

*COMITE FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE*

**GROUPE DE TRAVAIL  
SUR L'ARBITRAGE  
EN MATIERE BANCAIRE ET  
FINANCIERE**

**RAPPORT FINAL**

**19 MAI 2014**

## Table des matières

<b>I. INTRODUCTION</b> .....	3
<b>II. COMPOSITION DU GROUPE</b> .....	7
<b>III. ACTE DE MISSION</b> .....	8
<b>IV. DEROULEMENT DES TRAVAUX</b> .....	11
<b>V. LE CADRE JURIDIQUE FAVORABLE A L'ARBITRAGE EN MATIÈRE BANCAIRE ET FINANCIÈRE</b> .....	13
<b>A. L'ARBITRABILITE DES LITIGES EN MATIERE BANCAIRE ET FINANCIERE EN DROIT FRANÇAIS ET INTERNATIONAL</b> .....	13
1. <i>L'arbitrabilité des litiges bancaires et financiers en droit français</i> .....	13
a) L'arbitrabilité des litiges bancaires et financiers en droit interne.....	14
(i) Les dispositions générales.....	14
(ii) Les dispositions spéciales.....	15
b) L'arbitrabilité des litiges bancaires et financiers en droit de l'arbitrage international.....	18
2. <i>L'arbitrage d'investissement portant sur les opérations bancaires et financières</i> .....	21
a) La particularité de l'arbitrage CIRDI.....	21
b) La subsumption de l'investissement bancaire et financier dans la notion d'investissement d'après la Convention de Washington.....	24
<b>B. L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE BANCAIRE ET FINANCIÈRE</b> .....	32
1. <i>L'arbitrage encouragé : le règlement général de l'AMF</i> .....	32
2. <i>L'arbitrage imposé : étude du cas du FDRC et de celui du DIRIBAN</i> .....	33
a) Le Financial Dispute Resolution Center (FDRC) à Hong Kong.....	33
b) Le DIRIBAN en Espagne.....	35
3. <i>L'arbitrage inattendu : les conséquences de l'action du régulateur bancaire</i> .....	36
<b>VI. LA REALITE DU RECOURS PAR LES ETABLISSEMENTS BANCAIRES ET FINANCIERS A L'ARBITRAGE</b> .....	43
<b>A. LES AVANTAGES NUANCÉS DE L'OFFRE TRADITIONNELLE D'ARBITRAGE</b> .....	43
1. <i>Le poids des inconvénients du recours à l'arbitrage par les banques</i> .....	43
a) L'arbitrage serait-il une procédure inadaptée à la réalité des opérations de banque ?.....	44
(i) L'absence de publicité : avantage limité et conflit potentiel avec la réglementation financière.....	44
(ii) Les difficultés en matière d'arbitrage multipartite et multi-contrats en matière bancaire et financière.....	48

b)	Une procédure coûteuse et longue.....	50
(i)	Le coût de la procédure arbitrale.....	50
(ii)	Les délais de la procédure arbitrale .....	53
c)	Une procédure susceptible d’inspirer la méfiance des banques .....	54
(i)	Le caractère définitif de la sentence.....	54
(ii)	L’inopportunité des considérations d’équité.....	56
(iii)	Le recours en nullité soumis aux aléas du droit du siège .....	57
2.	<i>Les atouts renforcés de l’arbitrage vus à travers le prisme de la crise financière .....</i>	<i>58</i>
a)	Les raisons motivant les banques à recourir à l’arbitrage.....	59
(i)	La reconnaissance et l’exécution des sentences étrangères plus facile que celles des jugements étrangers .....	59
(ii)	L’évitement des jurys populaires et des actions de groupe .....	59
(iii)	L’obtention de la renonciation par un emprunteur souverain à son immunité de juridiction .....	61
(iv)	Le bénéfice d’un jugement d’expert.....	63
b)	Evolutions depuis la crise financière et celle de la dette souveraine .....	64
B.	LE RECOURS A L’ARBITRAGE DANS LES DIFFERENTS TYPES DE CONTRATS DE BANQUE.....	69
1.	<i>Le recours à l’arbitrage dans les opérations de crédit.....</i>	<i>69</i>
a)	En banque de détail.....	69
b)	En banque de financement international .....	70
2.	<i>Le recours à l’arbitrage en banque d’investissement.....</i>	<i>71</i>
a)	En mandats de conseil.....	71
b)	En opérations de marché.....	71
3.	<i>Le recours à l’arbitrage dans les litiges avec d’autres établissements financiers .....</i>	<i>74</i>
VII.	RECOMMANDATIONS .....	75
VIII.	LISTE DES CONTRIBUTEURS .....	79

## I. INTRODUCTION

L'arbitrage en matière bancaire et financière existe ; nous l'avons rencontré tout au long des travaux qui ont conduit à ce rapport. Les banques de financement international y ont recours dans les financements complexes, notamment ceux impliquant des contreparties souveraines. Des marchés organisés des deux côtés de l'Atlantique le prévoient également comme mode privilégié de règlement des litiges entre leurs adhérents, dont font partie les établissements financiers. Le financement du commerce international aboutit souvent à transmettre à la banque du financement la clause d'arbitrage accessoire de la créance escomptée ou cédée à titre de garantie. Au-delà des activités de crédit traditionnelles, les banques font de l'ingénierie sociétaire, prennent des participations dans le capital d'autres sociétés, gèrent des actifs, conseillent des acteurs de la vie financière dans des privatisations, fusions-acquisitions, opérations sur bilan, introduction en bourse et émissions de titres, externalisent certaines de leurs opérations et achètent des biens et des services auprès de fournisseurs externes, toutes activités où l'arbitrage se rencontre régulièrement. L'ouverture du monde des dérivés à l'arbitrage, notamment suite à la crise financière de 2008, achève un tableau qui démontre au-delà du doute que l'arbitrage a bien sa place dans l'activité bancaire et financière.

Le développement exponentiel de l'arbitrage d'investissement dans la dernière décennie aboutissant à une série de sentences hardies qui ont ouvert la définition d'investissement à pratiquement toutes les activités bancaires accroît substantiellement l'attractivité de l'arbitrage pour les banques de financement et d'investissement. Crédits de fonds de roulement, financements de projet, escompte de titres négociables, acquisition d'obligations souveraines, cautionnements bancaires et contrats dérivés ont tous reçu l'onction suprême de qualification d'investissement tant au titre de la Convention de Washington de 1965 que des traités de protection des investissements applicables à la cause. Or, être en mesure d'imposer le recours à l'arbitrage à un État récalcitrant sur la foi d'un traité interétatique malgré l'absence de clause d'arbitrage

dans le contrat bancaire objet du litige est un avantage qui peut se révéler déterminant pour la banque victime d'actes qu'elle estimerait préjudiciables.

Pour autant, l'arbitrage n'est pas et, de l'avis du Groupe de travail auteur de ce rapport, ne doit pas devenir une clause de style dans les contrats de banque. De nombreux aspects procéduraux distinguent l'arbitrage, même international, du contentieux judiciaire. Leur ignorance par la banque ou sa contrepartie aboutit inmanquablement à l'annulation de la sentence et, en cas de nullité de la clause compromissoire, au retour aux règles de compétence juridictionnelle par défaut qui, on le sait, correspondent rarement au choix préféré des banques. L'annulation par les tribunaux judiciaires de nombreuses sentences internes et internationales ces dernières années a amené plusieurs parties, dont des banques, à remettre en question une ouverture récente et encore fragile à l'arbitrage. Les causes d'annulation relèvent de l'inventaire à la Prévert : défaut de révélation par les arbitres de circonstances susceptibles de susciter aux yeux des parties un doute sur leur indépendance ou impartialité, référence par l'arbitre dans le dispositif de la sentence à un attendu issu du contrat en litige, de la loi applicable ou encore du règlement de l'institution arbitrale choisie par les parties mais n'ayant pas été soumis au préalable au débat contradictoire des parties, ou encore, dans certaines juridictions moins expérimentées en matière d'arbitrage, défaut de forme dans la sentence tel que le lieu de signature de la sentence qui interviendrait dans une ville autre que le siège, l'absence de signature par le tribunal arbitral sur chaque page de la sentence, ou encore l'absence de prestation de serment par un témoin avant son audition. Voir la sentence réduite à néant après un investissement substantiel en temps, efforts et coûts peut amener les parties à regretter d'avoir préféré ce mode alternatif au règlement traditionnel des litiges devant les tribunaux de commerce, juridiction privilégiée dans les opérations de banque.

Or, les banques auraient tort de considérer comme acquis le recours aux tribunaux de commerce de Paris, Londres ou New York, qui sont souvent composés d'anciens avocats spécialisés en droit bancaire, voire d'anciens cadres de banque. Le rééquilibrage mondial des richesses aboutit à renforcer le pouvoir de négociation des

pays émergents qui expriment de plus en plus leur préférence pour voir les litiges avec les banques européennes et américaines réglés devant les tribunaux de Jakarta, Nairobi ou Dubaï. Délocalisé, l'arbitrage est susceptible d'offrir un compromis acceptable pour tous. La flexibilité de la procédure, le choix des arbitres, l'affranchissement du droit procédural ou matériel du for, la renonciation implicite à l'immunité souveraine et, lorsqu'appuyée sur des stipulations contractuelles appropriées, la confidentialité, suffisent pour inviter l'arbitrage au menu des options procédurales à envisager par la banque lors de la rédaction du contrat ou à la naissance du litige.

– L'arbitrage doit-il être offert aux banques tel qu'il est généralement pratiqué aujourd'hui en matière commerciale internationale ou doit-il faire l'objet d'adaptations pour répondre à la réalité des opérations de banque et à l'attente des parties à ces opérations ?

– Devrait-on envisager la création d'institutions arbitrales spécifiquement dédiées aux litiges en matière bancaire ou financière, l'ouverture de guichets spécialisés dans les institutions arbitrales existantes, ou encore la rédaction d'un règlement spécial pour l'arbitrage bancaire, chacun de ces choix ayant été fait à un moment donné par des institutions arbitrales déjà établies ou naissantes cherchant à attirer les banques à leur système mais sans résultat probant à ce jour ?

– Les avantages traditionnellement cités en faveur de l'arbitrage, dont la confidentialité et le caractère final de la sentence, sont-ils aussi convaincants en matière bancaire et financière ?

– Le meilleur investissement consisterait-il à former des arbitres à la matière bancaire ou des banquiers à la matière arbitrale ?

– Dans les cercles concentriques des relations auxquelles les banques sont parties : banque-client, banque-banque, banque-régulateur, faudrait-il envisager l'arbitrage comme un recours potentiel sans distinction de la relation en cause ou certaines relations sont-elles, par nature ou par l'effet de la loi, « inarbitrables » ?

Toutes ces questions, et de nombreuses autres, ont fait l'objet de débats intenses entre les membres du Groupe de travail tout au long de ses trois années de travaux. La méthode empirique a été privilégiée, amenant le Groupe à examiner de nombreux contrats de crédit et procédures internes de banque. De multiples experts venant de quatre continents ont été auditionnés. Le nom de ceux qui ont accepté d'être cités figure à la fin de ce rapport. Cités nommément ou non, qu'ils soient tous remerciés de leur contribution.

Alors que la question de l'arbitrage en matière bancaire et financière a déjà fait l'objet de nombreux travaux, colloques et publications de qualité, pour la première fois un groupe réunissant à la fois arbitres *et* banquiers a été créé pour travailler en commun dans le but de déconstruire (au sens de Derrida) le mythe de l'aversion du banquier à l'arbitrage et formuler ses recommandations pour une relation plus sereine et réaliste entre le monde de la banque et celui de l'arbitrage. C'est à la vision du précédent Bureau du Comité français de l'arbitrage présidé par Philippe Leboulanger que l'on doit la constitution de ce groupe de travail. C'est à la confiance du nouveau Bureau du même Comité présidé par Carole Malinvaud que l'on doit l'aboutissement de ces travaux. Qu'ils en soient remerciés.

J'ai eu le privilège de présider ce groupe tout au long de ses travaux. Rarement un président aura eu la chance de côtoyer des membres aussi affirmés dans leurs domaines professionnels respectifs, complémentaires dans leur approche, enthousiastes à l'égard du projet monumental que s'est fixé le Groupe et acceptant avec abnégation et détermination les défis inévitables que tout travail de cette ampleur entraîne nécessairement. A tous mes collègues cités dans la page suivante de ce rapport, ma reconnaissance et mon admiration.

Au monde de la banque et à celui de l'arbitrage nous dédions notre rapport, en espérant qu'il constituera l'amorce d'une osmose tant attendue.

Georges Affaki

Paris, le 19 mai 2014

## **II. COMPOSITION DU GROUPE\***

### **Président**

Georges Affaki – membre du Comité exécutif et responsable juridique des financements, CIB Legal – BNP Paribas

### **Directrice scientifique**

Caroline Kleiner – Professeure agrégée des facultés de droit, Université de Strasbourg

### **Membres**

Robert Guillaumond – Avocat associé – Adamas

Bernard Hanotiau – Professeur, Université de Louvain ; avocat associé – Hanotiau & van den Berg

William W. Park – Professeur, Boston University

Thierry Samin – Responsable de la réglementation bancaire et financière – Société Générale

Hubert de Vauplane – anciennement Directeur juridique et conformité du groupe Crédit Agricole, maintenant avocat associé – Kramer Levin

### **Secrétaire**

Stéphanie Lévi – juriste – BNP Paribas \*\*

\* Les membres du Groupe de travail ont agi en leur qualité personnelle. Ce rapport exprime leurs expériences et avis personnels qui ne peuvent engager ou être attribués aux organisations, institutions ou associations professionnelles ou universitaires auxquelles ils pourraient être associés à un quelconque titre.

\*\* Fabien Salomé et Laura Brincourt, élèves avocats, ont contribué aux recherches nécessaires à la finalisation de ce rapport.

### III. ACTE DE MISSION<sup>1</sup>

#### a) *Objectif*

Le groupe de travail sur l'arbitrage en matière bancaire et financière (ci-après le « Groupe ») a été constitué à l'initiative du Comité Français de l'Arbitrage (CFA) afin d'étudier le rapport entre le monde de l'arbitrage et celui de la banque et, le cas échéant, formuler des recommandations en vue de favoriser une meilleure compréhension des spécificités de l'arbitrage en matière bancaire et financière.

#### b) *Précisions*

Le Groupe s'inscrit en droite ligne avec la philosophie du CFA, association constituée en tant que société savante et sans ambition marchande, dont la raison sociale est d'étudier le droit, la pratique et le milieu de l'arbitrage et de développer la culture arbitrale en France et à l'étranger.

Le Groupe n'est affilié à aucun autre groupe professionnel ou institution arbitrale et n'a pas vocation à promouvoir quelque intérêt particulier que ce soit. Ses travaux auront un caractère purement scientifique.

#### c) *Domaine d'étude*

Les travaux du Groupe couvriront l'ensemble de l'activité bancaire et financière à l'exception de la banque de détail (sauf à des fins d'illustration ou de comparaison). Le Groupe s'intéressera à tous types d'arbitrages (*ad hoc* et institutionnel, interne et international, commercial et investissement) et à tous types de litiges qu'un établissement de crédit peut avoir à connaître (avec ses clients et contreparties, avec d'autres établissements de crédit, et avec ses autorités de régulation).

Le Groupe s'attachera à dresser un état des lieux du recours à l'arbitrage en matière bancaire et financière puis affinera le champ de sa réflexion en fonction des éléments qui en émergeront.

---

<sup>1</sup> Tel qu'adopté par le Groupe à sa séance de travail inaugurale du 11 mai 2011.

Les axes de recherche identifiés initialement par le Groupe au début de ses travaux sont les suivants :

1. L'aversion de la banque pour l'arbitrage est-elle un mythe ?
2. Les avantages traditionnellement attribués à l'arbitrage, à savoir la confidentialité, le caractère définitif de la sentence, l'adaptabilité de la procédure au choix des parties, la délocalisation du siège, etc., sont-ils considérés comme tels par les banques ?
3. Quels sont les facteurs qui poussent les banques à opter pour l'arbitrage ?
4. Existe-t-il dans l'activité bancaire ou financière des domaines au sein desquels l'arbitrage ferait l'objet d'une interdiction légale ou, au contraire, serait favorisé ?
5. Quelle importance les banques accordent-elles à la durée et au coût de la procédure arbitrale ?
6. L'offre actuelle en matière d'arbitrage est-elle adéquate ? Permet-elle de répondre aux besoins des banques ou est-il nécessaire de l'adapter pour prendre en compte les spécificités des opérations bancaires ?
7. L'ensemble des banques réagissent-elles à l'offre d'arbitrage de manière uniforme ou existe-t-il une différenciation en fonction de leur taille ou de leur lieu d'implantation géographique ?
8. La crise financière et la multiplicité de contentieux qui l'ont accompagnée a-t-elle modifié l'attitude des banques vis-à-vis de l'arbitrage ? dans quelle proportion ? pour quels types de litiges ? en faveur de quel type d'arbitrage ?
9. L'évolution de la jurisprudence arbitrale d'investissement en matière bancaire et financière est-elle susceptible d'attirer les banques vers ce mode juridictionnel de règlement des litiges ?

*d) Méthodologie*

Le Groupe procédera par consultations écrites, recherches empiriques dans les secteurs concernés et les documents pertinents, et auditions de différents intervenants appartenant au monde de la banque et de la finance, au milieu arbitral ou judiciaire ou à celui législatif et par discussions subséquentes entre ses différents membres.

Par le biais du CFA, le Groupe publiera l'état de ses travaux au fur et à mesure de leur avancée afin d'assurer la transparence de ses débats.

#### IV. DEROULEMENT DES TRAVAUX

- 11 mai 2011 : réunion inaugurale du Groupe de travail ; adoption de l'acte de mission.
- 9 septembre 2011 : audition de Judith Gill QC et Matthew Gearing – avocats associés chez Allen & Overy (Londres et Hong Kong respectivement).
- 5 octobre 2011 : auditions de James Clanchy – *Registrar* à la LCIA (à la date de l'audition), Audley Sheppard – avocat associé chez Clifford Chance, et Emmanuel Jolivet – Conseiller général à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI.
- 13 février 2012 : auditions de Huen Wong – président du Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), le Sénateur Philippe Marini–Président de la Commission des finances, Claire Soubrier-Charvin – juriste chez Natixis, et Meg Kinnear – Secrétaire Générale du CIRDI.
- 20 septembre 2012 : audition d'Emmanuel Maurice – General Counsel (à la date de l'audition), Paul Kearny – Chief Counsel, et Matthew Cumberpatch – Senior Counsel, Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD).
- 1<sup>er</sup> octobre 2012 : audition de Marielle Cohen-Branche – Médiateur de l'Autorité des Marchés Financiers.
- 9 octobre 2012 : délibérations provisoires de Groupe.
- 23 octobre 2012 : audition du Dr Peter Werner – Senior Director, International Swaps and Derivatives Association (ISDA).

- 24 octobre 2012 : audition de Gabrielle Kaufman-Kohler – associée du cabinet Levy Kaufmann Kohler et professeur à la faculté de droit de l’Université de Genève.
- 20 novembre 2012 : audition de Mark B. Richards – General Counsel, Soitec.
- 5 décembre 2012 : audition de Sébastien Besson – avocat associé de Python & Peter, membre du Groupe Genevois de l’ASA.
- 19 février 2013 : audition de Paul Lignières– avocat associé, Linklaters.
- 20 février 2013 : audition de Jeffrey Golden – Président de la P.R.I.M.E. Finance Foundation, Camilla M.L. Perera – Registrar de P.R.I.M.E. Finance et Gerard J. Meijer – Secrétaire Général de P.R.I.M.E. Finance.
- mars 2013 – mai 2014 : fin des auditions, traitement des réponses reçues au questionnaire envoyé par le Groupe à des experts choisis, délibérations et rédaction du rapport.
- 19 mai 2014 : clôture des travaux, remise du rapport final à Madame Carole Malinvaud, Présidente du Comité français de l’arbitrage et dissolution du Groupe par arrivée à terme de ses travaux et réalisation pleine de ses objectifs.

