

Arbitrage en matière bancaire et financière

Analyse et Perspectives

par Bruno Hug et Dr Marcus C. Boeglin¹

On peut raisonnablement se demander pourquoi, hormis en matière de valeurs mobilières aux Etats-Unis, l'arbitrage est généralement considéré comme une exception dans le domaine bancaire, alors qu'il constitue un moyen courant de régler les différends dans les affaires commerciales et d'assurance. Dans le présent article, nous nous proposons d'étudier les domaines de la banque et de la finance modernes où l'arbitrage est déjà utilisé et de dresser une liste des avantages et inconvénients de l'arbitrage dans cet important segment commercial. Le recours à l'arbitrage pour la solution des litiges est actuellement plus ou moins courant selon la nature des activités bancaires et les parties en cause:

Relations entre banques

Dans le cas de fusions et acquisitions bancaires (M&A), la différence entre les banques et les sociétés sans statut bancaire est moindre. Bien que ce domaine soit de nos jours largement gouverné par le droit public national (lois sur les bourses, réglementations relatives aux rachats d'entreprises), des clauses d'arbitrage pour le règlement de différends issus de l'exécution et de l'interprétation de telles transactions sont stipulées dans certains accords de M&A. Par exemple, le contrat de fusion de 1998 entre UBS et SBS contient une telle clause d'arbitrage.

Des conventions d'arbitrage peuvent également se trouver dans les contrats de coopération et d'externalisation de services par les banques, p. ex. dans les domaines de l'immobilier et des technologies de l'information. Les principales motivations pour recourir à l'arbitrage dans ces cas sont la rapidité avec laquelle les litiges sont résolus et la confidentialité de la procédure.

Dans les relations interbancaires traditionnelles (services de paiement, transactions du marché monétaire, opérations de crédit documentaire, etc.), la documentation des

¹ Avocats, **Lalive & Associés, Genève**. B. Hug, lic. oec HSG et lic. jur., est un ancien membre de la direction générale du groupe Société de Banque Suisses (SBS). Il a été récemment nommé Président du Conseil d'administration de Ferrier Lullin & Cie. Dr M. Boeglin est un ancien directeur de SBC Warburg, New York.

conventions est soit rudimentaire, soit largement standardisée. Dans ce domaine commercial, les clauses d'arbitrage sont pratiquement inexistantes. Bien que les *règles et la pratique de la Chambre de commerce internationale*, sur lesquelles se basent généralement les opérations de crédit documentaire, prévoient des clauses d'arbitrage pour la résolution de litiges concernant l'interprétation de règles uniformes, l'utilisation de ces règles constitue plutôt une exception, toutefois particulièrement appropriées pour cette matière!

Relations entre les banques dans le cadre de leurs associations professionnelles

Dans bon nombre de pays, les banques sont organisées en associations professionnelles (associations de banquiers, associations de bourses, etc.). Ces associations obligent souvent leurs membres à se conformer à certains codes de conduite. La violation de ces codes entraîne parfois des sanctions sévères pour le membre concerné. Dans la plupart des cas, les commissions de ces associations professionnelles ou alors des tribunaux arbitraux statuent sur les violations de règles. Un exemple de ce type de codes de conduite en Suisse est la *Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 98)* entre l'Association suisse des banquiers et ses banques associées. Si la sanction prononcée par la Commission de surveillance n'est pas respectée dans le délai imparti, un tribunal arbitral est chargé, sur demande de l'Association suisse des banquiers, de rendre une sentence finale sur l'existence d'une violation des règles de diligence et sur une éventuelle peine conventionnelle. Le but de l'institution d'un tribunal arbitral dans ce contexte est à l'évidence le souci de la discrétion.

Emission d'emprunts obligataires

L'émission et le placement d'obligations sont un sujet complexe sur le plan juridique. Non seulement différents accords gouvernent-ils les relations entre l'émetteur, le souscripteur et le syndicat de placement, mais il existe également des normes impératives de droit public ou privé à respecter (p. ex. obligation d'établir un prospectus, lois sur les bourses et les investissements, etc.). De surcroît, les émissions sont très fréquemment combinées avec des transactions sur produits dérivés afin de minimiser les coûts et limiter les risques.

