

COMITE FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

Groupe de travail sur l'arbitrage en matière bancaire et financière

RAPPORT D'ACTIVITE

Paris, le 23 novembre 2012

Le présent rapport reprend les principaux éléments évoqués lors de la dernière réunion du Groupe de travail sur l'arbitrage en matière bancaire et financière qui s'est tenue le 9 octobre 2012 ainsi que ceux mentionnés par les experts interrogés lors des auditions récemment organisées par le Groupe. Il fait suite aux rapports précédents distribués en date du 18/11/2011 et du 16/03/2012. Le Groupe communiquera ses conclusions à l'occasion de son rapport final. A titre de rappel, l'Acte de Mission du Groupe figure en annexe.

Le Groupe s'est entretenu courant septembre et novembre 2012 avec les personnes suivantes :

- Mme Marielle Cohen-Branche, médiateur de l'Autorité des Marchés Financiers;
- MM Emmanuel Maurice, General Counsel, Paul Kearny, Chief Counsel, et Matthew Cumberpatch, Senior Counsel, BERD;
- Dr Peter Werner, Senior Director, ISDA,
- Mme Gabrielle Kaufman-Kohler, associée du cabinet Levy Kaufmann Kohler et professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève, et
- Mark B. Richards (Los Angeles), expert en dettes souveraines.

Les principaux éléments des témoignages donnés lors de ces auditions sont les suivants :

1. **Plusieurs des arguments traditionnels en faveur ou en défaveur de l'arbitrage en matière bancaire et financière ont été avancés par les experts interrogés :**
 - a. En faveur de l'arbitrage : la volonté (aux Etats-Unis) de ne pas se retrouver face à un jury populaire (donnant notamment un caractère imprévisible aux décisions) ainsi que celle d'échapper aux juridictions locales lorsque celles-ci sont

situées dans un Etat où les tribunaux risquent de manquer d'impartialité, de célérité ou d'expertise ou dans lequel le système juridique et judiciaire est peu développé.

- b. En défaveur : le coût (qui n'est toutefois pas vu comme un facteur décisif sauf lorsque les montants en jeu sont peu importants), le manque de transparence ainsi que le fait que les décisions rendues ne sont pas connues et n'ont pas valeur de précédent. Par contraste, les experts auditionnés ont considéré que les tribunaux judiciaires présentent une jurisprudence constante, bien établie et publiée, et permettent ainsi une plus grande prévisibilité.
 - c. La durée de la procédure ne semble pas un critère prépondérant pour choisir entre les deux types de procédures. On notera sur ce point qu'il ressort de la consultation menée par l'ISDA sur l'insertion d'une clause d'arbitrage dans son contrat-cadre pour les produits dérivés négociés de gré à gré qu'il n'y a pas de demande particulière des membres consultés de voir insérées des dispositions particulières de procédures accélérées. Cela correspond aux témoignages déjà recueillis à l'occasion des précédentes auditions effectuées par le Groupe de travail auprès d'institutions d'arbitrage qui ne font pas état d'un usage particulier de ce type de procédures par les établissements bancaires et financiers.
 - d. La confidentialité est vue par plusieurs experts auditionnés comme un avantage peu déterminant alors que par comparaison, en matière de médiation, le caractère confidentiel semble un facteur incitatif important.
2. **La publication des sentences** : La publication des sentences, sous forme d'extraits ou de manière anonymisée, est vue de manière favorable notamment afin que la jurisprudence ainsi dégagée soit connue du marché. Le but est double : l'exemplarité et surtout la standardisation des pratiques dans le secteur. On notera à cet égard que, dans le cadre de la consultation susmentionnée menée par l'ISDA, les réponses des personnes interrogées sont mitigées sur cette question. A également été évoqué par l'un des experts interrogés le projet de la CNUDCI d'élaborer des règles sur la transparence notamment en matière de sentences en matière d'arbitrage d'investissement (autres que le CIRDI) : la question demeure discutée et, là encore, les opinions divergent fortement. Deux points ont été soulevés par les experts en cas de publication des sentences :
- a. La désignation de l'organisme qui serait chargée d'une telle publication pourrait poser des difficultés. S'agissant du projet de la CNUDCI, on pourrait envisager plusieurs solutions : donner la charge de la publication à une institution d'arbitrage déterminée, à la CNUDCI elle-même, à la Cour Permanente d'Arbitrage, ou encore à chaque institution devant laquelle l'arbitrage aurait lieu mais il faudrait dans ce dernier cas choisir une institution par défaut pour les arbitrages ad hoc.
 - b. Pour que la publication des sentences puisse aider à établir un corps de règles uniforme, il faudrait veiller à uniformiser la forme que prendrait une telle publication dès lors que cette publication ne serait pas centralisée auprès d'une institution.

