

# ex / ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher  
Revue des jeunes chercheurs en droit  
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2020

**Prävention  
prévention  
prevention**

SOFIA BALZARETTI

**L'interdiction de la publicité sexiste et la prévention de la violence fondée sur le genre**

PATRICK LOMBARDI

**La LFAIE et les opérations de refinancement bancaires**

WILLIAM BARBEY

**Revue de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue à propos des nouveaux articles 23 alinéa 2 et 70d LIA**

ODILE AMMANN

**L'interprétation du droit international par les tribunaux nationaux : méthodes et raisonnement à la lumière de l'exemple suisse**

DAMIEN OPPLIGER

**La carte de crédit – Étude droit suisse**

PATRICE MARTIN ZUMSTEG

**Demonstrationen in der Stadt Zürich**

DIKE 

#### Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet  
(Koordination deutschsprachige Beiträge)  
Claude Bertschinger  
(Marketing)  
Valérie Dittli (Präsidium)  
Ryan Gauderon  
(Koordination französischsprachige Beiträge)  
Nadia Kuźniar  
(Kommunikation Verlag)  
Raquel Pochon (Marketing)  
Jan Wenk (Finanzen)

#### Redakteure / rédacteurs

Sophia Balzaretto  
Tilla Caveng  
Kaspar Ehrenzeller  
Florian Fasel  
Pascal Favrod-Coune  
Gabriel Gertsch  
Rehana Harasgama  
Louise Hauptmann  
Manon Joseph  
Maya Kiepe  
Alex Kistler  
Natalie Lisik  
Kastriot Lubishtani  
Aldina Mehmedovic  
Fiona Savary  
Roman Schister  
Martin Seelmann  
David Zandirad

#### Vertrieb und Abonnementsverwaltung / Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG  
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich  
Tel. 044 251 58 30, E-Mail [verlag@dike.ch](mailto:verlag@dike.ch), [www.dike.ch](http://www.dike.ch)  
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, November) / Parution deux fois l'an (juin, novembre)

#### Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:  
CHF 72.– inkl. MWSt/TVA incluse  
Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 58.– inkl. MWSt/TVA incluse  
Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden /  
La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

*La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.*

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

*Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.*

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter [www.ex-ante.ch](http://www.ex-ante.ch).

*Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur [www.ex-ante.ch](http://www.ex-ante.ch).*

Umschlagbild: © rcfotostock – Adobe Stock

ISSN 2297-9174  
ISBN 978-3-03891-153-1

Nevin Martina Bucher

# Jugend und Politik

## Das Jugendvorstossrecht in den Gemeinden

Wie steht es um die Mitwirkung der Jugendlichen in der schweizerischen Demokratie? Auf diese Frage antwortet das vorliegende Buch mit einer Untersuchung des Jugendvorstossrechts.

Unter Einbezug der Praxis wird das bis anhin kaum erforschte politische Mitwirkungsrecht der Minderjährigen erstmals eingehend untersucht und verfassungsrechtlich eingeordnet.

2019, 351 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-03891-082-4  
CHF 84.–



DIKE 

## Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

### **L'interdiction de la publicité sexiste et la prévention de la violence fondée sur le genre**

SOFIA BALZARETTI 3

### **La LFAIE et les opérations de refinancement bancaires**

PATRICK LOMBARDI 12

### **Revue de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue à propos des nouveaux articles 23 alinéa 2 et 70d LIA**

WILLIAM BARBEY 22

### **L'interprétation du droit international par les tribunaux nationaux : méthodes et raisonnement à la lumière de l'exemple suisse**

Résumé de thèse de doctorat

ODILE AMMANN 27

### **La carte de crédit – Étude droit suisse**

Résumé de thèse de doctorat

DAMIEN OPPLIGER 32

### **Demonstrationen in der Stadt Zürich**

Schlaglichter auf das kommunale Verwaltungsrecht –  
Dissertationsbesprechung

PATRICE MARTIN ZUMSTEG 36

# La carte de crédit – Étude droit suisse

## Résumé de thèse de doctorat

DAMIEN OPPLIGER\*

MOTS CLÉS

Carte de crédit – ensemble de contrats – droit de la consommation – droit de la concurrence déloyale

### I. Introduction

La carte de crédit a une importance pratique considérable : elle est le troisième instrument de paiement le plus utilisé en Suisse après l'argent liquide et la carte de débit<sup>1</sup>. En 2019, elle a par exemple été utilisée pour effectuer des transactions pour plus de CHF 25 milliards<sup>2</sup>.