## **V. LE CADRE JURIDIQUE FAVORABLE A L'ARBITRAGE EN MATIÈRE BANCAIRE ET FINANCIÈRE**

1. Un des premiers constats réalisés par ce Groupe a été d'observer que la réglementation actuelle de l'arbitrage, loin d'être hostile à l'arbitrage en matière bancaire et financière, lui est au contraire favorable. Non seulement la matière bancaire et financière est, en principe, considérée comme arbitrabile, mais en outre, elle fait déjà l'objet d'un certain encadrement institutionnel.

### **A. L'ARBITRABILITE DES LITIGES EN MATIERE BANCAIRE ET FINANCIERE EN DROIT FRANÇAIS ET INTERNATIONAL**

2. Déterminer si un litige concernant la matière bancaire ou financière peut être soumis à l'arbitrage suppose d'avoir résolu le sort de l'arbitrabilité de tels litiges. Chaque loi retient une conception particulière de l'arbitrabilité, qui peut par ailleurs être différente pour l'arbitrage interne et international. En outre, une attention particulière doit être portée sur la possible soumission des litiges bancaires et financiers à l'arbitrage du CIRDI.

#### **1. L'arbitrabilité des litiges bancaires et financiers en droit français**

3. La France, à l'instar de la Suisse ou des États-Unis, distingue l'arbitrage interne de l'arbitrage international. La distinction est d'importance en matière d'arbitrabilité<sup>2</sup>, où les règles sont moins libérales en matière interne que des litiges mettant en cause « des intérêts du commerce international », selon la définition

---

<sup>2</sup> La notion d'arbitrabilité est entendue ici dans son sens objectif. Elle désigne « l'aptitude d'une cause à être soumise à l'arbitrage ». Elle constitue de la sorte « une condition de validité de la convention d'arbitrage et donc de la compétence des arbitres » : O. Cachard, *Droit du commerce international*, 2<sup>e</sup> éd., n°1122. V. C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n°627.

consacrée de l'arbitrage *international* par l'ancien article 1492, repris par le nouvel article 1504 du code de procédure civile.

a) *L'arbitrabilité des litiges bancaires et financiers en droit interne*

4. En droit de l'arbitrage interne, il incombe à l'arbitre, en vertu du principe de compétence-compétence, de déterminer lui-même l'arbitrabilité du litige qui lui est proposé de trancher, sur le fondement du droit français. Néanmoins un contrôle peut être effectué *a posteriori* par le juge français, dans l'hypothèse où ce dernier est saisi d'un recours en annulation contre la sentence<sup>3</sup>.

(i) Les dispositions générales

5. Les articles 2059 et 2060 du Code civil déterminent quel type de litige peut être tranché par la voie de l'arbitrage. L'article 2059 du Code civil délimite positivement les contours de la matière arbitrable en énonçant que « *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* », délimitation renforcée – cette fois de manière négative – par l'article suivant qui dispose en son premier alinéa qu' « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». Le droit français a donc fait le choix de la *libre disponibilité des droits* comme critère positif de la matière arbitrable et celui de l'ordre public comme critère exclusif. Il faut toutefois respecter une distinction fondamentale, rappelée par la jurisprudence, selon laquelle « la nullité du

---

<sup>3</sup> La non arbitrabilité du litige tranché par l'arbitre peut être sanctionnée par la nullité de la sentence sur le fondement de l'article 1492 1° (tribunal déclaré à tort compétent) ou 5° (sentence contraire à l'ordre public) du Code de procédure civile.

compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement au fait que l'ordre public a été violé »<sup>4</sup>.

6. Outre les dispositions générales, de droit commun, certaines dispositions afférentes à certains contrats spéciaux méritent d'être signalées en ce qu'elles restreignent l'arbitrabilité soit expressément, soit implicitement, en réservant une compétence obligatoire en faveur des juridictions nationales.

(ii) Les dispositions spéciales

7. En droit de la consommation d'abord, l'article R. 132-2 10° du Code de la consommation, adopté en application de l'article L. 132-1 du même code, présume abusives<sup>5</sup> les clauses ayant pour objet ou pour effet de « *supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* ». Il s'agit d'une disposition générale du droit de consommation, applicable à toute opération de consommation. Cet article a déjà trouvé une application *a contrario* dans un arrêt de la première chambre civile en date du 25 février 2010 en matière d'assurance, dans lequel la Cour a jugé que le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire stipulée dans la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, mais bien un contrat à part entière, et qu'il n'est donc pas susceptible de présenter un

---

<sup>4</sup> CA Paris, 15 juin 1956, *JCP* 1956 II 9419, note Motulsky, *D.* 1957, 587, note Robert. Plusieurs ordres juridiques utilisent également le critère de la libre disponibilité des droits. C'est le cas, par exemple, du droit néerlandais : Art. 1020 §3 du Code de procédure civile. D'autres recourent à un critère plus pragmatique et sans doute plus simple à déterminer, celui du caractère patrimonial du droit. C'est le cas du droit suisse : Art. 177 al. 1<sup>er</sup> de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

<sup>5</sup> Il s'agit d'une présomption simple, qui autorise le professionnel à rapporter la preuve contraire.

caractère abusif au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation<sup>6</sup>. Ainsi, seule la clause compromissoire conclue dans un contrat de consommation, à l'exclusion du compromis, est présumée non valable. Dans la mesure où les contrats conclus avec la clientèle formée des particuliers relèvent du droit de la consommation, cette disposition doit être prise en compte par les établissements bancaires.

**8.** En droit bancaire et financier ensuite, on observe que le Code monétaire et financier ne contient aucune disposition limitant *stricto sensu* la possibilité de recourir à l'arbitrage. Toutefois, dès lors qu'un contrat portant sur des services financiers<sup>7</sup>, ou sur des opérations pratiquées par les entreprises d'assurance ou de mutuelle soumises au respect d'une certaine réglementation<sup>8</sup>, est proposé à un consommateur, via des techniques de communication à distance, certaines dispositions du Code de la consommation doivent être respectées<sup>9</sup>. Le prestataire de services financiers doit notamment informer le consommateur de la loi applicable aux relations précontractuelles ainsi qu'au contrat, et de l'existence de toute clause concernant le choix d'une *juridiction* (art. L. 121-20-10 5° du Code de la consommation). L'utilisation d'une clause d'élection de for n'est pas prohibée, mais le consommateur doit être informé de l'existence de cette clause. De quelle façon ? L'article précise que « *ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée* ». L'article L. 341-12 7° du Code monétaire et financier impose la même obligation d'information en cas de démarchage.

---

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 25 février 2010, pourvoi n°09-12.126, D. 2010, p. 2933, obs. T. Clay ; JCP 2010 II, 659, note A. Pélissier.

<sup>7</sup> Mentionnés aux livres I<sup>er</sup> à III et au titre V du livre V du Code monétaire et financier.

<sup>8</sup> Sont visées les entreprises régies par le Code des assurances, par les mutuelles et unions régies par le livre II du Code de la mutualité et par les institutions de prévoyance et unions régies par le titre III du livre IX du Code de la sécurité sociale.

<sup>9</sup> Voir l'art. L. 121-20-8 du Code de la consommation.

9. En matière de crédit à la consommation, l'article L. 311-52 du Code de la consommation donne compétence aux juridictions judiciaires (au tribunal d'instance) pour connaître des litiges relatifs à ce type de crédit. Il en va de même du pouvoir de *police* en matière bancaire. Le contentieux de l'interdiction d'émettre des chèques échoit, selon l'article L. 131-79 du Code monétaire et financier, à la juridiction civile. De la même façon, le porteur d'un chèque non payé doit agir en paiement contre le tireur, devant la juridiction civile ou commerciale, à moins qu'il ne préfère exercer son action à l'occasion des poursuites pénales exercées contre le tireur pour défaut de provision (article L. 163-9 du Code monétaire et financier). Certes, l'analyse selon laquelle une disposition réservant un type de litige à telle juridiction étatique entraîne une prohibition implicite de soumettre ces litiges à l'arbitrage peut être contestée<sup>10</sup>. Néanmoins, le Groupe de travail estime que les domaines abordés ici – le crédit à la consommation, le contentieux du chèque – concernent effectivement des questions inarbitrables, dans la mesure où elles touchent aux intérêts de la collectivité, et traduisent des droits litigieux indisponibles.

10. Enfin, mentionnons également, bien que l'on sorte du domaine de ce rapport, axé sur les rapports entre la banque et sa clientèle et autres contreparties ainsi que sur les rapports interbancaires, l'article L. 544-5 du Code monétaire et financier qui intéresse la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle des agences de notation, qui font elles-mêmes partie intégrante du paysage bancaire et financier. Aux termes de cet article, « [t]out accord ayant pour effet de soumettre, par avance et exclusivement, aux juridictions d'un État tiers à l'Union européenne un différend relatif aux dispositions du règlement (CE) n°1060/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009 [sur les agences de notation de crédit], alors que les juridictions françaises auraient été compétentes pour en connaître à défaut d'un tel accord, est réputé nul et non écrit ». En imposant la

---

<sup>10</sup> V. C. Séraglini et J. Ortscheidt, *op. cit.*, n°114.

compétence des *juridictions* françaises ou d'un État membre de l'Union européenne par la paralysie d'une clause attributive de juridiction en faveur d'un for tiers à l'Union européenne, cette disposition semble exclure *de facto* une clause compromissoire.

**11.** Toutes les dispositions susmentionnées sont édictées soit dans un but de protection du consommateur emprunteur ou investisseur, soit dans un but de police bancaire. Dès lors que ces intérêts ne sont pas en jeu, et que l'on se situe dans un domaine où les parties ont la libre disposition de leurs droits, l'arbitrage est possible.

*b) L'arbitrabilité des litiges bancaires et financiers en droit de l'arbitrage international*

**12.** L'arbitrabilité d'un litige en droit français de l'arbitrage international demeure, comme pour l'arbitrage interne, déterminée par les critères de libre disponibilité des droits et de l'ordre public. Toutefois, dans la mesure où l'ordre public international est évalué différemment, de manière plus étroite et plus libérale, l'arbitrabilité d'un litige international, « impliquant les intérêts du commerce international », est appréciée de façon beaucoup plus souple.

**13.** Comme en droit interne, l'arbitrabilité est d'abord appréciée par le tribunal arbitral lui-même. Le droit français de l'arbitrage international ne fournit aucun guide précis aux arbitres ; ceux-ci peuvent déterminer l'arbitrabilité du litige sans se référer à aucune loi. Les arbitres siégeant en France adoptent une approche internationale de l'arbitrabilité, cherchant à se conformer « à ce qu'ils croient être les exigences d'un ordre public véritablement international »<sup>11</sup>. Il en résulte que les litiges en matière bancaire et financière sont arbitrables dans la conception française de l'arbitrage international.

---

<sup>11</sup> E. Gaillard & J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer International, 1999, n°559.

14. A l'étranger cependant, la *lex arbitri*, la loi de l'État du siège du tribunal arbitral, peut imposer aux arbitres siégeant dans cet État d'apprécier l'arbitrabilité du litige au regard de cette loi<sup>12</sup>, ou encore de celle de l'État du lieu d'exécution<sup>13</sup>. En droit allemand, le critère – valable tant pour l'arbitrage interne qu'international – qu'utilisera le juge allemand, qu'il soit saisi d'un recours en annulation de la sentence ou d'une demande d'exécution de la sentence, est celui de l'intérêt économique (*vermögensrechtlicher Anspruch*)<sup>14</sup> selon l'article 1030 §1 du Code de procédure civile (ZPO). Quant aux conventions arbitrales impliquant des intérêts non économiques, elles sont valables dans la mesure où les parties peuvent transiger sur ce point. Il en découle qu'un litige impliquant un consommateur serait arbitral, sous réserve du respect de certaines conditions de forme et de procédure. Il est apparu cependant que ce régime ne protégeait pas suffisamment les consommateurs contractant dans le domaine des transactions financières<sup>15</sup>. C'est ainsi qu'en 2002, le législateur allemand a restreint le domaine de l'arbitrabilité dans ce secteur dans le souci de mieux protéger les consommateurs/investisseurs<sup>16</sup>. L'article 37 h) de la loi sur le commerce des valeurs mobilières (*Wertpapierhandelsgesetz - WpHG*) dispose ainsi que « les conventions d'arbitrage sur des litiges futurs découlant de services

---

<sup>12</sup> Par exemple le droit suisse (art. 176 et 177 LDIP). V. S. Brekoulakis, « Law Applicable to Arbitrability : Revisiting the Revisited Lex Fori », in L. Mistelis et S. Brekoulakis (eds), *Arbitrability : International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, pp. 99-120, spéc. p. 110 et s. ; L. Radicati di Brozolo, « International arbitration and domestic law », in G. Cordero-Moss (ed.) *International Commercial Arbitration – Different Forms and their Features*, Cambridge University Press 2013, pp. 40-57, spéc. p. 43 et s.

<sup>13</sup> Selon l'article V §2 a) de la Convention de New York, qui autorise les juridictions saisies d'une demande d'exécution de la sentence de la refuser au motif que « d'après la loi de [l'État du lieu d'exécution], l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ». V. en ce sens, V. G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., Kluwer Law International, 2014, p. 945 ; N. Blackaby, C. Partasides avec A. Redfern et M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2009, OUP, n°2.115. Ces auteurs envisagent néanmoins aussi la prise en considération de la loi applicable à la convention d'arbitrage et la loi du siège du tribunal arbitral.

<sup>14</sup> Art. 1030 du Code de procédure civile allemand (ZPO). Voir K.-H. Böckstiegel, S. Kröll et P. Nacimiento, « Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview », in *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Deventer 2007, n°37.

<sup>15</sup> N. Horn, « Arbitration of Banking and Finance Disputes in Germany », in Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, et al. (éd.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International 2007, pp. 919-932, n°17.

<sup>16</sup> *Ibid.*, n°18.

d'investissement ou de services d'investissement connexes ou de futures transactions financières n'ont force obligatoire que si les deux parties au contrat sont des commerçants ou des personnes morales de droit public »<sup>17</sup>.

15. C'est en revanche un mouvement inverse qui s'est dessiné aux États-Unis. Les lois « anti-crisis » votées après la crise de 1929, le *U.S. Securities Act* de 1933 et *Securities Exchange Act* de 1934, l'ont été en vue de protéger les investisseurs en bourse. Plus particulièrement, l'article 22 du *Securities Act* prévoit la compétence *exclusive* des juridictions fédérales et des États pour connaître des actions intentées par des investisseurs pour obtenir réparation de tous les dommages causés en cas de *misrepresentation of accounts*. Cette disposition, couplée avec l'article 14 prohibant toute renonciation à ce recours, a longtemps servi de justification à la Cour suprême pour refuser l'arbitrage. Dans l'arrêt *Wilco v. Swan*, la Cour suprême considère que l'interdiction de renoncer à la compétence exclusive des juridictions étatiques prévue à l'article 14 du *Securities Act* de 1933 entraîne la nullité des clauses compromissoires<sup>18</sup>. Or depuis les arrêts *Sherk*<sup>19</sup> et *Mitsubishi*<sup>20</sup>, la Cour suprême a introduit plusieurs nuances, notamment en distinguant arbitrage interne et arbitrage international, en insistant sur la nécessité de faciliter l'arbitrage pour promouvoir le commerce international et a surtout cessé de lier le respect de dispositions d'ordre public à l'impossibilité pour les arbitres de juger une affaire. La solution adoptée dans l'arrêt *Wilco* a été totalement abandonnée dans l'arrêt *Rodriguez De Quijas v. Shearson/American Express Inc.*<sup>21</sup> où le juge Kennedy qui a rédigé l'arrêt a affirmé que « A predispute agreement to arbitrate claims under the Securities Act of 1933 is enforceable, and

---

<sup>17</sup> Traduction non officielle de « Schiedsvereinbarungen über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäften sind nur verbindlich, wenn beide Vertragsteile Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind ».

<sup>18</sup> *Wilco v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953).

<sup>19</sup> *Sherk v. Alberto Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974).

<sup>20</sup> *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* 473 U.S. 614 (1985).

<sup>21</sup> *Rodriguez De Quijas v. Shearson/American Express Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

resolution of the claims only in a judicial forum is not required ». Depuis lors, les litiges en matière financière sont arbitrables, qu'il s'agisse d'un arbitrage interne ou international<sup>22</sup>.

## **2. L'arbitrage d'investissement portant sur les opérations bancaires et financières**

### *a) La particularité de l'arbitrage CIRDI*

**16.** La Convention de Washington signée le 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États crée un mécanisme spécialement conçu pour régler les différends entre États hôtes et investisseurs étrangers. Ce système vise à garantir aux investisseurs que leur éventuel litige avec l'État accueillant l'investissement pourra être résolu par un mécanisme offrant indépendance, impartialité et efficacité, et sera chapeauté par la Banque mondiale. La Convention, entrée en vigueur le 14 octobre 1966 et aujourd'hui signée par 159 pays, a commencé à être utilisée à partir du milieu des années 1980. La Convention crée ainsi un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et détermine les principes gouvernant la procédure d'arbitrage – ou de conciliation – que doit suivre un tribunal arbitral nommé dans le cadre de la convention. Par ailleurs, un règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage vient, avec d'autres, compléter la convention<sup>23</sup>.

**17.** L'arbitrage se déroulant sous les auspices du CIRDI présente cette particularité de ne pas être intégré à un quelconque ordre juridique national. Une sentence rendue par un tribunal arbitral peut, en principe, toujours faire l'objet d'un recours en annulation dans l'État du siège devant les juridictions de cet État,

---

<sup>22</sup> I. Bantekas, « Arbitrabilité in Finance and Banking » in L. A. Mistelis and S. L. Brekoulakis (eds.) *Arbitrability International & Comparative Perspectives*, Wolters Kluwer 2009, pp. 293-315, n°15-7 et 15-8.

<sup>23</sup> Tous ces documents sont disponibles sur le site <http://icsid.worldbank.org> en français, anglais et espagnol.

qui appliqueront leur propre loi de l'arbitrage<sup>24</sup>. Or tel n'est pas le cas d'une sentence rendue par un tribunal constitué par le CIRDI. Dans ce cadre, la sentence ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation devant un tribunal arbitral autrement composé et désigné par le CIRDI, appelé le comité *ad hoc*<sup>25</sup>.

**18.** De ce fait, et parce que la Convention de Washington ne renvoie jamais à l'application d'une loi nationale concernant la convention arbitrale ou le déroulement de la procédure, la notion d'arbitrabilité, qui d'ailleurs ne figure pas dans la Convention de Washington, ne semble plus pertinente. Toutefois, l'absence de cette notion dans le texte ne saurait masquer la présence, sous d'autres atours, d'un autre critère de compétence *rationae materiae* d'un tribunal arbitral CIRDI.

---

<sup>24</sup> Certains droits autorisent les parties à renoncer au recours en annulation. Tel est le cas, notamment, à certaines conditions, du droit suisse et du droit belge, du droit tunisien, péruvien, et du nouveau droit français de l'arbitrage (art. 1522 du Code de procédure civile).

<sup>25</sup> Ce qui résulte de la combinaison des articles 52 et 53 de la Convention de Washington.

Art. 52 : « (1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants :

- (a) vice dans la constitution du Tribunal ;
- (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;
- (c) corruption d'un membre du Tribunal ;
- (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure;
- (e) défaut de motifs.

