

Rapport annuel 2006

*Schweizerischer Bankenombudsman
Ombudsman des banques suisses
Ombudsman delle banche svizzere
Swiss Banking Ombudsman*



Rapport annuel 2006



Table des matières

<i>Introduction</i>	4
<i>Procédure</i>	6
<i>Exemples</i>	8
<i>Statistiques</i>	28
<i>Avoirs sans nouvelles</i>	34
<i>Relations publiques et contacts</i>	40
<i>Organisation et personnel</i>	41
<i>Secrétariat</i>	42
<i>Fondation</i>	43

Intro- duction

La situation économique a été tout à fait favorable durant l'exercice sous revue. L'emploi, la croissance et le moral des consommateurs ont été bons, dans un contexte d'inflation toujours faible et de taux d'intérêt bas en comparaison historique. Les places boursières n'ont pas manqué d'afficher leur optimisme, reflétant ainsi cette tendance économique de fond. Les indicateurs ont été orientés à la hausse quasiment sans interruption. Les nouvelles réjouissantes ont afflué de partout alors même que des voix de plus en plus insistantes, gardant à l'esprit la dernière correction du marché, mettaient en garde contre toute euphorie excessive. Dans une ambiance boursière aussi positive, il est évident que les investisseurs ont moins de raisons d'être mécontents des conseils en placement de leur banque. Lorsque l'évaluation de leurs dépôts en fin d'année s'inscrit en forte progression par rapport à l'année précédente, ils sont tout naturellement moins enclins à contester que lorsqu'ils doivent s'accommoder d'un recul ou même de pertes.

Malgré ce contexte réjouissant pour les investisseurs et, grâce à des taux d'intérêt toujours bas pour les débiteurs également, l'Ombudsman n'a pas eu à se plaindre d'un manque de travail durant l'exercice sous revue. Au contraire: après les reculs successifs enregistrés ces dernières années, le nombre des requêtes soumises à l'Ombudsman est resté quasiment stable en 2006 par rapport à 2005.

Si l'année écoulée a été une période faste pour l'économie, elle l'a été aussi... pour les fraudeurs! L'Ombudsman a ainsi eu à connaître d'un nombre croissant de requêtes portant sur des escroqueries à la carte bancaire et à la carte de crédit. On notera à cet égard une pratique de plus en plus répandue, le «coup du petit-fils», dont les cibles de choix sont des personnes âgées et qui est souvent lourde de conséquences pour les victimes. Il s'agit là de manœuvres particulièrement cyniques, car il n'est pas rare que les malfrats parviennent à faire main basse sur les économies de toute une vie au moment même où les frais d'hébergement et de santé commencent à peser dans le budget des personnes âgées. L'Ombudsman en appelle donc une fois de plus aux clients, mais aussi aux collaborateurs des banques, pour qu'ils fassent preuve de bon sens et ne se montrent ni crédules, ni naïfs. La prudence s'impose également dans le maniement des données bancaires sensibles comme les codes personnels (NIP) et les mots de passe. Les médias ont abondamment rendu compte de ce type d'escroquerie ces dernières années, les banques ont multiplié les campagnes d'information, et pourtant: on ne peut que se désoler de constater que parfois, les clients continuent tout bonnement de glisser avec leur carte de crédit, dans leur portefeuille, un pense-bête où figure leur code NIP.

Cette année encore, la collaboration de l'Ombudsman avec les clients et les banques a été le plus souvent positive – moyennant bien entendu, de part et d'autre, quelques exceptions pour confirmer la règle. Pour l'Ombudsman, les cas les plus frustrants ont été ceux où, sans explication logique, l'une des parties refusait de donner son accord à une solution évidente. S'agissant de clients des banques, un comportement rétif et émotionnel, voire même grossier dans certains très rares cas, est certes désagréable, mais une réponse professionnelle et concrète de la part de l'Ombudsman permet le plus souvent d'emporter l'adhésion et, ainsi, d'aboutir à une solution. Certains clients n'ont pas hésité à souligner que le simple fait d'avoir été écoutés sans idées préconçues était en soi un motif de satisfaction. Ceci montre que, dans le cadre des entretiens de conseil et notamment en cas de mécontentement, voire de réclamation, les aspects purement humains sont parfois trop peu pris en compte. Or une prestation de conseil objective et juste suppose de connaître aussi bien que possible le client et sa situation. Là encore, le personnel bancaire en contact direct avec la clientèle est de plus en plus mis à contribution, même si l'on sait parfaitement qu'il n'est pas toujours facile de trouver un juste équilibre entre course à la performance et nécessité de prendre son temps en entretiens. Sans compter que certains clients jugent gênante ou même déplacée toute question concernant leur situation personnelle.

Quoi qu'il en soit, l'Ombudsman est heureux de constater que cette année encore, ses services ont été appréciés et qu'il a parfois fait l'objet d'une vive reconnaissance. Il se voit ainsi conforté dans ses efforts en vue de trouver, puis de mettre en œuvre, des solutions neutres et sans a priori.

Procédure

Les clients des banques peuvent contacter l'Ombudsman par téléphone ou par correspondance, à leur gré. Beaucoup préfèrent lui faire part de leurs préoccupations par téléphone, tout au moins dans un premier temps. Souvent, cet entretien préliminaire est l'occasion de répondre à des questions et de clarifier certains points. La vaste expérience des collaborateurs de l'Ombudsman dans tous les domaines bancaires, mais aussi leur doigté, permettent alors d'en rester là. Si l'Ombudsman n'est pas en mesure d'émettre par téléphone une première appréciation, le client est prié en général de soumettre sa requête par écrit, en y joignant tous documents utiles. Bien entendu, d'autres clients préfèrent formuler d'emblée leur question ou leur contestation par écrit: ils envoient alors directement un courrier à l'Ombudsman. Sauf cas exceptionnel, nous n'utilisons pas le courrier électronique, notamment pour des raisons de discrétion et de protection des données.

Que la requête soit faite par téléphone ou par correspondance, l'Ombudsman s'efforce toujours d'aborder le problème avec simplicité et souplesse, en s'appuyant sur les connaissances techniques du client et sur ce qu'il lui relate de l'affaire. Mais il va de soi que plus le cas est présenté clairement, documents à l'appui, plus son traitement s'en trouve simplifié. A cet égard, certaines exigences de forme sont incontournables. Le client doit ainsi dégager la banque de son obligation de discrétion à l'égard de l'Ombudsman. Le formulaire prévu à cet effet, disponible sur le site Internet de l'Ombudsman¹, est utilisé de plus en plus souvent à l'initiative des clients, tout comme la checklist² qui récapitule les conditions préalables à une procédure de médiation. Ce qui importe, c'est que le client communique au préalable à la banque ses réserves et ses éventuelles prétentions, en lui demandant de prendre position. Dans la mesure du raisonnable, les parties doivent tenter de s'entendre directement entre elles. Ce n'est qu'en cas d'échec de ces pourparlers qu'une médiation prend tout son sens.

Si, après examen des informations et documents communiqués par le client, un comportement fautif de la banque peut ne pas être exclu, l'Ombudsman s'adresse alors en général à l'établissement concerné et lui demande de prendre position. Son objectif, à ce stade, est de se forger une opinion étayée. Si, après avoir consulté par exemple des pièces et des contrats dont il n'avait pas eu connaissance précédemment, il parvient à la conclusion que la banque ne doit pas réparation, il en informe le client en motivant son appréciation. Si en revanche la contestation du client lui paraît totalement ou partiellement justifiée, il soumet aux parties une proposition de solution équilibrée. Certes, ces propositions sont le plus souvent acceptées, mais soulignons qu'elles ne lient ni le client, ni la banque. A cet égard, il convient donc de qualifier la procédure de facultative, même si la banque est tenue de coopérer avec l'Ombudsman.

¹ www.bankingombudsman.ch

² www.bankingombudsman.ch/checklist

Que cette procédure aboutisse ou non à un règlement amiable, tant le client que la banque concernée peuvent légitimement prendre connaissance de l'appréciation définitive de l'Ombudsman. A cet effet, la banque reçoit en général copie du rapport final adressé par l'Ombudsman au client. En l'absence de règlement amiable, le client est bien entendu informé des arguments avancés par la banque, y compris lorsque l'Ombudsman n'y a pas adhéré ou y a adhéré partiellement.

L'Ombudsman reçoit régulièrement des requêtes ou des contestations émanant de clients de gérants de fortune indépendants, de courtiers ou de sociétés financières. La procédure de médiation étant toutefois réservée aux seuls litiges impliquant des banques, ces clients doivent être adressés à une organisation professionnelle éventuellement compétente ou à un avocat, même si les informations transmises laissent parfois présumer des comportements fortement suspects.

Exemples

L'Ombudsman a principalement pour tâche d'éviter des procédures judiciaires longues et coûteuses en aidant les parties à trouver une solution satisfaisante pour chacune d'entre elles. Parfois, la simple lecture du dossier suffit à le convaincre que le cas serait facile à régler, parce que la solution est évidente ou parce que le bon sens impose telle ou telle option. Que les parties ne partagent pas toujours cet avis n'a en soi rien de surprenant, car l'Ombudsman peut avoir omis un aspect de l'affaire; sans compter que certains éléments qui passent inaperçus au premier abord peuvent avoir un rôle à jouer. Mais parfois, force est de constater que les parties campent sur des positions extrêmes ou font preuve d'une rigidité telle que toute solution est exclue d'emblée. Quand l'une des parties n'est pas disposée à entendre les arguments pertinents de l'autre partie et de l'Ombudsman, ce dernier n'a d'autre alternative que de suspendre ses démarches de conciliation et de laisser le soin au client à porter l'affaire devant les tribunaux. Même si, heureusement, ces cas sont rares, l'Ombudsman souhaite profiter du présent rapport annuel pour aborder de plus près la face sombre de son travail: les cas où la conciliation semblait à portée de main mais ne s'est pas faite, ou encore les situations qui n'ont pu être résolues qu'à l'issue de négociations extrêmement ardues.

Je suis en droit ...

Le client avait sollicité l'octroi d'un crédit personnel auprès de la banque. Comme il était marié, celle-ci avait tenu à ce que ce crédit fût consenti aux époux conjointement. Le client avait un emploi à temps complet, son épouse arrondissait les fins de mois du couple en travaillant à temps partiel (10%). Au bout de deux ans, le client eut un accident du travail. Depuis lors, il est en incapacité de travail et perçoit une rente d'invalidité à taux plein. Or le contrat de crédit comportait une clause selon laquelle, en cas d'incapacité de travail, d'invalidité ou de décès de l'emprunteur, ce dernier serait dispensé des mensualités dues pendant la période concernée. Lorsque l'obligation de maintien du salaire incombant à l'employeur et à son assurance prit fin, les époux se trouvèrent confrontés à des difficultés financières. Ils firent appel à l'Ombudsman lorsque la banque menaçait de poursuivre l'épouse pour l'ensemble du montant restant dû.

Dans sa réponse à la demande de prise de position de l'Ombudsman, la banque fit valoir que le contrat avait été conclu à la fois avec l'époux et avec l'épouse et qu'il stipulait une responsabilité solidaire des époux. Dès lors, selon la banque, l'épouse était bel et bien tenue de rembourser, même si l'époux était en incapacité de travail ou en invalidité. La clause litigieuse signifiait uniquement que la banque ne pouvait plus exiger de l'époux le paiement des mensualités. Elle ne s'appliquait toutefois pas à l'épouse, dont il était établi qu'elle disposait de sa pleine capacité de travail.

Une interprétation de ladite clause n'aboutit à aucun résultat convaincant. De fait, les deux époux – d'abord lui, puis elle – étaient mentionnés en qualité d'emprunteurs au chiffre 1 du contrat. Mais la clause litigieuse ne parlait plus que de «l'emprunteur cité en premier lieu sous chiffre 1...». Une interprétation formelle permet d'argumenter que les droits issus de cette clause étaient réservés à l'époux et ne concernaient pas la relation avec l'épouse, cette dernière étant solidairement responsable et restant donc tenue de rembourser. Or ceci n'a aucun sens, car, et toujours selon une interprétation formelle, il en résulterait que l'épouse devrait payer les mensualités même si, par exemple, elle devenait invalide lors d'un accident où son époux aurait perdu la vie, puisque selon la banque la clause ne s'applique qu'à l'époux. De plus, les dispositions légales en matière de solidarité stipulent que sous certaines conditions, une dispense de remboursement valable à l'égard d'un des débiteurs solidaires est aussi valable à l'égard de l'autre, de sorte que ce dernier n'est plus tenu non plus de rembourser. Enfin, on peut se demander pourquoi la clause litigieuse avait été insérée dans le contrat. Ne vise-t-elle pas au premier chef à dispenser les emprunteurs du remboursement dès lors qu'ils ne perçoivent plus les revenus requis à cet effet? Ne peut-on penser que la banque avait conclu le contrat sur la base des revenus de l'époux et que donc, dans la clause litigieuse, elle entendait faire en sorte que seule la perte de ces revenus et non celle des revenus de l'épouse, somme toute négligeables dans la capacité financière de la famille, soit déterminante?

La banque refusa de se rallier à l'opinion de l'Ombudsman, même après de longues tractations. Mais cette affaire n'en connut pas moins un épilogue heureux pour les clients. En relisant une fois de plus l'ensemble du dossier, les époux tombèrent sur un courrier que la banque leur avait envoyé lorsqu'elle avait appris l'accident. Dans ce courrier adressé explicitement aux deux époux, elle leur faisait savoir que pour l'heure, en raison de la clause litigieuse, aucune mensualité n'était due, et que la dispense de remboursement interviendrait dès que l'AI aurait pris une décision positive. La banque finit par accepter l'argument selon lequel elle-même, par le passé, avait manifestement considéré que la créance s'éteignait en l'espèce à l'égard des deux époux. Elle renonça définitivement à toutes autres prétentions, y compris à l'égard de l'épouse.

Dans une autre affaire, un héritier, lointain parent du client défunt, s'adressa à l'Ombudsman au motif que la banque avait effectué selon lui des paiements indus après le décès du client. Un examen approfondi du dossier révéla que dans les dernières années de sa vie, des voisins du défunt s'étaient occupés de lui. Il leur avait donc donné pouvoir sur ses avoirs déposés auprès de la banque, afin qu'ils puissent régler les factures le concernant. Il n'avait pas d'enfants et n'avait pas rédigé de testament. Ni les voisins, ni la banque ne connaissaient vraiment sa situation familiale, car il n'avait eu aucun contact avec des proches au cours des dernières années. A son décès, ses voisins et mandataires organisèrent donc les obsèques, payèrent les factures en suspens et réglèrent les questions habituelles en pareil cas. La banque les laissa disposer des avoirs en compte. Le tribunal compétent mit trois ans à identifier l'unique héritier, que les voisins informèrent de la relation bancaire dès que la décision judiciaire fut rendue. Cet héritier demanda sans attendre des renseignements à la banque, que celle-ci lui donna immédiatement. Au vu des relevés, il constata que des transactions avaient été effectuées après le décès de son parent. La banque expliqua que les débits concernés avaient été effectués à l'initiative des mandataires: elle l'invita donc à s'adresser à eux pour en savoir plus. Mais il refusa. Arguant d'un arrêt du Tribunal fédéral, il exigea de la banque le remboursement des montants débités après le décès du client et s'adressa à l'Ombudsman.