3. **Le choix de l'arbitre.** L'un des experts auditionnés relève que le choix de l'arbitre, dans le cadre de litiges financiers devenus de plus en plus complexes et dans un secteur où les experts sont peu nombreux, peut s'avérer difficile. Il s'agit en effet de combiner l'expertise professionnelle avec l'impartialité qui sied à la mission de l'arbitre.
4. **La possibilité de soumettre à l'arbitrage les procédures entre les régulateurs et les institutions régulées.** Il a été rappelé que le régulateur sanctionne alors que l'arbitre répare, notamment en allouant des dommages et intérêts. Au regard du droit français, le droit à un recours juridictionnel contre la sanction est par ailleurs une condition de fond pour l'octroi à une autorité administrative indépendante du pouvoir de prononcer des sanctions¹. Un tel recours serait en général contraire au caractère définitif de la sentence.
5. **L'attitude des établissements bancaires et financiers vis-à-vis de l'arbitrage.** Les experts interrogés confirment un intérêt croissant pour l'arbitrage, notamment depuis la crise financière de 2007.
 - a. On notera sur ce point que la consultation de l'ISDA auprès de ses membres sur l'insertion d'une clause d'arbitrage dans son contrat-cadre répond à des demandes de plus en plus fréquentes de la part de ses membres et que les réponses à cette consultation (venant à plus de 60% d'institutions financières²) ont confirmé cette demande du marché de voir l'ISDA intervenir sur ce sujet et proposer un modèle de clause d'arbitrage. D'après les réponses obtenues par l'ISDA, cet intérêt récent tiendrait à plusieurs facteurs : un élargissement des juridictions concernées par les contrats de dérivés avec notamment l'intervention de plus en plus fréquente des marchés émergents ; la participation croissante dans le marché des dérivés des contreparties souveraines ainsi que des sociétés de négoce de matières premières, plus habituées à recourir à l'arbitrage. A titre secondaire, fut également mentionnée la multiplication des litiges depuis la crise qui a porté l'intérêt des acteurs du secteur sur les clauses de juridiction, alors qu'historiquement peu de litiges avaient cours en matière de dérivés, et certaines décisions rendues ces dernières années par des tribunaux judiciaires qui n'ont pas emporté l'adhésion de l'ensemble du secteur.
 - b. La BERD quant à elle est plutôt favorable à l'arbitrage et insère régulièrement depuis sa création une clause d'arbitrage dans les contrats avec ses contreparties.
 - c. Les experts confirment de nouveau que l'arbitrage serait plutôt utilisé en matière de marché de capitaux, banque d'investissement, ou crédits syndiqués. En revanche, l'arbitrage est globalement absent en matière de gestion (gestion d'actifs

¹ Cf. Décision du conseil constitutionnel n° 88-248 DC du 17/01/1989.

² On notera que plus de 60 entités ont participé. Outre les établissements financiers, les autres types de participants concernent principalement des sociétés commerciales et sociétés de négoce de matières premières, des cabinets d'avocats et un universitaire. Les réponses couvrent les zones Asie-Pacifique, Amérique, Europe-Moyen Orient et il fut précisé aux membres du Groupe de travail que les institutions ayant répondu ont veillé à couvrir l'ensemble des régions dans lesquelles elles opèrent et se sont assurés dans la rédaction de leurs réponses d'une coordination entre les personnes travaillant en matière de dérivés et celles gérant les contentieux.

comme gestion de fortune), bien qu'apparaîtrait un intérêt récent en la matière des banques privées suisses (pour le moment uniquement de l'ordre de l'étude).

