
LUC THÉVENOZ*

Médiation et arbitrage dans les services financiers (conseil en placement et gestion de fortune)

Introduction

En 1993, le Centre d'études juridiques européennes¹ de l'Université de Genève lançait un projet de recherche pour examiner les conditions auxquelles une offre d'arbitrage en matière de gestion de fortune serait attrayante pour les clients autant que pour les prestataires de services financiers. Une première réunion avec une douzaine de banques montrait un intérêt assez vif d'une majorité des personnes présentes. Il suffit cependant d'une deuxième réunion pour enterrer le projet. Les responsables juridiques avaient entretemps discuté avec leurs directions générales. Proposer l'arbitrage signifiait, pour l'essentiel, renoncer à une protection efficace contre les prétentions de nombreux clients qui ne pouvaient pas se permettre de les faire valoir devant des tribunaux étatiques en raison du statut fiscal de leurs avoirs.

Vingt-cinq ans plus tard, dans un contexte d'échange automatique de renseignements en matière fiscale, quelles sont les perspectives de la médiation et de l'arbitrage comme modes de résolution des litiges relatifs aux services financiers – spécialement la gestion de fortune et le conseil en placement² – que la place financière suisse offre toujours avec succès à une clientèle privée et institutionnelle suisse et étrangère ?

Cet article commence par un rapide tour d'horizon international de la situation (I). Il examine ensuite le développement de la médiation qui résultera de la mise en œuvre de la loi sur les services financiers (II) et s'achève par quelques réflexions sur l'arbitrage et les actions collectives dans ce domaine (III).

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, directeur du Centre de droit bancaire et financier, arbitre (1997–2001) du Tribunal arbitral pour les comptes en déshérence en Suisse.

¹ Dont est issu en 2003 le Centre de droit bancaire et financier.

² Nous adoptons ici la terminologie de la loi sur les services financiers du 15 juin 2018, qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2020. Dans l'Union européenne, on parle depuis 25 ans de services d'investissement.

I. Tour d'horizon

A. États-Unis

Aux États-Unis d'Amérique, l'arbitrage et la médiation sont devenues les méthodes presque exclusives de résolution des litiges dans les services d'investissement depuis qu'en 1987, la Cour suprême a confirmé la validité des clauses arbitrales dans les contrats de services et l'arbitrabilité des litiges fondés sur une violation du *Securities Exchange Act* de 1934 ou sur le *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO) de 1970³. Ces procédures sont administrées par la *Financial Regulatory Authority* (FINRA), un organisme d'autorégulation qui surveille et sanctionne les prestataires de services financiers sous la supervision de la *Securities and Exchange Commission* (SEC)⁴.

Le nombre d'affaires traitées par ce système de résolution des litiges reste considérable (3'735 en 2017), même s'il marque un net fléchissement (6'041 en 2010, 9'043 en 2005). Il s'agit aussi bien de litiges entre clients et professionnels (65%)⁵ qu'entre professionnels (35%). La plupart font l'objet d'une solution transactionnelle, avec (13%) ou sans (53%) médiation formelle. Seules 18% des affaires ont été tranchées par un arbitre ou un panel arbitral en 2017.

Le succès de ce dispositif ne tient pas à l'engouement des clients pour la voie arbitrale, mais au désir des professionnels des services financiers de se protéger contre les risques des procès devant les tribunaux civils, caractérisés par la présence fréquente d'un jury, l'importance et l'imprévisibilité des *punitive damages* octroyés par ces jurys, et surtout le risque de nombreuses *class actions*. C'est la raison pour laquelle des clauses de médiation et d'arbitrage figurent systématiquement dans les contrats proposés par les *broker-dealers* et les *investment advisers* à leurs clients.

La légitimité de ces arbitrages imposés *ex ante* à la clientèle a souvent été critiquée⁶. Elle a donné lieu à plusieurs études empiriques⁷. Plusieurs interdictions législatives des

³ *Shearson/American Express Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987).

⁴ Pour une explication du système, cf. notamment Pace Law School et FINRA, *How to Prevent and Resolve Disputes with Your Broker*, ed. by J. GOSS, E. PEKAREK ET A. OSHINS, 2011.

