

# CHRONIQUE

## DROIT BANCAIRE ET FINANCIER INTERNATIONAL



**GEORGES AFFAKI**  
Professeur des  
universités associé  
Avocat à la Cour



**JULIETTE  
MOREL-MAROGER**  
Maître de conférences HDR  
Université Paris Dauphine  
– PSL Research University  
– Cr2D



**ALINE TENENBAUM**  
Maître de conférences  
Faculté de droit  
Université Paris-Est  
Créteil

### Arbitrage d'investissement – Arbitrage commercial – *Bail-in*.

Chambre de Commerce Internationale (ICC), Rapport sur les institutions financières et l'arbitrage international<sup>1</sup>

Commentaire de Georges Affaki

1. C'est le résultat d'un travail d'ampleur et avec des moyens sans précédent qui a été couronné par l'adoption au vote unanime de la Commission de l'arbitrage de l'ICC le 17 septembre 2016 à Washington DC et la ratification de la Commission bancaire de l'ICC le 9 novembre 2016 à Rome. Pendant deux ans, près de cent cadres de banques, arbitres, avocats et universitaires de nombreux pays ont travaillé ensemble à la rédaction du rapport *Institutions financières et arbitrage international*. Le rapport est désormais disponible et librement consultable sur le site d'ICC<sup>2</sup>. Cette chronique présente les raisons du projet, la méthodologie retenue, les principales conclusions du rapport et les actions à venir.

2. **Les raisons du projet.** Contrairement à d'autres secteurs de l'économie comme la défense, la construction et l'exploitation minière, la banque et la finance semblent avoir été moins sensibles à l'appel des avantages de l'arbitrage international. Servies par des années de croissance, une intermédiation sans alternative et des tribunaux de commerce dans les principaux centres financiers du monde qui mettent leur expertise au service des différends financiers complexes, les institutions financières pensaient avoir moins besoin d'explorer l'alternative de l'arbitrage.

3. La situation a changé ces dernières années. La crise financière mondiale et l'avalanche de litiges qui l'a accompagnée, le rééquilibrage des forces de marché au profit des pays émergents, et la recherche d'un forum expert, confidentiel, neutre et suffisamment flexible pour s'adapter aux paramètres variables des métiers de banque ont contribué à présenter l'arbitrage sous des aspects nouveaux. Pour peu que l'offre d'arbitrage s'adapte aux réalités des métiers de banque, un immense potentiel s'en suivra, au bénéfice des banques et de leurs contreparties. Pour preuve, l'initiative du régulateur bancaire de Hong Kong de créer une institution d'arbitrage dans les rapports bancaires<sup>3</sup> et l'avènement dans le contrat-cadre de dérivés de l'ISDA d'une clause d'arbitrage optionnel<sup>4</sup>.

4. **La méthodologie.** Prenant le relais du travail pionnier du Comité français de l'arbitrage qui a abouti à un rapport adopté en 2014<sup>5</sup>, le groupe de travail international créé sous l'égide de la Commission de l'arbitrage de l'ICC avec le soutien de la Commission bancaire de l'ICC s'est fixé une méthodologie rigoureuse. Il s'agissait avant tout d'entreprendre une recherche empirique de la réalité de l'arbitrage en matière bancaire et financière, basée sur les statistiques des institutions financières et des institutions d'arbitrage, les entretiens avec des cadres de banques et leurs régulateurs, et l'examen de procédures internes en matière de gestion de risque et de politique de contentieux dans les banques, ainsi que des sentences arbitrales touchant le secteur. Treize institutions d'arbitrage ont répondu à l'appel du groupe en transmettant des statistiques quinquennales d'un grand intérêt. Un grand nombre d'entretiens ont été menés dans plus de cinquante institutions financières. Enfin, une base de données recensant les publications spécialisées et les

1. L'auteur a co-présidé le groupe de travail international qui a rendu le rapport le 17 septembre 2016 : <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2016/Financial-Institutions-and-International-Arbitration-ICC-Arbitration-ADR-Commission-Report/>.

2. <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2016/Financial-Institutions-and-International-Arbitration-ICC-Arbitration-ADR-Commission-Report/>

3. <http://www.fdr.org.hk/>.

4. <http://www2.isda.org/search?keyword=arbitration>.

5. <http://www.cfa-arbitrage.com>.

sentences pertinentes a été créée. Ces archives, en soi, sont d'un intérêt majeur pour les chercheurs spécialisés.

5. Vu l'ampleur du travail, le groupe s'est concentré sur la banque de financement et d'investissement, estimant que la banque de détail présentait moins de besoin pour une offre arbitrale alternative. En revanche, à la fois l'arbitrage d'investissement et l'arbitrage commercial ont été examinés dans leur application spécifique dans douze secteurs de la banque/finance : les dérivés, les prêts souverains, les activités de banque et finance considérées comme des investissements, la réglementation bancaire, les financements internationaux, la finance islamique, les institutions financières multilatérales, la banque de conseil, la gestion d'actifs et les rapports interbancaires. L'étude de la dynamique d'arbitrage dans chaque secteur a été menée distinctement et compilée en plusieurs chapitres dans le rapport final.

