

COMITE FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

Groupe de travail sur l'arbitrage en matière bancaire et financière

COMPTE-RENDU DE REUNION N°1

Date : 11 mai 2011

Lieu : BNP PARIBAS, 3 rue d'Antin, 75002 Paris

Etaient présents :

- Georges Affaki, BNP Paribas (président)
- Caroline Kleiner, Université Paris I Panthéon-Sorbonne (directeur scientifique)
- Hubert de Vauplane, Crédit Agricole
- Robert Guillaumond, Cabinet Adamas
- Thierry Samin, Société Générale
- Stéphanie Lévi, BNP Paribas (secrétaire)
- Philippe Leboulanger, Président du CFA (observateur)

Etaient excusés :

- William W. Park, Boston University School of Law, et
- Bernard Hanotiau, Hanotiau & van den Berg

Dans son discours introductif, M. Georges Affaki a commencé par rappeler que la crise financière de 2008 a engendré un nombre important de litiges avec un accroissement des montants en jeu. Cette crise a également fait apparaître de nouveaux types de litiges, auxquels les banques étaient peu préparées, dans lesquels on a pu voir des banques mettant en cause la responsabilité civile d'autres banques, des régulateurs engageant la responsabilité disciplinaire voire, avec l'aide du parquet, la responsabilité pénale des banques et des banques confrontées à l'opinion publique a priori hostile dans des jurys populaires. Il a aussi remarqué

que le monde de la banque reproche généralement à l'arbitrage son opacité et le fait d'être écarté du processus décisionnel. Mais avec la crise, la banque semble être plus réceptive aux perspectives offertes par l'arbitrage. Bien que plusieurs groupes de réflexion se soient penchés sur la relation banque et arbitrage, chaque groupe a jusqu'à présent mené sa réflexion de manière isolée et sectorielle : les arbitres parlant aux arbitres et les banquiers aux banquiers, sans communication entre les deux. Il serait important aujourd'hui de dépasser ce type de clivage et d'entamer un vrai dialogue entre monde de l'arbitrage et monde de la banque.

Il a par la suite donné la parole à M. Philippe Leboulanger qui a dressé un portrait rapide du Comité Français de l'Arbitrage et explicité les raisons pour lesquelles il a pris l'initiative de demander la création de ce groupe de travail. M. Leboulanger a ainsi rappelé que le CFA est une association à but non lucratif créée en 1953, constituée en tant que société savante et sans ambition marchande, dont l'objet est d'étudier le droit et la pratique de l'arbitrage et de développer la culture arbitrale en France et à l'étranger. Le CFA regroupe toutes sociétés judiciaires et juridiques : avocats, magistrats, universitaires, juristes d'entreprises. Il a été notamment le promoteur de la convention de New-York de 1958, des décrets de 1980-1981 et du décret du 13 janvier 2011 qui vient d'entrer en vigueur. M. Leboulanger a enfin tenu à préciser que l'intention du CFA en demandant la constitution de ce groupe n'était pas de rapprocher le monde de l'arbitrage de celui de la banque si ce n'est sur le plan intellectuel. A sa connaissance, aucune initiative concrète sur le rapport arbitrage et droit bancaire n'avait été menée jusqu'à présent. Il lui semblait donc intéressant de combler cette lacune alors même que paysage a considérablement changé, en recherchant notamment ce qui oppose droit de l'arbitrage et droit bancaire, praticiens de la banque et praticiens de l'arbitrage.

D) Sur les objectifs du Groupe :

1. Les membres du Groupe ont confirmé que les travaux auront un caractère purement scientifique et qu'il n'entre pas dans leur intention de promouvoir une institution d'arbitrage particulière. Afin de lever toute ambiguïté vis-à-vis des tiers, qui pourraient faire un amalgame entre ce groupe, localisé à Paris, et la volonté affichée du gouvernement de promouvoir la place de Paris comme place d'arbitrage (rapport Prada), il a été décidé d'acter cette indépendance dans l'acte de mission du Groupe.
2. M. Robert Guillaumond a souligné qu'il existe un bon usage de l'arbitrage et, citant à titre d'exemple l'affaire Tapie, un usage dévoyé qu'on ne saurait promouvoir. L'idée serait alors de populariser le concept et de définir le bon usage de l'arbitrage. Le thème lui semble d'actualité en considération de la crise financière. Il estime par ailleurs que le nombre de litiges d'une grande complexité, pour lesquels les voies judiciaires ordinaires ne sont pas adaptées aux attentes des intervenants, vont aller en se multipliant.
3. M. Thierry Samin, M. de Vauplane et Mme Kleiner ont à leur tour pris la parole pour confirmer leur soutien à la création du Groupe et leur engagement à contribuer à son enquête et réflexion.
4. Les membres du Groupe ont convenus de dresser dans un premier temps un état des lieux du recours à l'arbitrage en matière bancaire et financière et de déterminer dans un deuxième temps, en fonction des éléments qui en émergeront, le sens dans lequel leurs travaux pourraient s'orienter.

