

JURISTES, FISCALISTES & JURISPRUDENCE

LSFin et le nouvel Organe de Médiation: entre enfer et paradis

...article de Me Nicolas Ollivier, LALIVE

Il s'agit d'une petite révolution dans l'industrie financière suisse. Dès le 1er janvier 2020, la Loi fédérale sur les services financiers (LSFin), la Loi sur les établissements financiers (LEFin) et la Loi sur le contrôle des métaux précieux (LCMP) introduiront une obligation à plusieurs professionnels de l'industrie financière suisse (notamment gestionnaires de fortune indépendants, trustees, gestionnaires de fortune collective, directions de fonds, maisons de titres, conseillers à la clientèle et essayeurs du commerce) de s'affilier auprès d'un organe de médiation, dans les six mois dès la reconnaissance d'un tel organe par le Département fédéral des finances (DFF). Même s'ils ne ciblent que des clients professionnels ou institutionnels, à l'exclusion des clients privés, l'affiliation à un organe de médiation sera obligatoire. Le financement de cet organe sera assuré par le versement de contributions financières des professionnels qui devront couvrir la totalité de ses frais. En raison de l'affiliation et du financement obligatoires, l'organe de médiation se verra octroyer un mandat légal. Certains professionnels seront également soumis à une autorisation de la FINMA, d'autres à une obligation d'enregistrement auprès d'un registre des conseillers reconnu par la FINMA. Cas échéant, l'affiliation auprès de l'organe de médiation constituera une condition préalable à l'autorisation, respectivement à l'inscription au registre des conseillers.

La médiation est une institution déjà reconnue, par le Code de procédure civile (CPC) entré en vigueur le 1er janvier 2011. Les conditions de la procédure de médiation sous le CPC et la LSFin diffèrent cependant de manière conséquente en ce qui concerne la liberté contractuelle et la gestion des risques. Le mandat de l'organe LSFin dépasse aussi celui du médiateur CPC. Il nécessite des compétences techniques allant au-delà de celles nécessaires pour mener une procédure CPC. Dans les deux cas, la médiation peut être définie comme un mode extrajudiciaire de résolution des litiges par l'entremise d'un tiers neutre, indépendant et impartial, la médiatrice ou



Nicolas Ollivier
Avocat
LALIVE

le médiateur, œuvrant au rapprochement des parties afin qu'elles trouvent une solution à l'amiable à leur litige. Le professionnel sera tenu de participer à la procédure en donnant suite aux citations de comparution, invitations à prendre position et demandes de renseignements de l'organe de médiation. Ce dernier ne se voit pas confier de compétences décisionnelles. Il pourra toutefois communiquer aux parties sa propre évaluation matérielle et juridique du litige. En cas d'échec de la médiation, le client pourra saisir directement le tribunal compétent sans devoir participer à une audience de conciliation obligatoire. La médiation sera notamment utile pour tenter de résoudre les litiges portant principalement sur des créances représentant des valeurs litigieuses de faible ou moyenne importance, pour lesquelles l'accès aux tribunaux est souvent trop coûteux. En effet, l'indemnité pour les frais d'avocats allouée par un tribunal ne couvre pas toujours l'intégralité des notes d'honoraires de l'avocat de la partie victorieuse. Indépendamment du montant litigieux, la

Dès le 1er janvier 2020, la Loi fédérale sur les services financiers (LSFin), la Loi sur les établissements financiers (LEFin) et la Loi sur le contrôle des métaux précieux (LCMP) introduiront une obligation à plusieurs professionnels de l'industrie financière suisse de s'affilier auprès d'un organe de médiation, dans les six mois dès la reconnaissance d'un tel organe par le Département fédéral des finances.

JURISTES, FISCALISTES & JURISPRUDENCE

LSFin et le nouvel Organe de Médiation: entre enfer et paradis

...article de Me Nicolas Ollivier, LALIVE

médiation servira aussi à éviter des procédures juridiques pour des conflits résultant de défauts de communication entre les parties, de la méconnaissance de l'industrie financière par le client ou encore de charge émotionnelle excessive. L'organe de médiation selon la LSFin devrait aussi tenir un rôle particulier et important dans la détection de problèmes systématiques ou de concurrence déloyale dans le marché financier suisse, contribuant à améliorer sa compétitivité internationale.

L'objectif déclaré est de créer un instrument permettant de régler extrajudiciairement les litiges en harmonie avec les normes internationales et européennes élaborées ces dernières années, en particulier les principes et réglementation sur la protection des consommateurs de services financiers adoptés par le G20, la banque mondiale, MiFID et la directive européenne du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. Cette directive a été adoptée en raison de l'échec des états membres, incapables d'instaurer les conditions devant être respectées par un organe de médiation pour être reconnu au niveau européen. La LSFin confie cette tâche de reconnaissance au DFF et lui permet de reconnaître un ou plusieurs organes. A ce jour, seuls l'Ombudsman des banques et l'Ombudsman des assurances existent dans le marché financier. En 2020, la vitrine de la médiation sur la place financière pourrait ainsi être constituée de ces derniers et d'une hydre à plusieurs têtes des ombudsmans pour les professionnels qui ne sont pas des banques, maisons de titres ou assurances. La question se pose de savoir si une telle pluralité est souhaitable ou même compatible avec les standards internationaux et européens ainsi que les conditions du marché financier suisse.

