



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

***RAPPORT ARBITRAGE
EN MATIÈRE BANCAIRE ET
FINANCIÈRE***

*du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris*

Le 31 janvier 2020



RAPPORT

« ARBITRAGE EN MATIÈRE BANCAIRE ET FINANCIÈRE »

INTRODUCTION

Le retrait prochain du Royaume-Uni de l'Union européenne a amené les acteurs bancaires et financiers à s'interroger sur ses conséquences concernant les mécanismes européens et internationaux de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice rendues au Royaume-Uni ou dans un pays de l'Union.

Ces conséquences ont été examinées dans le cadre d'un rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP) en date du 30 janvier 2017 sur les implications du Brexit dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale¹. Ce rapport conclut notamment à la perte du bénéfice du mécanisme de reconnaissance et d'exécution automatique (sans exequatur) des décisions de justice prévu par le Règlement Bruxelles I bis².

Le HCJP a ensuite formulé des préconisations sur la mise en place à Paris de chambres spécialisées pour le traitement du contentieux international des affaires³ pour compléter le dispositif mis en place en 1995 de la création d'une chambre internationale par le tribunal de commerce de Paris. Ces recommandations ont été entendues et ces chambres ont été développées au sein du Tribunal de commerce de Paris et créées au sein de la Cour d'appel de Paris. Le barreau, le tribunal de commerce et la Cour d'appel de Paris ont conclu des protocoles⁴ visant à adapter les règles procédurales applicables devant ces chambres. Ces protocoles permettent notamment aux parties de s'exprimer et de produire des pièces en anglais ainsi que de recourir à des modes d'administration de la preuve inspirés des procédures de *common law*, telle l'interrogation, par une partie, des témoins et experts adverses.

Dans le prolongement de ces travaux, une réflexion méritait d'être approfondie sur l'efficacité et l'adéquation des procédures arbitrales dans le cadre des litiges relevant des matières complexes que sont le droit bancaire et le droit financier.

¹ https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_05_f.pdf.

² Règlement (UE) n ° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOUE L 351/1, 20 décembre 2012.

³ https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_07_f.pdf.

⁴ Protocole relatif à la procédure devant la chambre internationale du tribunal de commerce de Paris conclu entre le Tribunal de commerce de Paris et le barreau de Paris le 7 février 2018. Protocole relatif à la procédure devant la chambre internationale de la Cour d'appel de Paris conclu entre la Cour d'appel de Paris et le barreau de Paris le 7 février 2018.



L'arbitrage présente notamment l'avantage d'offrir une procédure confidentielle, rapide et flexible (via notamment le choix du ou des arbitres par les parties, la fixation consensuelle d'un calendrier procédural adapté à chaque phase du cas, et la possibilité d'adapter les règles de preuve aux besoins du cas particulier). Les sentences bénéficient du mécanisme de la Convention de New York de 1958 de la reconnaissance et de l'exécution internationale des sentences dans 160 pays.

Les grands acteurs bancaires et financiers et leurs filiales sont familiers de l'arbitrage et y ont recours pour régler certains de leurs différends, mais ils l'utilisent de manière inégale, irrégulière, pour certains types de litiges, dans certains domaines et régions. Ils ont en effet recours à l'arbitrage pour régler directement des litiges relatifs aux matières bancaire et financière impliquant des contreparties de marchés émergents, des contreparties souveraines, des opérations sophistiquées comme les dérivés, ou encore celles nécessitant une procédure privée telle la gestion d'actifs et les investissements. Plus indirectement, ils peuvent avoir recours à l'arbitrage lorsque l'opération principale (d'export par exemple) comprend un mécanisme d'arbitrage et qu'il peut être souhaitable que le financement lié à cette opération fasse également l'objet d'une procédure d'arbitrage par cohérence, y compris dans le cadre des mécanismes de substitutions par les prêteurs dans les droits de l'emprunteur défaillant.

