

Le banquier et l'arbitrage



GEORGES AFFAKI

Maître de conférences associé
Université Panthéon-Assas (Paris II)
BNP Paribas

La méfiance des banquiers à l'égard de l'arbitrage est connue. À tort, clame le monde de l'arbitrage. À tort? pas si sûr. Tel qu'il est pratiqué actuellement, l'arbitrage commercial international méconnaît la spécificité de l'activité de banque. Une meilleure connaissance passe par une communication plus efficace et plus durable. Le monde de l'arbitrage et celui de la banque en sortiront gagnants.

Les banquiers se méfient de l'arbitrage! C'est la conclusion à laquelle aboutissent inexorablement les rares privilégiés participant au comité de crédit d'une banque au cours duquel la question de l'arbitrage est soulevée et les avocats, plus nombreux, proposant bien imprudemment à leurs clients banquiers le recours à l'arbitrage.

Le monde de l'arbitrage et celui de la banque sont deux mondes séparés. Les praticiens de l'arbitrage sont déçus que les banquiers ne manifestent pas plus de reconnaissance pour les multiples avantages que l'arbitrage leur offrirait. Une des façons pour les banquiers de manifester leur reconnaissance consisterait, selon ces praticiens, à inclure systématiquement une clause d'arbitrage dans tous les contrats de crédit! À l'inverse, les banquiers reprochent aux arbitres de ne pas comprendre les fondamentaux de l'activité de banque.

Au cours de la dernière décennie, un grand nombre de colloques s'est intéressé aux liens complexes qu'entretiennent la banque et l'arbitrage. De nombreux travaux furent publiés sur cette question¹. Pourtant, le résultat demeure implacable. Sur les 1 135 litiges actuellement pendants devant la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), seuls neuf

impliquent des banques en tant que partie, et aucun banquier ne siège en tant qu'arbitre². Les statistiques d'autres institutions d'arbitrage ne sont guère différentes.

Quelle vérité se cache derrière le mythe de l'aversion du banquier envers l'arbitrage?

Comme toute affirmation abstraite, cet énoncé s'avère réducteur lorsque l'on cherche à saisir une réalité beaucoup plus complexe qu'elle n'y paraît de prime abord. Pour mieux comprendre la relation entre le banquier et l'arbitrage, il convient d'examiner la question en distinguant trois catégories de situations :

1. Cas où le banquier n'a d'autre choix que d'accepter l'arbitrage

Dans certains cas, le banquier peut se retrouver partie à un accord d'arbitrage sans l'avoir vraiment choisi. Son refus de l'arbitrage produirait tout simplement la déchéance d'un droit qui a été déterminant dans sa décision de crédit. Ainsi, la banque peut hériter d'une clause d'arbitrage convenue dans le contrat financé suite à la transmission de la créance issue de ce contrat par l'emprunteur à son banquier. Dans ce cas, la clause d'arbitrage est automatiquement transmise dans le cadre de la transmission de la

¹ Mark Augenblick, Delissa Ridgway: Dispute Resolution in World Financial Institutions, 10 J. of Int'l Arb. 73 (1993); Piero Bernardini, The Use of Arbitration in Banking and Financial Transactions, International Bar Association Section on Business Law, Committee D & Committee E, 12th Biennial Conference (Paris, septembre 1995); E. Michael Bradley, William C. Rand, The Use of Arbitration in Banking and Financial Transactions, International Bar Association Section on Business Law, Committee D & Committee E, 12^e Biennial Conference (Paris, septembre 1995); Carsten Ebenroth, Thomas Dillon, Arbitration Clauses in International Financial Agreements, 10 (n° 2) J. of Int'l Arb. 5 (1993); Fabrice Fagès, Jacques Rossi, Arbitrage en matière financière, 2000 Gazette du Palais 29; Horatio Grigera Naon, ICC dispute resolution and international finance, N. Horn and I. Norton (eds.), Non-judicial dispute settlement in international financial transactions, 73-83, Kluwer 2000; Bernard Hanotiau, La pratique de l'arbitrage international en matière

bancaire, in Les Modes non judiciaires de règlement des conflits 69 (1995); Michael Hoellering, Legal and Practical Aspects of Arbitrating Banking Disputes, in Commercial Arbitration, 21 (1988); William W. Park, Particularités de l'arbitrage en matière bancaire et financière, 1994 Semaine judiciaire (Genève) 621 1994; L'arbitrage en matière financière, 40 Rev. de juris. commerciale 41 (1996); Arbitration in banking and finance, 17 Annual Review of Banking Law 213 (1998); Oscar A. Ruiz del Rio, Arbitration Clauses in International Loans, 4 (n° 3) J. of Int'l Arb. 45 (1987); Otto Sandrock, Is International Arbitration Inept to Solve Disputes arising out of International Loan Agreements?, 11 (n° 3) J. of Int'l Arb. 33 (1994); Laurence Shore, The advantages of arbitration for banking institutions, 1999 JIBL 11, 347.

² Statistiques du secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI au 29 janvier 2003.

créance par cession ou par subrogation³. Le banquier exerçant les droits de son emprunteur contre le débiteur de celui-ci n'a alors de choix que de se soumettre à l'arbitrage.

