

Art. 8 LCD et plateforme électronique : un arrêt pas si courant du Tribunal fédéral

Dario Hug :



L'art. 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) institue un contrôle ouvert des conditions générales abusives utilisées au détriment des consommateurs. Dit simplement, cela signifie qu'un tribunal peut être amené à examiner leur caractère abusif. La (« nouvelle ») disposition est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2012. Depuis lors, elle n'a fait l'objet que de très peu de jurisprudence fédérale. L'arrêt non publié du Tribunal fédéral [TF 4A_54/2021 du 28 octobre 2021](#) mérite à cet égard une attention particulière, également dans la mesure où il s'inscrit dans le contexte de l'utilisation d'une plateforme électronique.

Mais, avant toute chose, revenons sur les faits à la base dudit arrêt :

- Le 3 septembre 2014, un client (le recourant) ouvre un compte de trading auprès d'une banque suisse. Cette dernière lui propose d'effectuer en ligne, au moyen de la plateforme électronique de la banque, des transactions boursières, ainsi que des opérations de négoce sur devises, en particulier des transactions Forex hautement spéculatives. De ce fait, la banque conseille à ses clients de réduire les risques de perte en ayant recours aux ordres dits « stop-loss » qui tendent à l'achat ou à la vente de devises sitôt atteint le taux spécifié par le client.
- L'accès à la plateforme suppose que le client accepte un contrat-cadre (« contrat e-forex ») contenant un certain nombre de clauses, notamment d'acceptation des risques. En particulier, l'art. 4.13/iv mentionne que le fait de placer un ordre « stop-loss » ne garantit pas nécessairement une limitation du risque, car, dans certaines conditions du marché, l'ordre ne pourrait être exécuté (ex. marché illiquide, défaillance de système électronique ou de télécommunications ou encore force majeure).
- A partir du 22 octobre 2014, le client se construit une position consistant en l'achat de 2 millions EUR/CHF au cours de 1.204119. Le 8 janvier 2015, il donne un ordre « stop-loss » au cours de 1.194 (soit légèrement en dessous du cours d'achat). Le 15 janvier 2015, à 10h30, la Banque nationale suisse (BNS) annonce abandonner le taux plancher de CHF 1.20 pour EUR 1.00 instauré le 6 septembre 2011. S'ensuit rapidement une forte appréciation du CHF par rapport à l'EUR, soit dès 10:30:48-49, laquelle rend le marché interbancaire « illiquide ». A 10:41:03, la banque suspend le négoce CHF/EUR et le reprend à 11:35:32.
- Comme prévu par le contrat e-forex, la position du client est liquidée automatiquement à 11:35:33-35, à des cours nettement inférieurs (1.03989 et 1.04390) au cours d'achat (1.204119). En conséquence, le compte du client affiche un solde négatif de CHF 287'641.95 dont la banque exige le paiement. Le 26 avril 2016, la banque dépose une requête de conciliation contre le client devant

la Chambre patrimoniale vaudoise, qui admet la demande. Le 18 décembre 2020, le Tribunal cantonal vaudois rejette l'appel du client, qui recourt au Tribunal fédéral.

Devant le Tribunal fédéral, le recourant conteste tout d'abord avoir accepté le contrat e-forex (consid. 4). Cette question a trait à l'intégration des conditions générales au contrat, plus particulièrement à la question du contrôle du consentement du destinataire et à l'accessibilité des clauses préformulées. On constatera que la Haute Cour retient finalement que le recourant était valablement lié par le contrat e-forex, cela semble-t-il sur la (seule) base d'un extrait du code informatique de la banque effectuant la vérification de la signature du recourant. En revanche, il ne paraît pas avoir été établi avec une certitude absolue que le contrat e-forex aurait effectivement été accepté par le recourant.

En outre, le recourant fait valoir que l'art. 4.13/iv serait nul du fait de l'art. 8 LCD.

Sous l'angle de l'art. 8 LCD dans sa nouvelle teneur, le Tribunal fédéral présente de manière un peu plus approfondie (ceci à notre connaissance également pour une des premières fois [cf. arrêts du [TF 4A_152/2017 du 2 novembre 2017](#), consid. 5.3 [contrat d'enseignement] et [4A_275/2019 du 29 août 2019](#), consid. 1.4 [une SA est exclue de la notion de consommateur]) la notion de consommateur au sens de cette disposition. Plus particulièrement, le Tribunal fédéral aborde la question controversée de savoir si la protection de l'art. 8 LCD est limitée aux prestations de consommation courante.