Une concurrence entre entités de médiation pourrait s'avérer préjudiciable à la protection des consommateurs, ancrée dans de nombreux instruments internationaux et à l'art. 97 de la Constitution suisse. Selon le rapport n°69916 de la Banque mondiale intitulé "*Resolving disputes between*

consumers and financial businesses", seuls quelques pays ont eu l'idée insolite d'instaurer une concurrence entre des organes de médiation. Le rapport souligne les graves risques pour l'indépendance et l'impartialité de ces organes car les professionnels peuvent favoriser l'organe de médiation susceptible d'agir dans le sens le plus favorable à l'industrie financière. La directive européenne du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation souligne que l'indépendance et l'impartialité de l'organe sont essentielles pour que les clients soient assurés que les mécanismes de médiation leur offriront une procédure équitable et indépendante. La concurrence dans le domaine de la médiation relevant d'un mandat légal risque de rendre très difficile, sinon impossible, le respect des exigences internationales susmentionnées, lesquelles sont par ailleurs reprises par la LSFin comme conditions nécessaires à l'obtention de la reconnaissance par le DFF. Par ailleurs, le marché libre de la médiation n'a pas vu la création d'autres organes de médiation que l'Ombudsman des banques et l'Ombudsman des assurances, deux fondations à buts non lucratifs. Cependant, toutes les banques et compagnies d'assurance n'y sont pas affiliées. Si le marché libre de la médiation avait fonctionné, l'Etat n'aurait pas eu à intervenir en légiférant dans la LSFin, la LEFin et la LCMP pour renforcer la position de la médiation en rendant l'affiliation obligatoire à un organe de médiation. Par cette intervention, qui remplace le mandat privé par un mandat légal, l'Etat devient compétent pour décider du ou des mandats à accorder. Il doit en décider dans le respect des buts de la loi qui sont de protéger les clients, fixer des conditions (notamment de concurrence) comparables entre les différents professionnels et renforcer la réputation et la compétitivité de la place financière (art. 1 LSFin). Dans le cadre de l'attribution du mandat légal d'organe de médiation, choisir entre reconnaître un ou plusieurs organes revient au final à appliquer l'art. 36 Cst qui permet de restreindre un droit constitutionnel — tel la liberté économique de quelques personnes de créer des organes de médiation — en soupesant tous les intérêts pertinents

Une concurrence entre entités de médiation pourrait s'avérer préjudiciable à la protection des consommateurs, ancrée dans de nombreux instruments internationaux et à l'art. 97 de la Constitution suisse.

JURISTES, FISCALISTES & JURISPRUDENCE

LSFin et le nouvel Organe de Médiation: entre enfer et paradis

...article de Me Nicolas Ollivier, LALIVE

en jeux, en particulier les exigences internationales et les buts de la loi susmentionnés.

La coexistence de plusieurs organes de médiation aura aussi assurément pour conséquence d'augmenter le coût global lié à la création, la mise en œuvre et au maintien du système de médiation. Ce coût sera supporté par les professionnels qui verront déjà leurs marges réduites par les coûts liés à la mise en œuvre des autres nouvelles et nombreuses exigences réglementaires, en particulier pour les gérants de fortunes indépendants, trustees et conseillers à la clientèle qui étaient peu réglementés jusqu'à présent. Il est important pour la compétitivité des professionnels et de la place financière suisse d'assurer la mise en place d'organes de médiation de qualité tout en assurant des coûts proportionnels au risque de procédures. A relever aussi que les compétences de l'État n'impliquent pas seulement de reconnaître les organes de médiation mais aussi de les surveiller. Un nombre plus élevé d'organes de médiation génèrera indubitablement plus de travail pour l'État.

Il faut aussi tenir compte dans le choix du nombre d'organe(s) de médiation à reconnaître des besoins du marché par rapport au risque de procédures et de la nécessité qu'il(s) dispose(nt) des compétences nécessaires pour traiter des cas litigieux même si le nombre de procédures s'avère finalement faible. Les organes de médiation devront fournir leurs services à tout le moins dans les trois langues officielles de la Confédération. Ils devront également publier un rapport annuel à l'instar de celui de l'Ombudsman des banques. Ce rapport annuel devra résumer leur activité et mettre en exergue les problèmes systémiques ou importants, ainsi que communiquer des statistiques sur le nombre et le type de litiges ainsi que le résultat de la médiation. Un nombre de cas insuffisant rendra les rapports annuels dénués de la base de données statistiques nécessaire à leur crédibilité.