Un autre exemple se rencontre dans les financements d'exportation garantis par les organismes d'assurance-crédit⁴. Ces assureurs exigent en général que les prêts accordés aux importateurs étrangers, surtout ceux qui sont des entités étatiques, comportent une clause d'arbitrage. Une fois que l'assureur-crédit a payé au titre de sa garantie, il sera subrogé dans les droits de la banque assurée et pourra directement demander le remboursement à l'emprunteur défaillant. L'assureur ne peut alors qu'être sensible à l'inopposabilité des immunités de juridiction et d'exécution⁵, ainsi qu'à la reconnaissance internationale des sentences⁶, qu'offre l'arbitrage. Comme les garanties offertes par les assureurs-crédit peuvent couvrir jusqu'à 95 % du prêt, le banquier sera peu enclin à refuser le souhait de garants si généreux, et acceptera donc de bonne grâce le recours à l'arbitrage dans son crédit-export.

Un troisième exemple se rencontre lorsque l'emprunteur refuse catégoriquement toute autre juridiction que celle de son lieu de résidence. Or, même lorsque le banquier accepte cette juridiction, la renonciation à l'immunité souveraine lorsque cet emprunteur est un organisme d'État n'est pas automatique. Cette renonciation devra être négociée spécifiquement, au milieu de débats passionnés sur l'inaliénable souveraineté. Dans la majorité des cas, le banquier n'aura alors d'autre choix que d'opter pour l'arbitrage.

2. Cas où le banquier fait le choix de l'arbitrage

Ceux qui contestent le préjugé selon lequel le banquier répugne à recourir à l'arbitrage sont les premiers à souligner la percée réalisée par l'arbitrage dans le domaine de la banque d'investissement.

En effet, les banques qui investissent dans des fonds de capital-risque, qui conseillent dans le domaine des

restructurations de sociétés, ou qui opèrent sur les instruments financiers, ont de plus en plus souvent recours à l'arbitrage. L'attrait d'un tribunal constitué de spécialistes combinant le savoir-faire d'un comptable et d'un financier à la présence d'un juriste tenant la plume afin d'assurer la pérennité juridique de la sentence, est compréhensible compte tenu de la spécificité de l'activité de banque d'investissement. Les pays où les tribunaux de commerce ne sont pas composés de magistrats de carrière mais de professionnels ayant une longue expérience en tant que gérants d'entreprise, banquiers ou comptables, restent l'exception. Il est plus courant que les litiges concernant la banque d'investissement soient soumis à des juges d'avantage habitués aux procédures collectives qu'aux opérations sur les titres. Les experts susceptibles alors d'être nommés par les parties, ou par le tribunal, risqueraient fort de prendre l'ascendant dans les débats et faire évoluer la procédure d'un mode inquisitoire à un mode contradictoire, bien plus onéreux.

La recherche d'un savoir-faire spécialisé a également poussé nombre de marchés réglementés à choisir l'arbitrage comme mode exclusif de règlement des litiges entre leurs adhérents, dont la majorité est d'ailleurs constituée de banques. C'est notamment le cas d'Euronext⁷, du MATIF⁸ et de National Association of Securities Dealers, Inc. (NASD) aux États-Unis⁹.

Limiter la percée réalisée par l'arbitrage à la banque d'investissement serait cependant trop réducteur. Dans au moins deux autres cas, l'arbitrage en matière bancaire a prouvé sa capacité à offrir une alternative crédible aux tribunaux judiciaires. En Espagne, le Diriban est un exemple de la réussite d'un système d'arbitrage conçu par et pour le secteur bancaire. En effet, le *Servicio para dirimir cuestiones entre Bancos* (Diriban) a été créé pour régler tous les litiges, de quelque nature ou montant que ce soit, entre les établissements de crédit en Espagne. En adhérant à l'Association bancaire espagnole (AEB), les banques acceptent par avance de soumettre exclusivement à l'arbitrage du Diriban tout litige qu'elles pourraient avoir avec

3 On a longtemps considéré que la clause compromissoire est transmise dans le cadre d'une transmission de créance sur le fondement du critère de l'accessoire (Civ. 1^{re}, 5 janvier et 19 octobre 1999, *Revue de l'arbitrage*, 2000, p. 85, obs. Cohen; 6 février 2001, *Dalloz* 2001, somm. 1135, obs. Delebecque; *Revue de l'arbitrage*, 2001, p. 765, obs. Cohen). Un arrêt récent de la Première chambre civile a admis la transmission de la clause d'arbitrage alors que celle des droits substantiels issus du contrat dans lequel elle était stipulée était annulée (28 mai 2002, *Revue de l'arbitrage*, 2003, n° 2, p. 397, obs. Cohen). La qualification d'accessoire ne peut dès lors être retenue et force est d'admettre l'émergence d'une règle matérielle validant la transmission automatique de la clause d'arbitrage indépendamment de la validité de la transmission des droits substantiels. Cette règle substantielle s'applique bien sûr aussi bien aux clauses d'arbitrage stipulées dans des contrats internationaux qu'à celles dans les contrats purement internes. Cette règle ne semble cependant pas encore internationalement admise pour le moment. Ainsi, le Tribunal fédéral suisse demeure attaché au fondement de l'accessoire. Un arrêt de la Première Cour civile du 16 octobre 2001 a en effet jugé qu'en présence d'une clause d'incessibilité qui, en droit suisse, prive la cession d'efficacité, la clause d'arbitrage ne peut être considérée transmise (*Revue de l'arbitrage* 2002, p. 753, obs. Tschanz).

4 Par exemple, Coface en France, Eximbank aux États-Unis, Export Credit Guarantee Department (ECGD) en Angleterre, et l'agence de garantie des risques à l'exportation (GRE) en Suisse.

