

Le Bâtonnier

Madame Eveline WIDMER-SCHLUMPF
Conseillère fédérale
Département fédéral des finances
Bundesgasse 3
3003 BERNE

Genève, le 27 mars 2013

Projet de Loi sur les services financiers (LSFin)

Madame la Conseillère fédérale,

L'Ordre des Avocats de Genève souhaite intervenir spontanément dans le cadre de la procédure de consultation liée au rapport intitulé « Loi sur les services financiers (LSFin) : éléments principaux d'une réglementation possible ».

Comme vous le savez, l'Ordre des Avocats de Genève n'a pas vocation à intervenir sur les choix politiques conduits par la Confédération.

Certains éléments de ce projet interpellent toutefois notre association en ce qu'ils touchent plus particulièrement à l'exercice de la profession d'avocat.

Ce sont uniquement sur ces éléments que nous entendons revenir ci-après :

I. Question 15 : extension du système de médiation

A l'instar de la Procédure administrative fédérale¹, dans le cadre de son Message 28 juin 2006 accompagnant le nouveau Code de procédure civil², le Conseil fédéral a insisté sur la nécessité d'intégrer la médiation comme alternative étatique aux procédures de conciliation³.

¹ Art. 33b PA - Accords amiables et médiation, en vigueur depuis 2007 :

¹ *L'autorité peut suspendre la procédure, avec le consentement des parties, afin de permettre à celles-ci de se mettre d'accord sur le contenu de la décision. L'accord doit inclure une clause de renonciation des parties aux voies de droit ainsi qu'une clause réglant le partage des frais.*

² *Afin de favoriser la conclusion d'un accord, l'autorité peut désigner comme médiateur une personne physique neutre et expérimentée.*

³ *Le médiateur est soumis uniquement à la loi et au mandat de l'autorité. Il peut administrer des preuves; il ne peut procéder à une inspection locale, demander une expertise ou entendre des témoins qu'après y avoir été habilité par l'autorité.*

⁴ *L'autorité fait de l'accord le contenu de sa décision, sauf si l'accord comporte un vice au sens de l'art. 49.*

⁵ *Si les parties parviennent à un accord, l'autorité ne prélève pas de frais de procédure. Si elles n'y parviennent pas, l'autorité peut renoncer à leur imposer des débours pour la médiation pour autant que les intérêts en cause le justifient.*

⁶ *Chaque partie peut en tout temps demander la reprise de la procédure.*

² <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/6841.pdf>.

³ « Intégrer la médiation et l'arbitrage ou comment bien maintenir de bonnes traditions : Juges de paix et commissions de conciliation étatiques ne sont pas les seuls instruments de l'allègement de la charge des tribunaux. La médiation prend essor aussi dans notre pays, notamment dans les domaines familial et commercial. L'évolution est digne d'attention et doit être suivie. Elle peut décharger sensiblement les tribunaux spécialement dans les cas complexes. Le projet lui fait une place plus large que l'avant-projet, sans la régler pour autant de manière détaillée et exhaustive. C'est une alternative aux procédures étatiques de conciliation. ».

« Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non seulement parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquemment plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir. ».

En effet, la médiation est un mode alternatif de résolution des conflits (MARC ou *ADR Alternative Dispute Resolution Method*) particulièrement attractif pour résoudre les conflits en matière civile.

Dans le domaine financier en particulier, la médiation est un mode de résolution adéquat pour résoudre les litiges relatifs aux prestations financières, commissions, investissements, etc. dans la mesure où il s'agit d'une méthode rapide, peu onéreuse et totalement confidentielle permettant la sauvegarde du secret bancaire et/ou professionnel, dans le cadre de laquelle les parties gardent la maîtrise complète du processus et sauvegardent leurs relations d'affaires.

Les statistiques nationales et internationales démontrent qu'au moyen de la médiation, environ 80% des conflits sont définitivement réglés à l'amiable grâce à 2 à 4 séances de médiation.

Par ailleurs, à l'instar de certains litiges internationaux de grande envergure lesquels ont appliqué la médiation à la résolution de conflits importants impliquant de multiples parties et de nombreux systèmes bancaires et financiers: tels que les affaires *Lehmann Brothers* et *Madoff*, Genève, Canton particulièrement actif dans le domaine de la gestion de fortune, a d'ores et déjà vu moult conflits financiers réglés par la voie de la médiation.

Enfin, ce processus répond au système mis en place par la Directive Européenne⁴ laquelle encourage le règlement amiable des litiges et le recours à la médiation comme moyen de règlement en matière civile et commerciale et s'applique aux litiges transfrontaliers.

Dès lors, il importe que des dispositions similaires soient prises dans le cadre de la Loi sur les services financiers telle que projetée.