De fait, le Tribunal fédéral précise dans l'arrêt invoqué qu'après le décès du titulaire d'un compte, la banque ne peut laisser agir le mandataire que dans certaines limites. Si elle autorise des transactions dont elle peut savoir qu'elles portent atteinte aux intérêts des héritiers, elle s'expose au risque de devoir payer deux fois. Dès lors, on ne pouvait exclure d'emblée une faute de la banque à cet égard. Mais pour que la banque soit tenue de payer une deuxième fois, il faut que les paiements initiés par les mandataires n'aient pas été effectués dans l'intérêt des héritiers; par ailleurs, la banque n'était pas en mesure de dire s'il avait été porté atteinte aux intérêts des héritiers. Aussi l'Ombudsman se rallia-t-il à la proposition de la banque: il appartenait à l'héritier de s'adresser aux mandataires et de clarifier la question avec eux.

L'héritier refusa. Il se contenta d'affirmer par courrier que ses intérêts avaient été lésés et que si la banque n'était pas en mesure de prouver le contraire, elle devait repayer.

L'Ombudsman lui écrivit alors longuement, soulignant que son entêtement n'avait aucun sens et compromettrait d'office toute solution amiable. En effet, même s'il avait raison et si la banque payait une deuxième fois les montants débités, l'affaire n'en serait pas pour autant définitivement classée pour lui. En l'occurrence, la banque était en droit de se retourner contre les mandataires. Ces derniers à leur tour ne manqueraient pas d'avancer qu'ils avaient effectué les paiements dans l'intérêt de l'héritier. Si tel était le cas, c'est-à-dire si par exemple ils avaient réglé des factures en suspens du défunt, il en résulterait qu'ils détiendraient une créance sur l'héritier: tout ce que ce dernier avait à gagner en refusant obstinément la discussion, c'était de générer des mouvements de fonds inutiles. L'Ombudsman l'incita donc une nouvelle fois à prendre contact avec les mandataires et à identifier au moins les paiements qui avaient indubitablement été effectués dans l'intérêt du défunt.

L'héritier ne se montra pas plus conciliant que précédemment. Il fit savoir à l'Ombudsman qu'il ne connaissait pas les mandataires et n'avait aucune envie de faire leur connaissance. Ceci avait le mérite d'être clair: il était inutile d'aller plus loin dans la procédure de médiation.

Autre cas au résultat similaire: celui d'un client qui avait déposé ses avoirs dans une banque et en avait confié la gestion à un spécialiste externe – appelons-le Monsieur Dupont. Le client donna à celui-ci un mandat de gestion de fortune et signa le formulaire prévu à cet effet. Peu de temps après, Monsieur Dupont se présenta à la banque et signala que ce formulaire n'était pas rempli tout à fait correctement. Il ne s'agissait pas de lui confier à lui, Monsieur Dupont, à titre privé, la gestion des avoirs. Cette tâche serait confiée à sa société, Dupont Gestion de fortune SARL. La banque modifia en conséquence le formulaire signé par le client: elle biffa le nom de «Dupont», le remplaça par «Dupont Gestion de fortune SARL» et fit viser le formulaire par Monsieur Dupont. Elle n'informa pas le client et ne lui fit jamais signer un nouveau formulaire dûment rempli. Trois ans plus tard, un placement effectué sur ordre de la société de gestion de fortune ne tint pas toutes ses promesses et généra des pertes: l'avocat du client ne tarda pas à protester auprès de la banque, puis de l'Ombudsman. Il fit savoir que son client n'avait jamais donné mandat à Dupont Gestion de fortune SARL, de sorte que la banque avait effectué le placement litigieux sur la base d'un ordre passé par une personne non autorisée. Elle devait donc rembourser au client les fonds investis et s'adresser à Dupont Gestion de fortune SARL pour trouver une solution quant au préjudice.

Des documents transmis à l'Ombudsman, il ressortait que le patrimoine du client avait passablement fructifié au cours des trois années précédentes, malgré le placement désormais contesté. L'Ombudsman demanda alors au client s'il entendait refuser aussi les autres opérations effectuées sur ordre de Dupont Gestion de fortune SARL et qui, elles, avaient généré des plus-values. L'avocat répondit par la négative et précisa que pour l'heure, seul devait être évoqué le cas du placement contesté. A la question de savoir si le client n'avait pas été informé par Monsieur Dupont de la modification du formulaire, l'avocat ne répondit ni oui ni non. Il indiqua que le client n'en avait jamais été informé par la banque et pouvait donc légitimement penser que le mandat de gestion avait été et était établi au nom de Monsieur Dupont à titre privé.

L'argumentation de l'avocat était recevable dans la mesure où les documents émanant de la banque présentaient indéniablement des lacunes au plan formel. Mais l'Ombudsman fit valoir que par ailleurs, le client avait à l'évidence cherché à tirer profit des compétences de Monsieur Dupont. Même si les ordres avaient été passés formellement par Dupont Gestion de fortune SARL, il ne fallait pas oublier qu'une société ne peut agir que par le biais de personnes physiques. Et dans le cas d'espèce, il n'était pas contesté que l'ordre litigieux avait été passé à l'initiative de Monsieur Dupont, puisqu'il avait signé lui-même, au nom de Dupont Gestion de fortune SARL, le document correspondant. Le but poursuivi par le client n'avait-il pas été atteint malgré les lacunes de forme? Il demeura, répliqua l'avocat, que le client n'avait jamais signé de mandat en faveur de Dupont Gestion de fortune SARL. Comme le client, représenté par son avocat, n'était manifestement pas disposé à suivre les arguments de l'Ombudsman, ce dernier jugea que les conditions d'une procédure fructueuse n'étaient plus réunies.

Dans le cas ci-après, l'Ombudsman a eu du mal à comprendre l'argumentation de la banque. Une cliente domiciliée à l'étranger prétendait avoir chargé celle-ci de placer trimestriellement ses liquidités ou ses fonds devenus disponibles en dépôt fiduciaire à terme fixe, et ce plus de quinze ans auparavant. Jusqu'en 2004, tout se passa au mieux. Comme la cliente était convenue avec la banque qu'elle retirerait les relevés au guichet plutôt que de se les faire envoyer par la poste, ce n'est qu'en 2006, à l'occasion d'une visite à la banque, qu'elle constata qu'aucun placement n'avait été effectué depuis 2004. Elle fit immédiatement une réclamation, qui resta sans effet. Elle se tourna alors vers l'Ombudsman. Sollicitée par ce dernier, la banque prétendit n'avoir aucun mandat concernant les placements en cause. Certes, elle avait toujours investi les fonds de manière à préserver les intérêts de sa cliente, mais elle n'en avait aucunement l'obligation. En outre, elle fit valoir que ses Conditions générales, ainsi qu'une mention figurant sur tous les relevés, obligeaient la cliente à vérifier ces derniers et à lui faire part sans délai de ses éventuelles réclamations. Une contestation surgissant au bout de deux ans étant indéniablement tardive selon la banque, elle en conclut qu'elle ne devait rien à sa cliente.

De l'avis de l'Ombudsman, en l'espèce, il n'appartenait pas à la cliente de prouver qu'elle avait effectivement donné mandat à la banque plus de quinze ans auparavant. C'était plutôt à la banque d'expliquer pourquoi, ainsi qu'elle l'affirmait elle-même, elle avait agi pendant des années conformément aux attentes de la cliente, mais sans mandat de cette dernière. S'y ajoutait le fait que jusqu'en 2003, la cliente avait examiné les relevés remis par la banque et n'avait rien trouvé à y redire. Même à supposer qu'elle n'ait jamais chargé la banque de placer ses avoirs, elle avait donc tout lieu de penser, au regard de la pratique instaurée au fil des années, que la banque continuerait à effectuer les placements selon la forme habituelle.

L'Ombudsman ne retint pas non plus l'argument selon lequel la cliente avait formulé sa réclamation trop tard. De fait, les conventions stipulant que le courrier sera conservé en banque restante prévoient aussi toujours que les relevés sont réputés remis à leur date d'édition. Théoriquement, c'est donc à cette date que commence à courir le délai de réclamation. Comme presque deux ans s'étaient écoulés depuis lors, la banque n'avait pas tort sur le fond de prétendre que ce délai avait été dépassé. Mais l'Ombudsman n'est pas seul à considérer qu'un tel raisonnement ne tient plus dès lors qu'une communication à laquelle le client ne peut pas s'attendre est mise au courrier en banque restante. Dans le cas présent, la cliente n'avait plus transmis d'ordres à la banque depuis plus de trois ans. Elle pouvait donc légitimement penser qu'il n'y avait dans son courrier que des communications concernant les placements trimestriels de ses avoirs. Et inversement, pour les mêmes motifs, elle n'avait aucune raison d'imaginer que lesdites communications ne s'y trouvaient pas. Aussi l'Ombudsman recommanda-t-il à la banque de rembourser à la cliente la perte d'intérêts subie. Il fallut plusieurs interventions et entretiens pour que la banque s'y résolve, non sans souligner au passage que c'était là un geste commercial auquel elle n'était en rien tenue.

Nous laisserons au lecteur le soin d'apprécier si le cas ci-après relève ou non de la chicanerie: en vertu d'une instruction du Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) à Berne, la banque avait décidé de modifier ses décomptes de carte de crédit et, en cas d'achats en monnaies étrangères, de faire apparaître séparément le taux de change appliqué d'une part, les frais de traitement d'autre part. Or voici qu'un client prétendit n'avoir jamais accepté de payer des frais de traitement, ce qui interdisait à la banque de les facturer. La banque fit valoir qu'en signant les Conditions générales, le client avait accepté qu'elle convertisse les achats en monnaies étrangères au taux fixé par elle. Or ce taux avait toujours comporté deux éléments, le taux de change et les frais de traitement, de sorte que la formulation utilisée dans les Conditions générales devait s'entendre comme un terme générique. La banque considérant que rien n'avait changé pour le client, elle ne se montra pas disposée à rembourser les frais de traitement. Elle proposa cependant au client de lui faire cadeau du droit annuel afférent à sa carte de crédit, un geste commercial dont le montant dépassait de loin les frais litigieux.

L'Ombudsman rappela au client les principes applicables en matière de frais et commissions, qui figurent dans son Rapport annuel 2003, et souligna que l'argumentation de la banque ne pouvait pas être jugée irrecevable d'emblée. Il fit remarquer en outre que tôt ou tard, la banque modifierait ses Conditions générales de manière à résoudre clairement en sa faveur la question qui se posait en l'espèce. Dès lors, il recommanda au client d'accepter l'offre de la banque. Mais celui-ci refusa et exigea le remboursement des frais litigieux. Dans le même temps, il demanda à l'Ombudsman d'intervenir pour que la banque cesse de facturer des frais de traitement. A ce stade, en considération de la nature même de la procédure de médiation, l'Ombudsman ne put que mettre un terme à ses démarches et à laisser le soin au client de porter l'affaire en justice.

Le sens d'une clause insérée dans un contrat hypothécaire à taux fixe a lui aussi donné lieu à des discussions acharnées. Le client avait vendu son bien immobilier. En vertu du contrat, ceci entraînait la résiliation de l'hypothèque à taux fixe et, pour le client, l'obligation de verser à la banque une indemnité de résiliation anticipée. Lorsque le client demanda à la banque un récapitulatif détaillé du montant exigé, il constata que celle-ci avait tout intérêt à ce qu'il résilie l'hypothèque par anticipation plutôt que de verser les intérêts hypothécaires jusqu'à l'échéance du contrat, de placer le produit de la vente sur le marché des capitaux et de le nantir en faveur de la banque. La banque ne contesta pas cette interprétation, se contentant de rappeler que c'était ce que prévoyait le contrat hypothécaire. Les parties ne parvenant pas à s'entendre, le client fit appel à l'Ombudsman.

La clause du contrat hypothécaire invoquée par la banque était libellée comme suit:

«Pour le cas où le présent prêt [...] serait échu avant l'expiration de la durée fixe convenue, il appartiendra à l'emprunteur de verser à la banque une indemnité de résiliation anticipée destinée à compenser la différence d'intérêts sur la durée restant à courir. Cette indemnité est égale à [...] la différence entre le taux d'intérêt convenu pour le prêt et le taux d'intérêt susceptible d'être appliqué, à l'issue du contrat, à un placement sur le marché monétaire ou des capitaux pour la durée résiduelle correspondante, pour autant que cette différence soit en défaveur de la banque.»

L'Ombudsman considère que cette disposition manque de clarté à plusieurs égards. Dans la première phrase, il est bien stipulé que le client doit verser un montant compensatoire correspondant à une différence. Mais s'il cherche à savoir comment se calcule ce montant, le lecteur ne trouvera avec la meilleure volonté du monde pas de réponse claire ni dans la première, ni dans la deuxième phrase. La deuxième phrase propose certes une méthode de calcul. Mais celle-ci est explicitement réservée au cas où la différence est en défaveur de la banque, de sorte que rien n'est prévu pour le cas où cette différence serait en faveur de la banque. Selon l'Ombudsman, sont également confus les critères permettant de déterminer si la différence est en défaveur ou en faveur de la banque. Le calcul de la différence donnera un chiffre ou un montant. Mais pour répondre à notre question, il faut que ce chiffre ou ce montant puisse être comparé à une valeur de référence. Quelle sera-t-elle? On l'ignore.

Notons à ce stade que, s'agissant du calcul de l'indemnité due en cas de résiliation anticipée d'un contrat, il n'existe aucune prescription légale impérative. Les parties sont donc libres à tous égards. Mais si elles souhaitent néanmoins formuler une règle, il est essentiel qu'elles s'entendent sur la teneur de cette règle et qu'elles insèrent une disposition correspondante dans le contrat. Or en l'espèce, considérant qu'aucune stipulation claire ne figurait dans le contrat, l'Ombudsman a tenu le raisonnement suivant: un principe fondamental du droit est que les contrats doivent être respectés. Lorsqu'une des parties ne respecte pas ce principe, elle doit dédommager l'autre du préjudice subi (mais pas davantage). Appliqué au cas d'espèce, ceci signifie que le client doit faire en sorte que la banque soit dans la situation qui aurait été la sienne au terme prévu du contrat. Il doit donc lui verser les intérêts dus en vertu du contrat jusqu'à l'échéance de celui-ci. Quant à la banque, comme elle perçoit immédiatement le montant du crédit, elle doit verser au client les intérêts qu'elle pourrait obtenir si elle le plaçait, l'indemnité à verser par le client correspondant à la différence entre ces deux montants.

Non seulement la banque contesta que la clause fût mal formulée, mais elle maintint que l'indemnité avait été calculée correctement. Après de longues discussions et à titre d'apaisement uniquement, elle finit néanmoins par accepter la solution suggérée par l'Ombudsman.