6. **Le rapport.** Aucun résumé ne peut rendre justice à la richesse des conclusions du rapport, tant dans sa première partie, générale, que dans sa seconde partie, divisée en chapitres spécialisés. On ne peut dès lors qu'offrir un aperçu général pour inciter le lecteur à prendre connaissance de la version complète du rapport.

7. D'abord, le rapport rétablit la vérité sur l'arbitrage en matière bancaire et financière. Les banques et les fonds de financement et d'investissement pratiquent bien l'arbitrage. Cependant, ce n'est ni à titre régulier ni par défaut. Souvent dépourvues d'information sur l'offre arbitrale, les banques optent pour l'arbitrage dans les financements de projet dans les pays émergents impliquant des contreparties souveraines, dans les dérivés notamment en Asie, dans des restructurations de capital et des fusions-acquisitions sensibles, dans certains prêts multilatéraux avec soutien public, et dans la gestion d'actifs et de fortunes, en résumé, dans les situations exigeant la décision experte d'un tribunal neutre et ouvert aux adaptations procédurales nécessaires pour répondre à l'attente des parties, de leurs actionnaires et de leurs régulateurs, au terme d'une procédure privée<sup>6</sup>. Peu de tribunaux judiciaires offrent une réponse adéquate à ces attentes.

6. Le rapport identifie également deux autres situations où les banques ont recours à l'arbitrage. D'une part, lorsque la banque se fait céder une créance ou un contrat incluant déjà une convention d'arbitrage, et d'autre part, lorsque la banque agit comme acteur commercial sans spécificité bancaire, comme en matière de contrats de fourniture ou de litiges avec ses actionnaires ou partenaires consortiaux.

8. Le rapport s'attache à offrir aux institutions financières toutes les clefs d'une décision experte pour choisir en connaissance de cause l'arbitrage dans les circonstances appropriées, avec les outils nécessaires pour traduire ce choix en convention efficace avec les options adéquates. Il expose ainsi la richesse de l'offre arbitrale en matière d'urgence, de mesures provisoires, de reconnaissance internationale des sentences, de flexibilité de procédure pouvant aller jusqu'à la création d'un degré d'appel si les parties le choisissent, d'appui des institutions d'arbitrage à la constitution du tribunal et tout au long de la procédure, et de limitation des risques d'actions collectives par le substrat contractuel de l'arbitrage. Des modèles de clauses et des renvois aux publications spécialisées de l'ICC figurent régulièrement dans le rapport.

9. Surtout, le rapport offre une synthèse sans précédent de l'ouverture de l'arbitrage d'investissement aux activités bancaires et financières. Pour peu que les termes des traités applicables le permettent, des sentences hardies ont reconnu à des crédits par caisse et par signature, des exploitations de réseaux de banque à l'étranger, des obligations souveraines, ou encore des dérivés, la qualification d'investissement protégé éligible à l'arbitrage international au titre du traité, malgré l'absence d'une convention d'arbitrage dans le contrat bancaire litigieux. Un grand pas a également été franchi en permettant à des banques ou à leurs actionnaires étrangers de recourir à la justice arbitrale contre l'action discriminatoire de régulateurs bancaires nationaux, instrumentalisée politiquement ou encore déniait le respect du contradictoire à la banque lésée. Avec l'introduction en Europe de la règle du renflouement (*bail-in*) dans la résolution des banques, l'arbitrage d'investissement suscitera sans doute l'intérêt des actionnaires et des créanciers des banques renflouées<sup>7</sup>.

10. **Les actions à venir.** L'aboutissement du rapport est une première étape pour ouvrir le monde de la banque/finance à l'arbitrage international. Les avantages et les limites doivent être compris de part et d'autre. Avec les fédérations bancaires et l'appui des régulateurs bancaires, une action pédagogique et de soutien doit être mise en place pour assurer la délivrance d'une offre arbitrale adaptée à la réalité des métiers de banque. Le rapport mérite de figurer dans le matériel de cours des Masters spécialisés et des formations continues en banque. ■

7. G. Affaki, « Chronique de droit bancaire international », *Banque et Droit* n° 161, mai-juin 2015.

## Crédit documentaire – RUU 600. La révision des RUU n'aura pas lieu...

Commentaire de Georges Affaki

1. Chacune des sept révisions passées des Règles et usances uniformes de la Chambre de commerce inter-

nationale (RUU) a amené son lot d'*aggiornamenti*<sup>1</sup>. Fruit d'une concertation planétaire à laquelle contribuent des centaines de banques et leurs clients, ainsi que les auxi-

1. G. Affaki, « Le nouveau droit des crédits documentaires : les règles et usances 600 », *Banque et Droit* n° 112 – mars-avril 2007, p. 3.