Son article 9 (Remarque 17) prévoit : « Il convient de renforcer le système de la médiation. A cet effet, une obligation d'affiliation à une instance de médiation habilitée à formuler des recommandations pourrait être introduite. Une solution de rechange, à savoir la création d'une instance de médiation étatique dotée de compétences décisionnelle, est mise en discussion. ».

S'ensuivent deux propositions qui apportent une confusion au sujet des notions de médiation et de conciliation (respectivement de « Ombudswesen » et de « Schlichtungsstelle ») : alors que la version allemande se réfère au rôle d'un ombudsman (« 9.2 Ausbau des Ombudswesens »), la version française prévoit celui d'un médiateur (« 9.2 Extension du système de médiation »).

Ces problématiques terminologiques sont d'importance dans la mesure où le sens même des termes utilisés n'est pas identique et qu'il existe un risque réel de confusion entre le rôle d'un ombudsman ou d'un conciliateur et celui d'un médiateur

Contrairement au conciliateur/ombudsman qui est limité par les positions des parties et par un cadre juridique strict dans lequel se situe le conflit, le médiateur facilite les discussions et négociations en vue de répondre aux intérêts et besoins de parties (plutôt que les positions juridiques) en s'appuyant également sur des éléments exogènes qui ont souvent une grande importance dans la mesure où ils facilitent non seulement la compréhension mais également la résolution du différend.

⁴ Cf. Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, qui instaure une procédure par laquelle un accord peut être confirmé par un jugement, une décision ou un instrument authentique d'une juridiction ou d'une autorité publique qui permette la reconnaissance mutuelle et l'exécution des accords transactionnels dans toute l'Union européenne, qui prévoit la suspension des délais de prescription et assure la confidentialité et la qualité de la médiation.

Dans sa grande sagesse, le législateur, ayant admis l'importance de la coexistence de ces deux modes dans une palette moderne de méthodes de résolution des conflits, a prévu la conciliation ainsi que la médiation en parallèle dans le cadre du Code de procédure civile⁵.

Ainsi, la conciliation est règlementée au Titre 1 (art. 197-212 CPC) et consiste en une procédure judiciaire devant une autorité de conciliation, alors que la médiation est une procédure extra-judiciaire qui figure au Titre 2 comme une alternative à la conciliation (art. 213-18 CPC).

Si ces deux modes prévoient qu'un Neutre (Conciliateur et Médiateur) assiste les parties en vue de résoudre leur différend de façon amiable, ils diffèrent cependant non seulement dans la manière mais dans les outils et le but recherché.

La conciliation est ainsi un processus évaluatif, basée sur la logique du syllogisme juridique, où le rôle du tiers neutre est principalement de mettre en évidence les faits (le passé) et les lois applicables pour pouvoir émettre une proposition (art 210 CPC) dans le cadre d'une « zone d'entente possible » basée sur l'analyse juridique de la situation. Sa proposition, si elle est acceptée par les parties, a valeur de jugement et force de chose jugée (art 211 CPC). Dès lors, le rôle du conciliateur est similaire à celui d'un magistrat ou d'un arbitre avec la différence que l'avis ou les propositions faites par le conciliateur ne sont pas nécessairement contraignantes ou opposables⁶.

En revanche, le rôle du médiateur est celui d'un facilitateur dans le cadre d'une négociation raisonnée⁷, lequel va assister les parties, dans le cadre d'un processus non-évaluatif et à leur libre disposition, à réfléchir en terme d'intérêts, de risques, d'alternatives et de d'options qui s'inscrivent dans la réalité concrète des parties. Les aspects juridiques sont l'une des composantes de la réflexion, tout comme les aspects commerciaux, financiers relationnels, politiques, etc.

Le rôle d'un ombudsman est similaire à celui d'un conciliateur et non d'un médiateur.

Or, contrairement à ce qu'annonce le Projet de Loi sur les services financiers (cf. éléments principaux, pt 17 : « il convient de renforcer le système de médiation [...] »), aucune des deux variantes proposées n'envisage effectivement la médiation !

La section 9.2 du Projet de Loi sur les services financiers propose les deux variantes d'un système d'ombudsman ou de conciliation suivantes.

- **Variante 1 - Instance de « médiation » [en réalité de conciliation] avec obligation d'adhésion et habilitée à émettre des recommandations :**

Dans ce cadre, l'instance rend une recommandation portant sur la manière de régler l'affaire et, si elle considère la prétention du client fondée, elle l'indique dans sa recommandation ce qui habilite ledit client à bénéficier d'une présomption irréfutable de bonne-foi pour intenter une procédure et au surplus le financement (anticipé et final) de ses frais de procédure s'il devait aller en justice.

