

sité qu'il a déclaré⁷. La Cour suprême indiqua dans son arrêt que cette constatation n'avait pas changé avec la crise financière de 2008 et les mesures européennes d'aide financière à la Grèce et à Chypre. Décider autrement, indiqua la Cour, reviendrait à donner des effets à l'état de nécessité en matière d'insolvabilité d'États souverains. Or, il n'existe aujourd'hui aucun régime d'insolvabilité des États.

7. Après avoir examiné le pourvoi du point de vue du droit international public et du droit constitutionnel, la Cour suprême l'aborda du point de vue du droit civil. Elle décida que les réclamations judiciaires des créanciers obligataires ne constituaient pas d'abus de droit à l'encontre des autres créanciers qui avaient participé au rééchelonnement de la dette. La raison, jugea la Cour, est que la législation argentine ne constituait pas un rééchelonnement organisé, mais une mesure unilatérale. Et de rajouter que l'absence de clauses de majorité dans les obligations en litige, contrairement à la situation dans d'autres emprunts obligataires souverains, était précisément une raison pour que les porteurs d'obligations croient que l'État honorera ses obligations malgré ses difficultés financières.

7. *Bundesverfassungsgericht* 8 mai 2007, BVerfGE 118, 124 (NJW 2007, 2610; WM 2007, 1315). Il faut noter l'avis dissident du juge Lübke-Wolff qui avait reconnu que l'état de nécessité est un principe général du droit qui trouve également à s'appliquer dans les relations entre les États souverains et les personnes privées et que la vraie question est de décider si l'Argentine avait suffisamment de fondement pour invoquer l'état de nécessité.

8. Il restait le droit international privé. La Cour suprême rejeta également l'argument de l'Argentine que le moratoire promulgué en 2002 devait être reconnu à titre de loi de police étrangère. Le Règlement de Rome I n'était pas applicable aux obligations émises antérieurement, la jurisprudence de la Cour suprême n'impose le respect de lois de police étrangères promulguées à des fins politiques et économiques que si l'État promulguant est en position d'imposer ces lois, par exemple parce que les biens visés sont situés sur son territoire. Si cet attendu paraît moins finement ciselé que les autres, il n'en demeure pas moins que l'effet à donner à des lois de police étrangère est une faculté laissée au juge que ce soit sous l'empire de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, article 7.1, ou du règlement Rome I du 17 décembre 2009 qui l'a remplacée.

9. Le principe affirmé dans ces arrêts est clair : le droit allemand ne permet pas à un État de renier ses engagements de paiement en invoquant les mesures d'urgence qu'il a lui-même déclaré. Si l'Argentine peut encore se pourvoir d'un autre recours devant la Cour constitutionnelle, il est peu probable que ce principe soit infléchi. Il est également peu probable que l'Argentine accepte ces arrêts plus qu'elle n'a accepté les arrêts fédéraux américains qui les ont précédés. Les créanciers privés de l'Argentine ont encore de longues années de batailles procédurales devant eux pour faire exécuter leurs jugements. ■

■ ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Chambre de commerce internationale – Commission bancaire – règlement de litiges – modes alternatifs – crédit documentaire – garantie indépendante.

Le nouveau règlement DOCDEX

Commentaire de Georges Affaki.

1. Hors cas exceptionnel de fraude, les opérations de commerce international se dénouent généralement sans encombre par la livraison et le paiement qui vient en remboursement d'un éventuel crédit bancaire. Néanmoins, de temps à autre, des désaccords peuvent surgir sur des points de droit ou de fait. Certains de ces désaccords ne trouvent pas issue par la négociation ; ils dégénèrent alors en conflits et doivent être soumis à un tribunal.

Or, le recours aux tribunaux judiciaires ou arbitraux n'est pas une fatalité. Une alternative existe : il s'agit des modes non contentieux de règlement des litiges

(Alternative dispute Resolution (ADR)), dans le cadre desquels un tiers neutre rend son avis d'expert sur le litige.