II) Sur le champ des travaux du Groupe :

D'une manière générale, les membres du Groupe ont opéré un certain nombre de distinctions entre les différents types de litiges qu'une banque pouvait être amenée à connaître.

1. M. Guillaumond a distingué notamment entre arbitrage professionnel, avec l'exemple du Diriban, et l'arbitrage « de qualité », dont relèverait l'accord conclu entre la CCI et l'ISDA, type d'arbitrage statistiquement le plus important.
2. S'agissant des relations de la banque avec ses clients, M. Samin a souligné que les opérations bancaires et financières ne peuvent être considérées de manière uniforme : il convient de dissocier opérations bancaires traditionnelles (emprunts classiques) et financements structurés, plus complexes. Les autres membres du Groupe se sont ralliés à cette approche.

Plusieurs membres du Groupe ont ainsi fait valoir que, pour les opérations de crédit simples, l'arbitrage semble présenter peu d'intérêt pour les banques, pour lesquelles le recours aux tribunaux judiciaires (par exemple le tribunal de commerce de Paris) suffit. En effet, ces crédits sont basés sur un principe simple : ce qui est prêté doit être remboursé, intégralement et au terme convenu, et il paraît peu concevable que les banquiers puissent accepter de ne pas voir l'intégralité des sommes prêtées remboursées.

S'agissant des opérations plus complexes, ont notamment été évoqués les exemples des produits dérivés, des financements exports, financements de projets, pour lesquels l'arbitrage est d'ores et déjà utilisé. Pour ce type d'opérations, le choix de l'arbitrage se trouve justifié par le manque d'expertise des juges des tribunaux judiciaires. Notamment, M. de Vauplane a rappelé une jurisprudence récente de la Cour de Cassation en matière de swap de taux qu'il juge illogique et souligne que pour une opération même très simple en matière de produits dérivés, les banques peuvent être confrontées à une décision qui ignore les fondements de la pratique. Par ailleurs, bien que les tribunaux londoniens ou new-yorkais, choisis dans la majorité des contrats ISDA, aient plus d'expertise que les tribunaux de commerce français, M. de Vauplane a rappelé que l'on n'est jamais à l'abri d'une contradiction de décisions. Concernant les crédits à l'export, domaine bancaire classique où l'arbitrage est effectivement utilisé, M. Guillaumond l'explique par le fait qu'il s'agit de contrats particuliers dans lesquels les grands assureurs crédit, qui souhaitent éviter que les litiges puissent durer trop longtemps, détiennent un pouvoir spécifique qui leur permet de définir le mode de règlement des litiges adapté au crédit. Sur l'exemple des financements de projets, la forte complexité, le volet économique constitué par le projet lui-même de ce type de financements ainsi que le caractère souverain, ont été mis en avant pour expliquer le fait que les banques acceptent de recourir à l'arbitrage.

3. M. Samin a évoqué par ailleurs la distinction à opérer entre les litiges que peut connaître la banque en tant qu'institution de ceux avec ses clients. Il a ainsi évoqué le problème des *class actions* prises au sens large et la décision que ce problème a suscité dans nombre de sociétés du CAC40 et à la Société Générale en particulier d'insérer une clause attributive de juridiction dans les statuts de la société pour tout litige né entre la société et ses actionnaires. L'utilité comme l'opportunité d'insérer une clause d'arbitrage a été jugée par le Groupe comme étant intéressante et méritant d'être couverte dans le questionnaire à adresser aux experts qui seront auditionnés par le Groupe. S'en est suivie une discussion sur la possibilité pour un actionnaire-investisseur de se prévaloir d'une telle clause pour entamer une procédure d'arbitrage au titre de la Convention de Washington. M. Leboulanger a évoqué un précédent concernant un Etat asiatique auquel était reproché une modification de la législation sur les banques ayant entraîné une expropriation.

4. Enfin, M. Affaki a interrogé les autres membres du Groupe sur l'intérêt éventuel d'un recours à l'arbitrage dans les rapports entre autorités de régulation et établissements bancaires et financiers. Il a ainsi rappelé qu'il y avait de plus en plus de litiges opposant le régulateur, dans sa fonction prudentielle voire le cas échéant agissant en sa capacité de fond souverain (i.e. l'exemple de la Banque Centrale de Norvège lorsqu'elle a attaqué Citigroup devant les tribunaux fédéraux américains), aux établissements bancaires et financiers. L'intérêt serait double : les sentences s'imposent *de facto* et ce mode de procédure permet d'échapper à l'examen de certains juges comme ce fut le cas pour l'homologation des transactions entre la SEC et Citigroup et Bank of America.