- d. S'agissant de l'arbitrage en matière de dettes souveraines, il a été confirmé au Groupe qu'il n'existe pas de tendance historique ou actuelle visant à inclure des clauses d'arbitrage dans la documentation mise en place lors de l'émission de dettes souveraines ou de rééchelonnement de dettes souveraines. En revanche, l'arbitrage s'impose de plus en plus auprès des porteurs de titres de dettes souveraines faisant face à un défaut de remboursement, et ce, grâce à la jurisprudence récente du CIRDI permettant d'introduire une action en l'absence de convention d'arbitrage dans le contrat dès lors que le demandeur invoque une violation à un traité d'investissement qui, lui, permet de recourir à l'arbitrage.
 - e. Par ailleurs, un accroissement du nombre d'arbitrages a également été relevé dans le cadre de litiges impliquant des établissements bancaires en dehors de leurs activités de financement, notamment dans le cadre de fusion-acquisitions ou de réorganisation de banques.
 - f. Enfin, a été évoqué le problème des *class actions*, préoccupation de plus en plus forte qui peut parfois expliquer une incitation au recours aux modes alternatifs de règlement des litiges, y compris de l'arbitrage. Le Groupe de travail a décidé d'explorer cet aspect plus en profondeur dans ces travaux futurs notamment à la lumière de l'arrêt *Stolt-Nielsen*³ et de la sentence *Abaclat*⁴
6. **Le type d'arbitrage (institutionnel/ad hoc).** L'encadrement de la procédure et la possibilité de disposer d'une liste d'arbitres ont été considérés comme des éléments favorables à l'utilisation de l'arbitrage institutionnel. A contrario, le fait que les frais d'arbitrage doivent être payés d'avance a été perçu comme un élément défavorable lorsque l'on recourt à un arbitrage institutionnel⁵. Toutefois, on notera que, contrairement à ce qu'indiquent nombre d'établissements bancaires et financiers, la BERD privilégie d'une manière générale l'arbitrage ad hoc soumis au règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La raison du choix par le BERD du règlement de la CNUDCI tient pour partie au fait que ces règles sont souvent perçues comme neutres par ses contreparties. L'ISDA, sur la base des réponses à sa consultation, envisage quant à elle de rédiger des modèles de clause renvoyant aux règlements d'arbitrage CCI, LCIA, SIAC, HKIAC, Prime Finance, et AAA/ICDR (l'ISDA n'excluant toutefois pas dans le futur, si une demande du marché s'en faisait sentir, de compléter cette liste par d'autres institutions ou règlements). Si l'arbitrage ad hoc n'est pas l'option privilégiée, l'ISDA a toutefois préféré conserver à ce stade les règles CNUDCI. Il convient de noter que la position de l'ISDA est strictement neutre sur la question du choix de l'institution ou du règlement d'arbitrage (ainsi que du siège). Les propositions de clauses de l'ISDA n'auront donc pas pour vocation d'être considérées comme des recommandations.

³ *Stolt-Nielsen S.A. v. Animalfeeds International Corp.* (U.S. Apr. 27, 2010).

⁴ *Abaclat and others v. Argentina* (ICSID Case No ARB/07/5).

⁵ A noter toutefois la pratique de certaines institutions d'arbitrage dont la CCI d'accepter des paiements échelonnés ou l'émission de garanties bancaires couvrant une partie des avances.

