

Université de Genève – Faculté de Droit

Mémoire de Maîtrise universitaire en Droit

LE CLIENT CONSOMMATEUR
DANS LE PROJET DE LOI FÉDÉRALE SUR LES SERVICES FINANCIERS
Union de la carpe et du lapin ?

Ingrid LORNE

Sous la direction du Professeur Christian BOVET

Semestre d'automne 2017

Table des matières.

I.	INTRODUCTION.....	6
II.	ABSENCE DE DÉFINITION DU CLIENT CONSOMMATEUR DANS LE P-LSFin.....	8
A.	Définitions du consommateur en droit matériel.....	8
1.	Définition du consommateur en droit matériel de l'UE.....	8
2.	Définition du consommateur en droit matériel suisse.....	8
3.	Question ouverte de la définition du consommateur de services financiers à l'art. 8 LCD....	9
B.	Définitions du consommateur en droit procédural.....	11
1.	Définition restrictive du consommateur.....	11
a.	En matière de for interne.....	11
b.	En matière de droit applicable.....	13
2.	Définition extensive du consommateur.....	13
a.	Dans la jurisprudence étrangère.....	15
b.	Dans la jurisprudence suisse récente.....	17
C.	Distinction du contrat de crédit et des contrats de services financiers (art. 3 let. d ch. 5 P-LSFin).....	19
III.	POSSIBLES SOLUTIONS PRÉVENTIVES DU CONTENTIEUX DU CLIENT CONSOMMATEUR DANS LE P-LSFin.....	21
A.	Prévention en droit matériel.....	21
1.	Innovation du droit à l'accès au dossier (art. 17-18 P-LSFin ; art. 75-76 P-LSFin).....	21
a.	Analyse du droit à l'accès au dossier.....	22
b.	Droit comparé.....	22
2.	Appréciation de l'obligation d'information (art. 9-10 P-LSFin).....	24
a.	Analyse de l'obligation d'information.....	24
b.	Droit comparé.....	25
3.	Appréciation de l'obligation de vérification des opérations sur instruments financiers (art. 11 à 16 P-LSFin).....	28
a.	Analyse de l'obligation de vérification.....	28
b.	Droit comparé.....	30
B.	Prévention en droit procédural.....	32
1.	Analyse en droit suisse.....	33
2.	Analyse en droit comparé.....	34
a.	Organe de médiation et règlement extrajudiciaire des litiges en droit de la consommation de l'UE.....	35

b. Organe de médiation et règlement extrajudiciaire des litiges en droit des services financiers de l'UE.....	36
IV. CONCLUSION.....	36

Liste des abréviations.

Aff. : affaire.

Art. : article.

ASB : Association suisse des banquiers.

ATF : Arrêt du Tribunal fédéral.

CDBF : Centre de droit bancaire et financier.

CJUE : Cour de justice de l'Union Européenne.

FINMA : Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers.

LFors : Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RS 272).

P-LSFin : Projet de loi fédérale sur les services financiers.

PJA : Pratique juridique actuelle.

SJ : Semaine judiciaire.

TF : Tribunal fédéral.

UE : Union Européenne.

Je soussignée déclare que je suis bien l'auteure de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets.

Genève, 29.12.2017

Ingrid LORNE

I. INTRODUCTION.

Les projets de lois fédérales sur les services financiers (« P-LSFin ») et sur les établissements financiers (« LEFin ») entendent remédier aux lacunes de la protection des clients destinataires de services financiers¹. Pour autant, ils restent silencieux sur la protection du client consommateur. Nulle définition, nulle mention du client consommateur ne figure dans le P-LSFin. Tout au plus le visa à l'art. 97 de la Constitution fédérale² témoigne-t-il de la référence à l'objectif de protection des consommateurs et des consommatrices. C'est que les buts du P-LSFin et ceux du droit de la consommation ne coïncident pas : le P-LSFin ne poursuit pas l'objectif social de protection de la partie faible au rapport contractuel, mais l'objectif de protection des créanciers, des investisseurs et des assurés³. A cet égard, le Message du 4 novembre 2015 précise l'objectif du P-LSFin : ce dernier vise « à améliorer la protection des clients sur le marché financier suisse, tout en renforçant la compétitivité de la place financière suisse »⁴. Il s'ensuit que les clients destinataires de services financiers ne paraissent pas évidemment éligibles au mécanisme social de protection du consommateur⁵.

A plusieurs égards, le texte du P-LSFin limite les points d'ancrage des règles de protection du consommateur :

- d'une part, contrairement au droit des services financiers, le droit de la consommation retient la règle de la qualité de personne physique⁶ du consommateur. Même si elle peut faire l'objet d'adaptations⁷ en fonction des caractéristiques du secteur réglementé, cette règle domine la grande majorité des cas de consommation. En revanche, à teneur du P-LSFin, le client destinataire de services financiers peut être indifféremment une personne physique ou une personne morale, voire même une société de personnes ou une autre entité juridique constituée en vertu d'un droit étranger⁸ ;
- d'autre part, la notion de prestataire de services financiers cocontractant « à titre professionnel » (art. 3 let. e P-LSFin) ne correspond pas à la notion de professionnel cocontractant au sens du droit de la consommation. Le Message concernant le P-LSFin

¹ Message concernant la loi sur les services financiers et la loi sur les établissements financiers du 4 novembre 2015, FF 2015 8102, p. 8112.

² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

³ Message concernant la LSFIn, p. 8112.

⁴ Idem, p. 8112.

⁵ ATF du 08.02.2008, 4A_432/2007, consid. 4.2.3.

⁶ MARCHAND S., Droit de la consommation, pp. 23-24 ; PICHONNAZ P., Nouveautés, p. 41. V. l'art. 3 de la Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1) (LCC) : « Par consommateur, on entend toute personne physique qui conclut un contrat de crédit à la consommation dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle ». V. aussi CJUE 22.11.2001, aff. jointes C-541/99 et C-542/99 : « La notion de « consommateur », telle que définie à l'art. 2 sous b) de la directive 93/13/CEE doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques ». V. encore l'art. 4 al. 1 let. a de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), in JO L 165 du 18.06.2013, p. 63-79.

⁷ MARCHAND S., Droit de la consommation, p. 24. Une personne morale peut, dans des cas réservés, contracter au bénéfice de la qualité de consommateur : v. l'art. 2 al. 3 let. a de la Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3) (LVF) (« toute personne qui conclut ou s'engage à conclure un forfait (...) »).

⁸ Message concernant la LSFIn, p. 8148 ; FINMA, Règles applicables à la distribution, 24 février 2012, p. 11 s., paragraphe 2.4.

précise⁹ : « [i]l y a activité à titre professionnel lorsque le prestataire de services financiers exerce une activité économique indépendante en vue d'un revenu régulier au sens de l'art. 2 let. b de l'Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce ». La définition de l'activité à titre professionnel retenue dans le P-LSFin¹⁰ doit être rapprochée de celle du droit de la surveillance. La FINMA a notamment apporté certaines précisions¹¹ à la définition de l'activité à titre professionnel au sens du droit des services financiers. En revanche, le droit suisse de la consommation vise, sous l'expression « professionnel cocontractant », le fait que le professionnel exerce une activité déterminée « de façon non occasionnelle »¹², ou « par métier »¹³. Ou encore le droit européen de la consommation définit le professionnel cocontractant en référence au critère de la finalité, c'est-à-dire le fait qu'une activité entre « dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »¹⁴ : est ainsi réputée professionnel cocontractant la personne physique ou morale qui agit aux fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale¹⁵.

L'absence de définition de la notion de client consommateur dans le P-LSFin conduit, dans un premier temps, à répertorier les définitions du client consommateur de services financiers préexistant au P-LSFin. Ces définitions du consommateur sont susceptibles d'être invoquées par le client destinataire de services financiers dans le cadre des dispositions du P-LSFin, dans une mesure qu'il conviendra de préciser dans la présente étude.

Dans un second temps, il subsiste un risque que le client destinataire de services financiers n'invoque les dispositions protectrices du consommateur pour attirer le prestataire de services financiers devant les tribunaux étrangers de l'Etat de domicile du client consommateur. Dans cette perspective, le P-LSFin aménage des solutions préventives du contentieux du client consommateur. La présente étude propose d'examiner, tour à tour, les solutions préventives du contentieux du client consommateur prévues dans le P-LSFin.

⁹ Message concernant la LSFIn, p. 8147.

¹⁰ V. dans le même sens Dépliant 15.073 é, la proposition de la Commission du Conseil national d'un art. 3 let. e avec l'adjonction : « est considérée comme exercée à titre professionnel toute activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier ».

¹¹ V. d'une part la circulaire FINMA 2008/5, Cm. 12 : en matière de commerce de valeurs mobilières, l'activité à titre professionnel signifie « une activité économique indépendante qui vise à réaliser des revenus réguliers » ; d'autre part la circulaire FINMA 2011/1, Cm. 142-147, énonce les critères techniques généraux (de caractère alternatif, et non cumulatif) de l'activité à titre professionnel pour les intermédiaires financiers.

¹² Art. 2.1 LVF.

¹³ Art. 2 LCC.

¹⁴ PICHONNAZ P., Nouveautés, p. 40.

¹⁵ Art. 2.2. de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, in JO L 304 du 22.11.2011, p. 64-88 ; art. 2.1. let. e de la directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, in JO L 33 du 03.02.2009, p. 10-30. V. aussi l'art. 2 let. d de la directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, in JO L 376 du 27.12.2006, p. 21-27 ; l'art. 2 let. b de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), in JO L 149 du 11.06.2005, p. 22-39 ; l'art. 4 al. 1 let. b de la directive 2013/11/UE.

II. ABSENCE DE DÉFINITION DU CLIENT CONSOMMATEUR DANS LE P-LSFin.

Loin d'être uniforme¹⁶ ou monolithique¹⁷, la définition du consommateur varie en fonction de la norme qui l'incorpore. Par ailleurs, tous les textes législatifs¹⁸, voire même constitutionnels¹⁹, ne proposent pas de définition du consommateur, alors même qu'ils le nomment expressément. On présentera successivement les définitions du consommateur en droit matériel et les définitions du consommateur en droit procédural²⁰.

A. Définitions du consommateur en droit matériel.

Les définitions du consommateur proposées en droit matériel entremêlent source législative et source conventionnelle, droit suisse et droit de l'Union Européenne. Examinons-les tour à tour.

1. Définition du consommateur en droit matériel de l'UE.

En droit matériel de l'UE, les textes de droit dérivé concordent sur trois éléments essentiels d'une définition du consommateur : d'une part, la qualité de personne physique²¹ du consommateur (à l'exclusion de la qualité de personne morale) ; d'autre part, la qualité de cocontractant²² du consommateur personne physique ; enfin, le fait que le consommateur personne physique contracte à des fins n'entrant ni dans le cadre de son activité professionnelle²³, ni dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale²⁴.

2. Définition du consommateur en droit matériel suisse.

¹⁶ MARCHANDS., Droit de la consommation, pp. 15, 28.

¹⁷ PICHONNAZ P., Nouveautés, pp. 38, 40 s.

¹⁸ Art. 8 LCD.

¹⁹ V. art. 97 de la Constitution fédérale.

²⁰ Selon le plan adopté par PICHONNAZ P., Nouveautés, p. 67 s., que nous reprenons ici, car il permet de situer notre démonstration dans la discussion doctrinale dominante, ce nonobstant la « *dissonance (...) curieuse et difficile à justifier* » (PICHONNAZ P., Nouveautés, p. 67) entre droit matériel et procédural.

²¹ Art. 2 let. b de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, in JO L 95 du 21.04.1993, p. 29-34 ; art. 2.1. de la directive 2011/83/UE ; art. 3 let. a de la 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, in JO L 133 du 22.05.2008, p. 66-92 ; art. 2 let. a de la directive 2005/29/CE ; art. 2 let. e de la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, in JO L 80 du 18.03.1998, p. 27-31.

²² Art. 2 let. b de la directive 93/13/CEE ; art. 2.1. de la directive 2011/83/UE ; art. 3 let. a de la directive 2008/48/CE ; art. 2 let. a de la directive 2005/29/CE ; art. 2 let. e de la directive 98/6/CE.

²³ Art. 2 let. b de la directive 93/13/CEE ; art. 3 let. a de la directive 2008/48/CE ; art. 2 let. e de la directive 98/6/CE.

²⁴ Art. 2.1. de la directive 2011/83/UE ; art. 2 let. a de la directive 2005/29/CE.

En droit matériel suisse, les dispositions législatives sectorielles qualifient diversement le consommateur de personne physique²⁵ ou, en l'absence de précision, indifféremment²⁶ de personne physique ou morale (1^{ère} condition), contractant²⁷ (2^{ème} condition) à des fins sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle²⁸ (3^{ème} condition)²⁹.

Il convient d'observer que le droit matériel de la consommation ne propose aucune définition du consommateur de services financiers ; si bien qu'en droit de l'UE comme en droit suisse, le droit matériel de la consommation n'a aucune incidence sur le champ d'application des services financiers tel qu'il est défini à l'art. 3 let. d P-LSFin. Autrement dit, le client destinataire de services financiers au sens du P-LSFin n'a aucun intérêt à revendiquer le statut de consommateur au sens du droit matériel de la consommation. Toutefois, il convient de réserver la disposition de l'art. 8 LCD.

3. Question ouverte de la définition du consommateur de services financiers à l'art. 8 LCD.

Pas plus que la LCD, l'art. 8 LCD ne définit la notion de consommateur³⁰. Dans le silence de la loi fédérale, la question de la définition du consommateur au sens de l'article 8 LCD reste ouverte. Cette disposition répute nulles les conditions générales bancaires lorsque ces dernières prévoient, en contradiction avec les règles de la bonne foi, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat. L'art. 8 LCD doit-il être rattaché à la conception extensive³¹ du contrat de consommateur, c'est-à-dire à tout contrat de service financier conclu par le client dès l'instant où ledit contrat poursuit un but étranger à l'activité commerciale ou professionnelle³² du consommateur ? Ou plutôt à la conception restrictive³³ du contrat de consommateur, autrement dit aux seuls contrats de service financier conclus par le client, portant sur des prestations de service ordinaires ou courantes³⁴ ? Cette question n'a pas encore été tranchée en doctrine³⁵.

Une décision³⁶ récente de l'Handelsgericht de Zürich aborde la question de la définition du consommateur de services financiers à l'art. 8 LCD. La juridiction zurichoise

²⁵ Art. 3 LCC.

²⁶ Art. 2.3. let. a LVF ; art. 8 Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241) (LCD) ; art. 2.2. Ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (RS 942.211) (OIP).

²⁷ Art. 3 LCC ; art. 2.3. let. a LVF ; art. 8 LCD ; art. 2.2. OIP.

²⁸ Art. 3 LCC ; art. 2.2. OIP.

²⁹ Art. 2.2. OIP.

³⁰ PICHONNAZ P., Nouveautés, p. 47, et les références de doctrine données par l'auteur.

³¹ V. dans ce sens les références données par BAHAR R., Conditions générales des banques, p. 131, en note de bas de page 147 ; STÖCKLI H., Der neue Art. 8 UWG, p. 186.