(2) Toute demande doit être formée dans les 120 jours suivant la date de la sentence, sauf si l'annulation est demandée pour cause de corruption, auquel cas ladite demande doit être présentée dans les 120 jours suivant la découverte de la corruption et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

(3) Au reçu de la demande, le Président nomme immédiatement parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres, un Comité *ad hoc* de trois membres. Aucun membre dudit Comité ne peut être choisi parmi les membres du Tribunal ayant rendu la sentence, ni posséder la même nationalité qu'un des membres dudit Tribunal ni celle de l'État partie au différend ou de l'État dont le ressortissant est partie au différend, ni avoir été désigné pour figurer sur la liste des arbitres par l'un desdits États, ni avoir rempli les fonctions de conciliateur dans la même affaire. Le Comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent article. [...] ».

Art. 53 §1 : « La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention ».

**19.** L'article 25(1) de la convention de Washington dispose en effet que « [l]a compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre ».

**20.** Le critère matériel de la compétence a donc trait à la notion d'*investissement*, qui doit être en relation directe avec le différend soumis au tribunal. Or la notion d'investissement – non défini dans la convention de Washington – est devenue, depuis que le consentement des États à l'arbitrage est invoqué par les investisseurs non plus en se fondant sur un contrat conclu entre eux (*contract claim*) mais sur un traité (*treaty claim*), le nœud gordien de la détermination de la compétence. Non seulement en raison d'un désaccord sur la notion même d'investissement – tirillée entre une conception économique et une conception juridique – mais aussi en raison d'une divergence de méthode dans l'application du droit des traités internationaux.

**21.** En effet, lorsqu'une demande d'arbitrage initiée par un investisseur s'appuie sur un traité de protection des investissements, celui-ci définit en principe ce que recouvre le concept d'investissement, le plus souvent en listant les formes que peut prendre un investissement ou des exemples de celui-ci. Cette définition suffit-elle à définir les contours du consentement à l'arbitrage par l'État, sans s'attacher à la signification de la notion d'investissement de l'article 25 de la Convention de Washington telle que dégagée par la « jurisprudence » arbitrale, ou faut-il, au contraire, que l'objet du litige satisfasse à la fois la notion générale d'investissement découlant d'une interprétation de la convention de Washington et celle particulière du traité de protection des investissements (méthode dite du *double-barrelled test*) ? Les tribunaux CIRDI s'opposent depuis plusieurs années sur cette question de méthode.

**22.** Cette divergence entre tribunaux CIRDI, sur laquelle ce Groupe de travail n'a pas à prendre position, l'oblige néanmoins à réfléchir sur l'adéquation de la qualification d'investissement des transactions financières. En effet, dans la mesure où certains tribunaux CIRDI pourraient, nonobstant la référence faite dans le traité de protection des investissements aux « transactions financières » en tant qu'investissement, retenir que de telles activités ne correspondent pas à la notion figurant à l'article 25 de la convention de Washington, ce Groupe doit clarifier ce point.

*b) La subsumption de l'investissement bancaire et financier dans la notion d'investissement d'après la Convention de Washington*

**23.** Si un investissement prenant la forme de la création et l'exploitation par un investisseur étranger d'une banque dans le pays d'accueil a de fortes chances d'être considéré comme relevant du champ de l'article 25(1) de la Convention de Washington et du traité d'investissement pertinent<sup>26</sup>, il était moins certain de prime abord que les opérations de crédit puissent nécessairement bénéficier du même traitement, d'autant plus qu'il pourrait être argué que certaines de ces opérations, aléatoires ou conditionnelles, ne représentent pas des flux financiers contribuant durablement à l'économie du pays hôte. C'est pourtant ce que la jurisprudence arbitrale d'investissement a hardiment décidé. Ce faisant, elle a fait preuve d'une connaissance remarquable de la réalité des opérations de banque.

**24.** Voyons d'abord la question de savoir si des titres financiers peuvent être considérés comme un investissement selon l'article 25(1) de la Convention de Washington. Cette question fut posée pour la première fois lors l'affaire *Fedax c. Venezuela*<sup>27</sup>. Il s'agissait en l'espèce de l'acquisition par la société Fedax, par voie

---

<sup>26</sup> A titre d'exemple, *Renée Rose Levy de Levi c. République du Pérou*, CIRDI No. ARB/10/17.

<sup>27</sup> *Fedax c. République du Venezuela*, CIRDI No. ARB/96/3, décision sur la compétence du 11 juillet 1997 ; voir E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone 2004, p. 464.

d'endossement, de billets à ordre libellés en dollars US et émis par le gouvernement du Venezuela. La République du Venezuela contestait la compétence du tribunal CIRDI au motif que les billets à ordre ne pouvaient être qualifiés d'« investissement », cette opération ne pouvant être considérée comme « un transfert sur le long terme de ressources financières – un flux de capitaux – d'un pays vers un autre (le destinataire de l'investissement) en vue d'acquérir des intérêts dans une société, opération qui comporte normalement certains risques pour l'investisseur potentiel »<sup>28</sup>. Par ailleurs, l'État défendeur indiquait que l'investissement sous forme de portefeuille de titres ne pouvait être « direct », tel qu'exigé à l'article 25(1) de la Convention de Washington, que si l'acquisition des titres avait été effectuée sur le marché primaire, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

**25.** Après avoir analysé le sens de l'article 25(1) de la Convention de Washington, le tribunal énonce que « [l]e tribunal considère que le champ d'application très large de l'article 25 de la Convention et la pratique et les décisions du CIRDI qui en découlent, suffisent pour reconnaître la compétence du Centre et du Tribunal pour trancher le litige. De plus, [...] les prêts sont des investissements qui relèvent de la compétence du CIRDI, tout comme, dans certaines circonstances, l'achat d'obligations. Puisque les billets à ordre constatent l'existence d'un [crédit] et sont des instruments financiers et de crédit relativement classiques, rien n'empêche leur acquisition d'être qualifiée d'investissement au sens de la Convention dans des circonstances particulières telles que celle de l'espèce »<sup>29</sup>. Ensuite, le tribunal observe que l'article 1 (a) du traité bilatéral d'investissement (TBI) du 22 octobre 1991 conclu entre le Royaume des Pays-Bas et la République du Venezuela désigne comme investissement « tout droit dérivé d'actions, d'obligations et tous autres types d'intérêts dans des sociétés et des

---

<sup>28</sup> Audience de la République du Venezuela sur les objections soulevées en matière de compétence, 17 janvier 1997, p. 8, traduit et cité par E. Gaillard, *op. cit.*, p. 466 note 3. Crochets rajoutés.

<sup>29</sup> *Ibid.*, §29.

joint-ventures, ainsi que tout titre ouvrant droit à une somme d'argent, à d'autres biens ou à toute réalisation ayant une valeur économique ». Par conséquent, il en conclut que les États signataires du TBI avaient entendu donner une signification large au terme « investissement » et le consentement de la République du Venezuela n'était sur ce point pas contestable. Enfin, le tribunal arbitral étudie plus particulièrement les six billets à ordre dont Fedax NV exige le remboursement. Il remarque que les billets à ordre, émis à titre de reconnaissance de dette pour un contrat de fourniture de services, prévoyaient leur transférabilité internationale. Quand bien même l'identité de l'investisseur changerait à chaque endossement, l'investissement lui, demeure, et le Venezuela en bénéficie jusqu'à l'échéance des billets<sup>30</sup>.

**26.** La notion extensive d'investissement retenue dans l'affaire Fedax NV se retrouve dans les décisions sur la compétence *CSOB c. Slovaquie* des 24 mai 1999 et 1<sup>er</sup> décembre 2000<sup>31</sup> à propos d'un prêt fait par CSOB (une banque commerciale de droit tchèque) à une société de recouvrement créée par l'État slovaque en vue du rachat de créances douteuses dues par des entreprises nationales de cet État. Le tribunal CIRDI a estimé que le prêt litigieux était un investissement réalisé par CSOB, même si l'opération en question permettait à CSOB, en raison du prêt accordé à la Slovaquie, d'exercer son activité bancaire sur les territoires des deux républiques nouvellement séparées.

**27.** Par la suite, d'autres tribunaux arbitraux rajouteront les crédits d'exploitation et les prêts immobiliers<sup>32</sup> à la liste des investissements entrant dans le champ d'application de la Convention CIRDI et des principaux traités de

---

<sup>30</sup> *Ibid.* §39 et 40.

<sup>31</sup> En ce sens : E. Gaillard, *op. cit.*, p. 577, spéc. p. 607.

<sup>32</sup> *Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG et Sampo Bank Plc c. République d'Estonie*, sentence du 19 novembre 2007, CIRDI No. ARB/04/6.

protection des investissements<sup>33</sup>. Mais ce travail pionnier de définition des contours de la notion d'investissement ne s'arrêta pas aux instruments classiques de crédit.

**28.** Dans une sentence remarquable, *Deutsche Bank AG c. République démocratique socialiste du Sri Lanka*, et faisant preuve d'une véritable connaissance de la réalité des instruments financiers complexes, le tribunal CIRDI décida que des produits dérivés offrant à l'acheteur une protection contre la hausse du prix de pétrole constituent un investissement selon à la fois l'article 25(1) de la Convention de Washington et le traité bilatéral d'investissement applicable en l'espèce<sup>34</sup>, alors même qu'un retournement du marché avait abouti à ce que les flux monétaires qualifiés d'investissement étaient dus par l'État d'accueil à l'investisseur plutôt que dirigés par ce dernier vers l'économie du premier. De cette décision, le tribunal déduisit logiquement que le non-respect par l'État de ses obligations de paiement à l'égard de la banque créancière, accompagné d'ingérences caractérisées par la cour suprême et le régulateur bancaire dans le processus contractuel, devait donner lieu à réparation<sup>35</sup>. Les extraits suivants de la sentence méritent d'être cités. D'abord quant à la qualification d'investissement au regard du traité bilatéral, le tribunal note la définition large d'investissement prévue à l'article 1 du traité mentionnant « every kind of asset » – définition que l'on retrouve dans un grand nombre de TBI – et l'un des exemples non exhaustifs qu'en donne le traité : « *c) claims to money which have been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value and associated with an investment* ». Partant, le tribunal décida que le contrat de dérivé objet du litige « *is an asset. It is a legal property with an economic value for*

---

<sup>33</sup> Tel n'est pas le cas en revanche de l'acquisition par une société mère d'une créance bancaire non échue détenue par sa fille (*Standard Chartered Bank c. République Unie de Tanzanie*, sentence du 2 novembre 2012, CIRDI No. ARB/10/12).

<sup>34</sup> *Deutsche Bank AG c. République démocratique socialiste du Sri Lanka*, CIRDI No. ARB/09/2. La sentence fait l'objet d'une procédure d'annulation qui, à la date de la remise de ce rapport, n'a pas encore abouti.

<sup>35</sup> *Ibid.*

*Deutsche Bank. It is a claim to money which has been used to create an economic value* »<sup>36</sup>.

**29.** Cependant, encore fallait-il que cet investissement fût lié à l'État d'accueil pour bénéficier de la protection du traité. Le tribunal retint alors le même lien de rattachement, pour les investissements de nature financière que celui retenu par le tribunal arbitral dans la sentence *Abaclat*<sup>37</sup>.

*« The Tribunal finds that the determination of the place of the investment firstly depends on the nature of such investment. With regard to an investment of a purely financial nature, the relevant criteria cannot be the same as those applying to an investment consisting of business operations and/or involving manpower and property. With regard to investments of a purely financial nature, the relevant criteria should be where and/or for the benefit of whom the funds are ultimately used, and not the place where the funds were paid out or transferred. Thus, the relevant question is where (sic) the invested funds ultimately made available to the Host State and did they support the latter's economic development »*<sup>38</sup>.

**30.** Appliquant ce précédent à l'espèce, le tribunal arbitral dans l'affaire *Deutsche Bank* conclut que l'investissement (les contrats de dérivés en litige) présentait bien un lien de rattachement au pays hôte, ce que le Groupe de travail approuve sans réserve compte tenu de la pertinence de cette approche aux investissements de nature financière. L'attendu suivant démontre une compréhension remarquable de l'organisation des groupes bancaires internationaux et de leurs opérations :

---

<sup>36</sup> At §285.

<sup>37</sup> *Abaclat et al. c. République d'Argentine*, CIRDI No. ARB/07/5. Voir paragraphes 33 et s. de ce rapport, *infra*.

<sup>38</sup> *Ibid.*, §374.

*« The reality of today's banking business is that major banks operate all over the world. The fact that one particular subsidiary or branch does the paperwork does not mean that the financial instrument is located in the country concerned. Here, the preliminary engagement took place in Sri Lanka and it is there too that the investment had its impact. The fact that various Deutsche Bank branches all over the world, including Singapore, participated in the preparation and finalization of the investment, does not alter this conclusion. Nor does the fact that the parties selected English law and English jurisdictions in their agreement. (...) In the present case, it is undisputed that the funds paid by Deutsche Bank in execution of the Hedging Agreement were made available to Sri Lanka, were linked to an activity taking place in Sri Lanka and served to finance its economy which is oil dependent. The Tribunal therefore decides that the condition of a territorial nexus with Sri Lanka is satisfied »<sup>39</sup>.*

**31.** C'est précisément ce traitement différencié des opérations bancaires qu'attendent les banques de la part des arbitres. Couplé à l'exécution facilitée des sentences CIRDI dans les pays signataires de la Convention de Washington, il constitue un avantage déterminant pour l'arbitrage par rapport aux procédures judiciaires. Pourtant, confrontée à des faits identiques, une autre banque, Standard Chartered, choisit de poursuivre le même défendeur, la compagnie nationale de pétrole sri lankaise, devant les tribunaux de Londres. Si les décisions en première instance et en appel lui furent favorables<sup>40</sup>, les chances de les voir reconnues et exécutées au Sri Lanka alors que la Cour suprême du pays a déclaré par ailleurs le contrat de dérivé illégal sont pratiquement nulles.

**32.** La sentence PCA 2012/11<sup>41</sup> témoigne également d'une connaissance pointue des opérations de banque par le tribunal arbitral concerné. Dans une

---

<sup>39</sup> Aff. CIRDI No. ARB/09/2, *op. cit.*, §291, 292.

<sup>40</sup> *Standard Chartered Bank v Ceylon Petroleum Corporation* [2011] EWHC 1785 (Comm) et, en appel, [2012] EWCA Civ 1049.

<sup>41</sup> Témoignage recueilli lors des auditions effectuées par le Groupe.

affaire où une entité étatique appela abusivement des garanties bancaires de bonne exécution, le tribunal arbitral accorda au donneur d'ordre la protection offerte par le traité bilatéral d'investissement aux investisseurs expropriés et le dédommagement qui s'ensuit. Pour cela, le tribunal surmonta l'obstacle de l'absence de contrat (l'appel d'offres n'avait pas abouti à la signature d'un contrat) et considéra que les moyens financiers mis en place par le donneur d'ordre (utilisation de lignes de crédit, constitution de sûretés, paiement de commissions et frais d'engagement) pour amener la banque garante à émettre les garanties en faveur du bénéficiaire public correspondent à des fonds mis en risque à la demande de ce bénéficiaire et, par conséquent, à un investissement.

**33.** Enfin, la décision sur la compétence rendue le 4 août 2011 dans l'affaire *Abaclat et autres c. République d'Argentine*<sup>42</sup> étend encore davantage la notion d'investissement. Le litige, toujours en cours au jour de ce rapport, oppose un grand nombre d'investisseurs italiens (de 180 000, ils sont passés à 60 000) ayant souscrit de façon individuelle à des obligations émises par le gouvernement de l'Argentine en monnaie étrangère sur plusieurs places financières internationales entre 1991 et 2001, agissant collectivement, contre l'Argentine. En raison de la grave crise économique dans laquelle s'est trouvée l'Argentine en 2000 et 2001, le gouvernement a annoncé le report du paiement de plus de 100 milliards de dollars US de dettes à la fin de l'année 2001 et a restructuré sa dette avec certains de ses créanciers. Les porteurs d'obligations souveraines ayant refusé de participer à la restructuration (appelés les « holdouts ») sont à l'origine de la requête en arbitrage devant le CIRDI et sont par ailleurs assistés par une association de banques italiennes et d'intermédiaires financiers, *Associazione Task Force Argentina*. Le tribunal arbitral a été confronté à une difficulté inédite. En effet, étant donné l'opposition manifestée par l'Argentine à la compétence du tribunal, notamment en raison de l'absence invoquée d'investissement au sens de la Convention de

---

<sup>42</sup> Auparavant connue sous le nom *Giovanna A Beccara et autres*, CIRDI No. ARB/07/5.

Washington, le tribunal a dû trancher la question de savoir si la souscription à des obligations souveraines sur le marché secondaire est, ou non, un investissement en précisant qu'il adoptait la méthode du *double-barrelled test*, c'est-à-dire que l'investissement en question devait à la fois correspondre à la notion d'investissement de l'article 25 de la Convention de Washington telle que développée par des précédents et à la notion du traité bilatéral de protection des investissements conclu le 22 mai 1990 entre l'Italie et l'Argentine. Jugeant qu'un investissement « *entails a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk* » (§370), le tribunal a jugé que les titres financiers en question étaient une contribution conforme à l'esprit et l'objectif de l'article 25 et qu'ils entraient également dans la liste des investissements listés à l'article 1 (1) du traité bilatéral.

**34.** Cette affaire n'est que la première d'une liste de cas impliquant la restructuration de la dette d'un État qui continue de s'allonger. En effet, un autre tribunal, autrement composé, dans une affaire impliquant également des porteurs d'obligations émises par l'Argentine (mais seulement 29 en l'espèce)<sup>43</sup>, a statué dans le même sens que la sentence *Abaclat*, dans sa décision sur la compétence et l'admissibilité. Appliquant le même *double-barrelled test*, le tribunal estime que des obligations souveraines sont incontestablement couvertes par la notion d'investissement selon l'article 25 (1) de la Convention de Washington, et que l'article 1 (1) du traité bilatéral de protection des investissements conclu entre l'Argentine et l'Italie n'exclut pas ces instruments financiers de la notion d'investissement. Puis, c'est au tour de la Grèce d'être défenderesse à un arbitrage CIRDI, initié par une banque slovaque en raison de la restructuration de la dette souveraine du pays<sup>44</sup>. D'autres affaires concernent les mesures de sauvetage des

---

<sup>43</sup> *Ambiente Ufficion S.P.A. et autres c. République d'Argentine*, CIRDI No. ARB/08/9. Une troisième affaire impliquant la dette argentine est pendante (aucune décision concernant la compétence et l'admissibilité n'a été rendue à la date de la remise de ce rapport) : *Giovanni Alemanni et autres c. République d'Argentine*, CIRDI No. ARB/07/8.

<sup>44</sup> *Poštová banka, a.s. et ISTROKAPITAL SE c. La République Hellénique*, CIRDI No. ARB/13/8.

banques en pleine crise financière, au cours desquelles des actionnaires étrangers de ces banques ont subi de lourdes pertes : peuvent être mentionnées le recours déposé par des actionnaires chinois contre la Belgique concernant la nationalisation de Fortis Bank<sup>45</sup> et l'action initiée contre Chypre en raison de la nationalisation de Cyprus Popular Bank consécutive à la crise financière chypriote<sup>46</sup>. Nous y reviendrons plus loin dans ce rapport.<sup>47</sup>

## **B. L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE BANCAIRE ET FINANCIÈRE**

### **1. L'arbitrage encouragé : le règlement général de l'AMF**

**35.** L'article 516-16 du Règlement Général de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) mentionne la possibilité pour l'AMF d'instituer, à la demande d'une entreprise de marché, « *une procédure d'arbitrage destinée à apporter une solution aux litiges survenant entre l'entreprise de marché et les membres du marché que celle-ci gère, entre les membres du marché eux-mêmes, ou entre les membres et leurs donneurs d'ordres* ». Le Règlement Général ne donne toutefois pas d'indications sur la nature de cet arbitrage, qui ne fait aujourd'hui l'objet d'aucune jurisprudence, non plus que d'une doctrine fournie. Le Groupe de travail n'a pas identifié un besoin particulier qui justifierait des recherches plus poussées dans cette direction.

