaient 26 codes de procédure cantonaux différents. Le CPC a en revanche le grand mérite d'unifier une fois pour toutes, sur le plan suisse, la procédure de l'administration des preuves, en proposant un *numerus clausus* des moyens de preuve admissibles tout en définissant la portée et les limites de l'obligation de collaborer des parties et des tiers.

Le processus revêt assurément une certaine logique, puisqu'il met fin à des disparités dont il faut bien admettre qu'elles pouvaient mener à des résultats troublants puisque le même droit matériel appliqué entre les mêmes parties devant des juridictions cantonales différentes pouvait, précisément du fait de règles de procédure différentes, aboutir à des jugements différents. Or, l'administration des preuves n'est rien d'autre que la concrétisation sur le plan procédural de l'article 8 CC, lequel est une règle de droit matériel qui constitue assurément la pierre angulaire du droit privé, du moins dans sa mise en œuvre.

Indéniablement, le CPC offre une présentation claire et structurée des principes appelés à gouverner l'administration des preuves, même s'il laisse la porte ouverte à certaines zones d'incertitude. Il en va notamment ainsi du fait que la question de l'opposabilité du secret bancaire au juge civil dépendra désormais exclusivement d'une pesée d'intérêts que devra effectuer le juge entre deux notions faisant intervenir des intérêts opposés, à savoir le respect de l'obligation de confidentialité d'une part, la manifestation de la vérité d'autre part. Le résultat de cette pesée d'intérêts dépendra des

circonstances et du pouvoir d'appréciation du juge, ce qui inéluctablement placera les plaideurs et le banquier devant certaines incertitudes.

On ne saurait conclure sans souligner que l'unification législative, consacrée par le CPC, s'accompagnera d'une mainmise directe du Tribunal fédéral sur la mise en œuvre de ces règles puisque, le CPC constituant du droit fédéral au sens de l'article 95 lit. a LTF, leur application pourra être revue avec un pouvoir de cognition complet par notre Cour Suprême, dont la jurisprudence contribuera à affiner certaines notions et les modalités de leur mise en œuvre.

PROCÉDURE CIVILE ET EXÉCUTION FORCÉE, SÉQUESTRE ET ACTE AUTHENTIQUE EXÉCUTOIRE

Louis Gaillard*

Le régime de l'exécution forcée des jugements civils, qu'ils aient été rendus par les autorités suisses ou étrangères, a connu d'importantes modifications le 1^{er} janvier 2011.

Ce jour-là sont entrés en vigueur :

- la Convention de Lugano révisée (CL rév.)¹,
- le nouveau Code de procédure civile (CPC)²,
- de nouvelles dispositions très sensibles de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)³.

Ces modifications législatives entretiennent des liens nécessaires. Elles se comprennent les unes par rapport aux autres. Plus encore, l'un de ces textes – la Convention de Lugano – a influé sensiblement sur les textes de droit interne. Aussi paraît-il nécessaire de partir de cette convention et d'en dégager les nouveaux traits (I.). Le système du séquestre a été profondément modifié et pose de nouvelles questions (II.). Enfin, la réception en droit suisse des titres authentiques exécutoires, si elle est bienvenue, nécessite d'être rapportée au système général de l'exécution forcée (III.).

* Avocat, D.E.S. Genève.

1 La Convention de Lugano, dans sa teneur du 16 septembre 1988, publiée in FF 1990 II 269 et RS 0.275.11, est abrégée par les lettres "CL" alors que la Convention de Lugano révisée, dans sa teneur du 30 octobre 2007, publiée in FF 2009 1497 et RS 0.275.12, est abrégée par les lettres "CL rév.". Cf. au sujet de la CL rév. le Message du Conseil fédéral du 18 février 2009, FF 2009 1497 ss.

2 Code de procédure civile du 19 décembre 2008, publié in RO 2010 1739 et RS 272.

3 Modifications de la LP selon l'AF du 11 décembre 2009 publié in RO 2010 5601 et RS 281.1. Cf. à ce sujet le Message du Conseil fédéral du 18 février 2009, FF 2009 1497 ss, not. 1537 ss.

I. La nécessité pour le législateur suisse de modifier les règles relatives à l'exécution forcée

La Convention de Lugano dans sa teneur du 16 septembre 1988 (ci-après CL) avait été perçue comme un système de “coopération judiciaire”⁴ entre les Etats membres. Il avait été peu vu que son champ était bien plus étendu, créant des effets à l'égard de parties qui n'avaient pas leur domicile dans l'un des Etats membres⁵ et pouvant régir la compétence directe des tribunaux d'un Etat membre dans un contentieux opposant des parties toutes domiciliées dans ledit Etat⁶. Plus encore, la Suisse, qui avait pu penser que le droit interne n'allait pas être affecté par son adhésion à la CL⁷, a dû déchanter. Des phénomènes d'auto-discrimination⁸ apparurent; on entend par là que la législation suisse, par la réception de règles de droit communautaire, concédait aux bénéficiaires de jugements rendus dans un Etat étranger membre de la Convention de Lugano des faveurs qu'elle n'accordait pas aux bénéficiaires de jugements rendus par les tribunaux suisses.

Il y avait en effet par l'adhésion de la Suisse à la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 des divergences qui se créaient entre les règles conventionnelles et celles applicables selon le droit interne :

- L'élément déterminant ouvrant la voie de l'exécution forcée selon la CL était que la décision étrangère fût exécutoire (art. 47 ch. 1 CL); il n'était pas demandé qu'elle fût dotée de la force de chose jugée⁹; ainsi, le droit interne suisse qui subordonnait le prononcé de la mainlevée définitive au caractère définitif de la décision mettait plus de difficulté à prononcer l'exécution forcée d'un jugement suisse que celle d'un jugement communautaire.
- Le bénéficiaire d'une décision d'un Etat étranger partie à la CL avait l'avantage d'un prononcé unilatéral du juge (art. 34 al. 1 CL) alors que

4 Ce sont les termes qui figurent dans le Préambule de la CL.

5 Arrêt CJCE du 13 juillet 2000, C-412/98, Group Josi Reinsurance Company SA et Universal General Insurance Company (UGIC), Rec. 2000 I-5925.

6 Arrêt CJCE du 1^{er} mars 2005, C-281/02, Andrew Owusu contre N.B. Jackson et autres, Rec. 2005 I-01383.

7 Pour une illustration cf. l'ouvrage collectif SCHWANDER I. (éd.), *Das Lugano-Übereinkommen*, Saint-Gall (Dike Verlag) 1990, *passim*.

8 Les premières observations critiques avaient été émises par VOGEL O., “Europa und das schweizerische Zivilprozessrecht”, AJP/PJA 4/1992, p. 459 ss.

9 C'était le présupposé nécessaire de la disposition de l'art. 38 al. 1 CL.

le bénéficiaire d'un jugement suisse était soumis au débat contradictoire de l'art. 84 al. 2 LP.

- Le créancier qui pouvait se prévaloir d'un jugement étranger pouvait solliciter et obtenir des mesures conservatoires alors que le créancier au bénéfice d'un jugement rendu par une autorité judiciaire suisse s'en trouvait privé, hors cas de séquestre selon l'art. 271 LP.
- Le titulaire d'un acte authentique exécutoire dressé à l'étranger bénéficiait du régime de l'exécution forcée immédiate alors que le système juridique suisse ne connaissait pas cette institution¹⁰.

Ces situations insatisfaisantes nécessitaient du législateur fédéral un *aggiornamento* du droit interne, quelle que fût par ailleurs l'évolution du droit dans l'Union européenne.

Indépendamment des problèmes législatifs propres au droit suisse, un mouvement considérable s'est dessiné dans l'Union européenne conduisant à un rapprochement des solutions relatives à la détermination du droit applicable (uniformisation des règles de conflit) et aux procédures d'entraide et de coopération judiciaires. On identifie dans le domaine de l'Union européenne:

- le Règlement (CE) 593/2008 du 17 juin 2008 (Rome I) unifiant les règles de conflit en matière d'obligations contractuelles¹¹,
- le Règlement (CE) 864/2007 du 11 juillet 2007 (Rome II) unifiant les règles de conflit en matière d'obligations non contractuelles¹²,
- le Règlement (CE) 1348/2000 du 29 mai 2000 unifiant les règles de notification internationale des actes judiciaires¹³,
- le Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 unifiant les règles de compétence des autorités judiciaires en matière civile et commerciale¹⁴.

La Suisse n'a pas eu de participation active dans ce mouvement. Elle n'est partie à aucune convention internationale réglant de manière générale les règles de conflit de droit international privé que ce soit en matière contractuelle ou non contractuelle. Quant aux règles de notification internationale des actes judiciaires, la Suisse s'est tenue à l'écart de l'effort des Etats

¹⁰ JEANDIN N., "L'exécution des titres authentiques en Suisse : vers la fin d'une autodiscrimination?", in *Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht : Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag*, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2005, p. 135-148.

¹¹ Publié in JO L 177 du 4 juillet 2008, p. 6, et sur site www.eur-lex.europa.eu.

¹² Publié in JO L 199 du 31 juillet 2007, p. 40, et sur site www.eur-lex.europa.eu.

¹³ Publié in JO L 160 du 30 juin 2000, p. 37, et sur site www.eur-lex.europa.eu.

¹⁴ Publié in JO L 12 du 16 janvier 2001, p. 1, et sur site www.eur-lex.europa.eu.

européens de les coordonner et de les simplifier. Ainsi, dans le processus de négociation de la Convention de Lugano révisée, la Suisse a fait le choix d'un *Alleingang* par son refus de recevoir les acquis du Règlement (CE) 1348/2000¹⁵. Dans la même idée, elle a formé une réserve quant à l'art. 34 par. 2 CL rév.¹⁶.

La situation est ainsi étrange et à bien des égards insatisfaisante :

- La CL rév. offre des choix de fors en matière de contrats d'assurance, de contrats conclus par les consommateurs et de contrats de travail. Comme il appliquera sa propre règle de conflit¹⁷, le tribunal saisi déterminera la loi applicable. Or, il pourra se faire que la partie faible au contrat, que l'on a voulu protéger par ces dispositions, sera évidemment tentée de saisir le tribunal de son domicile, alors même qu'éventuellement la règle de conflit appliquée par le tribunal saisi lui procurera moins de droits que ne lui aurait concédés le tribunal du for naturel de sa partie adverse¹⁸. La partie faible au contrat peut être ainsi procéduralement favorisée, mais non point matériellement.
- Le processus d'exécution forcée prévu par la CL rév. est extraordinairement rapide en ce qu'il permet le prononcé de l'exequatur (art. 41 et 53 CL rév.) assorti de mesures conservatoires (art. 47 CL rév.) sans audition de la partie adverse; certes y a-t-il une voie de recours (art. 43 ss CL rév.), mais ce dispositif, en ce qu'il ne permet pas un plein débat en première instance, est en réalité une atteinte au principe du double degré de juridiction cantonale¹⁹; l'on peut donc se demander pourquoi accorder ces concessions exorbitantes au principe de célérité au détriment du principe de sécurité²⁰ si, dans le même temps, rien n'est fait pour accélérer le processus de notification.

15 Comme l'a fait le Danemark, cf. Protocole n° 1, FF 2009 1584, art. I al. 3.

16 Cf. Protocole n° 1, FF 2009 1585, art. III.

17 Qualification qui s'opère le plus souvent *lege fori*.

18 Le droit matériel suisse est parfois moins protecteur que le droit communautaire. Sur ces questions, cf. BONOMI A., "Le droit applicable aux contrats : faut-il adapter la LDIP au règlement Rome I?", in *La loi fédérale de droit international privé : vingt ans après, Actes de la 21^e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*, BONOMI A./CASHIN RITAINE E. (éds), p. 111 ss; du même auteur, "Les contrats conclus par les consommateurs dans la Convention de Lugano révisée", in *La Convention de Lugano : passé, présent et devenir, Actes de la 19^e Journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne*, BONOMI A./CASHIN RITAINE E./ROMANO G. P., p. 65 ss.

19 Art. 75 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF).

20 Sur ces principes et leur hiérarchie, cf. chap. IV ci-après.

- Dans le même ordre d'idées, en adhérant à la CL rév., la Suisse a manifesté un degré de confiance élevé dans la coopération judiciaire européenne mais a retiré cette confiance en mettant en avant des protections en matière de notification internationale des actes judiciaires au point qu'en dépit de la CL rév., le processus de notification avec des Etats membres tels la Belgique, le Royaume-Uni ou l'Espagne est identique à celui qui prévaut avec la Barbade, le Botswana ou le Malawi²¹.
- Cependant, dans le même temps, les choses ont considérablement évolué dans l'espace de l'Union européenne, que ce soit par l'approfondissement et l'extension des règles de compétence par voie législative ou jurisprudentielle, ou par l'extension territoriale de son champ d'application :
- La Convention de Bruxelles, qui à l'origine liait six Etats, est devenue par modifications et adhésions successives un règlement liant 26 Etats (*geographischer Anwendungsbereich*).
 - Les règles de compétence territoriale personnelle (*räumlich-persönlicher Anwendungsbereich*) se sont étendues par voie jurisprudentielle; ainsi, une partie domiciliée hors du périmètre de la Convention de Bruxelles et ouvrant action devant un tribunal d'un Etat membre peut se voir opposer les règles de compétence territoriale posées par cette convention²²; la Convention de Bruxelles détermine aussi la compétence directe d'un tribunal d'un Etat membre saisi d'un litige de caractère international quant bien même les parties en litige sont l'une et l'autre domiciliées dans cet Etat²³.
 - Le Règlement (CE) 44/2001, renonçant au système antérieur qui voulait que le juge saisi déterminât le domicile des parties selon les règles de son propre droit²⁴, retient désormais un cumul des critères de détermination du siège social des personnes morales selon leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement (art. 60).

21 Ces six Etats ont le trait commun d'être liés à la Suisse par la Convention de La Haye, du 15 novembre 1965, relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (RS 0.274.131), à l'exclusion de tout accord dérogatoire permettant de lever les contraintes de la notification internationale par la voie diplomatique.

22 Arrêt CJCE du 13 juillet 2000, C-412/98, Group Josi Reinsurance Company SA et Universal General Insurance Company (UGIC), Rec. 2000 I-5925.

23 Arrêt CJCE du 1^{er} mars 2005, C-281/02, Andrew Owusu contre N.B. Jackson et autres, Rec. 2005 I-01383.

24 Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (J.O.C.E. C 27 du 26 janvier 1998), art. 52.

La Suisse, en adhérant à la CL rév., a intégré *nolens volens* l'ensemble de ces évolutions. Cette intégration est intervenue par trois démarches :

- La Suisse a accepté la teneur du Règlement (CE) du 22 décembre 2000 avec ses développements, ne résistant que sur la question de l'acceptation des vices de notification (la réserve à l'art. 34 par. 2) ; les autres aspects ont été acceptés, comme la protection accrue du consommateur de services (art. 15 CL rév.) ou la détermination du siège social d'une personne morale (art. 60 CL rév.).
- Le législateur a créé un nouveau cas de séquestre – celui fondé sur l'existence d'un titre de mainlevée définitive – dans l'idée d'offrir à tout jugement, qu'il soit soumis ou non au régime de la CL, un régime de protection provisionnel (cf. chap. II ci-après).
- Il a reçu dans le champ du droit interne la figure juridique du titre authentique exécutoire à l'imitation de ce qui existe dans d'autres législations (cf. chap. III ci-après).

Une mention particulière doit être faite de l'art. 60 CL rév.²⁵. On sait que, de longue tradition, le droit international privé suisse fait du lieu d'incorporation d'une société le critère de rattachement principal de celle-ci à un ordre juridique national (art. 21 al. 2 de la loi fédérale sur le droit international privé [LDIP])²⁶. Il est ainsi remarquable que l'art. 60 CL rév. déroge au système du droit commun en introduisant un cumul des critères de rattachement, mettant sur le même pied²⁷ le "siège statutaire" de la société, son "administration centrale" et son "principal établissement" (art. 60 ch. 1 CL rév.). Cette dérogation est d'une portée théorique et pratique d'autant plus grande qu'en adhérant à la CL rév., la Suisse a dû accepter les enseignements jurisprudentiels de la Cour de justice des Communautés européennes²⁸ et donc la jurisprudence Group Josi²⁹ qui veut qu'une partie domiciliée hors du périmètre de la CL rév. et ouvrant action devant un tribunal d'un Etat membre doit se soumettre aux règles de compétence territoriale posées par cette convention, mais peut aussi se mettre au bénéfice

²⁵ Cf. Message du Conseil fédéral du 18 février 2009, FF 2009.

²⁶ Pour un exposé de cette règle : BUCHER A./BONOMI A., *Droit international privé*, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2004, p. 315 ss, n° 1170 ss.

²⁷ Et non plus dans une relation de subsidiarité comme le prévoit l'art. 21 al. 2 LDIP. Cf. Message du Conseil fédéral du 18 février 2009, FF 2009 1521-1522.

²⁸ Cf. Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention et sur le comité permanent (FF 2009 1586 ss) ; Message du Conseil fédéral du 18 février 2009, FF 2009 1534.

²⁹ Citée à n. 22 ci-dessus.

des dispositions de celle-ci. Ainsi, en adhérant à la CL rév., la Suisse, sans vraisemblablement y prêter garde, a ajouté dans son droit commun une règle de compétence territoriale, en sus de celles énoncées aux art. 151 à 153 LDIP, qui pourrait avoir la teneur suivante: “Les tribunaux suisses du lieu où est administrée une société étrangère sont compétents pour connaître de toute prétention dirigée contre celle-ci”!

II. La nouvelle réglementation du séquestre

Le Titre huitième de la LP a été profondément modifié. La législation en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011 se caractérise (A.) par l’institution d’un nouveau cas de séquestre, (B.) qui fait appel à une nouvelle définition du jugement exécutoire, (C.) par l’aménagement d’une nouvelle réglementation propre à un jugement soumis au régime de la CL rév. et (D.) par une nouvelle détermination de l’autorité judiciaire compétente.

A. Le nouveau cas de séquestre

On l’a vu, depuis l’entrée en vigueur de la CL le 1^{er} janvier 1992, un jugement étranger, émanait-il d’une juridiction de première instance, pouvait faire l’objet d’une décision d’exequatur et conduire à l’exécution forcée en Suisse pourvu qu’il fût déclaré exécutoire dans son pays d’origine alors que, par comparaison, un jugement rendu en Suisse par une autorité de première instance ou un tribunal cantonal ne pouvait pas déboucher sur une exécution forcée en Suisse tant qu’il n’était pas définitif³⁰. Il s’agissait là d’une situation d’auto-discrimination: le droit suisse (englobant ses contraintes de droit international) offrait une meilleure efficacité aux jugements étrangers (pourvu qu’ils fussent soumis au régime de la Convention de Lugano) qu’aux jugements suisses. S’y ajoutait que l’exécution forcée d’un jugement suisse ne pouvait être assortie de mesures de sûreté, à la différence du jugement étranger qui, lui, bénéficiait du régime des mesures conservatoires prévues par l’art. 39 CL. Enfin, cette dernière exigence des autorités judiciaires de devoir accorder des mesures conservatoires posait de délicats problèmes de transcription dans le droit suisse: fallait-il que le

³⁰ PANCHAUD A./CAPREZ M., *La mainlevée d’opposition*, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 1980, p. 237; SJ 1988, p. 496-497.

juge suisse prononce le séquestre ou accorde la saisie provisoire ou l'inventaire? La pratique des tribunaux cantonaux était diverse, source de grande perplexité pour les plaideurs³¹.

Le choix fait par le législateur fédéral a été d'offrir la voie des sûretés selon le séquestre à tout bénéficiaire d'un titre de mainlevée définitive. Cela mettait au même rang tout jugement exécutoire, qu'il émane d'une juridiction suisse ou étrangère³².

Un nouveau cas de séquestre a ainsi été institué. Il est donné "lorsque le créancier possède contre le débiteur un titre de mainlevée définitive" (art. 271 al. 1 ch. 6 LP). Il n'est pas nécessaire que la mainlevée ait été antérieurement prononcée – ce qui est certes possible –, il suffit que la prétention puisse s'appuyer sur un titre qui, s'il était soumis au juge de la mainlevée, pourrait conduire au prononcé de la mainlevée définitive.

B. La nouvelle définition du jugement exécutoire

Quel sens donner aux termes "jugement exécutoire" de l'art. 80 LP? Ces termes n'ont jamais changé depuis le 1^{er} janvier 1892, date d'entrée en vigueur de la LP. Cela étant, l'environnement législatif s'est, lui, profondément modifié ces dernières années. Pendant plus d'un siècle, les termes "jugement exécutoire" étaient lus dans la perspective du recours en réforme au Tribunal fédéral qui bénéficiait d'un effet suspensif automatique: "Les décisions finales ne sont exécutoires avant l'expiration du délai de recours en réforme [...]. S'il est recevable, le recours en réforme ou le recours joint suspend l'exécution de la décision dans la mesure des conclusions formulées."³³ Par ce dispositif légal, il y avait adéquation entre les effets de la force exécutoire et de la force de chose jugée: le jugement devenait tout à la fois définitif et exécutoire par l'épuisement des voies de recours, soit qu'elles n'aient pas été utilisées, soit qu'utilisées, elles se soient arrêtées au plan cantonal, soit encore que, poursuivies jusqu'à leur terme devant le Tribunal fédéral, elles aient abouti à un arrêt de cette autorité.

31 Voir le catalogue des solutions in SCHWANDER D., "Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens", ZBJV Band 146-2010, p. 641 ss, note 27.

32 Ce bénéfice a aussi été étendu, ainsi qu'on le verra, au titre authentique exécutoire (cf. chap. III.A., p. 89).

33 Art. 54 al. 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ) du 16 décembre 1943.

Cette réglementation a créé un tropisme: celui de considérer que ne pouvait être exécutoire qu'un jugement définitif, ou du moins insusceptible d'un recours ordinaire. On en voit la manifestation la plus évidente dans un arrêt de la Cour de justice de Genève du 24 mars 1983 publié in SJ 1988, p. 496. Cela se voit aussi dans la doctrine la plus souvent citée³⁴.

Ce cadre de réflexion a été modifié par la teneur de l'art. 103 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2007: comme le recours en matière civile, à la différence de l'ancien recours en réforme, n'a plus d'effet suspensif automatique et qu'il doit être spécifiquement requis – et qu'il peut donc être refusé –, un arrêt de dernière instance cantonale peut désormais être exécutoire mais non encore définitif. S'y ajoute que, dogmatiquement, lier le caractère exécutoire au fait qu'il s'agisse d'un recours ordinaire ou extraordinaire suscite plus de problèmes que de solutions³⁵.

Ainsi faut-il modifier le cadre de réflexion en désarticulant, comme la théorie procédurale l'a d'ailleurs souvent fait, l'entrée en force d'un jugement (avec son opposé qui est l'effet suspensif) en ces deux notions distinctes:

- La force exécutoire: elle est la caractéristique d'une décision qui, si elle n'est pas spontanément exécutée, peut être mise à exécution par la force publique.
- La force de chose jugée: celle-ci consiste dans le caractère définitif d'une décision judiciaire qui ne peut plus être attaquée et, en conséquence, modifiée ou annulée par une voie de recours ordinaire³⁶.

Ces catégories se retrouvent, certes, de manière parfois approximative voire sibylline, dans le nouveau CPC. Le texte légal contient à plusieurs reprises³⁷ les mots "entrée en force" sans que l'on puisse être assuré qu'il

³⁴ GILLIÉRON P.-R., *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 4^e éd., Lausanne (Payot) 2005, n° 750; SCHMIDT A., *Commentaire romand Poursuite et faillite*, Bâle/Genève/Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2005, ad art. 80 n° 3: "[le jugement] doit être exécutoire, soit le jugement ne doit plus pouvoir être remis en cause par une voie de droit ordinaire".

³⁵ CORBOZ B., in *Commentaire de la LTF*, Berne (Stämpfli) 2009, ad art. 103 n° 13.

³⁶ POUURET J.-F., *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, 1990, vol. 1, art. 38, n° 2, p. 324.

³⁷ Art. 59 al. 2, 148 al. 3, 208 al. 2, 211 al. 1 et 3, 217, 241 al. 2, 268 al. 2, 315 al. 1 et 2, 325 al. 1 et 2, 328 al. 1, 329 al. 2, 331 al. 1 et 2, 336 CPC.

s'agit de la force exécutoire plutôt que de la force de chose jugée³⁸. La disposition cardinale paraît être celle de l'art. 336 CPC, qui pose un principe et deux exceptions. Le principe : l'entrée en force de chose jugée de la décision emporte comme conséquence de doter celle-ci de la force exécutoire ; il y a ainsi a priori simultanéité d'entrée en force jugée et d'entrée en force exécutoire. Deux exceptions sont cependant décrites à l'art. 336 CPC : celle où le tribunal suspend la force exécutoire du jugement, fût-il assorti de la force de chose jugée (al. 1 litt. a), et celle où il ordonne l'exécution anticipée du jugement querellé (al. 1 litt. b).

Ce système, rapporté aux termes "jugement exécutoire" de l'art. 80 LP, devient ainsi cohérent : est, dans le champ du droit suisse, un jugement exécutoire susceptible de fonder le prononcé de la mainlevée définitive et donc un séquestre au sens de l'art. 271 al. 1 ch. 6 LP : (i) la décision dotée de la force de chose jugée et dont l'exécution n'a pas été suspendue, ainsi que (ii) la décision, même non assortie de la force de chose jugée, mais dont l'exécution a été ordonnée.

C. *La procédure particulière lorsque le jugement relève de la CL ("Lugano-Arrest")*

L'institution d'un nouveau cas de séquestre fondé sur le titre de mainlevée définitive (art. 271 al. 1 ch. 6 LP) – qui comprend le jugement exécutoire (art. 80 al. 1 LP) – est un pas sensible en direction de la réglementation prévue par les art. 38 ss CL rév. : la législation suisse met à disposition du bénéficiaire d'un jugement exécutoire les mesures conservatoires prévues par l'art. 47 CL rév. Cela n'épuise pourtant pas le sujet, car cette disposition conventionnelle s'inscrit dans un cadre procédural (cf. art. 38 ss CL rév.) incompatible à certains égards avec l'institution du séquestre. Aussi, le législateur a-t-il dû adapter la procédure de séquestre au cas particulier de la requête de séquestre fondée sur un jugement bénéficiant du régime de la CL rév. C'est la problématique du *Lugano-Arrest*.

Soit par hypothèse un créancier requérant par le même acte l'exequatur du jugement étranger (art. 38 CL rév.) et le séquestre des biens du débiteur

³⁸ Ainsi l'art. 211 CPC décrit-il l'entrée en force exécutoire et/ou l'entrée en force de chose jugée ? Vraisemblablement s'agit-il des deux aspects, mais il aurait été bienvenu que le texte légal le précise.

selon le cas de séquestre du ch. 6 de l'art. 271 al. 1 LP. Le juge statue sur ces deux conclusions de la requête sans informer ni entendre la partie adverse. Ceci est conforme au caractère unilatéral du prononcé de l'exequatur par le premier juge (art. 41 CL rév.) et du prononcé du séquestre (art. 272 al. 1 LP). Il y a à cet égard parallélisme des formes entre la procédure de séquestre et la procédure d'exequatur. Cependant, des divergences apparaissent assez tôt : la décision en ce qu'elle a trait à l'exequatur selon la CL rév. ne peut être contestée que par la voie du recours (art. 43 al. 1 CL rév.) au tribunal cantonal (annexe III à la CL rév.), soit à Genève la Cour de justice, alors que la décision relative au séquestre peut faire l'objet d'une opposition auprès du juge du premier degré qui a ordonné la mesure (art. 278 al. 1 LP)³⁹. Il y a donc divergence des voies entreprises entre opposition au séquestre et recours contre la décision d'exequatur ; mais elle n'est que temporaire : la nouvelle décision rendue sur opposition pourra être contestée par un recours (art. 278 al. 3 nouveau LP) au sens des art. 319 ss CPC. Aussi, passée l'étape de l'opposition au séquestre soumise au juge de premier degré, les voies procédurales se réunissent devant l'autorité cantonale supérieure par le recours selon l'art. 43 CL rév. et celui selon l'art. 278 LP.

Divergence temporaire des voies de droit mais aussi différence des examens : selon la CL rév., la procédure d'exequatur et de reconnaissance se limite en première instance à l'examen de ces deux documents : l'expédition du jugement (art. 53 al. 1 CL rév.) et la déclaration de force exécutoire émise par l'autorité de l'Etat d'origine (art. 53 al. 2 CL rév.). L'examen du juge statuant sur le séquestre est plus vaste : il s'interrogera notamment sur l'exigence de vraisemblance du droit de propriété du débiteur sur les biens dont le séquestre est requis (art. 272 al. 1 ch. 3 LP).

Le juge prononçant un *Lugano-Arrest* peut-il assortir l'exécution de sa décision d'un dépôt préalable de sûretés ? Il ne paraît pas qu'il y ait quelque engagement international quant à une dispense du créancier de présenter des sûretés lorsqu'il sollicite des mesures conservatoires au sens de l'art. 47 CL rév. Les dispositions des art. 50 et 51 CL rév. qui pourraient être envisagées visent en effet d'autres hypothèses. A cela toutefois trois observations :

- Comme l'examen du juge lorsqu'il statue sur exequatur ne se porte que sur le jugement et la déclaration de force exécutoire (art. 41 CL rév.),

³⁹ SCHWANDER D. (n. 31), p. 682-683 ; Message du Conseil fédéral du 18 février 2009, FF 2009 1530-1531.

on ne voit pas qu'il puisse présumer des difficultés périphériques et retenir une obligation de sûretés à charge du créancier fondée sur une fragilité du droit prétendu.

- S'il a des doutes quant au fait que la décision étrangère entre dans le champ de la CL rév. ou qu'elle soit exécutoire, le juge doit trancher la difficulté de front ; il ne peut prendre le chemin de traverse consistant à fixer des sûretés.
- Aussi, en définitive, le dépôt de sûretés ne peut se justifier que s'il existe des doutes concrets quant au fait que les biens séquestrés appartiennent au débiteur (art. 272 al. 1 ch. 3 LP).

Ainsi décrites, les questions posées par les requêtes d'exequatur et de séquestre fondées sur un jugement bénéficiant du régime de la CL rév. paraissent simples. On perçoit toutefois les facteurs de complexité. Si le créancier forme une requête d'exequatur et de séquestre selon la voie prévue par la CL rév. mais que le juge considère que la matière tranchée par le juge étranger échappe à cette convention au regard notamment de l'art. 1 CL rév., quelle sera sa décision ? Fera-t-il application de l'adage *jura novit curia* en convertissant la requête en une demande ordinaire d'exequatur au sens des art. 25 ss LDIP, restituant à la procédure, par application du droit commun, son caractère contradictoire ? Ou s'estimera-t-il lié – ce qui nous paraît plus satisfaisant – par la voie choisie par le créancier avec la conséquence qu'il rejettera la requête s'il estime que les conditions d'application de la CL rév. autorisant la procédure unilatérale ne sont données ? Mais si la décision constatant que le créancier ne pouvait être au bénéfice de la voie facilitée de la CL rév. émane de l'autorité de recours, que fera celle-ci ? Annulera-t-elle la décision antécédente du premier juge ou convertira-t-elle – ce qui nous paraît plus satisfaisant⁴⁰ – la décision du premier juge en une décision ordinaire d'exequatur selon les art. 25 ss LDIP si les conditions posées par ces dispositions sont réunies ?

Mais aussi comment traiter les problèmes de séparabilité des chefs litigieux⁴¹ ? Un jugement peut en effet être soumis à la CL rév. pour une

⁴⁰ On ne voit en effet pas l'intérêt de contraindre le créancier à revenir à la "case départ" devant le premier juge alors qu'un débat contradictoire s'est d'ores et déjà noué devant l'autorité de recours.

⁴¹ L'art. 48 ch. 1 CL rév. décrit une situation voisine : celle où certains chefs de la demande ont été agréés par le juge d'origine avec effet exécutoire alors que d'autres chefs n'ont pas encore été tranchés ou n'ont pas encore acquis la force exécutoire.

partie de la matière litigieuse et non pour une autre partie⁴². Problème de consorité des débiteurs aussi : une partie au litige, domiciliée à l'étranger, peut être soumise aux règles de la CL rév. alors qu'une autre partie, domiciliée en Suisse, n'a été attirée au litige que par application du droit interne à la Suisse, sans considération quelconque de la CL rév. Il nous paraît discutable que le régime particulier de la CL rév. s'applique à cette autre partie⁴³.

D. L'autorité compétente pour prononcer le séquestre

Dans le système antérieur au 1^{er} janvier 2010, l'autorité compétente pour prononcer le séquestre était le "juge du lieu où se trouvent les biens" (art. 272 al. 1 LP). Cette compétence est désormais dévolue, au choix du créancier, au "juge du for de la poursuite" ou au "juge du lieu où se trouvent les biens [dont le séquestre est demandé]".

1. La compétence matérielle

Cette autorité est un "juge". Il n'est plus précisé que c'est "le juge du séquestre". L'idée est que l'autorité propre à statuer sur le séquestre est le tribunal de l'exécution (Message du Conseil fédéral du 18 février 2009, FF 2009 1538-1539). Celui-ci concentrera les compétences du juge chargé aussi bien de l'exécution forcée d'une obligation de payer ou de constituer des sûretés que de l'exécution forcée d'une obligation de faire ou de s'abstenir (art. 335 ss CPC). Ce juge, dans le domaine des obligations de payer ou de constituer des sûretés, peut ordonner le séquestre et, dans le domaine des obligations de faire ou de s'abstenir, les mesures conservatoires décrites à l'art. 340 CPC.

⁴² Ainsi un jugement attributif de garde d'enfant avec suite de contribution d'entretien, matière exclue de la CL selon l'art. 1 al. 2 CL rév., est soumis à la CL sous l'angle des questions financières (cf. GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3^e éd., Paris [L.G.D.J.] 2002, p. 30), comme l'est une convention en matière d'obligation alimentaire conclue devant une autorité judiciaire ou administrative (art. 57 al. 2 CL rév.).

⁴³ A l'égard de cette autre partie, le litige n'a le cas échéant pas de caractère international (DASSER F., in *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, Berne (Stämpfli) 2008, ad art. 2 n° 6.

2. La compétence territoriale

L'autorité territorialement compétente est celle "du for de la poursuite" ou "du lieu où se trouvent les biens" (art. 272 al. 1 première phrase nouveau LP). Cette règle est évidemment inspirée de la disposition de l'art. 39 al. 2 CL rév. ("La compétence territoriale est déterminée par le domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée, ou par le lieu de l'exécution."). L'idée sous-jacente – et foncièrement nouvelle en droit suisse – est que le territoire de la Confédération forme un seul ressort d'exécution forcée⁴⁴. Ainsi, si le juge saisi est celui du for de la poursuite (au sens des art. 46 à 55 LP), celui-ci pourra ordonner le séquestre de tout objet où qu'il soit en Suisse en recourant, le cas échéant, à la voie de l'entraide inter-cantonale selon l'art. 4 LP.

Le juge saisi peut aussi être le tribunal du ressort où se trouve tel objet dont le droit de propriété du débiteur a été rendu vraisemblable par le créancier (art. 272 al. 1 ch. 3 LP). Ainsi, le créancier accède à l'autorité judiciaire et celle-ci a la compétence d'ordonner le séquestre d'autres biens du débiteur dans les lieux désignés par le créancier, où qu'ils soient en Suisse.

Question pratique : comment le juge d'un canton fait-il procéder au séquestre d'un bien sis dans un autre canton ? Deux voies sont envisageables : le juge peut communiquer son ordonnance directement à l'office des poursuites du lieu de situation du bien (art. 136 et 195 CPC), qui exécute la mesure ; il peut aussi transmettre son ordonnance à l'office des poursuites de son ressort juridictionnel à charge pour cet office de transmettre la décision pour exécution à l'office des poursuites du lieu de situation du bien (art. 4 LP), cette autorité retournant le procès-verbal d'exécution au premier office pour notification aux parties. Cette seconde solution paraît préférable dans les cas où les biens à séquestrer sont sis dans des ressorts de compétence de plusieurs offices distincts ; elle permet le rassemblement des procès-verbaux d'exécution et leur communication aux parties par un même courrier avec la conséquence d'une unité de délai d'opposition et de recours.

⁴⁴ Le Message, qui proclame ce principe, le rattache aux termes de l'art. 271 al. 1 nouveau LP *in limine* "Le créancier [...] peut requérir le séquestre des biens du débiteur qui se trouvent en Suisse" (Message du Conseil fédéral du 18 février 2009, FF 2009 1537). Voir sous le régime de l'ancien droit les observations qui restent souvent actuelles de ZÖNDLER G., "Schweizer Arrest auf Vermögenswerte im Ausland?", AJP/PJA 5/2005, p. 573 ss.

Au-delà de ces questions pratiques, on voit le changement complet de perspective: l'ancien art. 272 LP posait une véritable règle de compétence fondée sur la seule localisation des biens à séquestrer et limitée au ressort juridictionnel du juge du séquestre. Cette réglementation imposait que le créancier introduise des requêtes devant plusieurs autorités si les lieux des biens relevaient de ressorts judiciaires différents. On comprend que, dans cette approche fractionnée des compétences respectives des juges du séquestre, on ait porté un soin particulier à déterminer le lieu des biens si ceux-ci étaient des créances. La jurisprudence a établi par décisions successives les critères déterminants de localisation d'une créance auprès du siège central de la banque ou de l'une de ses succursales par exemple⁴⁵. Ce corps de jurisprudence a perdu présentement une part sensible de son intérêt: si le créancier a pu localiser le lieu d'un bien, il peut étendre sa requête à d'autres biens dans l'indétermination exacte du rattachement de la créance; il lui suffira, abondance de lieux déterminants ne nuisant pas, d'indiquer comme lieu de séquestre d'un autre bien aussi bien le siège que la succursale.

Mais on voit aussi les stratégies possibles: un créancier qui a identifié des biens dans plusieurs ressorts juridictionnels peut déposer une requête de séquestre dans chacun de ces ressorts, visant tous les biens dans tous les lieux identifiés par lui. Il obtiendra ainsi parallèlement plusieurs décisions analogues ou différentes; son choix se portera évidemment sur celle qui, par hypothèse, admettrait le plus libéralement la preuve de la vraisemblance des biens (art. 272 al. 1 ch. 3 LP) ou fixerait un moindre montant de sûretés (art. 273 al. 1 LP)⁴⁶. De même, le créancier peut viser le *Taschenarrest*⁴⁷ au lieu qui correspond le mieux à ses attentes⁴⁸. Nouvelle résurgence de cette modalité de séquestre.

45 Cf. JEANDIN N./LEMO S., "Le séquestre civil et la localisation des avoirs bancaires", in *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Zurich (Schulthess) 2007, p. 21 ss; JEANNERET V./DE BOTH J.-Y., "Séquestre international, for du séquestre en matière bancaire et séquestre de biens détenus par des tiers", SJ 2006 II 169 ss, not. 177 ss.

46 A noter que cette stratégie était déjà possible sous l'ancien droit, le créancier pouvant cumuler des requêtes visant au séquestre de biens en mains de l'UBS à l'un et l'autre de ses sièges, à Zurich et à Bâle.