Parmi les candidats au statut d'organe de médiation, le DFF devra prêter une attention particulière à ceux qui pourraient ne pas être indépendants en raison de liens avec une association professionnelle dont le professionnel doit être membre pour s'affilier à l'organe. En effet, l'art. 101 al. 21 de l'Ordonnance sur les services financiers (OSFin) permet à l'organe de médiation de ne pas être indépendant s'il dispose néanmoins d'un financement suffisant, distinct et affecté. Si jusqu'à présent, le marché libre de la médiation a vu la création d'organes de médiation "exclusifs" aux membres d'une association, maintenir une telle pratique à l'avenir risque de péjorer la liberté d'association (art. 23 Cst) des professionnels ou les conditions de concurrences équitables devant prévaloir entre eux. En effet, si un professionnel ne souhaite pas être membre d'une association il devra s'affilier à un autre organe de médiation indépendant dont les cotisations pourraient être plus élevées en raison d'un nombre d'affiliés plus faible. Pour éviter ces coûts plus élevés, le professionnel pourrait renoncer à sa liberté d'association en devenant membre d'une association avec laquelle il ne partage pas les buts. Par ailleurs, le DFF ne devrait pas pouvoir commencer par ne reconnaître qu'un seul organe de médiation non indépendant car le Conseil fédéral a l'obligation d'instaurer un organe indépendant en vertu de l'art. 84 al. 4 LSFin «*s'il n'existe aucun organe de médiation pour plusieurs prestataires de services financiers*». A ne reconnaître qu'un organe de médiation lié à une association la condition de l'art. 84 al. 4 LSFin serait remplie: plusieurs professionnels n'auraient aucun organe de médiation auquel s'affilier, sauf à renoncer à leur liberté d'association, ce qui n'est pas acceptable. A notre avis, il convient d'éviter une telle situation. La transition du mandat privé de l'organe de médiation au mandat légal ne peut pas se faire selon les mêmes règles du marché libre sans risque de créer des conditions concurrentielles inéquitables entre les professionnels soumis à l'obligation d'affiliation. Tous les concurrents au sein d'une même branche doivent bénéficier des mêmes opportunités et conditions d'affiliation.

*Le Conseil fédéral a l'obligation d'instaurer un organe indépendant
en vertu de l'art. 84 al. 4 LSFin*

«s'il n'existe aucun organe de médiation pour plusieurs prestataires de services financiers».

JURISTES, FISCALISTES & JURISPRUDENCE

LSFin et le nouvel Organe de Médiation: entre enfer et paradis

...article de Me Nicolas Ollivier, LALIVE

Dans un tel contexte, il semble approprié d'étendre les conditions d'admission de l'Ombudsman des banques dès le 1er janvier 2020, afin que tous les professionnels des branches qui lui sont déjà largement affiliés (banques et maisons de titres) puissent y accéder dans le respect notamment de leur liberté d'association. Pour les autres branches, la création ou la reconnaissance d'au moins un "nouvel" organe indépendant sera nécessaire. La création ou la reconnaissance de plusieurs "nouveaux" organes devrait dans tous les cas garantir des conditions concurrentielles équitables entre professionnels, les meilleures économies d'échelle ainsi que protéger les clients et la compétitivité internationale de la place financière suisse. L'indépendance, l'impartialité, la transparence, les compétences et la disponibilité de tout organe devraient également être garanties pour revêtir le statut d'organe de médiation "reconnu". Dans le cas contraire, la valeur ajoutée d'une reconnaissance de l'Etat et de l'introduction du mandat légal serait remise en cause.

Le nombre d'organes de médiation étant actuellement encore incertain, les années à venir pourraient voir la coexistence de plusieurs organes de médiation tournant au ralenti, inefficaces, partiels et trop coûteux. Au final, au lieu d'apporter une valeur ajoutée aux professionnels et à la réputation de la Suisse pour renforcer la confiance des clients nécessaire à la croissance de sa place financière, les organes de médiation pourraient produire un effet contraire. Le choix appartient en définitive au DFF qui est compétent pour accorder à un ou plusieurs organes de médiation supplémentaire(s) à l'Ombudsman des banques, le mandat légal prescrit par la LSFin. Dans tous les cas, leur indépendance, impartialité, transparence, compétences et disponibilité doivent être garanties afin de «garantir une médiation conforme à l'Etat de droit, dans l'intérêt de tous les intéressés», comme l'énonce le message du Conseil fédéral relatif à la LSFin.

BIOGRAPHIE DE L'AUTEUR

Nicolas Ollivier est titulaire d'un Master en droit avec mention droit européen de l'Université de Fribourg (2004) et d'un LL.M (avec distinction) de l'Université de Durham (2010).

Avocat de droit suisse, il a rejoint LALIVE en 2012, après plusieurs années d'exercice.

Il est spécialisé en droit bancaire et financier; il conseille et représente régulièrement des clients, banques, négociants en valeurs mobilières, gérants de fortune indépendants et trustees dans des affaires complexes, notamment en

matière de mauvaise gestion d'actifs, contentieux en matière d'appels de marge et produits OTC, faillite bancaire, ordres de transferts frauduleux, blocage de comptes en banque, distribution de fonds d'investissement ainsi que relativement aux procédures administratives et de droit de la surveillance conduites par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers.

Actuellement Counsel au sein de LALIVE, Nicolas Ollivier est également l'auteur de plusieurs publications en droit bancaire et des marchés financiers.