⁵ Les indications entre parenthèses concernent l'année 2017. Pour un tableau beaucoup plus détaillé, cf. www.finra.org/arbitration-and-mediation/dispute-resolution-statistics. Toutes les références à des sites web ont été vérifiées le 26 mars 2018.

⁶ L. SHORE & R. ROTHKOPF, *Mandatory Arbitration of Securities Disputes in the United States: Not Statutory, but De Facto Mandatory*, in *Sports arbitration: A coach for other players*, GEISINGER & TRABALDO-DE MISTRAL (eds), ASA Special Series No 41, pp. 137–144.

clauses d'arbitrage (*pre-dispute arbitration clauses*) ont été envisagées mais jamais adoptées par le Congrès⁸. Le *Dodd-Frank Act* a chargé la SEC et le *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) de réaliser une étude dans leur domaine respectif de compétence et, le cas échéant, d'interdire par règlement les clauses d'arbitrage dans la mesure où celles-ci empêchent les clients d'introduire une *class action*. La SEC a décidé de ne pas intervenir. Le CFPB a publié son étude en 2015 et, à l'issue d'une vigoureuse controverse publique, adopté en juillet 2017 un règlement garantissant aux clients du secteur bancaire (son domaine de compétence) l'accès aux *class actions* devant les tribunaux civils⁹. Comme la loi l'y autorise, le Congrès a décidé en octobre 2017 de supprimer cette règle, qui n'est donc pas entrée en vigueur.

Une deuxième critique vise le nombre (et le montant) des sentences arbitrales en faveur des clients qui ne sont pas exécutées par le défendeur, le plus souvent une entreprise en faillite¹⁰.

B. Europe

Le tableau est très différent et plus diversifié en Europe. Au sein de l'Union européenne, il résulte des impulsions de la Commission européenne visant à favoriser le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation¹¹. Dans le domaine financier, la Commission a suscité la création en 2001 de FIN-NET (*Financial Dispute Resolution Network*), un

⁷ General Accounting Office, *How Investors Fare* (1992 ; GAO/GGD-92-74) ; J.E. KONDO, *Self-Regulation and Enforcement in Financial Markets: Evidence from Investor- Broker Disputes at the NASD* (2007) ; CHOI, FISCH & PRITSCHARD, *The Influence of Arbitrator Background and Representation on Arbitration*, http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/154 ; GROSS & BLACK, *Perceptions of Fairness in Securities Arbitration: An Empirical Study* (2008), <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/478/> ; O'NEAL & SOLIN, *Mandatory Arbitration of Securities Disputes: A Statistical Analysis of How Claimants Fare*, 2007, <http://www.slcg.com/securities-research/papers/35/mandatory-arbitration-of-securities-disputes>.

⁸ Cf. notamment R. TSCHÄNI, *Private Securities Litigation Reform Act vom 1995, RSDA 1996 76*.

⁹ BCFP, *Arbitration Agreements—Final rule ; official interpretations*, 83 *Federal Register* 33428.

¹⁰ General Accounting Office, *Securities Arbitration: Actions Needed to Address Problem of Unpaid Awards*, (2000 ; GAO/GGD/00-115) ; Public Investors Arbitration Bar Association Report, *Unpaid arbitration awards: A problem the industry created – a problem the industry must fix* (2016) ; STOLTMANN & BERKSON (2018). *Unpaid Arbitration Awards: The Case For An Investor Recovery Pool* (2018).

¹¹ Livre vert sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique, COM(93) 576 du 16 novembre 1993 (CELEX : 51993DC0576) ; recommandation de la commission (98/257/CE) du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (CELEX : 31998H0257).

réseau qui compte actuellement 60 services d'ombudsman dans 27 Etats¹². Le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation est désormais encadré par une directive européenne du 21 mai 2013¹³ et, en ce qui concerne le règlement en ligne, par un règlement du même jour¹⁴.