Après avoir exposé les différentes positions doctrinales à ce sujet (consid. 6.4.2), la Haute Cour laisse entendre que la notion de consommateur au sens de l'art. 8 LCD devrait, le cas échéant, recevoir une interprétation large (consid. 6.4.3 : « *les arguments avancés par les partisans d'une conception large de la notion de consommateur sont circonstanciés ; il faut leur reconnaître une certaine consistance* »). Toutefois, dans l'arrêt, le Tribunal fédéral se « dispense » de trancher cette « question délicate », d'autres motifs « évidents » s'opposant ici à l'application de l'art. 8 LCD.

Quoi qu'il en soit, à notre avis également, la protection de l'art. 8 LCD n'est pas limitée aux actes portant sur une prestation de consommation courante, ceci pour plusieurs raisons importantes :

- La lettre de l'art. 8 LCD ne contient pas la référence au critère de la « prestation de consommation courante » ;
- Le critère de la prestation de consommation courante est une particularité helvétique (comp. [32 CPC](#) et [114](#) et [120 LDIP](#)). Or, comme en témoignent les débats parlementaires, l'art. 8 LCD se fonde en grande partie sur la [Directive 1993/13/CEE](#), laquelle ne connaît pas ce critère (à noter que la Convention de Lugano 2007 ne le connaît pas non plus) ;
- On ne saurait sans autres étendre une conception étroite du contrat de consommation par le droit de procédure au droit matériel également, cela d'autant plus que l'art. 8 LCD se réfère aux clauses abusives utilisées « au détriment du consommateur » (et non aux « contrats conclus avec des consommateurs » comme c'est le cas à l'art. 32 CPC).
- Ni les [40a ss CO](#), ni l'[art. 3 LCC](#) ne contiennent le critère de la prestation de consommation courante.

Cela étant, il est vrai que la référence au critère de la prestation de consommation courante peut guider l'interprète de la loi « en arrière-plan », afin que les règles de protection du consommateur ne soient pas appliquées à des situations où un besoin de protection sociale ne se justifie pas.

Dans ce prolongement, il est intéressant de relever que, dans son analyse des éléments constitutifs de l'art. 8 LCD, en particulier le critère du « déséquilibre notable et injustifié », le Tribunal fédéral semble considérer que les avertissements clairs donnés dans le contrat-cadre quant aux risques encourus par le client suffisent à considérer que ledit critère n'est pas rempli (consid. 6.4.3). Ceci est significatif dans la mesure où, comme la notion même de consommateur au sens de l'art. 8 LCD, les développements au sujet des « éléments constitutifs » de l'art. 8 LCD ne sont pas monnaie courante non plus.

L'interprète de la loi pourrait donc en l'état disposer d'une certaine marge de manœuvre pour circonscrire utilement la protection aux « consommateurs » :

Dès lors si, dans les faits, le contrat et les conditions générales portent sur un acte de consommation courante, le Tribunal pourrait-il plus facilement considérer comme rempli, en particulier, le critère du déséquilibre notable et injustifié ? Et à l'inverse, moins l'acte porte sur une prestation de consommation courante, plus la barre pour retenir que le déséquilibre est notable et injustifié devrait-elle être fixée haute, de manière à ne pas considérer comme « consommateur » toute personne agissant à des fins privées ?

En l'espèce, il nous aurait ainsi effectivement paru difficilement justifiable que le client ayant investi pas moins de 2 millions d'EUR bénéficie encore de la protection conférée aux « consommateurs ». Cela étant, si l'on retient strictement le critère de la finalité privée de l'acte en cause (sans égard à son caractère courant ou non), la protection de l'art. 8 LCD pourrait bien, dans l'absolu, trouver à s'appliquer à un tel « consommateur » également. Dans son résultat, l'arrêt du TF peut donc à notre sens être approuvé, bien que l'on puisse regretter qu'il n'ait pas saisi l'occasion – rare – de mieux préciser le champ protecteur de l'art. 8 LCD.

Affaire à suivre donc...

Pour aller plus loin :

- Probst Thomas, Offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (2011), in : Schweizerisches Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, pp. 314 ss.
- Hug Dario, La notion de consommateur : un ectoplasme juridique ?, Jusletter du 29 mars 2021.
- Hug Dario, Le consommateur en procédure civile suisse, RJN 2018, pp. 15 ss.
- Hug Dario, La formation du contrat de consommation : Entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse, Neuchâtel/Bâle 2020.