Nous sommes partis de ce constat pour écrire notre thèse de doctorat intitulée *La carte de crédit – Étude de droit suisse* et défendue le 28 janvier 2020 à l'Université de Lausanne<sup>3</sup>. Notre travail a pour objectif d'examiner les mécanismes juridiques à la base du fonctionnement de cet instrument de paiement. À cet effet, il est important de tenir compte du fait que la carte de crédit implique généralement un ensemble de contrats, soit plusieurs contrats formellement distincts mais interagissant entre eux afin de réaliser les fonctions de la carte (soit notamment ses fonctions de paiement et de crédit). En outre, plusieurs contrats dans la carte de crédit ne sont pas négociés entre les parties mais sont des contrats d'adhésion, soit des contrats formulés à l'avance par une des parties (en général, l'émetteur de la carte) au moyen de conditions générales qu'elle a elle-même rédigées. Le présent résumé suit la structure de notre thèse de doctorat. Il s'agit tout d'abord d'exposer la notion de carte de crédit (II.), puis d'examiner les contrats sous-jacents à cet instrument de paiement (III.). Nous parlerons ensuite des outils législa-

tifs visant à protéger la personne détenant la carte de crédit (IV.). Enfin, nous exposerons brièvement des exemples de dysfonctionnement pouvant se produire relativement à l'utilisation de la carte de crédit (V.).

### II. La notion de carte de crédit

La carte de crédit permet le paiement ultérieur d'un bien ou d'un service par virement bancaire sur le compte du commerçant qui a fourni ce bien ou ce service sur présentation de cette carte. C'est pourquoi on l'appelle aussi carte *pay later*. L'utilisation de la carte de crédit entraîne donc une dérogation au principe de la simultanéité des prestations (art. 75 CO) ainsi qu'au principe du paiement en espèces (art. 84 al. 1 CO). En cela, la carte de crédit est un instrument de crédit ressortissant au trafic des paiements sans numéraire<sup>4</sup>.

La carte de crédit est un titre de créance incessible, à l'inverse du papier-valeur (art. 965 CO). Sa fonction de crédit la distingue de la carte de débit (p. ex. la carte Maestro) (appelée aussi carte *pay now*), de la carte prépayée (appelée également carte *pay before*), ainsi que de l'application de paiement par téléphone portable (p. ex. l'application TWINT).

On distingue principalement les cartes simples et les cartes qualifiées. La carte de crédit simple est émise par le commerçant à qui elle peut être présentée (p. ex. la SOCAR Card émise par SOCAR Energy Switzerland Sàrl). La carte de crédit simple n'implique donc que deux personnes, à savoir le commerçant et le détenteur de cette carte. La carte de crédit qualifiée (en général, une carte de crédit de marque VISA®, Mastercard® ou American Ex-

\* Damien Oppliger, avocat collaborateur en l'étude Kellerhals Carrard à Lausanne, précédemment assistant-diplômé au Centre de droit privé de l'Université de Lausanne.

<sup>1</sup> Enquête sur les moyens de paiement 2017, publiée par la Banque nationale suisse.

<sup>2</sup> Internet : [\(https://data.snb.ch/fr/topics/finma#!/cube/zavezalu\\_ba?fromDate=2019-01&toDate=2019-12&dimSel=D0\(ZT,PGT,PGKL,DG\),D1\(K\),D2\(IZ\),D3\(II\),D4\(TT,BMF,BTF\)\)](https://data.snb.ch/fr/topics/finma#!/cube/zavezalu_ba?fromDate=2019-01&toDate=2019-12&dimSel=D0(ZT,PGT,PGKL,DG),D1(K),D2(IZ),D3(II),D4(TT,BMF,BTF)) (consulté le 30 mars 2020).