La situation européenne est beaucoup plus diverse qu'aux Etats-Unis car le statut (privé ou public) et les compétences (simple recommandation, recommandation obligatoire pour le prestataire de services financiers mais facultative pour le client, voire adjudication) varient d'un ombudsman à l'autre. L'Ombudsman des banques suisses n'est pas intégré dans ce réseau parce que notre pays n'est membre ni de l'Union européenne ni de l'EEE. Pour donner une idée de la multiplicité des solutions nationales, on peut comparer l'Ombudsman suisse à son homologue britannique, le *Financial Ombudsman Service*.

La Fondation Ombudsman des banques suisses est une fondation de droit privé, créée en 1992 et financée par l'Association suisse des banquiers¹⁵. Elle est une initiative volontaire de la profession, ne repose sur aucun mandat légal et n'est pas soumise à la surveillance de la FINMA. Dans sa fonction de médiateur¹⁶, l'Ombudsman (qui emploie 8 collaborateurs) répond à des questions orales ou écrites (respectivement 1268 et 800 en 2016). Dans environ 30% des requêtes écrites, l'Ombudsman intervient auprès de la banque¹⁷. « Si, après avoir examiné la situation en toute indépendance, l'Ombudsman arrive à la conclusion que la banque a agi correctement à tous égards, il en informe le client en motivant son avis par écrit. Mais si un comportement fautif de la banque est constaté et si celle-ci est disposée à procéder à une rectification appropriée, l'Ombudsman transmet l'offre de règlement amiable au client et lui recommande de l'accepter. Dans les cas où la banque refuse de faire une offre au client malgré une demande de l'Ombudsman..., la procédure est close sur un constat d'échec. »¹⁸

¹² Y compris trois États de l'Espace économique européen. Cf. http://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/consumer-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/fin-net-network/about-fin-net_en.

¹³ Directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (CELEX : 32013L0011).

¹⁴ Règlement (UE) 524/2013 du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (CELEX : 32013R0524).

¹⁵ Voir la contribution de FLORENCE BETTSCHART, *Les Ombudsmans, des médiateurs souvent inconnus*, p. 353.

¹⁶ L'Ombudsman a également un rôle central dans l'annonce et la recherche des avoirs dits sans nouvelles, c'est-à-dire des avoirs bancaires pour lesquels le contact entre la banque et le client a été perdu.

¹⁷ Ombudsman des banques suisses, *Rapport annuel 2016*, 51 ss. www.bankingombudsman.ch.

¹⁸ Ombudsman des banques suisses, *La procédure en bref*, www.bankingombudsman.ch/wp-content/uploads/2015/07/Ombudsman-des-banques-suissees_Dépliant.pdf.

L'Ombudsman publie un rapport annuel résumant une série d'affaires (conciliées ou non conciliées) qu'il estime intéressantes pour le public¹⁹.

De l'autre côté de la Manche, le *Financial Ombudsman Service* (FOS) est un établissement de droit public créé par le parlement anglais en 2000²⁰ et dont le conseil d'administration est nommé par la *Financial Conduct Authority*. Dans son dernier rapport publié, le FSO fait état de presque 1'400'000 questions soumises téléphoniquement ou par écrit, et de 336'381 plaintes (*complaints*), dont 38'619 ont fait l'objet d'une recommandation approuvée par le client et liant le prestataire (« décisions finales »). Pour traiter ce volume de questions et de demandes, le FSO emploie 3700 collaborateurs pour un total des dépenses de GBP 264 millions, entièrement financées par les prestataires de services financiers. Il examine les plaintes qui lui sont soumises et propose une solution qu'il considère comme « équitable et raisonnable eu égard à toutes les circonstances du cas d'espèce. »²¹ Si la solution est approuvée par le client, elle oblige le prestataire de services et devient exécutoire. Si elle ne l'est pas, chacune des parties est libre de saisir les tribunaux. Le montant alloué au client ne peut pas excéder GBP 150'000. Si le prestataire est insolvable, le paiement peut être pris en charge par le *Financial Services Compensation Scheme*, un fonds de garantie. Toutes les décisions finales de l'ombudsman britannique – c'est-à-dire les recommandations qui ont été expressément acceptées par le client dans un délai prescrit – sont publiées sur son site web, les clients étant anonymisés, mais non les établissements²².