Dans cet autre cas relevant du domaine hypothécaire, les discussions en vue d'aboutir à une solution ont été beaucoup plus simples et très positives, alors même que les stipulations contractuelles étaient clairement favorables à la banque. Si l'Ombudsman prit contact avec cette dernière, c'est qu'une stricte application de la clause contractuelle aurait conduit à un résultat absurde. Ici aussi, l'affaire portait sur la résiliation anticipée d'une hypothèque à taux fixe. Mais contrairement au cas évoqué précédemment, la clause contractuelle était claire: elle stipulait que, sur la durée résiduelle du contrat, le client verserait chaque mois 0,16% du montant de sa dette. Comme il s'agissait d'une hypothèque à long terme, il en résultait que le montant à verser par le client était environ trois fois supérieur au montant du préjudice subi par la banque. Lorsque l'Ombudsman exposa cette situation à la banque, celle-ci lui répondit avec une franchise déconcertante qu'elle n'avait pas effectué de contrôle de plausibilité mais s'en était tenue strictement à la lettre de la clause contractuelle. Bien entendu, elle n'avait nullement eu l'intention de pénaliser son client. Elle se ralliait bien volontiers non seulement aux arguments de l'Ombudsman, mais aussi à ses calculs – raison pour laquelle elle divisa immédiatement par trois, sans autres tergiversations, le montant de l'indemnité demandée.

Tout autre fut le cas du client qui chercha à tirer profit d'une erreur manifeste de la banque. Il avait acheté quelque temps auparavant 5 000 actions étrangères. Ces actions firent l'objet d'un «reverse split», mais ceci échappa à la banque. Autrement dit, treize actions anciennes étaient remplacées par une nouvelle (d'une valeur treize fois supérieure). La banque omit d'effectuer la mise à jour, de sorte que les relevés établis par elle faisaient apparaître non pas la position réelle, soit 384,6 actions en portefeuille, mais l'ancienne position de 5 000, treize fois supérieure. Le client se renseigna auprès de la banque et, lorsqu'on lui confirma que la position indiquée était exacte, il vendit les titres (5 000 actions). Peu de temps après, la banque constata son erreur. Elle annula les écritures et rétablit le client dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait vendu les 384,6 actions qu'il détenait réellement. Elle lui versa en outre une indemnité forfaitaire de 1 000 CHF. Mais le client ne l'entendit pas de cette oreille.

L'Ombudsman comprenait parfaitement la déception du client: qui ne rêverait pas de multiplier sa fortune par treize d'un coup de baguette magique? Mais il dut lui rappeler que personne n'est à l'abri d'une erreur. Fort de ce constat, notre droit prévoit que dans une telle situation, on peut annuler l'opération, mais que la partie responsable de l'erreur doit dédommager son cocontractant d'un éventuel préjudice. En l'espèce, selon l'Ombudsman, la banque avait respecté cette obligation.

Le client ne fut pas convaincu. Il fit valoir qu'il s'était renseigné auprès de la banque et que si elle donnait des informations erronées, ce n'était pas à lui de porter le chapeau. Elle devait assumer les conséquences de ses dires et de ses actes. Selon lui, il était injuste que la banque puisse corriger son erreur même lorsque l'opération avait déjà été effectuée. L'Ombudsman ne put que réitérer son argumentation et laisser au client le soin de soumettre, le cas échéant, ces divergences à la sagacité des juges.

Sans aller plus loin dans cette problématique, nous allons maintenant aborder d'autres domaines qui devraient encore prendre de l'importance à l'avenir.

Complexité des situations en général ou des produits structurés en particulier

Par définition, il y a toujours des esprits ingénieux en quête de solutions nouvelles pour améliorer la performance d'un placement ou en diminuer le risque. Or qui dit performance accrue dit risque accru: pour tenter de résoudre la quadrature du cercle, ce sont donc des produits complexes qui voient le jour. De plus, comme pratiquement tout est faisable et comme les besoins du marché sont très divers, ainsi qu'un spécialiste l'expliquait récemment à l'Ombudsman, il n'y a rien d'étonnant à ce que des problèmes se fassent jour. Ce dernier est régulièrement confronté à des affirmations de clients qui prétendent n'avoir pas compris, ou avoir mal compris, le mécanisme du produit qui leur a été proposé, parce que les explications données par le conseiller se sont révélées insuffisantes ou la documentation trompeuse.

Le client avait acheté un produit qui, d'une part, garantissait le remboursement à l'échéance de 100% du capital investi et, d'autre part, promettait pendant la durée du placement des «revenus» pouvant varier entre 2% minimum et 6% maximum. Leur montant exact serait recalculé chaque année au regard de l'évolution constatée sur un panier de 25 actions. Par la suite, des divergences se firent jour quant au mode de calcul de ces revenus annuels. Selon le client, il fallait se baser sur la moyenne des performances de chacune des 25 actions; si cette moyenne était supérieure à 6%, la banque n'avait à verser «que» 6%. Selon la banque en revanche, il convenait de limiter à 6% la performance de chaque titre entrant dans le calcul de la moyenne; même si un titre était extrêmement rentable, affichant par exemple une progression de 45%, sa performance devait donc être ramenée à 6% pour le calcul de la moyenne.

Le client se référa à un document qui lui avait été remis par la banque lors de l'entretien conseil et dont les termes semblaient confirmer ses dires. Il fit valoir aussi que son conseiller partageait son avis, ce que la banque ne manqua toutefois pas de contester. Mais elle appuya son argumentation sur le même document. Contrairement au client, elle considérait que la formule mathématique de calcul des revenus, qui était indiquée en marge du texte, faisait foi. Selon la banque, cette formule confirmait son interprétation. On ne parvint pas à déterminer quelle avait été la position du conseiller du client lors de l'entretien, car les déclarations des parties divergeaient à cet égard.

Ce cas appelle de la part de l'Ombudsman les remarques suivantes:

Le conseil est une tâche extrêmement importante et exigeante

Dans les cas soumis à l'Ombudsman, des produits dérivés ou structurés ont été recommandés et vendus dans le cadre de la gestion de fortune ou du conseil en placement. Il convient dès lors de vérifier si, à chaque fois, la banque a respecté les règles applicables au domaine concerné. S'agissant notamment du conseil en placement, c'est-à-dire de l'hypothèse où le client consulte la banque en vue de placer ses avoirs et où celle-ci lui soumet des propositions, le conseil doit être complet et techniquement correct. Compte tenu de la complexité de certains produits, ceci suppose un niveau de compétence très élevé de la part du conseiller – autrement dit, et pour énoncer une lapalissade: le conseiller ne peut être à la hauteur de sa tâche que s'il a lui-même compris le produit sous toutes ses facettes. A cet effet, les spécialistes de la banque (concepteurs des produits) doivent informer dans le détail les collaborateurs en contact direct avec la clientèle (vendeurs des produits), sans oublier d'attirer leur attention sur les aspects négatifs ou les risques liés à ces produits. A entendre les déclarations de divers clients, l'Ombudsman ne peut s'empêcher de penser que cette règle n'est pas toujours (suffisamment) respectée.

En l'espèce, le conseiller à la clientèle disposait-il de toutes les informations requises? On n'a pas été en mesure de trancher. Le client fit part de ses doutes et précisa qu'il ne s'était pas contenté d'évoquer la méthode de calcul avec son conseiller: à l'aide d'un exemple concret, le conseiller avait expressément validé l'approche du client. Comme indiqué plus haut, la banque contesta cette affirmation avec véhémence.

Il faut identifier le bon produit

Pour que sa prestation de conseil soit complète et techniquement correcte, le collaborateur de la banque doit recommander le bon produit au client. En d'autres termes, ce produit doit être conforme aux intérêts et aux possibilités du client, c'est-à-dire à son profil. Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsqu'à un client peu enclin au risque et axé sur des revenus réguliers, un conseiller recommande un produit qui garantit certes un rendement supérieur au taux du livret d'épargne mais qui, en cas de contre-performance, a pour conséquence que le client récupère à l'échéance un nombre prédéterminé d'actions en lieu et place du capital investi.

En l'espèce, il n'était pas contesté que la banque était irréprochable à cet égard.

Il faut adapter le conseil aux connaissances du client

Une prestation de conseil n'est complète et techniquement correcte que si le collaborateur de la banque adapte ses explications aux connaissances que possède le client, tant sur la forme que sur le fond. Lorsque le client a compris le produit lui-même, mais aussi les opportunités et les risques qu'il présente, alors seulement l'objectif est atteint, car seul un client informé peut prendre les bonnes décisions. L'Ombudsman ne saurait retenir l'argument fréquemment soulevé par les banques, selon lequel le client a signé le contrat en cause après un entretien conseil et confirmé par là même qu'il avait compris le produit: dans le secteur bancaire comme ailleurs, il serait à tout le moins excessif de prétendre que toutes les décisions sont toujours prises en pleine connaissance de cause.

En l'espèce, il s'agissait d'un client avisé, qui n'en était pas à son premier placement en produits structurés. Il n'était donc pas contesté que le conseiller à la clientèle pouvait rester relativement succinct dans ses explications.

Une documentation ne remplace pas une prestation de conseil

L'Ombudsman considère que rares sont les cas où la banque peut s'acquitter des obligations lui incombant au titre du contrat de conseil (tacite ou exprès) par la simple remise au client d'un term sheet, d'un prospectus ou de tout autre document. D'une part, de manière plus ou moins explicite, ces documents constituent des outils publicitaires visant à promouvoir et non à empêcher la vente du produit. Par nature, ils ont donc tendance à souligner les avantages et à gommer les inconvénients par des formulations alambiquées. Parce que de tels documents ne restituent pas vraiment la réalité de manière objective, ils constituent des compléments utiles mais ne sauraient en aucun cas remplacer le conseil d'un spécialiste. De plus, l'Ombudsman constate bien souvent qu'ils emploient un langage compliqué et très technique, que la majorité des investisseurs a certainement des difficultés à comprendre. Enfin, les documents dont l'Ombudsman a eu connaissance contiennent pour la plupart une telle quantité d'informations qu'il est difficile, pour le novice, d'en évaluer la pertinence et l'importance. Quand en plus on explique les choses à l'aide de formules, ceci peut faciliter la compréhension pour les clients qui maîtrisent les mathématiques – mais n'a guère d'utilité pour les autres. Ainsi dans le cas qui nous occupe: l'Ombudsman a beau avoir une maturité C et être diplômé en économie, il a jugé plus sûr de se faire confirmer par un spécialiste que la formule figurant dans le document de la banque – toute une ligne! – était juste et conforme à la méthode de calcul prétendument utilisée par l'établissement. Or si lui-même ne se sentait pas apte à valider le calcul sans aide extérieure, comment soutenir face au client que celui-ci disposait des informations et des connaissances nécessaires?

Tout aussi inopérant est l'argument selon lequel, dans ce même document, la banque recommandait aux clients de se renseigner et de se faire conseiller en cas de doute. Le client prétendait expressément l'avoir fait. Selon ses dires, il avait même appliqué son interprétation de la clause dans un exemple de calcul fait avec son conseiller, et ce dernier avait acquiescé. La banque contestant ce point, il dut rester en suspens.

Les documents ambigus doivent être interprétés au détriment de leur auteur

En l'espèce, il s'agissait d'interpréter les termes du document concerné. En vertu d'un principe généralement appliqué, un mot ou une phrase a le sens que lui donneraient des personnes raisonnables. Les ambiguïtés sont à interpréter au détriment de la partie qui a rédigé le document. De l'avis de l'Ombudsman, l'interprétation avancée par le client était sinon conforme à la lettre du document, du moins plausible ou proche, raison pour laquelle il convenait de privilégier un règlement amiable. Les deux parties se sont rangées à cette opinion et ont fini par trouver un terrain d'entente.

Dans un autre cas soumis à l'Ombudsman, le client, sur recommandation de sa banque, avait investi 100 000 EUR dans un produit structuré d'une durée de dix ans. Le capital investi était garanti sur l'ensemble de la durée. Le montant de la «rémunération» était on ne peut plus indéterminé, dans la mesure où il dépendait des revenus que l'émetteur générerait en plaçant ces capitaux. De plus, il était prévu de réinvestir les revenus en permanence et de ne les verser qu'à l'échéance, avec le capital. Dans les documents remis au client, le produit était présenté comme une alternative intéressante aux placements traditionnels à taux fixe, comme par exemple les obligations; et pour une durée de détention de dix ans, ces mêmes documents tablaient sur un rendement nettement supérieur à celui d'un placement obligataire. Lorsque le client vendit le produit au bout de quatre ans, il toucha 107 000 EUR. Certes, ce n'était pas tout à fait le montant attendu. Mais la plus-value représentait l'équivalent de quelque 11 000 CHF, ce que peu de produits permettaient à l'époque. Le client n'était cependant pas au bout de ses surprises: les autorités fiscales lui firent savoir qu'au regard du droit fiscal, il avait réalisé un rendement nettement supérieur. Selon leur calcul, le revenu imposable s'établissait à environ 39 000 CHF. En d'autres termes, déduction faite des revenus effectivement versés, le client devait s'acquitter de l'impôt sur le revenu sur un montant de 28 000 CHF, montant que, soit dit en passant, il n'avait jamais touché.

Il reprocha à la banque de ne pas avoir attiré son attention sur ces incidences fiscales lors de l'entretien conseil. La banque ne le contesta pas. Toutefois, elle renvoya au document remis au client, lequel précisait bel et bien que la différence entre le remboursement minimal garanti et sa valeur effective constituait un revenu imposable. Par ailleurs, la banque fit valoir que le conseil fiscal ne faisait pas partie des obligations lui incombant dans le cadre du conseil en placement.

Cet exemple montre de façon emblématique que, dans des situations complexes, les parties peuvent être confrontées à des problèmes qu'elles n'avaient même pas envisagés lors de la conclusion du contrat. Il n'était pas contesté que le conseiller à la clientèle s'était penché attentivement sur les souhaits et les possibilités du client, parvenant à la conclusion qu'il s'agissait d'une personne peu encline au risque et privilégiant la préservation du capital. C'est pour cette raison qu'il lui avait recommandé le produit litigieux. Selon l'Ombudsman, si un problème fiscal n'était pas venu se greffer ultérieurement, il n'y aurait rien eu à reprocher à la banque. S'agissant dudit problème fiscal, l'Ombudsman argumenta comme suit:

L'Ombudsman admet que, comme le prétendait la banque, le conseil fiscal ne fait pas partie du conseil en placement – tout au moins pas au sens où la banque serait tenue de recommander au client le produit le meilleur pour lui d'un point de vue fiscal. Pour autant, il ne voit pas pourquoi, de l'avis général, le conseiller serait tenu d'attirer l'attention du client sur d'éventuels risques de pertes, par exemple, alors qu'il n'est pas tenu de le faire pour les risques fiscaux particuliers: ne s'agit-il pas dans les deux cas d'un risque lié au produit concerné? Une prestation de conseil de la banque n'est complète et correcte que lorsqu'elle permet au client de prendre une décision sur la base des informations pertinentes pour lui. S'il n'a pas en mains toutes les données concernant les conséquences (fiscales) propres au placement envisagé, il risque fort de faire fausse route.