47 GILLIÉRON P.-R., *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne (Payot) 2003, art. 271-281 n° 45 ss; art. 271 n° 53.

48 On connaît les débats qui peuvent naître de certains comportements abusifs (cf. les notes figurant au bas de l'ATF 112 III 47 reproduit in JdT 1988 II 145 ss).

On le voit, ces considérations affectent sensiblement l'intérêt de la jurisprudence relative à la détermination du lieu des créances et titres: vaut-il la peine de s'écharper sur la détermination de ce lieu alors qu'il suffit au créancier de s'introduire dans le ressort unique d'exécution forcée que constitue la Confédération par la localisation d'un seul bien? On perçoit bien que, si en 1889, la souveraineté cantonale en matière d'exécution forcée avait un sens, elle ne l'a plus guère aujourd'hui. La règle de compétence territoriale de l'art. 272 LP apparaît ainsi une règle d'attribution: celle d'offrir au créancier un point d'introduction au ressort d'exécution forcée unique que constitue désormais la Confédération.

Aussi est-ce curieux que, dans ce contexte, le Tribunal de première instance de Genève, par une décision de principe⁴⁹, a considéré que tant l'UBS que le Credit Suisse n'entretenaient pas de succursales de fait à Genève susceptibles de constituer un for de séquestre selon l'art. 272 LP, renvoyant ainsi le créancier à agir auprès des tribunaux des sièges de ces banques.

Cette décision est critiquable à plusieurs titres. Tout d'abord, on ne comprend pas que, dans un temps où la densité normative de la règle de compétence de l'art. 272 al. 1 *in limine* LP s'affaiblit par la diversité des fors compétents qu'il prévoit, les autorités judiciaires durcissent la lecture de cette disposition. Ensuite, si l'on comprend bien l'intérêt que poursuivent les deux principaux établissements bancaires de Suisse à canaliser leurs contentieux à Zurich et à Bâle et dans une seule langue de travail, la langue allemande, on ne voit pas que les autorités judiciaires du deuxième centre d'affaires en Suisse, sans avoir tenté d'investiguer la structure de fonctionnement de ces banques, nient aussi crânement l'existence de succursales de fait. L'arrêt du Tribunal fédéral⁵⁰ invoqué par le Tribunal de première instance à l'appui de la vision restrictive portait en fait un autre message: celui

⁴⁹ Ordonnance du Tribunal de première instance de Genève du 19 octobre 2010 in cause H. P. B. Genève SA c. B. C. Corp.

⁵⁰ ATF du 24 juin 2010, cause 5A_279/2010: "3.4 En l'espèce, l'autorité inférieure ne pouvait pas, après avoir admis que sa compétence *ratione fori* pouvait en soi résulter de la présence d'une 'succursale de fait', se dispenser de prendre position sur l'existence d'une telle succursale, par le motif erroné que la nature sommaire de la procédure s'opposait à cet examen. Cette attitude est constitutive d'un déni de justice formel. Pour cette raison déjà et eu égard à la nature formelle du grief invoqué, l'ordonnance attaquée doit être annulée et l'autorité précédente invitée à statuer à nouveau en examinant, même dans une optique sommaire, la question de l'existence d'une succursale de fait de la banque Z. à Genève, ainsi que, le cas échéant, les autres conditions du séquestre."

d'inviter l'autorité de séquestre à examiner si les conditions d'une succursale de fait à Genève étaient données. Enfin, l'on ne sache pas que la radiation des inscriptions au Registre du commerce de succursales à Genève a été assortie d'une restructuration interne qui aurait visé à un centralisme opérationnel. D'ailleurs, ces établissements ne se privent pas de faire valoir leur insertion dans l'économie régionale genevoise, parlant eux-mêmes, dans leurs communications aux clients, de succursales à Genève.

Mais comment, hors la persuasion, faire revenir le Tribunal de première instance à l'évidence de l'existence de succursales de fait à Genève? On voit en effet mal l'avocat, et moins encore le plaideur, solliciter un séquestre à Genève portant sur des avoirs dans l'un de ces établissements aux fins, après le rejet de la requête par le premier juge, de porter la contestation devant les autorités supérieures et d'obtenir une modification de la décision de principe de celui-ci.

III. Les titres authentiques exécutoires

L'institution en droit suisse du titre authentique exécutoire devenait nécessaire pour supprimer une auto-discrimination: les tribunaux suisses étaient tenus selon l'art. 50 CL de pourvoir à l'exécution forcée des actes authentiques exécutoires établis dans les Etats membres alors même que cette institution était inconnue du droit interne.

A. *Le titre authentique exécutoire en droit interne*

Aussi est-il bienvenu que le législateur ait créé dans le champ du droit interne suisse l'institution juridique de l'acte authentique exécutoire. Ceci ne fut pas sans mal: une telle institution a été perçue comme une transgression des règles relatives à la protection judiciaire. Des dispositions régulatrices ont ainsi été prévues aux art. 347 ss CPC. Il en résulte en bref une exigence de contenu, une exigence de forme et des exclusions.

- Le contenu: le document doit indiquer (i) l'admission par le déclarant que son engagement peut conduire à l'exécution forcée directe de l'obligation, (ii) la description du fondement de cette obligation et (iii) les conditions d'exigibilité de l'obligation.
- L'exigence de forme: l'acte doit revêtir la forme authentique, laquelle, selon la définition classique, "consiste en ce qu'une personne chargée

par l'Etat de cette mission [l' 'officier public'] a établi, selon une forme et une procédure fixées par la loi, un document constatant des faits ou des déclarations ayant une portée juridique"⁵¹.

- Des exclusions: l'acte authentique est inapte à créer des effets exécutoires au sens des art. 349 et 350 CPC s'il porte sur les matières décrites à l'art. 348 CPC (loi sur l'égalité, droit du bail, loi sur la participation, contrat de travail et contrats conclus avec les consommateurs).

On donne ci-après l'exemple d'un acte authentique exécutoire qui respecte les prescriptions de forme du droit fédéral (art. 347 CPC) et du droit genevois (art. 12 de la loi sur le notariat⁵²), étant mentionné qu'il est prudent d'accompagner cet acte du certificat prévu à l'art. 54 CL rév., dont le modèle figure en Annexe VI⁵³ à la CL rév., de manière à faciliter sa circulation au sein des Etats membres de la CL rév. :

Ce 25 janvier 2011, par devant **Arthur Absalon**, notaire, de résidence à Genève, comparait en son Etude, 1 rue Chausse-Coqs, Genève,

Bernard Blier, commerçant, né le 17 mars 1955, de nationalité française, domicilié 17 chemin de la Colombe, 1231 Conches,

Lequel déclare :

- Qu'il est au bénéfice d'un prêt commercial de CHF 100 000.— octroyé par le **Crédit Commercial de Carouge SA** (ci-après : la banque), 8 Place du Marché, 1227 Carouge, le 2 juillet 2003 et exécuté par versement du même jour sur un compte de l'emprunteur auprès de ladite banque,
- Qu'il se reconnaît débiteur de la banque de la somme de CHF 100 000.— avec intérêts à 5% l'an dès le 3 juillet 2003, s'engageant à lui restituer cette somme accrue de ses intérêts au 10 décembre 2011 au plus tard, sans nécessité de mise en demeure.
- Qu'il est informé que son engagement peut faire l'objet d'une exécution directe, les conséquences d'un non-paiement selon les art. 80, 81 et 271 LP lui ayant été exposées.

Ainsi fait à Genève le 25 janvier 2011

Signent après que le notaire en a donné lecture à haute voix :

Arthur Absalon

Bernard Blier

51 STEINAUER P.-H., "Le Titre préliminaire du Code civil", in *Traité de droit privé suisse*, II/1, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2009, n° 729.

52 RS des lois genevoises E 6 05 ; voir aussi art. 107 loi (genevoise) d'application du Code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile (LaCC), E 1 05.

53 FF 2009 1599.

L'intérêt du titre authentique exécutoire est qu'il ouvre au créancier la voie de l'exécution forcée directe⁵⁴ : si l'obligation porte sur une prestation en argent, l'ouverture à la mainlevée définitive de l'opposition est donnée au créancier (art. 349 CPC), lui permettant par ailleurs d'agir de manière inopinée par la voie du séquestre (art. 271 al. 1 ch. 6 nouveau LP) ; si l'obligation porte sur une obligation d'une autre nature, le créancier peut, après la notification du titre par un officier public, saisir directement le tribunal de l'exécution (art. 350 CPC), requérant de lui, le cas échéant, le prononcé de mesures conservatoires (art. 340 CPC).

Dans le champ du droit interne, deux problèmes paraissent d'emblée ardues : la cessibilité de l'acte et les conditions d'invalidation de l'acte.

Il sera délicat de déterminer si le titre authentique exécutoire est cessible. On distinguera tout d'abord entre la cessibilité de la créance – laquelle répond aux conditions ordinaires des art. 164 ss CO – et la cessibilité de la déclaration de force exécutoire de l'art. 347 litt. a CPC. On retiendra que le rapport contractuel à l'origine de la déclaration de force exécutoire est de nature personnelle et qu'une cession détériorerait sensiblement la position du débiteur cédé, d'autant que ce dernier est exposé en tout temps au mécanisme rigoureux et inopiné du séquestre. Ce dernier trait rapproche la question de la cessibilité de la déclaration de force exécutoire de celle de la cessibilité d'une garantie à première demande⁵⁵. Ainsi, la cessibilité de la déclaration de force exécutoire ne paraît pas possible⁵⁶. On en voit toutefois le prix : l'acte authentique exécutoire peut avoir été conclu dans une relation de crédit ou dans un cadre transactionnel dépourvu de tout caractère personnel. L'institution, par l'incessibilité de la déclaration de force exécutoire, peut perdre ainsi une part de son intérêt commercial ou financier.

Autre question : à quelles conditions un titre authentique exécutoire peut-il être invalidé (art. 352 CPC) ? Le titre exécutoire est doté de la force

54 C'est sans compter que, selon l'art. 9 CC, il bénéficie d'une force probante accrue. Mais nous quittons là le champ de l'exécution forcée.

55 RAPP J.-M., "Garanties à première demande et autres garanties bancaires", in *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne (CEDIDAC) 1997, n° 33, p. 288-289 ; voir aussi les décisions citées par BARBEY R., "Jurisprudence récente du droit bancaire privé", nos 18 et 19, in *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, Berne (Stämpfli) 1994, p. 16.

56 Cf. dans ce sens : VISINONI-MEYER CL., in *Schweizerische Zivilprozessordnung*, SPÜHLER K./TENCHIO L./INFANGER D. (éds), Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010, ad art. 347 n° 17 ; JEANDIN N., "Les titres exécutoires", in *Procédure civile suisse*, BOHNET FR. (éd), Neuchâtel (Schulthess) 2010, p. 460 n° 17.

exécutoire mais non de la force de chose jugée. Sans doute, le régime de l'inexistence, de l'extinction ou encore de la suspension de l'engagement consigné dans l'acte authentique exécutoire est celui qui prévaut pour toute obligation. Il n'y a ainsi pas d'obstacle pour le débiteur à se prévaloir, dans une action en annulation de poursuite (art. 85 LP) ou en constatation négatoire de droit (art. 85a LP ou 88 CPC) ou encore en répétition de l'indu (art. 86 LP)⁵⁷, des objections et des exceptions du droit civil, sauf les difficultés qu'il aura à se distancer d'un acte conclu avec solennité devant l'officier public. La difficulté paraît ailleurs; elle est de déterminer le cours de l'exécution forcée jusqu'à droit jugé sur la contestation. Des mesures conservatoires⁵⁸ paraissent en général justifiées d'autant qu'à défaut, rien – ou si peu de choses – dans les conséquences ne distinguerait le titre authentique exécutoire d'un titre ordinaire.

B. Le titre authentique exécutoire en droit international

Le titre authentique exécutoire, établi par hypothèse en Suisse où il est considéré comme exécutoire, peut fonder une exécution forcée dans tout Etat membre de la CL. A l'inverse, un titre authentique exécutoire établi dans un Etat membre de la CL peut fonder une procédure d'exécution forcée en Suisse. C'est cette seconde hypothèse qui retiendra notre attention.

Le titre authentique exécutoire connaît selon la CL un régime à la fois proche mais aussi distinct de celui des jugements. Comme un jugement exécutoire, le titre authentique exécutoire ouvre la voie de l'exécution forcée selon les art. 38 ss CL rév. (art. 57). Mais, à la différence d'un jugement, on ne parle bien que de l'exécution forcée du titre authentique exécutoire et non de sa reconnaissance⁵⁹.

Les conditions de sa réception dans le champ de l'exécution forcée selon la CL sont: (i) qu'il porte sur une matière relevant de la CL rév.⁶⁰, (ii) qu'il a été établi ("reçu") dans un Etat lié par la CL rév. et (iii) qu'il y soit considéré comme exécutoire.

57 VISINONI-MEYER CL. (n. 56), ad art. 352 n° 3 ss.

58 Le créancier devrait avoir pour le moins accès à la protection que lui donnerait la mainlevée provisoire, soit la saisie provisoire ou l'inventaire.

59 GAUDEMET-TALLON H. (n. 42), p. 389.

60 *Ibidem*.

Quel sera l'examen du juge de l'exequatur ? La procédure est identique à celle qui prévaut en matière d'exequatur d'un jugement (art. 57 ch. 1 CL rév.) : le juge de première instance statue au seul regard de l'acte authentique et de la déclaration exécutoire, qu'elle soit intégrée dans l'acte ou qu'elle figure dans un document annexe, tel le modèle décrit à l'Annexe V de la CL rév. (art. 57 ch. 4 CL rév.). Le juge de l'exequatur ne connaîtra évidemment pas les règles qui prévalent dans l'Etat d'origine en matière de forme et de contenu de l'acte authentique exécutoire, voire d'exclusion d'établissement de celui-ci⁶¹. Le juge sera ainsi captif des documents qui lui sont présentés. La procédure de recours permettra au débiteur – comme au créancier – de faire valoir tous les éléments de fait susceptibles de conduire à la confirmation ou à l'infirmité de la décision rendue par le premier juge (art. 327a al. 1 nouveau CPC).

Le champ d'examen de l'autorité de recours sera toutefois restreint puisque celle-ci “ne refuse ou ne révoque une déclaration constatant la force exécutoire que si l'exécution de l'acte authentique est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat requis” (art. 57 ch. 1 CL rév.). L'idée est que, par l'acte authentique exécutoire, les parties se sont mises d'accord et que cet accord de volonté rend inutile un contrôle du juge de l'exequatur qui aille au-delà de l'examen par celui-ci de la compatibilité de l'acte avec son ordre public : “Dès lors qu'il s'agit d'un acte exécutoire et authentique au regard de l'Etat d'origine et qu'il ne heurte pas l'ordre public de l'Etat requis, il doit être déclaré exécutoire dans ce dernier Etat.”⁶²

La notion d'ordre public, qu'elle relève de son aspect formel ou matériel, s'apprécie restrictivement et ne saurait d'emblée faire obstacle à ce que le juge accorde l'exequatur à un acte authentique exécutoire établi dans un autre Etat membre, quand bien même, selon le droit interne suisse, il tomberait sur une des exceptions décrites à l'art. 348 CPC⁶³.

Des difficultés peuvent toutefois naître. Le débiteur peut par exemple soutenir que, postérieurement à l'établissement de l'acte, il a satisfait à l'obligation de payer, ou que son obligation de faire a été suspendue ou est devenue caduque. Le débiteur nous paraît devoir bénéficier des moyens de

61 A l'image de l'art. 348 CPC.

62 GAUDEMET-TALLON H. (n. 42), p. 391.

63 Sur cette discussion, cf. SCHWANDER I., “Vollstreckbare öffentliche Urkunden – Rechtsnatur, Verfahren der Erstellung und Vollstreckung”, AJP/PJA 6/2006, p. 677 ; NAEGELI G., in *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, Berne (Stämpfli) 2008, ad art. 50 n° 66.

défense que lui accordent la procédure de mainlevée définitive (pour l'obligation de payer) ou la procédure devant le tribunal de l'exécution selon l'art. 341 al. 3 CPC (pour l'obligation de faire).

En revanche, il ne nous paraît pas que le débiteur puisse contester devant le juge de l'exequatur la validité de l'acte authentique exécutoire au motif que celui-ci serait incompatible avec les règles qui prévalent dans l'Etat où l'acte a été dressé. On peut concevoir que, si l'action en invalidation de l'acte est d'ores et déjà ouverte devant les tribunaux de l'Etat d'origine, l'autorité de recours, par analogie avec l'art. 46 CL rév., suspende la procédure d'exequatur jusqu'à droit jugé dans l'Etat d'origine, assortissant sa décision d'éventuelles mesures conservatoires.

IV. Conclusion

L'art. 1^{er} al. 3 CPC vaudois disposait jusqu'au 31 décembre 2010: "Le juge doit veiller à ce que l'égalité soit maintenue entre les parties, à ce que l'instruction soit sûre et autant que possible prompte et économique." On voit la hiérarchie des valeurs: égalité des droits procéduraux, sécurité de l'instruction, promptitude et enfin économie de temps et de frais. La sécurité passait avant la promptitude.

Une telle hiérarchie avait sa clé de voûte dans l'art. 54 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 qui conférait au recours en réforme devant le Tribunal fédéral un effet suspensif automatique: un jugement ne devenait exécutoire en Suisse qu'après épuisement de toutes les voies de recours.

Cette situation qui a caractérisé le droit judiciaire suisse durant un siècle s'est délitée par l'adhésion de la Suisse à la Convention de Lugano en 1990. Ce texte conventionnel était en réalité un cheval de Troie perturbant le droit suisse de l'exécution forcée.

Le "bouquet législatif" entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 vise en fait à aligner le droit suisse sur les solutions qui prévalent dans l'espace judiciaire européen. A maints égards, l'impératif de célérité est porté au même rang que celui de la sécurité: conflit de valeurs qu'il appartiendra au juge d'arbitrer.

PROCÉDURE PÉNALE : LA BANQUE COMME DÉTENTRICE D'INFORMATIONS ET DE VALEURS PATRIMONIALES APPARTENANT À SON CLIENT

Maurice Harari*

I. Introduction

Ce sujet est d'importance du fait que la banque, que ce soit en sa qualité de détentrice d'informations de nature à faire progresser une enquête ou de dépositaire d'avoirs ou de valeurs patrimoniales devant faire l'objet d'une décision de séquestre ou étant de nature litigieuse, est régulièrement appelée à répondre à diverses sollicitations de l'autorité pénale. En principe, comme nous le verrons ci-après, la banque n'a pas d'autre ressource que de déférer aux injonctions de l'autorité. Cependant, diverses normes de droit public ou de droit privé lui permettent d'exercer un certain contrôle, aussi limité soit-il.

Les considérations qui suivent concernent uniquement les enquêtes pénales locales ou nationales, par opposition aux enquêtes étrangères ou nécessitant la coopération internationale.

Depuis le 1^{er} janvier 2011, un seul code de procédure pénale est en vigueur dans toute la Suisse et ce tant pour les autorités cantonales que fédérales. L'entrée en vigueur de ce code a pour conséquence l'abrogation des normes de procédure de droit cantonal. Dans le domaine traité ici, les nouvelles normes, pas toujours identiques aux anciennes, impliquent quelques changements qui sont expliqués ci-après.

II. La banque en tant que tiers détenteur d'informations

Pour comprendre le rôle de la banque dans la procédure pénale dirigée contre une personne physique ou morale, voire contre son propre client, il est nécessaire de se référer à certains principes.

* Je remercie chaleureusement M^e Sophie Dumartheray, avocate-stagiaire, de son aide à la préparation de la conférence ainsi qu'à la rédaction de la présente contribution.

A. *Rapports juridiques croisés*

La banque confrontée à un client faisant l'objet d'une enquête pénale doit gérer une situation délicate.

Vis-à-vis de son client, ses rapports sont régis par le droit privé, soit plus précisément par les règles du mandat (art. 394 ss du Code des obligations [CO]¹). En tant que mandataire, elle doit accomplir son mandat avec diligence (art. 398 CO). Elle est notamment soumise à une obligation d'information et doit rendre des comptes sur la gestion de son mandat (art. 400 CO).

Vis-à-vis du ministère public – qui depuis le 1^{er} janvier 2011 est seul chargé de mener la procédure pénale (art. 16 du Code de procédure pénale suisse, ci-après CPP²) – ses rapports sont régis par le droit public. La banque doit souffrir les interventions du procureur et donner suite à ses instructions. Elle peut être ainsi tenue de lui remettre des documents (par exemple ceux relatifs au compte dont le prévenu est titulaire ou ayant droit économique) ou encore de bloquer les avoirs figurant sur un compte, voire de participer à l'ouverture forcée d'un coffre.

La banque ne peut pas se prévaloir des règles du mandat pour s'opposer à une mesure ordonnée par le ministère public, les règles du droit privé devant céder le pas à celles du droit public. A l'inverse, le client ne peut pas reprocher à la banque de violer son mandat parce qu'elle lui refuse par hypothèse l'accès à ses avoirs, si une mesure de séquestre pénal (anciennement "saisie") a été prononcée par le ministère public.

Si la banque est tenue de souffrir les interventions du ministère public, son rôle n'est en revanche pas de l'assister dans sa tâche. Ainsi, par exemple, elle n'aura pas à indiquer au procureur que l'interdiction qui lui a été faite de communiquer l'existence d'une mesure de contrainte au client arrive à échéance. De même, l'existence d'une procédure pénale ouverte en Suisse ne doit pas conduire la banque à qualifier son client d'"ennemi" ou à le dénoncer à l'autorité. Une dénonciation est à ce moment-là sans portée puisqu'une enquête est d'ores et déjà ouverte.

La poursuite pénale n'est cependant pas toujours dirigée contre le client de la banque. Il arrive fréquemment qu'elle soit conduite à l'encontre

1 RS 220.

2 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, en vigueur le 1^{er} janvier 2011, RS 312.0.

de l'ayant droit économique. Dans ce cas-là, la banque n'est pas dans une relation contractuelle avec la personne visée par l'enquête et leurs rapports ne sont pas régis par les règles du droit privé.

La distinction entre titulaire d'un compte et ayant droit économique est d'importance: l'ayant droit économique ne peut faire valoir de prétentions à l'encontre de la banque, dans la mesure où il n'a pas de rapport contractuel avec celle-ci. En effet, sa relation avec la banque tient à la seule présence de son nom sur la formule "A". Rappelons que cette formule est destinée à permettre à la banque de connaître l'ensemble des circonstances relatives à un compte et à identifier le véritable ayant droit économique. Elle sert essentiellement à faciliter les recherches menées par l'autorité pénale. On se souviendra encore que la jurisprudence érige ce document en "titre", ce qui peut conduire à l'application de l'art. 251 du Code pénal (CP)³ (qui réprime le faux dans les titres) lors de l'établissement inexact d'une formule "A" en cas d'ouverture d'un compte⁴.

L'absence de liens juridiques avec la banque est sans incidences sur le fait que l'ayant droit économique puisse être visé directement par une procédure pénale et devenir ainsi une partie à la procédure en tant que prévenu.

B. Position procédurale de la banque

La banque qui voit son client (ou l'ayant droit économique d'un compte bancaire ouvert dans son établissement) être l'objet d'une procédure pénale doit être considérée comme un "tiers touch[é] par des actes de procédure" (art. 105 I let. f CPP). Sans être à proprement parler une partie (art. 104 CPP), elle participe ainsi à la procédure pénale. Elle peut même se voir reconnaître la qualité de partie si ses droits sont directement touchés (art. 105 II CPP).

Tant la doctrine que la jurisprudence n'envisagent cependant qu'avec retenue la possibilité que la banque voie ses droits directement touchés. Tel pourrait être le cas pour les documents bancaires ayant un caractère "mixte". Ainsi, le profil de *due diligence* opéré par la banque pourrait, selon les circonstances, relever tant du secret bancaire que du secret d'affaires

³ Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.

⁴ SJ 2000 I 234.

de la banque. C'est en tout cas la position de la jurisprudence du Tribunal pénal fédéral (TPF) en matière d'entraide pénale internationale⁵.

C. *Opposabilité du secret bancaire ?*

La banque peut-elle refuser de fournir des informations au ministère public sur les avoirs de son client en invoquant le secret bancaire protégé par l'art. 47 de la loi sur les banques (LB)⁶ ? Cette question est intimement liée à celle de l'obligation de témoigner qui est d'ailleurs expressément réservée par l'art. 47 V LB. La dispense de témoigner a en effet en principe comme corollaire l'interdiction de perquisitionner et de saisir les objets relatifs aux faits sur lesquels la personne est dispensée de témoigner⁷.

Sous l'égide de l'ancien Code de procédure pénale genevois (aCPP/Ge), la réponse était claire. Le banquier ne figurait pas dans la liste des personnes dispensées de l'obligation de témoigner (art. 47 aCPP/Ge). Aussi ne pouvait-il opposer le secret bancaire à une perquisition ou un ordre de production.

Le Code de procédure pénale suisse est moins catégorique. Les détenteurs d'autres secrets que ceux mentionnés aux art. 171, 172 et 173 I CPP⁸ sont en principe tenus de déposer. Mais la direction de la procédure peut les libérer de leur obligation de témoigner lorsqu'ils rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 173 II CPP).

En pratique, cette pesée des intérêts apportera peu de changements. Selon le Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale⁹, il ne faut pas reconnaître le droit de refuser de témoigner lorsque l'obligation de garder le secret porte sur des données de nature essentiellement économique. Dès lors, en principe, le secret bancaire ne devrait pas fonder le droit de refuser de témoigner¹⁰.

5 TPF RR 2008.154 du 11 septembre 2008, consid. 1.6.2.

6 Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0.

7 ATF 97 I 372, consid. 6d.

8 Le secret bancaire est notamment visé : Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 (FF 2006 1057 ss), ad art. 170 CPP, p. 1185 ; SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) : Praxiskommentar*, Zurich, St. Gallen 2009, ad art. 173 CPP, N. 4.

9 Cf. note 8.

10 Message (note 8), ad art. 170 CPP, p. 1185.

Schmid est d'avis qu'une exclusion pure et simple de la pesée des intérêts est à rejeter. Il reconnaît en revanche qu'un intérêt prépondérant de la banque au silence sera difficile à rendre vraisemblable¹¹.

On doit douter cependant que la banque puisse se prévaloir du secret bancaire – qui vise à protéger le client – pour refuser de déposer. Il faut plutôt, comme le précise Keller¹², retenir que seul le secret d'affaires (art. 162 CP) pourrait permettre à la banque de s'opposer à une perquisition, à un ordre de production ou à une convocation pour témoigner. On retiendrait alors que l'intérêt propre de la banque est en jeu.

III. Mesures à disposition du ministère public

Le CPP offre au ministère public diverses mesures lui permettant de mener à bien son enquête pénale, voire d'assurer l'exécution de la décision qui sera rendue par l'autorité de jugement.

Les mesures coercitives offertes par le CPP ont en commun le fait de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne qui est touchée par lesdites mesures (art. 196 CPP).

Elles doivent donc, conformément à l'art. 36 de la Constitution fédérale (Cst.), être prévues par la loi (c'est-à-dire reposer sur une base légale), répondre à un intérêt public et respecter le principe de proportionnalité. Ces principes sont d'ailleurs rappelés à l'art. 197 CPP.

La majorité des mesures de contrainte auxquelles la banque est susceptible d'être confrontée en sa qualité de tiers détenteur d'informations était déjà connue des codes de procédure pénale cantonaux : perquisition, ordre de production, saisie, convocation aux fins de témoignage. La vraie nouveauté tient à l'instauration de mesures de surveillance des relations bancaires (art. 284 ss CPP), qui font l'objet d'une contribution séparée¹³.

¹¹ SCHMID (note 8), ad art. 173 CPP, N. 5.

¹² KELLER ad art. 248 CPP, N. 22, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zurich, Bâle, Genève 2010.

¹³ ZANNI, "La surveillance des relations bancaires (art. 284 et 285 CPP)", dans le présent ouvrage.

A. Perquisition et obligation de dépôt

La perquisition est réglée aux art. 241 ss CPP. Mesure d'exécution physique de la recherche de preuves et de valeurs patrimoniales, elle permet au ministère public de pénétrer dans des lieux privés (art. 244 CPP). En ce sens, la perquisition porte atteinte à la sphère privée et notamment au droit au domicile, protégés tant par l'art. 8 CEDH¹⁴ que par l'art. 13 I Cst.

Le CPP prévoit à ses art. 246 à 248 des dispositions spéciales concernant la perquisition de documents et d'enregistrements. Il instaure une procédure de mise sous scellés (art. 248 CPP), qui existait déjà dans de nombreux codes cantonaux et dans l'ancienne loi fédérale sur la procédure pénale (PPF). Cette norme permet au tiers, ici la banque, de s'opposer à la perquisition de certains documents, notamment en faisant valoir un éventuel droit de refuser de témoigner. La majorité de la doctrine et, à sa suite, la jurisprudence considèrent que le détenteur doit demander la mise sous scellés mais qu'il ne peut y procéder lui-même. On doit cependant signaler un cas dans lequel le TPF a considéré que la documentation pouvait être remise sous scellés¹⁵. Concrètement, le CPP prévoit de façon catégorique qu'une fois la demande faite de mise sous scellés, l'autorité ne peut avoir accès aux documents. En effet, un effet suspensif s'attache au sort des documents dont la mise sous scellés a été demandée¹⁶.

Il est difficile d'envisager une requête de mise sous scellés dans des situations autres que celles où un secret d'affaires de la banque est concerné. L'on peut toutefois imaginer que ce soit le cas lors d'une recherche indéterminée de preuves ordonnée par une autorité pénale ou encore en présence d'un cas manifeste d'homonymie, voire si la mesure s'avère complètement disproportionnée.

Quoi qu'il en soit, la perquisition physique ne concernera que rarement la banque. En effet, cette mesure est particulièrement incisive car elle a des effets collatéraux très importants. Elle sera donc dans la plupart des cas remplacée par la notification d'un ordre de production ou "obligation de dépôt" selon la terminologie adoptée par l'art. 265 CPP¹⁷.

14 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.

15 BE.2008 8 du 10.9.2008, consid. 1. 5, cité par KELLER (note 12) ad art. 248 CPP, N. 4.

16 Cf. CPP 248 I *in fine* et II ; également *Commentaire romand Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2010, CHIRAZI ad art. 248, N. 7.

17 CHIRAZI (note 16) ad art. 244 CPP, N. 37.

L'obligation de dépôt (*Herausgabepflicht* ou *Editionspflicht*) est une perquisition "virtuelle". Elle permet au ministère public de requérir de la banque détentrice¹⁸ la remise d'objets ou de valeurs patrimoniales dans un certain délai. Cette mesure peut être assortie de la menace des peines de l'art. 292 CP ou encore d'une amende d'ordre. L'art. 265 III CPP en fournit présentement la base légale. La peine-menace pour une violation de l'art. 292 CP, soit pour une insoumission aux actes de l'autorité, est l'amende qui peut s'élever jusqu'à Frs 10 000.– (art. 106 I CP).

L'obligation de dépôt, tout comme la perquisition, porte atteinte à la sphère privée (art. 8 CEDH, art. 13 I Cst.) du détenteur des documents dont l'apport est requis à la procédure. Dans le cas de la banque, ces documents contiennent des données soumises au secret bancaire qui sont susceptibles d'être portées à la connaissance du ministère public, des parties à la procédure, voire du public par la voie de la presse¹⁹ à l'occasion du procès.

L'obligation de dépôt étant une mesure plus proportionnée que la perquisition et permettant d'atteindre de la même manière le but poursuivi (recherche de preuves ou de valeurs patrimoniales), elle devra être utilisée en priorité.

L'obligation de dépôt est une mesure mixte qui inclut tant la recherche de documents que le séquestre. Ceci explique l'emplacement de l'art. 265 CPP dans le chapitre consacré au séquestre.

Lorsque l'obligation de dépôt ne porte pas sur de la documentation dont l'autorité peut d'emblée ordonner le séquestre, on attendra de l'autorité le prononcé d'une mesure de séquestre distincte, une fois qu'elle aura pris connaissance des documents remis par la banque.

Selon le texte de l'art. 265 I CPP, l'obligation de dépôt vise des "objets ou des valeurs patrimoniales qui doivent être séquestrées". Cette disposition doit être lue en parallèle avec l'art. 263 I CPP qui délimite les objets et valeurs patrimoniales susceptibles d'être séquestrés²⁰. On doit interpréter le terme "objet" comme englobant les documents qui seront utilisés comme moyens de preuve au sens de l'art. 263 I let. a CPP²¹.

18 ATF 6B_104/2007, consid. 3.4.

19 ATF 1P.223/2002, consid. 6.

20 *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung*, Bâle 2011, BOMMER/GOLDSCHMID ad art. 265 CPP, N. 6.

21 SCHMID, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zurich 2009, N. 1125; BOMMER/GOLDSCHMID (note 20) ad art. 263 CPP, N. 25.

S'il entend refuser de produire les documents requis, fondé sur un autre motif que celui de ne pas s'incriminer, le détenteur devra requérir la mise sous scellés de la documentation, en application de l'art. 248 CPP.

B. Séquestre

Le séquestre est régi par les art. 263 ss CPP.

Il peut être défini comme "l'acte par lequel l'autorité compétente met un objet ou une valeur sous main de justice en acquérant sa maîtrise physique ou en signifiant à son détenteur actuel une restriction au pouvoir d'en disposer"²².

C'est une mesure provisoire²³ qui restreint le droit à la propriété garanti par l'art. 26 Cst.

Comme le rappelle l'art. 263 CPP, le séquestre peut tendre soit à la sauvegarde de moyens de preuve (séquestre probatoire; art. 263 I let. a CPP), soit au maintien des valeurs sous main de justice afin de permettre, à l'issue du jugement de condamnation, leur restitution au lésé (art. 263 I let. c CPP), leur confiscation (art. 263 I let. d CPP et art. 71 CP), voire leur allocation (art. 73 CP), ou encore de garantir le paiement des frais de procédure, des peines pécuniaires, des amendes et des indemnités (art. 263 I let. b CPP). Cette forme de séquestre est dite conservatoire²⁴.

Le séquestre conservatoire peut également tendre à garantir le paiement de la créance compensatrice lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles²⁵. Ce type de séquestre n'est pas mentionné à l'art. 263 CPP car il est prévu par l'art. 71 III CP qui complète donc cette disposition²⁶.

22 STRÄULI, "Territorialité de l'enquête pénale et garantie d'une activité irréprochable", in *Journée 1995 de droit bancaire et financier*, Berne 1995, p. 126-127 et réf. citées; dans le même sens, MATTHEY, "La gestion des avoirs saisis par le juge d'instruction", SJ 1999 II 312.

23 ATF 135 I 257, consid. 1.5.

24 MATTHEY (note 22).

25 Rappelons que "la condamnation au paiement d'une créance compensatrice n'a qu'un caractère subsidiaire. Elle suppose l'existence d'une valeur patrimoniale confiscable, celle-ci étant toutefois devenue indisponible" (BERTOSSA, "Confiscation et corruption: quelques réflexions sur la confiscation des avantages obtenus par le corrupteur actif", SJ 2009 II 371 ss, p. 384).

26 SCHMID (note 21), N. 1115.

IV. L'interdiction de communiquer au client l'existence d'une mesure

A. L'existence ou non d'une base légale

On constate en pratique que l'obligation de dépôt ou la perquisition ordonnée par l'autorité de poursuite pénale, voire le séquestre, sont souvent accompagnés de l'interdiction faite à la banque d'informer son client de l'existence de la mesure. La banque se voit ainsi enjoindre de garder le silence sur l'impossibilité pour le client de disposer de ses avoirs ou sur le fait que l'autorité de poursuite pénale s'est informée sur les relations bancaires du client.

Une telle mesure porte atteinte à la liberté de communiquer (art. 16 III Cst., art. 8 et 10 CEDH) comme à la liberté économique (art. 27 I Cst.) de la banque²⁷. Pour répondre aux exigences de l'art. 36 Cst., elle doit notamment reposer sur une base légale.

Les art. 115A V, 178 V et 181 IV aCPP/Ge prévoyaient expressément la possibilité d'assortir une perquisition, un ordre de production ou une saisie d'une injonction d'en taire l'existence pour une durée de trois mois au plus, et ce sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP. Ces dispositions, issues de la révision du Code de procédure pénale genevois en 2007, avaient permis de clarifier sur le plan juridique une situation existante.

Au niveau fédéral, la PPF n'a jamais contenu de dispositions aussi précises que celles qui viennent d'être citées. Cela étant, dans l'ATF 131 I 425, le Tribunal fédéral a énoncé que l'art. 101 II PPF ainsi libellé: "le procureur général et la police judiciaire procèdent aux investigations nécessaires à l'identification des auteurs et à la constatation des faits essentiels, ainsi qu'à la conservation des traces et des preuves; ils prennent les autres mesures qui ne souffrent aucun retard", constituait une base légale suffisante. Il a en effet considéré que l'interdiction de communiquer faite à une banque ne constituait pas en elle-même une atteinte grave à sa liberté de communiquer, ni à sa liberté de commercer. Une telle mesure ne l'entraînait pas non plus sérieusement dans l'exercice de ses obligations légales et contractuelles²⁸. Une base légale générale telle que l'art. 101 II PPF pouvait donc suffire.

²⁷ ATF 131 I 425, consid. 6.3; SJ 2006 I 24.

²⁸ *Ibidem*.

On doit donc s'interroger sur le fondement de l'interdiction faite à la banque de communiquer à son client l'existence de mesures le frappant en examinant les dispositions du CPP.

A cet effet, force est de constater que le CPP ne contient aucune base légale spécifique permettant de taire l'existence d'une mesure. Cela est d'autant plus frappant que l'art. 285 I let. b CPP permet au ministère public de demander à la banque de taire l'existence d'une mesure de surveillance au sens de l'art. 284 CPP.

Sauf à contraindre le Tribunal fédéral à procéder à nouveau à une réflexion générale, on peut retenir cependant, à notre sens, que l'art. 73 II CPP instaurant l'obligation de garder le secret est une base légale certes générale mais suffisante.

Par ailleurs, l'art. 165 I CPP permet à l'autorité d'enjoindre au témoin "de garder le silence sur les auditions envisagées ou effectuées et sur leur objet", et ce sous commination de la peine prévue à l'art. 292 CP. On doit donc retenir sous l'angle du risque de collusion que le CPP offre une base légale à l'obligation de se taire, que l'on peut donc également fonder, à tout le moins par analogie, sur cette norme.

A teneur de cette disposition, la direction de la procédure peut obliger la partie plaignante, d'autres participants à la procédure (ce qui exclut à notre avis le prévenu) ainsi que leurs conseils juridiques, sous commination de la peine prévue à l'art. 292 CP, à garder le silence sur la procédure lorsque le but de la procédure ou un intérêt privé l'exige. Cette obligation doit être limitée dans le temps.

B. L'application à l'égard de la banque

L'art. 73 II CPP est susceptible de s'appliquer à la banque qui est un "autre participant à la procédure" au sens de l'art. 105 I let. f CPP (cf. ci-dessus point II.B.)²⁹.