<sup>3</sup> DAMIEN OPPLIGER, *La carte de crédit - Étude de droit suisse*, en cours d'impression

<sup>4</sup> Également MARIO GIOVANOLI, *Bargeld – Buchgeld Zentralbankgeld : Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff ?*, in : Gehrig/Schwander (édit.), *Banken und Bankrecht im Wandel : Festschrift für Beat Kleiner*, Zurich 1993, 87 ss, 97 et 99 ss.

press<sup>o</sup>) est émise par une personne distincte du commerçant auprès duquel elle peut être utilisée. L'émetteur de la carte peut être soit une banque (p. ex. UBS Switzerland SA, qui émet des cartes VISA<sup>®</sup> et Mastercard<sup>®</sup>), soit une société spécialisée (p. ex. Viseca Card Services SA, émettrice de cartes VISA<sup>®</sup> et Mastercard<sup>®</sup>, ou Swisscard AECS Sàrl, émettrice de cartes VISA<sup>®</sup>, Mastercard<sup>®</sup> et American Express<sup>®</sup>).

La carte de crédit qualifiée peut ressortir à un système à trois parties, dans la mesure où son émetteur se charge de recruter et de payer le commerçant ; c'est le cas de la carte American Express<sup>®</sup>. Si ces tâches sont assumées par une personne distincte de l'émetteur, à savoir le recruteur, la carte de crédit qualifiée relève d'un système quadripartite. Les cartes VISA<sup>®</sup> et Mastercard<sup>®</sup> fonctionnent selon ce système. Le recruteur est une société spécialisée dans l'acquisition de commerçants (p. ex. SIX Payment Services SA). Notons enfin que la société ayant développé la marque de carte de crédit concernée n'intervient pas dans la transaction par carte de crédit ; cette société est liée par un contrat de licence avec l'émetteur, ainsi qu'avec le recruteur s'agissant d'un système à quatre parties.

### III. Les contrats dans la carte de crédit

La carte de crédit simple est remise à son détenteur en vertu d'un contrat de carte de crédit, lequel est un contrat innommé *sui generis*. Ce contrat permet au détenteur de présenter la carte au commerçant-émetteur afin d'obtenir ses prestations sans paiement en liquide du prix correspondant.

La carte de crédit qualifiée est délivrée au détenteur en vertu d'un contrat d'émission, lequel est soumis aux règles du mandat (art. 394 ss CO). L'émetteur permet au détenteur de présenter cette carte à un certain nombre de commerçants afin d'obtenir leurs prestations sans avoir à en payer le prix correspondant en liquide. Le contrat d'émission est un mandat onéreux (art. 394 al. 3 CO), dans la mesure où le détenteur verse une cotisation à l'émetteur en échange du service que ce dernier lui rend. Dans un système à trois parties, l'émetteur règle par virement bancaire le prix des prestations que les commerçants ont fournies au détenteur sur présentation valable de la carte de crédit (art. 466 CO). Afin d'organiser son obligation de paiement, l'émetteur conclut des contrats d'acquisition avec les commerçants concernés. Dans ces contrats innommés *sui generis*, l'émetteur notifie par avance aux commerçants concernés qu'il accepte de leur régler le prix des prestations qu'ils ont fournies au détenteur sur présentation valable de la carte de crédit (art. 468 al. 1 et 3 CO).

Dans un système à quatre parties, le paiement des commerçants est effectué par le recruteur ; c'est donc ce dernier qui passe les contrats d'acquisition avec les commerçants concernés. Le recruteur agit en qualité de substitut autorisé de l'émetteur (art. 398 al. 3 CO). L'émetteur et le recruteur sont liés par un mandat (art. 394 CO). Aux termes de ce contrat, l'émetteur rembourse au recruteur les paiements que ce dernier a faits aux commerçants (art. 402 al. 1 CO).

Contrairement à la carte de crédit simple, la carte de crédit qualifiée implique la conclusion de deux contrats formellement distincts, à savoir le contrat d'émission et le contrat d'acquisition. Ces deux contrats interagissent l'un avec l'autre de façon à réaliser les fonctions ordinaires dévolues à la carte de crédit, soit les fonctions de paiement, de crédit et de publicité. Le contrat d'émission peut apparaître comme l'élément subjectivement et objectivement nécessaire du système de carte de crédit. Un vice affectant ce contrat pourrait donc permettre au détenteur d'invalider le contrat de base qu'il a passé avec le commerçant pour erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4 et 31 CO). Le commerçant pourrait faire de même s'agissant du contrat d'acquisition<sup>5</sup>.