Empressons-nous de préciser que la banque n'est pas toujours tenue de signaler les conséquences fiscales d'un placement. Si elle peut légitimement présumer que le client connaît le risque lié aux actions ou aux obligations, elle peut tout aussi légitimement présumer qu'il connaît les conséquences fiscales d'un placement en actions ou obligations. Une explication spécifique n'est requise que lorsque la banque recommande au client un produit qu'il ne connaît pas et qui présente des risques particuliers.

Dans ce cas d'espèce comme dans le précédent, la banque fit valoir que la question fiscale était mentionnée dans les documents remis au client. Quant au point de savoir si une banque peut s'acquitter de son obligation de conseil par la simple remise de documents, nous renvoyons aux développements y relatifs dans l'exemple précédent.

Mais revenons sur l'objection de la banque selon laquelle on doit pouvoir attendre du client qu'il se renseigne en cas de doute. Même si l'Ombudsman partage cette opinion sur le fond, elle ne vaut que si le client est en mesure d'identifier l'information contenue dans une clause donnée comme indiquant un risque spécial, inconnu du client. Car alors seulement, il peut se rendre compte que tout n'est pas clair pour lui. Dans le cas présent, la banque avait indiqué dans un document que «la différence entre le remboursement minimum garanti et sa valeur actualisée» constituait un revenu imposable. Sachant que la banque avait recommandé le produit litigieux à titre d'alternative à l'achat d'une obligation, et que le conseiller n'avait pas attiré l'attention du client sur des conséquences fiscales particulières: ne doit-on pas considérer que la valeur effective sera toujours supérieure au remboursement minimal garanti et que dès lors, l'impôt sur le revenu ne peut être dû que sur cette plus-value? Ou bien la situation telle qu'elle a été décrite donne-t-elle vraiment à penser que la valeur effective peut être inférieure au capital investi, de sorte qu'une partie du patrimoine est soumise une deuxième fois à l'impôt sur le revenu? Selon l'Ombudsman, on ne pouvait pas reprocher au client de ne pas avoir perçu la teneur du problème ni ses conséquences, déraisonnables pour le novice; on ne pouvait donc pas lui reprocher d'avoir omis de se renseigner, même s'il est vrai que la formulation employée par la banque permettait, sur un plan purement formel, une autre interprétation. L'Ombudsman considère que les formulations ne doivent pas seulement aborder la thématique mais éclairer la problématique de manière complète et compréhensible, afin que l'auteur soit en mesure d'en tirer des conclusions profitables pour lui-même.

La banque ne l'a pas suivi sur ce terrain et a refusé de transiger.

Répercussion des coûts liés à l'externalisation

Dans certains domaines, externaliser des prestations de services s'avère tout à fait opportun pour les banques. Aussi l'Ombudsman n'a rien contre cette pratique dans la mesure où le client n'a pas à en subir de désavantages. Dans les cas qui lui sont soumis, les clients se plaignent le plus souvent des coûts liés à l'externalisation. Citons un exemple à cet égard:

Le client avait remis à l'encaissement trois chèques en monnaies étrangères. La banque ne les encaissa pas elle-même. Elle les transmit à une autre société chargée de procéder à l'encaissement. Pour son intervention, l'intermédiaire factura à la banque une commission, ainsi que les frais de tiers liés à l'encaissement. La banque répercuta ces montants sur le client, augmentés d'une petite commission supplémentaire. Le client contesta à la banque le droit de répercuter les frais facturés par l'intermédiaire. Il n'était disposé à payer que la commission de 20 CHF par chèque, propre à la banque et figurant sur son tarif, ainsi que les frais de tiers résultant de l'encaissement à proprement parler, car seuls ces montants auraient été dus si la banque avait procédé elle-même à l'encaissement. La banque répliqua et renvoya au tarif des frais et commissions qui avait été remis au client, lequel stipulait que la banque pouvait facturer ses propres commissions mais aussi refacturer les frais de tiers. Elle invoqua en outre l'art. 402 du Code des obligations (CO), en vertu duquel le mandant (le client) doit rembourser au mandataire (la banque) les avances et frais que celui-ci a dû supporter pour l'exécution régulière du mandat.

Dans son Rapport annuel 2003, l'Ombudsman a amplement traité la question de savoir dans quels cas le client est tenu de payer une commission. Il considère que celle-ci n'est due que si elle a été explicitement convenue ou si la banque s'est réservé le droit de la prélever. Dans la deuxième hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas été convenu par avance de montant précis en contrepartie de la prestation à fournir par la banque, celle-ci peut facturer le montant de ses frais effectifs. Si elle doit solliciter un tiers aux fins d'assurer la bonne exécution du mandat, les frais de ce tiers sont eux aussi à la charge du client.

Dans le cas d'espèce se posait la question de savoir si la banque pouvait refacturer tous les coûts d'un éventuel tiers ou si elle devait accepter des limitations. A cet égard, l'Ombudsman a raisonné comme suit:

L'art. 402 CO part du principe que les frais et avances de tiers ne doivent être remboursés que s'ils ont été faits pour l'exécution régulière du mandat. Un mandat devant en principe être exécuté personnellement par le mandataire, le recours à un tiers n'est requis que lorsque des motifs objectifs empêchent le mandataire d'exécuter son mandat. Incontestablement, tel est par exemple le cas lorsque le client charge la banque de faire parvenir une somme d'argent à un tiers disposant d'un compte dans une autre banque. La banque ne peut exécuter ce mandat qu'en collaboration avec l'autre banque, raison pour laquelle, sauf convention contraire, les frais facturés par cette dernière sont à rembourser par le client. Dans le cas de l'externalisation à proprement parler, il s'agit le plus souvent de prestations que la banque peut tout à fait fournir elle-même (et a fourni par le passé), mais que pour des raisons qui lui appartiennent elle ne souhaite plus fournir et préfère (désormais) «acheter» auprès d'un tiers. Or si le prix facturé par ce tiers est supérieur aux coûts habituels afférents à l'exécution du mandat par la banque elle-même, le recours au tiers n'est à l'évidence pas dans l'intérêt du client. L'Ombudsman considère donc que la banque ne peut se prévaloir directement de l'art. 402 CO que dans la mesure où l'externalisation n'entraîne pas de désavantage pour le client.

La banque n'a pas nécessairement à se référer à l'art. 402 CO si, dans son tarif des frais et commissions ou dans un autre contrat conclu avec le client, il est précisé explicitement que les frais de tiers sont à rembourser en sus. De l'avis de l'Ombudsman, cette disposition équivaut à une situation où la banque se serait réservé le droit de facturer une commission, mais sans en fixer le montant exact. Dans ce cas, elle ne peut facturer que ses frais réels. S'il était convenu que la banque peut facturer les frais de tiers dans tous les cas et sans vérifier leur bien-fondé parce qu'ils ont été fait avancés, le recours à un tiers ne permettrait pas seulement de «justifier» n'importe quelle commission; au-delà, le client n'aurait aucune idée des frais liés à une prestation proposée par la banque. Là aussi, l'Ombudsman adopte une position restrictive. Selon lui, la banque ne doit pouvoir prélever une commission sur la base de la réserve des frais de tiers que si le recours à ce tiers intervient dans l'intérêt du client; en matière de commissions, tel est le cas lorsque le client n'a alors pas à subir de désavantages financiers.

Si la banque entend éviter cette situation, il lui appartient soit de convenir avec le client une commission intégrant les frais d'externalisation, soit de faire figurer dans son tarif à la fois ses propres commissions et les frais de tiers. L'éternel argument est que ceci n'est pas possible faute de connaître à l'avance les frais réels: selon l'Ombudsman, il ne saurait être retenu, tout au moins en matière d'externalisation au sens indiqué ci-dessus. Ce type d'externalisation suppose un contrat entre la banque et le prestataire externe, lequel stipule quelle rémunération la banque doit lui verser et à quelles conditions. Sur cette base, il devrait donc être possible de définir un tarif opération par opération et de l'intégrer dans le tarif des frais et commissions de la banque.

Dans le cas d'espèce, l'Ombudsman a donc demandé à la banque de prouver que le recours à la société d'encaissement n'avait occasionné aucun désavantage pour le client. La banque s'est référée à d'autres banques, qui auraient confirmé que la commission demandée était conforme à cette exigence, mais elle n'a pas su en apporter la preuve. Elle était toutefois prête à faire un geste conséquent envers le client. Celui-ci transmet cependant à l'Ombudsman la réponse d'une autre banque, qui lui confirmait qu'elle lui aurait facturé 30 CHF par chèque, frais de tiers en sus. Bien que le montant de ces frais de tiers ne soit pas précisé, le client en conclut que la question n'était pas de savoir s'il devait rembourser tout ou partie des frais de la société d'encaissement: il ne devait rien rembourser du tout. Il qualifia de fausse la remarque de l'Ombudsman selon laquelle la prise de position de la banque consultée par lui était incomplète sur un point essentiel et refusa de justifier plus avant sa position. Pourquoi? On ne le sut jamais. L'Ombudsman fut donc contraint de suspendre cette procédure infructueuse et de laisser le soin au client de porter l'affaire devant les tribunaux.

Un autre client avait chargé sa banque de transférer une partie de ses titres dans une autre banque. La première banque lui factura 60 CHF par position pour le transfert des actions suisses et 80 CHF par position pour celui des actions étrangères. Le client contesta cette facturation au motif qu'il n'existait aucune convention la justifiant. Les frais facturés par la banque ne figuraient pas dans son tarif des frais et commissions, ce que d'ailleurs l'intéressée confirma. Elle se prévalut toutefois d'une clause de son règlement de dépôt en vertu de laquelle la banque pouvait établir une facturation séparée pour ses frais (y compris les frais de livraison) et ses interventions exceptionnelles. Elle renvoya également à l'art. 402 CO cité dans le cadre de l'exemple précédent.

Là encore, l'Ombudsman demanda à la banque de prouver qu'elle avait effectivement supporté des frais à hauteur des montants facturés. Celle-ci répondit qu'elle avait confié le transfert des titres à une société tierce, laquelle avait facturé le montant demandé par la banque au client – à une différence minime près. Cette différence minime, aux dires de la banque, correspondait à ses propres frais liés à la passation des ordres et à la surveillance de leur exécution. La banque souligna enfin que, par comparaison avec les frais facturés par d'autres banques pour les mêmes services, elle se situait dans la tranche inférieure.

L'Ombudsman exprima une nouvelle fois ses doutes quant à l'opportunité de faire valoir l'art. 402 CO. En revanche, il était incontestable que la disposition insérée dans le règlement de dépôt pouvait justifier la facturation de frais, d'autant plus qu'elle mentionnait explicitement les frais de livraison. Enfin, en termes de montant, les frais facturés par la banque n'étaient guère critiquables, de sorte que l'Ombudsman invita le client à se montrer conciliant.

Il nous reste toutefois à évoquer un autre aspect. Les banques ne se contentent pas de proposer toujours plus de produits ou de services: les services payants, particulièrement, sont en augmentation constante. Mais comme les clauses concernant les frais et commissions figurent de plus en plus dans des contrats séparés ou, comme dans le cas présent, dans des Conditions générales, il est extrêmement difficile pour le client d'en avoir ou d'en conserver une vue d'ensemble. D'où, régulièrement, des tensions entre clients et banques. L'Ombudsman ne serait pas le seul à saluer, en ce domaine, un effort de clarté et de transparence de la part des banques, de sorte que les clients pourraient évaluer facilement les frais et commissions dus au titre d'une opération spécifique.

Interprétation excessive des preuves

Cette année encore, l'Ombudsman a eu à traiter de plus d'une affaire où, compte tenu du temps écoulé depuis le dernier contact avec le client, il n'était plus possible de déterminer précisément le déroulement des faits. Ainsi, en 1983, une mère ouvrit un livret d'épargne jeunesse au nom de son fils, alors âgé de huit ans, et le mit en dépôt à la banque. Quelque 21 ans plus tard, le fils prit contact avec la banque. Les investigations qui s'ensuivirent révélèrent qu'un retrait d'espèces avait été effectué plus de dix ans auparavant. Le même jour, une obligation de caisse avait été souscrite, payée par débit du livret d'épargne et remise à la personne qui s'était présentée. Étrangement, celle-ci n'avait par la suite ni encaissé les intérêts, ni demandé le remboursement de son obligation de caisse à l'échéance. Outre le versement du montant comptabilisé dans le livret, le client exigea de la banque le remboursement du retrait d'espèces et de la contre-valeur de l'obligation de caisse, intérêts inclus, puisqu'il contestait avoir effectué cette opération. Il versa au dossier une attestation signée par sa mère et qui confirmait ses dires.

La banque n'eut pas la tâche facile. Comme elle avait détruit les pièces à l'issue du délai légal de conservation, elle n'était plus en mesure d'identifier la personne qui avait effectué les retraits désormais contestés. Elle partit du principe qu'à l'époque, on avait vérifié si la personne qui s'était présentée était dûment autorisée. Elle considéra donc qu'elle n'était pas tenue de rembourser les montants litigieux. Ceci donna lieu aux réflexions suivantes:

La mère avait mis le livret en dépôt en 1983. En vertu des dispositions applicables à l'époque, elle était autorisée à le retirer et à disposer des avoirs correspondants. L'hypothèse la plus évidente était donc que les retraits avaient été effectués soit par la mère, soit par une personne spécialement autorisée par elle à cet effet. La mère contesta formellement et signa même un document confirmant sa position. On pouvait aussi imaginer qu'un tiers était parvenu à effectuer les retraits en présentant des documents falsifiés. Mais cette hypothèse est peu plausible dans la mesure où les escrocs cherchent généralement à se procurer de l'argent aussi rapidement que possible et sans laisser de traces. Or l'achat d'une obligation de caisse ne correspond en rien à un tel scénario. Troisième hypothèse: le fils, déjà majeur à l'époque, se serait présenté à la banque en prétendant que le livret d'épargne était ouvert à son nom, qu'il avait atteint la majorité et qu'il était donc libre d'en disposer. Cependant, il contesta catégoriquement cette version des faits, rendue improbable par un autre élément: la banque aurait certainement profité de la venue du fils pour mettre à jour son dossier et elle lui aurait au moins demandé un modèle de signature. Dès lors, lorsque le fils s'était présenté récemment au guichet, ce modèle de signature aurait dû se trouver dans son dossier, ce qui n'était manifestement pas le cas. On ne pouvait donc exclure que la banque ait versé les fonds à une personne non autorisée.