³² BAHAR R., Conditions générales des banques, p. 131.

³³ V. dans ce sens les références données par BAHAR R., Conditions générales des banques, p. 131, en note de bas de page 148 ; FURRER A., AGB-Inhaltskontrolle, p. 326 ; MARCHAND S., Art. 8 LCD, p. 330. V. aussi ATF 132 III 268, consid. 2.2.4.

³⁴ BAHAR R., Conditions générales des banques, p. 131.

³⁵ Idem.

³⁶ Handelsgericht Zürich, 25.11.2016, HG150071-0.

examine le recours contre une banque suisse d'un client domicilié en Suisse, gérant de fortune de métier, qui a ouvert auprès de la banque suisse un compte courant et de dépôt. En substance, le client revendique la qualité de consommateur au sens de l'art. 8 LCD, c'est-à-dire invoque la nullité des conditions générales bancaires en ce qu'elles prévoient, en contradiction avec les règles de la bonne foi, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat³⁷. Le client fait notamment valoir³⁸ que le contrat de compte courant est un contrat de prestation de consommation courante (au sens de la définition restrictive du contrat de consommateur), et qu'il utilise ce compte courant à des fins privées et non professionnelles (au sens de la définition extensive du contrat de consommateur). Le TF rejette cette argumentation en relevant, d'une part que le montant élevé des ordres bancaires frauduleux (plusieurs centaines de milliers CHF) ainsi que leur fréquence ne confortent pas, « même dans la conception extensive [du contrat de consommation], l'existence d'un contrat de consommation »³⁹, et d'autre part qu'« on ne voit pas non plus de manière évidente que les affaires (...) ont concerné le domaine familial ou la consommation privée du [client] »⁴⁰. Enfin, le client utilise couramment son E-mail professionnel pour donner ses instructions à sa banque, et ne conteste pas son expérience professionnelle de gérant de fortune⁴¹. En définitive, le Tribunal estime qu'au vu du contexte, et « même en retenant une interprétation extensive du contrat de consommation »⁴², le contrat de compte courant ne peut être qualifié de contrat de consommation au sens de l'art. 8 LCD.

La décision cantonale du 25 novembre 2016 presse⁴³ le TF de se prononcer sur la définition du consommateur au sens de l'art. 8 LCD. Dans l'attente d'une décision du juge fédéral, la décision cantonale donne les enseignements suivants :

- L'art. 8 LCD vise exclusivement les banques, dont les conditions générales, lieu d'un déséquilibre du rapport contractuel entre la banque et le client, fixent le cadre des relations d'affaires avec le client.
- Si elles veulent empêcher que leurs conditions générales soient requalifiées de contrat de consommateur au sens de l'art. 8 LCD, les banques ont intérêt à utiliser, dans leurs relations avec des clients expérimentés dans les affaires financières, une adresse professionnelle du client, l'utilisation d'une adresse E-mail professionnelle du client expérimenté faisant obstacle au critère de l'activité pouvant être considérée comme étrangère au but professionnel ou commercial du client.
- Afin d'empêcher que leurs conditions générales soient requalifiées de contrat de consommateur au sens de l'art. 8 LCD, les banques peuvent exciper de la valeur du litige (concrètement le montant ainsi que la fréquence des ordres bancaires du client). La décision de l'Handelsgericht de Zürich donne pleine force au critère du volume et de l'importance des affaires pour déterminer s'il y a une prestation de consommation courante.

³⁷ Arrêt précité, p. 19.

³⁸ Arrêt précité, p. 19.

³⁹ Arrêt précité, p. 21.

⁴⁰ Arrêt précité, p. 21.

⁴¹ Arrêt précité, p. 22.

⁴² Arrêt précité, p. 22.

⁴³ Arrêt précité, p. 21.

A cet égard, le juge zurichois inscrit sa décision dans la droite ligne des ATF 4C.292/2005⁴⁴ et 4A_432/2007⁴⁵.

Les contrats de services financiers visés à l'art. 3 let. d P-LSFin peuvent-ils être qualifiés de contrats de consommation au sens de l'art. 8 LCD ? Du moment que les conditions de l'art. 8 LCD sont réunies, la décision cantonale du 25 novembre 2016 ne pose pas d'interdiction de principe à ce que tous les types de contrats de services financiers (à teneur de l'art. 3 let. d P-LSFin) soient susceptibles d'être qualifiés de contrats de consommation au sens de l'art. 8 LCD, tant « l'achat ou la vente d'instruments financiers, la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers, la gestion de valeurs patrimoniales (gestion de fortune), l'émission de recommandations personnelles concernant des opérations sur instruments financiers (conseil en placement), [que] l'octroi de crédits pour exécuter des opérations sur instruments financiers ». Concrètement, à l'exception des contrats de crédit à la consommation ou contrats de crédit pur (V. *infra*, II. C.), tous les contrats de la pratique bancaire sont appréhendés par l'art. 8 LCD.

B. Définitions du consommateur en droit procédural.

Le droit procédural⁴⁶ a permis de dégager deux approches différentes du consommateur : le droit suisse de la consommation retient une conception « restrictive »⁴⁷ du contrat de consommateur, alors que le droit conventionnel consacre une vision « extensive »⁴⁸ du contrat de consommateur.

1. Définition restrictive du consommateur.

a. En matière de for interne.

L'approche restrictive résulte d'abord, en matière de for interne, des dispositions de l'art. 32 al. 2 du Code de procédure civile⁴⁹. Au sens de l'art. 32 al. 2 CPC, « sont réputés contrats conclus avec des consommateurs les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur et qui a été offerte par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

⁴⁴ ATF 132 III 268 du 23.11.2005, 4C.292/2005, consid. 2.2.3. : « S'agissant des contrats de prestation de services financiers, l'appréciation n'est pas portée seulement en fonction du type et du but de la transaction pour déterminer s'il y a un service répondant à un besoin courant ou ordinaire. Beaucoup plus significatif est aussi le volume des affaires ».

⁴⁵ ATF du 08.02.2008, 4A_432/2007, consid. 4.2.3 : « On ne discerne d'ailleurs pas le besoin particulier de protection sociale de l'acquéreur d'une voiture de luxe ».

⁴⁶ PICHONNAZ P., Nouveautés, p. 64 s.

⁴⁷ FURRER A., AGB-Inhaltskontrolle, p. 326 ; MARCHAND S., Art. 8 LCD, p. 330 ; PICHONNAZ P., Nouveautés, p. 41. V. aussi ATF 132 III 268, consid. 2.2.4.

⁴⁸ PICHONNAZ P., Nouveautés, p. 41 ; STÖCKLI H., Der neue Art. 8 UWG, p. 186. V. art. 3 LCC, art. 2 al. 3 LVF.

⁴⁹ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272).

L'ATF 132 III 268⁵⁰ illustre l'approche restrictive du contrat de consommateur. L'ATF se prononce sur la qualification de contrat de consommation au sens de l'art. 22 al. 2 LFors d'un compte de dépôt ouvert au nom du client d'une banque genevoise. La définition de l'art. 32 al. 2 CPC reprenant au mot près celle de l'ancien art. 22 al. 2 LFors, l'ATF peut être repris pour saisir la portée de l'art. 32 al. 2 CPC⁵¹. L'ATF 132 III 268 ouvre la voie à la qualification de contrat de consommation au sens de l'art. 22 al. 2 LFors (ou au sens de l'art. 32 al. 2 CPC) pour les contrats concernant des services financiers⁵² :

« Sont des contrats de consommation, à teneur de l'art. 22 al. 2 LFors, les contrats ayant trait à la fourniture de services de consommation courante, qui sont destinés aux besoins personnels ou familiaux du consommateur ou de la consommatrice et offerts par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale (...) Le champ d'application doit être interprété restrictivement, parce que la protection sociale se limite, dans l'intention du législateur, exclusivement aux consommateurs privés et aux services correspondants à des besoins courants » (consid. 2.2.2).

« (...) S'agissant des contrats de prestation de services financiers, l'appréciation n'est pas portée seulement en fonction du type et du but de la transaction pour déterminer s'il y a un service répondant à un besoin courant ou ordinaire. Paraît à cet égard significatif le volume des affaires » (consid. 2.2.3).

A teneur de l'art. 32 al. 2 CPC, le contrat de consommateur couvre les services financiers répondant à un besoin ordinaire ou courant du client destinataire de services financiers, et sans rapport avec l'activité commerciale ou professionnelle du client destinataire de services financiers.

Les services financiers couverts par le P-LSFin correspondent-ils au critère de la prestation de consommation courante ? La décision⁵³ de l'Handelsgericht de Zürich du 25 novembre 2016 donne, ici, d'utiles indications :

« [À] la notion étroite de contrat de consommateur se rattachent pratiquement seulement les affaires courantes, comme un contrat entre une banque et un client de compte salaire. Un compte épargne d'une personne privée en revanche ne pourrait être qualifié de contrat de consommation que selon la conception large, et non selon la conception étroite. Un tel compte ne sert pas la consommation, mais au contraire l'épargne » (consid. 2.3.2).

Le champ d'application de la notion de prestation de consommation courante arrêté par les juges zurichois paraît correspondre aux catégories de services financiers visées à l'art. 3 let. d P-LSFin suivantes : la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers (art. 3 let. d al. 2), c'est-à-dire les activités d'*execution only* et de *reverse solicitation* ; mais aussi l'octroi de crédits connexes aux opérations sur instruments financiers (art. 3 let. d al. 5). En revanche, paraissent exclus du champ d'application de la notion de prestation de consommation courante les services financiers visés à l'art. 3 let. d P-LSFin suivants : le compte épargne (en ce qu'il ne poursuit pas un but consumériste⁵⁴), le crédit à la consommation ou crédit pur (exclu du champ d'application du P-LSFin⁵⁵), et le contrat d'investissement (art. 3 let. d al. 1 P-LSFin) dont ROMY⁵⁶ rappelle qu'il n'est pas, par nature, un objet de consommation courante.

⁵⁰ ATF 132 III 268, 4C_292/2005 du 23.11.2005, aff. *Banque X contre A*.

⁵¹ PICHONNAZ P., *Nouveautés*, p. 65.

⁵² MEREGALLI DO DUC S., *Le client d'une banque est-il un consommateur ?*, CDFB 29 mars 2006.

⁵³ Handelsgericht Zürich, 25.11.2016, HG150071-0, consid. 2.3.2.

⁵⁴ Arrêt précité, consid. 2.3.2 : « [e]in solches Konto dient nicht dem Verbrauch, sondern im Gegenteil dem Sparen ». V. KOLLER T., « Art. 8 UWG », p. 37 s.

⁵⁵ Art. 3 let. d al. 5 P-LSFin.

⁵⁶ ROMY I., *For du consommateur*, p. 323.

b. En matière de droit applicable.

L'approche restrictive résulte ensuite, en matière de droit applicable, des dispositions de l'art. 120 al. 1 de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé⁵⁷. Au sens de l'art. 120 al. 1 LDIP, sont des contrats conclus avec des consommateurs « [l]es contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur ». La définition du contrat de consommateur à l'art. 120 al. 1 LDIP rejoint celle de l'art. 32 al. 2 CPC.

La similitude des définitions du contrat de consommateur dans le CPC et dans la LDIP permet d'appliquer à l'art. 120 al. 1 LDIP des conclusions similaires à celles concernant l'art. 32 al. 2 CPC. Notamment, le champ d'application de la notion de prestation de consommation courante correspond, dans le P-LSFin, aux activités d'*execution only* et de *reverse solicitation* (la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers (art. 3 let. d al. 2)), ainsi qu'à l'octroi de crédits connexes aux opérations sur instruments financiers (art. 3 let. d al. 5). Sont, en revanche, exclus du champ d'application de la notion de prestation de consommation courante le compte épargne (non mentionné à l'art. 3 let. d), le crédit à la consommation ou crédit pur (art. 3 let. d al. 5), et le contrat d'investissement (art. 3 let. d al. 1).

2. Définition extensive du consommateur.

L'approche extensive se fonde sur les dispositions de la Convention de Lugano originaire⁵⁸ (« CL ») et de la Convention de Lugano révisée⁵⁹ (« CLrév »), dont le contenu est identique à celui du règlement (UE) n° 1215/2012⁶⁰ (« Règlement Bruxelles I bis »). Ces dispositions conventionnelles s'accordent sur une définition du contrat de consommation en deux temps :

- premièrement, est réputé contrat de consommation le contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle⁶¹ ;

⁵⁷ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291).

⁵⁸ Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (Convention de Lugano originaire (« CL »)), in *JO L* 319 du 25.11.1988, p. 9-48, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992, remplacée par la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (Convention de Lugano révisée (« CLrév »)).

⁵⁹ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007, RS 0.275.12 (Convention de Lugano révisée (« CLrév »)), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

⁶⁰ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale - Refonte (« Bruxelles I bis »), in *JO L* 351 du 20.12.2012, p. 1-32.

⁶¹ Art. 13 al. 1 let. a CL, art. 15 al. 1 CLrév, art. 17 al. 1 Règlement Bruxelles I bis refondu.

- deuxièmement, les dispositions conventionnelles prévoient que les litiges relatifs au contrat de consommation relèvent de la compétence des tribunaux de « l'Etat membre »⁶² ou « de l'Etat lié par la [présente] Convention »⁶³ 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 »⁶⁴.

Le règlement (CE) n° 593/2008⁶⁵ (« Règlement de Rome I ») nécessite ici un traitement spécifique. Certes, la disposition de l'art. 6 al. 1 let. a et b du Règlement de Rome I est identique à celle des art. 15 al. 1 CLrév et 17 al. 1 du Règlement de Bruxelles I bis. Comme la CLrév et le Règlement de Bruxelles I bis, le Règlement de Rome I qualifie, d'une part, de contrat de consommation le contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle (art. 6 al. 1) ; d'autre part, le Règlement de Rome I prévoit que les litiges relatifs au contrat de consommation relèvent de la compétence des tribunaux de l'Etat de résidence habituelle du consommateur (art. 6 al. 1 let. a) ou de la compétence des tribunaux de l'Etat dans lequel le professionnel dirige, par tout moyen, son activité professionnelle (art. 6 al. 1 let. b).

Toutefois, l'art. 6 du Règlement de Rome I organise, en ses al. 2, 3 et 4, un mécanisme alternatif de détermination de la loi applicable au contrat conclu par le consommateur avec un professionnel, inconnu de la CLrév et du Règlement de Bruxelles I bis. Ce mécanisme réserve le droit impératif et les lois de police⁶⁶. Au sens de l'art. 6 al. 3 et al. 2 du Règlement de Rome I, si les conditions de l'art. 6 al. 1 ne sont pas remplies, les parties au contrat de consommation peuvent choisir la loi applicable au contrat, sous la réserve que ce choix ne prive pas le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions de l'art. 6 al. 1 let. a et b.