C. Singapour et Hong Kong

Places financières importantes pour les *private banking*, Singapour et Hong Kong se sont chacune dotés d'une institution indépendante de médiation et d'arbitrage pour la résolution des litiges entre clients privés et prestataires de services financiers.

Singapour a créé le *Financial Dispute Resolution Centre* (FIDReC) en 2005²³ pour remplacer le service de médiation de l'Association des banques à Singapour. Hong Kong a établi son propre *Financial Dispute Resolution Centre* (FDRC) en 2011, comme une

¹⁹ Accessibles sous forme d'une base de données : www.bankingombudsman.ch/fr/recueil-de-cas/.

²⁰ Part XVI (The Ombudsman Scheme) du Financial Services and Markets Act (FSMA). On trouvera une étude très complète dans A. SAMUEL, *A Practitioner's Guide to Consumer Financial Services Complaints and Compensation*, 2e éd., Londres (Thomson Reuters) 2018.

²¹ « A complaint is to be determined by reference to what is, in the opinion of the ombudsman, fair and reasonable in all the circumstances of the case. » Sec. 228 (2) FSMA.

²² Cf. <http://www.ombudsman-decisions.org.uk>. Pendant son exercice 2016/2017, l'ombudsman a permis la résolution de 336'381 plaintes, dont 38'619 ont fait l'objet d'une décision finale.

²³ www.fidrec.com.sg. Sur ces deux systèmes, cf. particulièrement SHAHLA F. ALI, *Consumer Financial Dispute Resolution in a Comparative Context*, Cambridge 2013, 137–168.

réponse à la crise financière et aux nombreuses réclamations des clients²⁴. Les deux systèmes sont ouverts aux investisseurs privés qui ont fait valoir sans succès une réclamation auprès d'un prestataire de services financiers affilié. Ils se distinguent en partie dans le traitement des demandes.

La procédure de Singapour commence par une médiation diligentée par un *case manager* employé par le FIDReC. En cas d'échec et lorsque la demande ne dépasse pas SGD 100'000²⁵, elle est soumise à un *adjudicator* ou à un panel. La décision lie l'établissement, mais pas le client, qui reste libre de saisir un tribunal²⁶. La première phase est gratuite et la deuxième soumise à un émolument minime.

A Hong Kong, le FDRC peut être saisi d'une demande ne dépassant pas HKD 1'000'000, ou HKD 2'000'000 avec l'accord des deux parties²⁷. La demande est soumise à un médiateur désigné par le centre. En cas d'insuccès, le client peut demander que sa demande soit soumise à un arbitre, lui aussi désigné par le centre. La sentence lie les deux parties. Elle peut faire l'objet d'un recours pour violation du droit. Les deux étapes de la procédure sont soumises à des émoluments relativement modestes, en principe supportés par les deux parties.

II. Loi sur les services financiers : la généralisation de la médiation

Adoptée le 15 juin 2018 par l'Assemblée²⁸, vraisemblablement en vigueur dès 2020, la loi sur les services financiers (LSFin) est l'un des enfants législatifs de la grande crise financière qui a commencé en 2007. Le projet lui-même a débuté en 2010 avec la publication d'un rapport de l'Autorité suisse de surveillance des marchés financiers (FINMA) sur les leçons à tirer des faillites de *Lehman Brothers* et de *Bernard Madoff*, deux faillites ouvertes à New York en 2008 qui ont eu des répercussions majeures pour de nombreux investisseurs en Suisse²⁹. Dans la lente élaboration de ce projet, des propositions audacieuses ont été formulées pour faciliter la mise en œuvre devant les

²⁴ www.fdr.org.hk.

²⁵ Env. CHF 71'000 (cours du 5 mars 2018 ; cette limite était inférieure jusqu'au 2 février 2017).

²⁶ S.F. ALI, *Consumer Financial Dispute Resolution in a Comparative Context*, Cambridge 2012, p. 145.

²⁷ CHF 120'000, respectivement CHF 240'000 (cours du 5 mars 2018).

²⁸ Feuille fédérale 2018 3733.