Ils l'utilisent peu, en revanche, dans les litiges domestiques⁵ en France et dans la plupart des pays de l'Union.

Le groupe de travail du HCJP s'est donc interrogé sur l'opportunité de proposer les caractéristiques que pourrait remplir une procédure d'arbitrage mieux adaptée aux litiges en matière bancaire et financière. Il a ouvert ses débats aux praticiens de la banque et de l'arbitrage, a examiné des règles institutionnelles et des sentences pertinentes, et a auditionné des experts dans les domaines pertinents.

Après avoir procédé à un rappel des caractéristiques de l'arbitrage, des différentes institutions présentes à Paris et des types de procédure (I), le groupe de travail a examiné les raisons du recours contrasté à cette procédure par les acteurs bancaire et financier (II). Prenant acte de ces différents constats, le groupe de travail a formulé des propositions quant aux caractéristiques d'une procédure d'arbitrage mieux adaptée aux matières bancaires et financières et qui pourrait ainsi, en complétant l'offre de mécanismes de résolution des litiges à Paris, contribuer à l'attractivité de cette place financière (III).

⁵ Le recours à l'arbitrage avec des consommateurs français est interdit par l'article 2061 du Code civil et des articles L. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation.



SOMMAIRE

Introduction	2
Sommaire	4
Résumé	6
I. Présentation générale des procédures d'arbitrage	8
1.1 - Les principales caractéristiques de l'arbitrage.....	8
1.1.1 - Confidentialité.....	8
1.1.2 - Souplesse procédurale.....	9
1.1.3 - Caractère international – application de la Convention de New York.....	9
1.1.4 - Possible rapidité.....	10
1.2 - Arbitrage <i>ad hoc</i> et arbitrage institutionnel	10
1.3 - Présentation des différents centres d'arbitrage de la Place de Paris.....	11
1.3.1 - L'ICC.....	11
1.3.2 - L'AFA.....	12
1.3.3 - Le CMAP.....	13
II. Le recours contrasté à l'arbitrage en matière bancaire et financière	14
2.1 - État des lieux et perspectives.....	14
2.1.1 - Les précédentes réflexions.....	14
2.1.2 - Apparition des conventions d'arbitrage dans les contrats-cadres de produits dérivés.....	16
2.1.3 - Les conséquences du Brexit.....	17
2.2 - Les facteurs pris en compte par les établissements lors de la décision de recourir à l'arbitrage.....	18



III. Propositions tendant à adapter les procédures d'arbitrage aux matières bancaires et financières	20
3.1 - Le choix d'une procédure d'arbitrage institutionnel.....	20
3.2 - Recommandations d'aménagements au dispositif existant.....	21
3.2.1 - Proposer une procédure accélérée.....	22
3.2.2 - Proposer une procédure à coûts maîtrisés.....	23
3.2.3 - Informer les utilisateurs sur les qualités des arbitres.....	23
3.2.4 - Publier les décisions.....	24
3.2.5 - Aménager les étapes de la procédure.....	24
3.2.6 - Élaborer des outils de communication.....	24
3.3 - Illustration : l'adaptation de la procédure accélérée de l'ICC.....	25
3.3.1 - Description de la procédure accélérée de l'ICC.....	25
3.3.2 - Les paramètres à prendre en compte dans la procédure accélérée de l'ICC.....	26
Composition du groupe de travail	32
Liste des annexes	34



RÉSUMÉ

À la suite de la décision du Royaume-Uni de sortir de l'Union européenne, des réflexions, nourries par les travaux du HCJP, ont eu lieu concernant les conséquences du retrait sur la reconnaissance et l'exécution des jugements anglais au sein de l'Union européenne. Cette réflexion a été également l'occasion de s'interroger plus largement sur l'adéquation des procédures de règlement des litiges aux matières bancaires et financières. Ces réflexions ont débouché sur le développement de la chambre internationale au sein du Tribunal de commerce de Paris et la création récente au sein de la Cour d'appel de Paris d'une chambre similaire, par le biais de protocoles de procédure. Ces protocoles prévoient notamment des procédures plus souples et plus adaptées aux matières bancaires et financières.