Une décision ADR n'est pas contraignante. Cette caractéristique essentielle libère le tiers des règles du contradictoire et lui permet d'élaborer une stratégie flexible pour communiquer avec les parties. En choisissant un ADR, les parties ne concèdent aucun compromis sur leur position, mais elles évitent de devenir ennemies, comme cela est le cas lorsque le conflit est porté devant les tribunaux. Le règlement amiable des conflits devient ainsi un geste de coopération !

2. La procédure DOCDEX de la CCI est l'un de ces modes d'ADR¹. Publié une première fois en 1997 avec un champ restreint aux crédits documentaires régis par les règles de la CCI, le Règlement d'expertise pour la résolution des différends en matière d'instruments documentaires (DOCDEX) a été révisé en 2002 pour y rajouter les garanties sur demande et les encaissements également soumis aux règles de la CCI. DOCDEX est progressivement devenu un système fiable de résolution des différends

1. Nous avons couvert la procédure initiale de DOCDEX dans une chronique précédente : *Banque et Droit*, 2003, n° 92, p. 62.

avec 150 décisions rendues par des panels d'experts qui ont contribué à éviter de coûteuses et laborieuses procédures judiciaires ou arbitrales.

3. Au fil des années, les règles originelles ont montré leurs limites, notamment en ce qui concerne le processus de nomination des experts, qu'il se soit agi de retards injustifiés ou de difficultés à trouver des réponses à des questions de procédure. Si le Centre international des ADR de la CCI, organe d'administration des procédures DOCDEX, et la Commission Bancaire de la CCI ont réussi à trouver une réponse satisfaisante dans chaque situation, une solution pérenne devait être trouvée. Celle-ci ne pouvait être apportée que par une révision complète des règles, à la fois dans leur étendue et dans leur gestion.

4. Écrites conjointement par des délégués de la Commission bancaire et de la Commission de l'arbitrage et ADR de la CCI, les nouvelles règles apportent au financement du commerce international plus de transparence, plus de simplicité, et les outils pour affronter un monde de plus en plus propice aux contentieux, tout en restant fidèles aux caractéristiques bien connues de la procédure DOCDEX.

5. **Une portée étendue.** À l'origine, la procédure DOCDEX se limitait à l'interprétation et l'application des règles de la Commission Bancaire par un panel d'experts, issus de l'organe même qui a rédigé ces règles, dans un contexte où l'existence d'un litige empêchait les parties de demander un avis de la Commission (*Official Opinion*). Aussi louable qu'elle fût, cette approche a laissé hors du champ du système DOCDEX bon nombre de transactions liées au commerce international. C'est le résultat soit de l'absence de règles de la Commission bancaire dédiées à un instrument particulier, comme pour les *trade loans*, les crédits syndiqués, les escomptes, les couvertures de risque ou les opérations de compensation, soit parce que le litige concernait un aspect de la transaction qui n'était pas couvert par les règles applicables de la CCI, tels les conflits de priorité, la loi applicable ou la fraude. Outre la déception qu'elle a pu engendrer auprès de parties dont le litige était inéligible à DOCDEX, cette approche restrictive était également difficile à justifier. Les membres de la Commission bancaire de la CCI disposent en effet d'une expertise reconnue dans le financement du commerce international qui transcende les seules règles édictées jusqu'alors. À titre d'exemple, il est difficile de justifier dans une opération de garantie indirecte que la contre-garantie régie par les RUGD doit éligible au système DOCDEX mais pas la garantie de premier rang qui ne serait pas régie par les RUGD. Dans leur quotidien, source de leur expertise, les membres de la Commission bancaire gèrent à la fois les différends liés à la contre-garantie que ceux de la garantie de premier rang. Se fondant sur cette expertise inexploitée, les nouvelles règles DOCDEX bénéficient d'une portée étendue qui les rend applicable à tout conflit portant sur les opérations du commerce international que les règles de la Commission Bancaire y soient applicables ou non. La seule concession qui a été faite aux esprits conservateurs qui s'inquié-

taient de cet élargissement du champ de DOCDEX est au niveau de l'accord exigé des parties : pour ceux des litiges liés à des instruments bancaires régis par les règles de la CCI, la procédure peut être initiée à la seule initiative du demandeur malgré l'abstention ou le refus du défendeur, le caractère non contraignant de la décision étant une garantie procédurale suffisante. En revanche, pour les litiges nouvellement éligibles aux règles révisées et concernant des instruments du commerce international non régis par des règles de la CCI, l'accord du demandeur et celui du défendeur sont exigés pour accepter la demande, que cet accord soit constaté dans un contrat initial ou conclu pour l'objet de la procédure.