La majorité des membres ont considéré toutefois qu'au regard du droit français, il semble peu probable que l'ACP, dont les pouvoirs sont déterminés par la loi, accepte de décider de recourir à l'arbitrage plutôt qu'à une procédure disciplinaire classique. M. Samin a souligné que la tendance actuelle va plutôt vers une plus grande publicité des débats et une publication de la décision dans une volonté de renforcer le caractère dissuasif de la sanction. L'arbitrage d'investissement (CIRDI/CNUDCI) pousse également vers la transparence. Le groupe de travail de la CNUDCI est en train de travailler sur une modification du règlement CNUDCI en ce sens. Les débats portent à l'heure actuelle sur le point de savoir jusqu'où permettre à la société civile (ONG, groupements de petits porteurs, etc.) d'intervenir dans les litiges arbitraux et de mettre en cause les autorités publiques, et la nature des documents qui pourraient leur être communiqués. M. Guillaumont souligne que lorsqu'il y a un intérêt public, il est important de « déconfidentialiser ». Par ailleurs, les régulateurs tiennent à leurs prérogatives, qu'ils ont tendance à vouloir étendre, et sont attributaires d'une autorité d'Etat.

M. de Vauplane rappelle que l'AMF dispose du pouvoir de transaction, qui passe par l'homologation par un juge et ne connaît pas de procédure d'appel. Ce pouvoir n'existe pas pour l'ACP. La question de l'arbitrage ne semble donc pas pouvoir se poser pour l'AMF. Il en va différemment de l'ACP pour laquelle l'arbitrage pourrait être envisagé comme une nouvelle piste. Il estime toutefois que l'environnement n'est pas favorable et que le modèle américain n'est pas adapté à la régulation en France et en Europe.

Malgré les réserves susmentionnées, les membres du Groupe ont considéré que la question de l'utilisation de l'arbitrage dans les rapports banque/régulateur mériterait d'être étudiée et ont décidé de convier un représentant d'une autorité de régulation (ACP) pour être auditionné.

5. Après discussion, les membres du Groupe ont décidé d'étendre le champ de leur réflexion :
 - à tous types d'arbitrage : ad hoc et institutionnel, interne et international ;
 - à tous types de litiges auxquels un établissement de crédit pourrait être partie : dans le cadre de ses activités dans ses rapports avec sa clientèle ou toute autre contrepartie et notamment d'autres établissements de crédit mais aussi en tant qu'institution dans ses rapports avec ses associés ou ses organes de régulation ;
 - à l'ensemble des activités bancaires et financières à l'exclusion toutefois de l'activité de banque de détail qu'il a été jugé préférable d'écarter pour des raisons de délais considérant le particularisme des dispositions qui régissent les relations avec les consommateurs/non professionnels et le manque d'opportunité apparent pour les

banques de recourir à ce mode de règlement des litiges dans les rapports avec ce type de clientèle.

III) Sur les facteurs favorables ou défavorables à l'arbitrage

Au travers des discussions, il a été fait mention de plusieurs éléments pouvant favoriser ou au contraire freiner le recours par les banques à l'arbitrage:

1. M. de Vauplane a souligné le rôle important de l'assignation comme moyen d'inciter un client à payer rapidement (par exemple lorsque le client cherche à se prévaloir d'un manquement par la banque à son devoir de mise en garde) ou, dans les relations entre banques, d'arriver à une transaction en raison notamment du caractère public du contentieux judiciaire, renforcée par la crainte de susciter la curiosité éventuelle du régulateur lorsque la contrepartie est un établissement financier. Cette arme disparaît de l'arsenal contentieux lorsque l'on choisit de soumettre les litiges à l'arbitrage.
2. M. Guillaumond a mis en avant la particularité des produits dérivés, pour lesquels la multiplicité des produits est récente et il y avait peu ou pas de jurisprudence et de règles de droit. En peu de temps, il y a eu des centaines d'opérateurs impliqués, venus de partout dans le monde, avec des montants en jeu énormes. Il y a alors eu un enjeu de marché pour les arbitres comme pour les institutions. M. Hubert de Vauplane a indiqué qu'en matière de produits dérivés, l'intérêt de recourir à l'arbitrage était d'ores et déjà confirmé, le consensus existe et l'ISDA pousse en ce sens. La question qui se pose pour ce type de produits est désormais de savoir les critères pour choisir le mode/centre d'arbitrage qui sera le plus adapté.
3. Les membres ont également soulevé l'exemple du litige opposant la ville de Saint-Etienne à des établissements bancaires. Le problème concernerait non le remboursement de l'emprunt mais le coût. Ce type de litiges gagnerait à être soumis à l'arbitrage.

