

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.

liaires du commerce international, chaque avènement d'une nouvelle version des RUU est accompagnée d'une refonte en profondeur des circuits internes de traitement, de paiement et de contrôle dans les banques, ainsi que d'un processus rigoureux d'éducation interne dans les banques et auprès de leurs clients<sup>2</sup>. Il ne s'agit pas seulement de protéger la réputation de la banque qui risquerait de lever à tort des documents irréguliers ou d'ignorer à ses dépens une étape de rejet de ces documents, mais également de la mise en cause de sa responsabilité civile qui pourrait aller au-delà de la privation de son droit de recours contre son donneur d'ordre pour comprendre également des dommages-intérêts.

2. Or, à un moment où les banques font face à une baisse de leur rentabilité due à la baisse des taux d'intérêt, à l'augmentation du coût des exigences réglementaires de capital et à la confrontation à des aléas géopolitiques et économiques, dont les conséquences du Brexit<sup>3</sup>, la question se pose de savoir si, dix ans après l'entrée en vigueur de la dernière version des RUU (les règles n° 600), le moment est opportun pour lancer la révision qui pourrait aboutir aux RUU 700.

3. À cette question, la Commission bancaire de l'ICC a répondu d'un non catégorique à sa dernière assemblée plénière le 9 novembre 2016 à Rome. Derrière une analyse méthodique convaincante du besoin d'une révision immédiate se cache surtout un rejet net des banques membres de s'engager dans une révision coûteuse et une mise en application à court terme encore plus coûteuse.

4. En effet, un aperçu des avis techniques (*Opinions*) émis régulièrement par la Commission bancaire ICC en interprétation des RUU montre que, sur la période 2012-2015, les demandes portaient sur les points suivants :

- **fonction du document de transport** : 24 % des demandes ;
- **signatures sur le document de transport** : 13 % des demandes ;
- **autres questions liées aux documents de transport** : 13 % des demandes ;
- **description des marchandises transportées** : 12 % des demandes ;
- **présentation incomplète** : 6 % des demandes ;

- **fin de validité du crédit ou du document** : 6 % des demandes ;
- **garanties** : 4 % des demandes ;
- **encaissement** : 4 % des demandes ;
- **amendements** : 3 % des demandes ;
- **expédition des documents** : 3 % des demandes ;
- **frais** : 3 % des demandes ;
- **autres** : 9 % des demandes.

5. Ainsi, 50 % des demandes d'interprétation dont est saisie la Commission bancaire ICC portent sur des documents de transport typiquement exigés au titre des crédits documentaires. Or, le détail des règles codifiant les bonnes pratiques de ces documents ne se trouve désormais plus dans les RUU, mais dans les Pratiques bancaires internationales standards (ISBP) qui complètent les RUU<sup>4</sup>. La mise à jour de ce recueil de pratiques peut se faire bien plus simplement, et moins coûteusement, qu'une révision des RUU.

6. Certes, la jurisprudence a mis à jour des lacunes des RUU. Nous les avons dénoncées récemment dans cette chronique<sup>5</sup>. Mais elles ont été considérées comme insuffisantes pour le moment pour justifier l'ampleur d'une révision. Il est vrai que la Commission bancaire dispose d'un arsenal normatif pour exprimer son avis sur une question ponctuelle en attendant une prochaine révision<sup>6</sup>. On aurait pu également penser qu'une révision des RUU décidée en parallèle de la révision des Incoterms (récemment décidée) aurait le mérite d'un enrichissement réciproque des deux corps de règles tellement interdépendants. L'argument n'a pas porté non plus. Au demeurant, on a pu entendre l'argument qu'une révision des RUU qui porteraient encore sur des documents papiers à l'ère de la numérisation des échanges aboutirait à coup sûr à des règles caduques dès leur adoption. Vu l'état de gestation des circuits virtuels de la *blockchain*, l'argument paraît peu convaincant.

7. En attendant, le débat est ajourné, mais non clos, car la Commission a laissé la porte ouverte aux comités nationaux de l'ICC de déposer une proposition raisonnée pour entreprendre la révision, dès lors que cette proposition emporte le consensus des membres. À suivre. ■

2. De multiples examens professionnels doivent également être revus pour s'assurer de l'actualité du diplôme délivré.

3. G. Affaki, « Chronique de droit bancaire international », *Banque et Droit* n° 168, juillet-août 2016.

4. ISBP, publication ICC n° 745.

5. G. Affaki, « Chronique de droit bancaire international », *Banque et Droit* n° 169 septembre-octobre 2016, p. 34.

6. Ainsi la note récente « Notes on the Principle of Strict Compliance », 470/1261, 24 mai 2016, disponible sur le site de l'ICC.

## Brexit – Agrément – Passeport européen – Prestataires – Libre établissement – Libre prestation de services – Fonds d'investissement – État d'accueil.

Communiqué de l'Autorité des marchés financiers (AMF) et de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) : « L'ACPR et l'AMF simplifient et accélèrent les procédures d'agrément dans le contexte du BREXIT », 28 sept. 2016.

Communiqué de l'AMF sur la mise en place d'un dispositif d'accueil dédié pour les sociétés de gestions et les *FinTechs* domiciliées au Royaume-Uni : *AGILITY*, 28 septembre 2016.

Rapport FROG de l'AMF et de l'Association française de gestion financière : « 7 raisons de + de passer par Paris », 27 octobre 2016-11-13.

Publication d'une étude de l'AMF sur les barrières à la distribution transfrontière des fonds d'investissement en Europe, 19 septembre 2016.

Commentaire d'Aline Tenenbaum