Enfin, l'art. 6 al. 4 let. d du Règlement de Rome I doit être interprété *a contrario* comme consacrant l'applicabilité de l'art. 6 al. 1 let. a et b aux services financiers ; en effet, l'art. 6 al. 4 let. d exclut du champ d'application de l'art. 6 al. 1 let. a et b les « activités ne [constituant] pas la fourniture d'un service financier ». Ainsi on peut affirmer qu'à l'instar de la CLrév et du Règlement de Bruxelles I bis, le Règlement de Rome I définit le contrat de consommation, en matière de services financiers, par le critère de la finalité étrangère à l'activité professionnelle.

Le critère de la finalité étrangère à l'activité professionnelle, de spectre plus large⁶⁷ que le critère matériel de la prestation de consommation courante, permet de renforcer la protection du consommateur en facilitant la qualification de contrat de consommation. Le champ d'application du critère de la finalité étrangère à l'activité professionnelle paraît coïncider avec l'ensemble des catégories de services financiers visées à l'art. 3 let. d P-LSFin, dès lors que ces services financiers répondent à un usage du client pouvant être considéré

⁶² Art. 17 al. 1 let. c Règlement Bruxelles I bis.

⁶³ Art. 15 al. 1 let. c CLrév.

⁶⁴ Art. 15 al. 1 let. c CLrév, art. 17 al. 1 let. c Règlement Bruxelles I bis.

⁶⁵ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Règlement Rome I »), JO L 177 du 04.07.2008, p. 6-16.

⁶⁶ JEANDIN N./PEYROT A., Convention de Lugano, pp. 164-166.

⁶⁷ JEANDIN N./PEYROT A., Convention de Lugano, p. 158.

comme étranger à son activité professionnelle ou commerciale. On se reportera utilement à la décision⁶⁸ de l'Handelsgericht de Zürich du 25 novembre 2016 :

« Si on part de la notion extensive du contrat de consommation (...) tombent dans le champ d'application de cet article non seulement les comptes épargne, mais aussi les contrats de financement immobilier (hypothèques), les contrats de conseil en placement, les contrats de gestion de fortune, etc., dans la mesure où le client agit à des fins non professionnelles ou commerciales, mais à des fins privées ou familiales » (consid. 2.3.2.).

A teneur du P-LSFin, peut donc être qualifié de consommateur au sens de la CL, de la CLrév, du Règlement Bruxelles I bis et du Règlement de Rome I, le client destinataire des services financiers suivants, si ces derniers répondent à des fins, non pas professionnelles ou commerciales, mais privées ou familiales : la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers (art. 3 let. d al. 2 P-LSFin), c'est-à-dire les activités d'*execution only* et de *reverse solicitation* ; la gestion de valeurs patrimoniales ou gestion de fortune (art. 3 let. d al. 3 P-LSFin), l'émission de recommandations personnelles concernant des opérations sur instruments financiers ou conseil en placement (art. 3 let. d al. 4 P-LSFin) ; l'octroi de crédits connexes aux opérations sur instruments financiers (art. 3 let. d al. 5 P-LSFin). Concrètement, à l'exception des contrats de crédit à la consommation ou contrats de crédit pur (V. *infra*, II. C.), tous les contrats de la pratique bancaire répondant à une finalité étrangère à l'activité professionnelle ou commerciale du client sont susceptibles d'être qualifiés de contrats de consommateur au sens des art. 15 al. 1 CLrév, 17 al. 1 Règlement Bruxelles I bis et 6 al. 1 Règlement de Rome I.

Diverses décisions de juges suisses ou étrangers ont progressivement affiné la définition conventionnelle du contrat de consommation en l'appliquant aux contrats de services financiers⁶⁹. Ces décisions précisent les conditions auxquelles les contrats conclus avec des banques sont réputés contrats de consommation au sens de la CL, de la CLrév, du Règlement Bruxelles I bis et du Règlement de Rome I. Si les conditions de la qualification de contrat de consommation au sens de ces dispositions conventionnelles sont réunies, les clients destinataires de services financiers ont intérêt à se prévaloir des dispositions protectrices sur le for du consommateur et à attirer le prestataire de services financiers suisse devant le juge de l'Etat de leur domicile à l'étranger⁷⁰. Examinons, parmi ces décisions de juges suisses ou étrangers, celles qui apportent des précisions complémentaires aux deux critères cumulatifs de la définition du consommateur de services financiers : d'une part le critère de l'usage pouvant être considéré comme étranger à l'activité professionnelle, d'autre part le critère de la direction des activités vers l'Etat de domicile du consommateur.

a. Dans la jurisprudence étrangère.

Le critère de l'usage pouvant être considéré comme étranger à l'activité professionnelle a été précisé dans deux décisions :

⁶⁸ Handelsgericht Zürich, 25.11.2016, HG150071-0, consid. 2.3.2.

⁶⁹ Notamment ROMY I., Les contrats de services financiers, p. 21 s., ROMY I., Le for du consommateur, p. 317 s., JEANDIN N./PEYROT A., Convention de Lugano, p. 153 s.

⁷⁰ ROMY I., Les contrats de services financiers, p. 21.

- Dans une décision du 19 juin 2000⁷¹, la High Court of Justice anglaise fixe les contours de l'art. 13 de l'ancienne Convention de Bruxelles⁷², dont la teneur est identique à l'art. 13 al. 1 let. a CL. Des contrats de *foreign exchange* conclus entre une banque anglaise et des clients domiciliés en Grèce, ayant occasionné des pertes, sont au coeur du litige. Le tribunal anglais qualifie ces contrats de contrats conclus avec des consommateurs, dès lors qu'ils ont pour objet le placement de revenus opérés par les clients en vue d'un but privé et non professionnel⁷³.
- Dans un arrêt du 23 juin 2004⁷⁴, l'Oberlandesgericht de Hambourg précise la notion de contrat de consommation au sens de l'art. 13 al. 1 let. a CL⁷⁵. La Haute Cour considère que le client d'une banque suisse, domicilié en Allemagne, qui avait été démarché par un gestionnaire de fortune indépendant pour le compte de la banque, est un consommateur au sens de l'art. 13 al. 1 let. a CL⁷⁶, car il a contracté en-dehors de toute activité professionnelle⁷⁷, et les opérations spéculatives litigieuses appartiennent à sa sphère privée⁷⁸. C'est le critère de la finalité ou de l'usage étranger à l'activité professionnelle qui fonde la qualification de contrat de consommation au sens de l'art. 13 al. 1 let. a CL.

Le critère de l'activité du professionnel dirigée vers l'Etat de domicile du consommateur a été explicité dans l'arrêt⁷⁹ de la CJUE du 7 décembre 2010, *Peter Pammer et Hotel Alpenhof*. En substance, l'arrêt retient que la simple utilisation d'un site Internet ne suffit pas à constituer une activité dirigée au sens de l'art. 15 al. 1 let. c du Règlement Bruxelles I, et à déclencher l'application de règles procédurales de compétence protectrices du consommateur⁸⁰ de l'art. 15 al. 1 let. c du Règlement Bruxelles I.

Même si elle ne lie pas la Suisse, cette jurisprudence étrangère donne d'utiles enseignements aux prestataires de services financiers (au sens de l'art. 3 let. e P-LSFin). A teneur de ces arrêts étrangers, les banques, maisons de titres, directions de fonds, assurances et gestionnaires de fortune⁸¹ traitant avec des clients domiciliés dans un Etat étranger partie à la CL^{rév} ou membre de l'UE doivent, dans une perspective contentieuse, tenir compte des éléments suivants :

- D'abord, tous les placements et investissements (décision de la High Court of Justice) et toutes les opérations spéculatives (décision de l'Oberlandesgericht de Hambourg) opérés par le client en vue d'un but privé ou familial, à l'exclusion d'un but professionnel, sont susceptibles de fonder la qualification de client consommateur au sens de l'ancien art. 13

⁷¹ Arrêt *Standard Bank Ltd v Dimitrios and Styliani Apostolakis* de la Queen's Bench Division Commercial Court, publié in *International Litigation Procedure* 2000, p. 766 s.

⁷² Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, in JO L 299 du 31.12.1972, p. 32-42.

⁷³ JEANDIN N./PEYROT A., Convention de Lugano, p. 157.

⁷⁴ Arrêt du Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg du 23.06.2004 (www.swissjurist.ch/urteildeutschland.pdf, consulté le 22 novembre 2017).

⁷⁵ V. JEANDIN N./PEYROT A., Convention de Lugano, p. 157.

⁷⁶ ROMY I., For du consommateur, p. 328, JEANDIN N./PEYROT A., Convention de Lugano, pp. 157-158.

⁷⁷ JEANDIN N./PEYROT A., Convention de Lugano, p. 158.

⁷⁸ MEREGALLI DO DUC S., Client allemand contre banque suisse, CDFB 2 novembre 2004.

⁷⁹ CJUE, 07.12.2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, *Peter Pammer c/ Reederei Karl Schlüter GmbH&Co. KG et Hotel Alpenhof GesmbH c/ Oliver Heller*, Rec. 2010 -12527.

⁸⁰ ROMY I., Les contrats de services financiers, p. 32.

⁸¹ V. Message concernant la LSFin, p. 8145.

al. 1 let. a CL. Sont visés par ces décisions les services financiers au sens de l'art. 3 let. d al. 1 (l'achat ou la vente d'instruments financiers), al. 3 (la gestion de fortune) et al. 4 P-LSFin (le conseil en placement).

- Ensuite, les prestataires de services financiers sont susceptibles d'opposer au client invoquant le statut de consommateur au sens de l'art. 17 al. 1 let. c du Règlement Bruxelles I (strictement identique à celui de l'art. 15 al. 1 CLr v) le fait que « l'accessibilité d'une page web à travers le monde »⁸² ne suffit pas à constituer une activité dirigée vers l'Etat de domicile du consommateur (arrêt CJUE, *Peter Pammer et Hotel Alpenhof*) ; pour que le statut de consommateur au sens de l'art. 17 al. 1 let. c du Règlement Bruxelles I soit invocable, il est « nécessaire que le [prestataire de services financiers] ait manifesté sa volonté [via le site web] d'établir des relations [d'affaires] avec les consommateurs d'un (...) [autre] Etat membre, dont celui du domicile du consommateur »⁸³.

b. Dans la jurisprudence suisse récente.

D'une part, le critère du contrat conclu par une personne (le consommateur) pour un usage pouvant être considérée comme étranger à son activité professionnelle ne s'applique, à teneur de l'art. 15 al. 1 CLr v, qu'aux seules personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales.

A l'ATF 4A_454/2016⁸⁴, une société civile immobilière de droit français, personne morale, souscrit auprès d'une banque suisse un contrat de prêt dont la clause d'élection de for prévoit la compétence des juridictions genevoises. L'arrêt cantonal considère que la cliente personne morale n'est pas un consommateur au sens de l'art. 15 al. 1 CLr v (de sorte que la clause d'élection de for en faveur des tribunaux genevois est valable). La cliente personne morale fait recours au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal. Le TF retient, en substance, que « ne peuvent être consommateurs au sens de [l'art. 15 al. 1 CLr v] que les personnes physiques. Les personnes morales n'entrent pas dans le champ d'application matériel des règles de compétence de protection des consommateurs »⁸⁵. En effet, « le but des dispositions de compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs est d'assurer une protection adéquate au consommateur en tant que partie réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant professionnel »⁸⁶.

L'ATF 4A_454/2016 interdit aux clients personnes morales, domiciliés dans un Etat étranger partie à la CLr v, d'opposer aux prestataires de services financiers les règles protectrices du consommateur prévues à l'art. 15 al. 1 CLr v. La portée de l'ATF n'est pas restreinte, puisqu'à teneur du P-LSFin, le client destinataire de services financiers peut être indifféremment une personne physique ou une personne morale, voire même une société de personnes ou une autre entité juridique constituée en vertu d'un droit  tranger⁸⁷.

⁸² JEANDIN N./PEYROT A., Convention de Lugano, p. 160.

⁸³ ROMY I., Les contrats de services financiers, p. 32.

⁸⁴ ATF 4A_454/2016, arrêt du 16.12.2016.

⁸⁵ Arrêt précité, consid. 3.1. Et les références jurisprudentielles et doctrinales citées au consid. 3.1.

⁸⁶ Arrêt précité, consid. 3.1.

⁸⁷ Message concernant la LSFin, p. 8148.

D'autre part, le critère de l'activité du professionnel dirigée vers l'Etat de domicile du consommateur connaît une sévère limitation dans la jurisprudence suisse récente.

A l'ATF 4A_430/2015⁸⁸, un client domicilié en France voisine conclut avec une banque genevoise un contrat de compte courant, comportant une clause d'élection de for auprès des tribunaux genevois. Saisi de la question de la compétence des tribunaux genevois pour connaître de l'action de la banque à l'encontre du client domicilié en France, le TF confirme l'applicabilité de l'art. 15 al. 1 let. c CLrév au litige. Mais il énonce que cette disposition ne peut être invoquée par le client consommateur qu'à la condition d'un lien entre le contrat concerné et l'Etat où le consommateur a son domicile⁸⁹. L'arrêt relève l'absence « de lien de connexité »⁹⁰ entre la relation contractuelle entre le client et la banque genevoise et les activités de la banque genevoise en France voisine. Selon le TF, l'art. 15 al. 1 let. c CLrév vise « toute espèce de publicité ou de prospection pratiquée à dessein, dans ou à destination de l'Etat dans lequel le consommateur a son domicile »⁹¹. N'ayant réalisé aucune publicité ou prospection en France destinée à attirer vers elle de nouveaux clients domiciliés en France, la banque genevoise n'a pas dirigé son activité vers l'étranger au sens de l'art. 15 al. 1 let. c CLrév⁹² afin de conclure le contrat avec le client. Le TF conclut que « l'art. 15 al. 1 let. c CLrév ne vise pas spécifiquement ce type de relation de voisinage transfrontalier, où le consommateur n'a pas besoin d'une protection juridique particulière parce qu'il traite couramment avec des fournisseurs de l'Etat limitrophe et qu'il peut tout aussi couramment assumer le risque d'un procès dans cet Etat »⁹³ ; en d'autres termes, le consommateur n'a pas besoin de cette protection.

Ainsi l'ATF doit-il être interprété comme « atténuant la portée de l'art. 15 al. 1 let. c CL [et donc] la portée de la protection des consommateurs qui résident dans des zones limitrophes à un autre Etat contractant »⁹⁴ ; le TF retient ainsi une interprétation des dispositions de la CLrév « basée sur les besoins réels de protection du consommateur »⁹⁵. L'ATF du 9 février 2016 traduit le signal donné aux prestataires de services financiers (au sens de l'art. 3 let. e P-LSFin) qu'ils ont intérêt à s'abstenir de toute publicité ou prospection, dans ou à destination de l'Etat limitrophe dans lequel le client du prestataire suisse de services financiers est domicilié ; ils doivent plutôt laisser le client s'adresser de sa propre initiative, depuis son pays de domicile limitrophe, au prestataire suisse de services financiers. Aussi bien, la simple réputation dont ces prestataires suisses jouissent dans le pays voisin ne fonde pas, à elle seule, l'établissement du contrat de consommation au sens de l'art. 15 al. 1 let. c CL.