---

<sup>45</sup> *Ping An Life Insurance Company of China, Limited et Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited c. Royaume de Belgique*, CIRDI No. ARB/12/29.

<sup>46</sup> *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos et autres c. République de Chypre*, CIRDI No. ARB/13/27.

<sup>47</sup> *Cf. infra* n°55.

## 2. L'arbitrage imposé : étude du cas du FDRC et de celui du DIRIBAN

### a) *Le Financial Dispute Resolution Center (FDRC) à Hong Kong*

**36.** Au moment de la faillite de Lehman Brothers, plus de 48 000 investisseurs de Hong Kong détenaient environ HKD 20 milliards en produits financiers émis ou garantis par Lehman. Comme on pouvait s'y attendre, la valeur de ces titres chuta brutalement en septembre 2008 lorsque la faillite de Lehman fut rendue publique.

**37.** Pour faire face au mécontentement grandissant du public et absorber le nombre élevé de litiges entre les investisseurs s'estimant lésés et les banques ayant distribué ces produits, le régulateur bancaire de Hong Kong, la Hong Kong Monetary Authority (HKMA), mit en place en 2008 un système de médiation et d'arbitrage désignant le Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC) pour administrer le règlement des litiges liés à la faillite de Lehman<sup>48</sup>.

**38.** L'expérience se révélera positive avec un taux de succès de 90% sur un total de 143 procédures<sup>49</sup> au point que le gouvernement décida peu après de créer un centre permanent pour résoudre les litiges financiers entre banques et clients ou contreparties : le *Financial Dispute Resolution Center* (FDRC). Doté du statut d'entité à but non lucratif et indépendant de l'État, le FDRC a commencé son activité le 19 juin 2012. Il a vocation à gérer tous litiges de nature monétaire existant entre une personne physique (ou une société unipersonnelle) et un

---

<sup>48</sup> W. Gu, *ADR and Financial Disputes in Hong Kong: The Lehman Brothers Experience and The Way Forward*, January 2011, *Asian Dispute Review*, pp. 20-23. V. aussi S. F. Aki et J.K.W.Kwok, « After Lehman : International Response to Financial Disputes – A focus on Honk Kong », *Rich. J. Global L. & Bus.* 151 (2011) ; audition du Groupe de travail du 13 février 2012.

<sup>49</sup> 355 requêtes furent introduites dans un premier temps. Le régulateur incita les investisseurs et les banques à résoudre leurs litiges à l'amiable, ce qui ramena ce chiffre à 143 procédures effectivement administrées par le HKIAC.

établissement bancaire ou financier, portant sur tout type d'opération de paiement ou de crédit ou produit d'investissement.

**39.** Le nouveau système se distingue par son caractère obligatoire pour les établissements bancaires, et optionnel pour leurs clients. Ainsi, tout consommateur client de l'un de ces établissements pourra, sous certaines conditions (montant des litiges plafonné à HKD 500 000<sup>50</sup>, échec des négociations avec l'établissement concerné, litige né d'un contrat conclu ou exécuté à Hong Kong ou de tout acte ou omission d'un établissement lié à la fourniture de services financiers), porter sa réclamation – qui devra avoir exclusivement une nature monétaire – devant le FDRC afin que le litige fasse l'objet d'une médiation et, en cas d'échec et si la partie demanderesse le souhaite, d'un arbitrage.

**40.** La procédure d'arbitrage prévue par le FDRC est exclusivement écrite, sauf cas particuliers où l'arbitre déterminerait que la tenue d'une audience pourrait s'avérer nécessaire *et* que les parties accepteraient de pourvoir aux frais de ladite audience.

**41.** A la date de rédaction de ce rapport, le nombre de procédures administrées par le FDRC demeure faible<sup>51</sup>. Les raisons envisagées tiennent à la méconnaissance de ce centre par le public et au plafond fixé à HKD 500 000. Ce montant est considéré comme trop faible pour couvrir la grande majorité des différends entre clients et banques. Il a toutefois été indiqué lors des auditions conduites par le Groupe de travail que la création du FDRC a eu un impact positif sur le traitement par les banques des réclamations de leurs clients.

---

<sup>50</sup> Soit l'équivalent d'environ 46 666 euros en avril 2014.

<sup>51</sup> D'après un article paru sur le site du South China Morning Post en date du 20 mai 2013, « Hong Kong mediation centre aims to end Lehman minibonds investor pain », après dix mois d'activités, le FDRC aurait traité environ 130 affaires dont 28 firent l'objet d'une procédure de médiation. Sur ces 28 procédures, 12 d'entre elles se seraient conclues par un accord entre les parties et 2 firent par la suite l'objet d'une procédure en arbitrage (les autres procédures étaient encore en cours au moment où l'article susmentionné fut publié).

*b) Le DIRIBAN en Espagne*

**42.** En Espagne, quatre systèmes d'arbitrage ont été mis en place au sein du secteur bancaire afin de résoudre les différends entre établissements de crédit. Ces systèmes furent mis en place par l'Asociación Española de Banca (AEB) pour les établissements bancaires, la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) pour les caisses d'épargne et l'Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC) pour les coopératives de crédit. Chaque association administre ainsi un service d'arbitrage ayant vocation à régler l'ensemble des différends pouvant survenir entre ses membres. Un quatrième service – Servicio para dirimir incidencias entre Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Credito (SERDI) – a été également créé pour régler les différends entre les membres de chacune des trois associations citées précédemment.

**43.** Le Groupe de travail a concentré ses travaux sur le Servicio para dirimir cuestiones entre bancos (DIRIBAN), le système d'arbitrage créé au sein de l'AEB. Le recours au DIRIBAN repose sur une base volontaire exprimée à titre général et par anticipation : chaque membre de l'association doit préalablement accepter d'adhérer au système d'arbitrage en acceptant de signer un accord global donnant compétence au DIRIBAN pour connaître des litiges l'opposant à un autre établissement également signataire de cet accord. Grâce à la pression de la Banque Centrale d'Espagne qui impose à toute entité membre du Système de Compensation Electronique espagnol d'adhérer à ce système d'arbitrage, l'accord a été signé par tous les membres de l'AEB. L'organisme juridictionnel du DIRIBAN est constitué des responsables juridiques des établissements bancaires opérant en Espagne (espagnols et internationaux) les plus représentatifs. Les différends, qui portent sur les transactions interbancaires usuelles, sont majoritairement d'ordre technique.

**44.** La procédure, administrée par le secrétariat du DIRIBAN, est gratuite et extrêmement flexible. Les deux parties peuvent adresser tous documents qu'elles pourraient considérer comme utiles à l'appui de leur position. Le membre du

DIRIBAN désigné comme rapporteur peut également requérir tout document ou témoignage additionnel qu'il estimerait nécessaire. Il n'existe pas de limitation en termes de montant et il n'est prévu aucune possibilité d'appel des sentences rendues. Les sentences sont considérées par le tribunal du DIRIBAN comme ayant valeur de précédent.<sup>52</sup>

### **3. L'arbitrage inattendu : les conséquences de l'action du régulateur bancaire**

**45.** Si les pouvoirs du régulateur bancaire restent l'apanage de la souveraineté de l'État, les arbitres internationaux n'hésitent pas à examiner minutieusement leur exercice au regard tant du standard de traitement juste et équitable que de l'obligation de l'État d'accueil d'assurer une protection et une sécurité totale à l'investisseur étranger et à sanctionner, si violation il y a, tout abus ou discrimination.

**46.** « Le régulateur sanctionne ; les arbitres réparent » ! C'est en ces termes qu'un expert particulièrement autorisé s'est exprimé lors de son audition par le Groupe de travail quant aux perspectives de l'arbitrabilité des litiges entre régulateurs bancaires et établissements régulés. La question n'est pas anodine. Depuis la crise financière, de nombreuses agences régulatrices ont entamé des actions publiques contre des banques, les accusant d'infractions aux règles de fonctionnement du marché, de la réglementation bancaire et financière, voire de délits de droit commun en liaison avec des allégations de manipulation des taux d'intérêts, taux de change ou pour manque de transparence en matière de produits structurés. Même lorsque les banques et leurs régulateurs convenaient de faire l'économie d'une action publique au profit d'un audit volontaire entrepris par la banque elle-même sur ses activités passées et sa gouvernance, des juges ont refusé

---

<sup>52</sup>Témoignage recueilli lors des auditions effectuées par le Groupe de travail lors desquelles il fut indiqué que toutes les sentences rendues (1050 pour le DIRIBAN, 1100 pour le SERDI) avaient été acceptées et exécutées volontairement par les parties.

d'approuver l'accord transactionnel qui en a résulté au motif de sanction trop clémente, limitée à la personne morale, ou insuffisante pour créer un précédent dissuasif<sup>53</sup>. D'où la question que s'est posée le Groupe de travail de savoir si l'arbitrage, qui emporte un caractère souvent définitif de la sentence et une interdiction de révision judiciaire sur le fond, pourrait constituer une alternative allant dans l'intérêt commun du régulateur et du régulé. La réponse citée en début de paragraphe résume le résultat des recherches et auditions que le Groupe a entreprises à cet effet. Le Groupe a estimé inutile de poursuivre ses travaux sur ce sujet.

**47.** Cela voudrait-il dire que l'ensemble de l'action du régulateur bancaire échapperait au champ d'action juridictionnelle de l'arbitre ? Assurément non, comme en témoigne le nombre de sentences internationales où les arbitres se sont reconnus compétents pour juger des conséquences de l'action du régulateur au regard du standard de traitement juste et équitable et de celui de protection de la sécurité des investissements étrangers. Ils ont accordé des dommages et intérêts aux banques étrangères régulées, ou aux actionnaires étrangers de banques locales, lorsqu'ils estimaient que ces standards n'avaient pas été respectés par les régulateurs bancaires du pays concerné. A cet égard, trois sentences méritent d'être citées.

**48.** Dans la première affaire, *Deutsche Bank c. République démocratique socialiste du Sri Lanka*, déjà citée dans ce rapport<sup>54</sup>, la banque demanderesse avait vendu des options contre la hausse du prix du pétrole à la compagnie nationale de

---

<sup>53</sup> On citera notamment le refus initial du juge fédéral américain Jed Rakoff le 14 septembre 2009 d'homologuer un accord transactionnel conclu entre Bank of America et la Securities and Exchange Commission (SEC) concernant les conditions de rachat de Merrill Lynch (*Securities and Exchange Commission v. Bank of America*, Case No. 09 Civ. 6829 (JSR), 10 Civ. 0215 (JSR) (S.D.N.Y. Feb. 22, 2010)), ainsi que de celui du juge fédéral Ellen Segal Huvelle, du District de Columbia, d'homologuer en 2010 un accord transactionnel entre la SEC et Citigroup lié aux opérations de la banque sur le marché des *subprimes* (*Securities and Exchange Commission v. Citigroup Inc.*, Case No. 10cv01277 (U.S. District Court for the District of Columbia, Aug. 16, 2010)). Les deux accords furent finalement homologués mais après modifications effectuées au désavantage des banques.

<sup>54</sup> Aff. CIRDI No. ARB/09/2. Cf. n°28 *supra*.

pétrole du Sri Lanka, Ceylon Petroleum Company (CPC). Devant l'évolution du prix à la baisse, CPC s'était retrouvée débitrice à l'égard de la banque d'une forte somme d'argent qu'elle avait alors refusé de régler. La Cour suprême et la Banque centrale du Sri Lanka intervinrent successivement pour frapper le contrat de dérivé d'illégalité et ainsi empêcher tout paiement à la banque. Dans son action devant le CIRDI, Deutsche Bank demandait que soit reconnue l'atteinte par le Sri Lanka à son droit au traitement juste et équitable que garantit le traité bilatéral de protection des investissements entre l'Allemagne et le Sri Lanka.

**49.** Le tribunal arbitral analysa les actes de la Banque centrale (ainsi que ceux de la Cour suprême) qui avait, au terme d'une inspection visant Deutsche Bank à Colombo, fini par interdire le paiement des sommes dues au titre des produits dérivés et par prendre des sanctions disciplinaires à l'encontre de Deutsche Bank. Il commença par rejeter la raison d'intérêt supérieur de la nation (qui renvoie à la doctrine de nécessité en droit international) invoquée par la Banque centrale pour justifier l'inspection à laquelle elle avait procédé, à savoir le prétendu impact des dettes de CPC sur les réserves de changes nationales. Le tribunal arbitral nota que la Banque centrale avait été tenue au courant des négociations, des termes et de la conclusion des contrats de dérivés et des conséquences d'une baisse potentielle des prix sur le marché mondial. Il nota également que le gouverneur de la Banque centrale avait indiqué au directeur de Deutsche Bank à Colombo, au début de l'inspection, qu'il tenait la banque responsable de diverses infractions mais qu'il était prêt à renoncer à toute sanction si une issue acceptable était trouvée. Cette conclusion exprimée avant même l'aboutissement de l'inspection constituait, pour le tribunal, une violation par l'État à son obligation de traitement juste et équitable que lui imposait le traité en tant que pays hôte.

**50.** Le tribunal releva également divers détails troublants qui démontraient que l'inspection ne respectait pas les normes de sérieux auquel on pouvait s'attendre ni le principe du contradictoire : absence de rapports des inspecteurs, absence de comptes rendus ou d'auditions du personnel de Deutsche Bank ou

encore de signification à Deutsche Bank de la procédure réglementaire dont elle faisait l'objet avant de se voir notifier l'interdiction de recevoir tout paiement de CPC en relation avec les produits dérivés en cause. Le tribunal arbitral jugea que, ce faisant, la Banque centrale avait abusé de ses pouvoirs :

*« The present case is a not typical case of regulatory action: the entire value of Deutsche Bank's investment was expropriated for the benefit of Sri Lanka itself. Moreover, (...) the actions by the Supreme Court and the Central Bank were not legitimate regulatory actions. They involved excess of powers and improper motive as well as serious breaches of due process, transparency and indeed a lack of good faith. It was the Central Bank which encouraged Deutsche Bank to enter hedging agreements with CPC in the first place and which continued to monitor the conclusion of such transactions. Claimant had a legitimate expectation that a validly concluded hedging agreement with CPC would be in force in Sri Lanka and that its contractual rights would not be later interfered by a regulator which was essentially an interested party to the transaction. The Tribunal cannot therefore accept Sri Lanka's excuse that its taking of Deutsche Bank's rights under the Hedging Agreement was the result of a legitimate regulatory action. It was a financially motivated and illegitimate regulatory expropriation by a regulator lacking in independence. »<sup>55</sup>*

**51.** Dans la seconde affaire qui illustre notre propos, *Antoine Goetz & Consorts et SA Affinage des Métaux c. République du Burundi*<sup>56</sup>, un conglomérat financier comprenant une banque, l'African Bank of Commerce (ABC), introduisit une requête auprès du CIRDI sur le fondement du traité bilatéral d'investissement entre le Burundi et l'Union économique belgo-luxembourgeoise. Il mettait en avant les difficultés auxquelles l'ABC fut confrontée dans le cadre des différentes actions de la Banque Centrale de la République du Burundi (BRB) et du Ministère

---

<sup>55</sup> *Ibid.* §523 et 524.

<sup>56</sup> CIRDI No. ARB/01/2.

du Commerce, difficultés qui aboutirent au retrait d'agrément et à la fermeture forcée de la banque par décision des autorités en janvier 2000.

**52.** Le tribunal arbitral reconnut que certaines fautes pouvaient être reprochées à l'ABC mais considéra néanmoins que les actions des autorités bancaires, et notamment le fait de mettre fin aux activités de l'ABC sans indemnisation, avaient contrevenu aux dispositions du traité entre le Burundi et l'Union économique belgo-luxembourgeoise et ne pouvaient être justifiées par les manquements de l'ABC<sup>57</sup>.

**53.** Enfin, la sentence récente *Renée Rose Levy de Levi c. République du Pérou*<sup>58</sup> caractérise de manière plus prononcée encore le pouvoir que se reconnaissent les tribunaux arbitraux de juger de l'action du régulateur à l'aune des standards internationaux de protection des investissements. Intervenu dans le contexte de la crise financière russe qui affecta en 1998 l'ensemble des marchés émergents, dont le Pérou, le litige porte sur les conséquences de la dissolution d'une banque péruvienne, *Banco Nuevo Mundo*, sur ordre des autorités bancaires péruviennes et de sa liquidation, que ces autorités imputaient à diverses défaillances de la banque quant à ses obligations prudentielles et de contrôle interne.

**54.** Le tribunal CIRDI retint sa compétence, considérant que le litige répondait aux exigences de l'article 25(1) de la Convention de Washington compte tenu de l'investissement réalisé par les actionnaires français de la banque pour la créer et l'opérer, du risque opérationnel associé à chacune des opérations de crédit effectuées par cette banque, de la durée de l'investissement et de sa contribution durable au développement du Pérou. L'argument de l'État défendeur mettant en exergue la conformité de l'action du régulateur bancaire aux lois péruviennes et le

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, §258

<sup>58</sup> CIRDI No. ARB/10/17.

manque de compétence du tribunal arbitral pour l'évaluer n'a pas été retenu. Enonçant une distinction fondamentale, le tribunal reconnut qu'il ne peut se substituer au régulateur dans sa mission régulatrice ou encore devenir un organe d'appel de ses décisions, mais considéra qu'il dispose en vertu du traité bilatéral de protection des investissements du pouvoir de déterminer si les actions ou omissions du régulateur violent le traité ou les standards internationaux de protection des investissements<sup>59</sup>.

**55.** Ce motif est particulièrement important dans le tracé de la ligne de démarcation qui sépare la matière réglementaire arbitrable de celle qui ne peut l'être. A condition que les termes du traité d'investissement applicable le permettent, cette distinction ouvre potentiellement la possibilité aux banques et à leurs actionnaires de saisir les tribunaux arbitraux pour évaluer l'action des régulateurs bancaires ayant procédé, comme ils ont pu le faire lors de la crise financière, à la nationalisation de certains établissements<sup>60</sup> ou à leur refinancement ou, à l'inverse, s'étant abstenus de toute action, conduisant ainsi des établissements financiers à la faillite. La même question se pose quant aux droits des déposants ayant été forcés par mesure étatique de convertir une partie de leurs dépôts en participation au capital de la banque dépositaire (*bail-in*) comme mesure de recapitalisation à moindre frais pour le contribuable. La question a déjà été posée à propos de la mesure prise en mars 2013 par la Banque Centrale de Chypre de forcer le *bail-in* à hauteur de 47,5% de la partie des dépôts bancaires excédant celle couverte par la garantie européenne des dépôts, plafonnée à 100 000 euros<sup>61</sup>. La matière n'a certes pas encore été étudiée en profondeur et mériterait de l'être plus avant.

---

<sup>59</sup> *Ibid*, §161 et 162.

<sup>60</sup> Cf. *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited c. Royaume de Belgique*, CIRDI No. ARB/12/29.

<sup>61</sup> Cf. *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos et autres c. République de Chypre*, CIRDI No. ARB/13/27, et *Poštová banka, a.s. et ISTROKAPITAL SE c. La République Héliénique*, CIRDI No ARB/13/8.

**56.** La question de l'évaluation de l'action du régulateur bancaire à la lumière des standards internationaux de protection des investissements étrangers ne se pose évidemment pas en matière d'arbitrage commercial international. On relèvera cependant que ceci n'empêche pas les arbitres de prendre en considération, à titre d'éléments de fait, l'action du régulateur pour se prononcer sur le litige commercial sous-jacent.