Il est vrai que les tribunaux arbitraux internationaux ont eu régulièrement affaire aux aspects juridiques des emprunts obligataires. Dans la plupart des cas, les questions soulevées portaient sur la conséquence de changements d'ordre territorial ou monétaire sur les emprunts publics étrangers. Malgré les expériences positives, les clauses d'arbitrage font toujours exception dans la pratique internationale des émissions obligataires.

Produits dérivés

La plupart des produits dérivés sont négociés sur des bourses spécialisées ou des marchés "over-the-counter" (OTC) bien rodés. Dans ce domaine, *les transactions OTC* sur mesure offrant une marge attrayante revêtent une importance particulière; elles peuvent être schématiquement subdivisées en futures, swaps et options. Ni dans la gestion de fortune, ni dans les transactions internationales des marchés financiers, une gestion professionnelle des risques peut s'imaginer sans produits dérivés.

En raison de leur risque complexe, qui est fonction de la volatilité des marchés, de leur globalisation et de l'interdépendance entre les acteurs du marché, le potentiel de perte lié à ces produits peut prendre des proportions considérables: nous pensons notamment aux risques de contrepartie, de règlement (settlement risk) et de liquidité. En conséquence, les participants au marché doivent se soumettre à une multitude de dispositions de droit public, de règlements de bourses et de contrats-cadre. Le développement rapide de ces marchés a rendu l'harmonisation des procédures opérationnelles et de contrôle du risque non seulement souhaitable, mais absolument nécessaire dans un but de sécurité des marchés et du droit. Sur les marchés OTC, les associations professionnelles et les grands acteurs du marché (c'est-à-dire principalement les grandes banques commerciales et les banques d'investissement) ont défini des accords-cadre standards (*Master Agreements*) pour les participants au marché afin de limiter les risques par l'établissement de règles de jeu claires. Parmi les plus importants, relevons les standards suivants:

- "*1992 Cross-Border Multi-Branch ISDA Master Agreement*"
- "*International Currency Options Market (ICOM) Agreement*"
- "*International Foreign Exchange Master Agreement (IFEMA)*"

- *"International Bullion Master Agreement"*
- *"PSA Global Master Repurchase Agreement"*
- *"PSA Master Securities Loan Agreement"*

Du fait de leur étroite relation avec les centres financiers de Londres et de New York, la plupart de ces accords cadre internationaux prévoient la *compétence des tribunaux ordinaires anglais ou américains* selon le droit applicable choisi. Toutefois, des accords-cadre ont également été créés pour certains marchés locaux: au Japon, par exemple, un *ISDA Single Branch Agreement* est utilisé avec les contreparties japonaises. Il stipule le droit nippon et la juridiction ordinaire des tribunaux de Tokyo. En Suisse, les grandes banques ont introduit en 1994 un accord-cadre pour les produits dérivés OTC à l'intention de leurs clients suisses. A l'origine, il avait été conçu pour les contreparties professionnelles (banques et compagnies d'assurance), mais, entre-temps, il est également utilisé pour les grands clients institutionnels et privés. Il est soumis au droit suisse et prévoit également la juridiction ordinaire des tribunaux.

En ce qui concerne les *produits dérivés cotés en bourse*, la situation est différente. Dans ce cas, la bourse concernée détermine généralement la procédure et la méthode de résolution du litige, *l'arbitrage* étant une pratique courante. On peut penser que cette pratique s'étendra à l'avenir de plus en plus également sur tous les produits financiers structurés, y compris les dérivés OTC.

Courtage de valeurs mobilières et gestion de fortune

Dans le cas de transactions portant sur des valeurs mobilières entre un investisseur et une banque ou un courtier, ainsi que dans le cas de litiges entre négociants de titres eux-mêmes, les clauses d'arbitrage apparaissent relativement souvent. C'est vrai notamment aux Etats-Unis et dans plusieurs Etats européens. Chaque système juridique utilise cependant des critères différents pour leur application. Aux Etats-Unis, où l'arbitrage en matière de valeurs mobilières est courant depuis 1989, la *Securities Industries Conference of Arbitration* a mis au point un *code uniforme d'arbitrage (Uniform Code of Arbitration)*. Les plaintes à l'encontre de sociétés de courtage concernent généralement des pratiques illicites telles que le *churning* (achat

et vente de valeurs mobilières dans le seul but de générer des commissions), des transactions non autorisées ou inadéquates et des représentations abusives.