A défaut de base légale plus précise, cette disposition a l'avantage de fixer un cadre légal. Elle rappelle en effet l'exigence de l'intérêt public: la mesure doit avoir pour objectif de préserver le but de la procédure pénale

²⁹ BOMMER/GOLDSCHMID (note 20) ad art. 266 CPP, N. 20; *contra*: EYMANN, "Die geheim praktizierte strafprozessuale Kontosperrre: Gedanken zu einer Zwangsmassnahme ohne gesetzliche Grundlage", in Forum poenale, 2009, p. 310.

ou un intérêt privé. Elle rappelle surtout l'importance de la limitation dans le temps d'une telle mesure, afin de respecter le principe de proportionnalité. A cet égard, on rappellera que dans l'ATF 131 I 425, déjà évoqué, le Tribunal fédéral avait jugé qu'une interdiction de communiquer des informations sur une procédure pénale, signifiée à une banque visée par l'obligation de produire des documents, violait le principe de proportionnalité dès lors que l'interdiction avait duré près d'une année.

Les auteurs qui ne partagent pas ce point de vue retiennent que la base légale expresse fait défaut, mais que, cela étant, la jurisprudence admet matériellement une telle mesure³⁰.

On doit cependant constater que l'art. 73 II CPP ne fixe pas de durée maximale à l'imposition du secret et donc à l'interdiction de communiquer qui serait notifiée à la banque. A notre sens, à l'instar de l'ancien Code de procédure pénale genevois, l'interdiction de communiquer ne devrait pas durer plus de trois mois, sauf renouvellement qui ne devrait être accordé que dans des circonstances particulières, voire exceptionnelles.

C. *Les distinctions à opérer*

On doit distinguer à notre avis la mesure à caractère probatoire de celle à caractère conservatoire, pour laquelle l'interdiction de communiquer ne semble pas avoir la même portée: l'on peut en effet comprendre que l'autorité de poursuite pénale souhaite disposer d'un certain temps avant que le prévenu ou ses acolytes ne soient informés de l'existence d'une procédure pénale à leur encontre ainsi que de la nature des mesures entreprises par le ministère public. Cela pour parer au risque de collusion. L'interdiction de communiquer imposée à la banque peut donc présenter un caractère nécessaire dans le cadre d'un séquestre de nature probatoire; en revanche, lorsque le séquestre est de nature conservatoire, la mesure accomplit en elle-même le but poursuivi, soit d'empêcher l'ayant droit de disposer d'un bien.

Sauf à retenir encore, sous l'angle du risque de collusion, que la simple connaissance de l'existence du séquestre d'avoirs se heurte à un intérêt public prépondérant, l'on peine à comprendre en quoi cette mesure devrait

³⁰ Cf. *Commentaire romand Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2010, LEMBO/BERTHOD ad art. 266, N. 20-22.

demeurer secrète. A tout le moins, le secret ne devrait être imposé que pour une durée inférieure à celle d'un séquestre probatoire, n'excédant pas selon nous un mois, renouvelable uniquement lors de circonstances exceptionnelles.

Par ailleurs, nous estimons que la mesure ne peut avoir pour fondement de permettre à l'autorité de saisir à l'avenir d'autres biens, qui ne parviendraient pas sur ce compte si le titulaire connaissait l'existence de la mesure. En tout état, on ne peut raisonnablement empêcher l'établissement bancaire d'inviter le client à s'adresser directement à l'autorité lorsque celui-ci, souhaitant disposer de ses avoirs, ne peut le faire.

D. Le droit d'être entendu

Les considérations qui précèdent sur le séquestre conservatoire sont d'autant plus pertinentes que la définition de la notion de prévenu (dont découlera le droit d'être entendu) est fort large (art. 111 CPP). On doit donc se demander, à la lecture de cette norme, si cette définition devrait être étendue à chaque personne dont les avoirs sont séquestrés, en constatant qu'il s'agit d'un "acte de procédure accompli par une autorité pénale".

Cela étant, la pratique illustre le fait que des avoirs sont parfois séquestrés sans que leur titulaire ne se voie imputer la commission d'une infraction. Qu'en est-il alors ?

La question peut en l'état demeurer ouverte dans la mesure où, quoi qu'il en soit, la personne dont les avoirs sont séquestrés entre dans la catégorie des "tiers touchés par des actes de procédure" (art. 105 I let. f CPP) qui se voient reconnaître la qualité de partie lorsqu'ils sont directement touchés.

Leur droit d'être entendu comprend alors celui d'avoir accès au dossier (art. 107 I let. a CPP) dans la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts. Ils ont également la possibilité de recourir contre la décision de séquestre (art. 382 I et 393 I let. a CPP).

Or l'imposition du secret sur l'existence de la mesure de séquestre prive ces tiers, certes momentanément, de la possibilité de faire valoir leurs droits. Cela doit donc conduire l'autorité pénale à un examen très attentif de la proportionnalité, voire de la légitimité de l'obligation de secret qu'elle souhaite imposer.

V. Conclusion

En conclusion, on constatera que l'arsenal à disposition de l'autorité est large et que la banque ne saurait se soustraire aux obligations que l'autorité lui imposerait. On peut regretter à l'instar de plusieurs commentateurs que le CPP ne contienne pas de normes spécifiques relatives à l'efficacité des mesures ordonnées, et en particulier à celles que l'autorité veut maintenir secrètes pendant un certain temps. On peut également regretter que le Code ne contienne pas de dispositions précises sur la durée pendant laquelle le secret peut être imposé. Les précisions données à ce jour par la jurisprudence nous paraissent insuffisantes dans la mesure où il avait été constaté que l'imposition du secret ne pouvait être ordonnée pour une durée supérieure à une année. On aurait pu souhaiter que le Code fixe une limite supérieure ou encore qu'il astreigne l'autorité pénale, comme c'est le cas pour les mesures de surveillance bancaire, à obtenir l'aval de l'autorité supérieure.

Cela étant, si l'on doit regretter que certaines dispositions en vigueur dans les cantons romands relatives au respect du principe de la proportionnalité et à l'existence d'une base légale n'aient pas été reprises, l'on doit saluer l'introduction dans le CPP de la procédure de mise sous scellés. Celle-ci peut véritablement jouer le rôle de garant en évitant les excès ou les erreurs dus à la précipitation du ministère public.

Il conviendra de faire le point sur la jurisprudence en cette matière lorsqu'un temps suffisamment probant se sera écoulé.

LA SURVEILLANCE DES RELATIONS BANCAIRES (ART. 284 ET 285 CPP)

Dario Zanni*

I. Introduction

En matière de procédure pénale, l'un des thèmes les plus importants, si ce n'est le plus important puisqu'il concerne très concrètement les atteintes aux droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale, est celui des mesures de contrainte et de leurs conditions d'application.

Le Code de procédure pénale suisse¹ règle les mesures de contrainte dans son titre 5, qui comprend cent trois articles (articles 196 à 298 CPP). Nous y retrouvons très classiquement des mesures de contrainte connues, faisant l'objet d'abondantes jurisprudences, telles que les mandats de comparution et d'amener, la détention provisoire et les mesures de privation de liberté, les perquisitions de domicile et de documents, les examens physiques et psychiques des personnes, le séquestre d'objets et d'avoirs patrimoniaux, ainsi que les mesures de surveillance secrètes (la surveillance téléphonique, les investigations secrètes et les observations).

De manière générale, ce nouveau Code de procédure pénale suisse, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, ne contient pas de modifications révolutionnaires en matière de mesures de contrainte par rapport à ce que l'on connaissait auparavant dans les codes de procédure pénale cantonaux, à quelques exceptions locales près. Il est à bien des égards le reflet de la jurisprudence et des principes fondamentaux énoncés par le Tribunal fédéral, notamment en matière de détention provisoire et de privation de liberté.

Parmi les nouveautés en matière de mesures de contrainte figure la surveillance des relations bancaires. Comme nous le verrons, il ne s'agit pas d'une véritable nouveauté, mais de la codification d'une pratique empirique mais bancaire, car dépourvue de base légale.

* Procureur à Genève.

¹ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP), RS 312.0.

II. Les dispositions du nouveau Code de procédure pénale suisse

La surveillance des relations bancaires, nouvellement introduite dans le nouveau Code de procédure pénale suisse, est réglée aux articles 284 et 285 CPP.

L'article 284 CPP définit le principe régissant la surveillance des relations bancaires : à la demande du ministère public, le tribunal des mesures de contrainte peut autoriser la surveillance des relations entre une banque ou un établissement similaire et un prévenu, dans le but d'élucider des crimes ou des délits.

Quant à l'article 285 CPP, celui-ci définit l'exécution de la surveillance des relations bancaires :

- “1. Si le tribunal des mesures de contrainte fait droit à une demande de surveillance, il donne à la banque ou à l'établissement similaire des directives écrites sur:
 - a. le type d'informations et de documents à fournir ;
 - b. les mesures visant à maintenir le secret qu'ils doivent observer.
2. La banque ou l'établissement similaire ne sont pas tenus de fournir des informations ou documents si le fait d'opérer un dépôt est susceptible de les mettre en cause au point qu'eux-mêmes :
 - a. pourraient être rendus pénalement responsables ;
 - b. pourraient être rendus civilement responsables et que l'intérêt à assurer leur protection l'emporte sur l'intérêt de la procédure pénale.
3. Les personnes ayant le droit de disposer du compte soumis à surveillance en sont informées ultérieurement conformément à l'article 279 al. 1 et 2.
4. Les personnes dont les relations bancaires ont fait l'objet d'une surveillance peuvent interjeter recours conformément aux articles 393 à 397. Le délai de recours commence à courir dès la réception de l'information.”

III. La *ratio legis* des articles 284 et 285 CPP

Pour bien comprendre la *ratio legis* des articles 284 et 285 CPP, il faut d'abord définir le sens de la surveillance des relations bancaires.

En dépit de l'adoption de l'article 47 de la loi sur les banques du 8 novembre 1934 (LB), sous certaines réserves telles que le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité, le secret bancaire n'a jamais été opposable au magistrat dans le cadre d'une procédure pénale. Que ce fût sur une base jurisprudentielle ou en application d'une base légale formelle contenue dans un code de procédure pénal cantonal ou fédéral, le banquier a toujours eu l'obligation d'informer ou de produire la documentation en lien avec une ou plusieurs relations bancaires.

Cependant, si l'obtention d'informations d'un banquier, la perquisition et le séquestre de documents bancaires ont toujours été admis et prévus dans les codes de procédure pénale cantonaux et fédéral, cela concernait toujours des informations ou de la documentation produite dans le passé. Cela tient au fait que le magistrat pénal, lorsqu'il est saisi d'une affaire, doit généralement reconstituer le passé afin de pouvoir procéder à la manifestation de la vérité, qui est l'un des intérêts publics prépondérants de tout procès pénal.

La différence fondamentale avec la surveillance des relations bancaires telle que prévue par les articles 284 et 285 CPP tient au fait que cette surveillance porte sur des événements futurs. Le magistrat pénal intervient auprès de la banque pour obtenir des informations ou de la documentation bancaire relative à des faits qui n'ont pas encore eu lieu, mais dont on suppose qu'ils peuvent survenir et avoir des incidences à caractère pénal.

Jusqu'au 31 décembre 2010, il n'y avait pas de bases légales formelles pour permettre au magistrat pénal de procéder à de telles surveillances.

Cela étant, dans les faits, certains magistrats pénaux procédaient néanmoins à des surveillances de relations bancaires. Pour combler l'absence de bases légales, il existait des directives à caractère non contraignant qui permettaient plus ou moins de fixer les règles du jeu, soit en l'occurrence la recommandation de la Commission Criminalité économique de la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police aux autorités pénales cantonales concernant le blocage des comptes et l'obligation de discrétion des banques du 7 avril 1997 et la circulaire n° 1286 de l'Association suisse des banquiers du 8 avril 1997.

Ainsi, en théorie, il était possible d'intervenir auprès d'une banque à intervalles réguliers pour l'inviter à fournir des informations ou des documents se rapportant à un ou plusieurs comptes bancaires.

Toutefois, en dépit de ces textes, la situation tant pratique que juridique n'était pas satisfaisante, loin s'en faut. En effet, en l'absence de règles précises, la procédure d'obtention d'informations et de documents bancaires pour des événements futurs était longue et laborieuse. Elle supposait la mise en place d'un système de rappels récurrents à intervalles plus ou moins réguliers, qui suscitait bien évidemment des réticences de la part des banques concernées, lesquelles rechignaient à collaborer. L'absence de règles claires rendait l'exercice aléatoire et ses conséquences imprévisibles, surtout à l'égard du client concerné. Or, comme chacun sait, les banques détestent travailler dans des environnements juridiques incertains.

A raison, car sur le plan strictement juridique, la situation était réellement insatisfaisante. Qu'on le veuille ou non, la surveillance d'une relation bancaire est une mesure de contrainte qui porte atteinte au secret bancaire, lequel est un intérêt public protégé par l'article 47 LB. Il était donc impératif de légiférer et d'adopter une base légale formelle qui autorise une telle mesure de contrainte et qui définisse précisément les conditions nécessaires à sa mise en œuvre.

Dans son Message du 21 décembre 2005², le Conseil fédéral a d'ailleurs été clair à ce sujet, en exposant sa volonté de simplifier les procédures définies par la Commission Criminalité économique en créant la possibilité d'une surveillance des relations bancaires, mais également celle de contraindre les banques à coopérer au moyen d'une base légale formelle: "Cette surveillance consiste en fait en une injonction à l'adresse de la banque de fournir à l'autorité pénale des informations et documents qui n'existent pas encore, mais qui existeront dans un avenir proche."³

C'est aujourd'hui chose faite avec le nouveau Code de procédure pénale suisse.

IV. Les conditions générales d'application des mesures de contrainte

La surveillance des relations bancaires est une mesure de contrainte, car elle porte atteinte à un droit fondamental, soit la protection de la sphère privée. Plus concrètement encore, elle porte atteinte au secret bancaire prévu par l'article 47 LB.

2 Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057.

3 Message (note 2), p. 1236.

De manière générale, et à l'instar des autres mesures de contrainte, la surveillance des relations bancaires doit servir à mettre des preuves en sûreté ou à assurer la présence de certaines personnes durant la procédure ou à garantir l'exécution de la décision finale (article 196 CPP).

Comme nous l'avons vu, la surveillance des relations bancaires concerne l'obtention d'informations ou la production de documentations bancaires relatives à des événements futurs. Dans la pratique, l'objectif poursuivi par le magistrat pénal sera essentiellement de mettre en sûreté les preuves, soit par le séquestre de fonds dont on suppose qu'ils seront prochainement crédités sur un compte bancaire surveillé, soit pour éviter des débits de fonds d'un compte surveillé en faveur d'un compte bancaire tiers.

La surveillance des relations bancaires aura également pour objectif de découvrir l'origine des fonds ou la destination finale de fonds depuis un compte bancaire surveillé, et donc de pouvoir procéder à un séquestre ultérieur de ces comptes d'origine ou de destination, lorsque ceux-ci auront été identifiés.

Etant donné que la surveillance des relations bancaires porte atteinte à un droit fondamental, soit la protection de la sphère privée, elle doit impérativement respecter les principes suivants :

1. Le principe de connexité : il doit y avoir des soupçons suffisants laissant présumer une infraction (article 197 al. 1 lettre b CPP). En d'autres termes, il doit exister un rapport objectif entre la mesure de contrainte ordonnée et les soupçons de commission d'une infraction pénale. Selon le Conseil fédéral, "il ne peut pas y avoir de mesures de contrainte sans soupçon"⁴.
2. Le principe de subsidiarité : le but poursuivi ne peut pas être atteint par des mesures moins sévères (article 197 al. 1 lettre c CPP). Selon la définition bien connue de la subsidiarité, la mesure de contrainte ne doit pas, d'un point de vue matériel, spatial, temporel et personnel, aller plus loin que ce qui est strictement nécessaire.
3. Le principe de proportionnalité : la mesure de contrainte apparaît justifiée en regard de la gravité de l'infraction (article 197 al. 1 lettre d CPP). Il doit ainsi exister un rapport raisonnable entre le but poursuivi et la mesure de contrainte. Le Conseil fédéral traduit en termes

⁴ Message (note 2), p. 1197.

suivants ce principe: “l’intensité [du soupçon] doit être proportionnée à la gravité de l’atteinte entraînée par la mesure appliquée”⁵.

A propos du principe de proportionnalité, nous observerons que celui-ci est plus particulièrement pris en considération s’agissant de la surveillance des relations bancaires, car l’article 284 CPP exige que le but soit d’élucider “des crimes ou des délits”. Une simple contravention ne suffit pas.

Enfin, lorsqu’il ordonnera la mise en œuvre d’une mesure de contrainte, le magistrat pénal devra se souvenir de l’article 197 al. 2 CPP, lequel prévoit que, si la mesure de contrainte porte atteinte aux droits fondamentaux d’une personne qui n’a pas le statut de prévenu, elle doit alors être ordonnée avec une retenue particulière. Selon le Conseil fédéral, “les mesures de contrainte doivent viser en premier lieu les personnes soupçonnées, car ce sont elles qui perturbent l’ordre juridique du fait de ce soupçon qui pèse sur elles”⁶.

En effet, le législateur a considéré que l’élément de soupçon en tant que critère de légitimation de la mesure de contrainte faisait défaut s’agissant du tiers. Par conséquent, une certaine retenue est exigée.

A notre avis, en application du principe de proportionnalité, cette retenue doit également être exigée vis-à-vis du prévenu. La surveillance des relations bancaires est une mesure de contrainte qui porte atteinte au secret bancaire. Dans tous les cas, l’autorité pénale doit procéder à une pesée des intérêts entre l’intérêt public de la manifestation de la vérité et l’intérêt privé de la protection de la sphère privée. Si la surveillance d’une relation bancaire n’apporte rien au niveau des faits ou n’a aucune incidence probatoire ou conservatoire, l’autorité pénale doit impérativement y renoncer.

V. Les conditions matérielles des mesures de surveillance des relations bancaires

La mise en œuvre d’une surveillance des relations bancaires doit répondre à des exigences procédurales que la jurisprudence devra préciser.

Pour pouvoir mettre en œuvre la surveillance d’une ou plusieurs relations bancaires, le ministère public doit d’abord adresser une demande au tribunal des mesures de contrainte (article 284 CPP première

5 Message (note 2), p. 1197.

6 *Ibidem*.

phrase). Il va de soi qu'il devra s'agir d'une demande écrite qui sera versée à la procédure.

La loi ne précise pas le contenu de cette demande du ministère public. Le nouveau Code de procédure pénale suisse étant de nature plus formelle que les précédents codes cantonaux, nous pensons que les juges des tribunaux des mesures de contrainte seront plutôt exigeants.

A notre avis, la demande du ministère devrait contenir les éléments suivants :

1. Un exposé des faits faisant état de soupçons suffisants pour présumer la commission d'une infraction ;
2. Une brève motivation mettant en exergue le lien de connexité entre la mesure de surveillance demandée et les soupçons dont il est fait état, démontrant la nécessité (la subsidiarité) de ladite mesure et la proportionnalité de l'atteinte à la sphère privée par rapport à l'infraction poursuivie ;
3. La désignation "suffisante" du prévenu, mais néanmoins la plus précise possible. S'agissant de mesures portant sur des événements futurs, il peut s'avérer que le prévenu ne soit pas parfaitement identifié, par exemple s'il est question de l'ouverture prochaine d'un compte dans le cadre d'un trafic de stupéfiants impliquant de nombreuses personnes.
4. La désignation "suffisante" des relations bancaires, mais néanmoins la plus précise possible. On peut par exemple imaginer que le procureur sache grâce à ses investigations qu'une banque bien identifiée recevra des fonds mais ignore sur quel compte bancaire ou en faveur de quel bénéficiaire. S'il dispose d'indices insuffisants pour désigner précisément le compte ou le bénéficiaire, la demande devra alors se fonder sur ces indices.
5. Les informations et/ou les documents à exiger de la banque. La demande du ministère public sera en principe générique, sans désigner très précisément les informations ou les documents exigés (on demandera par exemple "les documents d'ouverture de compte" ou la correspondance sans les lister).
6. Les mesures nécessaires au maintien du secret, étant donné que la surveillance des relations bancaires est une mesure de contrainte secrète. La pratique nous dira quelles mesures pourront être prises. La plus usuelle de ces mesures sera bien évidemment l'interdiction de communiquer avec le prévenu sous les menaces de l'article 292 du Code pénal (CP).

7. La durée de la surveillance des relations bancaires, afin de respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Selon certains auteurs de doctrine, celle-ci ne devrait pas être supérieure à trois⁷.

Ces conditions devront être confirmées, complétées ou infirmées par la jurisprudence.

En application de l'article 284 CPP, une mesure de surveillance des relations bancaires doit impérativement concerner une relation entre une banque ou un établissement similaire (articles 1 et 2 LB) et un prévenu (article 111 CPP). Elle ne peut pas être ordonnée à l'encontre d'un tiers à la procédure ou d'une partie civile.

L'infraction poursuivie doit être un crime ou un délit au sens de l'article 10 CP. Cette exigence est, comme nous l'avons vu auparavant, l'expression du principe de proportionnalité eu égard à l'atteinte faite à la sphère privée du titulaire de la relation bancaire.

Se fondant sur la demande du ministère public, le tribunal des mesures de contrainte donnera des "directives écrites" à la banque ou à l'établissement similaire qui préciseront le type d'informations et de documents à fournir, ainsi que les mesures visant à maintenir le secret. "Le tribunal des mesures de contrainte ne se contente pas d'ordonner la mesure; il en définit aussi les modalités d'exécution."⁸

A notre avis, ces "directives écrites" devront revêtir la forme d'une décision ou d'une ordonnance, selon qu'elles seront rendues par une autorité collégiale ou une personne seule, conformément à l'article 80 al. 1 CPP.

Ces "directives écrites" devront être motivées (article 80 al. 2 CPP). La jurisprudence précisera sans doute le degré de motivation que devront revêtir ces décisions ou ordonnances.

Le tribunal des mesures de contrainte peut-il aller au-delà de la demande du ministère public? La loi ne répond pas à cette question. A notre avis, la réponse devrait être négative, car c'est le procureur qui décide ce qu'il considère être nécessaire à ses investigations dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Il n'appartient pas au tribunal des mesures de contrainte de se substituer au procureur et de décider ce qui doit être exigé de la banque ou non. Le tribunal des mesures de contrainte doit se borner à vérifier que les conditions sont réunies pour ordonner une mesure de surveillance des relations bancaires.

7 KUHN A./JEANNERET Y. (éd.), *Commentaire romand Code de procédure pénale suisse*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2010 (cité CR CPP), page 1289.

8 Message (note 2), p. 1237.

VI. Quelques considérations de nature procédurale

La décision ou l'ordonnance du tribunal des mesures de contrainte n'est pas communiquée à la personne directement touchée, en l'occurrence le prévenu (article 284 CPP), car la mesure de surveillance des relations bancaires est secrète par définition. L'article 199 CPP précise d'ailleurs que les prononcés ordonnant des mesures de contrainte secrètes ne sont pas communiqués.

Par voie de conséquence, il y a une restriction temporaire du droit d'être entendu du prévenu sur la mesure de surveillance des relations bancaires. C'est pourquoi "les personnes ayant le droit de disposer du compte soumis à surveillance en sont informées ultérieurement conformément à l'art. 279, al. 1 et 2" (article 285 al. 3 CPP). Il s'agit d'un cas d'application concrète de l'article 108 al. 1 lettre b CPP qui prévoit la possibilité de restreindre le droit d'être entendu des parties lorsque cela est nécessaire au maintien du secret.

A ce propos, l'article 108 al. 3 CPP rappelle que toute restriction du droit d'être entendu ne peut être que temporaire ou limitée à des actes de procédure déterminés.

S'agissant des mesures de surveillance des relations bancaires, c'est au plus tard lors de la clôture de la procédure préliminaire que le ministère public communique au prévenu les motifs, le mode et la durée de la surveillance, c'est-à-dire au moment où il estime que l'instruction est complète et qu'il rend une ordonnance pénale (articles 352 ss CPP) ou informe les parties qu'il entend rendre une ordonnance de mise en accusation ou une ordonnance de classement, conformément à l'article 318 CPP.

Le Conseil fédéral a d'ailleurs précisé dans son Message que "la responsabilité de l'information revient au ministère public. Les banques sont ainsi libérées de la tâche désagréable consistant à informer leur client de la surveillance dont il a été l'objet"⁹.

Bien que l'article 279 CPP ne l'exige pas, "l'information doit être écrite et notifiée par le ministère public [...]. L'information doit s'étendre aux motifs, au mode et à la durée de la surveillance."¹⁰

Le prévenu peut bien évidemment recourir contre la décision ou l'ordonnance du tribunal des mesures de contrainte, conformément aux articles 393 à 397 CPP. Le délai commence à courir dès la réception de l'information (article 285 al. 4 CPP).

⁹ Message (note 2), p. 1237.

¹⁰ CR CPP (note 7), p. 1295.

A ce propos, les articles 284 et 285 CPP ne sont pas de simples prescriptions d'ordre au sens de l'article 141 al. 3 CPP, mais des règles de validité au sens de l'article 141 al. 2 CPP: "La surveillance d'une relation bancaire constitue, en effet, une atteinte importante à la sphère privée de celui qui en fait l'objet ou des tiers."¹¹

Une dernière remarque doit être faite: la procédure concernant la surveillance des relations bancaires n'est pas identique à celle concernant la surveillance de la correspondance par poste et télécommunications (articles 269 ss CPP). Dans ce dernier cas, le ministère public ordonne d'abord la mesure de surveillance (article 269 al. 1 CPP), puis soumet dans les 24 heures cette ordonnance à l'autorisation du tribunal des mesures de contrainte (article 274 CPP), car la surveillance de la correspondance par poste et télécommunications est soumise à l'autorisation du tribunal des mesures de contrainte (article 272 CPP).

Comme nous l'avons vu, pour la surveillance des relations bancaires, le ministère public doit d'abord faire une demande au tribunal des mesures de contrainte. Il n'est pas autorisé à ordonner immédiatement une telle mesure de contrainte. Cette différence s'explique par le fait que la surveillance des relations bancaires ne doit pas être ordonnée dans l'urgence, étant donné que les informations ou les documents demandés peuvent aussi être obtenus plus tard, au moyen d'une injonction de dépôt ou d'une mesure de séquestre.

VII. L'obligation de déposer du banquier et la surveillance des relations bancaires

En dépit du secret bancaire prévu par l'article 47 LB, les banquiers ne peuvent pas s'opposer à leur obligation d'informer ou à la perquisition et au séquestre de documents bancaires. Ils sont même obligés de s'exécuter.

Outre le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité, comme nous l'avons vu auparavant, la banque n'est pas tenue de fournir des informations ou des documents si elle est susceptible d'être personnellement mise en cause, d'un point de vue civil ou pénal.

Sous l'angle pénal, l'article 285 al. 2 lettre a CPP est la concrétisation du principe selon lequel nul ne doit être tenu de s'incriminer soi-même par

¹¹ CR CPP (note 7), p. 1290.

ses propres déclarations, principe garanti par l'article 6 CEDH¹². Il s'agit ni plus ni moins du droit de garder le silence garanti à toute personne mise en cause dans une procédure pénale. Le magistrat pénal n'a pas le choix et doit s'incliner devant les droits de la défense, même s'il s'agit d'établir les faits. Il devra procéder autrement pour obtenir ces mêmes informations ou documents.

Sous l'angle civil, selon l'article 285 al. 2 lettre b CPP, la banque peut refuser de fournir des informations ou des documents si elle risque elle-même d'être rendue civilement responsable, autrement dit de subir un préjudice d'ordre patrimonial. Cette disposition impose au magistrat pénal de procéder à une pesée des intérêts en comparant l'intérêt privé de la banque à ne pas subir un préjudice patrimonial à l'intérêt public de la procédure pénale qui consiste essentiellement en la manifestation de la vérité. Le seul fait d'être un intérêt public ne suffit pas à être prépondérant à un intérêt privé. Cet intérêt public doit avoir une matérialité suffisante et nécessaire pour imposer à la banque de fournir des informations ou des documents en dépit du risque d'être civilement tenue responsable d'un éventuel dommage.

Enfin, il convient de préciser que l'article 285 al. 2 CPP n'est pas applicable si la mesure de surveillance des relations bancaires est susceptible de mettre pénalement ou civilement en cause un employé de la banque et non pas la banque elle-même. Dans ce cas, la banque n'a pas d'autres choix que de fournir les informations ou les documents demandés. En effet, les conditions imposées par les articles 168 et 169 CPP, concernant le droit de refuser de témoigner, ne sont pas réalisées, puisque c'est l'employé de la banque qui est pénalement ou civilement en danger et non la banque sollicitée de fournir des informations ou des documents bancaires.

VIII. L'application concrète des mesures de surveillance des relations bancaires

Quels seront les cas d'application concrète des mesures de surveillance des relations bancaires? En l'état, il est difficile de répondre précisément à cette question.

¹² Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.

Comme nous l'avons évoqué plus haut, la surveillance des relations bancaires est une mesure de contrainte qui porte sur des événements futurs. La nouveauté consiste dans le caractère dynamique de cette mesure de contrainte. Elle est intimement liée à un flux à venir d'informations ou de documents à caractère financier et bancaire.

Les informations et les documents se créent au fur et à mesure que l'on progresse dans les investigations.

Or dans la pratique, en matière bancaire et financière, il est constant que la justice pénale intervient lorsque la chaîne pénale causale est terminée et que la victime, qui a subi un préjudice patrimonial, dépose plainte ou que l'intermédiaire financier informe le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent au sens de l'article 305^{bis} CP, en application de l'article 9 LBA¹³. Cela signifie que les investigations de l'autorité pénale consistent généralement à établir des faits qui se sont déroulés dans le passé. En d'autres termes, elle remonte le temps. Son travail est rétrospectif et non prospectif.

A notre avis, les articles 284 et 285 CPP seront essentiellement employés pour lutter contre le trafic de stupéfiants et les organisations criminelles. Selon les informations et les indices que le ministère public détient, il peut être déterminant de surveiller les flux financiers qui précèdent ou qui suivent l'achat et la vente de stupéfiants. Pour démanteler un réseau de trafic de stupéfiants, il est primordial de pouvoir reconstituer les flux financiers, car le nerf de la guerre de tous ces trafics est l'argent. Le financement est la clé de voûte du trafic et de l'organisation criminelle. Une mesure de surveillance des relations bancaires peut dès lors constituer un outil intéressant et profitable d'investigation.

Cependant, par réalisme, il faut être conscient que les flux financiers des organisations criminelles suivent des circuits extrêmement complexes généralement offshore de la place financière suisse. Les systèmes de compensation internationaux et les agences dites de *money transfer* limitent passablement la portée de la surveillance des relations bancaires. Les frontières sont des obstacles difficiles à franchir lorsque les investigations portent sur des événements futurs.

Nous pouvons également imaginer des cas de blanchiment d'argent systématique par des bandes organisées au sens de l'article 305^{bis} ch. 2

¹³ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA), RS 955.0.

lettre b CP. Cela étant, si la banque procède aux mesures d'identification de ses clients et des ayants droit économiques, ainsi qu'à la clarification de l'arrière-plan économique des opérations de transfert de fonds, il ne devrait pas y avoir de place pour du blanchiment d'argent systématique. Encore une fois, nous sommes généralement confrontés à du blanchiment d'argent ponctuel résultant d'une activité criminelle et non à des événements récurrents qui pourraient justifier une surveillance des relations bancaires.

Enfin, il peut y avoir les cas de corruption, qui peuvent revêtir le caractère récurrent nécessaire à la mise en œuvre d'une surveillance des relations bancaires. Nous pouvons imaginer le fonctionnaire qui perçoit un pourcentage sur les mandats qu'il confie à des entreprises privées.

Reste bien évidemment le cas où l'autorité pénale a des informations suffisantes qui lui permettent d'anticiper le versement d'un montant sur un compte bancaire d'un prévenu en Suisse, et qui souhaite être informée le cas échéant pour pouvoir séquestrer l'argent.

LES PROCÉDURES D'ENFORCEMENT DE LA FINMA, OU DE LA DIFFICULTÉ DE COORDONNER LES PROCÉDURES COERCITIVES ADMINISTRATIVES ET LES PROCÉDURES PÉNALES SOUS L'EMPIRE DU NOUVEAU CPP ET DE LA LFINMA

Jacques Iffland*

L'avènement des procédures d'*enforcement* – c'est-à-dire des procédures administratives à caractère coercitif tendant à assurer le respect de la réglementation financière¹ – est un développement relativement nouveau. Jusqu'à récemment, le respect de la réglementation financière pouvait le plus souvent être assuré par des moyens informels. En cas de manquement, la Commission fédérale des banques (CFB) – prédécesseur de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) – pouvait notamment utiliser la menace du retrait de l'autorisation pour obtenir des mesures correctives de la part des établissements concernés, comme par exemple la mise à l'écart des organes ou des collaborateurs responsables².

Si un tel régime peut être efficace pour assurer la surveillance d'établissements dont l'activité est sujette à autorisation, il est en revanche inadapté pour intervenir auprès de tiers non assujettis. Or la tendance sur le plan international a précisément été d'élargir le mandat des autorités de marché, en leur demandant d'assurer non seulement la surveillance des intermédiaires, mais également de l'ensemble des participants au marché. En Europe, cette tendance s'est concrétisée par l'adoption de la Directive sur

* Docteur en droit, associé de l'étude Lenz & Staehelin.

1 Sur la notion, voir Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH, *Finanzmarktenforcement*, Berne 2008, 14 ss.

2 Peter NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards*, Berne 2010, § 8 NN 83-84; Daniel BODMER/Beat KLEINER/Benno LUTZ, *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Zurich 2010, Art. 3 N 164. Voir cependant Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 91-92 ("Keine Drohung mit Verfahren").

les abus de marché de 2003³. Ce texte contraint les Etats membres à veiller à ce que “des mesures administratives appropriées puissent être prises ou des sanctions administratives appliquées” à l’encontre de toute personne responsable d’abus de marché⁴, qu’il s’agisse d’un établissement soumis à surveillance ou d’un tiers non assujetti. Il consacre donc le principe d’une cohabitation de procédures coercitives administratives et pénales.

La tendance a été identique en Suisse, bien qu’elle y ait été plus lente qu’en Europe. Dans un arrêt *Bieber* de 2000, le Tribunal fédéral a reconnu à la CFB la compétence de réglementer la façon dont les intermédiaires financiers se comportent non seulement à l’égard de leurs clients, mais aussi à l’égard de leurs contreparties sur le marché⁵. Même si le législateur fédéral n’a pas voulu permettre que l’autorité puisse prendre des mesures contraignantes à l’encontre de personnes non assujetties⁶ lors de l’adoption de la LFINMA⁷, cette compétence devrait lui être reconnue dans le cadre d’une prochaine révision⁸ de la LBVM⁹.

Malgré la faiblesse des instruments légaux à disposition, la CFB, puis la FINMA, ont développé leur activité d’*enforcement* au cours des années. L’absence de bases légales explicites a cependant suscité une pratique parfois peu transparente. La répartition des compétences entre les autorités administratives et pénales reste notamment un domaine souvent nébuleux. La FINMA privilégie en principe la mise en œuvre du droit de la

3 Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d’initiés et les manipulations de marché (abus de marché), Journal officiel n° L 096 du 12 avril 2003, 16-25.

4 Art. 14 de la Directive 2003/6/CE (note 3).

5 ATF du 2 février 2000 dans la cause *Credit Suisse Group et Credit Suisse First Boston*, reproduit au Bull. CFB 40 (2000) 37 ss.

6 La CFB avait pourtant plaidé en faveur d’une telle extension. Voir le *Rapport de la CFB sur les sanctions*, avril 2003 (disponible à l’adresse www.finma.ch/archiv/ebk/f/archiv/2003/20030502/m030502-02f.pdf).

7 Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l’Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, RS 956.1.

8 Art. 33h ss de l’avant-projet de modification de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (AP-LBVM), mis en consultation le 26 janvier 2010 (FF 2010 273).

9 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM), RS 954.1.

surveillance. Sous réserve de certaines exceptions¹⁰, elle n'attend pas le résultat des procédures pénales qui peuvent être introduites pour mener ses propres enquêtes et ne suspend pas ces dernières si une procédure pénale est initiée¹¹. Généralement, elle intervient donc en amont des autorités pénales, la question du dépôt d'une éventuelle plainte ne se posant qu'à l'issue de la procédure administrative¹².

L'objet de cette contribution est de montrer que la politique actuelle d'enforcement de la FINMA devra être reconsidérée pour tenir compte des exigences du nouveau Code de procédure pénale fédéral (CPP)¹³. Le fait que la FINMA oblige les parties à collaborer à ses procédures – et les menaces de peines d'amende ou d'autres désagréments si elles choisissent de faire usage de leur droit à ne pas s'incriminer – rend en effet les preuves réunies irrecevables dans le cadre d'une procédure pénale subséquente. Le fait que des preuves aient été obtenues en violation des droits de la défense peut aussi affecter la validité des autres preuves réunies par l'autorité¹⁴. L'intervention de la FINMA en amont d'une procédure pénale peut donc se montrer non seulement inutile (les preuves réunies étant inutilisables dans le cadre d'un procès pénal subséquent), mais aussi contreproductive (la faculté du juge pénal de réunir des preuves à charge étant alors compromise).

Cette contribution a aussi pour ambition de montrer que – contrairement à ce que considère la FINMA – les procédures administratives d'enforcement menées en application de la nouvelle LFINMA ont le plus souvent un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH¹⁵. Or d'importantes modifications devraient être apportées au régime actuel pour le rendre compatible avec les exigences de cette convention pour les procédures de ce type.

10 Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 203 ("Vorrang des Strafrechts im Einzelfall").

11 *Politique en matière d'enforcement de la FINMA* du 17 décembre 2009, Principe n° 11, p. 6.

12 Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 205-206.

13 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, RS 312.0.

14 Voir les notes 32 à 38 et le texte qui les accompagne.

15 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.

I. Articulation entre procédures administrative et pénale

Le régime réglementaire actuel permet, en matière financière, la cohabitation de procédures coercitives administrative et pénale. En présence de contraventions au droit de la surveillance, la FINMA peut prendre des mesures administratives pour “rétablir l’ordre légal”¹⁶. Elle peut par exemple constater le manquement¹⁷, interdire à l’auteur d’exercer une fonction dirigeante dans un établissement assujéti pour une période pouvant aller jusqu’à cinq ans¹⁸, publier ses décisions¹⁹, voire confisquer le gain obtenu de façon illicite²⁰. Ces décisions sont prises par la FINMA elle-même, en application de la PA²¹. La FINMA considère qu’il lui appartient aussi d’enquêter sur les soupçons d’infraction qui lui sont communiqués par les bourses, même si aucun institut soumis à surveillance n’est concerné²². Les enquêtes menées dans ce contexte peuvent être importantes, et impliquent souvent l’audition des personnes visées²³. Si les manquements observés constituent des infractions pénales, la FINMA doit les dénoncer aux autorités de poursuite, qui peuvent alors initier des procédures séparées²⁴,

16 Art. 31 LFINMA.

17 Art. 32 LFINMA.

18 Art. 33 LFINMA.

19 Art. 34 LFINMA.

20 Art. 35 LFINMA.

21 Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA), RS 172.021. Art. 53 LFINMA.