²⁹ FINMA, *Affaire Madoff et distribution de produits Lehman : incidences sur les activités de conseil en placement et de gestion de fortune*, 2 mars 2010.

tribunaux civils des droits des investisseurs³⁰. De tout cela subsiste principalement, dans la loi, une obligation des prestataires de services financiers d'être affiliés à un organe de médiation, généralisant en quelque sorte la situation qui existe déjà, grâce à l'Ombudsman des banques suisses, pour les clients des banques et des maisons de titres. Elle n'apporte pas un changement profond du système.

On notera ici quelques points saillants du dispositif adopté par le législateur :

- La loi envisage (mais n'impose pas) l'existence d'une pluralité d'organes de médiation. Chacun adopte notamment un règlement de procédure et des règles relatives à son financement.
- Les organes de médiation sont des entités de droit privé soumises à un agrément (« reconnaissance ») du Département fédéral des finances, agrément soumis à quelques conditions légales (indépendance, impartialité, transparence, efficacité, compétences personnelles).
- L'affiliation est obligatoire, mais tout prestataire de services financiers a le libre choix de l'organe de médiation auquel il s'affilie et dont il propose les services à ses clients.
- Le prestataire contribue financièrement aux coûts de l'organisme.
- Le prestataire doit informer le client de la possibilité d'une médiation, notamment, lorsqu'il rejette une prétention du client.
- Le client est libre d'introduire une médiation. Il peut y renoncer en tout temps en faisant valoir ses droits devant un tribunal ou un tribunal arbitral.
- Le prestataire est tenu de participer à la médiation. Il doit prendre position, fournir les renseignements demandés par le médiateur, le cas échéant participer à l'audition convoquée par celui-ci.

³⁰ Dans son document de consultation du 18 février 2013, « Loi sur les services financiers : Eléments principaux d'une réglementation possible », le Département fédéral des finances proposait notamment : un renforcement du système de médiation ou la création d'une instance étatique de médiation dotée de compétences décisionnelles ; l'obligation du prestataire de services qui rejette une recommandation du médiateur de couvrir les dépens et frais de justice du client qui saisit un tribunal civil ; et le renversement du fardeau de la preuve lorsque le client allègue la violation d'une règle de conduite. Dans l'avant-projet du 25 juin 2014, le DFF inclut une option A (tribunal arbitral) et une option B (fonds pour les frais de procès) et ajouta un chapitre sur les actions collectives et procédures de transaction de groupe. La consultation a eu raison de toutes ces propositions, dont il ne reste que les dispositions ici présentées sur la médiation. Voir aussi F. CONTRATTO, *Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor: Eckwerte zur Schaffung von Swiss Finance Dispute Resolution*, PJA 2012 217, et *Access to Justice for Investors in the Wake of the Financial Crisis: Test Cases as a Panacea?*, RSDA 2009 176.

- La procédure « doit être non bureaucratique, équitable, rapide, impartiale et peu onéreuse pour le client, voire gratuite. »³¹
- Elle a lieu dans la langue officielle choisie par le client. Le règlement de procédure peut permettre aux parties de convenir d'une autre langue.
- La procédure est confidentielle. Les communications entre le médiateur et les parties ne peuvent pas être utilisées dans une autre procédure.
- Ni le client ni le prestataire ne sont liés par la proposition formulée par le médiateur.
- En cas d'échec de la médiation, le médiateur peut, dans la communication de clôture, exprimer « sa propre évaluation matérielle et juridique du litige. » Celle-ci ne lie pas les parties.
- En cas d'échec de la médiation, le client qui introduit son action devant un tribunal civil peut renoncer à la procédure de conciliation prévue par le code de procédure civile.

L'extension à tous les clients de services financiers d'un accès à un service de médiation mérite d'être saluée. L'Ombudsman des banques aura ici fait office de pionnier. Il sera intéressant de voir si d'autres offres de médiation verront le jour et quel choix feront alors les établissements financiers qui ne sont ni banques ni maisons de titres.