Les clauses d'arbitrage se rencontrent également dans le cas de transactions transfrontalières. Si elles ont été stipulées, les procédures sont engagées au domicile de la banque ou du courtier, ou au lieu où les titres ont été vendus. Le choix d'un lieu d'arbitrage neutre est extrêmement rare à notre connaissance.

Dans la pratique bancaire helvétique de la gestion de fortune, ce sont les *Conditions générales (General Business Conditions)* des banques et les accords spéciaux (p. ex. mandat de gestion de fortune) qui gouvernent la relation juridique entre les banques et les investisseurs institutionnels ou privés. Dans tous les cas, le domicile de la banque est dûment spécifié en tant que for judiciaire ordinaire. A notre connaissance, la plupart des banques européennes actives à l'échelle internationale appliquent des règles similaires. Au cours de notre longue expérience professionnelle, nous n'avons jamais eu connaissance d'un cas de gestion de fortune où un tribunal arbitral aurait été chargé de trancher un litige juridique. Toutefois, l'arbitrage serait particulièrement approprié dans des cas où la confidentialité d'une procédure est souhaitable dans l'intérêt d'un client bancaire, ou encore pour protéger des informations concernant méthodes et savoir-faire, p. ex. d'un asset manager institutionnel (proprietary informations).

Prêts syndiqués internationaux et autres formes de financement, y compris les garanties bancaires

Les *crédits internationaux* sont généralement établis sous forme de prêts syndiqués. Par conséquent, des différends juridiques peuvent naître à deux niveaux: d'une part, dans la relation entre les membres du syndicat et, d'autre part, dans la relation entre le syndicat bancaire et l'emprunteur. Dans l'intérêt de la bonne exécution du contrat, les différends au sein du syndicat sont habituellement résolus par accord mutuel sous l'égide du chef de file. Si un litige est inévitable, ce sont généralement les tribunaux du siège du chef de file qui sont chargés de trancher. L'arbitrage en tant que méthode de résolution des litiges au sein d'un syndicat constitue une exception.

En ce qui concerne l'accord de crédit entre le syndicat bancaire et l'emprunteur, la situation se présente de façon plus nuancée: généralement les tribunaux ordinaires sont désignés pour le règlement des différends. Par contre, des considérations relatives à la politique commerciale et/ou à l'exécution de décisions judiciaires peuvent rendre nécessaire dans certains cas l'utilisation d'une convention d'arbitrage. Par conséquent, les clauses d'arbitrage sont plus adéquates lorsque:

- aucune des parties n'est disposée à accepter la juridiction des tribunaux, ni au siège du chef de file ou ni à celui de l'emprunteur;
- il n'y a pas de système constitutionnel et légal stable au siège de l'emprunteur;
- une sentence prononcée par le tribunal au siège du chef de file est difficile à exécuter au siège de l'emprunteur, ou
- l'emprunteur est propriétaire d'actifs importants dans des pays tiers.

Les observations relatives aux accords de prêts syndiqués peuvent également être appliquées aux *garanties bancaires ou lettres de crédit stand-by*, bien que les clauses d'arbitrage apparaissent encore rarement dans ce domaine d'affaires.

Dans le cas d'un *financement international du secteur public*, où l'une des nombreuses *institutions financières multilatérales* (Banque mondiale, Banque asiatique de développement, Banque interaméricaine de développement, Banque africaine de développement et Banque européenne pour la reconstruction et le développement) agit en qualité de prêteur, les conventions d'arbitrage sont la règle. Les conditions générales de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement adoptent le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (UNCITRAL Arbitration Rules) et désignent la Cour internationale de justice comme autorité nominative. Les conditions générales de la Banque mondiale applicables aux accords de prêt et de garantie prévoient une procédure d'arbitrage ad hoc. De plus, des clauses d'arbitrage apparaissent relativement souvent dans le cadre du *financement de projets internationaux*, du cofinancement des banques et des institutions publiques ainsi que dans les accords de financement relatifs à des projets d'investissement étrangers soutenus par un gouvernement.