Il convient, cependant, de relativiser la portée des ATF 4A_454/2016 et 4A_430/2015, ces arrêts exprimant l'opinion du seul juge suisse. Des tribunaux étrangers (saisis, par exemple, d'une action d'un client étranger contre un prestataire de services financiers suisse) pourraient ne pas suivre les décisions du TF, et adopter une approche plus protectrice des intérêts du client, notamment « en interprétant plus largement le critère des activités dirigées

⁸⁸ ATF 4A_430/2015, arrêt du 09.02. 2016.

⁸⁹ Arrêt précité, consid. 3.1.

⁹⁰ Arrêt précité, consid. 3.2.

⁹¹ Arrêt précité, consid. 3.3.

⁹² Arrêt précité, consid. 3.3.

⁹³ Arrêt précité, consid. 3.4.

⁹⁴ BÉGUIN N., La portée de l'art. 15 par. 1 let. c CL, <https://www.cdbf.ch/939>.

⁹⁵ Idem.

vers l'Etat de domicile du consommateur »⁹⁶ et en étendant la qualification de consommateur aux personnes morales au sens de l'art. 15 al. 1 CLrév.

Bilan : nous avons identifié, dans le foisonnement des définitions du consommateur, celles devant être connues des prestataires de services financiers au sens de l'art. 3 let. e P-LSFin. Nous avons distingué une définition restrictive du contrat de consommation, fondée sur la notion de prestation de consommation courante, et une définition extensive du contrat de consommation, correspondant au cas où le consommateur poursuit une activité dans une finalité non professionnelle ou non commerciale, mais bien plutôt familiale ou privée. Le client destinataire de services financiers peut revendiquer la qualité de consommateur s'il réunit, dans le cas particulier, les conditions fixées par la base juridique considérée (laquelle peut être législative⁹⁷, conventionnelle⁹⁸, de droit suisse ou de droit étranger). Il s'ensuit qu'aucun prestataire de services financiers (au sens de l'art. 3 let. e du P-LSFin), ni aucun type de service financier (au sens de l'art. 3 let. d du P-LSFin), n'est immunisé contre le risque judiciaire que le client invoque les règles protectrices du droit de la consommation.

C. Distinction du contrat de crédit et des contrats de services financiers (art. 3 let. d ch. 5 P-LSFin).

Le P-LSFin exclut les contrats de crédit du champ des services financiers. L'art. 3 let. d ch. 5 du P-LSFin entend comme service financier « l'octroi de crédits pour exécuter des opérations sur instruments financiers », mais exclut du champ des services financiers l'octroi de crédits de consommation (ou crédits purs). Ainsi le P-LSFin interdit-il aux clients destinataires de services financiers d'invoquer les normes protectrices du consommateur dans les litiges portant sur les contrats de crédit connexes aux services financiers ; selon le P-LSFin, le client consommateur n'a pas sa place dans les opérations de crédit connexes aux services bancaires.

L'entrée en vigueur de la LSFIn invalidera une ancienne jurisprudence, bien établie, du Tribunal fédéral. A l'ATF 121 III 336⁹⁹, le Tribunal fédéral a examiné si un contrat de prestation de services financiers pouvait être qualifié de contrat de consommation au sens de l'ancien art. 13 al. 1 ch. 3 CL. L'arrêt retient en substance, pour apprécier le contrat de prestation de service financier dans la perspective de sa qualification de contrat de consommation :

« Ce qui compte, d'abord, c'est le but en vue duquel les contrats en question ont été conclus, tantôt privé, tantôt professionnel. Seules les transactions entre particuliers impliquant un fournisseur professionnel et un consommateur sont soumises au régime juridique spécial (...) Le fournisseur est celui qui doit fournir le service caractéristique, le consommateur celui qui utilise ou demande des biens ou des services en vue de buts privés »¹⁰⁰.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Art. 8 LCD, art. 3 LCC, art. 32 CPC, art. 120 al. 1 LDIP.

⁹⁸ Art. 13 al. 1 let. a CL, art. 15 al. 1 CLrév, art. 17 al. 1 Règlement Bruxelles I bis, art. 6 al. 1 Règlement de Rome I.

⁹⁹ ATF 121 III 336, 04.08.1995, *Corinphila c/ Jaeger*, JT 1996 I 78.

¹⁰⁰ ATF 121 III 336, consid. 5 let. e dd).

Selon l'ATF, une transaction est un contrat de consommation à la condition qu'elle soit conclue par le consommateur en vue d'un but privé. En l'espèce il y a couplage de contrat de service financier (contrat de commission) et de contrat de crédit, cette dernière catégorie de contrat constituant un contrat de consommation au sens de l'art. 13 al. 1 ch. 2 CL. C'est la connexion au contrat de crédit qui emporte la qualification du contrat de commission de contrat de consommation¹⁰¹. ROMY conclut que « les contrats de services [financiers] et de crédits entrent dans la catégorie des contrats de consommation »¹⁰².

De lege lata, l'art. 3 let. d ch. 5 P-LSFin exclut le crédit à la consommation (ou crédit pur) du champ des services financiers. Désormais, les contrats de crédit n'entrent plus dans la catégorie des contrats de services financiers. En revanche, la nouvelle loi admet que le client destinataire de services financiers invoque les règles protectrices du consommateur dès lors que le service financier consiste en un crédit octroyé pour exécuter des opérations sur instruments financiers (différent du crédit pur ou de consommation). En tout état de cause, l'ensemble des services financiers visés à l'art. 3 let. d P-LSFin sont frappés par l'exclusion de l'art. 3 let. d ch. 5 P-LSFin : tant l'achat ou la vente d'instruments financiers pour le compte du client, la simple intermédiation d'opérations sur instruments financiers, la gestion de valeurs patrimoniales (gestion de fortune) que le conseil en placement doivent être distingués des activités de pur crédit ou crédit à la consommation.

Bilan récapitulatif :

- Du point de vue du client destinataire de services financiers, il est possible de demander au juge (suisse ou étranger) la requalification de tous les contrats de la pratique bancaire, à l'exclusion du contrat de pur crédit ou contrat de crédit à la consommation, en contrat de consommateur, si les conditions d'application des dispositions¹⁰³ protectrices du consommateur sont réunies dans le cas d'espèce.
- Du point de vue des prestataires suisses de services financiers, on observe un écart insupportable entre les normes de prescription qui leur sont adressées respectivement par le P-LSFin et par le droit conventionnel¹⁰⁴, mais aussi par la LDIP (*via* la réserve en faveur des lois de police¹⁰⁵). Selon que le client est résident d'un pays étranger ou résident en Suisse, le prestataire de services financiers est confronté à un risque accru (client résident d'un pays étranger) ou résiduel (client résident en Suisse) que soit invoquée l'application des normes protectrices du consommateur au contrat de service financier conclu avec le client. Le simple renvoi au droit matériel d'un autre Etat par le jeu des règles de la LDIP¹⁰⁶, voire, en dernière limite, la prévalence des lois impératives d'un Etat de renvoi¹⁰⁷, matérialisent la menace contentieuse de l'attraction du prestataire de services financiers devant les tribunaux d'un Etat étranger (de domicile du consommateur ou dans lequel le prestataire des services financiers a dirigé ses activités),

¹⁰¹ ATF 121 III 336, consid. 6 let. a.

¹⁰² ROMY I., For du consommateur, p. 326.

¹⁰³ Art. 8 LCD, art. 32 CPC, art. 120 al. 1 LDIP, art. 13 al. 1 let. a CL, art. 15 al. 1 CLrév, art. 17 al. 1 Règlement Bruxelles I bis, art. 6 al. 1 let. a et b Règlement de Rome I.

¹⁰⁴ CL, CLrév, Règlement de Bruxelles I bis ou Règlement de Rome I.

¹⁰⁵ JEANDIN N./PEYROT A., Convention de Lugano, pp. 164-166.

¹⁰⁶ Idem, pp. 164-165.

¹⁰⁷ Idem, p. 164.

ou encore la menace de l'application, par le juge suisse lui-même, des lois impératives d'un Etat étranger.

Force est de constater que le P-LSFin n'a opté expressément ni pour le critère de la prestation courante en matière de services financiers (définition restrictive du consommateur de services financiers), ni pour le critère de la prestation financière contractée par le client à des fins privées ou familiales (définition extensive du consommateur de services financiers). En effet, le législateur n'a pas concrétisé la base d'habilitation de compétence de l'art. 97 de la Constitution fédérale. Au demeurant, même s'il avait fait usage de l'habilitation de compétence, le choix normatif du législateur n'aurait en rien limité le risque du contentieux du consommateur. C'est la raison pour laquelle les dispositions *de lege lata* du P-LSFin ne nous paraissent pas nécessiter de modifications.

Afin de dissuader le client destinataire de services financiers d'invoquer au contentieux les règles de protection du consommateur, le P-LSFin aménage des solutions préventives. C'est l'objet du second titre :

III. POSSIBLES SOLUTIONS PRÉVENTIVES DU CONTENTIEUX DU CLIENT CONSOMMATEUR DANS LE P-LSFin.

On distingue la solution du droit matériel (touchant au devoir d'information du client) et la solution du droit procédural (consistant en la promotion du règlement alternatif des litiges).

A. Prévention en droit matériel.

Cette section entend démontrer comment, sous l'injonction de la FINMA¹⁰⁸, le P-LSFin réalise un niveau élevé de protection du client au moyen de l'obligation d'information¹⁰⁹. L'enjeu est ici de déterminer si ce niveau élevé d'information du client permet de dissuader ce dernier d'invoquer les dispositions plus favorables du droit de la consommation, dans l'hypothèse de la survenance d'un litige entre le client et le prestataire de services financiers.

1. Innovation du droit à l'accès au dossier (art. 17-18 P-LSFin ; art. 75-76 P-LSFin).

¹⁰⁸ Rapport FINMA, Distribution de produits financiers 2010, pp. 3-4, 8 ; Document de position FINMA, Règles applicables à la distribution, p. 6.

¹⁰⁹ Message concernant la LSFIn, pp. 8102, 8119.

a. Analyse du droit à l'accès au dossier.

Sous l'injonction de la FINMA¹¹⁰, le P-LSFin innove en consacrant le droit du client à l'accès au dossier¹¹¹, concrétisant le droit du client à communication de documents établis par le prestataire de services financiers. A teneur du droit actuel, en effet, les prestataires de services financiers n'ont aucune obligation d'établir une documentation relative aux produits financiers¹¹². Le P-LSFin distingue trois aspects de cette obligation de documentation : l'établissement de documents (art. 17 P-LSFin)¹¹³ d'une part, la reddition de comptes (art. 18 P-LSFin) d'autre part¹¹⁴, enfin la remise de documents (art. 75-76 P-LSFin)¹¹⁵.

L'innovation réside moins, selon nous, dans les aspects matériels ou concrets¹¹⁶ de l'obligation de documentation que dans le caractère non contractuel des prestations devant être documentées. L'absence de valeur contractuelle des services financiers documentés implique notamment qu'aucune disposition du CO¹¹⁷ concernant les obligations résultant d'un contrat¹¹⁸, ni aucune disposition du CO relative aux différentes catégories de contrats¹¹⁹, ne s'applique à la relation entre prestataire de services financiers et clients dans le cadre de l'exécution de l'obligation de documentation. Ce droit à l'information matérialisé dans le droit à l'accès au dossier ne découle pas du droit du mandat¹²⁰. C'est un droit de « nature double »¹²¹ : d'une part, le droit à la remise des documents (art. 75 P-LSFin) constitue un droit à information de nature privée et matérielle¹²², pouvant être invoqué à tout moment et non dans le cadre de l'exécution d'un contrat entre le prestataire de services financiers et le client¹²³ ; il existe indépendamment d'autres droits d'information contractuels ou légaux¹²⁴. D'autre part, le droit à l'établissement de documents (art. 17 P-LSFin) et le droit à la reddition de comptes (art. 18 P-LSFin) doivent être qualifiés de règles prudentielles de comportement du prestataire de services financiers envers son client.

b. Droit comparé.

¹¹⁰ Rapport FINMA, Distribution de produits financiers 2010, pp. 68, 75 ; Document de position FINMA, Règles applicables à la distribution, pp. 16, 18.

¹¹¹ JEANNERET V., Le projet FIDLEG, pp. 165, 166.

¹¹² Message concernant la LSFIn, p. 8112.

¹¹³ Sous le Titre 2, « Exigences concernant la fourniture de services financiers », la Section 4 du P-LSFin traite spécifiquement des obligations d'établir des documents et de rendre des comptes.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Sous le Titre 4, « Remise de documents », le P-LSFin prévoit deux dispositions consacrées respectivement au « droit » à la remise de documents (art. 75) et à la « procédure » de la remise de documents (art. 76).

¹¹⁶ Qu'il s'agisse de l'obligation d'établir des documents, de l'obligation de reddition de comptes, ou de l'obligation de remise au client d'une copie de son dossier, les aspects matériels ou concrets sont précisément décrits dans le Message concernant la LSFIn, pp. 8159, 8193-8194.

¹¹⁷ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220).

¹¹⁸ CO, Première partie, Titre premier, chapitre I.

¹¹⁹ CO, Deuxième partie, Titre 9^{ème} (du prêt), Titre 13^{ème} (du mandat), Titre 15^{ème} (de la commission), Titre 19^{ème} (du dépôt).

¹²⁰ Message concernant la LSFIn, p. 8194.

¹²¹ JEANNERET V., Le projet FIDLEG, p. 165.

¹²² Message concernant la LSFIn, p. 8194.

¹²³ JEANNERET V., Le projet FIDLEG, p. 165.

¹²⁴ Message concernant la LSFIn, p. 8194.

Comparé au droit suisse, et même au droit étranger, le complexe des dispositions des art. 17, 18, 75 et 76 P-LSFin peut s'apprécier comme réalisant une innovation majeure dans le domaine de la protection des clients. En effet, le droit à communication de documents consacré par le P-LSFin au bénéfice du client des prestataires de services financiers n'a pas d'équivalent dans la plupart des branches du droit suisse ou étranger.

Le droit de la consommation, d'abord, ne met pas d'obligation de documentation à caractère non contractuel à la charge du professionnel : à notre connaissance, aucune disposition du droit suisse de la consommation n'offre un dispositif protecteur du client consommateur équivalent à celui du client du prestataire de services financiers dans le P-LSFin. Certes, le droit communautaire de la consommation prévoit, dans certains cas¹²⁵, un droit du client consommateur à la remise d'une copie de son contrat, sur papier ou sur support durable¹²⁶, mais la documentation devant être remise au client consommateur par le professionnel a systématiquement un caractère contractuel. En droit procédural, la directive 2008/122/CE se distingue en prévoyant que « [l]e consommateur devrait disposer de recours efficaces pour le cas où les professionnels ne respectent pas les dispositions (...) prévoyant que le consommateur reçoit une copie du contrat au moment de sa conclusion »¹²⁷. Le P-LSFin rattrape ici l'écart qualitatif, par rapport au droit communautaire de la consommation, du niveau de garantie du droit à l'information du client, en donnant au client du prestataire de services financiers accès à deux types de mécanismes de contestation en justice, autonomes l'un par rapport à l'autre : d'une part, l'art. 76 al. 3 P-LSFin innove en organisant la voie de la procédure sommaire, impliquant la limitation¹²⁸ des moyens d'attaque, de défense et de preuve, en cas de contestation par le client du refus du prestataire de services financiers de lui remettre un document demandé. D'autre part, l'art. 76 al. 4 P-LSFin prévoit qu'« [u]n éventuel refus du prestataire de services financiers de remettre un document peut, dans le cas d'un litige ultérieur, être pris en considération par le tribunal compétent lors de la décision sur les frais de procès ».

