

La LSFIn introduit les modes de résolution alternative des conflits

Le projet de LSFIn, actuellement en consultation, ambitionne de s'appliquer à tous les prestataires de services financiers, à leurs clients, de même qu'aux conseillers à la clientèle qui exercent leurs activités en Suisse. Précisions.

Le projet de LSFIn fait le choix d'un mode amiable de résolution de conflit comme préalable incitatif, voire impératif, à toute procédure adjudicative, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale. La Suisse suit en cela les recommandations du G20 et de la Banque mondiale, et rejoint ses voisins européens lesquels favorisent, dans le secteur financier, une «procédure de règlement extrajudiciaire des litiges» (REL) soumise à un certain nombre de règles et de principes uniformes en matière de règlement des conflits. Dans sa forme actuelle, le projet pose nombre de questions d'ordre sémantique et de fond qui nécessitent clarification, à défaut de quoi tant le processus que les entités chargées de l'appliquer risquent de ne pas être crédibles et donc inopérants.

I. PROCESSUS DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS

À sa lecture, le processus prévu au Chapitre 2 LSFIn¹ diffère en fonction de la langue nationale considérée, de sorte à créer une extraordinaire confusion relative:

- à la fonction, au rôle et aux tâches effectuées par l'organe de résolution des conflits,
- au processus et principes de résolution amiable et
- à son résultat.

Ainsi, un **Office d'Ombudsman** doit être clairement retenu, sachant que:

- le processus prévu est un processus hybride alliant notamment des aspects de médiation et de conciliation (mais non pas d'arbitrage qui est un processus décisionnel) ;
- la terminologie «organe/processus de conciliation», laquelle serait également appropriée s'agissant du processus, du rôle et des tâches envisagés par la LSFIn, pourrait prêter à confusion avec la procédure de conciliation devant l'autorité judiciaire de conciliation prévue aux articles 197 ss CPC² et
- la terminologie «organe de médiation/processus de médiation» est sémantiquement erronée s'agissant du processus, du rôle et des tâches envisagés par la LSFIn aux articles 75 – 84.



BIRGIT SAMBETH GLASNER

ASSOCIÉE, AVOCATE, LL.M.
MEMBRE DU CONSEIL DE L'ORDRE DES
AVOCATS DE GENÈVE
MÉDIATRICE ASSERMENTÉE
ALTENBURGER LTD LEGAL + TAX
RUE TOEPFFER 11 BIS
1206 GENÈVE
WWW.ALTENBURGER.CH

Si la Suisse connaît actuellement déjà un «Ombudsman des banques suisses» instauré par la Fondation éponyme, il est réservé aux clients des instituts membres de l'Association suisse des banquiers³. Par contre, la LSFIn prévoit l'obligation d'affiliation à un Office d'Ombudsman pour tous les prestataires de services financiers, de même que d'information de son existence et de sa procédure à leurs clients, ce lors de la conclusion de la relation d'affaire et en tout temps, la violation de cette règle de conduite étant pénalement réprimée par la LSFIn⁴. Tout Office d'Ombudsman sera soumis à l'agrément et à la supervision du DFJP⁵. Dotés de règlements d'organisation et de procédure, de même que de barèmes de contributions et de frais, ils devront disposer des connaissances techniques requises pour accomplir leurs tâches de manière indépendante, impartiale, transparente et efficace sur les plans organisationnel et financier, faute de quoi la reconnaissance pourra leur être retirée.

Les **cas qui feront l'objet d'une procédure de règlement amiable** par un Office d'Ombudsman devront, au préalable, avoir fait l'objet d'une tentative de négociation entre les parties. De plus, seules les demandes qui ne seront pas «manifestement abusives» seront traitées⁶.

Ne pourront lui être soumises, les affaires qui auront déjà fait l'objet d'un processus judiciaire ou arbitral - ou qui seront pendantes devant ces instances - ainsi que celles lui ayant déjà été soumises. Or, compte tenu du but de ce processus et de la diversité des motifs justifiant sa saisine, pouvoir devrait lui être donné de déterminer souverainement l'opportunité d'une demande, voire son caractère «manifestement abusif»⁷.

Enfin, un demandeur qui aura participé à un processus d'ombudsman ayant échoué pourra renoncer unilatéralement à la tentative de conciliation judiciaire prévue par le CPC en cas d'introduction de l'affaire en justice. Toutefois, cette faculté devra encore faire l'objet d'un ancrage légal eu égard aux questions de litispendance et de délais⁸.

Les **étapes de la procédure** ne sont pas indiquées dans la LSFIn et ce texte manque de logique et de clarté au sujet des diverses démarches que peut effectuer l'Office d'Ombudsman, leur chronologie et leurs interactions, la loi se bornant à indiquer qu'il doit prendre les «mesures nécessaires pour régler les litiges qui lui ont été soumis»⁹. Dans un souci de légitimité démocratique, ces questions de procédure doivent figurer dans la Loi plutôt que dans un Règlement de procédure.

À cet égard, il importe que les **principes de procédure** généralement applicables au processus de règlement extrajudiciaire des différends du «Financial Ombudsman» européen soient pris en compte, tels que: la confidentialité, l'indépendance, la transparence, le droit d'être entendu, l'effectivité, la légalité, la liberté, la représentation, l'accession à un MARC¹⁰, l'expertise et l'impartialité, l'équité et les coûts modestes, voire à certains égards la gratuité du processus.