Alternative Forms of Dispute Resolution (ADR)

Ce terme désigne toutes les méthodes de procédures extrajudiciaires pour solutionner un différend. A part l'arbitrage, d'autres formes de ADR sont en constante progression. En matière bancaire et financière, des difficultés considérables et souvent inacceptables se présentent lorsque le système judiciaire public est utilisé pour résoudre des différends. Les conséquences financières et les coûts associés à la perte d'une relation d'affaires peuvent s'avérer supérieurs au montant faisant l'objet du litige.

Une conséquence de cet état de fait a été l'expérimentation de l'ADR dans les affaires financières, notamment dans les systèmes anglo-américains. Comme résultat, le concept d'*ombudsman* a été largement adopté. Il s'agit d'une sorte d'officier public parfois investi par une convention privée auquel des plaintes peuvent être adressées pour examen et médiation. Si son utilisation se limitait à l'origine normalement aux plaintes des consommateurs à l'encontre des banques, il s'est à présent étendu dans plusieurs pays aux clients commerciaux.

L'exemple le plus intéressant d'application de l'ADR à des cas importants, complexes et délicats, a peut-être été le *City Disputes Panel (CDP)*. Fondé en 1994 à Londres, il cherche à résoudre les litiges dans l'industrie des services financiers de gros. Les formes de solution de litiges utilisées sont les suivantes: conciliation, médiation, évaluation, désignation d'experts et arbitrage. Les *panels* sont généralement composés d'un avocat expérimenté et de deux «praticiens du marché financier» en reconnaissance du besoin d'expertise technique. Selon l'urgence de l'affaire, il existe une «procédure ordinaire», une «procédure accélérée» et une «procédure avec un bref préavis». Le CDP a pour but la résolution rapide et experte des litiges.

City Disputes Panel

Depuis sa création en 1994, le CDP a traité des cas de litige portant sur une valeur globale supérieure à USD 4 milliards. Ces cas concernaient un vaste éventail d'activités financières, notamment banque, marchés des capitaux, investissements, sociétés financières et produits dérivés.

Objections des banques à l'encontre de l'arbitrage: une réponse

Hormis l'arbitrage en matière de valeurs mobilières aux Etats-Unis, de certains financements internationaux du secteur public et de l'importance croissante du City Disputes Panel à Londres, l'arbitrage en matière financière et bancaire reste encore une exception. Par contre, il arrive de plus en plus fréquemment qu'un accord portant sur une procédure de conciliation/médiation ou d'arbitrage soit conclu ultérieurement, lors de l'émergence d'un litige né d'une relation contractuelle qui prévoyait initialement le recours aux tribunaux ordinaires.

Nous pensons que les arguments suivants peuvent expliquer la réticence de certaines banques à faire usage de l'arbitrage:

1. La crainte de sentences arbitrales imprévisibles et de décisions prétendument *ex aequo et bono* trop éloignées du droit formel,
2. La volonté d'avoir des «décisions juridiquement correctes» et une sécurité juridique maximum pour les transactions complexes, ainsi que l'intérêt des banques pour une harmonisation rapide de la jurisprudence des tribunaux ordinaires dans le domaine des activités du marché des capitaux et des transactions sur produits dérivés,
3. La crainte que les mesures conservatoires et les mesures provisionnelles soient exclues de la procédure d'arbitrage.

Certaines banques semblent par ailleurs critiquer l'arbitrage parce que:

4. Les conventions d'arbitrage prévoient toujours un seul for, alors que les accords standard peuvent prévoir des fors judiciaires non exclusifs.
5. Les possibilités de faire appel dans le cadre d'une procédure d'arbitrage sont très limitées.
6. Dans une procédure d'arbitrage, seules les parties qui ont accepté l'arbitrage peuvent être incluses.
7. Une procédure d'arbitrage peut se prolonger et être parfois plus onéreuse qu'une procédure judiciaire.