22 Cf. *Rapport de gestion CFB 2005*, 87-89. Le bien-fondé de cette analyse est en réalité douteux, la LBVM ne conférant aucun pouvoir de décision à la FINMA dans les domaines qui ne touchent pas à la surveillance des intermédiaires ou des personnes qui leur sont assimilées. Les bourses ont l’obligation de surveiller leurs marchés (art. 6 al. 1 LBVM), et d’informer la FINMA en cas de soupçon d’infraction (art. 6 al. 2, première phrase, LBVM). La FINMA est quant à elle tenue de dénoncer les infractions qu’elle constate aux autorités pénales (art. 38 al. 3 LFINMA). La loi ne précise cependant pas la façon dont la FINMA doit traiter les soupçons d’infraction dont les bourses lui font part, et ne lui confère aucune compétence particulière dans ce domaine. Critiques quant à l’idée que l’art. 6 al. 2 LBVM puisse permettre à la FINMA de prendre des décisions contraignantes contre des personnes non assujéties : *Basler Kommentar Börsengesetz / Finanzmarktaufsichtsgesetz* (2^e éd., 2011) – Rolf WATTER/Urs KÄGI, Art. 6 BEHG NN 69, 76, 81 et 86 ; Jacques IFFLAND, “Abus de marché” in : Luc THÉVENOZ/Christian BOVET (éd.), *Journée 2004 de droit bancaire et financier*, Zurich 2005, 62 ss.

23 Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 162.

24 Art. 38 al. 3 LFINMA.

dans lesquelles la FINMA doit accorder l'entraide²⁵. L'avant-projet de révision de la LBVM prévoit d'étendre ce régime, en permettant à la FINMA d'intervenir non seulement auprès de personnes assujetties ou qui y sont assimilées, mais auprès de tout un chacun²⁶.

A l'heure actuelle, la FINMA enquête en principe avant de saisir les autorités pénales²⁷. Selon les indications fournies dans son rapport de gestion de 2004 :

“Plutôt que de se saisir elles-mêmes des rapports d'enquête qui leur sont transmis – ainsi qu'à la Commission des banques – par la Bourse suisse ou Eurex, les autorités cantonales de poursuite pénale ont pris l'habitude de s'en remettre aux enquêtes menées par la Commission des banques, en attendant un éventuel dépôt de plainte de sa part. Le cas échéant, une réunion est organisée avec les autorités de poursuite compétentes avant l'envoi de la plainte, afin de discuter de l'affaire. Lorsqu'à l'issue de ses vérifications, la Commission des banques estime qu'il n'y a pas eu délit, la procédure est interrompue. Cette pratique repose sur un accord entre les représentants de la Commission contre le crime organisé et la criminalité économique de la Conférence des chefs des départements cantonaux de justice et police et la Commission des banques. Ce partage des tâches entre la Commission des banques et les autorités de poursuite pénale prend tout son sens dans la mesure où il permet d'uniformiser les caractéristiques des enquêtes (durée, précision des questions, délais, etc.) et de centraliser rapidement auprès d'une autorité unique les premiers résultats obtenus. Ce système présente l'avantage d'éviter le déclenchement prématuré de poursuites pénales parallèles, souvent préjudiciables pour la réputation des personnes concernées.”²⁸

Cette pratique a été critiquée comme une distraction pour la FINMA, à qui il a été reproché d'allouer des ressources importantes à l'instruction d'affaires relevant de la justice pénale. Elle a cependant été défendue par la CFB²⁹, cautionnée par le Tribunal fédéral³⁰, et confirmée par la

25 Art. 38 al. 1 LFINMA.

26 Voir la note 8 ci-dessus.

27 Voir les notes 10 à 12 ci-dessus, et le texte qui les accompagne.

28 *Rapport de gestion CFB 2004*, 90.

29 *Rapport de gestion CFB 2004*, 86.

30 “Es entspricht durchaus einer sinnvollen Aufgabenteilung zwischen den sachnäheren Aufsichtsorganen und den Strafverfolgungsbehörden, dass im Vorfeld strafrechtlicher Ahndung von Finanzmarktdelikten aufsichtsrechtliche Abklärungen getroffen werden.” ATF 125 II 65, 73 c. 5a.

FINMA³¹. L'entrée en vigueur du nouveau CPP pose cependant une nouvelle fois la question de son opportunité.

Le CPP accorde une place importante au droit de ne pas s'incriminer soi-même, que garantissent aussi bien la Constitution fédérale³² que la CEDH³³. Il oblige ainsi les autorités de poursuite à informer le prévenu dès sa première audition de son droit de refuser de déposer et de collaborer³⁴. Les éléments réunis lors d'auditions conduites sans que cet avertissement ait été donné sont *inexploitables*³⁵. Il en va de même des autres preuves obtenues sur cette base³⁶. La prohibition est absolue : les aveux obtenus sans mention adéquate du droit de ne pas collaborer ne peuvent pas être utilisés, même pour élucider des infractions graves³⁷. Le vice résultant d'une absence de mise en garde ne peut être que difficilement réparé par la suite. Lors d'un entretien subséquent, l'autorité doit non seulement informer la personne entendue de son droit de se taire, mais aussi du caractère inexploitable de ses précédentes dépositions³⁸.

La situation est différente dans la procédure administrative, où le droit de se taire n'existe pas, et où les parties sont au contraire tenues de

31 La section "Enforcement / surveillance des marchés" du site internet de la FINMA (www.finma.ch/f/finma/taetigkeiten/gb-maerkte/enforcement-marktaufsicht/pages/default.aspx#marktaufsicht) indique que "[l]a FINMA est tenue, selon l'art. 6 al. 2 LBVM, d'enquêter sur les infractions et autres irrégularités qu'elle suspecte ou qui lui ont été signalées par les bourses".

32 Art. 32 Cst. féd.

33 Art. 6 § 2 CEDH. Cf. ATF 6B 748/2009 du 2 novembre 2009 c. 2; ATF 130 I 126, 128-129 c. 2.1; ATF 1P.641/2000 du 24 avril 2001 c. 3.

34 Art. 158 al. 1 lit. b CPP.

35 Art. 158 al. 2 CPP.

36 Gunhild GODENZI in: Andreas DONATSCH/Thomas HANSJAKOB/Viktor LIEBER (éd.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zurich 2010, Art. 158 N 33.

37 La possibilité prévue à l'art. 141 al. 2 CPP d'exploiter des preuves illicites si cela est nécessaire "pour élucider des infractions graves" ne s'étend pas aux aveux obtenus en l'absence de mise en garde adéquate. L'art. 158 al. 2 CPP va par conséquent plus loin que ce que prévoyait la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral (ATF 130 I 126, 131-133 c. 3). Voir à ce sujet *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung* (2010) – Niklaus RUCKSTUHL, Art. 158 StPO N 33; Gunhild GODENZI (note 36), Art. 158 N 33; *Commentaire romand Code de procédure pénale suisse* (2010) – Jean-Marc VERNIORY, art. 158 CPP N 26.

38 *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung* (2010) – Niklaus RUCKSTUHL, Art. 158 StPO N 37; Gunhild GODENZI (note 36), Art. 158 N 37.

collaborer³⁹. Dans ce contexte, la personne visée par une enquête se voit généralement explicitement menacée de sanction ou d'impact négatif sur la procédure en cas de non coopération. Ainsi, la FINMA indique certes aux parties visées par des procédures d'enforcement qu'il leur est loisible de refuser de répondre en cas de risque de poursuite pénale. Elle ajoute cependant que la FINMA appréciera librement la portée d'un tel refus⁴⁰. Or la menace d'une décision défavorable constitue une mesure de contrainte indirecte en principe inconciliable avec le droit de ne pas s'incriminer, ce qui rend les preuves obtenues par ce biais inexploitable dans un procès pénal⁴¹. La situation est d'autant plus délicate que la FINMA fait généralement usage de mesures de contrainte au stade de ses investigations préliminaires déjà, c'est-à-dire avant même qu'une procédure administrative formelle ait été initiée⁴².

Compte tenu de cette situation, la pratique par laquelle l'autorité administrative instruit des faits susceptibles d'être utilisés ultérieurement dans un procès pénal semble potentiellement dommageable. Cette façon de procéder pourrait empêcher *de facto* toute poursuite pénale dans les procédures impliquant des établissements assujettis. Les autorités pénales doivent en effet informer les prévenus du caractère inexploitable des déclarations faites devant la FINMA⁴³. Elles doivent ainsi leur donner la possibilité de revenir sur les aveux qu'ils ont pu faire dans la procédure administrative, et qu'ils seront généralement peu enclins à répéter par la suite. En cas d'ouverture d'une instruction pénale, le fait que le prévenu ait déjà été entendu sans que son droit de garder le silence lui ait été notifié pourrait donc handicaper l'accusation. Dans les affaires concernant des abus de marché de non-assujettis dans lesquelles la FINMA ne peut pas prendre de mesure elle-même, son intervention pourrait même compromettre toute possibilité de sanction.

³⁹ Art. 29 LFINMA.

⁴⁰ Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 210 (“[I]n diesem Fall [kann aber die EBK] die Verweigerung der Mitwirkung frei würdigen.”) ; Urs ZULAUF, “Procédure devant la CFB (‘enforcement’) : drame en cinq actes et épilogue” in : Luc THÉVENOZ et Christian BOVET (éd.), *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Zurich 2007, 165 ss, 187.

⁴¹ Gilles BENEDECK, “Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren”, in PJA 2011, 169.

⁴² Urs ZULAUF (note 40), 187.

⁴³ Voir les notes 35 à 38 ci-dessus et le texte qui les accompagne.

La position actuelle de la FINMA sur ce point est pour l'essentiel que ce problème n'est pas le sien, mais celui du juge pénal⁴⁴. Cette position pourrait cependant se révéler difficile à soutenir dans le long terme. La situation semble particulièrement critique en matière d'abus de marché, où la FINMA ne dispose d'aucune compétence de décision, et agit en quelque sorte "à la place" des autorités pénales. La légitimité de ce procédé a toujours été sujette à caution⁴⁵. Ce régime devient cependant injustifiable si les enquêtes de la FINMA dans ce domaine s'avèrent inutiles, voire nuisibles pour la procédure pénale subséquente.

L'analyse suggère ainsi que la FINMA devra adapter ses procédures d'*enforcement* pour se conformer aux règles du nouveau CPP. En théorie, ses options sont au nombre de deux : transférer aux autorités pénales les affaires susceptibles de donner lieu à des poursuites *avant* d'avoir entendu les personnes concernées, ou mener ses enquêtes conformément aux standards applicables en matière d'instruction pénale. Comme on va le voir plus bas, les règles de l'art. 6 CEDH obligent sans doute la FINMA à opter pour la seconde solution.

II. Procédures d'*enforcement* et garanties de procédure de la CEDH en matière pénale

La CEDH fixe des garanties de procédure minimales pour tout litige portant sur des "droits et obligations de caractère civil" ou sur le "bien-fondé d[']une] accusation en matière pénale". La CEDH a ses propres définitions de ce qui constitue une cause à caractère civil ou pénal, qui ne correspondent pas à celles du droit interne suisse. Une procédure administrative – comme par exemple une procédure d'*enforcement* – peut donc constituer une cause "civile" ou "pénale" au sens de l'art. 6 CEDH.

44 "Die Haltung der EBK dazu [i.e. au sujet de l'utilisation des preuves obtenues par des moyens de contrainte indirects] ist die, dass es primär Aufgabe des Strafrichters oder der Verwaltungsstrafbehörde ist, zu entscheiden, welche Beweismittel im Strafverfahren verwendet werden können." Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 208.

45 Voir la note 22 ci-dessus.

A. Règles de la CEDH en matière de procès équitable

Le “volet civil” de l’art. 6 CEDH confère certaines garanties de procédure au justiciable, dont en particulier le droit à ce que “sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi”⁴⁶. Le “volet pénal” de l’art. 6 CEDH prévoit des garanties supplémentaires. Le justiciable bénéficie dans ce contexte de la présomption d’innocence⁴⁷, ainsi que du droit corolaire à ne pas s’incriminer lui-même⁴⁸. La CEDH garantit également au prévenu le droit d’“être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu’il comprend et d’une manière détaillée, de la nature et de la cause de l’accusation portée contre lui”⁴⁹, d’“interroger ou faire interroger les témoins à charge” et d’“obtenir la convocation et l’interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge”⁵⁰.

B. Position de la FINMA et état de la jurisprudence

La FINMA considère que ses procédures d’enforcement ont en principe un caractère civil, au sens que l’art. 6 CEDH donne à ce terme⁵¹. Certes, la FINMA ne constitue pas un “tribunal indépendant” et ne tient pas de débats publics. Toutefois, ce “vice” est corrigé en raison de l’existence d’une possibilité d’un recours judiciaire s’étendant aussi bien à l’opportunité qu’à la légalité des décisions attaquées, et dans le cadre duquel des débats publics peuvent être tenus⁵². En revanche, la FINMA considère que ses procédures n’ont pas de caractère pénal au sens de l’art. 6 CEDH⁵³. Ce point a de nombreuses conséquences :

46 Art. 6 § 1 CEDH.

47 Art. 6 § 2 CEDH.

48 Voir la note 33 ci-dessus.

49 Art. 6 § 3 lit. a CEDH.

50 Art. 6 § 3 lit. d CEDH.

51 *Rapport de la CFB sur les sanctions* (note 6), ch. 7.1, 41.

52 Urs ZULAUER/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 256. Voir aussi l’art. 40 al. 1 LTAF, selon lequel en cas de recours, le juge instructeur du Tribunal administratif fédéral peut ordonner des débats publics si une partie le demande ou qu’un intérêt public important le justifie et “[s]i l’affaire porte sur des prétentions à caractère civil ou sur une accusation en matière pénale au sens de l’art. 6, par. 1, de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”.

53 *Rapport de la CFB sur les sanctions* (note 6), ch. 7.1, 41.

- Le droit de ne pas s’incriminer n’existe pas devant la FINMA. La partie visée par une procédure d’*enforcement* a l’obligation de collaborer à l’établissement des faits. En pratique, la FINMA indique aux personnes interrogées qu’un refus de répondre aux questions posées pourra être considéré comme un élément à charge⁵⁴.
- La présomption d’innocence et le principe *in dubio pro reo* ne trouvent pas application dans les procédures d’*enforcement*. La FINMA supporte certes le fardeau de la preuve des faits qu’elle entend faire établir, mais le standard de preuve n’est pas le même qu’en matière pénale. Alors qu’une condamnation pénale suppose que les faits pertinents aient été établis de façon à exclure tout doute objectif⁵⁵, une “conviction fondée sur des motifs valables, supportée par l’expérience de la vie et le bon sens” suffit à supporter une mesure coercitive dans une procédure d’*enforcement*⁵⁶.
- Le droit d’être informé d’une manière détaillée de la nature et de la cause de l’accusation n’existe pas dans les procédures d’*enforcement*. La FINMA doit informer les parties de l’ouverture d’une procédure⁵⁷, mais les personnes visées ne sont généralement pas informées de la nature exacte des griefs qui leur sont faits. Il n’est d’ailleurs pas toujours facile pour ces dernières de déterminer si les questions qui leur sont posées le sont dans le cadre d’une procédure formelle ou d’une investigation préparatoire informelle.
- La personne visée par une procédure d’*enforcement* n’a que peu de moyens de requérir des mesures d’instruction. L’administration des

⁵⁴ Voir les notes 39 à 42 et le texte qui les accompagne.

⁵⁵ “Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat.” ATF 124 IV 86 c. 2a.

⁵⁶ “Vielmehr kann die von der Lebenserfahrung und der praktischen Vernunft getragene, mit Gründen gestützte Überzeugung genügen”, ATF 2A.500/2002 du 24 mars 2003 c. 3.5. L’arrêt est mal cité dans l’ATAF B-1215/2009 du 9 novembre 2010 dans la cause *Ronny Pecik et Georg Stumpf c. Sulzer AG* c. 9.2. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal administratif fédéral indique en se référant à l’arrêt précité qu’une “vraisemblance excluant tout doute raisonnable” serait requise (“*ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit, dass keine vernünftigen Zweifel bleiben*”). L’ATF 2A.500/2002 du 24 mars 2003 c. 3.5 ne mentionne cependant pas un tel standard de preuve.

⁵⁷ Art. 30 LFINMA.

preuves est essentiellement laissée à la discrétion de la FINMA. Un droit d' "interroger ou faire interroger les témoins à charge" et d' "obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge" n'existe pas. Le droit d'être entendu est en principe limité aux questions de fait. La personne visée n'a qu'exceptionnellement la faculté de s'exprimer sur les conséquences juridiques que la FINMA entend tirer des faits retenus⁵⁸. Or en l'absence d'indications quant aux arguments juridiques de l'autorité, il est souvent difficile – voire impossible – de déterminer les mesures d'instruction nécessaires à la défense. Le justiciable ne bénéficie au demeurant pas d'un accès direct à l'autorité de décision. Le comité d'enforcement ou, le cas échéant, le conseil d'administration de la FINMA statue hors de la présence des parties, sur la base d'un rapport et d'un projet de décision préparés par les collaborateurs ayant instruit l'affaire, et auquel les personnes concernées n'ont pas accès⁵⁹.

- La FINMA cumule les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction dans les procédures qu'elle conduit. Il est d'ailleurs d'usage que les collaborateurs qui ont assuré l'instruction des affaires rédigent également le rapport à l'intention du comité compétent ainsi que le projet de décision⁶⁰. Le Tribunal fédéral considère que cette façon de procéder ne prive pas l'autorité de l'indépendance garantie par la Constitution fédérale et la loi de procédure administrative⁶¹. Un tel cumul est cependant incompatible avec la garantie d'impartialité que consacre l'art. 6 CEDH dans les causes à caractère pénal⁶².
- Un cumul de sanctions administratives et pénales est en principe possible. Le principe *ne bis in idem* ne s'applique pas en matière administrative. Une poursuite pour les mêmes faits par les autorités administratives et pénales serait en revanche exclue si la procédure

58 Urs ZULAUF (note 40), 188 ; Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 220-221.

59 Urs ZULAUF (note 40), 190-191 ; Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 255-256.

60 Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 255.

61 ATF du 2 février 2000 dans la cause *Credit Suisse Group et Credit Suisse First Boston*, reproduit au Bull. CFB 40 (2000) 37, 52-53 c. 3b. Voir aussi ATF 2A.65/2002 du 22 mai 2002, reproduit au Bull. CFB 43 (2003) 15, 20 c. 2.2.1, et ATF 2A.91/2005 du 9 février 2006, reproduit au Bull. CFB 49 (2006) 36, 56 c. 3.2.3.

62 *Dubus S.A. c. France* (requête n° 5242/04) du 11 juin 2009, §§ 55-62. ATF 112 Ia 290, 300-301 c. 5b.

administrative était considérée comme ayant un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH⁶³.

Les tribunaux suisses n'ont jusqu'ici pas contesté la régularité de cette situation. Le Tribunal administratif fédéral a récemment considéré que l'existence d'un recours judiciaire contre les décisions en matière d'*enforcement* suffit à garantir le respect du volet civil de l'art. 6 § 1 CEDH⁶⁴. La question de savoir si les procédures d'*enforcement* ont un caractère pénal au sens de cette disposition n'a cependant pas été tranchée⁶⁵.

Considérer que les procédures d'*enforcement* ont un caractère pénal au sens de l'art. 6 § 1 CEDH aurait des conséquences profondes sur le fonctionnement de la FINMA. Une telle qualification obligerait cette autorité à revoir entièrement la façon dont ces procédures sont menées. Il est en effet douteux que l'écart qui sépare actuellement les procédures de la FINMA de procédures conformes au volet pénal de l'art. 6 § 1 CEDH puissent être comblé devant le Tribunal administratif fédéral.

C. Caractère pénal des procédures d'*enforcement* de la FINMA ?

Les procédures d'*enforcement* de la FINMA ont-elles un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH ?

La Cour européenne des droits de l'homme recourt à trois critères – qualifiés de “critères Engel” – pour juger du caractère pénal d'une prétention⁶⁶. Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le second la nature même de l'infraction et le troisième le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé. Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et non cumulatifs. Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale⁶⁷. Se fondant sur ces considérations, la Cour

⁶³ Arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie* (requête n° 14939) du 10 février 2009, §§ 48 ss.

⁶⁴ ATAF B-1215/2009 (arrêt *Sulzer*) (note 56) c. 4.3. Voir aussi la jurisprudence citée à la note 61 au sujet de l'indépendance de l'autorité de décision.

⁶⁵ ATAF B-1215/2009 (arrêt *Sulzer*) (note 56) c. 4.3.1 *in fine*.

⁶⁶ Par référence à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause *Engel et autres c. Pays-Bas* (requêtes n°s 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72) du 8 juin 1976.

⁶⁷ Arrêt *Dubus S.A. c. France* (requête n° 5242/04) du 11 juin 2009, § 36.

européenne des droits de l'homme a jugé qu'un blâme infligé par la Commission bancaire française à une entreprise d'investissement pour contravention à la réglementation en matière de fonds propres "était de nature à porter atteinte au crédit de la société sanctionnée entraînant pour elle des conséquences patrimoniales incontestables" et avait donc un caractère pénal⁶⁸.

Dans ce contexte, la position selon laquelle les procédures d'enforcement de la FINMA n'auraient pas de caractère pénal semble sujette à caution à plusieurs égards.

Premièrement, s'il est exact que les mesures susceptibles d'être prises par la FINMA relèvent du droit administratif en Suisse, ce point n'est pas déterminant dans le contexte de l'art. 6 CEDH. La nature de l'infraction doit dans ce cas être prise en considération. Or la FINMA ne cache pas le caractère rétributif (et non seulement préventif) des mesures prises dans le cadre des procédures d'enforcement⁶⁹. Ces procédures ne tendent donc pas seulement à la prise de mesures, mais bien à l'imposition de sanctions. L'action de la FINMA dans ce domaine va au-delà de la surveillance des intermédiaires ainsi que de la protection des investisseurs et du marché. Elle tend à prévenir la répétition d'infractions et à punir. Selon la Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal fédéral, ces éléments sont caractéristiques de causes pénales⁷⁰.

Deuxièmement, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le degré de sévérité de la sanction susceptible d'être imposée doit aussi être pris en compte pour juger de la "coloration pénale" de la procédure. La législation fédérale permet à la FINMA d'interdire au collaborateur d'un négociant de pratiquer le commerce des valeurs mobilières (mesure connue en pratique sous le nom de *Händlerverbot*)⁷¹. L'interdiction peut avoir un caractère provisoire, ou être faite pour une durée

⁶⁸ *Idem*, § 37.

⁶⁹ Voir par exemple le *Rapport annuel 2009* de la FINMA, 20, qui se réfère explicitement à des "sanctions administratives".

⁷⁰ "[T]he surcharges were imposed by a rule whose purpose was deterrent and punitive. Without more, the Court considers that this establishes the criminal nature of the offence." Arrêt *Jussila c. Finlande* (requête n° 73053/01) du 23 novembre 2006, § 38. Dans le même sens ATF 125 I 104 c. 2a et ATF 1P.102/2000 du 11 août 2000 c. 1c. Voir aussi l'ATF 121 II 22, 25-28 c. 3 (volet pénal de l'art. 6 CEDH jugé applicable à un retrait de permis d'admonestation en raison du caractère punitif de la mesure).

⁷¹ Art. 35a LBVM.

indéterminée. De même, la FINMA peut interdire à l'auteur d'une violation grave du droit de la surveillance d'exercer une fonction dirigeante dans l'établissement d'un assujetti pour une période pouvant aller jusqu'à cinq ans⁷². De telles mesures peuvent avoir des conséquences extrêmement graves pour les personnes concernées, que ce soit sur le plan personnel ou financier. Elles peuvent conduire au licenciement ou à la mise à l'écart de la personne concernée. Elles peuvent aussi compromettre la faculté de ces personnes de trouver une nouvelle position, et affecter ainsi l'ensemble de leur carrière. Une suspension a donc souvent des conséquences plus graves qu'une sanction fondée sur le droit pénal ordinaire, qui est en pratique souvent assortie du sursis.

Certes, les procédures d'*enforcement* peuvent donner lieu à des mesures moins incisives qu'une interdiction de pratiquer. La FINMA peut par exemple se contenter de constater un manquement⁷³ ou de publier sa décision⁷⁴. Toutefois, il ne semble pas possible d'exclure d'emblée qu'une décision en constatation (et *a fortiori* la publication de cette décision) soit qualifiée de pénale au sens de l'art. 6 CEDH. Dans l'affaire *Dubus S.A. c. France*, la Cour européenne a identifié une "coloration pénale" dans un cas dans lequel un simple blâme avait été prononcé⁷⁵. Les décisions de constatation de la FINMA présentent certaines analogies avec un blâme, et devraient donc logiquement se voir appliquer le même régime. Par ailleurs, la FINMA dispose d'une grande marge d'appréciation dans le choix des mesures qu'elle entend prendre dans un cas particulier. Une suspension du droit d'exercer ne peut donc que rarement être exclue *a priori*. Or selon la Cour européenne des droits de l'homme, "la coloration pénale d'une instance est subordonnée au degré de gravité de la sanction dont est a priori passible la personne concernée [...] et non à la gravité de la sanction finalement infligée"⁷⁶. Le fait qu'une mesure à caractère pénal puisse être prise dans un cas concret suffit donc en principe à affecter la qualification de la procédure.

Troisièmement, la pertinence de l'argument généralement invoqué pour exclure le volet pénal de l'art. 6 CEDH – le fait que ces procédures

72 Art. 33 LFINMA.

73 Art. 32 LFINMA.

74 Art. 34 LFINMA.

75 Arrêt *Dubus S.A. c. France* (requête n° 5242/04) du 11 juin 2009, §§ 37 et 38.

76 *Idem*, § 37.

auraient un caractère disciplinaire⁷⁷ – est sujette à caution. Il est exact que les garanties procédurales de l'art. 6 CEDH ne s'appliquent en principe pas en matière disciplinaire⁷⁸. Toutefois, il semble douteux que les procédures d'enforcement de la FINMA puissent être rangées dans cette catégorie. En effet, les organes et collaborateurs de banques ne sont pas directement soumis à la surveillance de la FINMA. La surveillance est exercée sur la banque, le négociant en valeurs mobilières ou les autres établissements qui exercent une activité soumise à autorisation. Les organes et les employés de ces établissements ne sont pas autorisés à titre personnel, et n'entretiennent par conséquent pas de relation juridique particulière avec l'autorité. Leur situation se distingue en cela de celle des personnes qui exercent des professions libérales (comme par exemples les médecins ou les avocats), et qui font l'objet d'une surveillance personnelle. Leur statut ne peut pas non plus être comparé à celui des personnes assujetties à des régimes administratifs spéciaux pour lesquelles la jurisprudence admet l'exercice d'un pouvoir disciplinaire en marge du régime pénal, comme c'est par exemple le cas pour les fonctionnaires⁷⁹, les militaires⁸⁰ ou les prisonniers⁸¹. Le Tribunal administratif fédéral admet d'ailleurs que les procédures d'enforcement peuvent être dirigées contre certains non-assujettis, comme par exemple des actionnaires de sociétés cotées en bourse⁸². Le Département fédéral des finances envisage en outre d'étendre le pouvoir d'enforcement de la FINMA à l'ensemble de la population⁸³. Cela confirme que les procédures de la FINMA dans ce domaine n'ont pas un caractère exclusivement disciplinaire.

En outre, selon la jurisprudence, les procédures disciplinaires n'échappent aux règles pénales que si les sanctions susceptibles d'être imposées

⁷⁷ Basler Kommentar Börsengesetz / Finanzmarktaufsichtsgesetz (2^e éd., 2011) – Peter Ch. Hsu/Rashid BAHAR/Daniel FLÜHMANN, Art. 32 FINMAG NN 12-13 et Art. 33 FINMAG N 10. Voir dans ce sens, au Royaume-Uni, l'arrêt de la Court of Appeal du 21 décembre 2001 dans la cause *Bertrand Fleurose c. The Securities & Futures Authority Ltd. and the Disciplinary Appeal Tribunal of the Securities & Futures Authority Ltd.* (cas n° CO/988/2000 2001/1033).

⁷⁸ ATF 121 I 379 c. 3c ; ATF 125 I 105 c. 2a ; ATF 1P.102/2000 du 11 août 2000 c. 1c.

⁷⁹ ATF 121 I 379.

⁸⁰ Arrêt de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Borrelli c. Suisse* (requête n° 17571/90) du 2 septembre 1993, résumé in JAAC 57.62.

⁸¹ ATF 125 I 104.

⁸² ATAF B-1215/2009 (arrêt *Sulzer*) (note 56) c. 4.

⁸³ Art. 33h à 33m AP-LBVM (note 8).

sont de peu d'importance⁸⁴. Or tel n'est en principe pas le cas des procédures d'*enforcement* de la FINMA. La Cour européenne des droits de l'homme a jusqu'ici laissé indécise la question de savoir si une interdiction d'exercer une profession libérale pendant une période pouvant aller jusqu'à une année constitue une cause pénale au sens de l'art. 6 CEDH⁸⁵. Il semble donc difficile d'exclure qu'une interdiction potentiellement illimitée d'exercer une activité dans le domaine des valeurs mobilières ou qu'une interdiction d'exercer une fonction dirigeante dans un établissement soumis à surveillance pour une période pouvant aller jusqu'à cinq ans échappent à cette qualification.

D. Situation en cas de report de la décision de dénoncer une infraction aux autorités pénales

Le fait que la FINMA se réserve la faculté de dénoncer une affaire aux autorités pénales à la fin de ses investigations augmente le risque que ses procédures d'*enforcement* se voient reconnaître une "coloration pénale" pour les besoins de l'art. 6 CEDH.

En effet, même si les procédures d'*enforcement* de la FINMA se voyaient reconnaître un caractère disciplinaire, l'exclusion des garanties de l'art. 6 CEDH ne pourrait pas se justifier dans les affaires pouvant donner lieu à une dénonciation aux autorités pénales⁸⁶. Or tel est précisément le cas lorsque la FINMA enquête sur un état de fait ayant des implications pénales potentielles. Tant qu'une telle dénonciation reste possible, exclure le volet pénal de l'art. 6 CEDH est en principe exclu.

⁸⁴ ATF 121 I 379 c. 3c aa; ATF 125 I 104 c. 3b; ATF 1P.102/2000 du 11 août 2000 c. 1c aa.

⁸⁵ Arrêt *W.R. c. Autriche* (requête n° 26602/95) du 21 décembre 1999, §§ 27-31. Voir aussi dans le même sens la décision d'irrecevabilité rendue par la Cour européenne des droits de l'homme le 31 août 2006 dans la cause *Landolt c. Suisse* (requête n° 17263/02), résumée au JAAC 70.112.

⁸⁶ ATF 121 I 379 c. 3c aa; ATF 1P.102/2000 du 11 août 2000 c. 1c aa. Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *J.B. c. Suisse* (requête n° 31827/96) du 3 mai 2001, § 66, JAAC 65.128 (amende d'ordre infligée à un contribuable ayant refusé de fournir les pièces requises par les autorités fiscales jugée contraire au droit garanti par l'art. 6 § 1 CEDH de ne pas s'incriminer); ATF 106 la 7 c. 4 (sanction disciplinaire à l'encontre d'un détenu ayant fait usage de son droit à ne pas s'incriminer jugée inconstitutionnelle); Gilles BENEDECK (note 41), 173.

II. Que faire ?

Les considérations qui précèdent montrent que la procédure actuelle d'*enforcement* de la FINMA peut compromettre le succès d'éventuelles procédures pénales parallèles ou subséquentes. Deux solutions peuvent être envisagées pour remédier à cette situation. La première serait que la FINMA renonce à instruire elle-même les affaires susceptibles de donner lieu à des sanctions pénales et dénonce ces cas aux autorités pénales avant d'avoir entendu les personnes concernées. La seconde impliquerait que la FINMA mène ses enquêtes conformément aux standards applicables en matière d'instruction pénale.

A. *Transfert des affaires à caractère pénal aux autorités judiciaires*

La solution consistant à transférer les causes susceptibles de donner lieu à des poursuites pénales aux autorités judiciaires avant l'audition des personnes concernées a l'avantage de préserver les compétences des autorités concernées, et de permettre à la FINMA de continuer de mener ses procédures d'*enforcement* selon des modalités relativement simples. Il arrive que la FINMA procède de cette façon⁸⁷. Toutefois, un tel régime est sans doute difficile à généraliser. Il serait en particulier difficile pour la FINMA de juger de l'opportunité d'une dénonciation aux autorités pénales avant d'avoir entendu les personnes concernées. De même, il serait contre-productif d'empêcher les autorités pénales de profiter de l'expertise des autorités administratives spécialisées. Enfin, si le transfert de l'enquête aux autorités pénales permet d'éviter que d'éventuels aveux du prévenu soient jugés inexploitable dans le procès pénal, il ne résout en revanche pas le problème lié à une éventuelle qualification pénale des procédures d'*enforcement*.

⁸⁷ Urs ZULAUF/David WYSS/Daniel ROTH (note 1), 203 ("Vorrang des Strafrechts im Einzelfall"). Dans le même sens, *Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (délits boursiers et abus de marché)*, mis en consultation le 26 janvier 2010 (FF 2010 273), ch. 1.4.3.

B. *Adaptation des procédures d'enforcement au "volet pénal" de l'art. 6 CEDH*

La seule façon d'éviter à la fois de compromettre la recevabilité des preuves réunies par la FINMA dans un procès pénal *et* de contrevenir aux exigences du volet pénal de l'art. 6 CEDH consisterait à faire en sorte que les procédures d'*enforcement* de la FINMA soient conduites selon des standards conformes à cette dernière disposition⁸⁸.

Cela impliquerait que, dès le début de la première audition, la FINMA informe la personne concernée dans une langue qu'elle comprend :

- qu'une procédure d'*enforcement* est ouverte contre elle et pour quelles infractions ;
- qu'il lui est loisible de refuser de déposer et de collaborer (sans ajouter que la FINMA appréciera librement la portée d'un refus de collaborer) ;
- qu'elle a le droit de faire appel à un défenseur ou de demander un défenseur d'office ; et
- qu'elle peut demander l'assistance d'un traducteur ou d'un interprète⁸⁹.

Un tel régime impliquerait que les services chargés des procédures d'*enforcement* soient séparés de ceux chargés d'assurer la surveillance prudentielle des émetteurs. Ces derniers exerçant des tâches préventives plutôt que répressives, il devrait leur être loisible d'obtenir la coopération des établissements assujettis au besoin par la contrainte, sans que les informations ainsi obtenues puissent par la suite être utilisée dans le cadre de procédures d'*enforcement* en violation des droits de la défense. Une telle séparation des fonctions de surveillance et de répression permettrait également d'éviter que les administrés soient dissuadés de collaborer avec l'autorité de surveillance par crainte que les informations fournies soient utilisées contre eux dans le cadre d'éventuelles procédures d'*enforcement*⁹⁰. La *Politique en matière d'enforcement de la FINMA*, du 17 décembre 2009, évoque bien une séparation des fonctions, qui n'est cependant pas formalisée. A l'instar des *Chinese walls* érigés au sein des établissements assujettis, une séparation des fonctions au sein de la FINMA devrait, pour être efficace, faire l'objet de "mesures organisationnelles relatives aux locaux, aux collaborateurs, aux fonctions, à l'organisation interne et au système informatique"⁹¹.

⁸⁸ Dans ce sens déjà le *Rapport de la CFB sur les sanctions* (note 6), 53 ss.

⁸⁹ Art. 158 CPP.

⁹⁰ Urs ZULAUF (note 40), 170.

⁹¹ Circulaire 2008/38 de la FINMA (Règles de conduite sur le marché), Cm 49.

En outre, pour assurer le respect du volet pénal de l'art. 6 CEDH, il incomberait notamment à la FINMA de :

- séparer les fonctions d'instruction et de jugement⁹² ;
- informer la personne concernée, dans une langue qu'elle comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre elle⁹³ ;
- permettre aux personnes visées par ses enquêtes de requérir des mesures d'instruction, et notamment d'"interroger ou faire interroger les témoins à charge" et d'"obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge"⁹⁴ ;
- statuer en audience publique⁹⁵ ;
- appliquer la présomption d'innocence et le principe *in dubio pro reo*⁹⁶ ; et
- respecter le principe *ne bis in idem*, et coordonner la procédure avec celle menée par les autorités pénales pour éviter qu'une même personne soit poursuivie deux fois à raison des mêmes faits⁹⁷.

Un tel régime serait-il opportun ? Une séparation des fonctions d'instruction et de jugement au sein de la FINMA constituerait un progrès important. Le régime actuel dans lequel la procédure est initiée, l'instruction conduite et la décision prise essentiellement par les mêmes personnes est source de méfiance pour les administrés. Il compromet en outre la crédibilité de l'autorité en créant une apparence de prévention. En pratique, il est en effet peu vraisemblable que le collaborateur qui a instruit une affaire pendant plusieurs mois dispose du recul nécessaire pour la classer si les preuves réunies s'avèrent être insuffisantes. Au contraire, le souci de justifier le temps consacré à une enquête crée une tendance naturelle à poursuivre l'affaire en cours, même si une analyse objective devrait amener à la

⁹² Voir la note 62 ci-dessus et le texte qui l'accompagne.

⁹³ Art. 6 § 3 lit. a CEDH. Par comparaison, l'art. 30 LFINMA oblige seulement à informer les parties que "des indices donnent à penser que le droit de la surveillance a été enfreint" et qu'une procédure a été ouverte. En outre, aucune information n'est fournie lorsque l'autorité effectue des examens préalables informels, même si elle fait d'ores et déjà usage de moyens de contraintes à ce stade. Voir la note 42 ci-dessus.

⁹⁴ Art. 6 § 3 lit. d CEDH.

⁹⁵ Art. 6 § 1 CEDH.

⁹⁶ Art. 6 § 2 CEDH.

⁹⁷ Art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH. Voir aussi la note 63 ci-dessus.

conclusion que les éléments réunis ne sont pas probants. Comme le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le relever :

“Le justiciable peut [...] légitimement nourrir l'appréhension que le juge qui a ordonné son renvoi en jugement ne soit pas à l'abri de toute prévention à son égard [...]. Pour le prévenu, il peut sans doute être difficile d'admettre que le juge qui a dirigé l'instruction et ordonné son renvoi puisse ne pas s'être forgé au moins une première idée sur le sort du procès et n'ait aucun parti pris.”⁹⁸

Le risque de dérive serait réduit et l'apparence d'impartialité renforcée si le bien-fondé de l'accusation était examiné par une autorité indépendante à l'issue de l'instruction. Il est donc regrettable que l'avant-projet de révision de la LBVM ne prévoit pas de séparation de la mise en accusation, de l'instruction et du jugement⁹⁹. SIX Swiss Exchange distingue déjà l'autorité d'instruction et de décision en matière de sanction¹⁰⁰, et le Conseil fédéral prévoit de faire de même en matière de concurrence¹⁰¹. Une solution identique serait opportune en matière financière.