Le droit communautaire des services financiers, ensuite, ne prévoit pas d'obligation de documentation à la charge des prestataires de services financiers. Si les directives MiFID I¹²⁹ et MiFID II¹³⁰ fixent l'obligation de constitution d'un dossier client¹³¹, elles ne

¹²⁵ Art. 7 al. 2 de la directive 2011/83/UE ; art. 4 al. 2 let. b de l'ancienne directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, in JO L 158 du 23.06.1990, p. 59 (abrogée) ; art. 7 al. 1 de la directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la ancienne directive 90/314/CEE du Conseil, in JO L 326 du 11.12.2015, p. 1-33 ; art. 5 al. 5 de la directive 2008/122/CE.

¹²⁶ Art. 7 al. 2 de la directive 2011/83/UE (« sur papier ou, moyennant accord du consommateur, sur un autre support durable ») ; art. 4 al. 2 let. b de l'ancienne directive 90/314/CEE (« par écrit ou sous toute autre forme compréhensible et accessible au consommateur ») ; art. 7 al. 1 de la directive 2015/2302 (« une copie ou une confirmation du contrat sur un support durable. Le voyageur est en droit de demander un exemplaire papier ») ; art. 5 al. 5 de la directive 2008/122/CE (« une ou des copies du contrat »).

¹²⁷ Consid. 12 de la directive 2008/122/CE.

¹²⁸ Message concernant la LSFIn, p. 8205.

¹²⁹ Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, in JO L 145 du 30.04.2004, p. 1-44.

¹³⁰ Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, in JO L 173 du 12.06.2014, p. 349-496.

¹³¹ Art. 19 al. 7 de la directive 2004/39/CE ; art. 25 al. 5 de la directive 2014/65/UE.

reconnaissent pas aux clients des prestataires de services financiers un droit à la remise d'une copie du dossier client. En revanche, les directives MiFID¹³² consacrent le droit des seules « autorités compétentes », et non des clients, d'accéder à tout document, sous quelque forme que ce soit, et d'en recevoir une copie.

2. Appréciation de l'obligation d'information (art. 9-10 P-LSFin).

a. Analyse de l'obligation d'information.

Le P-LSFin met à la charge des prestataires de services financiers une obligation d'information du client, traduisant un droit à communication d'informations du client destinataire de services financiers. Ce droit à communication d'informations des art. 9, 10 P-LSFin n'est pas le pendant du droit à communication de documents des art. 17, 18, 75, 76 P-LSFin. Certes, le contenu de ces deux types de droits porte sur des documents et informations à caractère non contractuel¹³³. Cependant, pas davantage que le droit à communication de documents, l'obligation d'information ne s'analyse en une obligation de droit privé issue du CO : en réalité, comme les art. 17 et 18 P-LSFin, les art. 9 et 10 P-LSFin édictent une obligation prudentielle¹³⁴ issue des règles de comportement énoncées par le P-LSFin, alors que les dispositions des art. 75 et 76 P-LSFin consacrent un droit de nature privée, matérielle, existant indépendamment d'autres droits d'information contractuels ou légaux (V. supra).

Le contenu du droit à communication d'informations doit, d'abord, être distingué de la publicité¹³⁵. Ensuite, le droit à communication d'information porte sur des informations soumises à une exigence générale de « compréhensibilité »¹³⁶, « remises aux clients sous une forme standardisée et communiquée par voie électronique » (art. 9 al. 3 P-LSFin). Deux types d'informations sont concernées, celles générales (art. 9 al. 1 P-LSFin) et celles spécifiques (art. 9 al. 2 P-LSFin). La catégorie des informations générales consiste en des renseignements donnés au client relatifs à l'identité professionnelle¹³⁷ du prestataire de services financiers, ainsi que dans l'indication du régime de surveillance¹³⁸ auquel le prestataire de services financiers est assujéti, ou encore dans l'indication de la possibilité pour le client de se renseigner sur la formation et le perfectionnement du conseiller à la clientèle¹³⁹, enfin dans l'information du client de la possibilité d'engager une procédure de médiation auprès d'un organe de médiation reconnu¹⁴⁰ en cas de litige avec le prestataire de services financiers. Les informations spécifiques comprennent des renseignements sur les services financiers

¹³² Art. 50 al. 2 let. a de la directive 2004/39/CE ; art. 69 al. 2 let. a de la directive 2014/65/UE.

¹³³ Pour le droit à communication de documents, V. Message concernant la LSFIn, p. 8194 ; pour l'obligation d'information, V. Message concernant la LSFIn, p. 8119.

¹³⁴ Message concernant la LSFIn, p. 8119.

¹³⁵ Art. 9 al. 4 P-LSFin.

¹³⁶ Message concernant la LSFIn, p. 8153.

¹³⁷ Art. 9 al. 1 let. a P-LSFin.

¹³⁸ Art. 9 al. 1 let. b P-LSFin.

¹³⁹ Art. 9 al. 1 let. c P-LSFin.

¹⁴⁰ Art. 9 al. 1 let. d P-LSFin.

proposés et les risques et coûts y afférents¹⁴¹ ; sur les relations économiques entretenues par le prestataire de services financiers avec des tiers concernant les services financiers proposés¹⁴² ; sur les instruments financiers proposés et les risques et coûts y afférents¹⁴³ ; sur l'offre du marché prise en considération pour la sélection des instruments financiers¹⁴⁴ ; sur le type de garde des instruments financiers et les risques et coûts y afférents¹⁴⁵.

b. Droit comparé.

Comparée au droit de la consommation, et notamment au droit de l'UE, l'obligation d'information des art. 9 et 10 P-LSFin ne nous paraît pas représenter une innovation majeure dans le domaine de la protection des clients. Le droit à communication d'informations consacré par le P-LSFin au bénéfice du client du prestataire de services financiers n'est pas aussi étendu que celui du client consommateur en droit de la consommation.

Le droit de la consommation connaît, en effet, un extraordinaire développement continu du droit à l'information du client consommateur au plan international et en droit de l'UE. La comparaison entre les dispositions du P-LSFin et les dispositions du droit de la consommation illustre ainsi cette tendance du droit de la consommation au cours des deux dernières décennies :

- l'art. 9 al. 1 P. LSFin consacrant le droit du client à communication d'informations générales trouve une équivalence dans l'ensemble des textes du droit suisse et du droit de l'UE de la consommation¹⁴⁶ ;
- l'art. 9 al. 1 let. a P. LSFin relatif au droit à l'information du client sur l'identité du prestataire de services financiers existe aussi pour le client consommateur relativement à l'identité du professionnel¹⁴⁷. Il en va de même pour :
- l'art. 9 al. 2 P. LSFin concernant le droit du client à communication d'informations spécifiques¹⁴⁸ ;
- l'art. 9 al. 2 let. a P. LSFin relatif à l'information du client quant aux services financiers proposés et aux risques et coûts y afférents¹⁴⁹ ;
- l'art. 9 al. 2 let. d P. LSFin prévoyant l'information au client sur l'offre du marché prise en considération pour la sélection des instruments financiers¹⁵⁰ ;

¹⁴¹ Art. 9 al. 2 let. a P-LSFin.

¹⁴² Art. 9 al. 2 let. b P-LSFin.

¹⁴³ Art. 9 al. 2 let. c P-LSFin.

¹⁴⁴ Art. 9 al. 2 let. d P-LSFin.

¹⁴⁵ Art. 9 al. 2 let. e P-LSFin.

¹⁴⁶ Art. 6 al. 1 LVF ; art. 5 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, in *JO L 178* du 17.07.2000, p. 1-16 ; art. 11 al. 2 et art. 13 de la directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, in *JO L 60* du 28.02.2014, p. 34-85 ; art. 4 al. 2 de la directive 2008/48/CE.

¹⁴⁷ Art. 5 al. 1 let. b et art. 6 al. 1 let. b de la directive 2011/83/UE.

¹⁴⁸ Art. 12 al. 3 LCC ; art. 4 et art. 6 al. 2 LVF ; art. 5 al. 1 let. a et art. 6 al. 1 let. a de la directive 2011/83/UE ; art. 11 al. 2 de la directive 2014/17/UE ; art. 4 al. 2 de la directive 2008/48/CE.

¹⁴⁹ Art. 5 al. 1 let. c et art. 6 al. 1 let. e de la directive 2011/83/UE ; art. 22 al. 2 let. b de la directive 2014/17/UE ; art. 4 al. 2 let. a de la directive 2008/48/CE.

¹⁵⁰ Art. 22 al. 2 let. a de la directive 2014/17/UE.

- l'art. 9 al. 3 1^{ère} phrase P. LSFfin sur l'exigence du caractère « compréhensible »¹⁵¹ de l'information donnée au client ;
- l'art. 9 al. 3 2^{ème} phrase P. LSFfin relatif à la remise au client des informations « sous forme standardisée » et à la communication des informations au client « par voie électronique »¹⁵² ;
- l'art. 9 al. 4 P. LSFfin prévoyant que le client est informé du caractère publicitaire de l'information¹⁵³ ;
- l'art. 10 al. 1 P. LSFfin disposant que les prestataires de services financiers informent leurs clients avant la conclusion d'un contrat ou la fourniture d'un service¹⁵⁴ ;
- l'art. 10 al. 5 P. LSFfin prévoyant qu'en cas de modifications substantielles des informations générales ou des informations spécifiques, le prestataire de services financiers en informe le client lors du contact suivant s'agissant d'informations générales, ou immédiatement s'agissant d'informations spécifiques¹⁵⁵.

Le droit communautaire des services financiers constitue également un outil d'analyse essentiel pour notre étude, la comparaison avec les dispositions des art. 9 et 10 P-LSFfin permettant de dégager les éléments d'une évaluation du niveau de protection des clients des prestataires de services financiers atteint par le P-LSFfin :

- l'art. 9 al. 1 P. LSFfin consacrant le droit du client à communication d'informations générales trouve une équivalence dans le droit communautaire dérivé des services financiers¹⁵⁶ ;
- l'art. 9 al. 1 let. a P. LSFfin relatif au droit à l'information du client sur l'identité du prestataire de services financiers existe aussi en droit communautaire pour le client destinataire de services financiers relativement à l'identité du prestataire¹⁵⁷ ; de même l'équivalence est établie pour :
- l'art. 9 al. 1 let. b P. LSFfin sur le droit à l'information du client concernant le « champ d'activité » et le « régime de surveillance » auquel le prestataire de services financiers est soumis¹⁵⁸ ;
- l'art. 9 al. 1 let. c P. LSFfin donnant au client « la possibilité de se renseigner sur la formation et le perfectionnement de leur conseiller à la clientèle » ;
- l'art. 9 al. 1 let. d P. LSFfin prévoyant la « possibilité d'engager une procédure de médiation auprès d'un organe de médiation »¹⁵⁹ ;

¹⁵¹ Art. 5 al. 1 et art. 6 al. 1 de la directive 2011/83/UE ; art. 10 de la directive 2000/31/CE ; art. 11 al. 5 et 13 al. 1 de la directive 2014/17/UE ; art. 4 al. 2 de la directive 2008/48/CE.

¹⁵² Art. 13 al. 1 de la directive 2014/17/UE ; art. 5 al. 1 de la directive 2008/48/CE.

¹⁵³ Art. 11 al. 5 de la directive 2014/17/UE ; art. 4 al. 1 de la directive 2008/48/CE.

¹⁵⁴ Art. 5 al. 1 et art. 6 al. 1 directive 2011/83/UE ; art. 10 de la directive 2000/31/CE ; art. 22 al. 2 de la directive 2014/17/UE ; art. 5 al. 1 de la directive 2008/48/CE.

¹⁵⁵ Art. 9 LVF ; art. 27 al. 1 de la directive 2014/17/UE.

¹⁵⁶ Art. 3 al. 1 2) let. a de la 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, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, in JO L 271 du 09.10.2002, p. 16-24 (« une description des principales caractéristiques du service financier »).

¹⁵⁷ Art. 3 al. 1 1) let. a de la directive 2002/65/CE (« l'identité et l'activité principale du fournisseur, l'adresse géographique à laquelle le fournisseur est établi ») ; art. 3 al. 1 1) let. b de la directive 2002/65/CE (« l'identité du représentant du fournisseur établi dans l'État membre de résidence du consommateur et l'adresse géographique à prendre en compte »).

¹⁵⁸ Art. 3 al. 1 1) let. e de la directive 2002/65/CE (« dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente »).

- l'art. 9 al. 2 let. a P. LSFIn relatif à l'information du client quant aux services financiers proposés et aux risques et coûts y afférents¹⁶⁰;
- l'art. 9 al. 2 let. b P. LSFIn sur l'information du client quant aux relations économiques avec des tiers concernant les services financiers proposés¹⁶¹ ;
- l'art. 9 al. 2 let. c P. LSFIn relatif à l'information du client quant aux instruments financiers proposés et aux risques et coûts y afférents¹⁶² ;
- l'art. 9 al. 2 let. d P. LSFIn prévoyant l'information au client sur l'offre du marché prise en considération pour la sélection des instruments financiers¹⁶³;
- l'art. 9 al. 2 let. e P. LSFIn concernant l'information du client relative au type de garde des instruments financiers et aux risques et coûts y afférents¹⁶⁴.
- l'art. 9 al. 3 1^{ère} phrase P. LSFIn sur l'exigence du caractère « compréhensible »¹⁶⁵.
- l'art. 9 al. 3 2^{ème} phrase P. LSFIn relatif à la remise au client des informations « sous forme standardisée » et à la communication des informations au client « par voie électronique »¹⁶⁶.
- l'art. 9 al. 4 P. LSFIn prévoyant que le client est informé du caractère publicitaire de l'information¹⁶⁷.
- l'art. 10 al. 1 P. LSFIn prévoyant que les prestataires de services financiers informent leurs clients avant la conclusion d'un contrat ou la fourniture d'un service¹⁶⁸.

Bilan : comparé au P-LSFin, le droit communautaire des services financiers pose des exigences nettement supérieures à deux égards :

- D'abord, en matière d'information préalable : d'une part, la directive 2002/65/CE réserve, en son art. 4 al. 1, les dispositions de droit communautaire comportant des

¹⁵⁹ Art. 3 al. 1 4) de la directive 2002/65/CE (« l'existence ou l'absence de procédures extrajudiciaires de réclamation et de recours accessibles au consommateur qui est partie au contrat à distance et, si de telles procédures existent, les modalités d'accès à ces dernières »).

¹⁶⁰ Art. 3 al. 1 2) let. b de la directive 2002/65/CE (« le prix total dû par le consommateur au fournisseur pour le service financier ») ; art. 24 al. 4 de la directive 2014/65/UE (« sur les risques inhérents à l'investissement dans ces instruments ») ; art. 24 al. 4 let. c de la directive 2014/65/UE.