De notre point de vue, ces arguments ne résistent pas à un examen approfondi:

Ad 1: La meilleure manière de parer à l'imprévisibilité supposée des sentences arbitrales est de choisir des arbitres qualifiés et professionnels, une possibilité qui ne se présente pas dans le cadre d'une procédure judiciaire ordinaire. Il est en outre notoire que le recours à une procédure judiciaire ne permet pas d'empêcher un jugement imprévisible. Dans le système juridique continental comme dans celui anglo-américain, les tribunaux arbitraux doivent prendre leurs décisions matérielles sur la base des contrats soumis et selon le droit applicable choisi par les parties, et non pas sur la base de «considérations équitables». Si les parties n'ont pas déterminé le droit applicable au fond et à la procédure, c'est le tribunal arbitral qui déterminera le droit applicable et la procédure selon les systèmes légaux modernes. Si un tribunal arbitral entend statuer *exclusivement ex aequo et bono*, ou sur la base des principes de la *lex mercatoria*, il doit recevoir l'autorisation préalable de toutes les parties au litige.

Ad 2: En ce qui concerne les transactions sur produits dérivés OTC, presque tous les contrats-cadre prévoient la compétence des tribunaux ordinaires. La principale motivation de cette politique de choisir les procédures ordinaires semble être le désir de créer rapidement une jurisprudence transparente et cohérente, donc le souhait d'une sécurité optimale au niveau du fonctionnement des marchés et de l'application de la loi. Ces arguments ne sont cependant pas convaincants. Contrairement à la procédure judiciaire, la procédure d'arbitrage offre, grâce à la possibilité de sélectionner des arbitres appropriés, l'opportunité d'introduire l'expérience, l'impartialité et un maximum d'expertise professionnelle dans le processus de prise de décision. Il est par ailleurs connu que certaines banques préfèrent résoudre les litiges portant sur des transactions complexes en dehors des tribunaux ordinaires chaque fois que cela est possible, par crainte de retombées négatives de décisions judiciaires sur leurs activités futures. La confiance dans l'efficacité des tribunaux étatiques n'est donc de toute évidence pas illimitée.

Ad 3: Les lois d'arbitrage modernes investissent généralement les tribunaux arbitraux du pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires et des mesures provisionnelles. La législation suisse a matérialisé cette compétence à l'art. 183 de la Loi fédérale sur le

droit international privé, qui est également en harmonie avec les principales lois d'arbitrage internationales qui investissent les tribunaux arbitraux de cette compétence. Enfin, l'existence d'une convention d'arbitrage n'exclut pas la possibilité de faire appel aux tribunaux étatiques pour obtenir des mesures provisionnelles de protection.

Ad 4: Lorsqu'elles adoptent l'arbitrage, les parties peuvent choisir, outre le droit applicable sur le fond du litige, également le droit applicable à la procédure d'arbitrage. Les parties sont libres de choisir un environnement juridique et géographiquement favorable à l'arbitrage et disposant d'une *lex arbitri* équilibrée, garantissant transparence, équité, confidentialité et, par rapport à la complexité de la cause, une conclusion rapide de la procédure. Les principaux garants de tels résultats sont avant tout les arbitres choisis par les parties.

Ad 5: Les procédures judiciaires qui se prolongent dans le temps peuvent limiter la liberté d'action des parties. Par conséquent, une prompt clarification de la situation juridique leur est importante. Des règles de procédure flexibles et un tribunal arbitral composé de professionnels sont autant d'éléments qui tendent à atteindre cet objectif. Dans ce contexte, il est indispensable de restreindre les possibilités d'appel, qui, comme on le sait, peuvent prolonger les procédures étatiques pendant des années. Cette restriction d'actions dilatoires est un avantage majeur aux yeux de nombreuses branches économiques et est considérée comme un atout considérable de l'arbitrage. Il n'y a aucune raison que cette considération ne soit pas applicable au secteur bancaire.