5 Paris, 1^{er} ch., 12 décembre 2001 (statuant sur renvoi après cassation), *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 417, obs. Leboulanger (Les biens d'un État étranger ne peuvent, au regard des principes du droit international régissant les immunités des États étrangers, faire l'objet d'une procédure en vue de l'exécution d'un jugement, sauf si cet État y a expressément consenti en concluant notamment une clause compromissoire, l'accepta-

tion du caractère obligatoire de la sentence qui résulte de celle de la convention d'arbitrage opérant, au vu du principe de bonne foi et sauf clause contraire, une renonciation à l'immunité d'exécution). V° Civ. 1^{re}, 6 juillet 2000, *Revue de l'arbitrage* 2001, p. 114, obs. Leboulanger.

6 Grâce à la Convention des Nations unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), aujourd'hui ratifiée par 133 pays.

7 Euronext fut créé en septembre 2000 par la fusion des marchés d'Amsterdam, de Bruxelles et de Paris. Les règles du marché Euronext prévoient le règlement des litiges par l'arbitrage entre l'organisme et les adhérents, ainsi qu'entre ces adhérents (courtiers, etc.) (voir art. 1. 8 des Règles). Les règles du marché Euronext sont disponibles sur le site internet d'Euronext, à l'adresse suivante : <<http://www.euronext.com/extra/pdf/Marketrules.pdf>>.

8 MATIF SA (Marché à terme des instruments financiers) fut créé le 20 février 1986 à Paris pour les ventes de produits dérivés sur instruments financiers et matières premières. MATIF est géré par Euronext Paris SA et ses règles prévoient le règlement des litiges par l'arbitrage. Ces règles MATIF sont disponibles sur le site internet du Conseil des marchés financiers, à l'adresse suivante : <<http://www.cmf-France.org>>.

9 NASD offre des services d'arbitrage et de médiation afin de faciliter le règlement des litiges monétaires, commerciaux et sociaux, entre les investisseurs, les entreprises de placement de titres, et les employés de celles-ci. En novembre 2003, le nombre de demandes d'arbitrage était de 8255, ce qui fait de la NASD le plus grand forum de règlement des litiges dans le secteur des titres. Le règlement d'arbitrage de NASD (Code of Arbitration Procedure) est disponible sur le site suivant : <http://www.nasdaq.com/arb_code/arb_code.asp>.

une autre banque membre de l'AEB¹⁰. Lorsqu'un litige survient par la suite, aucun accord supplémentaire ne sera requis pour recourir à l'arbitrage. Enfin, bien que l'exécution forcée des sentences du Diriban puisse être réclamée auprès des tribunaux judiciaires, la sanction consistant à exclure de l'AEB les perdants récalcitrants a, jusqu'à présent, prouvé son efficacité à assurer une exécution volontaire de la sentence.

L'organe juridictionnel du Diriban est constitué de douze membres, tous nommés dans son règlement. Il s'agit des directeurs juridiques des grandes banques espagnoles et des cadres dirigeants de l'AEB¹¹. Son approche au règlement des litiges est pragmatique plutôt que formaliste. Le règlement du Diriban prévoit la soumission de mémoires écrits, ainsi que de toutes preuves complémentaires jugées nécessaires, mais pas d'audiences orales. De ce fait, le ministère d'avocat n'est pas nécessaire et la plupart des demandes et défenses sont préparées par les services techniques et juridiques internes des banques concernées.

Aujourd'hui, plus de 900 litiges ont été réglés avec succès sous l'égide du Diriban et 100 % des sentences exécutées volontairement. Ceci a conduit le Haut conseil bancaire espagnol à transposer la structure du Diriban au secteur des caisses d'épargne. Vu ce succès incontestable, on ne peut que regretter que l'exemple du Diriban n'ait pas été suivi dans d'autres pays.

DOCDEX doit aussi être mentionné¹². Il s'agit du Règlement pour la résolution par expertise des différends en matière d'instruments documentaires. Sous l'égide de la Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale (CCI) et l'administration secrétariale du Centre international d'expertise de cette organisation, DOCDEX offre une plateforme à la compétence désormais incontestée pour la résolution des différends qui naissent des crédits documentaires, des garanties sur demande et des encaissements. Ces instruments sont largement utilisés dans le commerce international et portent sur un encours total de plusieurs centaines de milliards d'euros. Là aussi, le processus juridictionnel prévoit une procédure exclusivement écrite, administrée par les banquiers eux-mêmes.

Le règlement du DOCDEX dispose qu'en principe les décisions ne lient pas les parties. Dès lors, ces décisions peuvent être qualifiées d'avis d'experts. Cependant, l'article 1. 4 du règlement offre la possibilité aux parties d'opter à tout moment pour qu'une décision rendue par les experts soit contraignante. Dans ce cas, DOCDEX devient un processus arbitral traditionnel, ce qui ne modifie en rien la simplicité et la rapidité de la procédure.

10 Circulaire n° XXXIII de Consejo Superior Bancario en date du 26 mai 1977. En réalité, le Diriban existe depuis 1962. Cependant, le système exigeait à ses débuts un accord d'arbitrage spécifique pour chaque litige. Cette exigence constituait un sérieux obstacle au recours systématique à l'arbitrage. Le nouveau règlement de 1977 a donc prévu un accord général d'arbitrage devant le Diriban entre les banques membres de l'AEB. Voir, Marta Gomez de Liano Fonseca-Herrero, « El Diriban y el Serdi, dos procedimientos de resolución de conflictos », La Ley, n° 5006, 2000, p. 1-5.