¹⁶¹ Art. 24 al. 4 let. a ii de la directive 2014/65/UE (« [...] instruments financiers émis ou proposés par des entités ayant des liens étroits avec l'entreprise d'investissement ou toute autre relation juridique ou économique, telle qu'une relation contractuelle, si étroite qu'elle présente le risque de nuire à l'indépendance du conseil fourni »).

¹⁶² Art. 3 al. 1 2) let. c de la directive 2002/65/CE (« le cas échéant une notification indiquant que le service financier est lié à des instruments qui impliquent des risques particuliers du fait de leurs spécificités ou des opérations à exécuter ou dont le prix dépend de fluctuations des marchés financiers sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence et que les performances passées ne laissent pas présager les performances futures ») ; art. 24 al. 4, art. 24 al. 4 let. b, art. 24 al. 4 let. c de la directive 2014/65/UE.

¹⁶³ Art. 24 al. 4 let. a ii de la directive 2014/65/UE ; art. 24 al. 7 de la directive 2014/65/UE (« [l']entreprise d'investissement évalue un éventail suffisant d'instruments financiers disponibles sur le marché, qui doivent être suffisamment diversifiés quant à leur type et à leurs émetteurs, ou à leurs fournisseurs, pour garantir que les objectifs d'investissement du client puissent être atteints de manière appropriée »).

¹⁶⁴ Relativement aux droits de garde, l'art. 24 al. 9 *in fine* de la directive 2014/65/UE prévoit une exemption à l'obligation d'information du client, tandis que le P-LSFin prévoit impérativement l'information du client.

¹⁶⁵ Art. 3 al. 2 de la directive 2002/65/CE (« Les informations [...] sont fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée ») ; art. 24 al. 3 de la directive 2014/65/UE (« Toutes les informations [...] adressées par l'entreprise d'investissement à des clients ou à des clients potentiels, sont correctes, claires et non trompeuses ») ; art. 24 al. 5 de la directive 2014/65/UE.

¹⁶⁶ Art. 24 al. 5 *in fine* de la directive 2014/65/UE.

¹⁶⁷ Art. 24 al. 3 de la directive 2014/65/UE.

¹⁶⁸ Art. 24 al. 4 de la directive 2014/65/UE (« Des informations appropriées sont communiquées en temps utile aux clients ou aux clients potentiels ») ; art. 24 al. 4 let. a de la directive 2014/65/UE (« lorsque des conseils en investissement sont fournis, l'entreprise d'investissement doit indiquer au client, en temps utile avant la fourniture des conseils en investissement [...] »).

exigences en matière d'information préalable, qui viennent s'ajouter à celles de son art. 3 et continuent à s'appliquer ; d'autre part, l'art. 4 al. 2 de la directive 2002/65/CE tolère le maintien ou l'adoption de dispositions plus strictes des Etats membres concernant les exigences en matière d'information préalable, sous réserve de leur conformité aux dispositions de la directive 2002/65/CE. Le niveau plus élevé de protection du client en matière d'information préalable prévu dans la directive 2002/65/CE permet notamment au client destinataire de services financiers de revendiquer un droit à rétractation (art. 6), inexistant dans le P-LSFin. Certes, ce droit à rétractation connaît de fortes restrictions, notamment pour les « services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence, qui sont susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation »¹⁶⁹. Mais il consacre, à n'en pas douter, l'avance du droit communautaire des services financiers en termes d'attractivité pour le client destinataire de services financiers.

- Ensuite, l'information du client sur les coûts et frais est plus complète, donc plus attractive, pour le client dans la MiFID II que dans le P-LSFin. D'une part, la totalisation des informations relatives à l'ensemble des coûts et frais doit permettre au client « de saisir le coût total, ainsi que l'effet cumulé sur le retour sur investissement, et, si le client le demande une ventilation par poste est fournie. Le cas échéant, ces informations sont fournies au client régulièrement, au minimum chaque année, pendant la durée de vie de l'investissement »¹⁷⁰. D'autre part, au cas où l'entreprise d'investissement verse ou reçoit une rémunération ou une commission, ou fournit ou reçoit un avantage pécuniaire en liaison avec la prestation d'un service d'investissement ou d'un service auxiliaire¹⁷¹, le client doit être « clairement informé de l'existence, de la nature et du montant du paiement ou de l'avantage [ou] lorsque ce montant ne peut être établi, de son mode de calcul d'une manière complète, exacte et compréhensible avant que le service d'investissement ou le service auxiliaire concerné ne soit fourni »¹⁷².

Nonobstant ces réserves tenant à l'information préalable et à l'information sur les coûts, on peut estimer que les règles adoptées par le P-LSFin prévoient une réglementation équivalente aux normes de l'Union Européenne sur le plan matériel (sans toutefois que le droit de l'UE soit mentionné dans les objectifs du P-LSFin¹⁷³).

3. Appréciation de l'obligation de vérification des opérations sur instruments financiers (art. 11 à 16 P-LSFin).

a. Analyse de l'obligation de vérification.

Le P-LSFin met à la charge des prestataires de services financiers une obligation de vérification des opérations sur les instruments financiers proposés au client. La nature

¹⁶⁹ Art. 6 al. 2 let. a de la directive 2002/65/CE.

¹⁷⁰ Art. 24 al. 4 *in fine* de la directive 2014/65/UE.

¹⁷¹ Art. 24 al. 9 de la directive 2014/65/UE.

¹⁷² Art. 24 al. 9 de la directive 2014/65/UE.

¹⁷³ THÉVENOZ L., Le projet FIDLEG, p. 56.

juridique de cette obligation de vérification des opérations sur instruments financiers est identique à celle des obligations d'information posées aux art. 9, 10, 17 et 18 P-LSFin : ces normes s'analysent en des obligations prudentielles issues des règles de comportement énoncées par le P-LSFin¹⁷⁴, et non comme des obligations de droit privé issues du CO.

A teneur du P-LSFin, le contenu de l'obligation de vérification dépend du type de service financier proposé au client :

- le prestataire de services financiers n'a pas l'obligation de vérifier le caractère approprié du service ou du produit dans les trois cas suivants : si le service financier consiste en l'exécution ou en la simple réception et transmission d'ordres du client (execution only)¹⁷⁵ ; si les opérations sont effectuées à l'initiative du client (reverse solicitation)¹⁷⁶ ; si le prestataire de services financiers communique, sur demande, au client les attentes générales de son établissement ou de tiers sur l'évolution de certains instruments financiers (cas de reverse solicitation)¹⁷⁷ ;
- en revanche, dès lors qu'il propose au client un conseil sur des opérations précises (cas du conseil en placement), le prestataire de services financiers doit se renseigner sur les connaissances et l'expérience du client en relation avec le type d'opération envisagé (art. 12 P-LSFin), et est tenu de vérifier le caractère approprié avant le conseil en placement (art. 11, 12 P-LSFin)¹⁷⁸; s'il juge la transaction inappropriée ou s'il ne peut pas procéder à la vérification faute d'informations, le prestataire de services financiers doit en informer le client¹⁷⁹ ;
- enfin, pour le cas où il propose au client un conseil portant sur l'ensemble du portefeuille du client (cas visé à l'art. 13 P-LSFin du conseil en placement et du mandat de gestion de fortune¹⁸⁰), le prestataire de services financiers est tenu de se renseigner tant sur les connaissances et l'expérience du client que sur sa situation financière et ses objectifs de placement (art. 13 P-LSFin), et de vérifier l'adéquation (art. 11 P-LSFin) du produit ou du service sur la base de ces renseignements¹⁸¹. Le prestataire de services financiers ne pourra ensuite conseiller au client d'exécuter la transaction que s'il estime que ce dernier dispose de l'expérience et des connaissances suffisantes pour comprendre les caractéristiques et les risques de l'opération et s'il juge celle-ci adaptée à la situation financière et aux objectifs de placement du client¹⁸². Concernant toutefois les clients professionnels, le prestataire de services financiers peut estimer que ces derniers disposent des connaissances et de l'expérience requises, et qu'ils peuvent supporter financièrement les risques de placement inhérents aux services financiers¹⁸³.

¹⁷⁴ Message concernant la LSFfin, p. 8119.

¹⁷⁵ Message concernant la LSFfin, p. 8120.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem.

b. Droit comparé.

L'obligation de vérification introduite par le P-LSFin n'a pas d'équivalent en droit de la consommation. A notre connaissance, le droit de la consommation n'enjoint pas systématiquement au professionnel de vérifier les connaissances ou l'expérience du client consommateur. L'unique référence à une obligation de vérification des connaissances du client consommateur concerne l'obligation des prêteurs et des intermédiaires de crédit de tenir compte du niveau de connaissance et d'expérience du consommateur en matière de crédit, sans pour autant que les explications fournies par ces professionnels constituent une « recommandation personnalisée »¹⁸⁴.

Le droit des marchés et intermédiaires financiers¹⁸⁵ offre, en revanche, d'importants éléments permettant d'évaluer l'obligation de vérification des opérations sur les instruments financiers inscrite au P-LSFin : d'abord la jurisprudence civile (i), puis l'art. 11 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières¹⁸⁶ (ii), enfin le droit de la surveillance (iii).

i) La comparaison des art. 11 à 16 P-LSFin avec la jurisprudence civile du TF¹⁸⁷ montre que le P-LSFin reprend en ses articles 12 et 13 un véritable acquis jurisprudentiel¹⁸⁸ concernant l'obligation du prestataire de services financiers de vérifier les connaissances et l'expérience des clients, ainsi que leurs objectifs de placement et leur situation financière. A l'instar du P-LSFin, les ATF distinguent l'étendue de l'obligation de vérification en fonction du type de service financier proposé au client :

- les services d'*execution only* ne sont pas touchés par l'obligation de vérification. Les mandats ponctuels pour le compte du client mandant n'impliquent pas que la banque signale au client mandant les risques d'un placement envisagé par le seul client¹⁸⁹. Il n'existe pas de devoir général d'information du prestataire de services financiers dans le cadre des services d'*execution only*¹⁹⁰ ;

- dans l'exécution des services de conseil en placement, le prestataire de services financiers doit renseigner le client sur tous les éléments importants pour la formation de sa volonté. Dans le contrat de conseil en placement, le client décide lui-même des opérations à effectuer, après avoir obtenu renseignements et conseils de la banque¹⁹¹. L'information

¹⁸⁴ Consid. 48 de la directive 2014/17/UE. V. aussi l'art. 3 al. 3 i) de la directive 2011/83/UE, rappelant le devoir des officiers publics –et non des professionnels– de « veiller, en fournissant une information juridique complète, à ce que le consommateur ne conclue le contrat qu'après mûre réflexion juridique et en toute connaissance de sa portée juridique ».

¹⁸⁵ BOVET C., Cours de droit des marchés, UNIGE, printemps 2017.

¹⁸⁶ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1) (LBVM).

¹⁸⁷ ATF 4A_140/2011 du 27.06.2011, consid. 2.1. et 3.1. ; ATF 132 III 460 du 22.03.2006, consid. 4.1. ; ATF 124 III 155 du 07.10.1997, consid. 2 b ; ATF 115 II 62 du 30.01.1989, consid. 1.

¹⁸⁸ V. Message concernant la LSFIn, p. 8156.

¹⁸⁹ ATF 119 II 333 du 23.03.1993, consid. 5 a.

¹⁹⁰ ATF 119 II 333 du 23.03.1993, consid. 7 ; ATF 133 III 97, 4C.270/2006 du 04.01.2007, consid. 7.1.

¹⁹¹ ATF 4A_444/2012 du 10.12.2012, consid. 3.2 ; ATF 4A_525/2011 du 03.02.2012, consid. 3.1. ; ATF 4A_90/2011 du 22.06.2011, consid. 2.2.1. ; ATF 4A_521/2008 du 26.02.2009, consid. 5.1.

donnée doit être exacte, compréhensible et complète¹⁹² ; elle porte notamment sur les chances et les risques liés aux placements envisagés ;

- dans l'exécution du mandat de gestion de fortune, les ATF¹⁹³ consacrent l'application des règles du mandat relatives à l'obligation de diligence du mandataire et à sa responsabilité dans la gestion fidèle et diligente des affaires. En effet, le client donne mandat à la banque de s'occuper de la gestion d'un patrimoine déterminé contre rémunération, de façon autonome dans le cadre d'un accord de stratégie d'investissement, en vue de la réalisation de l'objectif personnel d'investissement du client¹⁹⁴. Les devoirs d'explication et de conseil du gérant de fortune comportent la clarification de la capacité de risque et de préparation au risque du client¹⁹⁵. En particulier, au moment de la conclusion du contrat de gestion de fortune, l'établissement du profil client¹⁹⁶ sert à déterminer l'étendue des risques que le client accepte en se portant investisseur et que ses conditions de vie lui autorisent.

ii) Au plan du droit matériel, les art. 12 et 13 P-LSFin paraissent réaliser la synthèse des règles du droit du mandat (art. 398 CO) et des règles de comportement prudentielles (art. 11 al. 1 LBVM). D'une part, selon la doctrine¹⁹⁷, l'art. 11 al. 1 LBVM reprend la substance des art. 398 s. du CO. D'autre part, les art. 12 et 13 P-LSFin reprennent les termes-mêmes de l'art. 11 al. 2 LBVM : «[d]ans l'accomplissement de ces devoirs, il sera tenu compte de l'expérience des clients et de l'état de leurs connaissances dans les domaines concernés ». Au plan du droit formel, on observera qu'à l'instar de l'art. 11 de la LBVM, les dispositions des art. 11 à 16 P-LSFin sont des normes de droit public, comme telles destinées à produire un effet de rayonnement¹⁹⁸ sur les règles de droit civil, issues du CO¹⁹⁹.

iii) Enfin, le droit de la surveillance est aussi source directe d'influence du P-LSFin. D'une part, la FINMA²⁰⁰ a fixé des règles-cadres pour la reconnaissance de l'autorégulation en matière de gestion de fortune comme standard minimal, parmi lesquelles figure le devoir d'information du gérant de fortune : « Le gérant de fortune informe de façon adéquate ses clients, compte tenu de leurs expériences et connaissances, quant aux risques liés aux objectifs, aux restrictions et aux stratégies de placement définies »²⁰¹. D'autre part, la FINMA reconnaît également comme standards minimaux les normes d'autorégulation de l'ASB contenues dans le document *Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières*²⁰²,

¹⁹² ATF 133 III 97, 4C.270/2006 du 04.01.2007, consid. 7.1., 7.2. ; ATF 4A_444/2012 du 10.12.2012, consid. 3.2. V. LOMBARDINI C., *Droit bancaire suisse*, p. 793.

¹⁹³ ATF 4A_364/2013, 4A_394/2013, 4A_396/2013 du 05.03.2014, consid. 6.1. ; ATF 4A_140/2011 du 27.06.2011, consid. 2.1. et 3.1. ; ATF 132 III 460 du 22.03.2006, consid. 4.1. ; ATF 124 III 155 du 07.10.1997, consid. 2 b ; ATF 115 II 62, consid. 1.