Ad 6: Pour des raisons de liquidité de leur bilan et de répartition du risque, les banques cèdent très souvent des engagements (découlant principalement de prêts, émissions de titres et transactions sur produits dérivés) à des tiers. S'il est souhaité que d'éventuelles disputes nées de ces transactions soient jugées par des tribunaux arbitraux, le contrat de cession d'engagement peut introduire une clause d'arbitrage. De plus, il est généralement reconnu qu'en cas de cession de créances, la cession englobe également la convention d'arbitrage d'origine. La juridiction des tribunaux ordinaires, notamment pour des transactions internationales, ne procure aucun avantage à cet égard.

Ad 7: Les procédures d'arbitrage internationales ne sont pas plus longues que celles des tribunaux ordinaires. Dans la plupart des cas, l'inverse est vrai. En ce qui concerne leurs coûts respectifs, s'il est vrai que la rémunération des arbitres est souvent plus élevée que les coûts ordinaires des procédures des tribunaux étatiques, les restrictions concernant les procédures d'appel dans les procédures arbitrales rendent le coût final tout-à-fait compétitif par rapport à celui des tribunaux étatiques. De surcroît, il faut garder à l'esprit que ce sont souvent les honoraires des avocats qui représentent la principale dépense d'une procédure judiciaire, et non ceux des juges ou arbitres.

Conclusion

L'arbitrage a longtemps été utilisé avant tout pour résoudre des litiges commerciaux et d'assurance. Pour leur part, les banques ont, par le passé, traditionnellement préféré les juges ordinaires aux arbitres. Toutefois, il nous semble que la communauté bancaire et financière reconnaît de plus en plus les avantages de l'arbitrage. Dans *certaines domaines de la banque et de la finance internationales, l'arbitrage est déjà largement utilisé, notamment:*

- dans *certaines relations contractuelles interbancaires et entre banques et tiers* (p. ex. dans le cas de contrats de fusion, acquisition et externalisation),
- dans des *domaines qui sont largement gouvernés par l'autorégulation* (p. ex. dans le cas de règlements boursiers et de codes de conduite d'associations professionnelles),
- dans des *litiges portant sur des valeurs mobilières impliquant des courtiers aux Etats-Unis,*
- dans le cadre de *financements internationaux du secteur public par des institutions financières multilatérales,* et
- dans des *financements de projets et des cofinancements,* ainsi que des accords concernant des projets d'investissement étrangers soutenus par des gouvernements.

A part ces segments d'affaires, lorsque les conditions le permettent, l'arbitrage peut s'avérer tout à fait approprié pour la finance internationale, l'émission de titres et pour les transactions sur produits dérivés. L'interaction de tous les éléments d'une transaction financière donnée détermine cependant, quand et comment l'arbitrage peut s'avérer plus approprié et avantageux que la procédure ordinaire. C'est souvent le cas. En dépit de cette constatation, il serait prématuré de conclure qu'une tendance généralisée favorable à l'arbitrage en matière bancaire se fasse sentir. Les règles d'arbitrage internationales ayant été modernisées récemment dans de nombreux pays, il est cependant tout à fait concevable que l'arbitrage et les autres formes d'*Alternative Dispute Resolution* prennent un grand essor à l'avenir dans le domaine de la banque et de la finance internationale. Si cela devait se confirmer, les institutions d'arbitrage et les principaux praticiens de l'arbitrage devront entreprendre un sérieux effort d'information et de dialogue avec de la communauté bancaire et financière.

Observations générales sur l'arbitrage

- L'arbitrage n'est pas utilisable partout.
- Il n'y a pas de clause d'arbitrage générale qui s'adopte à chaque cas.
- L'arbitrage est une forme de résolution des litiges qui est faite sur mesure.
- Par conséquent, chaque détail, comme le siège de l'arbitrage, la langue de la procédure ou encore la nomination des arbitres, devrait être soigneusement examiné par les parties et faire l'objet de leur accord.
- L'arbitrage est une forme très efficace et rapide de résolution des litiges, s'il est mené par de bons spécialistes.
- La possibilité de choisir des arbitres familiers du domaine d'activité économique à juger et la confidentialité de la procédure sont d'autres grands avantages de l'arbitrage.