**57.** Ainsi, dans une affaire portée à l'attention du Groupe de travail pendant ses travaux, l'actionnaire majoritaire d'une banque vendit à une banque étrangère une part de sa participation permettant à l'acquéreur de détenir une participation majoritaire. Le but était de favoriser le développement de la banque en la faisant profiter de l'expertise de la banque acquérante qui en devenait également le gérant. Par la suite, des inspections effectuées par la banque centrale de l'État où opérait la banque cible devaient démontrer que celle-ci contrevenait dans sa gouvernance et ses opérations aux normes prudentielles imposées par cet État. Ceci amena le régulateur à la mettre sous supervision et à restreindre le champ de ses activités bancaires. La perte de valeur qui en résulta amena l'actionnaire minoritaire qui avait cédé sa participation à réclamer devant le tribunal arbitral compétent au titre du contrat d'acquisition la résiliation de ce contrat et son indemnisation pour la perte de valeur consécutive à la mauvaise gestion par l'acquéreur gérant. Le tribunal arbitral examina les conditions d'inspection par la Banque centrale et la sanction qui en résulta. Sans porter de jugement sur leur bien-fondé, le tribunal décida que ces éléments suffisaient pour caractériser la mauvaise gestion par l'actionnaire gérant et appliquer les sanctions contractuelles prévues entre les actionnaires dans le contrat d'acquisition et fit ainsi droit aux demandes de l'actionnaire minoritaire.

## **VI. LA REALITE DU RECOURS PAR LES ETABLISSEMENTS BANCAIRES ET FINANCIERS A L'ARBITRAGE**

**58.** Les établissements bancaires et financiers privilégient le recours aux tribunaux étatiques et n'envisagent pas l'arbitrage comme mode principal de règlement des litiges. Cette vérité largement connue a été constatée par le Groupe de travail lors de ses travaux et auditions d'experts, sans distinction liée à la taille de la banque ou à son modèle (banque universelle ou banque spécialisée). En dehors des cas particuliers cités dans ce rapport où l'arbitrage vient à être imposé par le régulateur, la fédération bancaire ou un marché organisé auquel adhère la banque, le recours à l'arbitrage est décidé au cas par cas, selon les circonstances particulières de l'opération ou du différend. Au vu des auditions que le Groupe de travail a effectuées, cette position de principe semble toutefois évoluer depuis la crise financière. La montée en puissance de certains pays émergents semble accentuer cette ouverture. Citée dans la première partie de ce rapport<sup>62</sup>, l'ouverture de l'arbitrage d'investissement aux opérations de banque mériterait également d'être mieux connue des milieux bancaires car elle fournit un argument de poids en faveur de l'option arbitrale.

### **A. LES AVANTAGES NUANCÉS DE L'OFFRE TRADITIONNELLE D'ARBITRAGE**

#### **1. Le poids des inconvénients du recours à l'arbitrage par les banques**

**59.** Lors de l'audition des différents intervenants, le Groupe de travail a constaté que les mêmes arguments sont régulièrement avancés en défaveur de l'arbitrage.

---

<sup>62</sup> N°16 à 34 *supra*.

a) *L'arbitrage serait-il une procédure inadaptée à la réalité des opérations de banque ?*

(i) L'absence de publicité : avantage limité et conflit potentiel avec la réglementation financière

**60.** La confidentialité de l'arbitrage n'est pas perçue, de manière générale, comme un avantage par les établissements bancaires. Certes, les banques, comme toutes autres entreprises, peuvent avoir intérêt à ce que les détails de leurs opérations, leur gouvernance, budgets ou stratégies ne soient pas rendus publics. Mais elles accordent tout autant d'importance, si ce n'est plus, à la valeur d'exemplarité que seul un jugement public leur assure. En effet, la crainte des conséquences qu'entraînerait un jugement de défaillance sur leur notation financière et leur réputation sur le marché peut inciter de nombreux emprunteurs, qu'ils soient des entités souveraines ou des entreprises commerciales, à rembourser leurs crédits bancaires. La banque exhibera souvent des jugements ayant fait triompher sa thèse, ou celle d'autres banques ayant eu à connaître de circonstances comparables, comme « précédents » utiles lors de négociations ou en situation de précontentieux.

**61.** D'ailleurs, lorsque la confidentialité est recherchée, elle peut facilement s'envoler en cas de recours contre la sentence, partielle ou finale, ou de la mise en cause de la responsabilité des arbitres ou des institutions d'arbitrage devant des tribunaux judiciaires. L'arrêt de la Haute Cour d'Australie *Esso Australia Resources Ltd*<sup>63</sup> et celui de la Cour suprême de Suède, *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd*<sup>64</sup>, ont ouvert une brèche considérable dans le mythe de la confidentialité de l'arbitrage et eu pour conséquence l'introduction d'engagements de confidentialité dans certains règlements institutionnels et conventions d'arbitrage.

---

<sup>63</sup> *Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman*, 7 avril 1995, XXI *Yearbook Commercial Arbitration*, 137 (1996).

<sup>64</sup> *Foreign Trade Bank Ltd ('Bulbank') v. A.I Trade Finance Inc ('AIT')*, 27 October 2000, NJA 2000 p. 538 (T 1881-99), 7, 9, 201, 202.

**62.** L'arbitrage prive également les banques de l'usage de l'assignation, voie procédurale publique et potentiellement médiatisée, comme moyen d'inciter la contrepartie à s'exécuter rapidement ou de pousser à la transaction. En effet, l'avantage traditionnel du recours à l'arbitrage qu'est la confidentialité de la procédure et de la sentence peut tourner au désavantage d'une banque dans l'éventualité d'un manquement de son cocontractant à ses obligations. Le risque d'être assignée publiquement en justice, d'être révélée comme « mauvais payeur » ou « cocontractant à risque » n'existe alors plus pour la contrepartie, le contentieux étant enfermé dans l'intimité de la procédure arbitrale.

**63.** Lors de ses travaux, le Groupe a identifié un conflit potentiel entre le principe de confidentialité de l'arbitrage<sup>65</sup>, qu'il soit de source contractuelle ou légale, et l'obligation de transparence à laquelle sont soumises les entreprises cotées en France.

**64.** L'article 212-13 du Règlement Général de l'AMF, acte normatif de portée générale<sup>66</sup>, oblige toute entreprise cotée sur Euronext Paris à publier un document de référence permettant de s'informer sur la situation financière et les perspectives de la société. Cette obligation de transparence est complétée par une recommandation du 10 décembre 2009 de l'AMF<sup>67</sup> sur l'élaboration des documents de référence, qui indique, par référence au règlement européen n°809/2004 du 29 avril 2004<sup>68</sup> mettant en œuvre la directive 2003/71/CE, que

---

<sup>65</sup> Le devoir de confidentialité doit être entendu largement puisqu'il « ne se limite pas dans son étendue au seul délibéré arbitral, il a pour objet l'ensemble de la procédure arbitrale » (E. Loquin, JCl. Procédure civile, Fasc. 1036 : Arbitrage – Instance arbitrale, §136).

<sup>66</sup> T. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 3<sup>e</sup> édition, Economica, 2010, p. 362.

<sup>67</sup> Recommandation n°3.2 sur les facteurs de risque, Recommandation AMF n°2009-16 - Guide d'élaboration des documents de référence qui reprend et remplace la recommandation de l'AMF du 29 octobre 2009 sur les facteurs de risque.

<sup>68</sup> La recommandation n° 2009-16 renvoie ainsi aux dispositions du paragraphe 20.8 de l'annexe 1 du Règlement européen n°809/2004 qui requiert de présenter les informations relatives aux procédures judiciaires et d'arbitrage : art 20.8 « Indiquer, pour une période couvrant au moins les douze derniers mois, toute procédure gouvernementale, judiciaire ou d'arbitrage (y compris toute procédure dont l'émetteur a connaissance, qui est en suspens ou dont il est menacé) qui pourrait avoir ou a eu récemment des effets significatifs sur la situation financière ou la rentabilité de l'émetteur et/ou du groupe, ou fournir une déclaration négative appropriée ».

l'émetteur du document de référence doit rendre publique l'existence de toute procédure judiciaire ou d'arbitrage qui pourrait avoir ou aurait eu récemment des effets significatifs sur la situation financière ou la rentabilité de l'émetteur.

**65.** Les sociétés cotées parties à une procédure arbitrale se retrouvent ainsi soumises à des obligations qui pourraient paraître de prime abord contradictoires : d'une part le principe de confidentialité de l'arbitrage, et d'autre part l'obligation réglementaire de transparence en matière d'informations financières. Le conflit sera tranché par référence à la hiérarchie des normes ainsi qu'au regard de l'impératif de distinguer selon que la procédure se rapporte à un arbitrage interne ou international.

**66.** L'article 1464 alinéa 4 du Code de procédure civile, qui ne concerne que l'arbitrage interne, prévoit que « sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité ». Dans ce cadre interne, lorsque l'ensemble des éléments sont localisés en France, la loi française s'applique tant pour la confidentialité de l'arbitrage que pour l'obligation de communication financière. Le conflit entre l'obligation de confidentialité et le devoir de transparence de source légale ou réglementaire se tranchera en faveur des règles organisant la transparence financière, l'article 1464 alinéa 4 réservant le cas des obligations légales auxquelles seraient par ailleurs soumises les parties à l'arbitrage. En tout état de cause, on peut penser que les règles en matière de transparence répondant à une volonté de protection de l'épargne publique et des investisseurs, elles seraient considérées comme revêtant un caractère d'ordre public et viendraient donc à l'emporter, même en l'absence d'une telle réserve.

**67.** Ce qui précède n'implique nullement que sous couvert de conformité à l'obligation de transparence issue du droit des marchés financiers, la communication d'informations financières fasse étalage des moindres détails de la procédure arbitrale au-delà de ce qui se révèle indispensable à une appréciation correcte du risque, dans la mesure où celle-ci serait elle-même nécessaire à la

protection de l'épargne et des investisseurs. Ainsi, ni le nom de l'autre partie, ni l'objet précis du litige, ni les détails de la procédure arbitrale ou des échanges entre les parties ou avec le tribunal arbitral ne semblent, dans la plupart des cas, pertinents pour le marché. La communication d'informations financières doit donc s'envisager avec retenue<sup>69</sup>.

**68.** Dans le cadre de l'arbitrage international, l'article 1506 3° du Code de procédure civile ne transpose pas l'article 1464 alinéa 4 à l'arbitrage international. Il appartiendra aux parties, si elles le souhaitent, de soumettre leur arbitrage à un principe de confidentialité en le prévoyant expressément dans leur convention ou dans l'acte de mission<sup>70</sup> si celui-ci vient à être établi. Notons d'ailleurs qu'il n'existe pas dans le règlement d'arbitrage de la CCI d'obligation générale de confidentialité. Si les parties ont fait le choix d'un règlement d'arbitrage qui impose la confidentialité des pièces de procédure et de la sentence<sup>71</sup>, ou bien si elles l'ont expressément prévu dans leur convention, il faudra s'interroger pour savoir si la confidentialité issue du choix des parties cèderait le pas devant l'injonction légale. Le Groupe de travail considère qu'il est probable, au vu de l'objectif de protection de l'épargne et des investissements, qu'un juge français ou un arbitre qualifierait de loi de police l'article 212-13 du Règlement Général de l'AMF, dont les dispositions primeraient ainsi sur les stipulations contractuelles portant sur la confidentialité<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> En ce sens, V. A. Millerand, « Transparence financière pour les sociétés cotées et confidentialité des procédures d'arbitrage : quel équilibre ? », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 5, Septembre 2012, prat. 5.

<sup>70</sup> Faute d'accord des parties, les arbitres ont la possibilité de soumettre la procédure au régime de la confidentialité par une ordonnance de procédure après un débat contradictoire entre les parties. Cf T. Clay « Le nouveau droit français de l'arbitrage », *Lextenso*, Novembre 2011, p. 103.

<sup>71</sup> En ce sens, l'article 30 du règlement d'arbitrage de la LCIA. Il en va de même pour l'article 41(1) du règlement d'arbitrage du Dubai International Arbitration Centre. V. F. de Ly, M. Friedman, *et al.*, *International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on « Confidentiality in International Commercial Arbitration »*, *Arbitration International*, (Kluwer Law International 2012, Volume 28 Issue 3) pp. 355 – 396

<sup>72</sup> F. Fages, « La confidentialité à l'épreuve de la transparence financière », *Revue de l'Arbitrage*, 2003, n°1, pp. 5 - 39. La solution pourrait être identique dans le cas où l'obligation de transparence trouverait sa source dans une législation étrangère que le juge français qualifierait de loi de police étrangère.

(ii) Les difficultés en matière d'arbitrage multipartite et multi-contrats en matière bancaire et financière

**69.** Les opérations bancaires et financières les plus importantes en termes de montant, et présentant donc un intérêt majeur, sont généralement syndiquées entre plusieurs banques ou autres investisseurs, directement ou via la conclusion de conventions de sous-participation, et peuvent donc se trouver confrontées aux difficultés mises en exergue par la jurisprudence *Dutco*<sup>73</sup>.

**70.** Le spectre *Dutco* continue en effet de planer sur les arbitrages multipartites. En l'espèce, la Cour de cassation avait annulé une sentence arbitrale rendue dans le cadre d'un arbitrage tripartite suite à la contrainte imposée à deux défendeurs de nommer conjointement un seul arbitre malgré leur divergence d'intérêts alors que le demandeur unique avait nommé un autre arbitre. La Cour avait conclu à la rupture du principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres, principe d'ordre public. En réaction à l'arrêt *Dutco*, de nombreuses institutions d'arbitrage ont modifié leur règlement d'arbitrage. L'article 10 du règlement d'arbitrage de la CCI de 1998 a été modifié pour préciser qu'en cas d'arbitrage multipartite, les demandeurs conjointement, et/ou les défendeurs conjointement devaient nommer leur arbitre. En l'absence d'accord entre les parties, la nomination des arbitres incombe alors à la Cour d'arbitrage de la CCI. Le règlement de 2012 a conservé cette approche, à l'article 12 §6<sup>74</sup> et §8<sup>75</sup>. Le règlement d'arbitrage de la LCIA prévoit, de manière un peu plus radicale, qu'en présence de plus de deux parties, lorsque les parties n'ont pas convenu par écrit

---

<sup>73</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1992, Bull. civ. I, n° 2.

<sup>74</sup> Art. 12 §6 du règlement d'arbitrage CCI 2012 : « En cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, et si le litige est soumis à trois arbitres, les demandeurs conjointement, les défendeurs conjointement, désignent un arbitre pour confirmation conformément à l'article 13 ».

<sup>75</sup> Art. 12 §8 : « À défaut d'une désignation conjointe conformément à l'article 12, paragraphe 6 ou 7, et de tout autre accord entre les parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la Cour peut nommer chacun des membres du tribunal arbitral et désigne l'un d'entre eux en qualité de président. Dans ce cas, la Cour est libre de choisir toute personne qu'elle juge adéquate pour agir en qualité d'arbitre, en appliquant l'article 13 lorsqu'elle l'estime approprié ».

qu'elles représentent deux intérêts opposés, la Cour de la LCIA nommera les arbitres<sup>76</sup>.

**71.** Dans le même ordre d'idée, les banques craignent également de voir un tribunal arbitral, nommé à la fois dans la procédure relative au contrat bancaire et celle relative au contrat commercial sous-jacent, décider de joindre des procédures multiples ayant trait au crédit et à l'opération financée par ce crédit en faisant fi du caractère indépendant de l'engagement pris par la banque. La conséquence est de voir l'arbitre évaluer la véracité, l'étendue et l'impact des vicissitudes qui ne manquent pas de survenir lors de l'exécution du contrat financé et juger du financement bancaire à la lumière de ces éléments. Prenons le cas, par exemple, d'une banque ayant émis un crédit documentaire sur les instructions de son client, en général un importateur. Lors de la présentation par l'exportateur des documents d'expédition conformes que l'importateur a demandé à la banque de requérir, la banque a un devoir absolu de payer le montant du crédit. Elle ne peut être tenue responsable si les biens venaient à se révéler défectueux ou impropres à l'usage auquel l'importateur les destinait ; cette circonstance ne devrait avoir aucun impact sur l'analyse des obligations de remboursement de l'importateur au titre du crédit. Bien que l'importateur pourrait, dans un tel cas, être en droit de réclamer à l'exportateur des dommages-intérêts, il devra intenter son recours séparément devant la juridiction compétente. Quand bien même le crédit bancaire est lié économiquement à l'opération sous-jacente financée, celui-ci est juridiquement séparé de celle-là. Joindre les procédures issues des deux rapports, y compris à des prétendues fins de bonne administration de la justice, comme cela est possible selon certains règlements d'arbitrage en l'absence d'accord de toutes les parties

---

<sup>76</sup> Art. 8 du règlement d'arbitrage LCIA : « 8.1. Where the Arbitration Agreement entitles each party howsoever to nominate an arbitrator, the parties to the dispute number more than two and such parties have not all agreed in writing that the disputant parties represent two separate sides for the formation of the Arbitral Tribunal as Claimant and Respondent respectively, the LCIA Court shall appoint the Arbitral Tribunal without regard to any party's nomination.

8.2 In such circumstances, the Arbitration Agreement shall be treated for all purposes as a written agreement by the parties for the appointment of the Arbitral Tribunal by the LCIA Court ».

intéressées<sup>77</sup>, irait à l'encontre des attentes de la banque et des fondamentaux du crédit.

**72.** Ce qui précède n'empêcherait pas les contre-garants successifs et le garant de premier rang, dans une chaîne de contre-garanties autonomes, de convenir potentiellement, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de joindre les procédures issues de chacun de ces rapports devant le même tribunal arbitral. Ceci éviterait le risque de décisions ou sentences irréconciliables, où un tribunal ordonnerait au garant de premier rang de payer le montant de la garantie au bénéficiaire alors qu'un autre tribunal, au regard des mêmes faits, rejeterait la demande de remboursement de ce garant à l'encontre du contre-garant au terme d'une procédure séparée. Naturellement, la différence des parties à chaque rapport autonome ne permettrait la jonction des procédures devant un tribunal unique que si l'ensemble des parties en conviennent. Cet accord pourrait intervenir dans la convention d'arbitrage rédigée dans chaque garantie et contre-garantie de la chaîne, qui devra être identique et prévoir la possibilité d'une jonction. Il pourrait également intervenir plus tard, au stade de la procédure, à condition toutefois que les conventions d'arbitrage soient compatibles, par exemple en choisissant la même institution arbitrale. Le Groupe de travail considère que la différence du droit applicable aux rapports dont sont issues les procédures à joindre n'est pas un obstacle dirimant à la volonté des parties de soumettre l'ensemble des litiges au même tribunal.

*b) Une procédure coûteuse et longue*

*(i) Le coût de la procédure arbitrale*

**73.** Le coût de l'arbitrage, qui peut s'avérer élevé, est un autre argument qui est revenu régulièrement lors des auditions organisées par le Groupe de travail. Ce

---

<sup>77</sup> Voir notamment l'article 10 du règlement CCI (2012) et l'article 4(1) du Règlement suisse d'arbitrage international (juin 2012). En revanche, le règlement de la LCIA (art. 22(h)) requiert l'accord de toutes les parties pour joindre des affaires.

coût est perçu de manière d'autant plus négative que certains tribunaux arbitraux, notamment tripartites, sont peu enclins à faire supporter l'intégralité des frais et débours à la partie perdante.

**74.** De fait, une partie ayant recours à l'arbitrage doit payer une partie des frais engendrés par ledit arbitrage, qui comprennent les frais et honoraires des arbitres et, en cas d'arbitrage institutionnel, les frais de l'institution administratrice. Ce poids peut augmenter significativement si le demandeur se voit dans l'obligation de payer également la part de la provision pour frais d'arbitrage des défendeurs récalcitrants. Cette exigence aurait tendance à freiner la décision d'entrer en phase contentieuse<sup>78</sup>.

**75.** Toutefois, lorsque l'on regarde le barème des frais institutionnels et celui des honoraires des arbitres, on constate que ces coûts sont raisonnables dans leur ensemble et n'expliquent pas la différence importante entre le coût final de la procédure arbitrale et celui d'une procédure devant les tribunaux judiciaires (qui peut lui-même varier fortement d'un État à l'autre).