IV) Sur l'organisation des travaux

1. Mme Caroline Kleiner a mis en avant que l'on pouvait envisager la question de plusieurs manières. On peut partir de la banque et des différentes catégories de litiges ou partir des thèmes généraux de l'arbitrage. Par exemple, on pourrait se pencher sur la question de la preuve dans le cadre des litiges dans le domaine bancaire (faut-il l'aménager ? est-il nécessaire de prendre des précautions particulières en matière de préservation de la preuve?).
2. Les membres du Groupe ont convenu d'auditionner des témoins/experts auxquels on enverrait par avance un questionnaire.

Sur la liste des experts/témoins à auditionner, le Groupe a décidé de diviser les auditions en deux temps : d'abord les personnes proches de la pratique : banquiers et ceux qui les représentent, les arbitres et ceux qui les représentent, et dans un deuxième temps les personnes pouvant apporter une expertise sur un point plus spécifique (institutions arbitrales, régulateur, etc.).

Le premier groupe d'experts que l'on pourrait essayer d'auditionner est le suivant :

- Audley Sheppard, associé Clifford Chance, responsable département arbitrage (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi) ;

- Lee Buchheit, associé Cleary Gottlieb, expert en prêts souverains (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi) ;
- Carlos Gardeazabal-Ortiz, directeur juridique de BNP Paribas – Espagne et Président du tribunal arbitral de l'Association bancaire espagnole (AEB) (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi) ;
- un cadre de la COFACE, service juridique ou de documentation en charge de la procédure de choix de l'arbitrage dans les crédits exports (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi) ;
- Emmanuel Gaillard, professeur à l'Université Paris XII et associé Shearman & Sterling (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi) ;
- Richard Bennet, directeur juridique du groupe HSBC (qui sera contacté à cette fin par M. Samin) ;
- un juriste de chez Natixis (qui sera contacté à cette fin par Mme Lévi) ; et
- un juriste de chez Barclays (qui sera contacté à cette fin par M. Samin).

A titre provisoire et sous réserve de modifications pouvant être apportées notamment à la lumière des informations recueillies au cours des premières auditions, le deuxième groupe est le suivant :

- Emmanuel Jolivet, conseiller général de la cour internationale d'arbitrage de la CCI et auteur d'une étude sur la jurisprudence arbitrale de la CCI en matière bancaire publiée à la Gazette du Palais (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi) ;
- Klaus Peter Berger, professeur à l'Université de Cologne, responsable du département de droit bancaire et financier et initiateur d'un forum de dialogue banque-arbitrage (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi) ;
- Adrian Stanley (Register de la LCIA), qui gère le contentieux à Londres (qui sera contacté à cette fin par M. Leboulanger) ;
- Jeff Golden, professeur à la Law School of Economics, initiateur du projet World Legal Forum (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi) ;
- Peter Werner, Secrétaire Général ISDA (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi) ;
- Edouard Fernandez- Bollo, Secrétaire Général adjoint de l'ACP (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi) ; et
- M. Schneider de l'ASA (qui sera contacté à cette fin par M. Affaki ou Mme Lévi).

Il a par ailleurs été décidé que :

- M. Affaki demanderait à M. Brooks Daley, Secrétaire Général adjoint de la Cour permanente d'arbitrage à La Haye s'il estime pertinent d'être auditionné ; et
- M. de Vauplane demanderait à André Prum s'il connaît un banquier luxembourgeois qu'il serait opportun d'auditionner.

3. L'ensemble des membres assisteront, sous réserve de leur disponibilité, aux différentes auditions, étant entendu qu'aucun nombre minimum de participants ne sera exigé pour la tenue d'une réunion ou d'une audition. Il a été convenu que les réunions se tiendraient en principe dans les locaux de BNP Paribas.

4. Les membres sont favorables à la mise en ligne des travaux du Groupe au fur et à mesure de leur avancée. Toutefois, M. Philippe Leboulanger a indiqué que le site du CFA ne peut être utilisé car il est en restructuration. Le CFA dispose d'une liste (privée), arbitrage ADR, et une liste de diffusion CFA, néanmoins, M. Leboulanger serait plus favorable pour créer un portail séparé. Il autorise le Groupe à utiliser les termes « CFA ». Il pense en outre possible que le CFA apporte son aide pour faire traduire le rapport du Groupe à la fin des travaux.
5. M. Affaki a proposé à Mme Kleiner, qui l'a accepté, d'être directeur scientifique du Groupe.
6. Sur le calendrier, les membres ont estimé juin 2012 comme une date raisonnable pour rendre leurs conclusions.