¹⁹⁴ ATF 4A_364/2013, 4A_394/2013, 4A_396/2013 du 05.03.2014, consid. 5.1. ; ATF 4A_336/2014 du 18.12.2014, consid. 4.1. ; ATF 4A_436/2016, 4A_466/2016 du 07.02.2017, consid. 3.1.

¹⁹⁵ ATF 124 III 155 du 07.10.1997, consid. 3 a ; ATF 4A_364/2013, 4A_394/2013, 4A_396/2013 du 05.03.2014, consid. 6.3. ; ATF 4A_436/2016, 4A_466/2016 du 07.02.2017, consid. 3.2.

¹⁹⁶ ATF 4A_436/2016, 4A_466/2016 du 07.02.2017, consid. 3.2. ; ATF 4A_364/2013, 4A_394/2013, 4A_396/2013 du 05.03.2014, consid. 6.5.1 ; ATF 4A_140/2011 du 27.06.2011, consid. 2.1. ; ATF 4C.158/2006 du 10.11.2006, consid. 3.3.1.

¹⁹⁷ BOVET C., *Cours de droit des marchés*, UNIGE, printemps 2017.

¹⁹⁸ Message concernant la LSFIn, p. 8121. Sur la portée des règles de conduite, V. DARBELLAY A., « Le projet FIDLEG », p. 112.

¹⁹⁹ V. ATF 133 III 97, 4C.270/2006, du 04.01.2007, consid. 5.1, 5.2, 5.3, 5.4.

²⁰⁰ FINMA, *Circulaire 2009/1, Règles-cadres pour la gestion de fortune*.

²⁰¹ FINMA, *Circulaire 2009/1, Règles-cadres pour la gestion de fortune*, Cm. 23.

²⁰² ASB, *Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières*.

lesquelles édictent un devoir d'information du négociant en valeurs mobilières en des termes strictement équivalents²⁰³ aux art. 12 et 13 P-LSFin.

Bilan : loin d'innover, les articles 11 à 16 P-LSFin édictent une obligation de vérification des opérations sur les instruments financiers en droite ligne avec le droit suisse des marchés et des services financiers.

Que montre enfin la comparaison avec le droit communautaire dérivé des services financiers ? Pour s'en tenir à la directive MiFID II, celle-ci consacre un niveau particulièrement élevé de protection du client en termes d'information et d'évaluation de l'adéquation et du caractère approprié²⁰⁴, nettement supérieur à celui des articles 11 à 16 du P-LSFin. En effet, sans distinguer selon la nature du service proposé au client²⁰⁵, la directive MiFID II retient, en son art. 25 al. 2, l'application dans son étendue maximale de l'obligation de vérification. Dans le P-LSFin (art. 13), l'étendue maximale de l'obligation de vérification est réservée aux cas du conseil en placement sur l'ensemble du portefeuille du client et de la gestion de fortune. En d'autres termes, l'art. 25 al. 2 de la directive MiFID ne distingue pas selon l'étendue des conseils en investissement ou l'étendue des services de gestion de portefeuille : la MiFID II applique indistinctement, à tout type de service de conseil en investissement ou de gestion de portefeuille, le degré le plus élevé possible de protection du client.

Bilan : le P-LSFin élève substantiellement le niveau de protection du client destinataire de services financiers, de manière à rattraper le niveau de protection du client consommateur. Cependant, l'écart entre le niveau de protection du client dans le P-LSFin et le niveau de protection du client dans la MiFID II reste important, de sorte que l'attractivité de MiFID II éclipse celle du P-LSFin.

Transition : nonobstant le rattrapage opéré dans le P-LSFin du niveau d'information du client par rapport au niveau d'information du client consommateur en droit de la consommation, un problème de fond subsiste. En effet, le comblement des lacunes de l'information du client en droit suisse ne suffit pas à circonscrire le risque toujours croissant du contentieux transfrontières des services financiers. Dès lors, le P-LSFin prévoit un second outil préventif²⁰⁶.

B. Prévention en droit procédural.

Il convient d'apprécier si l'Organe de médiation (titre 5 du P-LSFin) offre au client destinataire de services financiers un niveau de protection au minimum équivalent à celui des procédures de médiation du droit suisse et du droit étranger. En effet, l'incitation à recourir au règlement extrajudiciaire des litiges en matière de services financiers devrait

²⁰³ ASB, Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières, art. 3 al. 1.

²⁰⁴ Art. 25 de la directive 2014/65/UE.

²⁰⁵ *Execution only* ou *reverse solicitation*, conseil en placement, conseil en gestion de fortune.

²⁰⁶ JEANDIN N./PEYROT A., Convention de Lugano, p. 167.

dissuader le client d'engager un recours judiciaire, fondé notamment sur la définition extensive du consommateur à l'art. 15 al. 1 CLrév.

1. Analyse en droit suisse.

Le P-LSFin innove à deux égards :

- En premier lieu, à teneur des art. 9 al. 1 let. d et 82 al. 1 P-LSFin, le prestataire de services financiers doit informer le client de la possibilité d'engager une procédure de médiation auprès d'un organe de médiation reconnu selon le titre 5 du P-LSFin. Ainsi l'obligation d'information du client incombant au prestataire de services financiers ne porte pas seulement sur le droit matériel, mais aussi sur le droit procédural.
- En second lieu, le P-LSFin énonce l'obligation d'affiliation²⁰⁷ à un organe de médiation et l'obligation de participation²⁰⁸ à la procédure de médiation des prestataires de services financiers. Toutefois, l'organe de médiation est dépourvu de compétences décisionnelles²⁰⁹, ce qui allège l'obligation pesant sur les prestataires de services financiers.

Le titre 5 du P-LSFin introduit une procédure de médiation spécifiquement dédiée au règlement extrajudiciaire des litiges entre prestataires de services financiers (au sens de l'art. 3 let. e P-LSFin) et clients. Le droit suisse ne connaît pour l'heure qu'une « procédure simplifiée » à l'art. 243 CPC, pour tout type d'« affaires patrimoniales » dont la valeur ne dépasse pas 30 000 francs. En droit des services financiers, l'Ombudsman des banques suisses (« l'Ombudsman ») constitue l'instance d'information et de médiation de référence sur la place helvétique. L'Ombudsman traite des réclamations des clients des banques ayant leur siège en Suisse, tandis que l'Organe de médiation du P-LSFin traite des réclamations des clients de tous les prestataires de services financiers (au sens de l'art. 3 let. e P-LSFin) ; les deux instances sont compétentes indépendamment de la valeur du litige.

L'analyse de la procédure devant l'Organe de médiation et devant l'Ombudsman met en évidence la similitude des procédures : l'Ombudsman et l'Organe de médiation sont des instances indépendantes, l'Ombudsman accomplissant tous les actes qu'il estime nécessaires pour se former une opinion indépendante et objective²¹⁰, l'Organe de médiation appréciant librement les affaires à lui soumises et n'étant soumis à aucune directive²¹¹. Les procédures sont facultatives devant l'Ombudsman et l'Organe de médiation, la procédure initiée pouvant être close en cas d'impossibilité de parvenir à un accord²¹². La procédure est gratuite pour le client des banques suisses devant l'Ombudsman²¹³, au moindre coût voire gratuite

²⁰⁷ Art. 80 P-LSFin.

²⁰⁸ Art. 81 P-LSFin.

²⁰⁹ Message concernant la LSFIn, pp. 8103, 8117 ; en faveur de la compétence décisionnelle, V. rapport FINMA, Distribution de produits financiers 2010, pp. 46-47. V. aussi CONTRATTO F., Alternative Streitbeilegung, pp. 6-7.

²¹⁰ Art. 3.2 des Règles de procédure de l'Ombudsman des banques suisses.

²¹¹ Art. 78 al. 6 P-LSFin.

²¹² Art. 78 al. 8 P-LSFin ; art. 4.7. des Règles de procédure de l'Ombudsman des banques suisses.

²¹³ Art. 6.1. des Règles de procédure de l'Ombudsman des banques suisses.

pour le client des prestataires de services financiers devant l'Organe de médiation²¹⁴. La procédure devant l'Ombudsman garantit la neutralité du médiateur, tandis que la procédure devant l'Organe de médiation a un caractère non bureaucratique, équitable, rapide, impartial²¹⁵. En outre, la procédure devant l'Ombudsman garantit la discrétion du médiateur, alors que la procédure devant l'Organe de médiation est confidentielle²¹⁶.

La saisine de l'Organe de médiation n'est possible que si aucune autorité de conciliation, aucun tribunal, aucun tribunal arbitral ou aucune autorité administrative n'est ou n'a été saisi de l'affaire²¹⁷ ; celle de l'Ombudsman est exclue pour les cas faisant déjà l'objet d'une procédure officielle, ou devenant l'objet d'une telle procédure avant la clôture de la procédure de médiation, ou qui ont été réglés de manière définitive²¹⁸. Reste ouverte la question de l'ouverture concomitante d'une procédure devant ces deux instances : à teneur de l'art. 78 al. 4 let. c P-LSFin, l'Organe de médiation ne peut être saisi si une autre procédure de médiation a déjà été menée ; quant aux Règles de procédure de l'Ombudsman, celles-ci ne prévoient pas de disposition équivalente. Des modifications des Règles de procédure de l'Ombudsman devront intervenir pour préciser la position de l'Ombudsman relativement à sa saisine concomitante ou postérieure à celle de l'Organe de médiation. En tout état de cause, l'Ombudsman est seul compétent en matière de litiges en série entre les banques suisses et leurs clients²¹⁹. L'Organe de médiation est incompétent en matière de litiges en série.

Bilan : l'Ombudsman et l'Organe de médiation créé par le P-LSFin exerceront une compétence concurrente pour les litiges entre les banques suisses et leurs clients. L'Organe de médiation est compétent pour les litiges survenant entre tout type de prestataire de services financiers (banques suisses ou étrangères, gestionnaires de fortune, trustees, gestionnaires de fortune collective, directions de fonds, maisons de titres) et ses clients. Compte tenu de son public cible (les seules banques ayant leur siège en Suisse) et de sa compétence exclusive pour les litiges en série, l'Ombudsman devrait voir son attractivité renforcée en matière de litiges entre banques suisses et clients consommateurs domiciliés en Suisse au sens de l'art. 32 CPC et de l'art. 120 al. 1 LDIP (à teneur desquels les contrats de consommation portent sur des prestations de consommation « courante »). La compétence de l'Organe de médiation pour régler les litiges entre les prestataires de services financiers et leurs clients devrait renforcer l'attractivité de l'Organe de médiation pour le règlement des litiges entre ces prestataires de services financiers et leurs clients consommateurs au sens de l'art. 15 al. 1 CLrév (à teneur desquels les contrats de consommation correspondent à un usage étranger à l'activité professionnelle du client destinataire de services financiers).

2. Analyse en droit comparé.

²¹⁴ Art. 78 al. 1 P-LSFin.

²¹⁵ Art. 78 al. 1 P-LSFin.

²¹⁶ Art. 78 al. 2 P-LSFin.

²¹⁷ Art. 78 al. 4 let. d P-LSFin.

²¹⁸ Art. 2.2. des Règles de procédure de l'Ombudsman des banques suisses.

²¹⁹ Art. 5 des Règles de procédure de l'Ombudsman des banques suisses.

a. Organe de médiation et règlement extrajudiciaire des litiges en droit de la consommation de l'UE.

La directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation²²⁰ et le règlement 524/2013/UE du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation²²¹ instaurent un système sophistiqué de règlement extrajudiciaire des litiges (« REL ») de consommation. Poussée à l'excès, cette sophistication de la procédure peut présenter un caractère bureaucratique²²². Comparée à la procédure de REL²²³ dans la directive 2013/11/UE, la procédure de l'Organe de médiation du P-LSFin revendique un caractère non bureaucratique²²⁴, tout en parvenant à un niveau de garantie des droits du client destinataire des services financiers équivalent²²⁵ à celui de garantie des droits du client consommateur dans l'UE.

En effet, la procédure de l'Organe de médiation du P-LSFin paraît équivalente, au plan qualitatif, à celle du REL dans l'UE : ces procédures de règlement extrajudiciaire des litiges sont « indépendantes, impartiales, transparentes, efficaces, rapides et équitables »²²⁶ ; la confidentialité²²⁷ et l'indépendance²²⁸ des procédures, de même que leur gratuité²²⁹, corollaire de la rapidité²³⁰, sont assurées. La procédure de l'Organe de médiation reprend même à son compte les motifs du refus de traiter un litige dans la procédure de REL, notamment l'exigence de la démonstration des efforts préalables du consommateur pour trouver, en concertation avec le professionnel, une solution amiable au litige²³¹ ; ou encore, la procédure de l'Organe de médiation reprend les motifs du refus de traiter un litige précédemment ou actuellement examiné par un autre organe de règlement extrajudiciaire ou par une juridiction²³².

Par rapport à la procédure de REL, la procédure de l'Organe de médiation conserve cet atout indéniable qu'elle ne fixe ni seuil minimum, ni seuil maximum à la valeur du litige. L'absence de prise en compte de la valeur ou du montant financier du litige devrait renforcer l'attractivité de la procédure de l'Organe de médiation notamment pour les litiges entre prestataires de services financiers (au sens de l'art. 3 let. e P-LSFin) et clients consommateurs domiciliés en Suisse au sens de l'art. 32 CPC et de l'art. 120 al. 1 LDIP (définition restrictive du contrat de consommation portant sur la prestation ordinaire de consommation courante).

²²⁰ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), in JO L 165 du 18.06.2013, p. 63-79.

²²¹ Règlement UE n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC), in JO L 165 du 18.06.2013, p. 1-12.

²²² V. notamment l'art. 6 de la directive 2013/11/UE (« Compétences, indépendance et impartialité »).

²²³ REL ou Règlement extrajudiciaire des litiges dans le texte de la directive 2013/11/UE.

²²⁴ Art. 78 al. 1 P-LSFin.

²²⁵ Message concernant la LSFin, p. 8140.

²²⁶ Art. 1 de la directive 2013/11/UE ; art. 78 al. 1 P-LSFin.

²²⁷ Consid. 29 de la directive 2013/11/UE ; art. 78 al. 2 P-LSFin.

²²⁸ Consid. 32-35 de la directive 2013/11/UE ; art. 78 al. 6 P-LSFin.

²²⁹ Consid. 41 et art. 8 let. c de la directive 2013/11/UE ; art. 78 al. 1 P-LSFin.

²³⁰ Consid. 40 et art. 8 let. e de la directive 2013/11/UE ; art. 78 al. 1 P-LSFin.

²³¹ Art. 5 al. 4 let. a de la directive 2013/11/UE ; art. 78 al. 4 let. b P-LSFin.

²³² Art. 5 al. 4 let. c de la directive 2013/11/UE ; art. 78 al. 4 let. d P-LSFin.

b. Organe de médiation et règlement extrajudiciaire des litiges en droit des services financiers de l'UE.