**76.** Dans un rapport bâti à partir de statistiques fournies par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI sur la base de sentences finales rendues en 2003 et 2004, la Commission de l'arbitrage de la CCI indiquait que les coûts sont généralement répartis comme suit :

Coûts supportés par les parties pour présenter leur dossier (y compris, selon le cas, les honoraires et frais d'avocats, les frais afférents aux preuves testimoniale et d'expertise, ainsi que les autres coûts encourus par les parties lors de l'arbitrage, en dehors de ceux énoncés ci-dessous)	82%
--	-----

---

<sup>78</sup> Par comparaison, à titre d'exemple, le coût d'une assignation s'élève à 82,44€ (au 1<sup>er</sup> janvier 2014, communiqué par le greffe au secrétariat du Groupe de travail et archivé par ses soins).

Honoraires et frais des arbitres	16%
Frais administratifs de la CCI	2 %

Les chiffres indiqués ci-dessus devraient en toute logique aboutir à ce que, pour un même litige, le coût de la procédure arbitrale n'excède pas de plus de 18% celui d'une procédure judiciaire puisque le coût de représentation à la procédure (avocats, experts, frais internes des parties, etc.) devrait être identique dans les deux cas. Or, la réalité révèle une différence bien plus importante.

77. D'où vient alors une telle différence ? Elle tient sans doute au fait que les règlements d'arbitrage, ou l'accord des parties sur la procédure à suivre, n'imposent pas précisément le nombre d'échanges de mémoires, la procédure de production de documents, le déroulement des audiences ou la manière dont les témoins seront entendus. Ils laissent explicitement ou par défaut au tribunal arbitral le soin de les déterminer. On peut, certes, y voir une flexibilité bienvenue qui permet à l'arbitrage de s'adapter à chaque différend ainsi qu'aux traditions juridiques des parties et des arbitres. Cependant, entre les mains d'arbitres peu expérimentés ou cherchant à tout prix le consensus, y compris au sein du tribunal, un tel manque de précision peut avoir des conséquences redoutables en termes d'allongement et de coût de la procédure. Ainsi, tel arbitre qui, après avoir ordonné deux échanges successifs de mémoires, en ordonnerait un nouveau pour permettre aux parties de commenter un écrit non sollicité déposé par l'une d'elles exposant son avis sur l'exhaustivité de la dernière production de documents par son adversaire. Ou tel autre président de tribunal qui, arrivant à une audience pour s'apercevoir qu'un témoin manque à l'appel sans excuse légitime, déciderait de repousser l'audience, et sa logique coûteuse, à une date ultérieure pour tenir compte de l'indisponibilité des uns et des autres. Impensables dans le cadre d'une procédure judiciaire, de telles dérives coûteuses portent préjudice à l'arbitrage.

**78.** Le rapport susmentionné de la Commission de l'arbitrage de la CCI sur les techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage propose une liste de contrôles utiles à l'usage du tribunal et des parties. Il encourage le tribunal, dès le démarrage de la procédure, à consulter les parties pour déterminer ensemble les étapes procédurales (y compris l'éventuelle accélération de tout ou partie de la procédure ou sa bifurcation), le calendrier des échanges et des audiences, les aspects linguistiques, le nombre de mémoires à déposer, le support et le mode de classement des pièces à produire. Il recommande également de privilégier l'utilisation des nouvelles technologies et notamment de recourir aux conférences téléphoniques et visio-conférences pour l'audition des témoins et experts, et d'envisager tout autre aspect procédural susceptible de limiter la durée et le coût de la procédure. En l'absence d'accord des parties sur ces points, le tribunal devra trancher en toute transparence au plus tôt. Le règlement d'arbitrage de la CCI de 2012 a, dans ce but, prévu la tenue d'une conférence préliminaire sur la gestion de la procédure et fournit également en annexe des exemples de techniques de gestion de procédure qui peuvent être utilisées pour assurer une meilleure maîtrise des coûts et délais. Le Groupe de travail approuve ce type d'initiatives et recommande sa perpétuation.

(ii) [Les délais de la procédure arbitrale](#)

**79.** Alors que l'arbitrage est présenté traditionnellement comme une procédure rapide, les banques lui reprochent sa lenteur. Plusieurs témoignages reçus par le Groupe de travail le déplorent. Contrairement aux procédures judiciaires, une partie récalcitrante dans un arbitrage peut retarder considérablement la procédure en excipant d'un accord ambigu ou en mettant en doute l'impartialité de l'arbitre. La durée de la procédure peut encore s'allonger en présence de manœuvres tendant à empêcher la reconnaissance ou l'exécution de la sentence. Toutes les institutions administratrices et les tribunaux arbitraux ne manifestent pas la même fermeté dans la conduite de la procédure aussitôt la validité de la convention d'arbitrage et sa pertinence au litige établies. Par ailleurs, un tribunal arbitral, paralysé par ce type de manœuvres, peut se révéler inapte à

prendre des mesures provisoires<sup>79</sup> pour traiter d'une urgence, tel que le besoin de sauvegarder des preuves, de constater l'état de faits évolutifs ou d'écouter un témoin en situation transitoire. Une telle carence risque de marquer l'ensemble de la procédure à venir et de diminuer l'efficacité de la sentence qui en résultera.

c) *Une procédure susceptible d'inspirer la méfiance des banques*

(i) Le caractère définitif de la sentence

**80.** La plupart des lois relatives à l'arbitrage excluent l'appel comme voie de recours contre une sentence arbitrale<sup>80</sup>. Dans ce cas, la seule voie de recours possible est celle de l'annulation de la sentence, encadrée par des conditions souvent très strictes et à laquelle il peut dans certains droits être renoncé<sup>81</sup>. S'agissant des sentences CIRDI, si elles peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, on rappellera que celui-ci doit être porté devant un comité *ad hoc* dans les conditions de l'article 52 de la Convention de Washington, et en aucune manière devant un tribunal judiciaire<sup>82</sup>. Lorsque des lois nationales autorisent néanmoins les parties à contester la sentence en interjetant appel, le choix d'un

---

<sup>79</sup> Lorsque la loi applicable à l'arbitrage lui accorde cette compétence, ce qui est le cas du droit français de l'arbitrage interne et international (art. 1468 CPC).

<sup>80</sup> Le droit français autorise les parties à manifester leur volonté de pouvoir interjeter appel contre la sentence, mais uniquement en cas d'arbitrage interne (art. 1489 CPC). En droit anglais, l'appel est permis sur une question de droit ; les parties peuvent toutefois exclure cette voie de recours (section 69 *English Arbitration Act*). L'article 1716 du code judiciaire belge autorise également les parties à stipuler dans leur convention d'arbitrage qu'un appel pourra être interjeté contre la sentence.

<sup>81</sup> Le droit suisse, lorsqu'aucune des parties n'a son domicile, sa résidence habituelle ou son établissement en Suisse (art. 192 LDIP) permet aux parties de renoncer à un recours en annulation ; le droit belge également, à condition qu'aucune des parties n'ait la nationalité belge ou n'ait son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique (art. 1718 du code judiciaire belge). Le droit français de l'arbitrage international depuis la réforme de 2011, le permet également (art. 1522 CPC), sans poser de limites quant aux nationaux français ou personnes domiciliées ou résidant en France.

<sup>82</sup> Cf. *supra* n°17.

règlement d'arbitrage excluant l'appel des sentences<sup>83</sup> rendra ces dispositions inopérantes.

**81.** Cette impossibilité pour les banques de pouvoir faire appel des sentences rendues est perçue de manière négative par les établissements bancaires et financiers qui ne souhaitent pas prendre le risque de tout miser sur la décision d'un seul tribunal arbitral. Les cadres de banque, décideurs ultimes du recours à l'arbitrage, doivent répondre de leur décision à l'égard de leur direction générale, du régulateur et des actionnaires de la banque. Pour beaucoup d'entre eux, il peut sembler difficile de miser le sort de sommes considérables sur le dénouement d'une procédure unique en se privant volontairement d'un recours possible à une juridiction d'appel.

**82.** L'Association Américaine d'Arbitrage (AAA) a récemment adopté des règles optionnelles permettant aux parties de faire appel d'une sentence – indifféremment rendue sous l'égide de l'AAA, de son organe international, l'ICDR, ou d'autres règlements et institutions – pour les affaires dont la complexité pousserait les parties à prévoir une telle possibilité. Ce règlement, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2013, permet à une partie de faire appel de la sentence dans les 30 jours devant un tribunal arbitral dont les membres seront choisis parmi un panel d'arbitres expérimentés en se fondant sur des erreurs de droit matérielles et préjudiciables ou à une détermination manifestement erronée des faits. L'application de ce règlement dépend bien sûr de l'accord des parties, le droit de faire appel dans une procédure arbitrale relevant pour l'AAA du rapport contractuel. En conséquence, une partie ne pourrait, unilatéralement, faire appel d'une sentence arbitrale par application de ce règlement sans qu'il y ait eu préalablement accord entre les parties sur le principe d'une voie d'appel.

---

<sup>83</sup> Voir par exemple le règlement d'arbitrage de LCIA, art. 26.9 : « All awards shall be final and binding on the parties. By agreeing to arbitration under these Rules, the parties undertake to carry out any award immediately and without any delay (subject only to Article 27); and the parties also waive irrevocably their right to any form of appeal, review or recourse to any state court or other judicial authority, insofar as such waiver may be validly made ».

(ii) L'inopportunité des considérations d'équité

**83.** De façon imméritée, certaines banques ont pu exprimer leur crainte que les tribunaux arbitraux recherchent le consensus à tout prix, par exemple en mâtinant des sentences de droit par des considérations d'équité, ou encore en succombant à la tentation de donner partiellement satisfaction à chaque partie, de manière à ce qu'un arbitre puisse montrer à la partie qui l'a désigné qu'il lui a obtenu « quelque chose ». La situation où une banque verrait dans les motifs de la sentence le triomphe de tous ses points de droit, mais n'obtiendrait qu'une partie du montant réclamé et verrait les coûts de la procédure laissés à sa charge ne peut que particulièrement décevoir et la faire renoncer à l'arbitrage comme mode de règlement de ses différends ultérieurs. Prenons à titre d'illustration le cas d'un crédit bancaire lié à un contrat paralysé par un cas de force majeure. Si l'arbitre était compétent au titre du contrat, il suspendrait vraisemblablement son exécution et, si le droit applicable le permet, irait même dans certains cas jusqu'à libérer le débiteur de son engagement inexécuté. Quel serait, dans un tel cas, le sort du crédit accordé à l'acheteur, ou au vendeur, pour financer ce contrat ? A supposer l'arbitre également compétent au titre de ce crédit, ordonnerait-il la suspension de son remboursement par l'effet de la force majeure affectant, non pas le crédit, mais le contrat et privant le débiteur du crédit des ressources initialement prévues pour le remboursement ? Le crédit deviendrait-il caduc ? Quel sera le sort des intérêts durant cette période de suspension ? En cherchant la réponse, il est utile de se rappeler que les marges réclamées par les banques ne constituent pas des gains nets. Une partie substantielle de ces marges est destinée à couvrir le coût engendré par l'obligation de respecter en permanence des exigences prudentielles qui obligent les banques à immobiliser leurs fonds propres à hauteur d'une valeur déterminée en fonction du montant du crédit consenti, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un crédit par caisse ou par signature.

(iii) Le recours en nullité soumis aux aléas du droit du siège

**84.** Les cas d'annulation abusive de sentences par les tribunaux étatiques (en principe, ceux du siège du tribunal arbitral), fussent-ils rares, doivent également être gardés à l'esprit. On citera à titre d'exemple l'annulation par la Cour de cassation du Qatar d'une sentence rendue sous l'égide du Qatar International Center for Conciliation and Arbitration (QICCA) au motif que la sentence n'était pas rendue au nom de « H.H. The Emir »<sup>84</sup> ; la tendance des tribunaux indiens à prononcer l'annulation de sentences arbitrales n'ayant pas été rendues en Inde en se fondant sur le fait que le droit applicable à l'arbitrage était le droit indien<sup>85</sup> ; ou encore l'annulation d'une sentence arbitrale par la cour d'appel de Caracas au motif que les arbitres n'avaient pas appliqué les règles d'ordre public du Venezuela suite à un recours en *amparo*, c'est-à-dire en garantie des droits constitutionnels individuels, alors même que la sentence avait été rendue par un tribunal arbitral siégeant à Miami, aux États-Unis, et que le recours en annulation aurait donc dû être porté devant les tribunaux américains<sup>86</sup>.

**85.** Plus généralement, la tendance de certains tribunaux étatiques à refuser la reconnaissance ou l'exécution de sentences étrangères par une interprétation extensive, voire arbitraire, et en tout cas intéressée, de l'article V (2) de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères est une source d'inquiétude qui a été exprimée avec force dans les témoignages reçus par le Groupe de travail. Une uniformisation

---

<sup>84</sup> *Abnaa El Khalaf Company et al. c. Sayed Aga Jawwed Raza*, Cour de cassation du Qatar, 12 juin 2012.

<sup>85</sup> *National Thermal Power Corporation v. The Singer Company, and Others*, Supreme Court of India, 7 mai 1992 ; *Oil and National Gas Commission (ONGC) v. The Western Company of North America*, Supreme Court of India, 16 janvier 1987 ; *Venture Global Engineering v. Satyam Computer Services Ltd. and another*, Supreme Court of India, 10 janvier 2008.

<sup>86</sup> Tribunal supérieur premier de l'aire métropolitaine de Caracas, 23 avril 2013, *Gabriel Castillo Bozo v. ICDR International Arbitral Award* (Amparo Constitucional), n°AP71-O-2012-00042. Les États-Unis n'ont pas reconnu cette décision (Tribunal du District sud de la Floride, 23 mai 2013, n°12-CV-24174-Williams). La sentence est considérée comme étant définitive aux États-Unis, en l'absence de recours.

internationale de l'exception d'ordre public en matière arbitrale ne peut que favoriser l'acceptation internationale de cette voie juridictionnelle.

**86.** Nonobstant ces différents inconvénients, que les professionnels du milieu bancaire et financier ont évoqués devant ce Groupe dans leurs divers témoignages, il est apparu, au fil des auditions, que la crise financière force néanmoins les établissements bancaires et financiers à analyser différemment les attraits et inconvénients de l'arbitrage.

## **2. Les atouts renforcés de l'arbitrage vus à travers le prisme de la crise financière**

**87.** L'arbitrage offre de nombreux avantages par rapport aux procédures judiciaires traditionnelles : audiences non publiques et procédures potentiellement confidentielles, choix des arbitres, jugement d'expert, forum neutre et, en matière internationale, délocalisé, et adaptabilité des règles de procédure. Ceux-ci ont été déjà amplement traités dans les ouvrages spécialisés et il n'est nul besoin d'y revenir dans ce rapport, sauf pour nuancer certains de ces avantages lorsqu'ils viennent à être évalués dans le contexte de différends impliquant des banques. Les avantages de l'arbitrage doivent être vus dans une optique dynamique et être réexaminés régulièrement ; la jurisprudence évolue. Ce qui pouvait être considéré hier comme un motif majeur de recourir à l'arbitrage peut s'avérer demain comme ne présentant plus aucun intérêt. On peut citer à cet égard l'avantage éphémère qu'offrait l'arbitrage comme antidote aux « Italian torpedoes », avantage auquel l'arrêt *West Tankers*<sup>87</sup> de la Cour de Justice de l'Union européenne mit fin en privant l'arbitrage d'un avantage décisif. La CJUE a en effet décidé de faire jouer l'article 27 du règlement n° 44/2001 sur la litispendance qui impose à la seconde juridiction saisie de surseoir à statuer en attendant que la première juridiction statue sur sa compétence, y compris en présence d'une convention d'arbitrage.

---

<sup>87</sup> CJCE, gr. ch., 10 février 2009, aff. C- 185/07, voir G. Affaki, "Nouvelles réflexions sur la banque et l'arbitrage", in *Liber Amicorum* en l'honneur de Serge Lazareff, Pédone, 2011.

a) *Les raisons motivant les banques à recourir à l'arbitrage*

(i) La reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères plus facile que celles des jugements étrangers

**88.** La Convention de New York, ratifiée par 149 pays<sup>88</sup>, permet de faciliter la reconnaissance et l'exécution de sentences dans des États dans lesquels les juridictions étatiques sont considérées, pour des raisons diverses – manque de compétence en matière d'opérations financières complexes, corruption, manque d'indépendance, etc. – comme inadéquates et qui par ailleurs reconnaissent difficilement les décisions rendues par des tribunaux judiciaires occidentaux. On rappellera néanmoins que les motifs de rejet des demandes d'exequatur de sentences rendues à l'étranger demeurent multiples et la pratique montre une difficulté à obtenir l'exécution des sentences étrangères dans certains pays.

(ii) L'évitement des jurys populaires et des actions de groupe

**89.** Depuis 2007, les pertes de valeur alléguées par des plaignants et liées à la crise financière sont estimées à plus de deux trillions de dollars américains à travers le monde, tandis que plus de 450 actions en justice, aussi bien individuelles que collectives, liées à la crise ont déjà été engagées aux États-Unis<sup>89</sup>. Par l'envergure de leur réseau ou leurs opérations, les établissements bancaires et financiers susceptibles d'être assignés devant des juridictions américaines sont confrontés à deux types de dangers : être visé par l'action d'un nombre indéfini de personnes regroupées en *class*, faisant ainsi face à une demande d'indemnisation d'un montant exorbitant, et ce, y compris lorsque le litige ne présente que des liens

---

<sup>88</sup> À la date de la remise de ce rapport.

<sup>89</sup> Ethan Cohen-Cole and Faten Sabry, *The Use of ABX Derivatives in Credit Crisis Litigation*, January 2012, NERA Economic Consulting publication, p.1.

ténus avec le territoire américain ; et y être jugés par des jurys populaires, souvent moins rigoureux que des juges professionnels dans la détermination des dommages-intérêts, compensatoires ou punitifs à accorder.<sup>90</sup>

**90.** Nonobstant la diminution de ces risques pour les sociétés non soumises à un droit d'un État des États-Unis, il est important de rappeler que l'arbitrage permet de se prémunir de ces actions collectives par des groupes non définis. En effet, conformément à la jurisprudence *Stolt Nielsen* de la Cour Suprême des États-Unis<sup>91</sup>, pays dans lequel les établissements bancaires ont le plus été confrontés à ces actions de groupe, une *class arbitration*, n'est possible qu'à la condition qu'un accord explicite dans la convention d'arbitrage autorise les actions collectives. Dans l'affaire *Stolt Nielsen*, les parties avaient expressément reconnu qu'il n'y avait pas eu d'accord des volontés sur la possibilité de poursuivre une action collective d'arbitrage. Cela avait permis à la Cour Suprême de conclure qu'une telle action collective n'avait pas de fondement contractuel. Depuis cet arrêt, la Cour Suprême a conclu que les tribunaux doivent donner effet à une clause

---

<sup>90</sup> Toutefois, la récente jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis a restreint la recevabilité des *class actions* en l'absence de lien de rattachement caractérisé avec les États-Unis. Le risque encouru par les banques ou institutions financières étrangères d'être attraites devant les jurys populaires aux États-Unis s'en trouve ainsi limité.

L'arrêt *Morrison* (*Morrison v. National Australia Bank*, June 24, 2010, 561 US-2010) avait introduit, dans un contexte de multiplication des *class actions* contre les sociétés étrangères aux États-Unis, une présomption contre l'application extraterritoriale des lois américaines, notamment boursières. La Cour Suprême avait alors décidé que seuls pouvaient se prévaloir de l'application du droit boursier américain les investisseurs ayant acquis des actions aux États-Unis ou des actions cotées sur des marchés américains. Sur cet arrêt, voir G. Affaki et J. Stoufflet, *Chronique de droit bancaire international, Banque et Droit*, n°136, 2011.