A ce stade, il convient de noter ce qui suit: s'il était impossible d'identifier clairement la personne qui avait effectué le retrait et souscrit l'obligation de caisse, c'était uniquement parce que les pièces justificatives, qui avaient indéniablement été établies lors des opérations, avaient été détruites dans l'intervalle. Mais il ne pouvait en être fait reproche à la banque, qui n'avait fait que respecter les prescriptions légales. En outre, les paiements qualifiés de fautifs par le client auraient été repérés plus tôt si celui-ci ou sa mère s'étaient manifestés régulièrement auprès de la banque et s'ils n'avaient pas rompu le contact depuis plus de vingt ans. S'ils avaient moins attendu pour se présenter, les archives auraient certainement permis de clarifier les choses. C'est sur la base de ce raisonnement que fut élaborée, puis mise en œuvre, la solution suivante: la banque rembourserait au client la valeur de l'obligation de caisse, majorée des intérêts, ainsi que la moitié du retrait d'espèces. Pour le cas où une personne se manifesterait ultérieurement et présenterait l'original de l'obligation de caisse, il était convenu que le fils serait tenu responsable du préjudice si, dans le cadre de la procédure judiciaire qu'il devrait alors intenter à l'encontre de ladite personne, ses propres déclarations et celles de sa mère selon lesquelles ils n'avaient ni effectué les retraits, ni donné pouvoir à quiconque à cet effet, devaient se révéler fausses. Mais s'il ressortait de la procédure judiciaire que le tiers était entré en possession de l'obligation de caisse sans intervention du client ou de sa mère, le préjudice serait à la charge de la banque, car il semble toutefois probable que la banque avait commis une faute en remettant l'obligation de caisse.

L'Ombudsman a été plus d'une fois sollicité à propos de retraits effectués sur des comptes jeunesse. Dans un cas par exemple, les parents avaient ouvert des comptes pour leurs enfants communs plusieurs années auparavant et effectué des versements réguliers. La banque avait noté dans ses dossiers que jusqu'à la majorité des enfants, chacun des parents pouvait disposer des avoirs en compte. Lorsque le couple commença à battre de l'aile et se retrouva à la veille de divorcer, la mère se présenta à la banque. Selon ses déclarations, elle souhaitait s'assurer que le père ne pourrait plus effectuer de retraits et, à cet effet, désirait «supprimer sa signature». Le collaborateur de la banque lui aurait expliqué qu'il fallait attendre: le divorce n'étant pas prononcé, on ne savait pas encore à qui reviendrait l'autorité parentale et donc la gestion des biens des enfants. Il lui aurait dit par ailleurs qu'il n'était pas nécessaire de supprimer la signature du père, car la loi interdisait de toute façon tout retrait effectué par les parents. Elle n'avait donc pas à se faire de souci. Lorsque quatre ans plus tard, après avoir divorcé, la mère s'enquit du solde des comptes, elle constata que le père était parvenu à effectuer des retraits. La banque prétendit n'avoir pas commis de faute. Elle fit valoir d'une part que les documents en sa possession ne permettaient pas de dire avec certitude si la mère s'était effectivement présentée au guichet de la filiale. En tout état de cause, au vu de ces mêmes documents, les deux parents étaient autorisés à disposer des avoirs au moment où les retraits avaient été effectués. D'autre part, selon la banque, le père avait justifié chaque opération en expliquant qu'il avait besoin de l'argent dans l'intérêt de l'enfant concerné, par exemple pour lui acheter un vélomoteur ou lui payer un séjour en colonie de vacances.

Aux déclarations de la mère s'opposaient donc celles de la banque, sans que l'une ou l'autre des parties puissent fournir des preuves ou des commencements de preuve qui rendraient sa version des faits plus plausible. Au regard de ce qu'avancait la mère, ce n'était guère surprenant: elle prétendait en effet que lorsqu'elle s'était rendue au guichet, le collaborateur de la banque lui avait dit qu'il n'y avait aucune mesure à prendre. A supposer qu'elle dise vrai, elle ne pouvait donc présenter aucune pièce justificative à l'appui de ses déclarations, puisque aucun document n'avait été établi, modifié ou remis à la cliente. Mais si on se place du côté de la banque, et là encore, à supposer qu'elle dise vrai, le fait que le collaborateur n'ait rien inscrit au dossier est tout aussi logique et facile à expliquer: il ne pouvait pas (encore) supprimer la signature, car aucune décision n'avait été rendue quant à l'autorité parentale, et pourquoi aurait-il dû noter qu'il avait renseigné la mère sur les dispositions applicables selon lui en matière de droit de disposition sur les biens des enfants? Les documents soumis à l'Ombudsman ne plaidaient donc en faveur d'aucune des deux versions. Par ailleurs, grâce à d'autres indices, on parvint à identifier le collaborateur avec lequel avait parlé la mère, mais il avait quitté la banque depuis longtemps et ne pouvait donc pas être interrogé. Quand bien même il l'aurait été, la question litigieuse ne s'en serait pas trouvée résolue pour autant, car il est rare que l'on se souvienne précisément d'un fait banal survenu plus de six ans auparavant.

On a donc recherché une solution par d'autres moyens. Il n'était pas contesté que les avoirs en compte constituaient des biens des enfants. Les parents étaient donc tenus de respecter les dispositions du Code civil, lequel prévoit notamment qu'ils ne peuvent utiliser que les revenus des biens de l'enfant pour son entretien, son éducation et sa formation. On peut dès lors considérer – et on considère souvent – que la banque ne peut autoriser des retraits effectués en violation de ces règles. Si l'on suit ce raisonnement, la banque aurait dû empêcher les retraits, y compris lorsque le père disposait encore de l'autorité parentale. Elle n'accepta cependant aucune transaction. Elle fit valoir que les parents s'étaient réservé contractuellement le droit de disposition. En outre, selon elle, il n'était pas contesté qu'une partie des retraits effectués était revenue aux enfants, sous forme de cadeaux.

Il apparaît toutefois que les banques n'ont pas une pratique uniforme en la matière. Dans un autre cas, les parents avaient également ouvert un compte au nom de leur enfant. Ils s'étaient réservé le droit de disposition jusqu'à sa majorité. Mais dans le même temps, ils avaient donné procuration au grand-père, qui effectua la majeure partie des versements. Comme dans le cas précédent, la mère prétendit s'être présentée à la banque après le divorce du couple et avoir révoqué le droit de signature du père et du grand-père. Selon ses dires, elle avait même remis une copie du jugement de divorce à la banque. Il s'avéra par la suite que la banque avait laissé le grand-père effectuer des retraits. Or la mère ne s'était pas fait confirmer la suppression des droits de signature, et la banque fit valoir qu'il n'y avait dans le dossier ni mention de ladite suppression, ni copie du jugement de divorce: on ne put donc trancher la question de savoir si la mère avait bien informé la banque du changement de circonstances. Contrairement à ce qui s'était passé dans le cas précédent, la banque reconnut toutefois qu'elle n'avait pas agi correctement lors des retraits et elle remboursa intégralement à l'enfant les montants prélevés abusivement par le grand-père.

Attentes démesurées

Le client était titulaire d'un compte d'épargne et d'un compte personnel ouverts dans la même banque. Il passa un ordre de paiement de 17 000 CHF au total, au débit de son compte personnel. La banque exécuta cet ordre alors que la provision était insuffisante, d'où un solde débiteur sur le compte personnel du client. La banque préleva ensuite des intérêts débiteurs au titre du découvert. Plus d'un an et demi s'étaient écoulés lorsque le client s'en rendit compte. Il exigea de la banque le remboursement des intérêts débités, au motif que ses avoirs en compte d'épargne étaient suffisants pour compenser le solde débiteur du compte personnel. La banque rejeta sa demande mais se déclara prête à lui restituer 200 CHF en guise de geste commercial, ce dont le client n'entendit pas se satisfaire. Il s'adressa à l'Ombudsman et exigea le remboursement intégral des intérêts débités.

Lorsqu'un client passe un ordre de paiement sans disposer d'un solde suffisant sur le compte indiqué, la banque n'est pas tenue d'exécuter cet ordre: en l'absence de contrat, rien ne l'oblige en effet à accorder au client une autorisation de découvert et donc, juridiquement parlant, un crédit. Toutefois, elle peut exécuter l'ordre, et ce généralement sans consulter le client, car passer un ordre dont le montant dépasse le solde du compte concerné revient en quelque sorte à demander à la banque l'octroi d'un crédit à court terme. La banque accepte en tout cas lorsqu'il s'agit d'un «bon» client qui, comme ici, dispose d'avoirs plus conséquents sur un autre compte. En règle générale, elle tient compte aussi du fait que l'exécution tardive d'un ordre de paiement peut entraîner d'importants désagréments pour le client. Enfin, elle peut accepter la «demande de crédit» pour d'autres motifs, ce qui explique qu'elle n'ait pas jugé indispensable d'alerter le client en l'espèce. Les clients savent le plus souvent très précisément de quel solde ils disposent, ou quels paiements de tiers seront crédités en compte à brève échéance. Si par exemple un paiement est attendu, il est tout à fait possible qu'un solde débiteur soit compensé rapidement. Par ailleurs, le client ne pouvait passer des ordres de paiement que par le biais du compte indiqué, de sorte qu'en l'espèce il ne pouvait y avoir de malentendu ou de confusion quant au numéro de compte. En vertu des dispositions applicables, le compte d'épargne ne pouvait pas être utilisé pour le trafic des paiements. Le client n'avait pas non plus contesté l'exécution de l'ordre de paiement par la banque, considérant qu'elle allait de soi. Toutefois, selon lui, il appartenait à la banque de faire le nécessaire pour éviter que des intérêts débiteurs courent sur son compte personnel; à cet effet, sans attendre un ordre du client, elle aurait dû prendre l'initiative de virer une partie des avoirs du compte d'épargne sur le compte personnel.

L'Ombudsman ne put se rallier à cette position. La banque est liée au client par une relation contractuelle. Dans le cadre de cette relation, seul le client ou une personne habilitée par lui à cet effet peut donner des instructions, instructions auxquelles la banque doit se tenir strictement. Elle ne peut pas les modifier sans consulter le client. Elle ne peut pas davantage effectuer un virement de compte à compte sans en avoir reçu l'ordre en bonne et due forme.

Bien entendu, avant même d'exécuter l'ordre de paiement, la banque aurait pu demander au client s'il était conscient qu'il en résulterait un solde débiteur. Et bien entendu, constatant que ce solde débiteur perdurait, elle aurait pu s'assurer auprès du client qu'il entendait bien détenir une position de crédit. Mais à ces arguments, elle pourra tout aussi bien répondre, et à bon droit, que le client avait été informé de l'exécution de l'ordre et que donc il pouvait savoir qu'il en résulterait un solde débiteur. En outre, il recevait un relevé de compte à la fin de chaque mois. Là aussi, il pouvait voir qu'il devait de l'argent à la banque. Et enfin, il recevait en fin d'année non seulement un relevé de compte, mais aussi un décompte d'intérêts. Sur ce dernier document comme sur les précédents, il apparaissait clairement qu'il devait de l'argent à la banque, mais aussi que celle-ci lui avait facturé un montant non négligeable d'intérêts débiteurs. Pourtant, le client laissa encore passer plus de six mois avant de faire une réclamation. Pour ces raisons, l'Ombudsman ne put abonder dans son sens. Il préféra souligner que si la banque se montrait disposée à lui faire grâce d'une partie des intérêts débités, il fallait sans doute y voir un geste de bonne volonté à ne pas négliger.

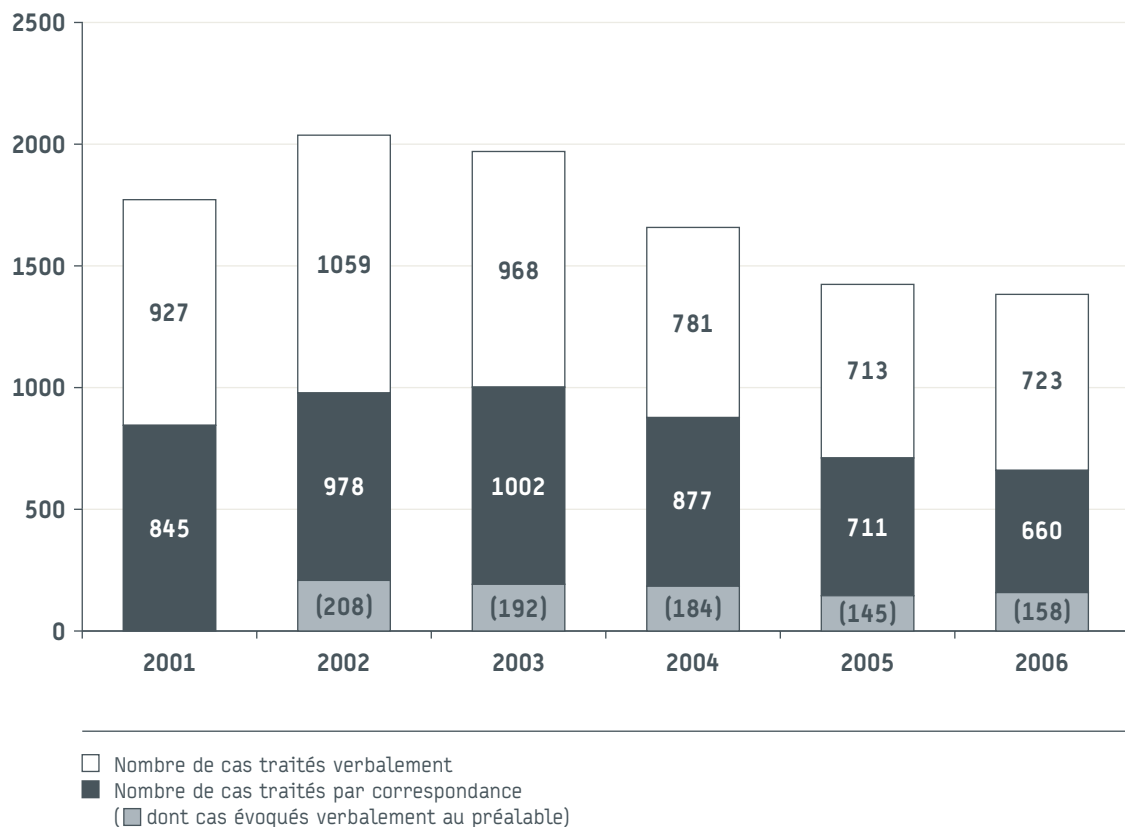
En dernier lieu, nous donnerons un exemple qui montre combien les temps changent – et avec eux la vision des choses. Dans son Rapport annuel 2005 (p. 11 ss.), l'Ombudsman s'est penché sur la question suivante: qu'en est-il lorsque, après s'être entretenus par téléphone de la conclusion ou de la prorogation d'une hypothèque à taux fixe, le collaborateur de la banque et le client sont en désaccord quant au point de savoir si un contrat a été ou pas conclu au taux évoqué par téléphone? Pour trancher, l'Ombudsman s'est appuyé sur le principe général en vertu duquel il incombe à la partie qui se prévaut d'un contrat de prouver que ledit contrat a été conclu. Comme les taux, à l'époque, étaient orientés à la baisse, c'étaient les clients qui avaient intérêt à ce que le contrat n'ait pas été conclu et contestaient donc l'accord téléphonique. En vertu du principe précité, il appartenait alors à la banque de prouver qu'en dépit des dénégations du client, un contrat avait été conclu aux conditions indiquées par elle.