6. **Plus de transparence.** Le processus de nomination des experts a été révisé en profondeur. Les experts présentés sont maintenant tenus d'attester de leur disponibilité, indépendance et impartialité dès le début pour être désignés. Si un expert n'est pas en mesure de se conformer à ces règles, le Centre a le pouvoir de le remplacer. Le Conseiller technique de la Commission bancaire se voit également attribuer de nouveaux pouvoirs, notamment en termes de contrôle de la décision pour s'assurer de sa conformité aux règles et avis rendus par la Commission bancaire. À cette fin, son indépendance fera également l'objet d'une vérification par le Centre dès le début de la procédure.

7. Un certain nombre de garanties éthiques ont été ajoutées à la procédure pour s'assurer qu'une personne ayant exercé en tant qu'expert DOCDEX ne sera pas en mesure d'être impliqué, dans un autre rôle, d'une quelconque manière dans le même litige, à titre d'expert-témoin par exemple. Plus encore, par souci de transparence, mais aussi d'uniformisation et de pédagogie, des décisions DOCDEX rédigées seront publiées plus régulièrement et rapidement après avoir été rendues, tout en assurant l'anonymat des parties à la procédure. Cette jurisprudence désormais plus disponible assurera l'identification aisée des pratiques bancaires internationales standards, source essentielle des normes du commerce international.

8. **Plus de simplicité dans la procédure.** L'un des arguments majeurs de DOCDEX est la rapidité de la procédure : la décision doit être rendue dans un délai maximum de 30 jours à compter de la réception du dossier par les experts. À cette fin, les nouvelles règles offrent un nouveau cadre aux différents mémoires en imposant le principe du dépôt électronique, qui se fondera sur des modèles disponibles en ligne sur un site dédié www.iccdocdex.org. Ce changement est susceptible de juguler les retards administratifs et, in fine, aboutira à des procédures plus rapides et plus fiables.

9. **Confirmation des caractéristiques clés de DOCDEX.** Nombre des règles originelles de DOCDEX se sont révélées très opportunes. Elles ont brillamment réussi le test de près de 18 ans d'utilisation variée dans des litiges très techniques. Ces caractéristiques fondatrices de DOCDEX ont été conservées dans les règles révisées et, lorsque nécessaire, clarifiées ou renforcées. Cela est le cas du

caractère non contraignant d'une décision DOCDEX, à moins que les parties n'en décident autrement dans leur contrat ou à tout moment du litige. C'est également le cas de la coopération entre le Conseiller technique de la Commission bancaire et du Centre d'ADR dans le processus de nomination des experts. Enfin, le contrôle de la décision est renforcé pour assurer que, parallèlement au pouvoir dont disposent les experts de juger librement d'un litige, un soin particulier est apporté à l'uniformisation des décisions et à leur conformité avec les règles et avis de la Commission. Ceci est obtenu grâce à la clarification du pouvoir de contrôle du Conseiller technique, directement inspiré du pouvoir de la Cour

internationale d'arbitrage de la CCI de contrôler les projets de sentences.

10. Les nouvelles règles de la procédure DOCDEX ont été unanimement adoptées à la fois par la Commission de l'arbitrage et par la Commission bancaire de la CCI. Elles sont entrées en vigueur le 1^{er} mai 2015 et sont disponibles immédiatement à l'usage des banques et de leurs contreparties dans le cadre de tous les litiges liés aux crédits commerciaux.

Les règles, ainsi que les formulaires à télécharger, sont disponibles librement sur le site dédié www.icc-docdex.org. ■