Une procédure permettant aux administrés de faire valoir leurs moyens de défense devant l'autorité dans le cadre d'une audience publique serait aussi opportune. Le régime actuel – qui ne permet aux administrés de se prononcer que sur un état de fait écrit sans être informés des conséquences juridiques que la FINMA entend en déduire¹⁰² – ne permet pas de garantir le respect des droits de la défense. Il n'est pas justifié que les administrés n'aient aucun contrôle sur la façon dont leurs arguments sont communiqués à l'autorité et n'aient aucun moyen d'interagir avec cette dernière. Assurer un débat contradictoire devant l'autorité de décision permettrait de faire en sorte que les éléments du cas concret soient mieux pris en compte, et permettrait d'éviter que le Tribunal administratif fédéral doive assurer un rôle de juridiction d'appel pour lequel il est mal équipé.

⁹⁸ ATF 112 Ia 290, 301 c. 5b.

⁹⁹ Art. 33h AP-LBVM (note 8).

¹⁰⁰ Les enquêtes sur les violations des règles de négoce de SIX Swiss Exchange et de Scoach Suisse sont confiées au service Surveillance & Enforcement de SIX Swiss Exchange. Les enquêtes sur les violations des règles de cotation sont confiées au service Listing & Enforcement. Les sanctions sont en principe prononcées par la Commission des sanctions. Voir à ce sujet la section 1.2 du Règlement de procédure de SIX Swiss Exchange du 1^{er} octobre 2010.

¹⁰¹ Art. 53 de l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart), mis en consultation le 30 juin 2010.

¹⁰² Voir les notes 58 et 59 ci-dessus et le texte qui les accompagne.

Le régime décrit ci-dessus existe déjà dans certains domaines. Ainsi, en cas de contravention à l'obligation d'annoncer une participation importante dans une société cotée en bourse, la FINMA doit saisir un tribunal civil pour obtenir la suspension des droits de vote du contrevenant¹⁰³. Il ne lui est pas loisible de prendre une telle mesure elle-même. Ce régime pourrait être avantageusement étendu à l'ensemble des procédures d'enforcement. Il est donc regrettable que l'avant-projet de révision de la LBVM prévoie de transférer le pouvoir décisionnel du juge civil à la FINMA dans ce domaine¹⁰⁴.

Il ne semble pas non plus inopportun que l'administré bénéficie de la présomption d'innocence en matière d'enforcement. Comme on l'a vu¹⁰⁵, les conséquences pratiques de telles procédures peuvent être beaucoup plus rigoureuses que celles de sanctions pénales. Il serait paradoxal que les sanctions les plus lourdes de conséquences soient celles qui puissent être infligées sur la base des dossiers les moins probants.

L'application du principe *ne bis in idem* aux procédures d'enforcement ne pose pas non plus de difficulté particulière. L'application de ce principe devrait conduire les autorités pénales et administratives à coordonner leur action, et à choisir si elles entendent donner une suite administrative ou pénale à un état de fait déterminé. En cas de recours à l'action pénale, l'interdiction de pratiquer le commerce des valeurs mobilières, d'exercer une fonction dirigeante au sein d'un établissement assujéti ou encore la confiscation du profit illicite pourraient être imposées sur la base des dispositions du CP¹⁰⁶ en lieu et place de la LFINMA.

IV. Conclusion

La coordination entre les procédures administratives d'enforcement et d'éventuelles procédures pénales parallèles ou subséquentes pose des difficultés importantes. La pratique consistant pour la FINMA à mener ses

¹⁰³ Art. 20 al. 4^{bis} LBVM.

¹⁰⁴ Art. 20 al. 4^{bis} AP-LBVM (note 8). Voir aussi le *Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (délits boursiers et abus de marché)* (note 87), ch. 1.2.2.3.

¹⁰⁵ Section 2.3 ci-dessus.

¹⁰⁶ Art. 67 (Interdiction d'exercer une profession) et 70 ss (Confiscation de valeurs patrimoniales) CP, applicables aux lois sur les marchés financiers en vertu du renvoi de l'art. 333 al. 1 CP.

enquêtes avant de saisir les autorités pénales pourrait se révéler contre-productive sous l'empire du nouveau CPP et de la LFINMA, en compromettant la recevabilité dans le procès pénal des preuves réunies dans la procédure administrative. En outre, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme suggère que les procédures d'*enforcement* de la FINMA pourraient être qualifiées de causes pénales pour les besoins de la CEDH, ce qui permettrait aux personnes visées de se prévaloir des garanties de procédure que cette convention reconnaît aux prévenus. Une telle qualification impliquerait que la FINMA revoie de façon fondamentale l'organisation des procédures d'*enforcement*. La FINMA devrait en particulier assurer une séparation claire des fonctions de surveillance et d'*enforcement*, d'une part, et des fonctions d'instruction et de jugement en matière d'*enforcement*, d'autre part. Elle devrait aussi informer les personnes visées de la nature et de la cause des accusations dirigées contre elles, les informer de leur droit de se taire, leur permettre de requérir des mesures d'instruction, statuer en audience publique, appliquer la présomption d'innocence, et coordonner ses procédures avec les autorités pénales de façon à éviter qu'un même administré puisse être poursuivi deux fois à raison des mêmes faits. Une telle évolution serait opportune, car elle permettrait de rétablir l'égalité des armes dans des procédures administratives dans le cadre desquelles les personnes visées ne sont, à l'heure actuelle, le plus souvent pas en mesure de se défendre de façon adéquate.

RÉPONDRE À LA CRISE : ACTIVITÉ IRRÉPROCHABLE, TRANSPARENCE DES MARCHÉS, ENTRAIDE INTERNATIONALE ET AUTRES DÉVELOPPEMENTS DE LA PRATIQUE ET DE LA JURISPRUDENCE

Christian Bovet* & Fabien Liégeois**

I. Introduction générale : sortie de crise ?

Dans son discours prononcé le 4 novembre 2010 et adressé aux représentants de la Fédération bancaire de l'Union européenne¹, le vice-président de la Commission européenne, chargé de la concurrence, Joaquín Almunia soulignait que :

“Now that the worst is hopefully behind us, exit from the crisis is a priority for the Commission. As does ensuring that this never happens again. [...] Our work ahead will focus on the much-needed restructuring of the financial sector. Important decisions should be adopted in the coming months. [...] The banking sector had a key role in the development of the crisis and now should play a key role supporting the exit from it.”²

L'attitude de la Suisse se situe certainement dans la ligne de celle de l'Union européenne.

* Professeur ordinaire et doyen de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Titulaire du brevet d'avocat et assistant d'enseignement et de recherche au Département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

1 La Fédération bancaire de l'Union européenne (FBE), en anglais European Banking Federation (EBF), est le porte-parole de l'ensemble des banques de l'Union européenne, notamment auprès des institutions européennes.

2 ALMUNIA JOAQUÍN, *Financial stability, a level playing field in Europe and a healthier financial sector: the role of competition policy*, SPEECH/10/618, Bruxelles, le 4 novembre 2010.

A titre d'illustration, on citera les travaux législatifs rapides effectués en relation avec la problématique *too big to fail*³ ou, en termes plus techniques, des banques d'importance systémique⁴. Dans la mesure où cette contribution est axée sur la pratique des autorités de surveillance, nous nous bornerons à rappeler que l'avant-projet du Conseil fédéral s'articule autour des axes principaux suivants :

- Sur le plan des mesures, ce texte impose à ces banques, sous réserve d'une concrétisation à deux niveaux par le gouvernement et la FINMA, (i) de disposer de fonds propres et de liquidités proportionnés à leur position économique particulière, pour leur permettre de mieux assumer les fonctions et risques particuliers qu'elles représentent⁵, (ii) de "répartir les risques de manière à limiter les risques de contrepartie et la concentration de risques"⁶, et (iii) d'être organisées "de telle sorte

3 Ces travaux ont été concrétisés dans un avant-projet de révision de la loi fédérale sur les banques (AP-LB), dont la procédure de consultation s'est achevée le 23 mars 2011; l'AP-LB fait suite au *Rapport final de la commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale* (Rapport "too big to fail"), dans sa version française du 30 septembre 2010, laquelle est disponible sur internet depuis le 4 octobre 2010: www.sif.admin.ch/dokumentation/00514/00519/00592/index.html?lang=fr; l'AP-LB a par ailleurs fait l'objet d'une présentation détaillée dans un rapport explicatif relatif au projet mis en consultation de la révision de la loi fédérale sur les banques (Rapport explicatif), du 22 décembre 2010, disponible sur internet: www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/02254/index.html?lang=fr. Il n'est pas tenu compte dans la présente contribution du Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur les banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, *too big to fail*), celui-ci ayant été présenté au Parlement le 20 avril 2011, soit peu avant la parution de cet article. Le message repose toutefois essentiellement sur le Rapport "too big to fail" et le Rapport explicatif.

4 Selon l'art. 7 AP-LB (note 3): "On entend par banques d'importance systémique les banques, groupes financiers et conglomérats financiers à dominante bancaire dont la défaillance porterait gravement atteinte à l'économie et au système financier suisses". Le Rapport "too big to fail" (note 3) propose à ce sujet deux critères principaux (p. 12): d'une part, "l'entreprise fournit des prestations centrales et indispensables pour l'économie"; d'autre part, "les autres acteurs du marché ne sont pas en mesure de se substituer à l'entreprise défaillante [...] dans un délai supportable pour l'économie". Voir *idem*, p. 13, les développements relatifs à ce second critère, ainsi que l'art. 8 AP-LB.

5 Art. 9 al. 2 lit. a et b AP-LB (note 3). A ce propos, Rapport "too big to fail" (note 3), p. 26-36; également Rapport explicatif (note 3), p. 29-34.

6 Art. 9 al. 2 lit. c AP-LB (note 3); voir Rapport "too big to fail" (note 3), p. 37.

qu'en présence d'une menace d'insolvabilité, le maintien de leurs fonctions d'importance systémique soit garanti"⁷.

- En cas de non-respect de ces mesures, la FINMA peut notamment ordonner la séparation des activités, que ce soit sur les plans juridique, économique et/ou géographique⁸. Quant au Conseil fédéral, il peut, en cas d'aide financière directe ou indirecte⁹, intervenir sur le système de rémunération de la banque, en particulier en interdisant complètement ou partiellement le versement de rémunérations variables¹⁰.
- Pour respecter les exigences en matière de fonds propres – et pour cela uniquement –, les banques peuvent constituer du capital complémentaire, sous forme de capital de réserve (par le biais d'une augmentation du capital-actions ou du capital-participations)¹¹ ou de capital convertible, composé d'emprunts convertibles ou d'instruments de capital analogues "qui, en cas de survenance d'un événement déterminé, sont convertis en actions ou en bons de participation de la société ou amortis en obtenant le même effet"¹². Si le texte de l'avant-projet semble ouvrir cette seconde possibilité à toutes les banques, force est de constater que les mesures d'accompagnement fiscales¹³, qui ne visent que les banques d'importance systémique, devraient avoir pour effet de limiter leur attractivité à ce type d'établissement.

A juste titre, l'art. 9 al. 1, phr. 2, AP-LB souligne que ces mesures "doivent être proportionnées, prendre en considération leurs incidences sur les banques concernées et sur la concurrence, et tenir compte des normes

⁷ Art. 9 al. 2 lit. d AP-LB (note 3); voir Rapport "too big to fail" (note 3), p. 39.

⁸ Art. 10a al. 2 AP-LB (note 3).

⁹ Notons ici que l'art. 10b al. 1 AP-LB (note 3) octroie une grande liberté d'appréciation au Conseil fédéral pour décider s'il y a lieu d'accorder une aide financière, mais aussi, par voie de conséquence, dans quelle mesure il convient de limiter les rémunérations variables, puisqu'il prévoit l'intervention du gouvernement lorsque la banque présentant une importance systémique "ne dispose plus d'aucune autre possibilité adéquate de financement" (souligné par les auteurs).

¹⁰ Art. 10b AP-LB (note 3).

¹¹ Art. 12 AP-LB (note 3).

¹² Art. 13 al. 1 AP-LB (note 3). Ces emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions sont plus connus sous leur abréviation anglaise de CoCo (*contingent convertible bonds*).

¹³ L'AP-LB (note 3) propose à la fois la "suppression du droit de timbre d'émission sur les obligations et sur les papiers monétaires" et l'"exonération du droit de timbre d'émission sur les droits de participation résultant de la conversion de CoCo" (Rapport explicatif [note 3], p. 10).

reconnues sur le plan international”. Il ne faut cependant pas oublier qu’en raison du rôle particulier – systémique – de ces banques dans le monde économique et financier, ces mesures auront des coûts qui devront être répercutés sur les autres établissements, entreprises et consommateurs avec qui les banques d’importance systémique sont en relation. Certes, ces coûts supplémentaires pourraient amener des acteurs à se tourner vers d’autres banques¹⁴. Toutefois, la position des banques d’importance systémique est telle sur certains marchés qu’un changement d’établissement ne sera pas toujours aisé voire envisageable ; il conviendra alors de veiller à une stricte application du droit de la concurrence.

Tirer les leçons de la crise n’implique pas nécessairement de modifier les lois et les règlements. En particulier, on peut opter pour une application plus stricte du droit existant. C’est en substance ce que propose le rapport du Conseil fédéral sur le rôle de la FINMA dans la crise financière¹⁵ :

“Outre des dispositions pénales, des sanctions relevant du droit administratif peuvent contribuer fortement au respect des prescriptions prudentielles par les assujettis. [...] Au cours de la crise des marchés financiers, la haute direction d’UBS n’a eu à rendre de comptes ni sur le plan civil, ni sur le plan pénal. [...] D’une manière générale, cette situation n’est pas satisfaisante. Le Conseil fédéral recommande à la FINMA d’engager une procédure contre les membres dirigeants d’une entreprise, même après leur départ de celle-ci, et d’utiliser à cet égard un nouvel élément juridique, l’interdiction d’exercer [art. 33 LFINMA], en particulier vis-à-vis des organes supérieurs de direction, comme la FINMA l’évoque dans sa ‘Politique en matière d’enforcement’.”¹⁶

On ne peut que suivre notre gouvernement sur cette voie. Et comme nous allons le voir maintenant, la pratique de la FINMA en matière de garantie d’une activité irréprochable a aussi reçu un large soutien des juridictions de recours.

14 P. ex. Rapport explicatif (note 3), p. 13 : “Du point de vue de la concurrence nationale, les mesures proposées ont un effet bénéfique dans la mesure où elles visent à recréer les conditions d’une neutralité concurrentielle entre les banques d’importance systémique et les autres (*level playing field*).”

15 CONSEIL FÉDÉRAL, *Rôle joué par l’Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l’avenir : rapport en réponse au postulat David (08.4039) et à la motion CER-N (09.3010)*, du 12 mai 2010 ; disponible sur internet à l’adresse : www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01697/index.html?lang=fr.

16 *Idem*, p. 39.

II. Garantie d'une activité irréprochable

Dans la continuité de ce que proposait la Commission fédérale des banques (CFB), la FINMA a publié, fin 2010, son premier bulletin de décisions. Celui-ci illustre bien les exigences de compétences professionnelles et de comportement adéquat des personnes chargées d'administrer et de gérer la banque, puisque trois des décisions publiées portent sur la garantie d'une activité irréprochable¹⁷.

A. Concept et latitude de jugement de la FINMA

La garantie d'une activité irréprochable fait partie des conditions à remplir pour obtenir une autorisation d'exercer une activité bancaire (art. 3 al. 2 lit. c LB). La FINMA bénéficie d'une latitude de jugement dans l'application de cette disposition; compte tenu du caractère spécialisé de la FINMA, le Tribunal administratif fédéral s'astreint en principe à une certaine retenue dans son appréciation en cas de recours¹⁸.

En ce qui concerne les individus, le contrôle de la garantie d'une activité irréprochable procède de l'examen par l'autorité administrative ou juridictionnelle de la compétence professionnelle et personnelle, dans un cas concret, du dirigeant ou collaborateur responsable concerné. Cette compétence est appréciée au moyen des critères suivants: (i) la nature de la fonction à occuper, (ii) la grandeur et le genre d'activités de l'entreprise soumise à autorisation¹⁹, ainsi que, le cas échéant, (iii) les éléments ayant conduit au départ ou au licenciement de l'intéressé, (iv) la portée des manquements constatés sur les nouvelles activités et (v) le comportement adopté depuis le renvoi ou le départ, compte tenu du temps écoulé depuis les faits reprochés²⁰.

Le contrôle porte en outre sur le caractère adéquat du comportement de la personne visée. Ce par quoi il faut comprendre, en premier lieu, le

¹⁷ Voir *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 44-59; 76-101; 102-121.

¹⁸ Voir not. arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009), consid. 4.1.1. Le régime d'autorisation de la LBVM fonctionne de manière similaire à celui de la LB s'agissant des négociants en valeurs mobilières (*idem*, consid. 4.1.3; é.g. *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 82).

¹⁹ Arrêt du TAF du 11 mai 2010 (B-1360/2009), consid. 3.3.1 et les nombreux arrêts cités.

²⁰ Arrêt du TF du 27 mai 2004 (2A.261/2004), consid. 1.

respect de l'ordre juridique, c'est-à-dire des lois et des ordonnances, des directives et de la pratique de l'autorité de surveillance, ainsi que des usages de la profession et des directives internes²¹. En second lieu, il convient de considérer l'observation scrupuleuse des devoirs de diligence et de loyauté à l'égard des clients, en particulier le respect des accords contractuels avec ces derniers²².

Rappelons que ce qui est valable pour les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque s'applique aussi à cette dernière, en tant qu'entreprise²³. Dans ce contexte, c'est en principe l'organisation générale de la banque qui est examinée. La banque peut par exemple se voir directement imputer des faits commis par des personnes responsables en son sein, si elle a failli à son devoir de surveillance²⁴.

B. Décisions en constatation

A teneur de l'art. 32 LFINMA : "Si la procédure révèle que l'assujetti a gravement enfreint le droit de la surveillance et qu'aucune mesure de rétablissement de l'ordre légal ne doit être prise, la FINMA peut rendre une décision en constatation." Cette prérogative gagne en importance dans la pratique de la FINMA.

1. Position de la banque

Prise au terme d'une enquête ayant révélé de grossiers défauts d'organisation au sein d'une banque ("X"), une première décision a abouti au prononcé d'une simple décision constatatoire²⁵. Concrètement, la FINMA s'est résolue à ne pas prononcer de mesure administrative, alors qu'elle avait constaté, d'une part, de graves carences de la banque X dans l'exercice de son devoir de surveillance des affaires de l'une des succursales et, d'autre part, la violation d'une série de règles prudentielles en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Bien que ces agissements délictueux

²¹ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 51.

²² Arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009), consid. 4.1.3 et les réf. citées.

²³ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 82.

²⁴ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 54.

²⁵ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 44-59.

aient été commis sur une période de six ans par un collaborateur peu scrupuleux, c'est en fin de compte la banque elle-même qui, au vu de l'importance de la durée des faits en cause, s'est vu imputer la responsabilité des agissements de son collaborateur²⁶.

L'autorité de surveillance a toutefois renoncé à prononcer le retrait de l'autorisation bancaire, au motif principal qu'une restructuration allait avoir lieu au sein de l'actionnariat de la banque X et que celle-là conduirait à une importante réorganisation. L'intégration de la banque X au sein d'un groupe "B", ayant une réputation sérieuse, permettait de considérer qu'aucune mesure de rétablissement de l'ordre légal ne s'imposait en l'état²⁷.

La clémence de la FINMA s'explique aussi par la collaboration active de la banque au cours de l'enquête. Celle-ci a non seulement contribué sérieusement à l'établissement des faits, mais s'est également attelée à mettre en œuvre les recommandations qui lui ont été adressées. En faisant usage de l'art. 32 LFINMA pour rendre une décision de nature constatatoire, la FINMA a ainsi tenu à donner une valeur juridique – certes relative – aux manquements découverts dans le cadre de cette procédure administrative, sans pour autant "sanctionner" la banque.

2. Activités transfrontières

Au terme d'une enquête pour violation de la garantie d'une activité irréprochable dans une affaire d'activités bancaires transfrontières (*grenzüberschreitendes Geschäft*), la FINMA a prononcé une autre décision constatatoire²⁸. L'établissement bancaire suisse impliqué ("C") avait déployé des activités sur le territoire allemand par l'entremise d'agents, conseils de clients allemands. Ni les agents ni la banque ne disposaient pourtant d'une autorisation de l'autorité allemande compétente.

Dans les considérants 53 à 59 de sa décision, la FINMA a insisté non seulement sur la formation défectueuse du personnel de la banque C qui n'a pas été en mesure de se conformer aux exigences prudentielles, mais également sur le fait que les directives internes en matière de *compliance* n'avaient pas fait l'objet de contrôles suffisamment minutieux. Cela a

²⁶ Bulletin FINMA 1/2010, p. 54.

²⁷ Bulletin FINMA 1/2010, p. 57 et s.

²⁸ Bulletin FINMA 1/2010, p. 102-121.

conduit la FINMA à relever de graves carences en matière d'organisation. L'enquête de la FINMA a en outre révélé que des ordres avaient été passés par les agents allemands de la banque C, au nom et pour le compte de clients de ce pays, sans que les procurations nécessaires eussent été octroyées par ces derniers. De fausses attestations (*Bescheinigungen*) avaient de surcroît été établies par des employés de la banque, de façon à donner l'apparence que les opérations avaient été menées depuis les locaux de la banque en Suisse. Alors qu'une enquête indépendante, mandatée par la FINMA, a conclu à la nécessité, pour la banque et ses "agents", d'obtenir une autorisation en Allemagne, les organes de la banque n'ont, à aucun moment, jugé opportun de se conformer à cette obligation²⁹.

Tout en soulignant qu'en principe, il n'appartient pas à la FINMA de vérifier l'application du droit étranger de la surveillance, l'autorité a clairement affirmé que :

“Die Verletzung ausländischen Aufsichtsrechts oder anderer ausländischer Normen durch beaufsichtigte Banken kann aber beträchtliche Rechts- und Reputationsrisiken bergen. Die Vorschriften des Bankengesetzes betreffend das Erfordernis des adäquaten Risikomanagements, der angemessenen Organisation sowie der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit verlangen daher, dass in der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Beaufsichtigte das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht regelmässig abklären und die damit verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und kontrollieren. Sie sind durch geeignete Massnahmen zu minimieren.”³⁰

Ainsi, une banque active dans la fourniture de services transfrontières se doit de respecter l'ordre juridique étranger du territoire sur lequel elle opère. Un établissement bancaire qui n'identifie pas les risques découlant d'une telle activité viole la garantie d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 lit. c LB.

Compte tenu des efforts déployés par l'établissement concerné, la FINMA s'est toutefois limitée au prononcé d'une seule décision en constatation, concluant que l'assujetti avait gravement enfreint le droit de la surveillance, sans qu'il soit nécessaire d'adopter une mesure plus incisive à son encontre. La FINMA a, à nouveau, retenu que le conseil d'administration de la banque avait fourni des efforts substantiels, notamment en

²⁹ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 113-115.

³⁰ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 109 et s.

coopérant pendant le déroulement de l'enquête, en mettant un terme aux activités illicites litigieuses et en remplaçant les membres de la direction³¹.

Notons dans ce contexte que, le 22 octobre 2010, la FINMA a rendu publique sa prise de position sur les risques juridiques et de réputation qui découlent des activités transfrontières pour les établissements financiers suisses³². Elle a ainsi confirmé qu'elle exigerait désormais qu'un établissement financier exerçant une activité financière transfrontière se livre à une analyse sérieuse du cadre juridique et des risques afférents à son activité³³. Des mesures appropriées pour minimiser ou éliminer ces risques devront être adoptées. Sur un plan opérationnel, cela signifie notamment que les établissements concernés devront mettre en place des mesures liées à la formation du personnel, en contrôler le respect et, le cas échéant, sanctionner les infractions³⁴. L'analyse des risques concernera non seulement les obligations fiscales de l'intermédiaire lui-même vis-à-vis de l'Etat concerné, ainsi que les normes en matière de blanchiment d'argent, mais également un *corpus* plus étendu de normes de droit économique et de procédure³⁵. La FINMA devra être immédiatement informée dès que des risques juridiques et de réputation importants résultant d'activités financières transfrontières se matérialisent chez un assujetti ou dès que des autorités étrangères prennent contact avec un établissement à ce sujet³⁶.

3. Absence d'intérêt

La perception de l'intérêt au prononcé d'une décision constatatoire n'est pas toujours le même, selon que l'on se place du côté de l'autorité ou de

³¹ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 119 et s.

³² *Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières (Position de la FINMA Risques juridiques)*, du 22 octobre 2010. Voir ég. *Guide pratique de la FINMA concernant les devoirs d'annonce préalable en vue de l'ouverture d'une présence à l'étranger par des banques et des négociants en valeurs mobilières* du 6 avril 2011, lequel vise à informer les établissements assujettis à la loi sur les banques, ainsi qu'à la loi sur les bourses, des attentes de la FINMA au sujet des informations qui doivent lui être remises dans le cadre de l'ouverture d'une présence à l'étranger. Ce guide pratique est disponible sur internet à l'adresse : www.finma.ch/f/beaufsichtigte/banken-effektenhaendler/Documents/wl-meldepflicht-praesenz-ausland-f.pdf.

³³ *Position de la FINMA Risques juridiques* (note 32), p. 16.

³⁴ *Idem*, p. 16 et s.

³⁵ *Idem*, p. 9-11.

³⁶ *Idem*, p. 19.

celui d'un dirigeant ou d'un collaborateur responsable. C'est ainsi qu'en mai 2010³⁷, le Tribunal administratif fédéral a confirmé la décision de la FINMA selon laquelle une personne qui n'occupait plus de fonction au sein d'un établissement assujéti ne jouissait pas d'un intérêt suffisant pour obtenir une décision en constatation de la garantie d'une activité irréprochable (art. 25 al. 2 de la loi fédérale sur la procédure administrative [PA] *a contrario*). La FINMA considère en effet ne pas avoir à se prononcer de manière générale sur le comportement d'un individu. Il n'existe pour elle aucun droit des assujétiés ou des personnes travaillant pour ces derniers à un examen, dans l'abstrait, de la garantie future de l'exercice d'une activité irréprochable³⁸. Rappelant, si besoin est, la nature subsidiaire de la décision en constatation, le Tribunal a renvoyé le recourant à solliciter une nouvelle décision de l'autorité au moment où il envisagerait d'occuper à nouveau une position précise, auprès d'un établissement déterminé. Ses qualifications seraient alors examinées de manière séparée et feraient l'objet d'une décision³⁹. En l'état, celui-ci "n'avait pas démontré à satisfaction de droit" l'existence d'un projet concret.

Pour justifier d'un intérêt actuel à la prise d'une décision constatatoire, le recourant avait pourtant allégué une campagne de dénigrement dont il faisait l'objet depuis son licenciement. Suite à la découverte par la banque de graves irrégularités en lien avec des opérations réalisées sur titres, le recourant avait en effet été démis de son poste de responsable du *trading*. Il soutenait avoir toutes les peines du monde à intéresser des partenaires commerciaux potentiels et/ou de futurs employeurs. Selon lui, seule une décision de la FINMA, constatant que les faits dénoncés n'étaient pas de nature à remettre en cause le caractère irréprochable de son activité passée, serait propre à restaurer sa réputation professionnelle. Le Tribunal a rejeté cet argument en rappelant que la FINMA a pour missions la protection des créanciers ainsi que la préservation du bon fonctionnement et de la bonne réputation de la place financière suisse, mais qu'il ne lui appartient pas de veiller à la protection de la réputation des employés ou membres d'organe démis de leur fonction d'un établissement soumis à sa surveillance⁴⁰.

37 Arrêt du TAF du 11 mai 2010 (B-1360/2009).

38 Arrêt du TAF du 11 mai 2010 (B-1360/2009), consid. 3.3.1.

39 *Ibidem*.

40 Arrêt du TAF du 11 mai 2010 (B-1360/2009), consid. 5.

C. Menace de retrait d'autorisation

Dans un arrêt du 6 mai 2010⁴¹, le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé sur une décision de la FINMA constatant que la banque ("X") ne remplissait plus les conditions d'autorisation pour exercer une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières⁴². En conséquence, l'autorité de surveillance avait ordonné à la banque de régulariser sa situation afin de remplir l'ensemble des conditions requises dans un délai de six mois, sous peine de retrait des autorisations qui lui avaient été octroyées.

Cette juridiction s'est en grande partie appuyée sur les faits établis par la FINMA pour rejeter le recours formé par les associés de la banque. En l'espèce, le comité des associés gérants de la banque, constituée sous la forme d'une société en commandite, était essentiellement composé de membres d'une même famille. Le Tribunal a retenu que la banque avait souffert de sérieux problèmes structurels, en raison de litiges récurrents ayant divisé ses associés. La grave mésentente entre les associés avait risqué et risquait encore de perturber la gestion des affaires de la direction, dès lors que ceux-ci disposaient d'un droit de veto.

En matière de garantie d'une activité irréprochable, il s'agit, dans ce type de situation, de poser un pronostic dirigé évidemment vers l'avenir et non de sanctionner des risques passés⁴³. Ainsi, pour le Tribunal administratif fédéral, la récente exclusion de l'un des frères, désigné comme responsable du dernier litige, n'éliminait pas tout risque pour le futur, compte tenu du climat de tension et de la profonde instabilité au sein des associés de la banque. Ce d'autant qu'un litige capable de provoquer un blocage, tel que celui qui avait eu lieu, était indubitablement de nature à entraver de manière grave une gestion prudente et saine de la banque, ainsi qu'à mettre sérieusement en danger les intérêts de celle-ci et de ses créanciers⁴⁴.

Alors que les recourants ont, selon toute vraisemblance, plaidé une autonomie accrue en raison de leur statut réglementaire, le Tribunal administratif fédéral a rappelé que les banquiers privés n'échappent pas à l'obligation de mettre en place une organisation adéquate conformément à

⁴¹ Arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009).

⁴² Le reproche de la FINMA porte sur la violation de la garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 lit. c LB et art. 10 al. 2 lit. d LBVM) et le non-respect de la condition d'une organisation adéquate (art. 3 al. 2 lit. a LB et art. 10 al. 2 lit. a LBVM).

⁴³ Arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009), consid. 4.3.3.

⁴⁴ *Ibidem*.

l'art. 3 LB. Ils sont en particulier astreints à consigner dans leur contrat de société ou dans un règlement les dispositions afférentes à l'organisation de leur établissement⁴⁵. Certes, l'organisation peut présenter des spécificités compte tenu de la responsabilité illimitée des associés, y compris lorsque ceux-ci souhaitent conserver largement en leurs mains la direction et le contrôle de leur établissement. Les banquiers doivent toutefois satisfaire pleinement à leurs obligations en matière de *compliance*⁴⁶. Si tel n'est pas le cas, l'organisation de la banque doit être jugée inadéquate⁴⁷. Le Tribunal a conclu que les nombreuses irrégularités constatées à l'occasion d'un audit de la banque, cumulées avec les problèmes personnels entre ses associés, autorisait la FINMA à prononcer une menace de retrait de l'autorisation, en l'absence de régularisation de la situation. De même a-t-il jugé que le délai de six mois imparti par l'autorité de surveillance ne violait pas le principe de proportionnalité⁴⁸.

III. Devoir d'annonce des participations et offres publiques d'acquisition

A. *Franchissement de seuil et investisseurs passifs*

Selon l'art. 20 al. 1 LBVM, révisé et en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2007 :

“Quiconque directement, indirectement ou de concert avec des tiers, acquiert ou aliène pour son propre compte des titres ou des droits concernant l'acquisition ou l'aliénation de titres d'une société ayant son siège en Suisse et dont au moins une partie des titres sont cotés en Suisse, et dont la participation, à la suite de cette opération, atteint, dépasse ou descend en dessous des seuils de 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33⅓, 50 ou 66⅔% des droits de vote, qu'il soit habilité à en faire usage ou non, doit le déclarer à la société et aux bourses où les titres sont cotés.”

Cette disposition soulève un problème de droit transitoire, puisque la version précédente de cette règle ne prévoyait aucun devoir d'annonce en dessous d'un seuil de détention de 5%. En particulier, comment traiter

45 Art. 10 de l'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB ; RS 952.02).

46 Arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009), consid. 5.1. Eg. Circulaire FINMA 2008/24 “Surveillance et contrôle interne – banques” (cep. Cm 5 de ladite circulaire).

47 *Ibidem*.

48 Arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009), consid. 7.

les actionnaires qui détenaient, lors de la modification législative, une participation supérieure au seuil de 3%, mais inférieure au seuil de 5% ? Se trouvaient-ils concernés par ce devoir d'annonce, de par le seul abaissement du premier seuil de participation de 5% à 3%, et ce, en dépit du fait qu'ils n'avaient procédé à aucune opération depuis l'entrée en vigueur de la loi ?

Ces questions ont été tranchées dans le cadre d'une demande d'exemption présentée à l'Instance pour la publicité des participations de SIX Swiss Exchange SA (IPP) par une société anonyme contrôlée par une fondation de famille, qui détenait ainsi indirectement plus de 3,2% des titres de la société cotée "T". Celle-ci leur a été refusée, et l'IPP a émis une recommandation prônant non seulement la publication d'informations relatives à la société et à la fondation, mais aussi aux membres de la famille bénéficiant des prestations de celle-là. Le rejet de la recommandation de l'IPP a conduit à une procédure devant l'ancienne CFB, qui a confirmé par décision l'opinion de l'IPP. La société détentrice des titres, la fondation de famille et une personne physique – probablement la fille du fondateur – ont donc recouru au Tribunal administratif fédéral en arguant notamment qu'en tant que simples investisseurs passifs, ils n'entraient pas dans le champ d'application de l'art. 20 al. 1 LBVM⁴⁹. Il convient de mettre d'abord l'accent sur ce point car il permet de rappeler certains principes d'interprétation. En premier lieu, la juridiction d'appel a souligné la jurisprudence constante du Tribunal fédéral qui permet à l'autorité chargée d'appliquer la loi de s'écarter du texte de celle-ci s'il existe des raisons sérieuses de penser que la règle exprimée ne correspond pas au véritable sens de la norme⁵⁰. L'interprétation des normes répond à la règle du pluralisme méthodologique pragmatique (*pragmatischer Methodenpluralismus*) ; ce par quoi l'on entend que les méthodes d'interprétation de la loi ont une valeur égale et qu'il convient de les utiliser de façon fonctionnelle, dans chaque cas particulier⁵¹. En l'espèce, le Tribunal a relevé que l'interprétation littérale de la loi ne permettait pas

⁴⁹ Arrêt du TAF du 20 juillet 2010 (B-7126/2008).

⁵⁰ ATF IV 113 consid. 2.4.2 p. 116 ; ATF 134 I 184 consid. 5.1 p. 193 ; ATF 131 I 394 consid. 3.2 p. 396 et les arrêts cités.

⁵¹ ATF 135 V 249 consid. 4.1 p. 252 ; ATF 135 V 215 consid. 7.1 p. 229 ; ATF 134 I 184 consid. 5.1 p. 193 ; ATF 134 V 1 consid. 7.2 p. 5 ; ATF 133 III 497 consid. 4.1 p. 499 ; ATF 124 III 266 consid. 4 p. 268 ; ATF 124 IV 106 consid. 3a p. 109 ; ATF 124 II 241 consid. 3 p. 245 et s. Eg. TSCHANNEN P./ZIMMERLI U./MÜLLER M., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne (Staempfli) 2009, p. 197.

de conclure à une obligation d'annonce du simple fait de détenir passivement, au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition, des titres au-delà du seuil de 3% des droits de vote⁵². Le texte clair de l'art. 20 al. 1 LBVM indique en effet que l'obligation de déclarer prend naissance par le fait d'acquérir ou d'aliéner des titres ou des droits, avec pour conséquence que la participation franchit un des seuils mentionnés des droits de vote. C'est ainsi le résultat d'une opération d'acquisition ou d'aliénation qui donne lieu au franchissement de seuil.

Conjuguant ensuite les approches téléologique et historique, le Tribunal administratif fédéral a relevé qu'au moment de l'introduction du concept de publicité des participations importantes dans la loi sur les bourses, le législateur a accompagné le devoir d'annonce qui en découlait d'une disposition transitoire: l'art. 51 LBVM⁵³. Aux termes de celle-ci, "quiconque, à l'entrée en vigueur de la présente loi, détient une participation d'au moins 5% des droits de vote d'une société anonyme ayant son siège en Suisse et dont les titres sont cotés en bourse doit l'annoncer, dans un délai de trois ans, à la société et aux bourses où les titres sont traités". Le législateur entendait dès lors soumettre à l'obligation d'annonce la simple détention passive d'une participation importante, c'est-à-dire le fait d'avoir atteint ou franchi un seuil, du seul fait de l'entrée en vigueur de la loi. L'art. 51 LBVM venait ainsi compléter l'art. 20 LBVM. Cette disposition transitoire visait à garantir aux investisseurs la transparence de l'actionnariat et permettait de s'assurer que l'on ne négligeât pas les transactions effectuées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi⁵⁴. En revanche, lorsqu'il a abaissé de 5 à 3% le seuil minimal déclenchant une obligation d'annonce, le législateur n'a pas prévu de réglementation transitoire similaire à l'art. 51 LBVM⁵⁵. Pour le Tribunal, on est en présence ici d'une pure omission, non d'un silence qualifié. L'interprétation téléologique de l'art. 20 al. 1 LBVM ne laisse en effet aucun doute: l'obligation de déclarer concerne avant tout les franchissements de seuils et non les opérations (acquisitions ou aliénations) elles-mêmes. Une approche contraire aurait pour conséquence qu'un actionnaire détenant une participation qualifiée, lors de l'entrée en vigueur de la loi, aurait pu rester dans l'anonymat, ce qui conduirait à une inégalité

52 Arrêt du TAF du 20 juillet 2010 (B-7126/2008), consid. 5.2.

53 *Idem*, consid. 5.4.

54 *Ibidem*.

55 *Idem*, consid. 5.5.

de traitement injustifiée entre investisseurs actifs et passifs⁵⁶. L'obligation de déclarer les participations importantes n'atteint son but que si elle met en lumière tous les rapports de force en présence au sein d'une société⁵⁷. Il a ainsi conclu que les membres de la famille "A", investisseurs (passifs), ne pouvaient être traités différemment des autres investisseurs (actifs) : ils devaient s'annoncer.

B. Obligation de présenter une offre et... obligations obligatoirement convertibles

La Commission des OPA (COPA) a rendu le 4 octobre 2010 une décision sur l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition. Il convient de saluer l'application pragmatique par cette autorité de l'art. 32 al. 1, phr. 1, LBVM, selon lequel "[q]uiconque, directement, indirectement ou de concert avec des tiers, acquiert des titres qui, ajoutés à ceux qu'il détient, lui permettent de dépasser le seuil de 33⅓% des droits de vote de la société visée, qu'il soit habilité à en faire usage ou non, doit présenter une offre portant sur tous les titres cotés de cette société".