Mais avec la modification de la courbe des taux et la remontée des taux fixes, ce fut bientôt au tour des clients de maintenir que le contrat hypothécaire avait été conclu par téléphone aux conditions antérieures, plus avantageuses pour eux. Ainsi l'Ombudsman a-t-il changé d'interlocuteurs: il ne s'adresse plus aux banques, mais aux clients, pour leur rappeler qu'en vertu des principes généraux du droit, il leur appartient de rapporter la preuve que le contrat avantageux pour eux a effectivement été conclu.

Statistiques

Comme nous y faisons allusion en introduction, le nombre de cas soumis à l'Ombudsman s'est plus ou moins stabilisé au cours de l'exercice sous revue, après deux années de recul. Au total, 1 467 requêtes de clients ont été traitées, soit 28 de moins qu'en 2005. Parmi ces 1 467 requêtes, on compte 723 (2005: 713) requêtes verbales ou téléphoniques, soit un chiffre en légère augmentation, et 744 dossiers transmis par correspondance (2005: 782), soit 38 de moins. Sur ces dossiers, 660 (711) ont été réglés et 84 (71) restaient en suspens en fin d'exercice. Globalement, ce sont 1 383 des 1 467 requêtes de clients qui ont été réglées. Sur l'ensemble des requêtes transmises par correspondance durant l'exercice sous revue, 158 avaient déjà été traitées verbalement auparavant.

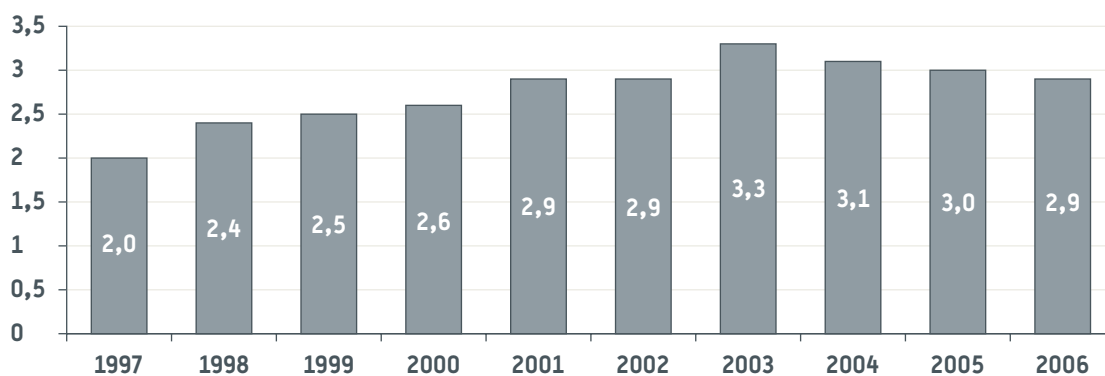
Evolution du nombre de cas réglés



Dans les rapports annuels de ses collègues médiateurs dans d'autres secteurs, l'Ombudsman des banques lit régulièrement que les cas sont de plus en plus complexes, et donc leur traitement de plus en plus exigeant et coûteux. Pour sa part et dans son domaine, il constate la même tendance. Si, pour ne pas s'en tenir qu'à une impression subjective, on se réfère à l'indicateur statistique utilisé jusqu'ici (hélas le seul à être jugé adéquat), à savoir le nombre de contacts avec la banque par cas réglé, il apparaît aujourd'hui que l'on se situe plutôt à un niveau de complexité certes nettement accru, mais stable. Ce constat sera explicité ci-après.

Si l'on prend pour critère de la complexité des requêtes de clients, le nombre de courriers adressés à la banque par intervention, il convient de mettre en rapport, d'une part, le nombre absolu de courriers adressés à la banque par an et, d'autre part, le nombre de cas réglés avec intervention, c'est-à-dire le nombre de cas où l'Ombudsman a demandé à la banque de prendre position. Le tableau ci-dessous présente l'évolution de cet indicateur sur les dix dernières années (les données sont collectées depuis 1995):

Nombre de courriers adressés à la banque par intervention



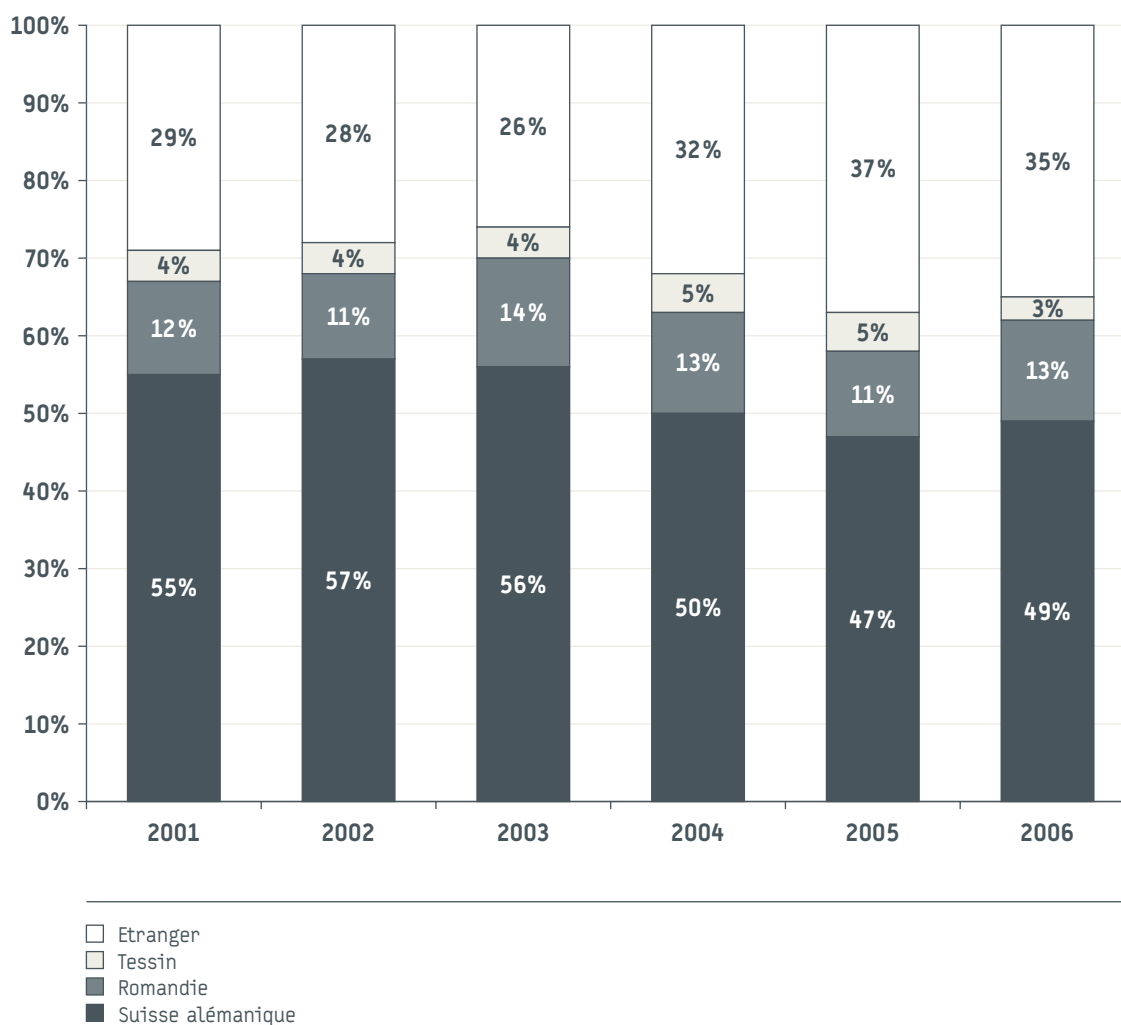
En 2006, le nombre des interventions est resté pratiquement inchangé par rapport à l'exercice précédent. Nous avons eu 241 fois matière à solliciter la banque, contre 246 fois en 2005. Au total, nous avons adressé 698 courriers aux banques, contre 735 en 2005. En d'autres termes, au cours de l'exercice sous revue, il a encore fallu adresser à la banque, en moyenne, 2,9 courriers par cas réglé avec intervention. En 2005, 3,0 courriers étaient nécessaires.

Le graphique ci-dessus fait certes apparaître le léger recul tendanciel évoqué précédemment. Il n'en demeure pas moins que 3,0 courriers sont aujourd'hui nécessaires pour déterminer si la banque a effectivement eu un comportement douteux ou pour la convaincre d'accepter un compromis. Ce chiffre est en nette augmentation, puisqu'il s'établissait à 2,0 il y a dix ans.

Le délai moyen entre la première prise de contact par le client et le classement de l'affaire est demeuré pratiquement inchangé au fil du temps. Depuis des années, 80% à 85% des requêtes se règlent dans les trois mois, dont 55% à 60% même dans le mois.

Les développements ci-après présentent comme à l'accoutumée quelques aspects spécifiques de notre activité. Rappelons que ces données concernent exclusivement les cas réglés par correspondance durant l'exercice sous revue. La répartition selon la provenance des clients se présente comme suit:

Provenance des cas réglés par correspondance



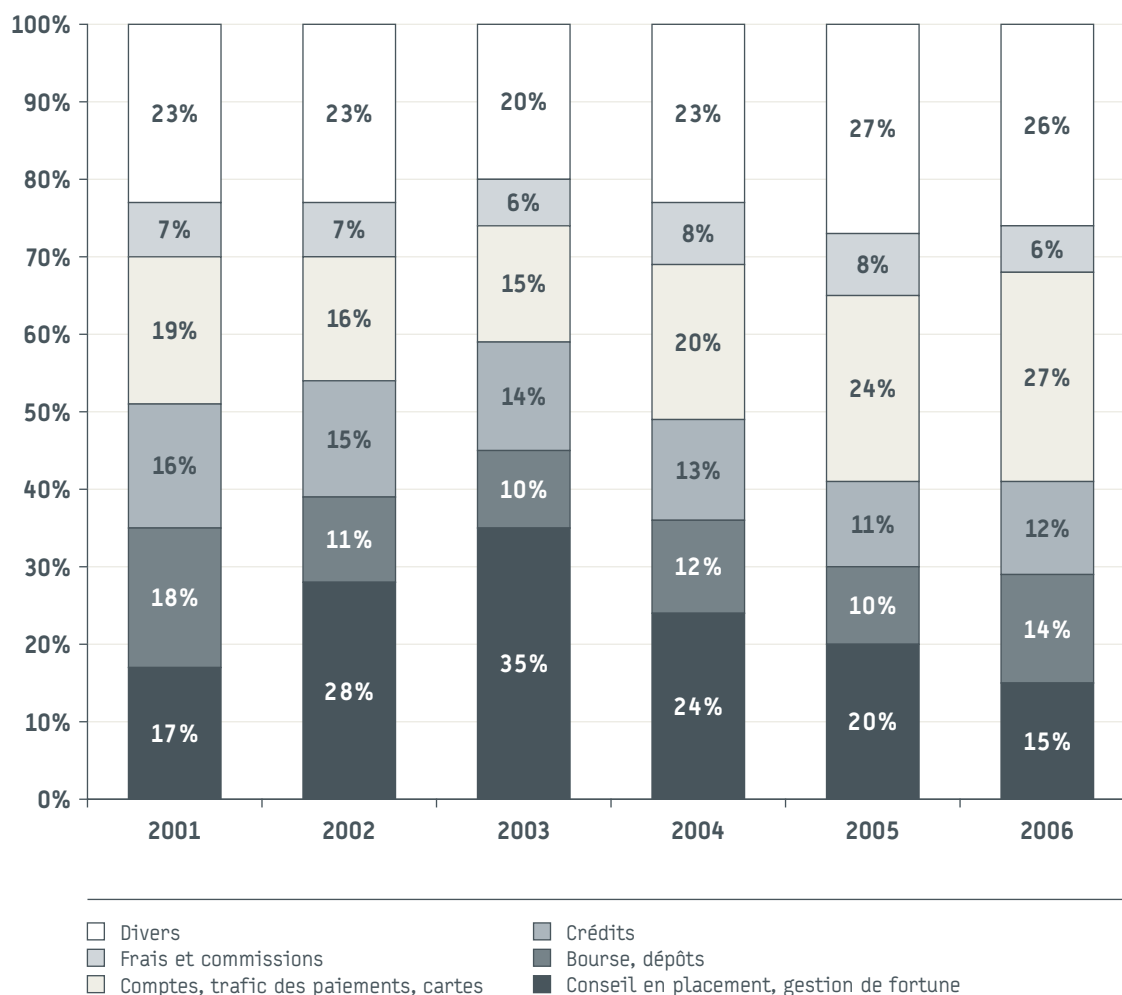
S'agissant de la provenance des clients, on a assisté cette année encore à certaines évolutions, qui restent toutefois dans la fourchette statistique. Si les requêtes en provenance de l'étranger s'inscrivaient encore en hausse sensible en 2005, elles ont enregistré un léger recul en 2006, passant de 37% à 35%. La part des requêtes provenant de Suisse italienne recule de 5% à 3%, ce qui, en chiffres absolus, représente un fort tassement. En revanche, la part des requêtes provenant de Suisse alémanique a légèrement progressé (de 47% à 49%), tout comme celle des requêtes provenant de Suisse romande (de 11% à presque 13%). Il convient toutefois de ne pas tirer de ces chiffres des conclusions hâtives, même si le recul des requêtes provenant de Suisse italienne est quelque peu surprenant.

La part des requêtes de clients commerciaux a diminué en 2006, passant de 8% à 6%. Par «clients commerciaux», nous entendons les personnes morales, y compris les sociétés de personnes et les sociétés individuelles.

Le nombre de clients qui se font représenter par un tiers est passé de 27% à 25% durant l'exercice sous revue, soit, là encore, une légère diminution. Ce sont bien souvent les avocats qui choisissent cette voie, afin d'aboutir rapidement à une solution économique pour leurs clients. Des fiduciaires, parents et connaissances font aussi volontiers office de représentants des clients mécontents.

La répartition selon la nature des cas se présente comme suit:

Evolution de la répartition selon la nature des cas (cas réglés par correspondance)



Comme les années précédentes, pour permettre de mieux visualiser les différents secteurs d'intervention de l'Ombudsman, nous avons regroupé d'une part les sous-secteurs comptes/livrets d'épargne 13% (2005: 11%), trafic des paiements 7% (8%) et cartes 7% (5%), et d'autre part les sous-secteurs crédits 3% (3%), hypothèques 7% (6%) et crédit/leasing à la consommation 2% (2%). Si la part des crédits demeure relativement stable, le premier groupe cité affiche à nouveau une nette progression en 2006, passant de 24% à 27%. Cette tendance s'affirme désormais depuis un peu plus de trois ans et résulte principalement de la part accrue (7%) que prennent les requêtes concernant les cartes (cartes de crédit et cartes bancaires). En 2003, elles ne représentaient encore que 2,5%.