Il sera beaucoup plus difficile d'évaluer l'effectivité de la médiation pour la résolution de ce type de différends. A la différence du contentieux bancaire au sens strict (dépôts, mouvements de compte, crédits), le contentieux des services financiers présente une complexité importante et demande des ressources considérables. En outre, l'activité de médiation exige une grande indépendance, dont on peut craindre qu'elle ne soit pas entièrement garantie si plusieurs services de médiation offrent leurs services parmi lesquels ce sont les prestataires qui choisissent, et non leurs clients. L'effectivité et l'indépendance des services de médiation mériteront d'être évaluées : il faut espérer qu'ils feront l'objet de recherches empiriques, trop rares dans notre pays.

III. Arbitrage ?

Comme on le voit, l'arbitrage est absent du tableau qui vient d'être dressé pour la Suisse. En particulier, l'idée que l'organe de médiation puisse formuler une recommandation qui

³¹ Curieuse formule légale : le législateur a-t-il voulu faire un appel du pied en faveur de la gratuité sans oser l'imposer ?

lie le prestataire ou qu'il puisse se voir conférer la compétence de rendre une décision obligatoire pour les deux parties n'a pas été retenue.

Cette absence d'intérêt de l'industrie financière pour l'arbitrage n'est ni nouvelle ni propre à la Suisse. L'enthousiasme des *broker-dealers* et des *investment advisers* américains pour le *securities arbitration* s'explique par les particularités de la procédure civile dans ce pays.

Certes, l'*International Swaps and Derivatives Association* propose des clauses d'arbitrage (en offrant un choix intéressant d'institutions et de for arbitral)³² à insérer dans les accords-cadres (*master agreements*) pour les transactions dérivées, mais cela concerne principalement des litiges entre contreparties financières sophistiquées. Des initiatives intéressantes telles que le *City Disputes Panel* créé à Londres en 1994 et *P.R.I.M.E. Finance* à La Haye en 2012³³ ont suscité un certain intérêt dans les milieux de l'arbitrage mais sont à ce jour restées sans impact pratique³⁴. Un récent rapport de la Chambre de Commerce Internationale met en valeur l'intérêt des solutions arbitrales pour les litiges financiers, mais ne constate qu'un intérêt restreint pour ceux qui relèvent de la gestion de fortune ou du conseil en investissement³⁵.

Il vaut la peine de rappeler que, confrontée aux prétentions des organisations représentatives de victimes de la Deuxième Guerre Mondiale en rapport avec les avoirs en déshérence, l'Association des banques suisses, avec la bénédiction de la Commission fédérale des banques, avait accepté la création d'un tribunal arbitral ad hoc, le *Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland (CRT)*³⁶. Composé de 17 arbitres et d'un important secrétariat, le CRT était entièrement financé par les banques

³² 2013 ISDA Arbitration Guide, www.isda.org/a/OkiDE/isda-arbitration-guide-final-09-09.pdf.

³³ P.R.I.M.E. Finance signifie Panel of Recognised International Market Experts in Finance. <https://primefinancedisputes.org>. The case for P.R.I.M.E. Finance: P.R.I.M.E. Finance cases, *Capital Markets Law Journal* 7 (2012) 221 ; D BARAGWANATH, How should we resolve disputes in complex international financing transactions? *Capital Markets Law Journal* 7 (2012) 204.

³⁴ Au Royaume-Uni, la création de la *Financial List* est une réponse judiciaire spécifique aux exigences de compétence personnelle à la demande.

³⁵ ICC Commission Report, *Financial Institutions and International Arbitration*, Paris 2016, p. 21.

³⁶ Cf. P. KARRER et al., The claims resolution process on dormant accounts in Switzerland: ASA Swiss Arbitration Association conference in Zürich of January 22, 1999 : reports and materials, Bâle 2000 ; R.P. ALFORD, The Claims Resolution Tribunal and Holocaust Claims against Swiss Banks 20 (2002), 250–281 ; S. LINTON, Righting a Wrong or Prolonging the Agony? The Work of the Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland, *Leiden Journal of International Law* 12 (1999), 373–389. Les activités de ce tribunal ont donné lieu à deux arrêts du Tribunal : ATF 126 III 529, JdT 2001 I 278 (la procédure d'examen préalable n'est pas un arbitrage et le refus d'entrer en matière sur une requête n'est pas une sentence susceptible d'un recours au Tribunal fédéral) ; TF 2C_807/2008, RDAF 2010 II 51 (exemption de la TVA des prestations au tribunal arbitral de l'étude d'avocats fournissant toutes les prestations d'administration et de secrétariat).