11 Article IV (1), Convenio sobre sujeción a Diriban de determinadas incidencias entre bancos.

12 Le Règlement DOCDEX, publication CCI n° 811, fut approuvé en 1997, et révisé en 2002, la révision effectivement applicable aujourd'hui datant du 15 mars 2002. Le texte complet du règlement est disponible sur le site internet de la CCI, à l'adresse suivante : <[Un des grands avantages du DOCDEX réside en effet dans sa rapidité. L'article 7. 4 du règlement prévoit que le panel d'experts devra rendre sa décision dans un délai maximum de 30 jours à partir de la réception des mémoires des parties. Un autre avantage qu'offre DOCDEX est son coût peu élevé. Le coût forfaitaire de la procédure, incluant les frais administratifs et les honoraires des trois experts, est fixé à 5 000 US\\$.](http://www.iccdoc-</p></div><div data-bbox=)

Il existe d'autres systèmes d'arbitrage spécifiquement conçus pour le règlement des différends liés aux opérations de banque. Ils incluent *City Disputes Panel* en Grande-Bretagne, qui offre des services d'arbitrage dans 30 secteurs différents de l'activité financière¹³, et *International Center for Letter of Credit Arbitration* (ICLOCA) qui a vocation à régler les différends relatifs aux crédits documentaires suivant une procédure calquée sur le Règlement d'arbitrage CNUDCI¹⁴. Leur succès est cependant plus limité que celui des procédures administrées par les banques, telles que Diriban et DOCDEX.

À ce stade, une première conclusion s'impose. L'aversion réputée du banquier pour l'arbitrage doit être nuancée, car le banquier n'est pas *intuitivement* opposé à l'arbitrage. La pratique révèle même une nette préférence du banquier pour les procédures non judiciaires de règlement des litiges, à partir du moment où le système auquel il confie son litige reconnaît la spécificité de l'activité de banque. Une des manières choisies par le banquier pour s'en assurer consiste à créer lui-même son propre système de règlement des litiges, afin d'être jugé par ses pairs.

3. Cas où le banquier refuse catégoriquement l'arbitrage

Le banquier, notamment dans les activités de banque commerciale, a une approche très claire de son métier : tout prêt octroyé doit être remboursé intégralement à l'échéance. De tout temps, en tous lieux, la loi a soutenu cette règle de bon sens.

Certes, de nos jours, peu de banquiers réclament à titre de remboursement du prêt une livre de la chair de leur emprunteur défaillant¹⁵. De même, il est peu probable désormais que les tribunaux dans la majorité des pays civilisés emprisonnent les emprunteurs insolubles, surtout lorsque le créancier déçu est seulement une banque ! Pour autant, le banquier ne considérera pas moins l'obligation de remboursement comme un engagement irrévocable et exigible quelles que soient les circonstances externes au contrat de prêt.

dex.org> (version française au <http://www.iccwbo.org/drs/english/docdex/rules_french.asp>). Durant les six dernières années, les comités DOCDEX ont tranché 37 différends.

13 Les grandes lignes des activités du City Dispute Panel, ses services de règlement non contentieux des litiges et ses règles d'arbitrage sont disponibles sur le site internet suivant : <<http://www.disputespanel.com>>.

14 Les règles d'arbitrage concernant les différends en matière de crédits documentaires (Rules of Arbitration for Credit Disputes) sont disponibles sur le site internet de l'Institute for International Banking Law and Practice (IBPL), Maryland, qui dirige en fait ICLOCA, à l'adresse suivante : <http://www.iiblp.org/ICLOCA_Rules.htm>.

15 Le Contrat de crédit entre Shylock, prêteur, et Bassanio, emprunteur, prévoyait : « *Que le dédit se fixe exactement à une livre de votre belle chair à découper et prendre en la partie de votre corps qu'il me plaira.* », William Shakespeare, Le Marchand de Venise, acte I, scène III, 145.

Lorsque le prêt est garanti, la banque cherchera simplement à réaliser sa sûreté sur le bien nanti. Si la loi applicable requiert que cette réalisation soit précédée d'une demande aux tribunaux compétents, la banque s'attendra à ce que ce préalable procédural soit bref et que la juridiction saisie reconnaisse sans équivoque la priorité de la banque sur les biens nantis.

En revanche, pour autant que l'arbitrage ait lieu dans un pays autre que celui de la situation des biens nantis, il ne pourrait constituer aux yeux du banquier qu'une étape supplémentaire et inutile au processus d'exécution devant les tribunaux locaux.

Plus grave est cependant la perception de l'arbitre par le banquier comme étant davantage perméable que le juge aux arguments liés à l'équité. Prenons l'exemple d'un cas de force majeure qui empêcherait l'exécution d'un contrat. L'arbitre suspendra alors l'exécution de ce contrat, et ira même dans certains cas jusqu'à libérer le débiteur de son engagement inexécuté. Que serait, dans un tel cas, le sort d'un crédit bancaire accordé à l'acheteur, ou au vendeur, pour financer ce contrat? Le remboursement de ce crédit doit-il être également suspendu? Devient-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 le ratio de solvabilité qui oblige les banques à immobiliser des avoirs à hauteur d'une valeur déterminée en fonction du montant du crédit consenti, qu'il soit d'ailleurs par caisse ou par signature.

Le banquier s'inquiète aussi de la tendance des arbitres à ignorer les limites naturelles de son rôle en tant que tiers. La conséquence est de se voir contraindre à évaluer la véracité, l'étendue, et l'impact des vicissitudes qui ne manquent pas de survenir lors de l'exécution du contrat financé. 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 que l'importateur a demandé à la banque de requérir dans le crédit, la banque a un devoir absolu de payer le montant du crédit.