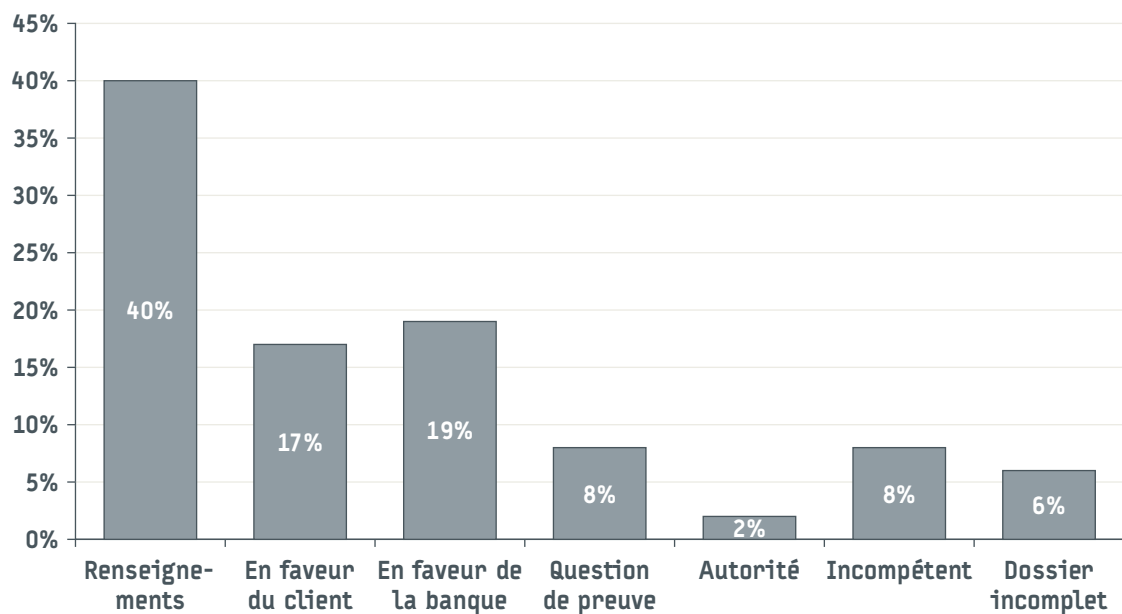
Le nombre des cas concernant le conseil en placement et la gestion de fortune s'est encore inscrit en recul. En 2006, ces cas représentaient encore 15% des requêtes, contre 20% en 2005 et 35% en 2003, cette dernière année ayant marqué un pic en raison des dossiers en rapport avec la crise boursière.

Le nombre des requêtes concernant l'exécution de transactions boursières et l'administration de titres s'est à nouveau affiché en hausse, passant de 10% à 14%. En revanche, et non sans une certaine satisfaction, nous avons constaté une diminution du nombre des requêtes concernant les frais et commissions: elles représentent désormais 6% des cas, contre 8% en 2005.

Comme indiqué plus haut, tous les pourcentages cités sont calculés sur les 660 requêtes de clients traitées par correspondance et réglées durant l'exercice. Dans 37% des cas, l'Ombudsman a jugé opportun d'intervenir auprès de la banque et de lui demander de prendre position. En 2005, ce chiffre s'établissait à 35%.

Il en ressort à l'inverse que 63% des problèmes soumis à l'Ombudsman ont pu se résoudre sans intervention auprès de la banque. Dans la majorité de ces cas, il s'agissait en fait d'expliquer au client une situation qu'il n'avait pas comprise. Ce type d'intervention correspond à la rubrique «Renseignements» sur le graphique ci-dessous (40%).

Répartition selon le résultat obtenu (cas réglés par correspondance)



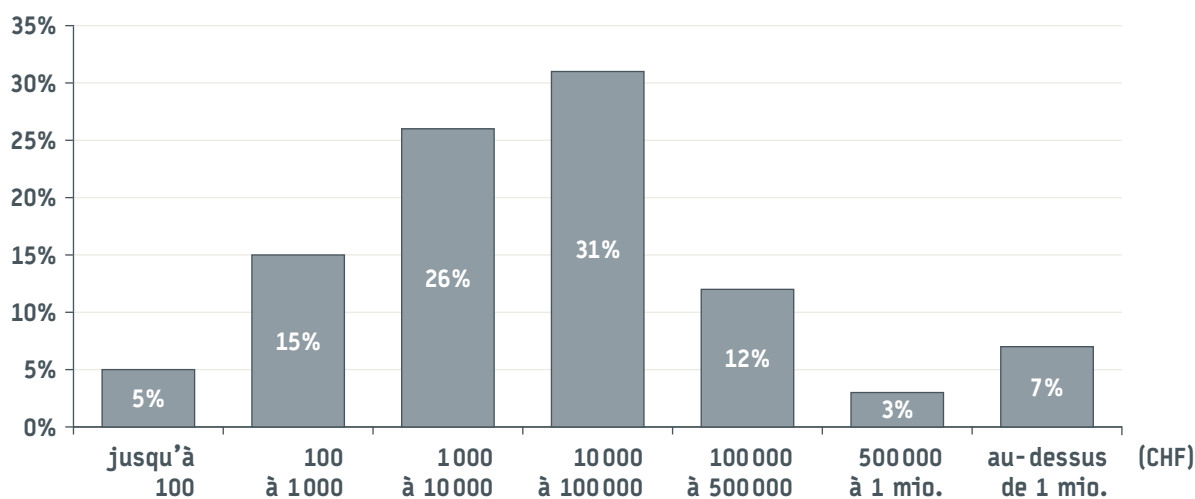
Durant l'exercice sous revue, 8% (2005: 9%) de nos efforts de médiation ont été mis en échec par une «Question de preuve». Nous entendons par là les cas où le client et la banque ont des positions si diamétralement opposées que la solution au problème, si elle existe, ne peut résulter que d'une procédure d'administration de preuves, procédure pour laquelle l'Ombudsman n'est pas compétent. Comme dans les autres hypothèses où une solution amiable ne peut être trouvée, celui-ci ne peut que laisser le soin au client de porter l'affaire devant les tribunaux.

Comme déjà indiqué, l'Ombudsman ne prend contact avec la banque concernée que si, après examen des pièces remises par le client, il ne peut exclure un comportement fautif de la part de cette banque. Tel a été le cas dans 37% des cas traités par correspondance durant l'exercice sous revue. Près d'une fois sur deux, ces interventions se sont révélées justifiées, en ce sens que la banque a jugé opportun de prendre des mesures correctives ou de dédommager intégralement ou partiellement le client au vu de l'argumentation de l'Ombudsman. Dans le graphique ci-dessus, les catégories correspondantes figurent sous «En faveur du client» (17%). L'Ombudsman ne se prononce pas sur les cas dont une autorité, par exemple un tribunal, a déjà eu à connaître «Autorité» (2%). Il ne traite pas non plus ceux qui concernent non une banque, mais par exemple un gérant de fortune indépendant ou une compagnie d'assurance; enfin, il n'intervient pas dans les cas mettant en cause la politique commerciale des banques, par exemple l'aménagement de leurs conditions. Il se déclare alors incompétent «Incompétent» (8%). La catégorie «Dossier incomplet» (6%) regroupe les cas où le client, à réception de sa requête, a été invité par l'Ombudsman à communiquer des informations complémentaires, mais n'a pas donné suite malgré un courrier de rappel.

Si l'Ombudsman parvient à la conclusion qu'il y a effectivement eu comportement fautif de la part d'une banque, et qu'il en est résulté un préjudice pour le client, il invite la banque à dédommager le client intégralement ou partiellement (selon la part de responsabilité). Celle-ci répond presque toujours favorablement à sa demande. Dans les rares cas où, malgré une demande motivée, la banque n'est pas disposée à s'exécuter, l'Ombudsman présente au client, à la fin de la procédure, les arguments plaidant en sa faveur, et il le laisse libre de recourir aux voies de droit pour défendre ses intérêts. L'Ombudsman ignore hélas le plus souvent ce qu'il advient de ces demandes.

Le dernier graphique présente, comme à l'accoutumée, la répartition des cas selon la valeur en litige:

Répartition selon la valeur en litige (cas réglés par correspondance)



Dans la mesure du possible, nous nous efforçons de déterminer, ou tout au moins d'évaluer, le montant du préjudice. En 2006, nous avons pu le faire pour environ 60% des cas. Même si ces données ne résisteraient pas toutes à une analyse scientifique rigoureuse, elles permettent des constats intéressants. Ainsi, en 2006, les cas bénins n'ont représenté que 5% de l'ensemble des requêtes soumises à l'Ombudsman. Dans leur grande majorité, les litiges ont porté sur des montants substantiels et, dans environ 7% des cas, la valeur en litige était supérieure à 1 million de CHF.

Avoirs sans nouvelles

Depuis 1996, l'Office de recherche d'avoirs non réclamés gérés par des banques suisses (ci-après «l'Office de recherche») est placé sous l'autorité de l'Ombudsman. Dans le cadre des Directives de l'Association suisse des banquiers relatives au traitement des avoirs (comptes, dépôts et compartiments de coffre-fort) dans des banques suisses lorsque la banque est sans nouvelles du client (ci-après les «Directives»), il apporte son soutien aux ayants droit dans leurs recherches d'avoirs présumés auprès de banques suisses non identifiées.

Les Directives du 1^{er} juillet 2000, actuellement en vigueur, sont venues remplacer les premières dispositions du 8 septembre 1995. Elles ont été élevées au rang de normes professionnelles et s'appliquent donc à toutes les banques de Suisse, qu'elles soient ou non membres de l'Association suisse des banquiers (ASB).

A. Procédure

Les Directives, qui ne régissent pas seulement les recherches par le biais de l'Office de recherche, mais plus généralement les questions concernant les avoirs sans nouvelles, peuvent être consultées sur le site web de l'ASB³.

En vertu de ces Directives, une relation d'affaires est réputée sans nouvelles dès lors que la banque constate que le contact avec le client ou son mandataire est rompu (constatation qui doit intervenir impérativement dans les dix ans suivant le dernier contact avec le client) et que d'éventuelles tentatives actives de la banque pour rétablir ce contact sont demeurées infructueuses.

Les banques enregistrent leurs relations d'affaires sans nouvelles dans une base de données centrale, où les requêtes soumises à l'Office de recherche sont comparées quotidiennement avec les données disponibles dans la base. Le système signale les concordances phonétiques identifiées («matches») à l'Office de recherche, qui a seul accès à la base de données.

³ www.swissbanking.org

Avant de pouvoir saisir une requête dans la base de données, l'Office de recherche doit vérifier la légitimité à agir du requérant. A cet effet, celui-ci doit compléter un questionnaire et fournir des copies de documents officiels à l'appui de sa requête.

Si l'Office de recherche juge plausible une concordance identifiée par le système, il transmet le dossier correspondant (questionnaire et documents) à la banque qui a fait le signalement. Celle-ci procède à une analyse approfondie et décide si la relation d'affaires signalée correspond effectivement à celle recherchée par le biais de l'Office de recherche, et si les requérants peuvent être considérés comme ayants droit. Toute décision négative d'une banque peut être contestée par l'Office de recherche en cas de doute motivé.

B. Limites de l'Office de recherche

L'Office de recherche ne peut effectuer ses recherches que parmi les relations d'affaires signalées comme sans nouvelles. Aussi ne pourra-t-il pas identifier une relation d'affaires qui n'a pas encore été signalée par la banque, même si cette relation existe. Il en va de même des relations d'affaires clôturées, qui par définition ne sont pas réputées sans nouvelles et ne sont donc pas signalées par les banques.

L'Office de recherche ne peut pas non plus intervenir lorsque la requête concerne une victime des persécutions nazies. Une procédure réservée à ces cas a été mise en place en 1998, en relation avec le versement de 1,25 milliard d'USD par les grandes banques⁴, mais le délai de signalement est expiré depuis un certain temps déjà.

Enfin, il apparaît peu pertinent d'effectuer une recherche lorsqu'il n'y a plus eu aucun contact entre le client et la banque depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Les relations d'affaires de ce type encore existantes ont été publiées en 1997 sous la forme d'une liste internationale et, par expérience, les chances sont quasi-nulles que l'Office de recherche identifie d'autres valeurs datant d'avant la fin de la Deuxième Guerre mondiale mais non répertoriées sur cette liste.

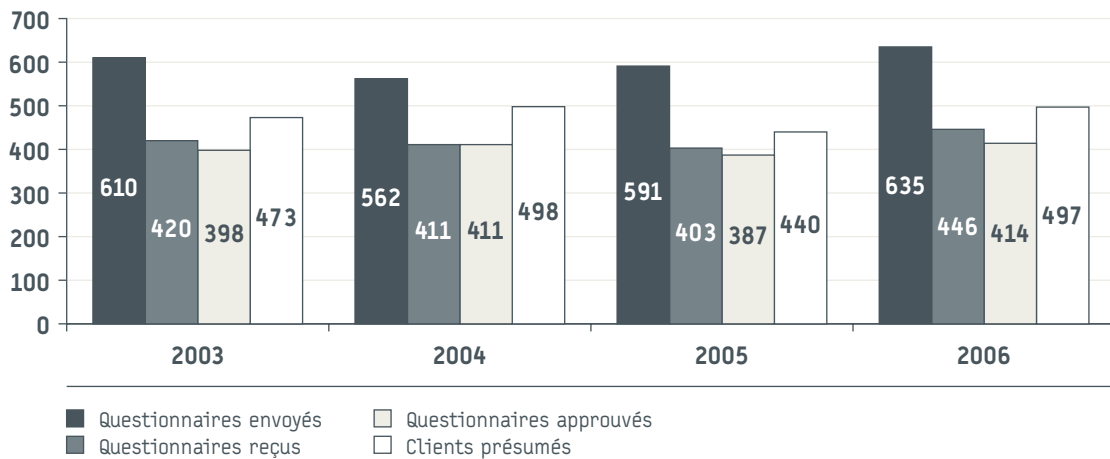
⁴ www.swissbankclaims.com

C. Statistiques

Au cours de l'exercice sous revue, en réponse à des demandes le plus souvent écrites, l'Office de recherche a envoyé 635 questionnaires (2005: 591). Durant cette même période, 446 (403) questionnaires dûment complétés lui ont été retournés et, après examen, 414 (387) ont été jugés suffisamment légitimes. Ont alors été saisis pour recherches dans la base de données centrale 497 (440) noms, dont 19% concernaient la période antérieure à 1945. L'Office de recherche a jugé plausibles 58 (90) des concordances identifiées par le système et a transmis les dossiers correspondants aux banques concernées pour examen approfondi. Dans 27 (22) cas, celles-ci ont confirmé que la personne identifiée était bien celle recherchée. Les ayants droit se sont ainsi vu restituer des avoirs à hauteur de 1,38 million de CHF, ainsi que le contenu de deux compartiments de coffre-fort. Quatorze concordances concernaient des relations d'affaires signalées comme sans nouvelles par des banques au cours de l'exercice sous revue, et qui avaient déjà fait l'objet d'une recherche infructueuse auparavant. Ceci confirme une fois de plus que le système fonctionne parfaitement, et qu'il ne manque pas d'identifier et signaler automatiquement les concordances entre les anciennes requêtes de l'Office de recherche et les nouveaux signalements des banques.