Plus récemment, la Cour suprême des États-Unis a affirmé dans l'affaire *Kiobel* (*Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum Co*, April 17, 2013, 569 US-2013), l'incompétence du juge fédéral pour se prononcer en application de l'*Alien Tort Claims Act* (ATCA) sur des faits ne présentant pas ou très peu de liens de rattachement avec les États-Unis, en l'espèce une allégation de violation des droits de l'homme par une filiale de Shell au Nigeria.

Enfin, dans l'arrêt *Daimler* (*Daimler A.G. v. Bauman* No. 11-965 January 14, 2014), la Cour Suprême a décidé que les tribunaux de Californie n'étaient pas compétents pour juger de l'action intentée contre DaimlerChrysler AG, établie en Allemagne, pour des allégations de violation des droits de l'homme commises en Argentine par l'une des filiales, Mercedes-Benz Argentina, alors que le lien de rattachement avec les États-Unis ne consistait que dans le volume d'activités d'une autre filiale de Daimler située au Delaware, Mercedes-Benz USA, LLC, sur le territoire californien.

<sup>91</sup> *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662, 130 S. Ct. 1758 (2010). Sur cet arrêt, voir, parmi d'autres, W. W. Park, « La jurisprudence américaine en matière de « class arbitration » : entre débat politique et technique juridique », *Rev. arb.* 2012, pp. 507-538.

compromissoire qui contiendrait une renonciation expresse aux actions collectives d'arbitrage, même si cette renonciation est contraire à une réglementation locale de protection des consommateurs<sup>92</sup>. La Cour a souligné que l'avantage principal de l'arbitrage est l'absence de formalisme et que le passage de l'arbitrage bilatéral aux actions arbitrales collectives fait disparaître cet avantage. La Cour Suprême s'est fondée sur des statistiques de l'American Arbitration Association (AAA) démontrant que sur les 283 actions arbitrales collectives déposées auprès de l'AAA avant septembre 2009, 121 étaient toujours en cours en avril 2011 et que ces actions ne donnent généralement pas lieu à une sentence arbitrale sur le fond mais à une transaction, de la même manière que les *class actions* judiciaires<sup>93</sup>.

**91.** Dans son arrêt *American Express*<sup>94</sup>, la même Cour Suprême a indiqué que les tribunaux doivent donner effet à une renonciation à toute forme d'action collective d'arbitrage ou de jonction d'arbitrages même si cela a pour effet de rendre impossibles les poursuites contre le défendeur.

(iii) [L'obtention de la renonciation par un emprunteur souverain à son immunité de juridiction](#)

**92.** De nombreux systèmes juridiques considèrent que le recours à l'arbitrage s'accompagne nécessairement d'une renonciation par une entité étatique (ou une organisation internationale interétatique) à se prévaloir de son immunité. En ce sens, l'arbitrage peut donc s'avérer une alternative intéressante pour les établissements bancaires et financiers lorsqu'ils contractent avec un souverain.

**93.** Toutefois, deux éléments nuancent ce propos. D'abord, il faut distinguer la renonciation à l'immunité de juridiction de celle à l'immunité d'exécution, plus

---

<sup>92</sup> *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740, 1744 (2011). Sur cet arrêt, voir aussi W. W. Park, cité note précédente.

<sup>93</sup> *Id.*, at 1751-52.

<sup>94</sup> *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 133 S. Ct. 2304, 2308 (2013).

difficile à admettre<sup>95</sup>. La jurisprudence française retient néanmoins dans son arrêt *Creighton*<sup>96</sup> que la soumission par un État, par le biais d'une clause compromissoire, à un arbitrage institutionnel (arbitrage CCI en l'espèce) prévoyant l'exécution de bonne foi de la sentence, emporte également sa renonciation à l'immunité d'exécution. Une direction similaire a été empruntée par la jurisprudence américaine avec l'arrêt *Walker*<sup>97</sup> où une cour d'appel fédérale a considéré que la République du Congo avait renoncé à son immunité d'exécution en se soumettant au Règlement d'arbitrage de la CCI de 1998 qui faisait obligation aux parties d'exécuter la sentence : « *the ROC agreed to abide by the rules of the ICC which precludes the ROC from asserting a sovereign immunity defense. [...] Therefore, we hold that the ROC explicitly waived its sovereign immunity. Accordingly, we need not address a potential implicit waiver* ».

**94.** Ensuite, les arrêts de la Cour de cassation du 28 mars 2013<sup>98</sup>, rendus à propos de la dette de l'Argentine, incitent à plus de prudence. Certes, ces arrêts concernent l'interprétation d'une clause attributive de juridiction, et non d'une clause compromissoire, insérée dans le *fiscal agency agreement* conclu entre l'Argentine et Bankers Trust Company. Le tribunal du *Southern District of New York*, désigné dans la clause, avait rendu un jugement condamnant l'Argentine à rembourser à son créancier (un fonds spéculatif) la somme faciale des obligations argentines. Saisis par l'Argentine d'une demande de mainlevée de saisies effectuées sur des créances détenues par la République argentine sur des sociétés françaises au titre de taxes fiscales et parafiscales, les juges français ont fait droit à cette demande. La Cour de cassation confirme qu'il ne pouvait être déduit de la

---

<sup>95</sup> La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (non encore entrée en vigueur) instaure un principe général d'immunité des États, et prévoit en son article 17 une renonciation à l'immunité de juridiction en matière arbitrale. En revanche, le consentement exprès de l'État est requis pour toute mesure de contrainte antérieure ou postérieure à la sentence.

<sup>96</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2000, *Creighton c. Qatar*, Bull. civ. I, n° 207.

<sup>97</sup> *Walker International Holdings Ltd v. Republic of Congo (ROC)*, 5th U.S. Circuit Court of Appeals No. 04-20301, Dec.22, 2004.

<sup>98</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 28 mars 2013, pourvois n°10-25.938 ; 11-23.323 ; 11-10.450.

clause une renonciation expresse de l'État à son immunité de juridiction ; partant, le jugement américain ne pouvait produire effet en France. La Cour de cassation française semble ainsi adopter un niveau d'exigence élevé quant à la forme que doit revêtir une renonciation par un État à son immunité, exigence fondée sur la coutume internationale. Enfin, le récent arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2014<sup>99</sup>, concernant une saisie-attribution pratiquées entre les mains de la banque HSBC France en vue de l'exécution d'une sentence arbitrale rendue à Londres qui avait condamné la République de l'Ouzbékistan au paiement d'une somme à une société suisse à propos d'une livraison de céréales, et exequaturée en France, montre que la jurisprudence interprète les renonciations des États à leur immunité, de juridiction ou d'exécution, de façon assez stricte. Mieux vaut alors conseiller aux banques et institutions financières de négocier l'insertion d'une clause de renonciation expresse à tous les attributs de l'immunité souveraine dans la convention de crédit.

#### (iv) Le bénéfice d'un jugement d'expert

**95.** Les produits bancaires et financiers présentent souvent une technicité importante ou des particularités qui poussent les établissements bancaires et financiers à admettre que les litiges y afférents bénéficieraient à être tranchés par un expert plutôt que par les juridictions ordinaires, parfois, dans certains pays, non spécialisées en matière commerciale. Le cas des produits dérivés illustre bien cette considération. En 2010, l'*International Swap Dealers Association* (ISDA) a lancé son contrat-cadre de dérivé islamique (*Tahawwut*). Bien que bénéficiant du partenariat de l'*Islamic Institute for Financial Markets* (IIFM) et de l'accord des juristes qui l'ont validé du point de vue de la *Chari'a*, ce nouveau produit risquait de susciter des questions inutiles quant à sa conformité à la *Chari'a* s'il venait à être soumis à un tribunal judiciaire auquel il manquerait sans doute l'expertise nécessaire pour appréhender ce produit complexe issu d'un creuset de

---

<sup>99</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 5 mars 2014, pourvoi n°12-22406.

normes religieuses et juridiques bien spécifiques. L'ISDA choisit alors de l'accompagner d'une clause compromissoire proposant la CCI comme institution arbitrale<sup>100</sup>. Cette initiative fut suivie en 2013 par l'introduction dans le contrat-cadre ISDA, au terme d'une large consultation, d'un modèle de clause d'arbitrage pouvant être utilisé en option à la clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux de Londres ou New York.

**96.** La nouvelle clause compromissoire optionnelle prévoit, au choix, et selon des modalités et des droits applicables différents, l'arbitrage sous l'égide du Règlement d'Arbitrage de la CCI à Paris, New York, ou Londres, du Règlement d'Arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) à Londres, du Règlement d'Arbitrage International de l'AAA-ICDR à New York, du Règlement d'Arbitrage du *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC) à Hong Kong, du Règlement d'Arbitrage du *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) à Singapour, du Règlement Suisse d'Arbitrage International à Zurich ou à Genève, ou encore du *Panel of Recognised International Market Experts in Finance Arbitration Rules* (P.R.I.M.E. Finance Rules) à Londres, New York, ou La Haye<sup>101</sup>. L'institution de P.R.I.M.E. Finance à la Haye est susceptible de suppléer l'absence d'une institution arbitrale que l'ISDA aurait pu créer pour administrer les litiges mettant en cause son contrat-cadre et assurant standardisation et publication des sentences.

*b) Evolutions depuis la crise financière et celle de la dette souveraine*

**97.** D'une manière générale, les représentants des institutions d'arbitrage auditionnés lors des travaux du Groupe de travail constatent depuis la crise financière de 2008 une augmentation du nombre de procédures qui leur sont

---

<sup>100</sup> G. Affaki, "L'accueil de la finance islamique en droit français – essai sur le transfert d'un système normatif", in *La finance islamique*, J.P. Laramée (ed.), Secure Finance, 2008.

<sup>101</sup> *ISDA Arbitration Guide*, disponible à l'adresse : [www2.isda.org/search?keyword=arbitration](http://www2.isda.org/search?keyword=arbitration)

soumises impliquant des établissements bancaires et financiers, ainsi qu'une diversification des litiges ayant un établissement bancaire ou financier pour partie.

**98.** Comme déjà évoqué plus haut dans ce rapport<sup>102</sup>, la crise financière a engendré un nombre important de litiges impliquant des établissements bancaires et financiers. Ces derniers ont eu à agir aussi bien en tant que demandeurs qu'en tant que défendeurs, notamment dans le cadre d'actions en responsabilité entamées à leur encontre, par exemple pour manquement à leur devoir de conseil. Un certain nombre d'actions furent entamées par des collectifs d'actionnaires de sociétés ayant, sur le conseil de ces établissements, fait des investissements qui se sont révélés infructueux suite à la crise.

**99.** La crise a permis de révéler que le nombre de clauses compromissaires figurant dans des contrats bancaires et financiers était bien plus important que ce l'on imaginait, la question demeurant de savoir si ce choix a été contraint (parce que la contrepartie l'imposait) ou volontaire (parce que l'établissement y trouvait un intérêt). Le Groupe de travail n'a pas reçu de témoignages suffisamment corroborés lui permettant de trancher objectivement cette question.

**100.** On sait que la crise financière de 2008 n'a pas eu d'effets seulement sur les marchés financiers et les établissements de crédit. Elle a été le prélude, et la cause directe, de la crise de la dette souveraine qui l'a immédiatement suivie et l'a surpassée en ampleur avec un impact des plus négatifs sur l'économie mondiale. L'arbitrage, et notamment celui d'investissement, constituerait-il un recours potentiel pour les créanciers?

**101.** Pour prendre le cas des cinq pays européens les plus endettés : le Portugal, l'Irlande, l'Italie, la Grèce et l'Espagne, une simple recherche sur le site de la CNUCED montre qu'ils sont parties à de nombreux traités bilatéraux de protection des investissements, à la fois intra-européens et avec des pays tiers.

---

<sup>102</sup>*Supra*, n°89.,

Généralement conclus dans les années 80 et 90, ils définissent « investissement » en termes généraux (tout actif ayant une valeur économique) et n'excluent pas les restructurations de la dette souveraine du champ du traité<sup>103</sup>. Or, toute atteinte à un investissement protégé bénéficie des voies de recours mentionnés dans le traité, dont l'arbitrage, et pour certains, l'arbitrage du CIRDI.

**102.** Un créancier ressortissant d'un État ayant conclu l'un de ces traités avec un État qui aurait fait défaut sur sa dette pourrait dès lors invoquer la protection que lui offre ce traité et recourir à l'arbitrage international qui l'accompagne. En cas de défaillance d'un débiteur privé, ses créanciers (y compris chirographaires) peuvent s'attendre légitimement à être remboursés avant les actionnaires, du moins selon le droit français<sup>104</sup>. Si l'on venait à refuser le bénéfice de ce principe élémentaire de justice aux créanciers d'un débiteur souverain et leur préférer l'actionnaire public (l'État) de l'entreprise publique émettrice des titres de dette en dehors d'un texte explicite dans le contrat d'émission d'obligations, une véritable injustice en résulterait et offrirait sans doute un fondement à une demande de dédommagement pour atteinte à la sécurité de l'investissement que constitue l'achat des titres de dette.

**103.** Le fait que le contrat d'émission ne contienne pas de clause compromissoire, ou que le traité bilatéral entre le pays de l'investisseur et celui émetteur des titres de dette ne vise pas explicitement l'achat de ces titres parmi les « investissements » éligibles, ne constitue guère un obstacle compte tenu de l'évolution de la jurisprudence arbitrale sur la notion d'investissement. Comme nous l'avons déjà indiqué dans ce rapport, sauf à ce que ce type d'opérations soit expressément écarté du champ d'application du traité, l'investisseur peut fonder sa

---

<sup>103</sup> Il semblerait que les premiers traités de protection des investissements à exclure explicitement les titres de dette souveraine de leur champ ont été conclus après le dépôt en 2006 de la plainte des porteurs italiens de dette argentine devant le CIRDI, voir *Abaclat et al. c République d'Argentine* (ARB/07/5), cité *supra*, paragraphe 33.

<sup>104</sup> Article 1844-9 du Code civil : « Après paiement des dettes et remboursement du capital social, le partage de l'actif est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices, sauf clause ou convention contraire. »

demande sur le consentement de l'État à l'arbitrage tel qu'il ressort du traité de protection des investissements (*treaty claim*) et les tribunaux arbitraux ont déjà décidé que la souscription à des émissions obligataires constitue un investissement éligible à la protection du traité en l'absence d'exclusion dans ce traité<sup>105</sup>.

**104.** Dans le cas où l'arbitrage choisi par l'investisseur serait celui du CIRDI et que le tribunal déciderait d'appliquer le *double-barrelled* test en vérifiant la conformité de l'investissement allégué à la fois au traité invoqué et à la Convention de Washington, la souscription à des titres de dette souveraine répondrait-elle à la double exigence ? La réponse à la lumière de la jurisprudence du CIRDI postérieure à, et se démarquant de, la sentence *Salini* est probablement affirmative<sup>106</sup>.

**105.** De nombreuses banques portent des titres de dette souveraine jugés au moment de leur souscription comme des investissements sûrs et, à ce titre, éligibles aux exigences de collatéralisation des programmes de refinancement offerts par les banques centrales. Confrontée à la défaillance des pays émetteurs, la majorité des banques a préféré la voie de la négociation et *in fine* le rééchelonnement de la dette avec, souvent, des pertes d'intérêts ou de principal à la clef. Or des demandes de remboursement intégral semblent promises à un relatif succès, grâce aux traités bilatéraux d'investissement et aux sentences CIRDI récentes. Ces demandes concernent l'indemnisation de pertes réellement encourues, et doivent être distinguées des actions intentées par des fonds voutours ayant acheté leurs titres de dette souveraine sur le marché secondaire pour une fraction de leurs valeurs nominales et escomptant un profit par le biais de l'indemnisation que pourrait allouer un tribunal arbitral pour expropriation<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Aff. CIRDI No ARB 07/5, *Abaclat et al.c. République d'Argentine*, § 374.

<sup>106</sup> *Salini costruttori S.p.a et al. v. Kingdom of Morocco*, CIRDI, No Arb/00/4.

<sup>107</sup> D. Strik, « Investment protection of sovereign debt and its implications on the future of investment law in the EU », *J. Int'l Arb.* 2012 (vol. 29), p. 197.

**106.** L'arbitrage CIRDI utilisé par les « holdouts » pourrait toutefois ne pas s'avérer aussi pérenne que certains voudraient le croire<sup>108</sup>. Outre la dénonciation de leur adhésion à la Convention de Washington par certains pays<sup>109</sup>, d'autres substituent à leurs traités bilatéraux d'investissement une loi nationale de protection des investissements qui tend aux mêmes fins mais n'offre pas aux investisseurs étrangers la voie de l'arbitrage international comme recours optionnel<sup>110</sup>. Même si la dénonciation des traités n'a pas d'effet rétroactif quant aux investissements en cours, elle est susceptible d'engendrer une incertitude lourde de conséquences, non seulement pour les investisseurs à venir, mais également pour l'État d'accueil. En effet, si cet État venait à être considéré comme réfractaire à la reconnaissance et l'exécution des sentences internationales, sa notation dans les grilles des risques tenues par chaque banque pourrait périlcliter. Ceci entraînerait en corollaire l'augmentation du coût réglementaire du capital que la banque pourrait investir dans ce pays due à l'application d'un facteur négatif au taux de recouvrement, lui-même influant la probabilité de défaut (PD) qui, on le sait, est l'un des piliers du système de capital réglementaire de Bâle III. La diminution du crédit et l'augmentation de son coût pourraient ainsi avoir pour conséquence insoupçonnée une nouvelle tendance de restriction du recours à l'arbitrage des traités d'investissement.

**107.** La même question surgit en Europe également. La protection des investisseurs dépend des termes du traité d'investissement bilatéral applicable, ce qui va à l'encontre des principes européens d'absence de discrimination entre résidents des États membres de l'Union Européenne. L'accession de nouveaux

---

<sup>108</sup> Pour une approche nuancée sur les bénéfices d'un arbitrage CIRDI en la matière : F. Suescun de Roa, « Investor-State Arbitration in Sovereign Debt Restructuring : The Role of Holdouts », *J. Int'l Arb.* 2013 (vol. 30), pp. 131-154.

<sup>109</sup> La Bolivie (2007), l'Équateur (2009) et le Venezuela (2012). L'Indonésie a également notifié en mai 2014 aux Pays-Bas la résiliation du traité d'investissement qui les lie et a fait savoir qu'elle suivrait par des actions similaires pour les 67 autres traités bilatéraux qu'elle a conclus avec d'autres pays.

<sup>110</sup> Voir l'exemple de l'Australie et de l'Afrique du Sud, *cf.* G. Affaki et A. Koenig, "Nouvelles tendances de l'arbitrage international en Afrique : Le cas des litiges financiers", *Revue de l'arbitrage*, no.3, 2014.

pays à l'Union Européenne dans la dernière décennie a multiplié par la force des choses les traités bilatéraux intra-européens. Dans au moins deux cas, les tribunaux arbitraux ont refusé d'accueillir l'argument selon lequel leurs traités bilatéraux avec d'autres États membres auraient été automatiquement abrogés au moment de leur adhésion à l'Union Européenne<sup>111</sup>. Ceci a amené la Commission européenne à demander aux États membres d'abroger leurs traités bilatéraux intra-européens et de ne plus conclure de traités avec des pays tiers<sup>112</sup>. Peut-être l'absence d'abrogation d'un traité et la discrimination qui pourrait en résulter donneront-ils lieu à un recours devant la Cour de justice. En attendant, une incertitude sur le maintien en vigueur de ces traités demeure.

## **B. LE RECOURS A L'ARBITRAGE DANS LES DIFFERENTS TYPES DE CONTRATS DE BANQUE**

**108.** La banque ne doit pas être vue comme un concept à taille unique. Il convient donc de distinguer entre les différents types d'activités de banque.