En l'espèce, à l'occasion de la conclusion d'un important contrat d'investissement avec la société E SA, les actionnaires A, B, C et D, qui formaient un groupe au sens de l'art. 20 al. 1 LBVM⁵⁸, ont acquis un nombre important d'obligations obligatoirement convertibles (*mandatory convertible notes*) émises par E SA. Les actionnaires étaient conscients que la conversion ultérieure de ces obligations donnerait lieu à un franchissement de seuil au sens de l'art. 32 al. 1 LBVM. Ils se sont dès lors adressés à la COPA pour savoir, en premier lieu, si l'opération d'acquisition d'un tel instrument financier donnait déjà naissance à une obligation de présenter une offre publique d'acquisition. La COPA, après avoir rappelé la nature juridique des obligations obligatoirement convertibles⁵⁹, a jugé que l'acquisition de telles valeurs mobilières "ne déclenche pas à elle seule d'obligation de présenter une offre publique d'acquisition au sens des art. 32 LBVM et

⁵⁶ *Idem*, consid. 5.6.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Sur la notion d'action de concert au sens de l'art. 20 al. 1 LBVM, voir l'arrêt du TAF du 9 novembre 2010 (B-1215/2009) (affaire Sulzer), en particulier consid. 4.1 et 4.2.

⁵⁹ Décision de la COPA du 4 octobre 2010 (456/01), consid. 1.1 N 2-4.

29 OBVM-FINMA”⁶⁰. En revanche, la conversion en actions – à l’échéance ou de manière anticipée – est de nature à entraîner un franchissement du seuil déclencheur de l’offre obligatoire, avec pour conséquence l’obligation de présenter une offre à tous les actionnaires de la société visée⁶¹.

En second lieu, et, dans la mesure où la participation qu’ils détenaient conjointement allait – provisoirement – se monter à plus de 36% des droits de vote au moment de la conversion, les actionnaires sollicitaient, de manière anticipée, l’octroi d’une dérogation à l’obligation de présenter une offre. Ils invoquaient le bénéfice de l’art. 32 al. 2 lit. c LBVM qui permet l’octroi d’une telle dérogation par la COPA lorsque le franchissement de seuil est temporaire. Ils soutenaient être dans une telle situation dès lors que le franchissement du seuil décisif de 33⅓% allait avoir lieu, les concernant, uniquement pendant une période limitée. Plus précisément, le franchissement résulterait du fait que le calcul du seuil de l’offre obligatoire est basé sur “l’ensemble des droits de vote inscrits au registre du commerce”, tandis que “[l]a participation de l’acquéreur déterminante pour le dépassement du seuil comprend tous les titres de participation dont il est propriétaire”⁶². Or les actions dont ils allaient devenir les propriétaires dès la conversion ne pourraient, selon toute vraisemblance, pas être simultanément inscrites au registre du commerce, si bien qu’un franchissement de seuil allait se produire dans cet intervalle. En d’autres termes, les actionnaires allaient automatiquement franchir le seuil les contraignant à faire une offre publique d’acquisition pendant une période limitée allant de la remise des actions à l’inscription de celles-ci au registre du commerce (leur participation s’élèverait alors à environ 36%), avant de se retrouver, à nouveau, en dessous du seuil, dès l’inscription des actions au registre du commerce (leur participation effective serait d’environ 30%). La COPA leur a donné raison en jugeant que cette différence dans les bases de calcul est de nature à entraîner un résultat qui ne reflète pas la réalité économique et peut entraîner formellement un franchissement temporaire du seuil de l’offre obligatoire. Dans ce cas, une dérogation basée sur l’art. 32 al. 2 lit. c LBVM peut être accordée⁶³. Toutefois, “[a]fin que le dépassement puisse être qualifié de temporaire, l’inscription du nouveau capital-actions

60 *Idem*, consid. 1.1 N 5 (souligné par les auteurs).

61 Décision de la COPA du 4 octobre 2010 (456/01), consid. 1.1 N 5.

62 Cpr art. 32 al. 1 et 2 OBVM-FINMA.

63 Décision de la COPA du 4 octobre 2010 (456/01), consid. 1.2 N 11.

au registre du commerce doit être effectuée dans un délai de trois mois suivant la conversion”⁶⁴. Ainsi, la COPA a finalement assorti sa dérogation à la triple condition que (i) le délai de trois mois soit respecté, (ii) les actionnaires n'exercent pas une influence déterminante sur le destin de la société visée durant la (brève) période de dépassement de seuil, et (iii) elle soit immédiatement informée de la conversion des obligations obligatoirement convertibles et de l'inscription du capital-actions au registre du commerce⁶⁵.

IV. Affaire UBS : suite et fin ?

L'observateur qui se penche sur les derniers développements en droit fiscal dans l'affaire UBS doit constater, peut-être avec un certain cynisme, qu'en fin de compte, quant au fond, la *Realpolitik* l'emporte sur la défense du droit par le Tribunal administratif fédéral (A), mais qu'en particulier sous l'angle du droit d'être entendu, certaines garanties procédurales subsistent néanmoins (B).

A. Au fond

Au cours de la prolifique saga des arrêts UBS qui a débuté en mars 2009, le Tribunal administratif s'est notamment employé à reconnaître la probable commission d'une fraude fiscale massive par l'UBS, en raison de sa position d'intermédiaire qualifié, laquelle constituait pour les autorités fiscales américaines une véritable délégation de leurs tâches de contrôle⁶⁶; à rappeler qu'un accord amiable ne pouvait déroger au texte d'un accord international⁶⁷, avant de rendre le 14 juillet 2010 un arrêt de principe qui a mis fin aux espoirs des contribuables américains impliqués d'obtenir que la transmission des informations fiscales les concernant soit refusée⁶⁸. Ainsi :

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Arrêt du TAF du 5 mars 2009 (A7342/2008 et A7426/2008), in RDAF 2009 II 294, p. 329, consid. 5.5.2.3.

⁶⁷ Arrêt du TAF du 21 janvier 2010 (A-7789/2009).

⁶⁸ Arrêt du TAF du 15 juillet 2010 (A-4013/2010).

- Le 5 mars 2009, le Tribunal administratif fédéral a rendu un arrêt important où il semblait reconnaître la probable commission d'une fraude fiscale, au sens de l'art. 26 de la convention de double imposition de 1996 avec les Etats-Unis, par un nombre considérable de contribuables américains. Ces derniers étaient soupçonnés d'avoir contourné les effets voulus par le système de *qualified intermediary* (QI)⁶⁹, avec l'aide ou, à tout le moins, par l'entremise de conseillers de l'UBS. L'utilisation systématique et planifiée de sociétés *offshore*, dont la mise en place pouvait permettre de dissimuler la véritable identité des ayants droit économiques de comptes en banque, a pesé lourd dans l'appréciation du Tribunal. Celui-ci relevait – dans un considérant dont la portée pourrait dépasser considérablement le cadre de cette affaire – que les contribuables en cause n'avaient pas joué le jeu de ce type de véhicule, en omettant de suivre les plus élémentaires procédures inhérentes à la vie d'une personne morale⁷⁰: tant que le propriétaire économique respecte les actes formels et évite une confusion des sphères juridiques, la séparation dogmatique entre la personne morale et la personne physique qui la domine doit être considérée comme le point de départ de toute observation juridique. En cas de négation des différentes sphères juridiques par l'ayant droit économique final, le principe de sujets juridiques séparés et indépendants ne peut plus être conservé⁷¹. Autrement dit, dans une telle hypothèse, soutenir une indépendance juridique entre la personne physique et la personne morale contrevient au principe de la bonne foi et doit être assimilé à un abus de droit. Dans les cas les plus patents, le Tribunal semble au demeurant laisser entendre qu'il pourrait retenir une simulation des rapports juridiques en présence, ce qui pourrait remettre en cause l'attribution même des éléments imposables à la personne morale. Quant à l'UBS, elle s'était vu assigner par l'autorité fiscale américaine une mission particulière de surveillance des avoirs appartenant à des contribuables américains, à travers sa position d'intermédiaire qualifié. Or, l'utilisation massive de structures *offshore*, capables de dissi-

69 Pour des précisions sur le *Qualified Intermediary Agreement* (QIA), voir BOVET C./GUGGENHEIM A., "Surveillance des marchés financiers : rétrospective pour des perspectives II", in THÉVENOZ L./BOVET C. (édit.), *Journée 2009 de droit bancaire et financier*, Genève Zurich Bâle (Schultess) 2010, p. 115-117.

70 Arrêt du TAF du 5 mars 2009 (note 66), consid. 5.5.2.5.

71 *Ibidem*.

muler le véritable ayant droit économique de comptes, s'inscrivait en contradiction manifeste avec les devoirs de la banque.

La conjonction des comportements des contribuables américains et de l'UBS, ainsi que l'ampleur des cas en présence ont sans doute sonné le glas de l'absolutisme du secret bancaire helvétique. Le Conseil fédéral devait en effet céder à la pression internationale suite à cet arrêt en communiquant, le 13 mars 2009, sa décision de reprendre les standards de l'OCDE en matière d'échange international de renseignements fiscaux.

- Le 19 août 2009, un avenant à la convention de double imposition avec les Etats-Unis élargissant les critères d'octroi de l'assistance administrative a été conclu⁷². Le Conseil fédéral a alors soutenu que cet accord ne constituait pas une modification de la convention, mais visait à faciliter l'interprétation de la notion indéterminée de "fraudes et délits semblables" présente dans le texte original de ce traité. Le Tribunal a rejeté cette vision dans un arrêt de principe (*Piloturteil*) du 21 janvier 2010, considérant que cet accord dérogeait à la convention et prévoyait des définitions contraires aux termes que ce dernier texte fixe de manière contraignante⁷³. Cet Accord UBS, qualifié d'accord amiable, n'avait au demeurant pas un rang suffisant dans l'ordre juridique pour y déroger valablement et ne pouvait en conséquence être appliqué⁷⁴.
- Après de nouvelles négociations avec les Etats-Unis, le Conseil fédéral a conclu le 31 mars 2010 un protocole modifiant l'Accord UBS⁷⁵. L'Assemblée fédérale a ensuite approuvé l'Accord UBS, tel que modifié, par un arrêté du 17 juin 2010⁷⁶, si bien que l'arrêt du Tribunal administratif

72 Accord entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA du 19 août 2009 (Accord UBS, RS 0.672.933.612).

73 Pour plus de précisions, voir LIÉGEOIS F., "Secret bancaire et assistance administrative internationale en matière fiscale : les changements apportés par la révision des conventions Suisse-France et Suisse-USA", RDAF 2011 II 1, p. 17 et s.

74 Arrêt du TAF du 21 janvier 2010 (note 67), consid. 5.5.2.

75 Protocole modifiant l'Accord entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA, signé à Washington le 19 août 2009 (Protocole modifiant l'Accord d'entraide administrative, RO 2010 1459).

76 Arrêté fédéral du 17 juin 2010 portant approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à UBS SA, et du protocole modifiant cet accord (RO 2010 2907).

fédéral du 15 juillet 2010⁷⁷, qui en a examiné la validité, pourrait constituer l'épilogue de cette série de rebondissements juridiques. La juridiction de recours s'est en effet estimée tenue d'appliquer cet accord international, dont elle a reconnu la validité formelle et matérielle. Le protocole avait introduit diverses adaptations en vue de spécifier la nature juridique de l'Accord UBS. Il indiquait notamment de façon explicite que l'Accord UBS était un traité international prévalant sur la convention de double imposition de 1996 avec les Etats-Unis, son protocole additionnel et l'accord mutuel de 2003.

Le Tribunal administratif fédéral a ainsi rejeté l'argument des recourants qui invoquaient la nullité de l'Accord UBS, notamment au motif que des vices avaient eu lieu dans sa procédure d'adoption en droit interne (en particulier, le fait que son approbation par arrêté fédéral n'avait pas été soumise au référendum facultatif)⁷⁸. Le Tribunal a rappelé le principe général de droit international public selon lequel les Etats sont liés par leurs accords internationaux lorsque ceux-ci ont été conclus conformément au droit des traités⁷⁹. Une violation des dispositions de droit interne concernant la compétence pour conclure des traités peut certes faire échec à ce principe, à condition d'être manifeste⁸⁰; le Tribunal a toutefois jugé que tel n'était pas le cas en l'espèce. Si des dispositions internes de droit suisse devaient ne pas avoir été respectées, leur violation n'était, de toute évidence, pas susceptible d'être reconnue par les Etats-Unis, de sorte que la validité internationale de la conclusion du traité l'emportait⁸¹. Le Tribunal administratif fédéral a finalement considéré que la validité internationale de la conclusion du traité liait les autorités suisses en vertu de l'art. 190 Cst., indépendamment d'une violation (avérée ou non⁸²) des conditions formelles du

77 Arrêt du TAF du 15 juillet 2010 (note 68).

78 A propos de la question controversée de la soumission au référendum facultatif de l'arrêté fédéral approuvant l'Accord UBS, tel que modifié, voir REICH M., "Das Amtshilfeabkommen in Sachen UBS oder die Grenzen der Staatsvertragskompetenz des Bundesrats: die Rechtslage nach dem BVGer-Urteil vom 21.1.2010", *IFF Forum für Steuerrecht* 2010, p. 111-131, p. 126 (défavorable); BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA, "Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)* 2010, p. 446-520, p. 507 (favorables).

79 Art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (CV; RS 0.111); arrêt du TAF du 15 juillet 2010 (note 68), consid. 4.2.

80 Art. 46 CV.

81 Arrêt du TAF du 15 juillet 2010 (note 68), consid. 5.3.4 et 5.3.5.

82 Voir supra notes 78 et 81.

droit interne suisse⁸³. Il a donc débouté définitivement les recourants sur le fond.

B. L'admission de griefs formels

Si la juridiction administrative a dû finalement, en quelque sorte, se plier à une décision politique, il n'en demeure pas moins qu'elle a pu protéger les droits de procédure des contribuables en rendant une série d'arrêts qui ont, à tout le moins, retardé la transmission de certaines données concernant des contribuables figurant sur la liste transmise par la banque⁸⁴. Le Tribunal administratif fédéral a ainsi constaté plusieurs violations du droit d'être entendu par l'Administration fédérale des contributions (AFC), les décisions de cette dernière étant donc annulées sur la base d'un grief formel, indépendamment des chances de succès des recours sur le fond⁸⁵.

L'état de fait de ces arrêts est relativement similaire: l'AFC rend une décision concluant la procédure devant elle et établissant, d'une part, que toutes les conditions sont réunies pour accorder l'entraide administrative à sa contrepartie américaine, l'Internal Revenue Service (IRS), et, d'autre part, que les documents doivent être transmis par l'UBS. Les intéressés n'ont cependant pas été dûment informés de l'ouverture d'une procédure d'entraide administrative, si bien qu'ils ont été privés de la possibilité de participer à la procédure ayant conduit à la prise d'une décision à leur encontre. Le Tribunal rappelle dès lors à l'AFC les composantes du droit d'être entendu:

“le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment; le droit de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision; le droit d'avoir accès au dossier; le droit de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos; le droit pour les parties ou leur mandataire, conformément à l'art. 26 al. 1 PA, de consulter tous les actes servant de moyens de preuves au siège de l'autorité appelée à statuer.”⁸⁶

⁸³ Pour une critique détaillée de cette conclusion, voir BONNARD YVES/GRISEL GUILLAUME, “L'accord UBS: spécificités, validité, conformité aux droits de l'homme”, RDAF 2010 II, p. 381 et ss.

⁸⁴ Voir not. arrêts du TAF du 21 septembre 2010 (A-4936/2010); 18 octobre 2010 (A-3939/2010); 11 novembre 2010 (A-4935/2010) et (A-4034/2010).

⁸⁵ Sur ce point, voir not. arrêt du TAF du 11 octobre 2010 (A-4034/2010), consid. 5.2.

⁸⁶ Arrêts du TAF du 30 mars 2010 (A-6912/2007), consid. 7.1; 18 octobre 2010 (A-3939/2010), consid. 4.2.

Le Tribunal administratif fédéral, qui dispose d'un pouvoir de cognition plein et entier, insiste sur le fait que la violation du droit d'être entendu est susceptible d'être réparée, devant lui, à titre exceptionnel, s'il n'en résulte aucun préjudice pour le recourant⁸⁷. Il juge toutefois que tant l'équité que le principe de l'égalité des armes commandent d'y renoncer dans chacun des cas d'espèce, étant donné que le droit d'être entendu des recourants n'a été respecté à aucun stade de la procédure devant l'AFC et qu'en règle générale, les intéressés ignoraient même l'existence d'une telle procédure. Le vice est par ailleurs d'autant plus patent, dans ce contexte, que les recours portés devant lui ne sont pas précédés d'une procédure de réclamation ou d'un autre recours et que les arrêts du Tribunal administratif fédéral sont définitifs (art. 83 lit. h LTAF)⁸⁸.

Enfin, face à l'argument de l'AFC qui prétend que les contribuables concernés doivent être considérés comme ayant été informés de la procédure par les nombreux articles de presse publiés aux Etats-Unis au sujet de la demande d'entraide, le Tribunal laisse entrevoir un certain agacement : d'une part, l'on ne peut savoir, sur la base de publications dans les journaux, si l'on est directement concerné par la procédure d'échange de renseignements et, d'autre part, l'on ne peut déduire de telles publications que les informations relatives à son compte seront transmises à l'AFC⁸⁹.

V. L'ordonnance du Conseil fédéral relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions

A. En général

L'ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI), en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2010, constitue provisoirement le texte légal de référence en la matière, avant l'adoption d'une loi fédérale⁹⁰.

⁸⁷ ATF 126 V 130 consid. 2b p. 132 ; arrêts du TAF du 11 octobre 2010 (note 85) ; 27 octobre 2010 (A-4231/2010).

⁸⁸ Arrêts du TAF du 11 octobre 2010 (note 85), consid. 5.2, et 21 septembre 2010 (A-4936/2010), consid. 5.2.

⁸⁹ Arrêts du TAF du 21 septembre 2010 (note 88), consid. 5.1 ; 11 octobre 2010 (note 85), consid. 5.1 ; 18 octobre 2010 (note 86), consid. 5.1.

⁹⁰ Art. 1 al. 2 OACDI. Le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de loi sur l'assistance administrative en matière fiscale le 12 janvier 2011. La loi devrait se substituer à l'OACDI à court, voire moyen terme.

Sous réserve de dispositions contraires des conventions de double imposition (CDI) applicables, l'OACDI règlemente en particulier l'examen préliminaire des demandes⁹¹, l'obtention des renseignements⁹², les droits procéduraux des parties⁹³, l'utilisation des renseignements fiscaux transmis⁹⁴ et les demandes d'assistance émanant de la Suisse⁹⁵. Les recours contre les décisions de l'Administration fédérale des contributions sont, quant à eux, régis exclusivement par la loi fédérale sur la procédure administrative⁹⁶. On notera cependant que l'OACDI confère expressément la qualité pour recourir contre les décisions de l'AFC non seulement à la "personne concernée"⁹⁷, mais également au détenteur des renseignements, de même qu'évidemment, à tout tiers particulièrement touché au sens de l'art. 48 al. 1 PA⁹⁸. L'art. 10 al. 3 OACDI confirme, en tant que de besoin, que

⁹¹ Art. 5 OACDI.

⁹² Art. 6 ss OACDI.

⁹³ Art. 10 à 13 OACDI.

⁹⁴ Art. 15 OACDI.

⁹⁵ Art. 16 OACDI.

⁹⁶ Art. 4 al. 5 et 13 al. 4 OACDI.

⁹⁷ Au sens de l'art. 3 lit. a OACDI, la personne concernée est la personne au sujet de laquelle sont demandés les renseignements faisant l'objet de la demande d'assistance administrative.

⁹⁸ Art. 13 al. 2 OACDI. Au sujet de cette disposition, le rapport explicatif de l'OACDI du 15 septembre 2010 indique ce qui suit en page 15: "L'art. 13, al. 2, OACDI confère aussi la qualité pour recourir au détenteur des renseignements dans la mesure où il est plus touché matériellement que tout un chacun selon les principes généraux de la procédure (art. 48 PA). L'exclusion du droit de recours du détenteur des renseignements ne serait pas admise, car il ne pourrait pas faire valoir ses intérêts de droit matériel (tels que le secret professionnel pour les avocats, ou le secret industriel ou commercial) protégés par la clause d'assistance administrative (cf. art. 26, al. 3, let c, MC-OCDE). Le droit de recours du détenteur des renseignements en sa qualité de personne directement concernée par la mesure d'assistance administrative correspond également aux dispositions de la loi sur l'entraide pénale internationale (art. 80h, lit. b, EIMP et art. 9a OEIMP)." Si l'on considère que le détenteur des renseignements ne remplit pas les conditions de l'art. 48 al. 1 PA, il est alors discutable de lui conférer la qualité pour recourir par le biais d'une simple ordonnance. En effet, l'art. 48 al. 2 PA indique que seule une autre loi fédérale peut autoriser l'attribution spéciale de la qualité pour recourir à une personne ou une autorité. En outre, la seconde justification de l'octroi de la qualité pour recourir au détenteur des renseignements, au moyen d'un raisonnement par analogie avec les règles de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de son ordonnance (EIMP et OEIMP), limite fortement la portée que semble vouloir donner le Conseil fédéral à l'art. 13 al. 2 OACDI.

ces mêmes personnes peuvent prendre part à la procédure qui précède le prononcé de la décision de l'AFC et consulter le dossier⁹⁹.

Ainsi qu'il ressort de la volonté clairement affirmée des autorités politiques suisses lors de la reprise de la clause-type de l'OCDE, à savoir l'art. 26 du modèle de convention fiscale OCDE (MC-OCDE), l'échange de renseignements fiscaux a lieu uniquement sur demande¹⁰⁰. Le mécanisme retenu n'est dès lors ni celui de l'échange automatique de renseignements¹⁰¹ tel qu'il existe au sein de l'Union européenne avec la directive 77/799, ni l'échange spontané d'informations¹⁰².

L'échange de renseignements peut être demandé aussi bien aux fins d'application de la convention ("petite entraide")¹⁰³ qu'en vue de favoriser l'application de la législation interne des Etats contractants ("grande entraide")¹⁰⁴. Des mesures de contrainte ne peuvent être ordonnées que dans le cadre de la grande entraide¹⁰⁵.

En principe, l'OACDI devrait comprendre les règles procédurales régissant l'exécution de l'assistance administrative en matière fiscale, tandis que les conditions matérielles relatives à l'octroi de l'assistance devraient figurer dans chaque CDI. La distinction entre conditions formelles et matérielles n'est toutefois pas toujours aisée, ainsi que l'illustre l'art. 5 OACDI.

99 Sur les violations du droit d'être entendu des contribuables américains dans l'affaire UBS, voir supra VII.

100 Art. 1 al. 3 OACDI.

101 Selon le *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales approuvé par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006, Module sur l'échange automatique de renseignements* (que certains pays appellent également échange de renseignements de routine [*routine exchange*]), "l'échange automatique correspond à la transmission systématique et régulière d'un large volume de renseignements concernant des contribuables. Ils sont communiqués au pays de résidence par le pays de la source et concernent une ou plusieurs catégories de revenus (par exemple dividendes, intérêts, redevances, traitements, pensions, etc.). Ces renseignements sont obtenus de façon systématique dans le pays de la source, généralement lorsque le débiteur (institution financière, employeur, etc.) rapporte les paiements qu'il a effectués", p. 3 N 1.

102 Selon le manuel précité (note 101) dans son module sur l'échange spontané de renseignements, cette procédure "correspond à une transmission spontanée à une autre partie contractante de renseignements vraisemblablement pertinents pour celle-ci et n'ayant pas fait l'objet d'une demande préalable", p. 3 N 1.

103 Art. 4 OACDI.

104 Art. 5 à 15 OACDI.

105 L'utilisation des locutions "petite" et "grande" entraide en matière fiscale prête à confusion car leur signification ne se recoupe pas avec celle qui prévaut dans le do-

B. L'art. 5 OACDI : la disposition centrale

Notons d'abord que l'art. 5 al. 2 OACDI prévoit que la demande d'assistance doit être rejetée si elle se révèle incompatible avec l'ordre public ou les intérêts essentiels de la Suisse (lit. a), si elle ne respecte pas le principe de la bonne foi (lit. b) ou si elle est fondée sur des renseignements qui ont été obtenus ou transmis par des actes punissables selon le droit suisse (lit. c). La référence aux principes généraux de l'ordre public et de la bonne foi a, semble-t-il, été introduite pour que l'AFC puisse jouer le rôle de gardienne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse, malgré l'assouplissement de la pratique en matière d'échange de renseignements¹⁰⁶. On peut néanmoins douter de l'efficacité de cette disposition, la référence au principe de la bonne foi étant dépourvue de toute portée propre. En effet, les conventions en vue d'éviter les doubles impositions sont des accords internationaux soumis aux règles de la Convention de Vienne¹⁰⁷. Or celle-ci exige expressément que les traités internationaux soient appliqués, interprétés et exécutés de bonne foi¹⁰⁸. La précision dans une ordonnance de droit interne est donc superfétatoire.

En second lieu, l'art. 5 al. 3 lit. b, chiffres 2 et 3, OACDI, qui soumet la recevabilité d'une demande d'entraide par la Suisse à l'identification indubitable de la personne concernée et du détenteur des renseignements, ne sera sans doute jamais appliqué à la lettre. En effet, suite aux résultats préliminaires de l'examen de la Suisse par ses pairs (*peer review*) dans le cadre du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, la Suisse a été invitée à assouplir ses exigences procédurales relatives aux demandes d'assistance administrative. Celles-ci ont été jugées trop restrictives et capables de constituer un obstacle à un échange effectif de renseignements. Au-delà de ces considérations plutôt abstraites, c'est en réalité la question du niveau d'identification de la personne concernée et du détenteur des renseignements qui s'est révélée problématique. La Suisse a obtenu, dans plusieurs des CDI renégociées, que ses partenaires s'engagent à lui fournir en particulier les noms et adresses

maine de l'entraide pénale. A cet égard, voir ZIMMERMANN R., *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3^e éd., Bruxelles (Bruylant) et Berne (Staempfli) 2009, p. 7 et s.

¹⁰⁶ Cette disposition vise notamment à permettre à l'AFC de rejeter une demande de renseignements dont l'origine reposerait sur l'utilisation de données volées.

¹⁰⁷ Voir note 79.

¹⁰⁸ Art. 31 et 26 CV.

du contribuable concerné et/ou du détenteur des renseignements. Cela étant, si les demandes d'assistance administrative désignent en général nommément les personnes visées, il arrive que leurs nom et adresse ne soient pas connus. Selon les recommandations émises dans le cadre du Forum mondial, ces cas ne devront pas donner lieu à un refus systématique de la Suisse, à condition que l'autorité requérante identifie les personnes visées par d'autres moyens. Les nombreuses CDI récemment renégociées ne prévoyant pas toujours cette possibilité, la décision a été prise par le Conseil fédéral de les adapter en ce sens, cela après qu'il en aura obtenu l'habilitation par les Chambres fédérales¹⁰⁹.

C. *Les dispositions d'exécution stricto sensu*

L'OACDI prévoit la possibilité pour l'AFC d'ordonner des mesures de contrainte. Cette compétence appartient au directeur de l'AFC (ou son remplaçant), sauf "péril en la demeure"¹¹⁰. Il ressort sans ambiguïté de l'art. 9 al. 1 OACDI première phrase que les mesures admissibles sont listées de manière exhaustive aux lettres a, b et c de ladite disposition, auxquelles nous renvoyons.

Pour ce qui a trait aux mesures d'exécution de l'entraide, les art. 7 et 8 OACDI confirment l'obligation de collaboration des autorités fiscales cantonales avec l'AFC, de même que celle de toutes les autorités administratives de la Confédération, des cantons et des communes, selon les principes que l'on trouve déjà en droit interne, aux art. 111 et 112 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct notamment¹¹¹.

La décision finale de l'AFC doit expressément mentionner que l'autorité requérante a l'obligation de maintenir secrets les renseignements (art. 14 al. 2 OACDI), conformément à la clause de confidentialité prévue dans chaque convention. En revanche, l'autorité suisse pourra faire usage des renseignements transmis pour appliquer le droit fiscal suisse, dans les limites du respect du principe de spécialité (art. 15 OACDI).

Enfin, en ce qui concerne les demandes d'assistance administrative de la Suisse, le principe est celui de la réciprocité, avec une réserve cependant :

¹⁰⁹ Parmi elles, notamment les CDI avec l'Autriche, le Danemark, la Finlande, la France, la Grande-Bretagne, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège et le Qatar, selon le communiqué de presse du 6 avril 2011 du Conseil fédéral.

¹¹⁰ Art. 9 al. 3 et 4 OACDI.

¹¹¹ Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD ; RS 642.11).

selon l'art. 16 al. 5 OACDI, une demande visant à obtenir des renseignements bancaires ne peut être déposée que si ces renseignements sont susceptibles d'être obtenus sur la base de la législation suisse. S'agissant d'un contribuable suisse, une demande de renseignements bancaires ne devrait donc être déposée par l'AFC qu'en présence d'éléments conduisant à un soupçon fondé de fraude fiscale, et non en cas de simple soustraction fiscale¹¹².

VI. Secret professionnel du juriste d'entreprise ?

La position des juristes d'entreprise est délicate dans la mesure où, notamment, ils ont accès à des informations confidentielles qui leur sont transmises afin d'obtenir un conseil ou favoriser la prise de décision. Il arrive parfois que ce conseil ne soit pas suivi ou que la décision prise en fin de compte soit contraire aux conclusions ou recommandations du juriste d'entreprise. Cette qualité de détenteurs de renseignements privilégiés peut placer ces personnes dans une situation de conflit lorsque, par exemple, elles sont interrogées dans le cadre d'une enquête administrative.

Dans son avant-projet de loi fédérale sur les juristes d'entreprise (AP-LJE) d'avril 2009¹¹³, le Conseil fédéral avait ainsi proposé une disposition, à la rédaction quelque peu ambiguë, sur le secret professionnel du juriste d'entreprise (art. 12 al. 1 AP-LJE) :

“Le juriste d'entreprise inscrit au registre est soumis au secret professionnel pour les produits de son activité de conseil juridique et de défense des intérêts de l'employeur devant les tribunaux; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers.”

Il n'est pas utile de s'attarder outre mesure sur cette disposition¹¹⁴, puisque le gouvernement a décidé, le 4 juin 2010, de ne pas poursuivre les travaux

¹¹² Sur la distinction entre les deux infractions de droit fiscal suisse, voir TORRIONE H., “Les infractions fiscales en matière d'impôts directs et dans le domaine de l'impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA”, in *Les procédures en droit fiscal*, Berne etc. (Haupt) 2005, p. 907 et ss.

¹¹³ Cet avant-projet est disponible sur internet à l'adresse : www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1589/Vorlage.pdf; pour le rapport explicatif : www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1589/Bericht.pdf.

¹¹⁴ On se bornera à se demander si le Conseil fédéral entendait permettre aux juristes d'entreprise d'invoquer cette règle également devant les autorités administratives (p. ex. la FINMA) ou, comme le texte le suggère, uniquement dans le cadre d'une procédure de recours – ce qui n'aurait eu guère de sens.

législatifs relatifs à ce projet et, en conséquence, d'abandonner l'idée de l'instauration d'un secret professionnel légalement protégé du juriste d'entreprise¹¹⁵. Cette prise de position fait écho à de récents développements jurisprudentiels dans l'Union européenne qui méritent d'être soulignés: dans un arrêt du 14 septembre 2010, la grande chambre de la Cour de justice européenne s'est prononcée sur la question de l'invocabilité d'un secret professionnel du juriste d'entreprise (*in-house counsel*) pour ce qui a trait à sa correspondance avec son "client", pour reprendre la terminologie souvent utilisée dans les grandes sociétés commerciales; il s'agissait plus précisément de statuer sur une décision de la Commission européenne refusant d'interdire à l'autorité de la concurrence britannique de faire usage de documents internes à l'entreprise (en particulier des courriels) qu'elle avait obtenus suite à une perquisition.

S'appuyant largement sur un arrêt de principe relativement ancien¹¹⁶, la Cour a rappelé que la protection du secret professionnel est réservée aux situations dans lesquelles les droits de la défense d'un client sont en jeu (*client's rights of defence*), d'une part, et aux cas dans lesquels ce sont des avocats indépendants (*independent lawyers*) qui en sont les dépositaires, d'autre part. S'agissant de la seconde condition, la juridiction européenne a souligné que ce "privilège" était fondé sur le rôle de l'avocat, en sa qualité d'auxiliaire de la justice: il doit être en mesure d'apporter ses services au client en toute indépendance et sans risque de conflit d'intérêts¹¹⁷. L'avocat indépendant qui se voit conférer une telle prérogative doit en contrepartie se soumettre à des règles professionnelles strictes, d'éthique et de discipline¹¹⁸. La Cour a dès lors rejeté le recours des entreprises concernées, écartant en particulier les deux arguments suivants:

- L'égalité de traitement entre avocats au sein de l'Union européenne. Pour la Cour, si, dans de nombreux Etats membres, les juristes d'entreprise ne sont pas habilités à s'inscrire au registre des avocats, c'est qu'il y a précisément une différence à faire entre les avocats indépendants

¹¹⁵ Rapport du Conseil fédéral de mai 2010 sur les résultats de la consultation; ce document est disponible sur internet à l'adresse: www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1589/Ergebnis.pdf.

¹¹⁶ Arrêt de la CJCE du 18 mai 1982, *AM & S Europe c. Commission* (155/79, Rec. p. 1575).

¹¹⁷ Arrêt de la CJUE du 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd c. Commission européenne* (C-550/07 P, publication en cours), pt 42.

¹¹⁸ *Ibidem*.

et les juristes d'entreprise : le juriste d'entreprise est soumis au pouvoir hiérarchique. Il n'y a par conséquent aucune atteinte à l'égalité de traitement en l'espèce¹¹⁹.

- Le développement considérable du droit de la concurrence depuis plusieurs décennies. Ce second argument est intéressant car il peut s'appliquer *mutatis mutandis* au droit bancaire et financier. Pour les parties, l'accroissement des pouvoirs d'investigation des autorités exigerait que l'on réexamine les moyens de défense des parties. La Cour n'a pas retenu cette opinion. Au contraire, elle a relevé que si les moyens d'investigation se sont bel et bien accrus, c'est précisément pour renforcer la capacité des autorités à révéler des pratiques abusives. Il est dès lors exclu de limiter ces prérogatives en conférant aux juristes d'entreprise de nouveaux moyens de défense¹²⁰.

¹¹⁹ *Idem*, pts 56-59.

¹²⁰ *Idem*, pts 83-87.

CHRONIQUE DE LA JURISPRUDENCE CIVILE

Luc Thévenoz* & Lucia Gomez Richa**

Chaque année, la jurisprudence nous livre sa série de grandes et de petites affaires. Les plus notoires ne sont pas toujours les plus intéressantes du point de vue de l'analyse juridique. Et tout choix reste marqué par la subjectivité de ceux qui l'opèrent. Celui-ci n'échappe pas à la règle. Nous avons décidé de commencer cette chronique par le chapitre inépuisable de la responsabilité du banquier (I.), puis de nous intéresser (à nouveau! diront les *aficionados* de la Journée de droit bancaire et financier) au conseil en placement (II.) et à la suite de l'affaire Swissair, qui a fait fondamentalement avancer la théorie juridique de la révocation en cas de faillite (III.). Nous ne négligerons pas les renseignements dus aux héritiers et les délicates questions de for qui s'y attachent (IV.) et terminerons par deux brefs commentaires sur l'obligation de contracter de La Poste Suisse en matière de services financiers (V.) et sur la réalisation des titres (désormais: des titres intermédiés) en cas de séquestre et autre procédure d'exécution forcée (VI.).

I. La responsabilité du banquier

TF, 27 juillet 2010, 4A_594/2009 ; TF, 28 septembre 2010, 4A_213/2010 ; TF, 8 février 2010, 4A_306/2009 ; TF, 30 novembre 2009, 4A_468/2009

Responsabilité du banquier: l'expression est aussi vaste que l'activité bancaire elle-même. Sous cette rubrique, nous avons choisi de mettre en évidence quatre aspects très différents de la jurisprudence de l'année écoulée: la responsabilité résultant d'une violation du devoir de vigilance en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (A.), celle qui se fonde sur une

* Professeur à l'Université de Genève, directeur du Centre de droit bancaire et financier, président de la Commission des offres publiques d'acquisition, ancien membre de la Commission fédérale des banques.

** Assistante doctorante au Centre de droit bancaire et financier, DEA (Genève), LL.M. (Columbia Law School), titulaire du brevet d'avocat.

violation de l'art. 11 de la loi sur les bourses (LBVM) (B.), la responsabilité fondée sur la confiance dans le contexte d'un groupe bancaire (C.) et, enfin, un cas un peu particulier de responsabilité de la banque envers un seul des titulaires d'un compte joint (D.).

A. Blanchiment et violation du devoir de vigilance

L'arrêt du Tribunal fédéral 4A_594/2009 du 27 juillet 2010 porte sur la responsabilité délictuelle, ici rejetée, de la banque qui tient des comptes utilisés pour commettre des actes de blanchiment.

Les faits à l'origine de cette affaire concernaient une banque brésilienne victime de détournements de fonds pour un montant total de USD 243 millions. Ces malversations avaient été commises par l'un des directeurs de cet établissement qui avait procédé, avec l'aide de plusieurs complices, à des transferts provenant des liquidités de la banque. Les fonds détournés avaient transité par plusieurs comptes dans divers pays parmi lesquels un compte tenu par la succursale zurichoise d'une banque anglaise (pour un montant de USD 77 millions) et un compte tenu par la succursale genevoise d'une banque zurichoise (pour un montant de USD 45 millions). Le premier compte avait été ouvert en juillet 1995 et clôturé en mai 1997. Le second avait été ouvert pour prendre le relais, en juin 1997, et avait cessé d'être alimenté en janvier 1998. A teneur de l'arrêt du Tribunal fédéral, il apparaît que les deux établissements bancaires suisses, et en particulier le premier, avaient à moult reprises interpellé les titulaires des comptes pour obtenir des renseignements concernant l'arrière-plan économique des transactions effectuées sur ces comptes.

Sur le plan pénal, tant le directeur de la banque brésilienne que les titulaires des comptes ouverts en Suisse ont été condamnés pour actes de blanchiment. En revanche, les gestionnaires des comptes ouverts auprès des succursales suisses n'ont pas même été inculpés. Sur le plan civil, les actionnaires de la banque brésilienne ont formé une demande en paiement contre ces établissements en Suisse puisque l'intégralité des fonds détournés n'avait pu être retrouvée. En l'absence de toute relation contractuelle entre les deux banques défenderesses et la banque brésilienne, l'action s'est fondée sur la responsabilité extracontractuelle des premières, soit plus précisément sur un prétendu acte illicite (art. 41 CO) commis par leurs employés qui aurait consisté dans le blanchiment d'argent réprimé par

l'art. 305*bis* CP. Le Tribunal fédéral a confirmé les décisions cantonales rejetant la demande.

Notre Haute Cour rappelle d'abord la jurisprudence désormais établie selon laquelle l'art. 305*bis* CP constitue une norme protectrice des intérêts patrimoniaux de ceux qui sont lésés par le crime préalable au blanchiment, de sorte que sa violation peut fonder un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO¹. Une telle infraction peut fonder un devoir d'indemniser la victime par la banque dont la responsabilité est engagée lorsque la violation de l'art. 305*bis* CP est le fait de l'un de ses organes (art. 55 CC *cum* art. 41 al. 1 CO) ou employés (art. 55 CO). En revanche, ni l'art. 305*ter* CP réprimant le défaut de vigilance des intermédiaires financiers², ni la LBA et ses ordonnances d'application³ ne constituent une telle norme de protection.