Depuis 2001, l'Office de recherche a identifié au total 142 concordances avérées. Les ayants droit ont ainsi pu récupérer des avoirs d'une valeur de 20,5 millions de CHF, ainsi que le contenu de 18 compartiments de coffre-fort.

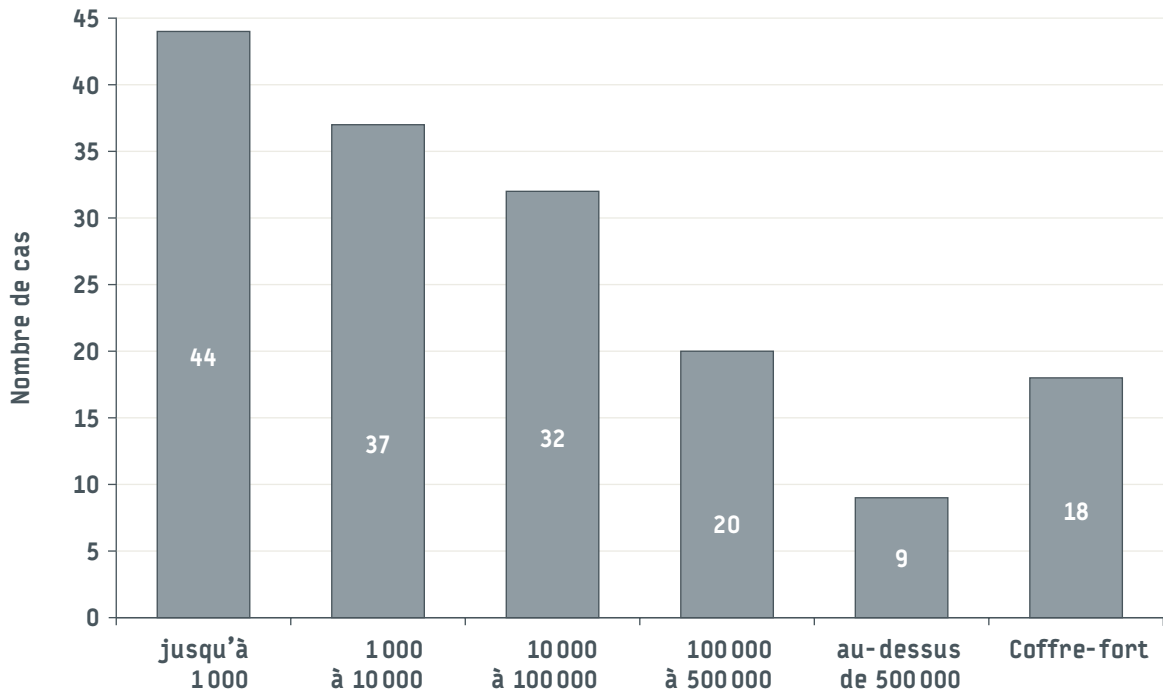
Evolution des requêtes transmises à l'Office de recherche (2003–2006)



Statistiques du 1^{er} janvier au 31 décembre 2006 (en %)

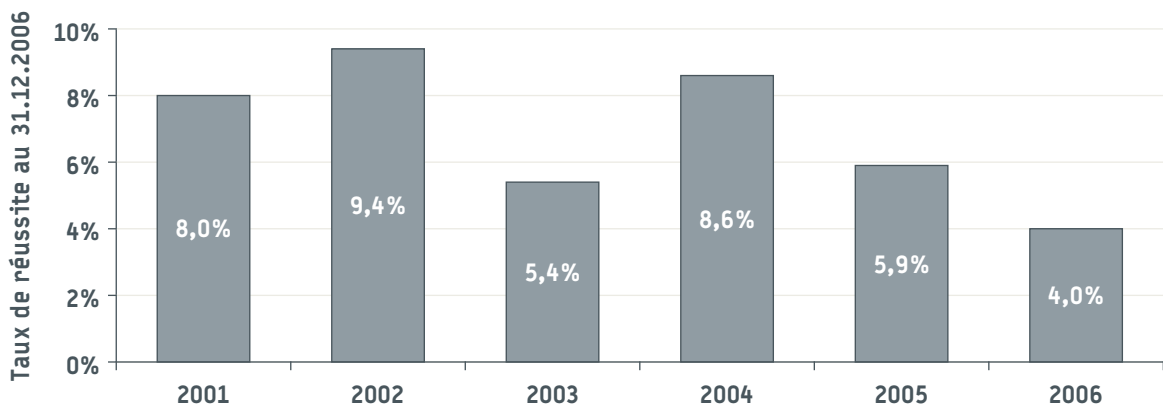
Répartition géographique	Questionnaires envoyés	Questionnaires reçus	Questionnaires approuvés	Clients présumés	Dont avant 1945	Concordances confirmées
Europe	80,7	82,0	82,9	81,9	74,1	70,4
Suisse	9,6	7,0	7,0	8,5	8,6	7,4
Allemagne	31,2	34,8	35,5	35,2	32,3	14,8
France	10,3	10,3	10,7	9,9	9,7	40,7
Italie	3,4	3,6	3,6	2,8	0	0
Europe de l'Est	8,1	7,9	6,5	6,4	7,5	0
Reste de l'Europe	18,1	18,4	19,6	19,1	16,2	7,4
Afrique	1,4	1,8	2,4	2,8	5,4	0
Asie	4,9	4,5	4,1	3,4	2,2	11,1
Australie/Océanie	0,3	0,9	0,7	1,8	4,3	0
Amérique Centrale/du Sud	2,8	2,0	1,7	3,0	8,6	0
Amérique du Nord	9,9	8,8	8,2	7,1	5,4	18,5
Nombre	635	446	414	497	93	27

Répartition des avoirs restitués aux ayants droit, selon leur montant (2001-2006)



Au total, 5,7% des requêtes de l'Office de recherche ont abouti à un résultat positif depuis 2001. Mais si l'on compare les requêtes concernant la période antérieure à 1945 et celles concernant la période postérieure à 1945, l'image est très contrastée: sur les 399 requêtes concernant la période antérieure à 1945, une seule a abouti à un résultat positif (0,25%), ce qui porte à 6,8% le taux de réussite moyen pour la période postérieure à 1945. Si l'on considère l'année au cours de laquelle les ayants droit ont enclenché les recherches, les taux de réussite s'établissent comme suit:

Taux de réussite des recherches



Ces chiffres n'ont qu'une valeur provisoire: en effet, en vertu des Directives, certains avoirs peuvent n'être signalés comme sans nouvelles que dix ans après le dernier contact; or de nombreux requérants demandent à consulter la base de données «trop tôt», c'est-à-dire peu après le décès de leur proche.

Le délai maximum dont disposent les banques pour signaler des avoirs sans nouvelles étant de dix ans, le taux de réussite de chaque année peut théoriquement évoluer pendant dix ans. En d'autres termes, le taux de réussite de 2001 a encore cinq ans pour augmenter (les relations recherchées en 2001 devront être signalées comme sans nouvelles au plus tard en 2011), alors que celui de 2006 a encore dix ans devant lui. Le taux de réussite a donc tendance à s'accroître au fur et à mesure que l'année concernée recule dans le temps, même s'il arrive que des fluctuations – purement aléatoires – se fassent jour.

D. Cas particuliers

Outre les requêtes mentionnées ci-dessus, il y en a une autre qui a connu un aboutissement favorable (11 500 CHF). Elle échappe toutefois aux dernières statistiques pour la raison suivante: la recherche, effectuée en 1996 conformément aux anciennes directives (à l'époque, l'Office de recherche transmettait régulièrement à toutes les banques des listes des clients présumés), concernait une personne décédée en 1945. Ses avoirs étant donc déjà réputés sans nouvelles en 1996, l'Office de recherche voulut savoir pourquoi la banque concernée n'avait pas réagi à la liste de recherche correspondante.

La réponse de la banque confirma les doutes qu'avait déjà l'Office de recherche quant au sérieux avec lequel certaines banques traitent les listes de recherche: manifestement, à l'époque, le service de la banque qui gérait la relation d'affaires concernée avait tout bonnement omis de traiter la liste de recherche correspondante.

Relations publiques et contacts

Grâce à ses multiples contacts, l'Ombudsman est au cœur d'une dynamique toujours renouvelée et reste en pointe dans tous les domaines. La conférence de presse annuelle, qui s'est tenue l'année dernière le 4 juillet et marque un moment fort des relations publiques, n'est pas seulement pour l'Ombudsman l'occasion de rendre compte de son activité. Grâce aux questions critiques des journalistes, elle permet aussi d'identifier les lacunes et les éléments peu clairs du rapport annuel, ou encore les points qui suscitent l'intérêt et auraient été négligés. Toutefois, l'information doit s'arrêter là où commence la sphère privée du client. Ainsi, l'Ombudsman ne peut pas satisfaire les demandes répétées de journalistes qui souhaitent entrer directement en contact avec des clients impliqués dans des litiges. Bien sûr, on peut comprendre qu'ils désirent mettre des visages sur les affaires dont ils entendent parler. Mais si les clients s'adressent à l'Ombudsman, c'est précisément pour résoudre en toute discrétion le litige qui les oppose à leur banque. Un client qui souhaite exposer son cas sur la place publique dispose d'autres moyens pour ce faire.

En cours d'année aussi, l'Ombudsman est de plus en plus souvent sollicité par des journalistes, à propos de questions techniques concernant les services bancaires ou pour donner un avis sur des situations conflictuelles. En cas de doute, il s'abstient en règle générale de se prononcer car, même dans les rares cas où la situation est clairement établie, il n'est jamais simple de formuler une opinion.

D'innombrables contacts avec des spécialistes et des interlocuteurs au sein des banques ont permis de régler des questions techniques concrètes, contribuant par là même à actualiser les connaissances de l'Ombudsman et de son équipe et à élargir leurs horizons. Certaines manifestations professionnelles, comme la Journée des banquiers ou les réunions des groupements bancaires, ont servi elles aussi ces mêmes buts. Dans ce cadre, il est toujours bon d'expliquer la mission et la méthode de travail de l'Ombudsman, car certains collaborateurs des banques le perçoivent comme un représentant des clients et donc, en cas de litige, comme un adversaire plutôt que comme un médiateur au service des deux parties.

En décembre, l'Ombudsman a eu l'occasion de participer à une réunion à huis clos de la Commission fédérale des banques, consacrée aux Conditions générales (CG) et aux Conditions générales contractuelles (CGC) des banques. Bien entendu, ce qui intéressait particulièrement l'auditoire, c'était son expérience du rôle que jouent, en cas de litige, ces dispositions contractuelles rédigées par avance et unilatéralement. De fait, elles interviennent dans quasiment tous les litiges, mais une prudence toute particulière est de mise lorsque le client, et bien souvent l'Ombudsman, se trouvent confrontés à des clauses surprenantes, voire inhabituelles. Pour autant, le principe selon lequel les contrats doivent être respectés conserve toute sa force juridique et l'on ne saurait ignorer des dispositions contractuelles au motif qu'on ne les a pas lues.

Organi- sation et personnel

Pour traiter les dossiers de médiation qui lui sont soumis et fournir les renseignements demandés, l'Ombudsman est entouré comme auparavant de trois professionnels de la banque et d'un avocat. Trois de ces collaborateurs travaillent à temps partiel, ce qui permet une certaine flexibilité et facilite le traitement des requêtes, dont le rythme d'arrivée n'est pas toujours régulier. Sur l'année, ceci représente l'équivalent d'environ quatre postes à temps plein.

Le 30 septembre 2006, Monsieur Georg Detterli, l'un des professionnels de la banque qui entourent l'Ombudsman, a pris une préretraite bien méritée. Il avait été engagé en mai 1997 et, ces dernières années, il assurait principalement le suivi des requêtes téléphoniques de clients. Dans ces fonctions, sa sensibilité, son sens de l'écoute, ses remarquables compétences linguistiques et techniques lui ont été d'une aide précieuse. Grâce à sa riche expérience internationale acquise au fil des années, nous avons pu jouer notre rôle auprès de clients étrangers, principalement extrême-orientaux, en tenant compte dans une certaine mesure des habitudes locales dans leurs pays respectifs. Que Georg Detterli soit ici chaleureusement remercié pour son engagement sans faille aux côtés de l'Ombudsman.

Comme précédemment, un autre collaborateur traite les requêtes de clients à la recherche d'avois sans nouvelles sur lesquels ils ont des droits et qu'ils situent en Suisse.

La comptabilité, la gestion du personnel, les traductions et les tâches de secrétariat sont confiées à deux personnes (un poste et demi). Fin 2006, le secrétariat employait sept collaboratrices et collaborateurs permanents, qui occupaient un peu plus de six postes à temps plein (contre un peu moins de sept postes en 2004). Autre constante: en 2006, il n'a quasiment pas été fait appel à du personnel externe, sauf pour des services de traduction.

Je tiens à remercier ici chaleureusement mes collaboratrices et collaborateurs, qui s'engagent sans compter dans l'intérêt des clients comme en faveur des banques. Je remercie également le Conseil de fondation qui, grâce au soutien qu'il lui apporte, permet à l'Ombudsman de mener à bien sa mission en toute indépendance, et ainsi en conformité avec le but de la Fondation.

Hanspeter Häni
Ombudsman

Secrétariat

Secrétariat de l'Ombudsman des banques suisses

Hanspeter Häni, lic. rer. pol.

Ombudsman des banques

Christian Guex, lic. rer. pol.

Adjoint à l'Ombudsman des banques

Rudolf Schenker

Adjoint à l'Ombudsman des banques

Martin Tschan, lic. iur., avocat

Adjoint à l'Ombudsman des banques

Monique Gast

Correspondance française

Marlen Leu

Comptabilité, gestion du personnel

Georg Detterli (jusqu'au 30.9.2006)

Renseignements téléphoniques

Stefan Peter, lic. rer. pol.

Administrateur de l'Office de recherche

Walter Egger, Dr iur., avocat

Conseiller

Adresse

*Ombudsman des banques suisses
Bahnhofplatz 9
Case postale 1818
CH-8021 Zurich*

Téléphone (8h30–11h30)

*+41 (0)43 266 14 14 allemand/anglais
+41 (0)21 311 29 83 français/italien*

Fax

+41 (0)43 266 14 15

Site web

www.bankingombudsman.ch

Fondation

Fondation de l'Ombudsman des banques suisses

Otto Schoch, Dr iur.

Président, ancien Conseiller aux Etats, Herisau

Paul Hasenfratz

*Vice-président, ancien CEO de la
Banque Cantonale de Zurich, Wallisellen*

Jean-François Aubert, prof. Dr iur.

Ancien Conseiller aux Etats, Peseux

Ulrich Cavelti, prof. Dr iur.

*Président du Tribunal administratif du
Canton de St-Gall et ancien juge suppléant au
Tribunal fédéral, St-Gall*

Margrit Krüger-Eggenberger

*Ancienne Présidente du
«Konsumentinnenforum Schweiz KF»,
Werdenberg*

Christoph Winzeler, PD, Dr iur.

Administrateur de la Fondation, Bâle

Ernst & Young SA, Bâle

Organe de révision

messmerpartner, Bâle

Impression: Fleury Druck, Biel-Benken