7. **La création d'une nouvelle institution spécifique en matière bancaire et financière.** La création d'une nouvelle institution ne semble présenter d'intérêt que pour des produits complexes (en comparaison avec les opérations bancaires traditionnelles comme la banque de détail). L'un des experts auditionnés s'est par ailleurs interrogé sur le mode de financement d'une telle institution qui, s'il venait des banques, risquerait la critique d'un manque d'indépendance. L'initiative de Prime Finance suscite l'intérêt mais la plupart des experts confirment une position d'attente.
8. **La composition du tribunal arbitral.** Il a été confirmé par plusieurs experts auditionnés que l'arbitre tend à être choisi plutôt pour ses capacités à conduire la procédure que pour son expertise technique sur la question qui fait l'objet du litige, les questions techniques pouvant être traitées par les conseils et les experts. Sur ce qu'il faut entendre par experts, il a été indiqué par l'une des personnes interrogées qu'il est préférable d'une manière générale que le tribunal arbitral soit composé de juristes plutôt que de techniciens parce que les questions qui se posent sont définies par des règles de droit et que parfois l'on pouvait constater des difficultés de dialogue entre techniciens et juristes (conseils ou membres du tribunal). Si la présence de juristes de banque a pu être vue par l'un des experts comme un plus (sous réserve que l'absence de conflit d'intérêt soit assurée), le recours à des financiers est envisagé à titre d'experts plutôt que d'arbitres.
9. **La rédaction de la clause.** La consultation menée par l'ISDA montre un intérêt pour une adaptation des clauses d'arbitrage rédigées par les différentes institutions arbitrales retenues afin de tenir compte des particularités du marché. Ceci comprendrait en particulier le lieu, la langue, le nombre d'arbitres, mais ne devrait pas a priori porter sur les aspects plus techniques tels que la jonction ou la consolidation de procédures. En termes de délai, les clauses devraient être soumises aux membres de l'ISDA ainsi qu'aux institutions d'arbitrage concernées avant publication (prévue pour courant 2013).

10. Les clauses optionnelles et asymétriques.

- a. Les réponses à la consultation menée par l'ISDA ont écarté majoritairement l'idée d'insérer une clause de juridiction permettant aux parties de choisir entre arbitrage ou juridiction étatique. Il a donc été décidé par l'ISDA de ne proposer qu'une clause d'arbitrage, les parties ayant le choix, lors de la négociation du contrat-cadre, soit d'insérer une clause standard de juridiction, soit une clause d'arbitrage.
- b. A contrario, la clause standard de la BERD prend la forme d'une clause asymétrique laissant à la BERD le choix d'aller ou non devant les tribunaux judiciaires. Ce type de clauses peut toutefois poser problème avec les évolutions jurisprudentielles notamment en Russie, en Turquie et au Tadjikistan, et plus récemment en France. Dans les anciens Etats soviétiques, certains litiges ne sont pas arbitrables (ex. : en matière propriété immobilière, où il existe un débat sur le fait que les litiges relèvent de la compétence des tribunaux locaux). Le choix est alors différé jusqu'au moment d'initier la procédure et s'effectue en fonction de la nature du litige. Le critère principal de décision tient à l'Etat dans lequel la BERD devra faire exécuter la décision. Concernant les opérations de nature bancaire, les affaires les plus significatives que la BERD a eu à connaître ont été résolues par voie d'arbitrage. Dans la plupart des pays où la BERD opère il est difficile de faire

exécuter une décision judiciaire d'un tribunal anglais ce qui explique en grande partie un recours plus fréquent à l'arbitrage en tant que demandeur.

- c. **Le choix du siège du tribunal arbitral.** La BERD privilégie Londres lorsque la contrepartie est une entité privée. L'ISDA a pour sa part avisé le Groupe que les réponses reçues lors de sa consultation désignent majoritairement : le siège de Londres ou New York pour les règlements CCI, Prime Finance et CNUDCI, Londres uniquement pour le règlement LCIA, Singapour pour le règlement SIAC, Hong Kong pour le règlement HKIAC, et New York et Miami pour le règlement AAA/ICDR. On notera que les réponses à la consultation ont fait apparaître des préférences régionales : ainsi, la région Asie-Pacifique marque une préférence nette pour Singapour (ou Hong Kong dans une moindre mesure) tandis que le choix de Miami pour l'arbitrage AAA/ICDR fait suite à une demande des membres de l'ISDA intervenant en Amérique Latine. Le fait que les contrats ISDA soient soumis au droit anglais ou new yorkais semble avoir également influencé les choix de sièges (tous situés dans des pays de *common law*). Des commentaires sur les éléments à prendre en considération lorsque s'effectue le choix du siège figureront dans la note explicative qui accompagnera les modèles de clauses d'arbitrage.