Parmi les **démarches** qui sont proposées par l'Office d'Ombudsman selon la LSFIn, certaines sont problématiques. En particulier, une «évaluation matérielle et juridique du litige sur la base des informations dont il dispose» incombe à l'évidence au seul magistrat ou arbitre en charge du litige si aucun accord n'est intervenu dans le cadre du processus de résolution amiable. Cette faculté doit donc être écartée, sous réserve de l'accord explicite de toutes les parties au processus. De plus, la faculté de faire une «proposition de résolution adéquate et non confidentielle» est problématique car ce n'est que moyennant l'application stricte du principe de confidentialité¹¹ qu'une proposition de résolution adéquate peut entrer dans le cadre d'un processus de résolution amiable efficient; le cadre confidentiel permettant – sans mise en danger – une dynamique modifiée et un recul factuel, temporel et émotionnel bienvenu.

Les **prestataires de services financiers** seront tenus de participer à cette procédure et devront répondre aux demandes de renseignements émanant de l'Office d'Ombudsman.

Une telle obligation, qui ne met pas en péril les droits et garanties de procédure de tous les intéressés¹², devrait également être faite à leurs **clients**. Or, le texte français de la LSFIn est peu clair quant à la possible **parité des demandeurs** à la procédure de règlement amiable: clients et prestataires de services financiers. Compte tenu du but fixé qui consiste à faciliter une résolution amiable d'un litige potentiel ou avéré, en clarifiant non seulement la situation et les positions des parties, mais également leurs risques et leurs intérêts en présence, il est indispensable que ces dispositions s'appliquent aux deux parties et qu'une saisine symétrique implique les mêmes droits et obligations.

Enfin, les prestataires de services financiers verseront une **contribution financière** à l'Office de l'Ombudsman auquel ils sont affiliés, ce en fonction d'un barème de contributions et de frais. En l'état, aucune participation financière des clients n'est prévue.

II. TRIBUNAL ARBITRAL

En cas d'échec du processus de résolution amiable, la LSFIn prévoit l'instauration d'un Tribunal arbitral permanent¹³, à l'instar d'autres centres financiers comme Singapour ou les États-Unis

“ *Prévoir un arbitrage permanent en Suisse en lieu et place d'une procédure judiciaire étatique devrait permettre d'attirer les clients européens en Suisse et ainsi d'éviter la saisine de tribunaux étrangers.* ”

(FINRA¹⁴). Il s'agit d'un processus évaluatif et décisionnel qui aboutit au prononcé d'une sentence laquelle met fin au litige. Sa permanence favorisera l'homogénéité des décisions, dans un laps de temps plus court et en limitant les frais. La possibilité de prévoir un arbitrage permanent en Suisse en lieu et place d'une procédure judiciaire étatique devrait permettre d'attirer les clients européens en Suisse et ainsi d'éviter la saisine de tribunaux étrangers, ce en application de la Convention de Lugano modifiée en 2011¹⁵.

III. CONCLUSION

En matière de résolution des différends entre les prestataires de services financiers et leurs clients, la LSFIn prévoit une sorte de «step-proceedings», soit une résolution par paliers, la saisine du Tribunal arbitral n'étant possible qu'après une procédure de résolution amiable auprès d'un Office d'Ombudsman et d'une négociation directe préalable. Ce processus est à saluer dans la mesure où il permet, notamment, de désencombrer les tribunaux et d'éviter qu'un organe juridictionnel soit saisi de différends ayant peu de chance d'aboutir³. De plus, il favorisera indubitablement de meilleures relations entre les divers acteurs financiers également par une perception plus positive du marché.

Cependant, les mécanismes de résolution de litiges actuellement prévus manquent encore de clarté et de précision, en particulier quant à leur articulation.

¹ Articles 75 – 84 LSFIn ² Code de procédure civile ³ D'après les statistiques 2013 de l'actuel Ombudsman des Banques, 86% des affaires pécuniaires qui lui sont soumises par écrit concernent des litiges d'une valeur de CHF 100'000.- ou moins. Il semblerait que 9 fois sur 10, une clarification de la situation suffise à résoudre le différend.

⁴ Selon l'art. 121 LSFIn, la violation de cette obligation d'information (Règle de conduite) est passible d'une amende de CHF 50'000.- au plus; la négligence est quant à elle, punie d'une amende de CHF 15'000.- au plus. ⁵ Art. 82 LSFIn. ⁶ Art. 76 al. 4 let. c

⁷ Ce constat n'est pas anodin dans la mesure où il empêchera une tentative de résolution amiable dont la survenance est nécessaire, d'après le projet de loi, pour l'introduction subséquente d'une demande d'arbitrage au sens des articles 85 ss LSFIn (voir Chapitre 3 – Tribunal arbitral). ⁸ Voir art. 213 CPC et La médiation civile dans le Code de procédure civile unifié. Florence Pastore et Birgit Sambeth Glasner. Revue de l'Avocat Suisse 8-2010. ⁹ Art. 76 LSFIn ¹⁰ Mode amiable/alternatif de résolution des conflits ¹¹ Transparence et secret dans l'ordre juridique. Confidentialité en médiation: mythes et réalités. Birgit Sambeth Glasner, Liber Amicorum pour Me Vincent Jeanneret. Ed. Slatkine, Genève 2010 ¹² Art 6 CEDH ¹³ Option A – articles 87 ss LSFIn

¹⁴ Financial Industry Regulatory Authority ¹⁵ Ces modifications prévoient qu'en cas de litige au sujet d'un contrat conclu par un «consommateur» (soit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle) et pour autant que le prestataire de services financiers ait, par tout moyen, dirigé ses activités vers un État partie à la Convention: publicité, démarchage, négociation et signature du contrat dans l'État de domicile du consommateur, celui-ci peut agir au for de la banque ou au for de son domicile. Quand bien même le droit applicable est théoriquement la loi choisie par les parties (généralement le droit suisse), le client pourrait invoquer des règles impératives de protection de son droit national si elles lui sont plus favorables (éventuellement MIFID).