### IV. La protection du détenteur

#### A. La Loi fédérale sur le crédit à la consommation

Si le détenteur de la carte de crédit est un consommateur (art. 3 de la loi fédérale sur le crédit à la consommation<sup>6</sup>) et que le contrat qu'il a passé avec l'émetteur de cette carte est lié à une option de crédit (art. 1 al. 2 let. b LCC), ce contrat pourra être soumis à la LCC. Cette loi contient un certain nombre de dispositions relativement impératives (art. 37 LCC) ayant pour but de prévenir le surendettement. La problématique du surendettement touche particulièrement la carte de crédit. En effet, selon les derniers chiffres publiés par l'Office fédéral de la statistique, environ 18 % des personnes vivant dans un ménage avec crédit est confronté à au moins un arriéré de paiement sur carte de crédit<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Également HANS GIGER, *Kreditkartensysteme – Eine ökonomisch-juristische Studie*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2018, 266.

<sup>6</sup> Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC ; RS 221.214.1).

<sup>7</sup> Internet : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/revenus-consommation-et-fortune/endettement.html> (consulté le 30 mars 2020).

Comme exemples de normes protectrices figurant dans la LCC, nous pouvons citer le droit de révocation du détenteur (art. 16 LCC) ou l'obligation de l'émetteur d'examiner la capacité de remboursement du détenteur avant la conclusion du contrat relatif à la remise de la carte de crédit (art. 30 LCC).

## B. La Loi fédérale contre la concurrence déloyale

Le contrat relatif à la remise de la carte de crédit est un contrat d'adhésion. Le contenu des conditions générales de ce contrat sera susceptible d'être contrôlé par l'art. 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale<sup>8</sup>. L'art. 8 LCD prime la règle de l'insolite<sup>9</sup>.

L'art. 8 LCD doit s'interpréter à l'aune de la Directive 93/13/CEE<sup>10</sup>. Pour qu'une clause du contrat relatif à la remise de la carte de crédit soit considérée comme abusive et donc absolument nulle (art. 20 al. 1 CO), il faut que plusieurs conditions soient remplies.

Premièrement, le détenteur doit être un consommateur. Cela sera le cas s'il a conclu le contrat relatif à la remise de la carte de crédit dans l'objectif de pouvoir principalement utiliser cette carte pour satisfaire ses besoins privés.

Deuxièmement, la clause considérée doit être notablement déséquilibrée. Pour déterminer s'il y a déséquilibre, il faut se demander comment l'émetteur et le détenteur auraient réglé le point visé par la clause s'ils avaient eu des pourparlers à ce sujet. On admet généralement que les parties se seraient tournées vers le droit dispositif, dans la mesure où ce droit est réputé équilibré.

Finalement, le déséquilibre notable induit par la clause considérée doit être contraire à la bonne foi. Il faut donc se demander si l'émetteur pouvait de bonne foi admettre que le détenteur aurait consenti à cette clause si celle-ci avait été négociée. En cas de réponse négative, il y a présomption d'abus de la part de l'émetteur. Ce dernier peut cependant renverser cette présomption en démontrant que le déséquilibre notable induit par la clause examinée est compensé par un avantage concret accordé au détenteur.

## C. La Loi fédérale sur la protection des données

L'émetteur collecte et exploite des informations concernant le détenteur. Ces données personnelles sont aussi bien traitées avant la conclusion du contrat relatif à la remise de la carte (notamment des données sur la situation financière du détenteur) que pendant l'exécution du contrat (il s'agit d'informations sur les habitudes de consommation du détenteur). Ces données personnelles sont constitutives de profils de la personnalité (art. 3 let. d de la loi fédérale sur la protection des données<sup>11</sup>).

En particulier, l'émetteur doit traiter les données du détenteur de façon licite et conformément au principe de la bonne foi (art. 4 al. 1 et 2 LPD). L'émetteur doit aussi respecter le principe de la proportionnalité du traitement (art. 4 al. 2 LPD) et garantir la sécurité de ces données (art. 7 al. 1 LPD). Vu qu'il s'agit de profils de la personnalité, le détenteur doit avoir consenti expressément à leur traitement (art. 4 al. 5 LPD).