suisses et d'un accès gratuit et informel pour toute personne estimant avoir des prétentions relatives à l'un des 5570 comptes publiés en 1997 dans de grands encarts publicitaires parus dans la presse internationale. Le CRT a traité un peu plus de 10'000 requêtes – qui ne concernaient que 987 des 5570 comptes publiés – et prononcé la remise de valeurs en comptes, plus une indemnité pour les frais prélevés et la perte de revenus, totalisant env. CHF 65 millions³⁷.

L'arbitrage en matière de services financiers a-t-il un avenir en Suisse ? Brièvement envisagé dans le contexte des travaux préparatoires de la loi sur les services financiers, la piste a été délaissée. Peut-être la question est-elle mal posée. Les litiges relatifs à la gestion de fortune et au conseil en investissement portent sur des montants qui sont souvent beaucoup plus bas que la valeur des contentieux commerciaux dont les tribunaux arbitraux sont familiers. Il n'est ni judicieux ni réaliste de penser à transposer un modèle d'arbitrage commercial « classique » à la gestion de dossiers où la complexité est généralement supérieure à la valeur litigieuse.

Les banques, qui y ont réfléchi au début de cette décennie, ont renoncé à développer un système d'arbitrage sur mesure pour le contentieux des services financiers. Il faut bien reconnaître qu'elles n'ont que peu d'incitations à détourner leurs clients des tribunaux suisses³⁸, où elles sont plutôt bien traitées. Les coûts et les risques de la procédure sont considérables pour les clients. La complexité financière des litiges renchérit le travail des plaideurs. L'absence, en l'état actuel du droit, d'actions collectives, d'action représentative et de procédure transactionnelle de groupe pèse fortement en défaveur des clients. Le salut ne peut ici venir que du législateur³⁹. L'optimisme n'est probablement pas de mise.

³⁷ Le rapport final du CRT a été brièvement publié sur son site web en 2001, puis retiré. En 2001, le CRT a cessé d'être un tribunal arbitral. Sa structure a été transformée en un dispositif de distribution du montant transactionnel de CHF 1.25 milliards versé par UBS et Credit Suisse pour mettre un terme aux *class actions* pendantes à New York.

³⁸ Même si ceux-ci ne sont souvent pas compétents pour les services fournis à des clients privés européens, qui peuvent souvent se prévaloir du for au domicile du consommateur, cf. art. 15–17 de la Convention de Lugano (RS 0.275.12) ; cf. I. ROMY, Les contrats de services financiers comme contrats de consommation : for et droit applicable, in Journée 2010 de droit bancaire et financier, 2011, pp. 21 ss.

³⁹ Le 2 mars 2018, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de révision du code de procédure civile élargissant les possibilités d'exercice collectif des droits (procédure de transaction de groupe, extension de l'action des organisations représentatives aux dommages collectifs et partiellement aux dommages dispersés). Cf. www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html.

Ordre des avocats de Genève – Commission ADR

Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

Edité par

Laurent Hirsch, Avocat

Christophe Imhoos, Avocat

Citation suggérée de l'ouvrage: LAURENT HIRSCH/CHRISTOPHE IMHOOS (éds) *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement* Genève/Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes

978-3-7255-8704-9

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève • Zurich • Bâle 2018

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

A. Médiation

Les métamorphoses de la régulation des conflits JACQUES FAGET	3
Médiation familiale et processus judiciaire : une nécessaire complémentarité au service d'un consensus parental ou entre conjoints LOUBNA FREIH	7
La médiation en protection de l'enfance ANNE CATHERINE SALBERG	19
La médiation successorale GÉRALDINE CHAPUS-RAPIN	27
En chemin vers la résolution du conflit pénal CATHERINE HOHL-CHIRAZI / RITA SETHI-KARAM	37
La justice restaurative en Suisse CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE	47
Violence en milieu scolaire : pourquoi pas une médiation pénale ? FABIENNE PROZ JEANNERET / VIKTORIA AVERSANO / VÉRONIQUE HIRSCH	57
Médiation et conflits de voisinage PASCALE BYRNE-SUTTON	67
La médiation commerciale : quelques exemples tirés de la pratique BIRGIT SAMBETH GLASNER	77
Les services de médiation proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution CAROLINE MING	85
Médiation commerciale : un témoignage. Comment conjuguer les intérêts de la famille et ceux des entreprises dans les conflits successoraux JEAN MIRIMANOFF	95
Médiation administrative FABIENNE BUGNON	101
Mediation at the Court of Arbitration for Sport (CAS) JOSÉ LUIS ANDRADE	111
L'avocat et la médiation – entrez dans la danse ! CINTHIA LÉVY	121

Le choix du médiateur INGRID ISELIN ZELLWEGER	131
La co-médiation ; un outil au service des médiateurs NATHALIE FAVRE / BRUNO MUNARI	139
Clauses <i>multi-tiered</i> et la fenêtre de médiation PIERRE KOBEL	143
 B. Arbitrage	
Arbitrage commercial international SÉBASTIEN BESSON	153
Les services d'arbitrage proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution VALÉRIANE OREAMUNO	163
WIPO Mediation and Arbitration IGNACIO DE CASTRO / HEIKE WOLLGAST	173
L'arbitrage <i>ex aequo et bono</i> LAURENT HIRSCH	183
Arbitrage en matière de construction BERND EHLE	193
L'arbitrage de cas immobiliers JEAN-MARC SIEGRIST	199
Arbitrage en matière de propriété intellectuelle THOMAS LEGLER	207
L'arbitrage multipartite ALEXANDRA JOHNSON	219
Arbitrage en matière sportive LUCA BEFFA / FABRICE ROBERT-TISSOT	229
L'arbitrage d'investissement MICHAEL E. SCHNEIDER	239
L'arbitrage en droit public suisse ELEANOR MCGREGOR	249
Le choix de l'arbitre PIERRE-YVES GUNTER	259
The Pledge for equal representation and diversity in international arbitration DOMITILLE BAIZEAU	269

C. Autres méthodes de résolution des litiges

Le droit collaboratif (<i>Collaborative Law</i>) : un nouvel outil dans la gestion amiable des différends CHRISTOPHE IMHOOS	279
Dispute Boards CHRISTOPHER KOCH	289
La nature bicéphale de l'expertise-arbitrage ELENA NEIDHART	299
La conciliation judiciaire DAVID ROBERT	309
La conciliation en matière de baux et loyers SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE	319
Protection de la personnalité au travail : le dispositif du Groupe de confiance de l'Etat de Genève SOPHIE DE WECK HADDAD	331
Bureau de l'Amiable Compositeur : une réponse sur mesure à une question complexe MARTINE BRUNSCHWIG GRAF	343
Les Ombudsmans, des médiateurs souvent inconnus FLORENCE BETTSCHART	353
Le règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce CAMILLE FLÉCHET	361

D. Différents domaines de litiges

Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales ANNE REISER	371
La résolution à l'amiable des conflits en droit du travail NATHALIE SUBILIA	381
Le rôle du notaire dans la résolution des litiges successoraux COSTIN VAN BERCHEM	389
Médiation et arbitrage dans les services financiers (conseil en placement et gestion de fortune) LUC THÉVENOZ	395
La résolution des litiges dans les foires MICHÈLE BURNIER	405

E. Aspects généraux et transversaux

Les ADR et l'orientation préalable JEAN GAY	417
The Global Pound Conference (GPC) Series, The future of commercial ADR and mixed modes: How does Geneva compare? JEREMY LACK	429
Le rôle du juge civil dans la résolution amiable des litiges SOPHIE THORENS-ALADJEM	439
Approche du juriste d'entreprise aux méthodes de résolution des litiges NICOLAS BURGNER	447
Protection juridique, médiation, digitalisation : la révolution. Objectifs : Présentation de l'expérience en médiation d'un assureur protection juridique MARCEL PAQUIER	453
Les biais dans les processus décisionnels CATHERINE AUDRIN / DAVID SANDER	463