Elle ne peut être tenue responsable du fait que les biens puissent se révéler défectueux ou impropres à l'usage auquel l'importateur les destinait. Bien que l'importateur soit, dans un tel cas, en droit de réclamer à l'exportateur des dommages-intérêts, il devra intenter son recours devant la juridiction compétente, et non auprès de la banque; celle-ci ne doit pas se voir proclamée arbitre contre son gré. Arbitrer des litiges et évaluer la légitimité des raisons de l'inexécution du contrat sous-jacent ne font pas partie des opérations normales de banque.

Or, à supposer que les partisans de l'arbitrage réussissent à convaincre le banquier qu'une sentence en droit (par opposition à une sentence en équité) ne présente aucune différence, quant à son contenu, avec une décision que rendrait un tribunal judiciaire, les avantages promis par l'arbitrage seraient-ils suffisants pour séduire le banquier?

En vérité, nombre de ce qui est présenté comme des avantages supposés de l'arbitrage pourraient, au mieux, ne pas être si déterminants du point de vue de la banque. En voici quelques exemples :

- **La reconnaissance et l'exécution internationales des sentences étrangères**

Il est vrai que les 133 ratifications dont bénéficie la Convention de New York lui confèrent un statut à part parmi la pléthore de traités bilatéraux et multilatéraux de reconnaissance et d'exécution des jugements. Cependant, mis à part les sentences du CIRDI¹⁶, les perdants dans des procédures d'arbitrage international ont de plus en plus tendance à considérer les tribunaux judiciaires devant lesquels l'exécution de la sentence est réclamée comme un second degré de juridiction leur permettant de tester à nouveau leur prétention. Ceci est particulièrement le cas lorsque les tribunaux en question sont ceux du lieu de leur domicile. Il en résulte un contentieux prolongé, alors que les parties avaient choisi l'arbitrage précisément dans un but de rapidité¹⁷.

- **Éviter les jurys populaires**

En effet, dans les juridictions où la responsabilité civile est décidée par un jury populaire, les banquiers courent le risque de se retrouver face à des jurés pouvant

16 Organisme membre du groupe de la Banque mondiale, le CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) a été institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention de Washington, entrée en vigueur le 14 octobre 1966), signée par 154 États et ratifiée par 139, dont la France. L'article 54 de la Convention impose aux États ratifiant de reconnaître et d'exécuter les sentences rendues sous l'égide du CIRDI sans besoin d'exequatur: ((1) Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État [...]). Ce régime de reconnaissance et d'exclusion autonome qui exclut celui des articles 1498 et s. du Nouveau Code de procédure civile est l'une des principales attractions du système CIRDI (pour une application, cf. Civ. 1^{re} 11 juin 1991, RCDIP 1992, p. 331, obs. Lagarde).

17 Les mésaventures d'une sentence rendue par l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, dont l'exécution a été demandée en Russie en 1998, illustrent ces propos. Le litige concernait le remboursement d'un prêt et la sentence avait ordonné son remboursement intégral. Dans une première décision, la Cour de Volgograd Oblast a refusé d'exécuter la sentence en décidant qu'une telle exécution contre un débiteur organisme d'État, qui se trouvait de surcroît être le seul orga-

nisme en Russie produisant certains équipements liés aux besoins de la Défense, pourrait menacer la sécurité nationale. La Cour se référait à l'article (6) du Décret du Presidium du Soviet Suprême de l'URSS, en date du 21 juin 1998 (dont les termes sont similaires à ceux de l'article V (2) (b) de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères). La Cour suprême de la Fédération de Russie annula la décision de la Cour de Volgograd Oblast et renvoya l'affaire devant cette même Cour. Celle-ci refusa à nouveau d'exécuter la sentence, mais cette fois-ci sur un fondement différent. Citant l'article 36.1.1 de la Loi russe sur l'arbitrage commercial international (similaire dans ses termes à l'article V (1) (c) de la Convention de New York), la Cour estima que le tribunal arbitral avait statué sur une question dépassant la portée de la convention d'arbitrage. La Cour suprême annula encore la décision de la Cour de Volgograd Oblast. Les parties optèrent alors pour une transaction mettant fin au litige hors procédures, ce qui permit d'éviter de nouvelles instances devant les tribunaux. Ces recours successifs ont engendré un écart important dans le temps entre le prononcé de la sentence et le recouvrement effectif de la somme ordonnée par cette dernière. Un autre exemple du destin incertain des sentences arbitrales se profile pour les sentences rendues à Hongkong, dont la reconnaissance et l'exécution pourraient être recherchées en République Populaire de Chine. Il est rapporté à ce sujet qu'aucune sentence rendue à Hongkong n'a pu obtenir reconnaissance ou exécution par les tribunaux chinois depuis la réintégration de Hongkong en 1997.

manquer d'impartialité. Cet état d'esprit résulte d'ailleurs souvent de la propre mésaventure d'un ou plusieurs de ces jurés avec leur propre banquier. Cette absence d'empathie peut aussi résulter de la décision de la banque défenderesse de refuser la prorogation d'un prêt, ou l'octroi de nouveaux prêts, provoquant alors la faillite d'entreprises locales avec son cortège de conséquences économiques et sociales néfastes sur la vie de la communauté locale. En revanche, on s'attendra à ce que les arbitres confrontés aux mêmes faits manifestent plus de sérénité et d'impartialité.