Le Tribunal fédéral a aussi relevé que ni la circulaire CFB 91/3 (directives concernant la prévention et la lutte contre le blanchiment) en vigueur à l'époque des faits⁴ ni la Convention de diligence des banques (CDB), dans ses versions successives, ne peuvent fonder un acte illicite en-dehors des hypothèses visées par les art. 305*bis* et 305*ter* CP⁵. A propos de la CDB, il rappelle d'ailleurs que, "n'émanant pas d'une autorité, [elle] est une norme privée qui ne lie pas le juge"⁶.

Si l'instance cantonale supérieure, ici la Cour de justice de Genève, s'est interrogée sur le besoin de réexaminer ce dernier point après l'entrée en vigueur de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), il convient néanmoins de maintenir cette affirmation⁷. La CDB est une norme d'autorégulation approuvée et déclarée obligatoire par la FINMA⁸. Elle ne peut pas avoir un statut juridique plus élevé qu'une ordonnance prise par cette même FINMA sur la base d'une délégation législative. Dès lors que ni l'art. 305*ter* CP ni la LBA ne sont des normes de protection des intérêts privés, la

1 TF, 27 juillet 2010, 4A_594/2009, c. 3.4; ATF 133 III 323, c. 5.1; voir également ATF 129 IV 322 et SJ 1998 646.

2 4A_594/2009, c. 3.4; TF, 13 juin 2008, 4A_21/2008, c. 5, non reproduit in ATF 134 III 529. Voir également ATF 125 IV 139, c. 3d.

3 4A_594/2009, c. 3.4; ATF 134 III 529, c. 4.3.

4 Aujourd'hui remplacée par l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA).

5 4A_594/2009, c. 3.4.

6 *Idem* et jurisprudence citée.

7 Aurélie CONRAD HARI, Actualité CDBF n° 702 du 27 octobre 2010.

8 Circ. FINMA 2008/10 Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux.

réglementation et l'autoréglementation qui en résultent ne peuvent pas modifier cette qualification.

Le Tribunal fédéral confirme, par ailleurs, que tout comme l'infraction pénale (art. 305*bis* CP), le délit civil (art. 41 al. 1 CO) de blanchiment d'argent n'est réalisé qu'en cas de faute intentionnelle de l'auteur, le dol éventuel étant suffisant à l'exclusion de la négligence consciente⁹. Il y a dol éventuel lorsque "l'auteur envisage le résultat dommageable mais agit néanmoins parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait même s'il ne le souhaite pas"¹⁰.

On sait que la différence entre dol éventuel et négligence consciente est délicate à établir dans les faits puisque ces concepts ne se distinguent que par l'élément volitif, ce dernier étant absent dans la négligence consciente, et que "dans le doute, il faut retenir qu'il y a seulement négligence consciente"¹¹. Il s'agit là d'une question de pure appréciation des preuves que le Tribunal fédéral ne revoit que "si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte" (art. 105 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral [LTF]), ce qui en l'espèce revient à devoir examiner "s'il est insoutenable de dire que la preuve du dol éventuel n'a pas été apportée"¹².

Dans le cas d'espèce, la Cour de justice avait retenu que la première banque avait ouvert en juin 1995 le compte sur lequel avaient transité les fonds détournés sur la base des recommandations d'un client déjà existant et que son gestionnaire avait reçu à l'époque des explications plausibles sur l'activité des titulaires. Constatant par la suite des transferts de fonds importants, le gestionnaire s'en était inquiété dès octobre 1996 et avait sollicité des explications. Celles-ci lui ayant paru plus ou moins crédibles, il avait continué à demander des informations sur les transactions sous-jacentes. Insatisfait de ces nouvelles explications, il avait en avril 1997 prié les titulaires d'éviter d'utiliser ce compte pour des opérations de transit puis, en mai 1997, les avait informés que la banque retournerait avec effet immédiat tous fonds dont les ayants droit économiques ne seraient pas les titulaires du compte ou qui ne seraient pas le produit d'une véritable transaction commerciale. Enfin, en juillet 1997, la banque avait clôturé le compte.

9 4A_594/2009, c. 3.5; ATF 133 III 323, c. 5.2.3.

10 4A_594/2009, c. 3.5 et jurisprudence citée.

11 *Idem in fine*.

12 4A_594/2009, c. 3.6.

Selon le Tribunal fédéral, la Cour de justice ne s'est pas livrée à une constatation manifestement inexacte des faits en rejetant le dol éventuel. Même si le gestionnaire du compte aurait pu agir plus rapidement, cela ne suffit pas encore, aux yeux de la Cour de justice, pour conclure qu'il acceptait l'éventualité de traiter des fonds provenant d'un crime. Au contraire, la Cour a vu dans le comportement du gestionnaire une escalade dans les doutes de la banque suivis par des demandes répétées de renseignements, des mesures restrictives progressives puis finalement la clôture du compte dans un temps (octobre 1996 à juillet 1997) qui ne lui a pas paru excessif et qui l'a convaincue que le gestionnaire désapprouvait l'idée que des actes de blanchiment soient réalisés à l'aide du compte en question.

Cet arrêt démontre l'importance, voire même la nécessité, de la surveillance des transactions sur les comptes de clients et surtout, lorsque ces transactions éveillent certains soupçons, d'un suivi tenace et assez rapide des vérifications auprès des clients et des mesures mises en place. C'est cette "escalade dans la réaction" qui a ici permis au gestionnaire d'échapper à toute poursuite pénale et à la banque qui l'employait à une condamnation civile.

Dans un arrêt de principe¹³ postérieur à la Journée 2010 de droit bancaire et financier, la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral a confirmé le caractère impératif du suivi de la relation bancaire. A cette occasion, il a tranché une question controversée en doctrine en jugeant que l'intermédiaire financier peut, en raison de sa seule passivité, se rendre coupable de violation de l'art. 305*bis* CP puisqu'il se trouve, depuis l'entrée en vigueur de la LBA, dans une position de garant qui entraîne pour lui une obligation d'agir (art. 11 al. 1 CP). Cette obligation implique notamment de clarifier l'arrière-plan économique et le but de la relation d'affaires dans les situations douteuses et d'informer le Bureau de communication en matière de blanchiment, le cas échéant.

Sous l'angle de la responsabilité civile, cette jurisprudence ouvre la voie aux plaideurs qui pourraient à l'avenir fonder un acte illicite (art. 41 CO) sur la violation de ce devoir d'agir de l'intermédiaire financier.

¹³ TF, 3 novembre 2011, 6B_908/2009, commenté par Aurélie CONRAD HARI, Actualité CDBF n° 723 du 12 janvier 2011.

B. L'art. 11 LBVM comme fondement de responsabilité

Dans l'arrêt 4A_213/2010 du 28 septembre 2010¹⁴, le Tribunal fédéral a examiné la responsabilité civile des deux organes, domiciliés en Suisse, d'une société des Iles Vierges britanniques envers la personne qui avait confié à cette société (et non aux deux organes personnellement) un mandat de gestion de fortune. La gestion s'est par la suite avérée gravement fautive et s'est soldée par la perte d'une partie substantielle des avoirs confiés. La mandante a agi en Suisse tant sur le plan pénal que sur le plan civil contre les organes de cette entité étrangère qui avait entre-temps été liquidée. Elle a obtenu la condamnation pénale de l'un pour abus de confiance aggravé. Le second a été acquitté, non sans avoir d'abord promis de rembourser une partie de la somme perdue. Sur le plan civil, la mandante a recherché les animateurs en qualité d'organes de sa cocontractante et leur a demandé réparation de son dommage direct (sur la base des art. 754 al. 1 et 827 CO¹⁵), causé par un acte illicite au sens de l'art. 41 CO. En effet, n'ayant pas de contrat avec les organes personnellement, la demanderesse a fait valoir, en vain, divers chefs de responsabilité extracontractuelle. C'est la prétendue violation de l'art. 11 de la loi sur les bourses, plaidée par la demanderesse, qui nous intéresse ici.

Le Tribunal fédéral, et plus généralement les juridictions civiles, ont mis beaucoup de temps à reconnaître la double nature civile et administrative de l'art. 11 LBVM qui, au titre des conditions d'autorisation de l'activité de négociant en valeurs mobilières, statue un triple devoir d'information, de diligence et de loyauté¹⁶. La portée civile de l'art. 11 LBVM est désormais bien établie. Le Tribunal fédéral écrit ainsi au considérant 4 de cet arrêt: "à l'instar de la loi dans son ensemble, l'art. 11 LBVM a aussi pour but de protéger les créanciers et les investisseurs"¹⁷ de même que leur patrimoine. Il en découle que sa violation peut (aussi) constituer un acte illicite au sens de l'art. 41 CO¹⁸.

14 Commenté par Aurélie CONRAD HARI, Actualité CDBF n° 707 du 10 novembre 2010.

15 L'application du droit suisse à cette situation internationale résulte de l'application de l'art. 159 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) selon lequel le droit suisse s'applique à la responsabilité des organes d'une société créée en vertu du droit étranger lorsque les activités de celle-ci sont exercées exclusivement en Suisse, 4A_213/2010, c. 3.

16 ATF 133 III 97, c. 5; TF, 21 février 2007, 4C.205/2006, c. 3.2.

17 4A_213/2010, c. 4.

18 *Ibidem*.

Néanmoins, ce chef de responsabilité a été écarté par notre Haute Cour qui retient que la défenderesse, société des Iles Vierges britanniques dont l'administration effective était manifestement en Suisse, n'était pas un négociant en valeurs mobilières pour compte de clients au sens de l'art. 1 let. d LBVM et de l'art. 3 al. 5 de l'ordonnance sur les bourses (OBVM) en raison du fait qu'elle avait moins de 20 clients et qu'elle n'agissait ainsi pas à titre professionnel¹⁹.

A notre avis, le Tribunal fédéral, qui se réfère à la circulaire CFB 98/2 Commentaires du terme de négociant en valeurs mobilières (aujourd'hui circulaire FINMA 2008/5) pour exclure la qualification de négociant pour compte de clients, fait une lecture trop restrictive de cette notion. En effet, contrairement à l'ordonnance sur les banques qui définit la notion de "dépôts du public" par référence au nombre minimum de 20 clients²⁰, l'ordonnance sur les bourses se réfère exclusivement à l'activité "à titre professionnel"²¹. Interprétant cette dernière notion, la circulaire 2008/5 FINMA précise qu'il s'agit d'"une activité économique indépendante qui vise à réaliser des revenus réguliers"²². A propos des négociants pour le compte de clients, cette même circulaire ajoute, à titre alternatif: "Un négociant pour le compte de clients agit *aussi* à titre professionnel lorsqu'il tient des comptes ou conserve des valeurs mobilières, directement ou indirectement, pour plus de 20 clients."²³

En admettant, contrairement au Tribunal fédéral, que malgré son siège statutaire à l'étranger, la défenderesse exerçait sans autorisation une activité de négociant à titre professionnel, en et depuis la Suisse²⁴, il est intéressant de se poser trois questions.

Premièrement, fallait-il appliquer l'art. 11 LBVM à une entreprise exerçant sans autorisation l'activité de négociant en valeurs mobilières? La

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Art. 3a al. 2 de l'ordonnance sur les banques (OB): "Celui qui, sur une longue période, accepte plus de 20 dépôts du public agit à titre professionnel au sens de la loi."

²¹ Art. 3 al. 5 OBVM.

²² Cm 12 de la circulaire FINMA 2008/5.

²³ Cm 48 et 49 *ibidem*. Dans le même sens, *Basler Kommentar Börsengesetz / Finanzmarktaufsichtsgesetz* – Philippe A. HUBER/Peter Hsu, ad art. 2 let. d LBVM, N. 54.

²⁴ David WYSS/Urs ZULAUF, "Fiktiver Sitz oder faktische Zweigniederlassung? Der räumliche Geltungsbereich schweizerischer Finanzmarktaufsichtsgesetze und ihre Durchsetzung durch die Eidg. Bankenkommision gegenüber ausländischen Banken und Effektenhändlern", in Karl SPÜHLER (éd.), *Internationales Zivilprozess- und Verfahrnsrecht*, Zurich (Schulthess) 2001, p. 117-152; ATF 126 II 71, c. 5.

réponse à cette question doit être affirmative, et elle est implicite dans le raisonnement du Tribunal fédéral (qui sans cela aurait écarté ce chef de responsabilité pour le seul motif formel de l'absence d'autorisation). Elle découle du but protecteur de la LBVM à l'égard des clients²⁵. C'est également pour cette raison que, dans une telle situation, l'autorité de surveillance doit prendre des mesures provisionnelles visant à protéger les investisseurs et les créanciers, nomme un chargé d'enquête et constate l'exercice d'une activité sujette à autorisation²⁶. L'entité contrevenante est ensuite généralement mise en faillite et liquidée selon les règles de la faillite bancaire (applicables aux négociants en valeurs mobilières)²⁷.

La seconde question porte sur la possibilité que l'art. 11 LBVM fonde non seulement des obligations contractuelles, mais de véritables devoirs généraux dont la violation constitue un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO. La réponse doit ici aussi être affirmative. L'art. 11 LBVM protège l'investisseur qui bénéficie du devoir d'information, de diligence et de loyauté du négociant, quelle que soit la qualification contractuelle de ses rapports avec le client²⁸.

Enfin, le Tribunal fédéral aurait pu se demander si l'art. 11 LBVM s'applique encore aux organes du négociant en valeurs mobilières, lorsque ce dernier a cessé d'exister pour cause de liquidation comme dans le cas d'espèce. Il ne paraît pas farfelu de considérer que les devoirs de l'art. 11 LBVM obligent non seulement le négociant en valeurs mobilières en tant que personne morale, mais aussi – à tout le moins indirectement – ses collaborateurs responsables. En effet, même si le texte légal de l'art. 11 LBVM parle du négociant (c'est-à-dire de l'intermédiaire assujéti), la loi et ses ordonnances déploient aussi des effets obligatoires pour les organes et collaborateurs de ce dernier. En particulier, les "collaborateurs responsables" doivent disposer des "connaissances professionnelles nécessaires" et présenter "toutes garanties d'une activité irréprochable" (art. 10 al. 2 let. c et d LBVM). La FINMA peut prononcer une interdiction provisoire ou de du-

²⁵ Cf. note 17.

²⁶ La pratique de l'Autorité de surveillance en matière d'activités bancaires et de négociants non autorisés est désormais bien établie au vu des nombreuses décisions rendues dans ce domaine, voir par exemple arrêt du Tribunal administratif fédéral, 27 janvier 2010, B-5582/2008, c. 3 et jurisprudence citée, en particulier ATF 132 II 382, c. 4.2, et ATF 131 II 306, c. 4.1.3.

²⁷ ATF 131 II 305.

²⁸ *Basler Kommentar Börsengesetz / Finanzmarktaufsichtsgesetz* – Rashid BAHAR/Eric STUPP, ad art. 11 LBVM, N. 11.

rée indéterminée de pratiquer le commerce des valeurs mobilières tant à l'égard des personnes exerçant une fonction dirigeante (art. 33 LFINMA) qu'à l'égard des collaborateurs responsables (art. 35a LBVM) qui ont violé gravement la loi elle-même, ses dispositions d'exécution ou les règlements internes du négociant. Lorsque les mesures administratives et disciplinaires à l'encontre des personnes responsables résultent d'une violation de l'art. 11 LBVM, il paraît difficile de ne pas voir aussi un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO dans la violation de cette norme, qui a explicitement une fonction de protection des investisseurs ("envers ses clients").

C. Responsabilité fondée sur la confiance, groupe de sociétés

Après deux arrêts coups de tonnerre (*Swissair*²⁹ et *Grossen*³⁰), la jurisprudence fédérale en matière de responsabilité fondée sur la confiance s'est montrée plus mesurée. Elle a ainsi tenu compte du scepticisme et de l'inquiétude de la doctrine face au risque que les tribunaux se soucient insuffisamment de la sécurité juridique et bouleversent, par cette responsabilité d'un troisième type (ni contrat ni délit), l'allocation des risques que les parties ont fixée dans leurs contrats³¹. L'arrêt 4A_306/2009 du 8 février 2010³², concernant la faillite prononcée en 2003 de Systor SA, une filiale à 100% d'UBS SA spécialisée dans les prestations de traitement électronique de données, illustre à bon escient la prudence retrouvée des juges de Mon Repos sur ce chapitre³³.

Systor avait garanti à hauteur de DM 170 millions un crédit bancaire contracté par sa filiale allemande auprès d'un syndicat de cinq banques

²⁹ ATF 120 II 331.

³⁰ ATF 121 III 350.

³¹ Jean Nicolas DRUEY, "Misstrauen in die Vertrauenshaftung? Nochmals zum 'Konzernvertrauen'", RSDA 2001, p. 190-194; Hans Caspar VON DER CRONE/Maria WALTER, "Konzernerklärung und Konzernverantwortung", RSDA 2001, p. 53-68; Luc THÉVENOZ, "La responsabilité fondée sur la confiance dans les services bancaires et financiers", in *La responsabilité fondée sur la confiance (Journée de la responsabilité 2000)*, Zurich (Schulthess) 2001, p. 37-48.

³² Luc THÉVENOZ/Susan EMMENEGGER, avec la collab. de Marie JENNY, Hans Claas BERNHARDT et Samantha MEREGALLI DO DUC, "Le droit bancaire privé suisse 2009-2010", RSDA 2010, p. 308-328 (cité RSDA 2010), 317 r15; Benedict BURG/Hans Caspar VON DER CRONE, "Vertrauenshaftung im Konzern", RSDA 2010, p. 417-426.

³³ Voir également Luc THÉVENOZ, "Information, conseil, mise en garde", in *Journée 2007 de droit bancaire et financier*, Genève etc. (Schulthess) 2008, p. 19-47, 27 ss.

allemandes. Lorsque cette garantie fut appelée, Systor ne put faire face à ses engagements et, après une tentative infructueuse d'assainissement, fut déclarée en faillite en 2003 par un tribunal de Zurich. Les cinq membres du syndicat de crédit introduisirent action contre UBS en 2006 pour se faire indemniser de leur découvert à hauteur de presque CHF 100 millions.

En l'absence de tout contrat avec UBS, les demandeurs ont notamment fait valoir leur confiance trompée par la société-mère de Systor. Ils ont argumenté qu'UBS avait initié les négociations entre sa filiale indirecte allemande et eux-mêmes. Ils ont également reproché à la filiale d'avoir établi un mémorandum d'informations dans lequel il était fait référence à UBS comme une entreprise expérimentée disposant d'importants contacts sur le marché et fournissant à Systor un volume annuel de mandats pour environ DM 170 millions. En raison de la confiance ainsi suscitée, les demandeurs n'auraient pas exigé de garantie contractuelle d'UBS pour le prêt consenti³⁴.

Les considérants du Tribunal fédéral tranchent dans le vif. Ils réaffirment que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la confiance dans une prestation volontaire sans conclusion d'un contrat est protégée³⁵. Pour qu'un tel chef de responsabilité soit donné, il faut, selon la jurisprudence, qu'entre le lésé et le responsable une relation particulière (*Sonderverbindung*), un rapport spécial de confiance et de fidélité, ait existé sans qu'une responsabilité contractuelle puisse être invoquée³⁶. Par son comportement, le responsable doit avoir en outre provoqué, puis déçu de manière contraire à la bonne foi, des attentes déterminées quant à son rôle et à sa responsabilité dans l'affaire en question. L'attente toute générale que le partenaire accomplisse une prestation sans y être obligé contractuellement n'est pas protégée. Il faut, en effet, que la conclusion d'un contrat ne soit effectivement pas possible en raison des rapports de force en présence ou d'un rapport de dépendance entre les partenaires, et qu'il ne puisse être raisonnablement exigé de celui qui doit faire confiance de renoncer à l'affaire³⁷.

Sans surprise, le Tribunal fédéral confirme l'arrêt cantonal selon lequel les établissements financiers spécialisés dans les crédits ne bénéficient

³⁴ 4A_306/2009, c. 5.2.

³⁵ ATF 133 III 449, c. 4.1.

³⁶ 4A_306/2009, c. 5.1 et jurisprudence citée.

³⁷ *Ibidem*; également ATF 133 III 449, c. 4.1.

pas d'une telle protection lorsqu'ils négocient les termes d'un financement avec une filiale sans obtenir de garantie de la société-mère³⁸. Ni le fait qu'UBS ait entamé puis conduit les pourparlers, ni les informations contenues dans le mémorandum ne justifiaient une responsabilité de celle-ci envers les banques prêteuses. Bien au contraire, il appartenait à ces dernières de faire stipuler en leur faveur toutes les garanties sur lesquelles elles entendaient se fonder, et elles ne pouvaient pas se prévaloir de bonne foi qu'un tiers au contrat – qui n'assumait aucune garantie contractuelle – les indemnise suite à la faillite de leur emprunteur³⁹.

Cette décision et le principe sur lequel elle repose doivent être approuvés. Combien sinon d'entrepreneurs, de leurs amis, de leurs conjoints pourraient-ils être appelés à rembourser les crédits d'une PME tombée en faillite ?

D. Mandat de gestion et compte joint : pas d'effet protecteur du cotitulaire

Les faits relativement atypiques de l'arrêt 4A_468/2009 du 30 novembre 2009⁴⁰ peuvent être ainsi résumés. Un compte joint et un dépôt joint⁴¹ furent ouverts en 1992 par un couple marié en qualité de cotitulaires. En 1993, puis en 1998, la banque conclut deux mandats de gestion de fortune, non pas avec les deux cotitulaires, mais avec Monsieur uniquement. Ces mandats de gestion portaient néanmoins sur l'ensemble des avoirs déposés auprès de la banque par les conjoints. Un crédit lombard de CHF 500 000, porté ensuite à CHF 2 000 000 et gagé sur les avoirs déposés auprès de la banque fut également souscrit par Monsieur. Malheureusement, la gestion des avoirs se solda en 2003 non seulement par la liquidation de tous les actifs du couple, mais encore par un solde négatif en faveur de la banque de CHF 2 021 000 ! La banque agit alors contre les deux époux en paiement de ce solde, ce à quoi ces derniers conclurent au rejet de la demande et reconventionnellement au versement par la banque de CHF 3 190 000 au titre de dommages-intérêts.

³⁸ 4A_306/2009, c. 5.4.1 et 5.4.2.

³⁹ *Idem*, c. 5.4.2 *in fine*.

⁴⁰ RSDA 2010 (note 32) 314 r15.

⁴¹ Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les titres intermédiés le 1^{er} janvier 2010, il conviendrait plutôt de parler d'un compte joint de titres.

Le premier juge avait admis la demande en paiement contre Monsieur mais l'avait rejetée contre Madame pour défaut de légitimation passive. Il avait également débouté Madame de sa demande reconventionnelle pour défaut de légitimation active. L'instance cantonale supérieure a confirmé l'absence de légitimation active de Madame et renvoyé pour le surplus la cause au premier juge.

C'est donc sur la question de la légitimation active de Madame en tant que cotitulaire du compte que portent les considérants du Tribunal fédéral⁴². S'agissant de son absence de légitimation passive, le Tribunal fédéral a dû constater que celle-ci avait acquis l'autorité de la chose jugée puisque la banque n'avait pas recouru contre ce point du dispositif du jugement de première instance devant l'instance cantonale supérieure.

Concernant la légitimation active de l'épouse, le Tribunal fédéral a rappelé que le tribunal de première instance avait jugé, à raison, que celle-ci n'avait pas qualité pour agir dans le cadre d'une action en responsabilité contractuelle fondée sur une mauvaise exécution des mandats de gestion dès lors qu'elle n'était pas partie à ces contrats et quand bien même elle était cotitulaire du compte⁴³. Il a également écarté l'éventualité d'une responsabilité délictuelle de la banque pour absence d'acte illicite. En effet, dès lors que la demande reconventionnelle n'alléguait qu'un dommage patrimonial, l'acte illicite devait trouver son fondement dans la violation d'une norme de protection. Or, celle-ci faisait défaut puisque Madame n'était pas partie aux contrats de mandat conclus par son époux: l'art. 398 CO étant une règle purement contractuelle, il ne saurait protéger le patrimoine d'un tiers au contrat⁴⁴. Cet effet traditionnel de la relativité des conventions s'applique ici aussi nonobstant le fait que sur la base de ces mandats, la banque était habilitée à agir sur l'intégralité des actifs du compte, dès lors que Monsieur avait le pouvoir de disposer sur l'entier du compte.

Si ce raisonnement nous paraît solide, il est toutefois dommage que Madame n'ait pas plaidé la théorie du contrat avec effet protecteur de tiers, ni que le Tribunal fédéral ne s'en soit emparé de son propre chef. Cette

⁴² Le Tribunal fédéral a admis la recevabilité du recours de l'épouse uniquement contre la décision de l'instance supérieure cantonale dans la mesure où il s'agissait pour elle d'une décision partielle qui mettait fin à la procédure (art. 91 let. b LTF), 4A_468/2009, c. 2.

⁴³ 4A_468/2009, c. 2.1.

⁴⁴ *Idem*, c. 2.3.

théorie est, à juste titre, controversée en doctrine⁴⁵ et n'a jusqu'à présent pas trouvé grâce à Mon Repos⁴⁶, mais les circonstances du cas d'espèce étaient néanmoins très particulières et auraient mérité quelques réflexions de notre Haute Cour pour les raisons suivantes.

Premièrement, Madame était en relation contractuelle avec la banque concernant la conservation des avoirs déposés sur les comptes du couple et sur lesquels la banque n'avait en principe aucun pouvoir de disposition. Ensuite, la banque avait obtenu un tel pouvoir de gestion et un gage sur ces avoirs sur la base de plusieurs contrats conclus avec Monsieur seulement. Enfin, il s'ensuit que, si tant est que le compte comprenait des avoirs de Madame, la banque était autorisée par le truchement des comptes joints et des contrats susmentionnés à en disposer sans (nouvelle) obligation contractuelle à l'égard de celle-ci. A la différence de la présente affaire, où Madame avait une relation contractuelle avec la banque, les affaires où le Tribunal fédéral a rejeté la théorie du contrat avec effet protecteur (géologue, architecte)⁴⁷ ne présentaient pas cette circonstance. Certes, Madame n'est pas tenue de rembourser le crédit lombard contracté par son mari et qui a servi de levier à la gestion des actifs communs. Il n'en reste pas moins que ses propres actifs (en admettant qu'il y en ait eu) ont subi un dommage en raison de la mauvaise gestion alléguée. Il est bien étrange qu'elle n'ait pas qualité pour en demander réparation à la banque qui s'est contractuellement engagée envers elle à conserver avec diligence ses avoirs.

II. Conseil en placement

Cour de justice de Genève, 11 décembre 2009, ACJC/1491/2009

Les devoirs de la banque en tant que conseillère en placement sont, depuis quelques années, devenus un thème récurrent des chroniques de jurisprudence civile. Malgré cela, certaines zones d'ombre subsistent et

45 Cf. not. ATF 117 II 315; ATF 121 III 310, JdT 1996 I 360; *Basler Kommentar Obligationenrecht I* – WIEGAND, Einl. 97-109 N. 9; *Basler Kommentar Obligationenrecht I* – GONZENBACH CO 112 N. 22 ss.

46 ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207; ATF 121 III 310, JdT 1996 I 360; ATF 117 II 315; TF, 23 décembre 2003, 4C.230/2003; TF, 18 janvier 2000, 4C.194/1999.

47 SJ 2000 I 549; ATF 130 III 345, SJ 2004 I 461.

certaines confusions naissent. L'arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/1491/2009, du 11 décembre 2009⁴⁸, en est une bonne illustration.

En grand résumé, un couple brésilien avait ouvert un compte joint auprès d'une banque à Genève en 1994. Durant la relation contractuelle, qui a duré jusqu'en 2004, plusieurs "profils clients" ont été établis par la banque. Ces profils d'investissement ont évolué au fil des années de "tolérance au risque élevé" et "*very aggressive*" à "préservation de son capital avec des liquidités". Parallèlement, le client, qui souhaitait faire des investissements en accord avec son profil de risque, a informé la banque de son souhait de recevoir de temps en temps les conseils de celle-ci. De fait, la banque a, à plusieurs reprises au cours de la relation contractuelle, adressé au client des recommandations d'investissement. La stratégie d'investissement (notamment en *Brady bonds*) en partie financée par des crédits de la banque, a produit sur une période de 10 ans (en chiffres ronds) des gains de USD 1 750 000 et des pertes de USD 720 000. En 2006, le client a assigné la banque en dommages-intérêts pour violation des obligations contractuelles découlant d'un mandat de gestion de fortune, subsidiairement d'un contrat de conseil en placement.

La Cour de justice a nié l'existence d'un mandat de gestion par actes concluants. Quand bien même la formation d'un tel contrat n'est pas exclue⁴⁹, la Cour a estimé que son existence n'était pas prouvée, voire même contredite par le comportement du client qui avait systématiquement pris les décisions d'investissement. Le seul fait que la banque ait établi des profils de risque du client ne permettait pas à lui seul d'inférer l'existence d'un tel mandat. L'établissement de ces profils est en effet imposé par l'art. 11 LBVM qu'il y ait ou non mandat de gestion⁵⁰.

S'agissant de l'existence d'un mandat général (ou durable) de conseil, la Cour de justice a retenu que la volonté de conclure un tel contrat n'avait pas non plus été prouvée. Un tel contrat se caractérise, selon la Cour, par le fait que la banque s'engage, en principe contre rémunération, à suivre les investissements effectués personnellement par son client en observant l'évolution de ses avoirs, et à le conseiller régulièrement, en lui proposant des investissements ou des changements dans l'affectation des capitaux, obligations se rapprochant de celles existant dans le contrat de gestion

48 RSDA 2010 (note 32) 315 r10.

49 Alexandre RICH, "Jurisprudence civile récente", in *Journée 2009 de droit bancaire et financier*, Genève etc. (Schulthess) 2010, p. 171-196, 178 ss.

50 ACJC/1491/2009 du 11 décembre 2009, c. 4.2.2.

de fortune⁵¹. La Cour a, en revanche, admis que la banque avait accepté de fournir des conseils ponctuels au client qui avait suivi certaines de ces recommandations. Sous l'angle juridique, il en résulte qu'un nouveau contrat de conseil a été conclu – le plus souvent par actes concluants – pour chaque conseil prodigué par la banque, quand bien même cette dernière n'a perçu aucune rémunération directe. Les effets de tels contrats présentent la particularité d'être instantanés : la banque n'est pas tenue d'examiner si le client va suivre ce conseil, s'il reste valable avec l'écoulement du temps ou si, la situation s'étant modifiée, le client doit entreprendre d'autres transactions⁵².

Cela étant admis, la Cour a rejeté une éventuelle violation par la banque des devoirs contractuels en découlant. Elle a retenu que celle-ci n'avait pas violé ses obligations en relation avec les renseignements objectifs ni avec les conseils fournis à l'appelant⁵³. Pas davantage la banque n'avait-elle un devoir de mise en garde particulier en relation avec les investissements effectués⁵⁴.

Sur la base des faits établis par la Cour, le déboutement du demandeur paraît assez convaincant. Ce qui l'est moins, c'est le raisonnement qui le soutient et qui paraît confondre jusqu'à un certain point les notions de conseil et d'information. Il est important d'insister une nouvelle fois sur la nécessaire distinction entre information d'une part, conseil, recommandation et mise en garde d'autre part. Leurs fondements et leur portée ne sont pas identiques, non plus que la preuve d'une bonne ou d'une mauvaise exécution de ces obligations. Et la sécurité du droit ainsi que la prévisibilité des décisions de justice ne gagnent rien à cette confusion entretenue.

D'abord, dans le cadre d'un contrat de conseil stipulé (par actes concluants ou expressément, ponctuel ou durable)⁵⁵, il est souvent aisé de confondre l'information (qui porte sur des faits) et le conseil (qui comprend une opinion et une recommandation, favorable ou non)⁵⁶. Bien sûr, donner une recommandation dans le cadre d'un contrat de conseil, qu'il soit ponctuel ou durable, implique presque toujours de fournir d'abord des informations qui servent de base factuelle et de motivation au conseil

51 *Idem*, c. 4.3.1.

52 *Ibidem*.

53 *Idem*, c. 5.1.

54 *Idem*, c. 5.2.

55 *Idem*, c. 5.1.

56 Sur l'ensemble de la question, cf. THÉVENOZ (note 33).

proprement dit. Par ailleurs, il est plus facile pour un plaideur de démontrer l'inexactitude d'une information que le caractère déraisonnable d'un conseil. Mais il reste que les deux doivent être soigneusement distingués.

Ensuite, le devoir d'information du négociant en valeurs mobilières existe *ex lege*. Il est fondé sur l'art. 11 LBVM et précisé par les Règles de conduite pour négociants de l'Association suisse des banquiers. Une certaine information est due au client même en l'absence d'un contrat de conseil⁵⁷. Certes, le mandat de conseil, comme du reste le mandat de gestion, oblige généralement à fournir une information plus étendue que l'obligation d'information somme toute minimale prévue par l'art. 11 LBVM⁵⁸. Enfin, comme mentionné plus bas, un rapport particulier de confiance ou des situations exceptionnelles peuvent fonder de la part de la banque un devoir d'information particulier qui va au-delà de l'information de l'art. 11 LBVM puisqu'elle comprend un conseil ou une mise en garde⁵⁹.

L'analyse de la qualité du conseil prodigué par la banque se fera, quant à elle, au regard de la situation financière du client et de ses objectifs de placement dont la banque doit s'être préalablement enquise. C'est donc à juste titre que la Cour relève que, "pour exécuter correctement son obligation [d'information, mais aussi de conseil], la banque doit donc disposer de renseignements relatifs à la situation personnelle de son client, son patrimoine ainsi que ses objectifs"⁶⁰. Même hors de tout mandat de gestion, l'établissement de profils détaillés de son client et leur mise à jour sont une base nécessaire à l'accomplissement des devoirs légaux et contractuels de la banque, du négociant en valeurs mobilières et, plus généralement, du conseiller en investissement. Un conseil est inenvisageable si la situation patrimoniale et les objectifs du client ne sont pas connus de celui qui le prodigue⁶¹.

57 ATF 133 II 97, c. 5.2; TF, 21 février 2007, 4C.205/2006, c. 3.3.

58 TF, 21 février 2007, 4C.205/2006, c. 3.3 *in fine*.

59 ATF 133 III 97, c. 7; TF, 2 avril 2007, 4C.385/2007, c. 2.2.

60 ACJC/1491/2009 du 11 décembre 2009, c. 5.1.1.

61 Dans le cas d'espèce, les profils successifs établis par la banque sur son client, renforcés par de nombreuses notes au dossier relatées dans l'état de fait, ont semble-t-il joué un rôle essentiel pour la banque dans sa démonstration que son client était une personne expérimentée, disposant de connaissances financières relativement pointues, souhaitant poursuivre une stratégie agressive pour laquelle il n'entendait obtenir que des recommandations ponctuelles de celle-ci.

En revanche, la loi ne statue ni devoir de conseil ni devoir de mise en garde⁶². Hors des mandats de gestion ou de conseil, le droit suisse ne connaît ni *suitability* ni *appropriateness* comme les prévoit la MiFID⁶³. Tout au plus la jurisprudence enseigne-t-elle qu'un tel devoir peut naître "dans des situations exceptionnelles, soit lorsque la banque, en faisant preuve de l'attention requise, a reconnu ou aurait dû reconnaître que le client n'a pas identifié un danger lié au placement, ou lorsqu'un rapport particulier de confiance s'est développé dans le cadre d'une relation d'affaires durable entre le client et la banque, en vertu duquel le premier peut, sur la base des règles de la bonne foi, attendre conseil et mise en garde même s'il ne formule pas de demande dans ce sens"⁶⁴. En l'espèce, dès lors que le client était expérimenté, et bien qu'il eût opté pour une stratégie d'investissement très agressive, la Cour de justice a justement considéré que la banque n'avait pas d'obligation "générale" d'information ou, pour être plus précis, d'obligation de mise en garde à l'égard de son client⁶⁵.

III. Crédits et actions révocatoires

TF, 3 août 2010, 5A_358/2008 ; ATF 136 III 24 (5A_758/2008)

Les deux arrêts que nous résumons ici s'inscrivent dans la série d'arrêts suscités par la faillite de SAir Group⁶⁶, dont il a notamment été question lors de la Chronique 2009 de droit bancaire et financier⁶⁷. Comme eux, ils

⁶² Contrairement à ce que semble écrire la Cour, c. 5.2.1, p. 23 : "Ces devoirs d'information et de conseil peuvent découler [...] de l'article 11 LBVM."

⁶³ Article 19 (4) et (5) de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers. Sur ces distinctions et une comparaison avec le droit suisse, voir not. THÉVENOZ (note 33), p. 32-46.

⁶⁴ ACJC/1491/2009 du 11 décembre 2009, c. 5.2.1 ; cf. TF 4C.385/2006 du 2 avril 2007.

⁶⁵ *Idem*, c. 5.2.2.

⁶⁶ ATF 134 III 452 ; TF, 6 avril 2009, 5A_386/2008 ; TF, 28 mai 2009, 5A_420/2008 ; TF, 28 septembre 2009, 5A_116/2009 ; TF, 24 février 2010, 5A_570/2008 résumés in Susan EMMENEGGER/LUC THÉVENOZ, avec la collab. de Hans Claas BERNHARDT et Samuel ZEMP, "Le droit bancaire privé suisse 2008-2009", RSDA 2009, p. 272-293 (cité RSDA 2009), 290-291, r41 à r43, et RSDA 2010 (note 32) 325-326, r36 à r39. Autres décisions concernant la faillite de SAir Group : ATF 135 III 276, SAir Group c. Air Total (Suisse) SA et Air Total International (révocation de paiements de factures portant sur des marchandises livrées), et TF, 4 septembre 2008, 5A_37/2008, SAir Group c. Aéroport de Zurich (révocation de taxes d'aéroport).

⁶⁷ Alexandre RICHА (note 49), p. 188 ss.

portent sur la révocation pour dol de l'art. 288 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP). Cette disposition suppose réunies trois conditions, soit a) le préjudice aux intérêts des autres créanciers, b) l'intention du débiteur de léser les autres créanciers et c) le caractère reconnaissable de cette intention pour le créancier bénéficiaire de la prestation révoquée. Le premier arrêt confirme ce que nous savons depuis l'affaire *Zürcher Kantonalbank*⁶⁸, le second tempère la règle en ce qu'il reconnaît l'admissibilité (sous certaines conditions) du versement des intérêts d'un prêt consenti à une partie tombée par la suite en faillite⁶⁹.

A. L'arrêt non publié *Nordea Bank*

Dans l'affaire *Nordea*⁷⁰, la résiliation du prêt est intervenue le 29 juin 2001, soit un peu plus de trois mois avant le dépôt de la demande de sursis concordataire par SAirGroup, le 4 octobre 2001.