La directive MiFID II renvoie aux Etats membres le soin d'instituer des procédures de plaintes et de recours efficaces permettant le règlement extrajudiciaire des litiges en matière de consommation concernant les services d'investissement et les services auxiliaires fournis par les entreprises d'investissement²³³. Ce renvoi au droit des Etats membres explique certainement le silence de la directive MiFID II relativement à la procédure de règlement extrajudiciaire qu'elle organise²³⁴. En comparaison, le P-LSFin décrit minutieusement les caractères de la procédure de l'Organe de médiation (*supra*, III. B. 1.). Cette différence confère certainement une certaine attractivité à l'Organe de médiation du P-LSFin en termes de clarté, donc de sécurité juridique, par rapport au système de REL de la MiFID II, assez opaque.

Pour l'essentiel, à l'instar de l'art. 80 P-LSFin, l'art. 75 al. 1 directive MiFID II oblige toutes les entreprises d'investissement à adhérer à un ou à plusieurs des organismes qui mettent en œuvre ces procédures de plaintes et de recours. MiFID II et P-LSFin réalisent ainsi un progrès substantiel, en droit de l'UE et en droit suisse, dans la garantie du droit au recours extrajudiciaire des clients consommateurs de services financiers. On peut ainsi affirmer que l'Organe de médiation du P-LSFin réalise l'adaptation²³⁵ du droit procédural suisse au niveau élevé de garantie du droit au recours extrajudiciaire des clients consommateurs prévu dans la directive MiFID II.

Bilan : par rapport au droit de la consommation et au droit des services financiers de l'UE, l'Organe de médiation du P-LSFin paraît offrir aux clients consommateurs de services financiers des garanties équivalentes pour l'accès au règlement extrajudiciaire des litiges. La pression du droit international ne laisse, à vrai dire, pas d'autre choix aux autorités de l'UE et aux autorités de la Confédération helvétique que de s'adapter aux standards internationaux de la protection du consommateur de services financiers²³⁶.

IV. CONCLUSION.

Le P-LSFin ne définit pas le consommateur de services financiers, malgré l'habilitation de compétence (c'est-à-dire le visa à l'art. 97 de la Constitution fédérale). Il ne se prononce ni en faveur du critère de la prestation courante, ni en faveur du critère de la finalité étrangère à l'activité professionnelle. Pour autant, l'examen des diverses définitions

²³³ Art. 75 al. 1 de la directive 2014/65/UE.

²³⁴ De la même façon, les précédentes directives de l'UE reconnaissent déjà le droit des clients consommateurs de services financiers à l'accès aux modes extrajudiciaires de règlement des litiges, sans plus entrer en matière sur la procédure de recours extrajudiciaire appropriée : V. art. 14 de la directive 2002/65/CE. V. aussi l'art. 18 de la directive 2000/31/CE (« Recours juridictionnels ») ; consid. 56 et art. 18 al. 4 de la directive 2011/83/UE.

²³⁵ Message concernant la LSFIn, pp. 8124, 8140.

²³⁶ OCDE, G20 High-Level Principles, p. 5 ; Banque Mondiale, Resolving disputes, pp. 35-37, 41-46. V. aussi CONTRATTO F., Alternative Streitbeilegung, pp. 10-17.

existantes du consommateur, tant légales²³⁷ que conventionnelles²³⁸, nous permet d'affirmer que tous les contrats de services financiers visés à l'art. 3 let. d P-LSFin sont susceptibles d'être requalifiés de contrats de consommation à l'issue d'une procédure contentieuse. Il faut, et il suffit, que les conditions d'application des dispositions protectrices du consommateur soient réunies dans le cas d'espèce. Il s'ensuit qu'aucun prestataire de services financiers (au sens de l'art. 3 let. e du P-LSFin), ni aucun type de service financier (au sens de l'art. 3 let. d du P-LSFin), n'est immunisé contre le risque judiciaire que le client invoque les règles protectrices du droit de la consommation.

Il est temps que le Tribunal fédéral définisse le consommateur au sens de l'art. 8 LCD, véritable *sedes materiae* de la protection du consommateur de services financiers. L'équilibre général des dispositions protectrices du consommateur pourrait être modifié, voire renouvelé, par l'adoption d'une telle définition.

Il nous semble que le P-LSFin préserve, à au moins trois égards, l'équilibre entre le droit suisse des services financiers et le droit de l'UE. D'abord, la définition des services financiers à l'art. 3 let. d ch. 5 P-LSFin, *de lege lata*, concorde avec celle du droit européen. L'art. 3.3. let. d de la directive 2011/83/UE exclut déjà les « services financiers » de son champ d'application. Un autre indice de cette cohérence entre systèmes juridiques figure à la LCC, dont l'article 7. 1. al. b exclut du champ d'application de la loi les « contrats de crédit ou [...] promesses de crédit couverts par le dépôt d'une garantie bancaire usuelle (...) ». Ensuite, le rattrapage du niveau de protection des clients est effectif dans le P-LSFin, même si l'avance de la directive MiFID reste indéniable. Enfin, l'Organe de médiation porte en lui la promesse d'une réelle attractivité comparée du système helvétique de garantie extrajudiciaire des droits des clients destinataires de services financiers avec le système européen. En définitive, *de lege ferenda*, nous considérons qu'il n'est pas nécessaire de modifier le P-LSFin, celui-ci réalisant, en l'état, la mise en perspective du droit suisse des services financiers avec le droit de l'UE. A cet égard, le P-LSFin doit être considéré comme le garant de la compétitivité et de l'attractivité de la place financière helvétique.

²³⁷ Art. 8 LCD, art. 32 CPC, art. 120 al. 1 LDIP.

²³⁸ Art. 13 al. 1 let. a CL, art. 15 al. 1 CLrév, art. 17 al. 1 Règlement Bruxelles I bis, art. 6 al. 1 let. a et b Règlement de Rome I.

Bibliographie.

Ouvrages et articles :

ABEGGLEN S. et autres, « Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich », in *Das Bankkonto, Policy –Inhaltskontrolle- Erwachsenenschutz*, Basel 2013, Susan EMMENEGGER [Hrsg.], p. 91.

BAHAR R., « Conditions générales : a Time for Change », in *Journée 2011 de droit bancaire et financier*, THEVENOZ L. et BOVET C. (Dir.), Schulthess 2012, p. 99.

BÉGUIN N., « Le TF atténue la portée de l'art. 15 par. 1 let. c CL », publié le 3 mars 2016 par le Centre de droit bancaire et financier [<https://www.cdbf.ch/939>] (consulté le 12.12.2017).

BONOMI A., in *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano*, 2011, n° 9 ad art. 15 CL.

BOVET C., *Cours de droit des marchés et intermédiaires financiers*, UNIGE, printemps 2017.

BOVET C./THÉVENOZ L., *Journée 2017 de droit bancaire et financier*, 14 novembre 2017, Genève CDBF, à paraître.

CONTRATTO F., « Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor », *PJA* 2012, p. 1.

DARBELLAY A., « Le projet FIDLEG atteint-il ses objectifs ? - Portée des règles de conduite », in *Journée 2017 de droit bancaire et financier*, Genève CDBF, p. 111, à paraître.

EMCH U./RENZ H./ARPAGAUS R., *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 6. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2004.

EMMENEGGER S./ GOOD R., « Anlegerschutz in der Vermögensverwaltung und Anlageberetung », in SETHE / HENS / VON DER CRONE / WEBER (éd.), *Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert*, Zurich 2013, p. 85.

FISCHER P., « Qualification juridique d'un crédit destiné à financer des études universitaires », publié le 25 mars 2013 par le Centre de droit bancaire et financier [<https://www.cdbf.ch/871>] (12.12.2017).

FISCHER P., « Validité d'une clause d'élection de for contenue dans des conditions générales », publié le 11 juillet 2013 par le Centre de droit bancaire et financier [<https://www.cdbf.ch/885>] (12.12.2017).

FURRER A., « Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz », *REAS* 2011, p. 324.

FURRER A./GLARNER A., in DASSER/OBERHAMMER (éd.), *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, 2e éd. 2011, n° 11 ad art. 15 CL.

GUGGENHEIM D. A./GUGGENHEIM A., *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, Berne Stämpfli Editions 2014, 5ème édition.

JEANDIN N./PEYROT A., « Convention de Lugano : for et droit élu à l'épreuve de la protection du consommateur dans l'activité transfrontalière des banques », in BADDELEY M./FOËX B./LEUBA A./PAPPAUX VAN DELDEN M.-L., *Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011*, Genève Schulthess 2012, p. 153.

JEANNERET V., « Le projet FIDLEG atteint-il ses objectifs ? - Accès au dossier, accès à la justice », in *Journée 2017 de droit bancaire et financier*, Genève CDBF, p. 165, à paraître.

KOLLER T., « Art. 8 UWG : Eine Auslegeordnung », in *Das Bankkonto Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz*, Basel 2013, Susan EMMENEGGER [Hrsg.], p. 37.

KOLLER-TUMLER M., « Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes », in *Schweizerisches Privatrecht, X Konsumentenschutz im Privatrecht*, p. 32.

LOMBARDINI C., *Droit bancaire suisse*, Zürich Schulthess Verlag, 2008, 2^{ème} édition.

MARCHAND S., *Droit de la consommation, le droit suisse à l'épreuve du droit européen*, Genève Schulthess 2012.

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

MEREGALLI DO DUC S., « Client allemand contre banque suisse: for du domicile du consommateur admis », publié le 02 novembre 2004 par le Centre de droit bancaire et financier [<https://www.cdbf.ch/255>] (12.12.2017).

MEREGALLI DO DUC S., « Le client d'une banque est-il un consommateur ? », publié le 29 mars 2006 par le Centre de droit bancaire et financier [<https://www.cdbf.ch/424>] (12.12.2017).

PICHONNAZ P., « Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation », in *La pratique contractuelle 4, Symposium en droit des contrats*, PICHONNAZ P. et WERRO F. (Ed.), Schulthess 2015, p. 37.

ROMY I., « Les contrats de services financiers comme contrats de consommation : for et droit applicable », in *Journée 2010 de droit bancaire et financier*, THEVENOZ L./BOVET C. (Dir.), Schulthess 2011, p. 21.

ROMY I., « Le « for du consommateur » et les contrats de services financiers à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral », *RSPC* 3/2009, p. 317.

ROSSIER L., « L'« execution only » - Quelle responsabilité pour la banque ? », *Bulletin CEDIDAC* n°54, juin 2010, p. 1.

SCHMELZER M., *Der Konsumentenvertrag - Betrachtung einer obligationenrechtlichen Figur unter Berücksichtigung des IPR und der europäischen Rechtsangleichung*, Diss. St. Gallen 1994.

STAUDER B., « Le consommateur – enfant chéri ou mal-aimé du législateur ? », in *Législateur et le droit privé, Colloque en l'honneur du Professeur Gilles Petitpierre*, Collection genevoise, 2006, p. 145.

STÖCKLI H., « Der neue Art. 8 UWG – Offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle », *BR/DC* 2011, p. 184.

THÉVENOZ L., « Le projet FIDLEG a-t-il atteint ses objectifs ? - Introduction », in *Journée 2017 de droit bancaire et financier*, Genève CDBF, p. 55, à paraître.

TRAUTMANN M./VON DER CRONE, H.-C., « Die Know-Your-Customer-Rule im Vermögensverwaltungsauftrag », in SETHE / HENS / VON DER CRONE / WEBER (éd.), *Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert*, Zurich 2013, p. 133.

Rapports, circulaires, documents de position :

ASB, *Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres*, 18 septembre 2008.

Banque Mondiale, *Resolving disputes between consumers and financial businesses : Fundamentals for a financial Ombudsman*, janvier 2012.

FINMA, Circulaire 2009/1, *Règles-cadres pour la reconnaissance de l'autorégulation en matière de gestion de fortune comme standard minimal*, 18 décembre 2008.

FINMA, Circulaire 2011/1, *Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA*, 20 octobre 2010.

FINMA, *Position de la FINMA à propos des risques dans le cadre des activités financières transfrontières*, communiqué de presse du 22 octobre 2010.

FINMA, *Réglementation sur la production et la distribution de produits financiers aux clients privés –état des lieux, lacunes et options possibles*, octobre 2010.

FINMA, *Réglementation sur la production et la distribution de produits financiers*, Document de position FINMA *Règles applicables à la distribution*, 24 février 2012.

FINMA, *Lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers*, 3 juillet 2013.

OCDE, *G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection*, Octobre 2011.

Sources officielles, constitutionnelles, législatives et internationales :

1. Sources officielles.

Dépliant 15.073 é – Loi sur les services financiers (LSFin) et loi sur les établissements financiers (LEFin).

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

2. Source constitutionnelle.

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

3. Sources législatives.

Pour éviter des citations longues, les sources législatives suivantes sont précédées de leur abréviation telle qu'elle est utilisée dans le texte du mémoire.

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

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

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).

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

LVF : Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3).

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

4. Sources internationales.

Pour éviter des citations longues, les sources internationales suivantes sont précédées de leur abréviation telle qu'elle est utilisée dans le texte du mémoire.

Directive 90/314/CEE : Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait in *JO L 158* du 23.06.1990, p. 59.

Directive 93/13/CEE : Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, in *JO L 95* du 21.04.1993, p. 29-34.

Directive 98/6/CE : Directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, in *JO L 80* du 18.03.1998, p. 27-31.

Directive 2000/31/CE : Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, in *JO L 178* du 17.07.2000, p. 1-16.

Directive 2002/65/CE : 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, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, in *JO L 271* du 09.10.2002, p. 16-24.

Directive 2004/39/CE : Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, in *JO L 145* du 30.04.2004, p. 1-44.

Directive 2005/29/CE : Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»), in *JO L 149* du 11.06.2005, p. 22-39.

Directive 2006/114/CE : Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, in *JO L 376* du 27.12.2006, p. 21-27.

Directive 2008/48/CE : 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, in *JO L 133* du 22.05.2008, p. 66-92.

Règlement (CE) n° 593/2008 : Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JO L 177* du 04.07.2008, p. 6-16.

Directive 2008/122/CE : Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, in *JO L 33* du 03.02.2009, p. 10-30.

Directive 2011/83/UE : Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, in *JO L 304* du 22.11.2011, p. 64-88.

Règlement (UE) n° 1215/2012 : Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale – Refonte (« Bruxelles I bis »), in *JO L* 351 du 20.12.2012, p. 1-32.

Directive 2013/11/UE : Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), in *JO L* 165 du 18.06.2013, p. 63-79.

Règlement UE n° 524/2013 : Règlement UE n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC), in *JO L* 165 du 18.06.2013, p. 1-12.

Directive 2014/17/UE : Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, in *JO L* 60 du 28.02.2014, p. 34-85.

Directive 2014/65/UE : Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, in *JO L* 173 du 12.06.2014, p. 349-496.

Directive (UE) 2015/2302 : Directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la ancienne directive 90/314/CEE du Conseil, in *JO L* 326 du 11.12.2015, p. 1-33.

Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, in *JO L* 299 du 31.12.1972, p. 32-42.

CL : Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (Convention de Lugano originaire), in *JO L* 319 du 25.11.1988, p. 9-48, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992, remplacée par la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (Convention de Lugano révisée).

CLrév : Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007, RS 0.275.12 (Convention de Lugano révisée), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

Règlement Rome I : Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JO L* 177 du 04.07.2008, p. 6-16.