Cet avantage pourrait cependant se révéler illusoire à l'épreuve d'une double réalité. Tout d'abord, les parties ont généralement la possibilité de renoncer au jury tout en maintenant la compétence des tribunaux judiciaires. En outre, les actions en responsabilité à l'encontre du prêteur qui soulèvent une réelle difficulté, mettent en cause généralement sa responsabilité délictuelle, non contractuelle, et sont souvent intentées par des tiers qui, par définition, ne sont liés par aucune convention d'arbitrage aux banques défenderesses. La responsabilité délictuelle des prêteurs pour dommages causés à l'environnement, à des biens ou à des personnes du fait de choses sur lesquelles ces prêteurs sont réputés avoir un contrôle que leur conférerait leur statut de gagistes, offre un bon exemple¹⁸. La création d'une apparence de solvabilité résultant du soutien financier jugé abusif à une entreprise en difficulté, et la débâcle qui s'ensuit lorsque la banque interrompt le crédit, offre un autre exemple. Dans ces cas, et dans bien d'autres, les tiers créanciers viseront, par des actions en responsabilité délictuelle, à transcender le patrimoine illusoire de leur débiteur en faillite, et tenteront de s'arrimer à celui autrement plus alléchant de la banque.

• Renoncer à l'immunité souveraine

La renonciation implicite à son immunité par une entité étatique lors de sa soumission à une convention d'arbitrage est aujourd'hui consacrée comme une règle matérielle internationale par la jurisprudence arbitrale et reconnue par les tribunaux judiciaires de nombreux pays¹⁹. Cependant, là encore, cet avantage perd de son attrait lorsqu'il est confronté à deux éléments. En premier lieu, si

la clarté des termes de la clause d'arbitrage fait défaut, les tribunaux peuvent considérer celle-ci comme insuffisante pour emporter une renonciation absolue à l'immunité²⁰. En second lieu, les parties peuvent tout à fait choisir de ne pas déroger à la juridiction des tribunaux judiciaires et néanmoins renoncer à l'immunité souveraine. Une clause, désormais de style dans les contrats internationaux de financement, suffirait à cet effet.

• La jonction de procédures multiples

Joindre en une seule procédure, devant le même tribunal, la demande en justice d'un sous-traitant contre l'entrepreneur principal et celle de ce dernier contre le maître d'ouvrage, s'avère souvent opportun. En revanche, joindre la demande de remboursement du prêt bancaire ayant servi à financer les travaux à celle tendant à déterminer la responsabilité de l'inexécution de ces travaux, irait certainement à l'encontre de l'attente de la banque et pourrait être préjudiciable à ses intérêts.

En effet, dans la majorité des opérations de banque commerciale, la seule implication de la banque dans l'exécution du contrat sous-jacent est limitée à l'émission d'un crédit par signature ou à l'octroi d'un crédit par caisse. Quel que soit le type du crédit, et qu'il comporte ou non une clause de non-recours, la banque n'a pas vocation à être entraînée dans les méandres de l'évaluation de la bonne exécution du contrat sous-jacent auquel elle n'est pas partie. D'ailleurs, un banquier prudent s'assurera généralement que les déboursements de prêts soient effectués sur une base strictement documentaire, ce qui limite de facto le rôle de la banque au simple examen de la conformité apparente des documents présentés, et non de la réalité des faits qui les sous-tendent. Déterminer si le bénéficiaire des fonds bancaires a ou non un véritable droit sur ces fonds ne relève pas du champ d'investigation de la banque.

À titre d'exemple, les Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires (RUU)²¹, largement utilisées dans les crédits documentaires et les lettres de crédit stand-by, prévoient :

Article 3

(a) *Les crédits sont, par nature, des transactions distinctes des ventes ou autre(s) contrat(s) qui peuvent en*

18 G. Affaki, Les sûretés dans le négoce international, *Journal du droit international* (Clunet), n° 3, 2000, p. 661.

19 En droit français, Rouen, 20 juin 1996, *Revue de l'arbitrage* 1997, p. 263, obs. Gaillard; Civ. 1^{re}, 6 juillet 2000, *Revue de l'arbitrage* 2001, p. 114, obs. Leboulanger; Paris, 1^{re} ch., 12 décembre 2001 (statuant sur renvoi après cassation), *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 417, obs. Leboulanger. En droit anglais, voir *State Immunity Act* (1978), section 9 – (1) Where a State has agreed in writing to submit a dispute which has arisen, or may arise, to arbitration, the State is not immune as respects proceedings in the courts of the United Kingdom which relate to the arbitration. En droit fédéral des États-Unis, voir *Foreign Sovereign Immunities Act* (1976, amended in 1988), § 1605 – General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state: (a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case [...] (6) in which the action is brought, either to enforce an agreement made by the foreign state with or for the benefit of a private party to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between the parties with respect to a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration under the laws of the United States, or to confirm an award made pursuant to such an agreement to arbitrate, if (A) the arbitration takes place or is intended to take place in the United States, (B) the agreement or award is or may be governed by a

treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards, (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a United States court under this section or section 1607, or (D) paragraph (1) of this subsection is otherwise applicable.

20 Voir, en France, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 août 2000, *Ambassade de la Fédération de Russie en France c/Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation*, *Revue de l'arbitrage*, 2001, p. 115, obs. Leboulanger, jugeant qu'une clause de renonciation aux immunités de juridiction et d'exécution ne manifeste pas la volonté non équivoque de l'État de renoncer à se prévaloir de l'immunité « diplomatique » d'exécution, et faisant ainsi échapper à la saisie du créancier les biens des entités à statut diplomatique. Aux États-Unis, une clause d'arbitrage a été considérée insuffisante pour emporter renonciation aux immunités souveraines lorsque l'État en question n'avait pas ratifié la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, *Creighton Limited v. Government of the State of Qatar*, 181 F 3d 118 (DC Cir. 1999); *S. & Davis International, Inc. v. Yemen, the Republic of, Ministry of Supply and Trade*, 218 F 3d 1292 (11th Cir. 2000). Les deux arrêts concernent respectivement le Qatar et le Yémen. Depuis, le Qatar a ratifié la Convention de New York (le 30 décembre 2002), mais pas le Yémen.