Nordea et SAir Group avait conclu un premier *credit facility* en juin 1999, lequel prévoyait le remboursement du capital pour le 31 août 2001 mais réservait la possibilité pour le prêteur de résilier le contrat de manière anticipée en cas de détérioration substantielle de la situation financière de SAir Group. Ce prêt fut résilié de manière anticipée le 20 juin 2001 et remplacé par un second contrat de prêt d'une durée plus courte, soit jusqu'au 29 juin 2001. A cette date, Nordea a exigé le remboursement et SAir Group s'est exécutée pour un montant en capital et intérêts de USD 61 191 000.

L'arrêt *Nordea* n'a pas été publié au Recueil officiel car il ne fait que confirmer ce que nous savons depuis l'ATF 134 III 452 et les décisions qui ont suivi: le remboursement d'un crédit bancaire, en capital et en intérêts, à l'échéance ordinaire ou en cas de résiliation anticipée, unilatérale ou conventionnelle, constitue un préjudice aux intérêts des autres créanciers et peut être révoqué si les autres conditions de l'art. 288 LP se trouvent également réalisées⁷¹.

68 ATF 134 III 452, RSDA 2009 (note 66) 290 s., r41.

69 Cf. également un autre arrêt rendu le même 24 février 2010, 5A_570/2008, RSDA 2010 (note 32) 325 s., r38.

70 TF, 3 août 2010, 5A_358/2008.

71 *Idem*, c. 2.1.1 et 2.1.2.

B. *L'arrêt publié Communauté d'intérêts des obligataires de SAirGroup Sàrl c. Banque LBLux SA*

En revanche, l'arrêt qui déboute l'action en révocation intentée par un groupement de créanciers obligataires de SAir Group contre la Banque LBLux SA a été, à juste titre, publié au Recueil officiel⁷². A la différence des affaires précédentes, LBLux n'a pas résilié le crédit octroyé en 1992 à la compagnie aérienne, mais s'est contentée d'encaisser pour la dernière fois le 28 septembre 2001 (soit 7 jours avant la demande de sursis concordataire) les intérêts annuels au taux de 7¾%. Le liquidateur de SAir Group avait renoncé à demander la révocation de ce paiement d'intérêts contractuels. La communauté d'intérêts des créanciers obligataires de SAir Group s'est fait céder cette prétention qu'elle a exercée, en vain, devant les tribunaux zurichois et jusqu'au Tribunal fédéral.

Dans ses considérants, le Tribunal fédéral a jugé que, contrairement au cas du remboursement anticipé ou ordinaire du capital prêté, l'élément objectif du préjudice porté aux autres créanciers n'était en l'espèce pas réalisé. L'action révocatoire n'a pas pour but de priver le débiteur de sa capacité d'action et de l'immobiliser. Cela l'amènerait immédiatement à une situation de faillite, ce qui est rarement dans l'intérêt de la communauté des créanciers. En d'autres mots, le débiteur doit pouvoir poursuivre ses affaires normalement même dans une situation financière difficile et un traitement inégal de ses créanciers doit être possible dans le cadre de cette activité pour des motifs justifiés⁷³.

Si l'on considère les nombreux arrêts déjà rendus dans la faillite SAir Group, ces grandes déclarations de principe ne rassureront que modérément les débiteurs en difficulté, leurs créanciers et ceux qui les conseillent.

En revanche, on est rassuré de constater que le paiement régulier des intérêts pour un crédit maintenu ne réalise en principe pas la condition objective du préjudice causé aux créanciers⁷⁴. Le service des intérêts est, en effet, la condition nécessaire au maintien du crédit. Il y a équivalence de prestations entre la poursuite du crédit et le paiement des intérêts échus. Ceci est vrai même lorsque, comme c'est la règle, les intérêts ne sont pas

⁷² ATF 136 III 24 (5A_758/2008).

⁷³ ATF 136 III 247, c. 2 *in fine*; Hans-Ueli Vogt, "Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe", PJA 2010, p. 1075-1091, 1080 s.

⁷⁴ ATF 136 III 247, c. 5.

payés d'avance (*prenumerando*), mais périodiquement pour la durée courue (*postnumerando*)⁷⁵. Il reste néanmoins que des éventuelles manipulations frauduleuses (*Zinsmachenschaften*), telles que le versement des intérêts avant leur échéance ou de montants plus élevés (*höhere Zahlungen*), restent révocables⁷⁶.

En lisant cela, on peut concevoir une petite inquiétude. *Quid* des clauses contractuelles qui prévoient une augmentation du taux d'intérêt en cas de péjoration de la situation financière du débiteur (par exemple, abaissement de sa notation) ? De telles clauses, si elles ne sont pas lésionnaires et si elles ont été introduites dans le contrat de crédit avant les difficultés financières du débiteur, devraient être considérées comme valables et le paiement de tels intérêts majorés ne devrait pas constituer une *Zinsmachenschaft*. En cas d'abaissement de la notation financière du débiteur, la majoration du taux d'intérêt est, en pratique, la condition du maintien du crédit. Elle favorise donc la poursuite de l'activité économique du débiteur, ce qui est précisément le but visé par le Tribunal fédéral dans le considérant 6 de cet arrêt. En outre, si les parties se voyaient interdire un ajustement contractuel du taux d'intérêt, elles prévoiraient une résiliation immédiate dans une telle situation, ce qui est plus défavorable pour le débiteur comme pour ses autres créanciers.

C. Un enseignement

Quel enseignement faut-il tirer de la comparaison entre ces deux décisions ?

Le créancier qui a des raisons de soupçonner la prochaine faillite de son débiteur, qui résilie le crédit et obtient le remboursement du capital et des intérêts échus a toutes les chances de voir ce paiement révoqué en cas de faillite. Il se retrouvera alors produire dans la faillite pour le capital et les intérêts. Les établissements financiers se trouvant dans une telle situation auront particulièrement de mal à prouver qu'ils ne pouvaient déceler l'intention dolosive du débiteur puisqu'ils disposent de par leur métier d'informations et de critères de calcul des risques qui vont au-delà de ce que la majorité des créanciers peuvent avoir à leur disposition.

⁷⁵ *Idem*, c. 6.

⁷⁶ *Idem*, c. 6 *in fine*.

En revanche, dans les mêmes circonstances, le créancier qui encaisse les intérêts échus mais renonce à résilier son crédit obtient un paiement soustrait à la révocation en cas de faillite. Si la faillite survient, il lui restera à produire sa créance de capital (et intérêts courus depuis le dernier paiement). Il se trouve dans une situation préférable à la première hypothèse puisqu'il a obtenu ici un paiement d'intérêts non révocable.

Un tiens vaut-il mieux que deux... tu les perdras ?

IV. Obligations de renseigner les héritiers

Tribunal de commerce de Zurich, 30 juin 2009, HG080094/U/ei ;
TF, 29 juillet 2009, 4A_249/2009 ; ATF 136 III 461 (4A_421/2009) ;
TF, 13 septembre 2010, 5A_638/2009

A. Arrêt du 30 juin 2009 du Tribunal de commerce de Zurich

Les affaires relatives à l'obligation des banques de renseigner les héritiers occupent souvent les tribunaux, en particulier genevois. La jurisprudence résumée ci-après émane d'une juridiction zurichoise⁷⁷, laquelle suit la jurisprudence genevoise.

Le demandeur, avocat et administrateur de la succession d'une citoyenne britannique domiciliée et décédée en Allemagne, a sollicité de Deutsche Bank (Suisse) SA à Zurich la production de tous les documents relatifs aux comptes et dépôts dont la personne décédée était titulaire, seule ou conjointement avec d'autres personnes. Il a également exigé la remise de toute pièce relative à des versements, paiements et transferts effectués par le *de cuius* sur des comptes ouverts auprès de la même banque au nom de deux fondations. Le tribunal zurichois analyse les relations contractuelles entre l'établissement bancaire et le *de cuius* comme relevant tout à la fois des contrats de mandat et de dépôt et analyse la reddition de compte au regard de l'art. 400 al. 1 CO.

La situation n'a rien d'extraordinaire, mais l'arrêt (devenu définitif) confirme les positions de la juridiction zurichoise sur les points suivants.

Des instructions laissées par un client à sa banque mandataire ayant pour objectif d'occulter, suite à son décès, partiellement ou totalement

⁷⁷ Tribunal de commerce de Zurich, 30 juin 2009, HG080094/U/ei, RSDA 2010 (note 32) 323 s., r33.

certaines informations relatives à des dispositions patrimoniales à ses héritiers sont incompatibles avec le droit suisse⁷⁸. Il en va de même pour les comptes joints avec clause d'exclusion des héritiers⁷⁹. Seul est admissible un devoir de discrétion à l'égard des droits strictement personnels⁸⁰. L'obligation de rendre compte de la banque, fondée sur le droit du mandat, ne peut ainsi être exclue ni contractuellement ni unilatéralement par le titulaire du compte.

Par succession universelle⁸¹, les héritiers peuvent exiger de la banque tout renseignement ou tout document que le *de cuius* aurait pu lui-même exiger. Tel est, en particulier, le cas des informations relatives aux transferts ou aux paiements effectués à la demande du *de cuius* en faveur de fondations. De telles prestations effectuées par la banque conformément aux instructions du *de cuius* constituent des mandats pour lesquels la banque est tenue par l'obligation de rendre compte de l'art. 400 al. 1 CO vis-à-vis du *de cuius* et donc de ses héritiers. C'est aussi vrai pour un compte joint, même en présence d'une clause d'exclusion d'héritiers⁸².

Même si la banque ne peut opposer aux héritiers le secret bancaire, devenus les maîtres du secret⁸³, l'obligation de rendre compte ne comprend toutefois pas les informations à caractère éminemment personnel qui touchent à la sphère intime du *de cuius*⁸⁴, dans la mesure en tout cas où leur ignorance ne lèse pas les héritiers dans leurs prétentions successorales⁸⁵.

L'obligation de reddition de compte est globale. La banque doit répondre aux demandes de renseignement même si elles lui paraissent futiles et ne peut se limiter à transmettre les informations qui lui semblent, de son point de vue à elle, pertinentes⁸⁶. Le fait que des renseignements ou documents demandés aient déjà été fournis antérieurement n'a pas

78 ATF 133 III 664, c. 2.6.

79 HG080094/U/ei, c. 2.2.

80 *Ibidem*.

81 Applicable en droit suisse (art. 560 CC) mais également en droit allemand régissant la succession du *de cuius* conformément au droit international privé allemand (art. 91 al. 1 LDIP), arrêt HG080094/U/ei, c. 2.3.

82 HG080094/U/ei, c. 2.4.

83 HG080094/U/ei, c. 2.4 et jurisprudence citée, en particulier ATF 133 III 664, c. 2.6.

84 HG080094/U/ei, c. 2.3.

85 Remo MÜLLER, "Konto und Erbgang – Informationsfluss zwischen Bank/Post und den Erben des verstorbenen Kontoinhabers/wirtschaftlich Berechtigten", in *Jusletter*, 29 mars 2010, N. 84 s.

86 *Idem*, c. 2.5.

d'effet libératoire pour la banque⁸⁷. La reddition de compte est une obligation accessoire durable dont le mandant peut exiger la répétition. Elle s'étend sur tous les documents et informations à disposition de la banque, soit ceux qu'elle a l'obligation de conserver pendant une durée de dix ans (art. 962 CO), mais également ceux plus anciens dont elle disposerait dans ses archives⁸⁸.

Enfin, la banque ne peut exciper de l'art. 82 CO pour refuser d'obtempérer à la demande de renseignement. D'abord, parce que la reddition de compte constitue une obligation accessoire pour laquelle l'art. 82 CO n'est pas applicable et, secondement, parce qu'une demande de dédommagement de la banque pour sa prestation n'est pas établie et donc exigible⁸⁹.

B. For et droit applicables au droit aux renseignements des héritiers en matière internationale

Trois arrêts récents de notre Haute Cour se rapportent à des demandes de renseignements dans un contexte international portant sur des avoirs dont le *de cuius* était l'ayant droit économique. Ils sont la continuation de l'ATF 135 III 185⁹⁰ dans lequel le Tribunal fédéral distingue deux fondements possibles pour un éventuel droit à des informations dirigé contre la banque, contre un gérant de fortune, voire contre un tiers. Il s'agit de la prétention contractuelle contre le mandataire en reddition de compte, fondée sur l'art. 400 CO, d'une part, et la prétention successorale contre un cohéritier, voire contre tout tiers, à des renseignements sur les biens de la succession, voire sur des actifs qui doivent être rapportés en nature ou en valeur à la succession, d'autre part.

En matière internationale, les prétentions contractuelles invoquées en Suisse contre des mandataires suisses sont soumises au droit suisse, soit par éléction de droit (art. 116 de la loi fédérale sur le droit international privé [LDIP]), soit par rattachement objectif (art. 117 al. 2 let. c LDIP). Les prétentions successorales à des renseignements dirigées contre des établissements ou des personnes en Suisse sont soumises au droit applicable à la

⁸⁷ *Idem*, c. 2.6.

⁸⁸ *Idem*, c. 2.7.

⁸⁹ *Idem*, c. 2.8.

⁹⁰ Alexandre RICHAS (note 49), p. 186 s.

succession (art. 90 et 91 LDIP). Ayant clairement établi cette distinction, il convient maintenant d'en examiner les conséquences en matière de for.

Les prétentions contractuelles en reddition de compte contre des banques, gérants de fortune et autres mandataires suisses sont de la compétence des tribunaux suisses, conformément à la Convention de Lugano⁹¹ (art. 2 al. 1 aCL, art. 2 al. 1 CL). En effet, ces prétentions sont de nature contractuelle, et appartenaient au *de cuius* de son vivant. Le droit successoral, par hypothèse étranger, est quant à lui applicable au domaine du statut successoral (art. 92 LDIP). Il détermine notamment qui succède et en quoi consiste la succession. Cela ne change toutefois rien à la nature contractuelle de la prétention, qui relève toujours de la Convention de Lugano.

En revanche, les prétentions successorales en renseignement ne relèvent pas de la Convention de Lugano (art. 1 al. 2 ch. 1 aCL, art. 1 al. 2 let. a CL)⁹². Elles doivent être exercées au for de la succession ou, éventuellement, au for suisse des mesures conservatoires (LDIP 89)⁹³.

Ayant posé ce cadre, on peut rapidement évoquer ces trois jurisprudences du Tribunal fédéral.

Dans l'arrêt du 29 juillet 2009⁹⁴, la compétence des tribunaux zurichois a été admise par le Tribunal fédéral sur la base de la Convention de Lugano dans la mesure où la demanderesse grecque faisait valoir exclusivement un droit contractuel à l'information pour fonder sa demande de renseignements⁹⁵. Il lui restera à établir que le droit suisse des contrats lui confère un droit à des informations sur des véhicules patrimoniaux dont son mari était ayant droit économique.

⁹¹ La Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11; RO 1991 2436; aCL) a été remplacée par la Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (RS 0.275.12; RO 2010 5609; CL).

⁹² Pour un cas dans lequel la compétence des tribunaux suisses fondée sur l'aCL pour une demande en renseignement de nature successorale a été rejetée, cf. TF, 24 mars 2004, 5C.235/2004.

⁹³ Laura JACQUEMOUD-ROSSARI, "Reddition de compte et droit aux renseignements", SJ 2006 II, p. 23-90, 35; Benoît CHAPPUIS, "L'utilisation de véhicules successoraux dans un contexte international et la lésion de la réserve successorale", SJ 2005 II, p. 37-70, 57 s.; TF, 19 mars 2002, 5C.171/2001, c.3 b).

⁹⁴ TF, 29 juillet 2009, 4A_249/2009, RSDA 2010 (note 32) 324 r34; Alexandre RICHÀ (note 49), p. 186; Philipp FISCHER, Actualité CDBF n° 650 du 23 octobre 2010.

⁹⁵ TF, 29 juillet 2009, 4A_249/2009, c. 2.3.

La succession d'un ressortissant italien décédé en Suisse fait l'objet de l'arrêt 136 III 461 daté du 26 juillet 2010⁹⁶. La veuve avait ouvert action devant les tribunaux tessinois contre une banque pour exiger des informations sur les avoirs dont le *de cuius* était l'ayant droit économique. Dans la mesure où la demanderesse faisait valoir non pas un droit contractuel mais une prétention successorale de droit italien à de telles informations, la cause a été renvoyée aux tribunaux inférieurs. Ces derniers auront pour tâche de vérifier que le droit successoral italien est effectivement applicable à la cause et qu'il donne à l'héritier un droit à l'information sur de tels véhicules successoraux⁹⁷. L'application du droit italien ne va cependant pas de soi malgré le texte clair de l'art. 17 al. 3 de la Convention d'établissement et consulaire entre la Suisse et l'Italie du 22 juillet 1868 (RS 0.142.114.541). En effet, bien que cette convention plus que centenaire ne l'envisage pas, le Tribunal fédéral a reconnu la possibilité d'une *professio juris* du *de cuius* en faveur du droit successoral suisse; le tribunal cantonal devra également établir les faits à cet égard⁹⁸. Si tel devait être le cas, on rappellera que la jurisprudence genevoise admet à certaines conditions les demandes de renseignement des héritiers réservataires sur les avoirs dont le *de cuius* était ayant droit économique⁹⁹.

Enfin, l'arrêt du 13 septembre 2010¹⁰⁰ se rapporte à la succession de deux ressortissants français décédés en France. Leur fille, seule héritière, a fait valoir une prétention de droit successoral fondée sur le Code civil français aux renseignements sur les avoirs dont ses parents étaient ayants droit économiques¹⁰¹. Le Tribunal fédéral a admis la compétence des tribunaux suisses, qui avait été acceptée par le gérant de fortune défendeur en dérogation au for successoral français, et a renvoyé la cause aux tribunaux inférieurs pour établir l'existence d'un droit d'information fondé sur la loi successorale française¹⁰².

Ces deux dernières décisions confirment qu'une demande d'information sur les avoirs dont le *de cuius* est l'ayant droit économique, et non le

96 ATF 136 III 461 (4A_421/2009); Philipp FISCHER, Actualité CDBF n° 701 du 27 octobre 2010.

97 ATF 136 III 461, c. 6.2.

98 *Idem*, c. 6.1.

99 Laura JACQUEMOUD-ROSSARI (note 93), p. 33 s.; Benoît CHAPPUIS (note 93), p. 56 s.; TF, 13 septembre 2010, 5A_638/2009, c. 4.1 et jurisprudence citée.

100 TF, 13 septembre 2010, 5A_638/2009.

101 5A_638/2009, c. 4.3.

102 *Idem*, c. 4.4.

titulaire, ne peut se fonder sur le droit contractuel suisse applicable à la relation bancaire, et plus particulièrement sur l'art. 400 CO¹⁰³. En effet, il est de jurisprudence constante¹⁰⁴ que l'ayant droit économique d'un véhicule patrimonial n'est pas partie au rapport contractuel qui unit l'établissement bancaire au titulaire du compte (en l'occurrence le véhicule patrimonial), ce qui exclut les héritiers d'une telle relation et, donc, de l'application de l'art. 400 CO. Une telle affirmation doit toutefois être nuancée. En effet, il est fréquent que la banque conseille son client et l'assiste dans la mise en place de véhicules patrimoniaux. De cette activité-là, qui peut faire ou non l'objet d'un mandat séparé mais s'inscrit toujours dans le cadre des relations contractuelles qu'elle entretient avec son client, la mandataire doit rendre compte aux héritiers¹⁰⁵. De même, comme on le voit dans de nombreuses décisions genevoises et dans la décision zurichoise du 30 juin 2009, elle doit aussi rendre compte des versements faits à de tels véhicules patrimoniaux à partir des comptes dont le *de cuius* était titulaire.

D'une manière ou d'une autre, il convient de ne pas minimiser les prétentions contractuelles en reddition de compte des héritiers relatives à des véhicules patrimoniaux dont le *de cuius* était l'ayant droit économique, prétentions qu'ils pourront faire valoir en Suisse.

V. Obligation de contracter de PostFinance et résiliation pour justes motifs

TF, 26 mars 2010, 4A_417/2009

Dans l'arrêt 4A_417/2009 du 26 mars 2010, le Tribunal fédéral a jugé que l'obligation de contracter de La Poste Suisse en matière de tenue de comptes et de trafic des paiements lui interdit de résilier de telles relations contractuelles sans de justes motifs.

A l'origine de cette affaire, La Poste avait informé des sociétés clientes, actives dans l'exploitation de registres professionnels plus ou moins légitimes, de la résiliation de leurs relations d'affaires. Elle motivait sa décision

¹⁰³ ATF 136 III 461, c. 4; 5A_638/2009, c. 4.1.

¹⁰⁴ ATF 136 III 461, c. 4 et jurisprudence citée.

¹⁰⁵ Cour de Justice de Genève, 16 février 2006, ACJC/146/2006, Luc THÉVENOZ, Actualité CDBF n° 443 du 19 juin 2006, également résumé in Luc THÉVENOZ/Dieter ZOBEL, avec la collab. de Samantha MEREGALLI DO DUC et Christoph BLÖCHLINGER, "Le droit bancaire privé suisse 2006-2007", RSDA 2006, p. 310-328, 322 r29.

par le risque d'une atteinte à sa propre réputation. Il convient de préciser que les titulaires de comptes avaient fait l'objet de plusieurs procédures civiles fondées sur la loi contre la concurrence déloyale mais qu'une poursuite pénale sur le même fondement avait été classée.

Dans ses considérants, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 17 des conditions générales de La Poste, prévoyant un droit de résiliation en tout temps des rapports contractuels, est contraire au droit. En effet, en tant qu'établissement de droit public fournissant des services dans le domaine de la poste et du trafic des paiements conformément à la loi fédérale sur la poste du 30 avril 1997 (RS 783.0; LPO), La Poste doit garantir l'accès aux prestations du service universel, lesquelles doivent être offertes sur tout le territoire aux mêmes conditions (art. 2 al. 2 LPO). Parmi ces prestations figurent les services de tenue de compte et de trafic des paiements (art. 4 al. 1 LPO et art. 3 let. e de l'ordonnance sur la poste¹⁰⁶) pour lesquels La Poste a une obligation de contracter (art. 2 LPO)¹⁰⁷.

Notre Haute Cour a laissé ouverte la question de savoir si la réalisation d'une infraction pénale par un client justifierait une résiliation des relations d'affaires pour de justes motifs dès lors que cet état de fait n'était pas réalisé en l'espèce¹⁰⁸. En l'absence d'une telle infraction, une exception à l'obligation de contracter ne saurait être admise que pour de justes motifs et de manière restrictive¹⁰⁹. En l'espèce, bien que les activités des sociétés titulaires de comptes fussent critiquables, le dommage réputationnel qu'elles pourraient causer à La Poste ne constituait pas un motif justifiant une exception à l'obligation de contracter du géant jaune.

Les services financiers de La Poste entrent en concurrence avec les services de détail offerts par les banques suisses. Celles-ci se plaignent souvent de la garantie de la Confédération dont bénéficient La Poste et ses clients. Le débat parlementaire s'est achevé le 17 décembre 2010 par l'adoption de deux nouvelles lois¹¹⁰. Le référendum ne sera manifestement pas demandé. Le changement de statut juridique de La Poste, qui devient une société anonyme (art. 2 LPO), règle en partie le problème. L'obligation de service universelle s'étendra à une palette plus étendue de services

¹⁰⁶ Ordonnance du 26 novembre 2003 sur la poste (RS 783.01; OPO).

¹⁰⁷ TF, 26 mars 2010, 4A_417/2009, c. 3.4.

¹⁰⁸ 4A_417/2009, c. 3.7.

¹⁰⁹ *Idem*, c. 3.9.

¹¹⁰ Loi sur la poste (LPO) et loi sur l'organisation de La Poste Suisse (LOP), du 17 décembre 2010, FF 2010 8241 et 8257.

financiers¹¹¹, pour lesquels La Poste – en dépit de l’affaire WikiLeaks¹¹² – continuera d’avoir les mains moins libres que ses concurrents du secteur privé.

VI. Séquestre de titres en banque et droit de réalisation privée

ATF 136 III 437 (5A_849/2009)

Dans l’arrêt 5A_849/2009 du 26 mars 2010 publié au Recueil officiel¹¹³, deux créanciers avaient obtenu en 2001 le séquestre de plusieurs comptes et dépôts de titres ouverts auprès d’un établissement bancaire suisse. Les avoirs séquestrés, soit des parts de placements collectifs, étaient nantis en faveur de la banque dépositaire. En 2004, et contrairement à l’avis de l’Office des poursuites, la banque a procédé à la vente de ces titres et compensé sa propre créance avec l’intégralité du produit de cette réalisation. L’Office des poursuites a par la suite cédé aux poursuivants la créance du poursuivi à l’encontre de la banque en application de l’art. 131 al. 1 LP. Ceux-ci ont ouvert action en paiement à l’encontre de la banque. Le Tribunal de commerce de Zurich a admis la demande dans son principe. Sur recours, le Tribunal fédéral a confirmé la décision cantonale.

Le point qui nous intéresse ici concerne la réalisation privée des avoirs sous séquestre par la banque, tiers séquestré et au bénéfice d’un nantissement sur les avoirs en question. Il est, jusqu’à présent, de jurisprudence constante que le droit contractuel conféré au créancier de réaliser lui-même la chose remise en nantissement ne peut plus être exercé en cas de séquestre ou de saisie du bien remis en gage¹¹⁴. Cela résulte du dessaisis-

111 Art. 3 al. 1 let. b LPO : services de paiement, réception de fonds de la clientèle, gestion de comptes et autres prestations liées, placements en nom propre, autres prestations financières pour le compte de tiers.

112 Le 6 décembre 2010, La Poste a publié un communiqué de presse informant le public qu’elle avait fermé le compte postal de Julian Assange, fondateur de WikiLeaks, qui aurait faussement indiqué être domicilié à Genève dans les documents d’ouverture de compte. La Poste suivait ainsi, sans le dire, un mouvement lancé par des grands fournisseurs internationaux de services de paiement tels que MasterCard, Visa et PayPal. Un groupement libertaire a déposé une plainte pénale contre La Poste pour violation du secret postal, laquelle estime que ce secret ne couvre que les transactions.

113 ATF 136 III 437.

114 ATF 136 III 437, c. 3.3 et jurisprudence citée.

sement du débiteur poursuivi par suite d'une saisie, d'un séquestre ou de la faillite. Les tribunaux ont donc constaté que c'était sans droit que la banque avait réalisé à l'époque des faits les titres séquestrés.

Cette règle a changé avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2010, de la loi sur les titres intermédiés (LTI). Son art. 31 al. 2 prévoit, en effet, que le bénéficiaire d'une sûreté¹¹⁵ portant sur des titres intermédiés, négociés sur un marché représentatif, peut les réaliser de gré à gré aux conditions stipulées dans le contrat de sûreté même lorsque le constituant de la sûreté fait l'objet d'une procédure d'exécution forcée ou d'une mesure d'assainissement ou de protection. Quand bien même l'art. 31 LTI ne réserve pas expressément le cas du séquestre des titres intermédiés, il faut admettre qu'il est également visé par le champ d'application de cette norme¹¹⁶.

Pour qu'un tel droit de réalisation existe, il faut que les titres constitutifs de la sûreté soient des titres intermédiés, ce qui n'est pas de cas de tous les avoirs détenus par les banques¹¹⁷. Ces titres intermédiés doivent ensuite être négociés sur un marché représentatif. Cette condition est réalisée lorsqu'un nombre minimal de transactions portant sur ces titres est conclu de sorte qu'un prix de marché approprié des titres peut être constaté¹¹⁸. Il faut enfin que la sûreté ait été constituée conformément aux dispositions de la LTI (art. 25 ou 26 LTI lorsque l'établissement bancaire, comme c'était le cas ici, est le dépositaire des titres intermédiés) et que le contrat de sûreté prévoie la possibilité d'une réalisation privée¹¹⁹.

Si ces conditions sont réunies, la banque peut, selon ce qui est convenu entre les parties, réaliser les titres intermédiés ou se les approprier (art. 31 al. 1 let. a et b LTI). Dans les deux cas, le produit de réalisation est alors

115 Sur la notion de sûreté selon la LTI, voir Bénédict Foëx, *Prel. Cmts Arts 31-32 FISA*, in Hans KUHN/Barbara GRAHAM-SIEGENTHALER/Luc THÉVENOZ (éd.), *The Federal Intermediated Securities Act (FISA) and the Hague Securities Convention (HSC)*, Berne (Stämpfli) 2010, N. 3 ss.

116 Bénédict Foëx, *Prel. Art. 31 FISA*, in Hans KUHN/Barbara GRAHAM-SIEGENTHALER/Luc THÉVENOZ (éd.), *The Federal Intermediated Securities Act (FISA) and the Hague Securities Convention (HSC)*, Berne (Stämpfli) 2010, N. 48.

117 Lucia GOMEZ RICA/Joël VEUVE, "Les titres intermédiés et leurs instruments financiers sous-jacents", *GesKR* 2010, p. 6 ss.

118 Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés, *FF* 2006 8817, p. 8880; Bénédict Foëx (note 115), N. 34 ss.

119 Bénédict Foëx (note 116), N. 28 ss.

imputé sur la créance garantie et l'éventuel excédent doit être remis au constituant, ce qui devrait exclure toute inégalité de traitement entre les créanciers du constituant¹²⁰.

¹²⁰ Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés, FF 2006 8817, p. 8880.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--------------|----|
| Avant-propos | 5 |
| Auteurs | 7 |
| Sommaire | 11 |
| Abréviations | 13 |

Les contrats de services financiers comme contrats de consommation : for et droit applicable **21-44**

Isabelle Romy

| | |
|---|----|
| I. Contexte | 21 |
| II. Bref rappel des principes généraux en matière de for du consommateur | 22 |
| A. For partiellement impératif au domicile du consommateur | 22 |
| B. Inefficacité des clauses de prorogation de for en faveur des tribunaux du siège de la banque | 24 |
| III. Notions de consommateur et de contrat de consommation selon la Convention de Lugano | 24 |
| A. Personne physique et but privé | 25 |
| B. Contrats de services financiers comme contrats de consommation | 27 |
| C. Conséquences pour les banques suisses | 28 |
| IV. Conditions liées à la conclusion du contrat | 30 |
| A. Exercice d'une activité commerciale ou professionnelle | 30 |
| B. Action de diriger une activité commerciale ou professionnelle | 30 |
| 1. Genèse de l'art. 15 al. 1 let. c CL révisée | 30 |
| 2. Principes posés par l'arrêt de la CJUE du 7 décembre 2010 | 31 |
| 3. Indices de la volonté du professionnel de diriger ses activités vers l'Etat (étranger) du domicile du consommateur | 32 |
| C. Nécessité d'avoir conclu le contrat à distance ? | 34 |
| V. Conséquences procédurales | 36 |
| VI. Conséquences quant au droit applicable | 36 |
| A. Droit applicable aux contrats de consommation selon le règlement de Rome I | 37 |

| | | |
|------|--|----|
| 1. | Notion de contrat de consommation selon le règlement de Rome I | 37 |
| 2. | Droit applicable au contrat de consommation : droit le plus favorable au consommateur | 38 |
| 3. | Exceptions à ce principe | 38 |
| B. | Protection minimale du consommateur dans les contrats de services financiers transnationaux | 39 |
| 1. | MiFID | 40 |
| 2. | Directive 2002/65 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs | 42 |
| C. | LDIP | 42 |
| VII. | Remarques finales | 43 |

Procédure civile : moyens de preuve et secret bancaire **45-69**

Nicolas Jeandin

| | | |
|------|---|----|
| I. | Introduction | 45 |
| II. | Quelques principes et institutions | 46 |
| A. | La preuve illicite | 46 |
| B. | La sauvegarde d'intérêts dignes de protection | 47 |
| C. | La preuve à futur | 48 |
| D. | A propos de l'action en reddition de comptes | 49 |
| III. | Les moyens de preuve | 50 |
| A. | Numerus clausus | 50 |
| B. | Les moyens de preuve "classiques" | 51 |
| 1. | Le témoignage | 51 |
| 2. | Les titres | 52 |
| 3. | L'inspection | 54 |
| 4. | L'expertise | 54 |
| C. | Les moyens de preuve "novateurs" | 55 |
| 1. | Le témoignage expertise | 55 |
| 2. | L'expertise-arbitrage | 56 |
| 3. | Les renseignements écrits | 57 |
| 4. | Les dires des parties | 58 |
| a. | L'interrogatoire (<i>Parteibefragung</i>) | 59 |
| b. | La déposition (<i>Beweisaussage</i>) | 59 |
| IV. | L'obligation et le refus de collaborer | 60 |
| A. | La portée du droit de collaborer | 60 |

| | | |
|----|---|----|
| B. | L'incidence du secret bancaire sur l'obligation et le refus de collaborer | 62 |
| 1. | Le banquier est un tiers | 62 |
| 2. | Le banquier est partie à la procédure | 64 |
| C. | Les conséquences du refus de collaborer | 65 |
| 1. | Le refus justifié | 65 |
| 2. | Le refus injustifié des parties ou des tiers | 65 |
| a. | Le banquier en tant que partie à la procédure | 65 |
| b. | Le banquier tiers à la procédure | 66 |
| V. | Conclusion | 68 |

Procédure civile et exécution forcée, séquestre et acte authentique exécutoire **71-92**

Louis Gaillard

| | | |
|------|---|----|
| I. | La nécessité pour le législateur suisse de modifier les règles relatives à l'exécution forcée | 72 |
| II. | La nouvelle réglementation du séquestre | 77 |
| A. | Le nouveau cas de séquestre | 77 |
| B. | La nouvelle définition du jugement exécutoire | 78 |
| C. | La procédure particulière lorsque le jugement relève de la CL (<i>Lugano-Arrest</i>) | 80 |
| D. | L'autorité compétente pour prononcer le séquestre | 83 |
| 1. | La compétence matérielle | 83 |
| 2. | La compétence territoriale | 84 |
| III. | Les titres authentiques exécutoires | 87 |
| A. | Le titre authentique exécutoire en droit interne | 87 |
| B. | Le titre authentique exécutoire en droit international | 90 |
| IV. | Conclusion | 92 |

Procédure pénale : la banque comme détentrice d'informations et de valeurs patrimoniales appartenant à son client **93-105**

Maurice Harari

| | | |
|-----|--|----|
| I. | Introduction | 93 |
| II. | La banque en tant que tiers détenteur d'informations | 93 |
| A. | Rapports juridiques croisés | 94 |
| B. | Position procédurale de la banque | 95 |
| C. | Opposabilité du secret bancaire ? | 96 |

| | |
|--|-----|
| III. Mesures à disposition du ministère public | 97 |
| A. Perquisition et obligation de dépôt | 98 |
| B. Séquestre | 100 |
| IV. L'interdiction de communiquer au client l'existence d'une mesure | 101 |
| A. L'existence ou non d'une base légale | 101 |
| B. L'application à l'égard de la banque | 102 |
| C. Les distinctions à opérer | 103 |
| D. Le droit d'être entendu | 104 |
| V. Conclusion | 105 |

La surveillance des relations bancaires

(art. 284 et 285 CPP)

107-119

Dario Zanni

| | |
|---|-----|
| I. Introduction | 107 |
| II. Les dispositions du nouveau Code de procédure pénale suisse | 108 |
| III. La <i>ratio legis</i> des articles 284 et 285 CPP | 108 |
| IV. Les conditions générales d'application des mesures de contrainte | 110 |
| V. Les conditions matérielles des mesures de surveillance des relations bancaires | 112 |
| VI. Quelques considérations de nature procédurale | 115 |
| VII. L'obligation de déposer du banquier et la surveillance des relations bancaires | 116 |
| VIII. L'application concrète des mesures de surveillance des relations bancaires | 117 |

Les procédures d'enforcement de la FINMA, ou de la difficulté de coordonner les procédures coercitives administratives et les procédures pénales sous l'empire du nouveau CPP et de la LFINMA

121-142

Jacques Iffland

| | |
|---|-----|
| I. Articulation entre procédures administrative et pénale | 124 |
| II. Procédures d'enforcement et garanties de procédure de la CEDH en matière pénale | 128 |
| A. Règles de la CEDH en matière de procès équitable | 129 |
| B. Position de la FINMA et état de la jurisprudence | 129 |
| C. Caractère pénal des procédures d'enforcement de la FINMA? | 132 |

| | |
|---|-----|
| D. Situation en cas de report de la décision de dénoncer une infraction aux autorités pénales | 136 |
| II. Que faire ? | 137 |
| A. Transfert des affaires à caractère pénal aux autorités judiciaires | 137 |
| B. Adaptation des procédures d' <i>enforcement</i> au "volet pénal" de l'art. 6 CEDH | 138 |
| IV. Conclusion | 141 |

Répondre à la crise : activité irréprochable, transparence des marchés, entraide internationale et autres développements de la pratique et de la jurisprudence **143-171**
Christian Bovet & Fabien Liégeois

| | |
|--|-----|
| I. Introduction générale : sortie de crise ? | 143 |
| II. Garantie d'une activité irréprochable | 147 |
| A. Concept et latitude de jugement de la FINMA | 147 |
| B. Décisions en constatation | 148 |
| 1. Position de la banque | 148 |
| 2. Activités transfrontières | 149 |
| 3. Absence d'intérêt | 151 |
| C. Menace de retrait d'autorisation | 153 |
| III. Devoir d'annonce des participations et offres publiques d'acquisition | 154 |
| A. Franchissement de seuil et investisseurs passifs | 154 |
| B. Obligation de présenter une offre et... obligations obligatoirement convertibles | 157 |
| IV. Affaire UBS : suite et fin ? | 159 |
| A. Au fond | 159 |
| B. L'admission de griefs formels | 163 |
| V. L'ordonnance du Conseil fédéral relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions | 164 |
| A. En général | 164 |
| B. L'art. 5 OACDI : la disposition centrale | 167 |
| C. Les dispositions d'exécution <i>stricto sensu</i> | 168 |
| VI. Secret professionnel du juriste d'entreprise ? | 169 |

| | |
|---|----------------|
| Chronique de la jurisprudence civile | 173-202 |
| Luc Thévenoz & Lucia Gomez Richa | |
| I. La responsabilité du banquier | 173 |
| A. Blanchiment et violation du devoir de vigilance | 174 |
| B. L'art. 11 LBVM comme fondement de responsabilité | 178 |
| C. Responsabilité fondée sur la confiance, groupe de sociétés | 181 |
| D. Mandat de gestion et compte joint : pas d'effet protecteur du cotitulaire | 183 |
| II. Conseil en placement | 185 |
| III. Crédits et actions révocatoires | 189 |
| A. L'arrêt non publié Nordea Bank | 190 |
| B. L'arrêt publié Communauté d'intérêts des obligataires de SAirGroup Sàrl c. Banque LBLux SA | 191 |
| C. Un enseignement | 192 |
| IV. Obligations de renseigner les héritiers | 193 |
| A. Arrêt du 30 juin 2009 du Tribunal de commerce de Zurich | 193 |
| B. For et droit applicables au droit aux renseignements des héritiers en matière internationale | 195 |
| V. Obligation de contracter de PostFinance et résiliation pour justes motifs | 198 |
| VI. Séquestre de titres en banque et droit de réalisation privée | 200 |



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Publications du Centre d'études juridiques européennes, Genève

parues chez Schulthess Médias Juridiques, Genève · Zurich · Bâle

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