### **1. Le recours à l'arbitrage dans les opérations de crédit**

#### *a) En banque de détail*

**109.** Outre les difficultés engendrées par les questions d'arbitrabilité mentionnées plus haut lorsqu'il s'agit de crédits en faveur de consommateurs, y compris lorsque l'emprunteur est une société commerciale, la simplicité conceptuelle des opérations en banque de détail ne nécessite pas de faire appel à un jugement d'expert ; et l'objet du litige se rapporte le plus souvent au simple recouvrement des sommes prêtées.

---

<sup>111</sup> *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, sentence partielle, 27 mars 2007, paragraphes 142-181, et *Eureka BV c. République slovaque*, 27 octobre 2010, §217-191, cités dans D. Strik, *loc.cit.*, p. 195.

<sup>112</sup> La Commission européenne considère que les États membres n'ont plus le pouvoir depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009 de conclure des traités bilatéraux d'investissement avec des États tiers, ce pouvoir étant désormais dévolu à la Commission pour conclure au nom de l'Union des accords commerciaux avec des pays tiers.

**110.** On nuancera toutefois ce constat : lorsque l'on regarde de plus près la jurisprudence française, il apparaît que, même dans ce domaine, les litiges présentent une plus grande diversité que la simple contestation de l'existence d'une dette, notamment en raison de l'alourdissement des obligations professionnelles pesant sur les banques tant avec le client emprunteur qu'avec les garants de celui-ci. Si certaines ne sont pas arbitrables – on pense notamment aux comportements qui entrent dans le champ des délits bancaires et boursiers ou qui sont sanctionnés à un niveau disciplinaire – un certain nombre de litiges de nature civile se cristallisent par le respect ou non par le banquier des obligations professionnelles mises à sa charge : obligation d'information, devoir de conseil et de mise en garde (avec les problématiques liées à la qualification de personne avertie), obligation de non-ingérence, rupture abusive de crédit, etc., litiges qui pourraient bénéficier de l'expertise d'arbitres spécialisés. C'est oublier enfin que les établissements bancaires proposent parfois à leur clientèle, même en banque de détail, des produits financiers qui sont bien plus complexes qu'un simple crédit à la consommation.

*b) En banque de financement international*

**111.** Il s'agit du domaine dans lequel l'arbitrage a pu trouver, et trouve encore, une place certaine, soit parce que les établissements bancaires ont choisi d'y avoir recours parce que les conditions s'y prêtent plus qu'ailleurs, soit parce que les circonstances ou des tiers le leur imposent.

**112.** Ainsi, le recours à l'arbitrage est ainsi parfois choisi parce que le financement sera octroyé à un État souverain ou à une contrepartie située dans un pays émergent. Les emprunteurs refusent de plus en plus souvent d'accepter une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Paris, Londres ou New York, ce qui érige l'arbitrage comme le compromis naturel permettant d'éviter à l'établissement de crédit de devoir porter ses litiges devant les tribunaux de l'État où est situé l'emprunteur.

**113.** La soumission à une procédure d'arbitrage peut résulter par ailleurs de l'existence d'une clause compromissoire dans le contrat sous-jacent au financement bancaire. C'est notamment le cas en matière de transmission de créances à titre de garantie ou d'escompte de créances. On peut également citer le cas où un tiers, ayant contracté avec un emprunteur qui ne remplit plus ses obligations, cherche à attirer la banque dans la procédure d'arbitrage contre l'emprunteur en mettant en cause la responsabilité civile de la banque qui, en mettant fin au crédit, aurait provoqué l'inexécution de son contrat par l'emprunteur. Cette dernière situation, que les banques ne peuvent anticiper, a amené la CCI à adapter les règles portant sur la jonction de procédures dans son dernier règlement d'arbitrage (2012) pour prendre en compte cette problématique.

**114.** Enfin, l'arbitrage a longtemps été de mise dans les crédits acheteurs pour lesquels l'établissement bancaire obtenait la couverture de la Coface. Naguère, la Coface imposait systématiquement l'insertion d'une clause compromissoire dans la convention de crédit, politique qui, selon les témoignages reçus par le Groupe de travail, semble aujourd'hui abandonnée.

## **2. Le recours à l'arbitrage en banque d'investissement**

### *a) En mandats de conseil*

**115.** Si les clauses d'arbitrage sont fréquentes dans les contrats de *joint-venture*, y compris lorsqu'un établissement bancaire et financier est lui-même partie au contrat, les témoignages reçus par le Groupe de travail démontrent que la politique habituelle des établissements bancaires et financiers reste de privilégier dans les mandats de conseil sur des opérations de privatisation ou de fusions-acquisitions les clauses donnant compétence aux tribunaux étatiques.

### *b) En opérations de marché*

**116.** On constate de plus en plus d'initiatives d'inclure une clause d'arbitrage pour les litiges entre les membres de marchés organisés.

**117.** Par une décision du 22 décembre 1999 relative au règlement d'arbitrage du Conseil des marchés financiers concernant les opérations réalisées sur le Marché à Terme International de France (MATIF), le recours à l'arbitrage était préconisé pour les litiges entre professionnels à l'occasion d'opérations réalisées sur le MATIF. Euronext, qui gère aujourd'hui le marché, avait également adopté en 2001 le principe d'un recours à l'arbitrage pour régler les litiges entre les entreprises de marché Euronext et un membre. A l'époque, Euronext avait même encouragé la création d'un centre d'arbitrage spécifique, le Centre européen de règlement des différends financier Euroarbitrage<sup>113</sup>. Euroarbitrage, organisation sans but lucratif, fut ainsi créée en novembre 2000 avec l'ambition de voir les procédures proposées aux acteurs du monde de la banque et de la finance prendre en compte les spécificités des litiges financiers, afin de pallier les critiques souvent formulées à propos de la lenteur et des coûts des procédures d'arbitrage.

**118.** Les dernières règles de marché harmonisées d'Euronext, qui contiennent notamment les règles d'admission à la cotation, de négociation et d'admission en tant que membre, laissent encore aujourd'hui aux parties le choix de recourir à l'arbitrage pour régler tout litige relatif aux ordres ou aux opérations d'achat ou vente d'instruments financiers produits ou exécutés sur les divers marchés Euronext<sup>114</sup>.

**119.** On citera également les règles non harmonisées d'Euronext Londres qui prévoient que les réclamations auprès de la bourse de Londres en cas de manquement par cette dernière à ses fonctions de régulation peuvent être soumises à une procédure qualifiée d'arbitrage, avec cette particularité que, contrairement à l'arbitrage traditionnel, le tribunal arbitral émet de simples « recommandations »

---

<sup>113</sup> Sur Euroarbitrage, voir, parmi d'autres, P. Marini et F. Fages, « Le Centre Européen de Règlement des Différends financiers, Euroarbitrage », Euredia 2001-2002/1, pp. 179-188.

<sup>114</sup> Article 1.7 des Règles de Marché Harmonisées Euronext entrées en vigueur le 15 octobre 2013:  
*« Toute disposition des présentes Règles relatives aux ordres ou aux Transactions produits, exécutés ou réputés exécutés sur les divers Marchés Euronext et toute matière s'y rapportant et, sous réserve de l'article 1702, toute autre disposition des présentes Règles (...) et sont soumis à la juridiction exclusive des tribunaux français sauf clause compromissoire ou compromis d'arbitrage » ;*

ne s'imposant aux intéressés que dans la mesure où ils les acceptent formellement. Ceci rend la procédure plus proche de l'expertise administrée que de l'arbitrage au sens juridique du terme.

**120.** Outre-Atlantique, le plus important des régulateurs indépendants de prestataires de services financiers intervenant aux États-Unis, la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), dont la mission est d'assurer la protection des investisseurs et l'intégrité du marché, a publié un règlement d'arbitrage (Code of Arbitration Procedure) qui permet aux investisseurs et aux courtiers de résoudre leurs différends par la voie de l'arbitrage. Il s'agit là d'un système particulièrement bien implanté faisant de FINRA l'un des systèmes d'arbitrage administrés les plus largement utilisés au monde. Il est intéressant de noter que les sentences sont rendues publiques dès leur émission sur un site internet dédié doté d'un moteur de recherche remarquablement efficace<sup>115</sup>.

**121.** Enfin, l'intérêt d'avoir une jurisprudence harmonisée en matière de produits dérivés où la standardisation est clef pour gérer le volume des transactions a engendré des initiatives récentes, et notamment la création d'une organisation spécialisée dans les instruments financiers complexes, P.R.I.M.E. Finance<sup>116</sup>. Fondée le 16 janvier 2012 à la Haye, P.R.I.M.E. Finance offre notamment des services de médiation et d'arbitrage et a publié un règlement d'arbitrage basé sur celui de la CNUDCI. Ce règlement désigne le Secrétaire Général de la Cour Permanente d'Arbitrage (basée à La Haye) comme autorité de nomination. On notera que la nouvelle organisation propose, comme le font aujourd'hui les principales institutions d'arbitrage, une procédure d'arbitrage d'urgence et une procédure de référé arbitral.

---

<sup>115</sup> <http://finawardsonline.finra.org>. Voir G. Affaki, "Le banquier et l'arbitrage", Banque & Droit, No. 93 – January 2004, pp. 3-36, et "Nouvelles réflexions sur la banque et l'arbitrage", *op. cit.* note 87 *supra*.

<sup>116</sup> <http://www.primefinancedisputes.org/index.php/arbitration>. Voir aussi *supra* n°96.

### 3. Le recours à l'arbitrage dans les litiges avec d'autres établissements financiers

**122.** L'exemple du DIRIBAN mentionné plus haut dans ce rapport est une exception, les banques privilégiant généralement les tribunaux étatiques, y compris en matière de litiges interbancaires. Toutefois, on peut noter que lorsque la question est réellement d'ordre technique, les banques peuvent avoir à recourir à des procédures laissant place à l'expertise, comme par exemple le recours à la procédure DOCDEX de la CCI en matière d'instruments documentaires<sup>117</sup>. Sous l'égide de la Commission bancaire de la CCI et l'administration du Centre international d'expertise de la CCI, DOCDEX offre une plateforme pour la résolution des différends relatifs au commerce international et liés à des opérations soumises la plupart du temps à un corps de règles lui-même émis par la CCI. Le processus prévoit alors une procédure exclusivement écrite, administrée par des banquiers familiers de ces opérations. Si la décision du DOCDEX n'a en principe aucun caractère contraignant, les parties peuvent convenir qu'elles seront liées par la décision, ce qui pourrait s'apparenter alors à une procédure d'arbitrage traditionnelle, bien que simplifiée. On peut ainsi voir des conventions de sous-participation passées entre banques (mais aussi des polices d'assurance souscrites par des établissements bancaires) liées à des opérations documentaires prévoir le recours à une telle procédure pour déterminer si une banque a correctement rempli ses obligations en matière documentaire, la décision DOCDEX liant les parties sur cette question. L'avantage de cette procédure réside dans sa rapidité (délai maximum de 30 jours à partir de la réception des mémoires des parties), son coût peu élevé (USD 5 000) et l'expertise des personnes amenées à trancher des questions qui porteront plus sur des pratiques de marché, l'esprit et la technique de l'instrument utilisé, que sur des concepts juridiques liés à un corpus législatif particulier.

---

<sup>117</sup> [www.ICCDocdex.org](http://www.ICCDocdex.org).

## VII. RECOMMANDATIONS

Au terme de ses travaux, le Groupe de travail sur l'arbitrage en matière bancaire et financière formule les recommandations suivantes :

1. L'arbitrage, tant commercial que d'investissement, mériterait la place d'option procédurale à part entière à considérer par les établissements bancaires et financiers dans leur stratégie de contentieux. Ses avantages, indéniables, sont mis en exergue par la transformation du contentieux bancaire à la suite de la crise financière de 2008.
2. L'arbitrage institutionnel devrait être privilégié par les établissements bancaires et financiers dès lors qu'ils n'ont pas l'habitude de l'arbitrage et sont donc plus exposés aux aléas de la procédure arbitrale ; ils profiteraient alors des services et de l'expérience des secrétariats des institutions d'arbitrage. Le choix de l'institution (généraliste telle la CCI ou spécialisée telle P.R.I.M.E Finance) doit être effectué en fonction des besoins de chaque cas.
3. Les règlements d'arbitrage existants sont suffisamment flexibles pour accommoder les besoins des établissements bancaires ou financiers et il semble a priori inutile d'envisager la création d'une institution spéciale ayant vocation à gérer les litiges bancaires et financiers dans leur ensemble ou d'un règlement *ad hoc*. Il sera néanmoins intéressant de voir l'évolution de l'initiative P.R.I.M.E. Finance dont les débuts semblent encourageants.
4. Grâce à sa jurisprudence récente, hardie et imaginative, l'arbitrage d'investissement offre aujourd'hui des perspectives intéressantes aux litiges bancaires visant à obtenir réparation des préjudices subis par l'action de l'État d'accueil ou ses émanations que la limitation des voies de recours aux seuls tribunaux locaux de cet État aurait rendue illusoire. Sous réserve des termes

particuliers du traité de protection des investissements concerné, la quasi-totalité des opérations de banque et des formes d'exploitation bancaire ont vocation à être potentiellement reconnues comme un investissement éligible à la protection de tels traités. Les établissements bancaires et financiers gagneraient à prendre cet aspect en compte dans la structuration de leurs investissements à l'étranger tout en notant cependant la tendance grandissante de dénonciation des traités bilatéraux de protection des investissements au profit d'une loi nationale d'investissement qui envisagerait l'arbitrage de manière plus limitée. En cas de doute sur l'éligibilité du futur litige à l'arbitrage d'investissement basé sur le traité pertinent, les banques devraient prévoir une clause d'arbitrage dans leur contrat d'investissement.

5. Dans les cercles concentriques des relations de banque et les litiges qui y sont liés, le Groupe de travail considère que les litiges entre banques sont particulièrement propices au règlement par la voie arbitrale, comme le démontre le succès du DIRIBAN espagnol. Les fédérations de banques sont encouragées à examiner cette option dont la mise en application pourrait prendre la forme soit d'une institution arbitrale administrée par la fédération bancaire elle-même comme pour le DIRIBAN, soit d'un accord avec une institution arbitrale séparée comme dans l'expérience menée à Hong-Kong avec le HKIAC.
6. Les établissements bancaires et financiers devraient participer de manière plus active aux activités des institutions d'arbitrage et y être représentées de manière plus importante par leurs cadres dirigeants, juristes ou non. Ceci pourrait prendre par exemple la forme d'une nomination de cadres de banque aux

institutions dirigeantes d'institutions arbitrales ou d'une interaction plus régulière entre les comités bancaires et ceux de l'arbitrage<sup>118</sup>.

7. L'arbitrage bénéficierait à être enseigné de manière plus systématique dans les cursus universitaires de droit bancaire et de banque et finance, les écoles de commerce et les instituts de formation de banque afin que les futurs cadres de banque aient une meilleure conscience des risques et des intérêts liés à l'utilisation de ce mode de règlement des litiges. Les juristes de banque gagneraient également à être mieux informés et sensibilisés aux possibilités offertes par l'arbitrage et aux options à leur disposition afin qu'ils soient plus à même de rédiger des conventions d'arbitrage adaptées à leurs opérations et de suppléer les règlements institutionnels ou les règles de procédure *ad hoc* et limiter tant les coûts que la durée de la procédure. Par exemple, le recours à un arbitrage avec un seul arbitre peut permettre de diminuer coûts et délais. Il fait cependant perdre l'aspect collégial du fonctionnement du tribunal, qui peut se révéler d'autant plus intéressant qu'il s'agira de traiter de questions complexes. Le choix doit donc être effectué en fonction des particularités de l'opération en cause.
  
8. Les institutions d'arbitrage pourraient établir une liste d'arbitres qualifiés en matière bancaire et financière, le tout dans le respect de la loi informatique et libertés (ou des lois équivalentes à l'étranger). C'est l'une des voies choisies par la nouvelle institution d'arbitrage, P.R.I.M.E. Finance, dont le premier acte a été d'établir une liste d'arbitres en matière financière.

---

<sup>118</sup> Le Groupe de travail salue l'initiative conjointe de la Commission de l'arbitrage et la Commission bancaire de la CCI qui a abouti à la création du nouveau groupe de travail sur les institutions financières et l'arbitrage international, lancé le 15 mai 2014 à Paris.

9. L'insertion d'une clause de juridiction optionnelle unilatérale (laissant l'établissement bancaire, mais non l'emprunteur, libre de choisir l'arbitrage ou un tribunal étatique, voire de choisir entre deux institutions arbitrales) pourrait, sous réserve qu'elle soit reconnue valable dans l'ordre juridique concerné, être une alternative intéressante pour les banques qui pourraient alors, selon la nature du litige, choisir le moment venu de recourir ou non à l'arbitrage en fonction notamment de la nature du litige. L'annulation de ces clauses dites « asymétriques » ou unilatérales, dans certaines juridictions, repose notamment, entre autres fondements contestables, sur une certaine interprétation du règlement de Bruxelles I dont l'application aux cas couverts par ce paragraphe demeure discutable.

10. Le Groupe de travail recommande que ce rapport soit traduit en anglais, publié, et fasse l'objet d'actions de communication appropriées sous l'égide du CFA auprès des cercles d'arbitrage, bancaires et universitaires afin de s'assurer de sa connaissance et large diffusion.

## VIII. LISTE DES CONTRIBUTEURS

(Liste par ordre alphabétique et limitée aux personnes qui ont accepté d'être identifiées nommément. Les titres paraissant à côté des noms des contributeurs reflètent leur position professionnelle à la date de leur audition par le Groupe de travail.)

- Klaus Peter Berger – Professeur et directeur de l'Institut de droit bancaire et du Centre de droit transnational– Université de Cologne ;
- Sébastien Besson – Avocat associé, Python & Peter, membre du Groupe Genevois de l'ASA ;
- Martine Briat – Directrice des Affaires juridiques et bancaires du Groupement des Cartes Bancaires ;
- Alfonso Caro – Directeur juridique de l'Association Bancaire Espagnole (AEB) et Secrétaire du DIRIBAN et du SERDI ;
- James Clanchy – *Registrar* à la LCIA ;
- Marielle Cohen-Branche – Médiateur de l'Autorité des Marchés Financiers;
- Matthew Cumberpatch – Senior Counsel, BERD;
- Carlos Gardezabal – Directeur juridique et fiscal de BNP Paribas, Madrid;
- Matthew Gearing – Avocat associé, Allen & Overy;
- Judith Gill QC – Avocat associée, Allen & Overy;
- Emmanuel Gaillard – Professeur à l'Ecole de Droit de Sciences Po et avocat associé, Shearman & Sterling ;
- Jeffrey Golden – Professeur à la London School of Economics and Political Science (LSE) et Président de la P.R.I.M.E. Finance Foundation ;

- Emmanuel Jolivet – Conseiller général à la Cour internationale d’arbitrage de la CCI ;
- Gabrielle Kaufman-Kohler – Avocat associée du cabinet Levy Kaufmann Kohler et professeure à la faculté de droit de l’Université de Genève ;
- Paul Kearny – Senior Counsel, BERD;
- Meg Kinnear – Secrétaire Générale du CIRDI ;
- Paul Lignières – Avocat associé, Linklaters ;
- Emmanuel Maurice – General Counsel, BERD;
- Gerard Meijer – Secrétaire-général de PRIME Finance;
- Camilla M.L. Perera – *Registrar* de PRIME Finance;
- Mark B. Richards – General Counsel, Soitec Solar Energy.
- Daniel Schimmel – Avocat associé, Kelley Drye & Warren LLP
- Audley Sheppard – Avocat associé, Clifford Chance ;
- Claire Soubrier-Charvin – Juriste, Natixis ;
- Peter Werner – Senior Director, ISDA ;
- Huen Wong – Président du Hong Kong International Arbitration Centre, associé Fried Frank.