21 Publication CCI n° 500, 1993.

former la base. Les banques ne sont en aucune façon concernées ou liées par ce(s) contrat(s), même si les crédits incluent une quelconque référence à ce(s) contrat(s).

Article 4

Dans les opérations de crédit toutes les parties intéressées ont à considérer des documents à l'exclusion des marchandises, services et/ou autres prestations auxquels les documents peuvent se rapporter.

Par ailleurs, les Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (RUGD)²², également largement utilisées, prévoient :

Article 2

(b) Les garanties sont, par leur nature, un engagement distinct du ou des contrats ou conditions d'adjudication pouvant en former la base, et les garants ne sont en aucune façon concernés ni engagés par ces contrats ou conditions d'adjudication, même si la garantie y fait référence. Le devoir d'un garant aux termes d'une garantie est de payer la ou les sommes qui y sont stipulées, sur présentation d'une demande de paiement écrite et autres documents spécifiés dans la garantie qui semblent à première vue conformes aux termes de la garantie.

Les crédits acheteurs bénéficient d'une règle d'indépendance similaire²³.

Pourtant, une institution arbitrale ignorant le caractère autonome du crédit bancaire par rapport au contrat sous-jacent pourrait décider de joindre l'instance afférente au crédit à celle issue du contrat²⁴. Cette institution arbitrale pourrait aussi nommer un tribunal arbitral identique pour les deux instances et lui confier la tâche de statuer sur sa propre compétence juridictionnelle²⁵. Dans un tel

cas, même si ce tribunal décidait de ne pas joindre les deux instances, il lui serait très difficile de les garder séparées en pratique. En effet, les arbitres seront tout naturellement tentés d'importer dans la procédure afférente au crédit bancaire (ou à la garantie) des informations obtenues dans le cadre de la procédure relative au contrat sous-jacent. Un exemple des conséquences préjudiciables du décloisonnement des procédures pourrait résulter de la détermination de la responsabilité de l'inexécution du contrat sous-jacent dans le cadre de l'instance afférente à ce contrat, entraînant corrélativement la détermination du bien-fondé du paiement (ou de son refus) du crédit ou de la garantie par la banque. Or, juger si le paiement ou le remboursement d'un crédit bancaire ou d'une garantie est dû sur le fondement d'arguments liés à l'exécution du contrat sous-jacent irait à l'encontre de l'autonomie de l'engagement bancaire.

En outre, lorsque le litige bancaire concerne plusieurs parties plutôt que plusieurs contrats, l'arbitrage soulève des difficultés liées au multipartisme qui pourraient être fatales au processus de règlement du litige, difficultés que les parties n'auraient pas rencontrées devant les tribunaux étatiques²⁶.

Bien sûr, il faut laisser de côté les arguments relatifs à la rapidité, au coût et à la confidentialité²⁷, que même les plus ardents défenseurs de l'arbitrage hésitent aujourd'hui à mettre en avant lorsqu'ils cherchent à mettre en exergue les avantages de l'arbitrage par rapport à la justice étatique.

À ce stade, une deuxième conclusion s'impose. Le banquier n'est pas opposé à tout type d'arbitrage. Il serait plus juste de dire que le banquier se montre prudent face à l'arbitrage commercial international tel qu'il est pratiqué actuellement.

Cette conclusion n'est cependant pas définitive. Dans des circonstances que le banquier estimerait appropriées, il pourrait être amené à insérer une clause compro-

22 Publication CCI n° 458, 1991. Les RUGD ont été récemment adoptés par la Banque mondiale dans ses garanties de contrat d'approvisionnement et utilisées comme modèle par l'OHADA dans sa loi uniforme sur les sûretés, aujourd'hui en vigueur dans quinze pays d'Afrique.

23 Voir, Cour d'appel de Paris, 3 novembre 1989, Dalloz 1991, sommaires, 226, et Chambre commerciale de la Cour de cassation, 26 février 2002, BNP c/Henri Reynaud et fils SA et Coface, n° 482, non publié.

24 Pourvu bien sûr que des clauses d'arbitrage identiques soient stipulées dans les contrats dont la jonction est envisagée. En pratique, il est rare que cette exigence constitue un véritable obstacle à la jonction, étant donné que, dans la majorité des cas, les clauses modèles proposées par les institutions d'arbitrage sont copiées dans le contrat sans aucune modification. Un exemple du pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner la jonction obligatoire de tout ou partie des demandes dont l'objet « semble lié » est donné à l'article 1046 du Code de procédure civile néerlandais. La Cour internationale d'arbitrage de la CCI a aussi adopté récemment une interprétation extensive de l'article 4 (6) du Règlement d'arbitrage, selon laquelle la « relation juridique » qu'il faut identifier entre les demandes dont la jonction est envisagée pourrait être examinée d'un point de vue économique englobant ainsi un groupe de contrats poursuivant un but économique identique. Alors qu'un crédit documentaire ou une garantie indépendante pourrait être considéré comme économiquement lié au contrat sous-jacent, leur séparation juridique doit être strictement maintenue afin d'éviter d'aller à l'encontre des attentes des parties et de détruire la raison d'être de ces instruments.