11. **Le choix du droit applicable à la procédure** : pour le cas particulier de la BERD, on notera que ce choix est fonction du lieu où siège le tribunal dans la mesure où il s'agit d'un Etat qui reconnaît l'immunité de juridiction de la BERD qui s'applique tant que la sentence n'a pas été rendue.
12. **Parmi les points à améliorer** : il a été indiqué que les avantages de l'arbitrage n'ont pas suffisamment été explicités au milieu bancaire et financier, notamment sur la distinction à faire en fonction du type de litiges. Il a donc été suggéré des efforts en matière de pédagogie.
13. L'un des experts auditionnés met enfin en garde contre la **tendance à la judiciarisation** des modes alternatifs de règlement des litiges avec un alourdissement des règles de procédure. Le problème est notable pour ce qui concerne les problèmes de conflit d'intérêts.

Prochaines étapes :

Le Groupe de travail est en train d'organiser ses dernières auditions. Il rédigera ensuite ses conclusions et devrait soumettre son rapport au CFA courant 2013.

ANNEXE – ACTE DE MISSION

1. Mission

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 et de réfléchir au rapport entre le monde de l'arbitrage et celui de la banque et, le cas échéant, de formuler des recommandations en vue de favoriser une meilleure compréhension des spécificités de la banque.

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. Le Groupe s'intéressera à tous types d'arbitrages (ad hoc et institutionnel; interne et international) 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 dans un premier temps à dresser un état des lieux du recours à l'arbitrage en matière bancaire et financière puis affinera éventuellement le champ de sa réflexion en fonction des éléments qui en émergeront.

Les questions identifiées initialement par le Groupe pour démarrer son étude sont les suivantes :

- L'aversion de la banque pour l'arbitrage est-elle un mythe ?
- Les avantages traditionnellement attribués à l'arbitrage, à savoir la confidentialité, l'adaptabilité de la procédure au choix des parties, la possibilité de choisir des règles de droit nationales, etc., sont-ils considérés comme tels par les banques ?
- Existe-t-il dans l'activité bancaire ou financière des domaines au sein desquels l'arbitrage ferait l'objet d'une interdiction légale ?
- Quelle importance les banques accordent-elles au degré d'expertise en matière bancaire et financière dans la désignation d'un arbitre (un banquier privilégiera-t-il dans son

choix une personne qui a une grande connaissance des produits et techniques bancaires ou une personne expérimentée dans la conduite des procédures arbitrales ?) ?

- Quelle importance les banques accordent-elles à la durée et au coût de procédure?
- L'offre actuelle en matière d'arbitrage est-elle suffisante ? Permet-elle de répondre aux besoins des banques ou est-il nécessaire de l'adapter pour prendre en compte les spécificités des opérations bancaires ?
- 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 ?
- 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 ?
- Quels sont les facteurs qui poussent les banques à opter pour l'arbitrage ?

2. Composition du Groupe

- Georges Affaki, BNP Paribas (président)
- Caroline Kleiner, Université Paris I Panthéon-Sorbonne (directeur scientifique)
- Hubert de Vauplane, anciennement Crédit Agricole et actuellement Kramer Levin Naftalis & Frankel
- Robert Guillaumond, Cabinet Adamas
- Bernard Hanotiau, Hanotiau & van den Berg
- William W. Park, Boston University School of Law
- Thierry Samin, Société Générale
- Stéphanie Lévi, BNP Paribas (secrétaire)

3. Déroulement et communication des travaux

Le Groupe procédera par consultations écrites et auditions de différents intervenants appartenant au monde de la banque et de la finance ou au milieu arbitral ou judiciaire et par discussions subséquentes entre ses différents membres.

Tous rapports provisoires ou comptes rendus de réunions pourront être adressés au Secrétariat du CFA pour diffusion aux membres du CFA.

Le Groupe créera également une page Internet et mettra ses travaux en ligne au fur et à mesure de leur avancée afin de favoriser la transparence de ses travaux.

4. Calendrier prévisionnel

- 11 mai 2011 : réunion inaugurale du Groupe
- Juillet 2011 – décembre 2012 : audition des experts choisis par le Groupe
- Mars 2013 : conclusions du Groupe et rédaction du rapport.
- Juin 2013 : présentation du rapport.
- Octobre 2013 : organisation d'une conférence auprès du CFA et traduction du rapport en langues étrangères.