La LPD fait actuellement l'objet d'un projet de révision total. L'objectif poursuivi est notamment de rapprocher la législation suisse du droit européen.

## V. Exemples de dysfonctionnement dans la carte de crédit

L'examen des conséquences d'une utilisation abusive d'une carte de crédit qualifiée par une autre personne que le détenteur appelle un raisonnement en deux étapes : premièrement, il faut savoir si la prestation du commerçant doit être réglée par son partenaire contractuel (art. 468 al. 1 ou 97 al. 1 CO). L'émetteur supporte le risque d'abus qui ne résulte ni de sa faute ni de celle du commerçant, dans la mesure où il se trouve à l'origine du système de carte de crédit<sup>12</sup>. Il faut ensuite se demander si, en vertu du contrat d'émission, l'émetteur peut se tourner vers le détenteur pour lui réclamer le remboursement du montant dont il a dû s'acquitter pour régler le bien ou le service fourni par le commerçant (art. 402 al. 1 ou 2 CO).

Le détenteur peut agir en dommages-intérêts contre le commerçant lorsque ce dernier a mal exécuté ses obligations fondées sur le contrat de base (art. 97 al. 1 CO). En présence d'une carte de crédit qualifiée, l'art. 21 LCC peut également permettre au détenteur de faire abstraction de

<sup>8</sup> Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

<sup>9</sup> Également PICHONNAZ, CR LCD, ad art. 8, N 119.

<sup>10</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 95 du 21 avril 1993.

<sup>11</sup> Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1).

<sup>12</sup> Également OLIVER ARTER/FLORIAN S. JÖRG, Kreditkartenverträge – unter besonderer Berücksichtigung von Rückbelastungsklauseln, PJA 2004, 425 ss, 442.

la relativité des conventions en s'en prenant à l'émetteur. Cette disposition peut trouver à s'appliquer soit directement, soit par analogie, selon que le contrat d'émission de la carte de crédit est soumis ou non à la LCC.

Lorsque l'émetteur de la carte de crédit (ou le recruteur dans un système quadripartite) ne paie pas la prestation que le commerçant a fournie sur présentation valable de la carte, ce dernier peut se tourner vers le détenteur (art. 467 al. 2 et 469 CO). Cela suppose toutefois que ce commerçant n'ait pas convenu avec l'émetteur (ou avec le recruteur) de lui céder sa créance issue du contrat de base qu'il a passé avec le détenteur (art. 164 CO). Le commerçant peut également se prévaloir de l'art. 82 CO par analogie envers le détenteur pour refuser d'exécuter une obligation accessoire du contrat de base, aussi longtemps qu'il n'a pas été payé.

Dans le système à quatre parties, il n'y a certes pas de contrat entre le recruteur et le détenteur, ni entre l'émetteur et le commerçant. Toutefois, il existe un rapport juridique particulier (art. 2 al. 1 CC) entre le recruteur et le détenteur, ainsi qu'entre l'émetteur et le commerçant. Ce rapport découle d'une relation personnelle étroite indirecte entre les parties. Cela peut permettre de retenir une responsabilité fondée sur la confiance du recruteur envers le détenteur, ainsi que de l'émetteur envers le commerçant.

Lorsque le détenteur d'une carte de crédit a réglé un solde erroné du compte courant de la carte, il pourra réclamer à l'émetteur de cette carte le montant qu'il a payé en trop sur la base des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 CO), dans la mesure où il a payé ce montant par erreur (art. 63 al. 1 CO).

## VI. Conclusion

La carte de crédit est un instrument bien plus complexe qu'il n'y paraît. Elle est en effet sous-tendue par une architecture contractuelle compliquée. La carte de crédit qualifiée fait intervenir un ensemble multilatéral de contrats. La compréhension du fonctionnement de cette carte nécessite donc d'examiner chacun des contrats qu'elle implique en considérant à chaque fois ses interactions avec les autres contrats de l'ensemble. Par ailleurs, le contrat relatif à la remise de la carte (ainsi que le contrat d'acquisition) a un contenu formulé à l'avance au moyen de conditions générales. Il est donc très important de maîtriser et comprendre les instruments de contrôle des conditions générales existant en droit suisse.