25 Dans *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd v. Eastem Bechtel Corp.*, IX Yearbook Commercial Arbitration, 1984, p. 448-450, Lord Denning rendant son arrêt au nom de la Cour d'appel anglaise a exprimé sa déception devant son impuissance à ordonner la consolidation de deux procédures d'arbitrage, regrettant le refus du maître d'ouvrage d'accepter que sa réclamation contre l'entrepreneur principal soit jointe à celle de ce

dernier contre le sous-traitant. Et la Cour de décider de nommer le même arbitre dans les deux procédures pour éviter d'éventuelles contrariétés de décisions.

26 Voir, Civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, BKMI et Siemens V. Dutco, Revue de l'arbitrage, 1992, p. 470, obs. Bellet. En l'espèce, la cour a annulé une sentence arbitrale à la suite de la contrainte imposée par l'organisme d'arbitrage à deux défendeurs de nommer conjointement un seul arbitre malgré la divergence de leurs intérêts, alors que le demandeur unique avait nommé un autre arbitre. Et la Cour de conclure à la rupture du principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres qui est d'ordre public. « Dutco » est susceptible de hanter tous types de prêts collectifs (syndication, sous-participation, etc.) qui sont par essence multipartites et fréquents dans les financements d'opérations commerciales.

27 La Cour suprême de Suède a décidé le 27 octobre 2000 (T 1881-99), dans un cas mettant en cause deux banques, que les parties à un arbitrage ne sont liées par aucun devoir de confidentialité en vertu de la loi suédoise, sauf accord contraire. De même, La Haute cour d'Australie, dans l'affaire *Esso Australia Resources* ([1995] 183 CLR 10), a jugé qu'une confidentialité absolue de la procédure d'arbitrage n'était pas possible. Parmi les raisons invoquées dans le dispositif de l'arrêt, on pouvait trouver a) qu'une obligation de confidentialité ne peut s'appliquer aux témoins, b) qu'une sentence rendue par un tribunal arbitral pourrait être exposée devant un tribunal judiciaire, par exemple, pour demander sa reconnaissance, exécution, révision ou annulation, et c) qu'une partie peut avoir besoin de divulguer à un tiers des détails de l'arbitrage, par exemple, dans le cadre d'une police d'assurance. À la suite de cet arrêt, il a été proposé de modifier la loi australienne d'arbitrage international de 1974, pour y intégrer une obligation législative de confidentialité. Mais le législateur australien a considéré que les lois dans les plus grandes nations commerciales ne prévoient pas que l'arbitrage soit confidentiel!

missoire dans ses crédits. Nombre de ces crédits seront ensuite syndiqués et la clause en question acceptée par d'autres banques. Pourtant, le banquier devra s'attendre à multiplier au préalable les échanges avec les banques du syndicat pour les convaincre des avantages comparatifs de l'arbitrage dans le cas précis.

Or, « multiplier les échanges » pourrait précisément être la clé du rapprochement entre l'arbitrage et la banque. Certes, l'opacité qu'entretiennent aujourd'hui certaines institutions d'arbitrage, essentiellement corporatistes, quant à la teneur même de leur règlement d'arbitrage, ne favorise pas un tel rapprochement²⁸. Mais les institutions arbitrales les plus réputées, comme la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, la *London Court of International Arbitration*, ou l'*American Arbitration Association*, ont une attitude toute différente, privilégiant la transparence et allant jusqu'à proposer leur règlement sur leurs sites internet respectifs. Il ne demeure pas moins que même ces institutions plus ouvertes n'offrent pas une approche spécifique pour les différends liés aux activités de banque, n'impliquent pas les banquiers dans le processus de réflexion et de rédaction des règlements d'arbitrage et, de façon plus significative,

28 C'est le cas, par exemple, de Sugar Association of London, instituée en 1882, et du London Metal Exchange (LME), qui indique être le premier marché mondial de métaux non ferreux, avec un chiffre d'affaires évalué à quelques US\$ 2 000 milliards par an (<<http://www.lme.co.uk>>. La page consacrée à l'arbitrage se trouve à : <http://www.lme.co.uk/products_services/arbitration.html>. Ces deux institutions, parmi d'autres, restreignent l'accès à leur règlement d'arbitrage à leurs seuls adhérents qui,

les associent peu au règlement des différends. La conséquence logique en est l'absence d'attrait de tels systèmes d'arbitrage pour le monde de la banque.

Si les principales institutions arbitrales, relayées par les associations nationales et internationales d'arbitrage, décidaient de communiquer davantage avec les banques, elles devraient commencer par reconnaître que l'activité bancaire couvre aujourd'hui une large gamme de services différents. La banque de détail est une activité très différente de la banque d'investissement. De même, l'approche au crédit dans la banque commerciale diverge de celle dans les marchés de capitaux. Même le prêt n'est plus aujourd'hui une activité centrale dans les banques et il est désormais habituel de rencontrer des banques qui offrent leurs conseils spécialisés plutôt que leurs fonds. Toute approche au monde de la banque qui ne reconnaît pas ces spécificités, serait inéluctablement vouée à l'échec.

Une fois les attentes réciproques mieux comprises, une « multiplication des échanges » durable et efficace devrait en résulter, et c'est précisément ce dont le monde de l'arbitrage et celui de la banque ont besoin aujourd'hui. ■

pourtant, demandent souvent à leurs banques – qui ne sont pas adhérentes – d'accepter une clause d'arbitrage en faveur de ces institutions. La banque doit alors, non seulement acheter ses propres copies du règlement d'arbitrage, mais en acheter d'autres pour ses co-prêteurs ou des assureurs potentiels. Ce processus compliqué n'est pas de nature à faire évoluer la perception de l'arbitrage par les banques et aboutit souvent à ce que les banques optent plutôt en faveur des tribunaux judiciaires.