L'avantage de ce système peut résider dans l'encouragement qu'il procure aux parties en vue de trouver un accord amiable.

⁵ Partie 2 du CPC, cf. dispositions spéciales.

⁶ En cas de faible valeur litigieuse (jusqu'à CHF 2'000.-), le Conciliateur a même un pouvoir décisionnel (cf. art. 212 CPC).

⁷ Cf. *Harvard concept : Interest based negotiation.*

• **Variante 2 - Instance de conciliation étatique avec compétence décisionnelle :**

Ici, l'instance a un réel pouvoir décisionnel pour les affaires ne dépassant pas une valeur litigieuse donnée (par ex. CHF 100'000.-). Si la valeur en litige est plus élevée, l'instance de conciliation émet une recommandation (cf. variante 1).

Compte tenu de ses compétences décisionnelles, il est prévu un contrôle judiciaire de ses décisions.

II. Réponse à la Question 15

Au vu de l'importance de la médiation comme MARC adéquat et efficient, une troisième solution devrait être explorée qui consiste à prévoir la possibilité du renvoi en médiation (de manière libre, comme le prévoit le CPC, ou auprès d'une Instance indépendante désignée à cet effet) en parallèle à la possibilité de règlement par une Instance de Conciliation (similaire à l'Ombudsman des Banques) dont les prérogatives seraient d'émettre des recommandations (et non pas des décisions sujettes à recours).

Ce système pourrait s'inspirer des dispositions du CPC en matière de médiation (art. 213 ss CPC), de la manière suivante :

1. Les parties peuvent déposer en tout temps une requête de médiation commune visant à ouvrir une procédure de médiation.
2. Si une procédure de conciliation est en cours et si le conciliateur le propose ou que toutes les parties en font la demande, la procédure de conciliation peut en tout temps être remplacée par une médiation.
3. Alternative :
 - a) Une Instance de médiation indépendante est mise en place et les parties peuvent s'adresser à celle-ci ;
 - b) Les parties se chargent de l'organisation et du déroulement de la médiation.
4. La médiation est toujours confidentielle et les déclarations des parties en médiation ne peuvent être prises en compte dans la procédure de conciliation.
5. Les délais de procédure ne sont pas suspendus par le processus de médiation (ni de conciliation).
6. Les frais de la médiation sont :
 - a) à la charge de l'Instance de médiation ;
 - b) à la charge des parties, voire de l'assistance juridique.

III. Avance des frais de procédure par le prestataire des services financiers

Si, a priori, il pourrait être dans l'intérêt des avocats de soutenir une mesure visant à assurer par le prestataire de services financiers le paiement de frais de la procédure, force est de constater que cette proposition pourrait être en pratique extrêmement problématique.

En effet, cette proposition comporte au moins deux inconvénients majeurs :
D'une part, les avocats sont bien placés pour savoir que la perspective d'une prise en charge par des tiers incite le client à entreprendre des démarches judiciaires plutôt qu'à chercher des solutions amiables à son litige. Le résultat pourrait être une surcharge de travail importante pour les tribunaux et des procédures entreprises dans des circonstances où il se justifierait plutôt de

renoncer. De ce point de vue, le fait que la prétention du client soit considérée par l'instance de médiation comme vraisemblablement fondée ne suffit pas exclure la multiplication de démarches procédurières encouragées par la perspective de ne pas avoir à en supporter les conséquences de ces choix.

D'autre part, la proposition consistant à prévoir que les frais judiciaires devraient être en tous les cas à la charge du prestataire de service financiers, quelle que soit l'issue du procès, pour autant que la prétention du client soit considérée comme vraisemblablement fondée par l'instance de médiation, apparaît comme une entorse non justifiable au principe selon lequel il appartient à la partie qui succombe de prendre en charge les frais de la procédure. Le caractère irréfutable de la présomption mentionnée dans le rapport renforce encore cet inconvénient. Il n'est par ailleurs pas exclu de voir une procédure a priori vraisemblablement fondée apparaître dans le cours d'une enquête, par exemple par la production dans la procédure d'informations qui n'étaient pas connues au moment où l'instance de médiation s'est déterminée, comme en réalité parfaitement abusive. Imaginer dans un tel cas que le prestataire de services financiers doit prendre en charge lui-même les frais judiciaires, quelle que soit l'issue du procès, est en réalité une incitation supplémentaire pour les clients de ces prestataires de service à entamer des démarches sans justification.

Dans ces circonstances, nous ne saurions trop recommander la prudence sur ces propositions d'ordre procédural.

Nous vous remercions par avance de la bonne suite que vous donnerez à la présente et nous tenons à disposition pour répondre à toute question éventuelle que susciterait la présente détermination.

Veillez agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre très haute considération.

François CANONICA
Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Genève