Le HCJP s'est interrogé sur l'opportunité de compléter cette « offre » judiciaire adaptée aux exigences des matières bancaire et financière par une « offre » en matière de mode de règlement alternatif des litiges, et plus précisément en matière d'arbitrage. Pour explorer cette possibilité, le HCJP a constitué un groupe de travail pour réfléchir à l'efficacité et l'adéquation des procédures arbitrales dans le cadre des litiges relevant des matières complexes que sont le droit bancaire et le droit financier. Le groupe de travail a interrogé plusieurs représentants des établissements bancaires et financiers, des sociétés de gestion, des institutions d'arbitrage présentes à Paris.

Après avoir rappelé les avantages de l'arbitrage et présenté certaines institutions d'arbitrage implantées sur la Place de Paris (AFA⁶, CMAP⁷ et ICC⁸) dans une partie préliminaire, le rapport s'intéresse au recours à l'arbitrage par les acteurs bancaires et financiers. Il ressort des publications sur la question que le recours à l'arbitrage est contrasté car les établissements bancaires et financiers y recourent de manière inégale et pour certains types d'opérations. Néanmoins, dans les contrats financiers tels que les produits dérivés, les associations de place comme l'*International Swaps and Derivatives Association* ont proposé aux établissements des modèles de clause que les contreparties peuvent insérer dans leur contrat pour soumettre tout litige qui surviendrait sur le contrat à l'arbitrage. En pratique, les critères déterminants pour que les établissements recourent à l'arbitrage sont la qualité du système judiciaire, la maîtrise des coûts et la confidentialité.

Le contexte du Brexit et la fin du bénéfice du mécanisme européen de reconnaissance et d'exécution automatique des décisions de justice au sein de l'Union conduisent les établissements à reconsidérer l'utilisation de l'arbitrage dans les matières spécifiques telles que le droit bancaire et financier. En effet, l'important volume de contrats conclus en droit anglais dans ces matières et contenant une clause attributive de compétence au bénéfice des juridictions anglaises, fait craindre que de nombreuses parties contractantes européennes soient négativement impactées par la fin de la reconnaissance et de l'exécution automatique des jugements au sein de l'Union.

⁶ Association Française d'Arbitrage.

⁷ Centre de Médiation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris.

⁸ Chambre de Commerce Internationale.



À la suite de ces constats et analyses, le groupe de travail a proposé les critères que pourrait remplir une procédure d'arbitrage institutionnelle adaptée aux matières bancaire et financière, qui prendrait plutôt la forme d'une procédure accélérée.

Il ressort des auditions menées par le groupe de travail auprès des établissements bancaires français de premier plan, que les coûts et les délais de la procédure doivent être nécessairement pris en compte. À cette fin, l'établissement par les institutions d'un barème et de mécanismes visant à accélérer les étapes de la procédure serait souhaitable.

Pour favoriser le recours à l'arbitrage, les établissements souhaiteraient disposer de davantage d'information de la part de l'institution arbitrale sur les qualités des arbitres et il serait souhaitable de proposer une liste d'arbitres compétents dans les matières bancaires et financières. Afin d'assurer la prévisibilité des solutions, la publication des sentences apparaît également souhaitable, ainsi que l'élaboration d'outils de communication pédagogiques sur la procédure.

Prenant acte de ces critères et à titre d'illustration, le groupe de travail a proposé leur adaptation dans le cadre de la procédure accélérée de l'ICC.



I- Présentation générale des procédures d'arbitrage

La mission de règlement des litiges étant d'intérêt public, il importe de mettre en place des mécanismes procéduraux adaptés aux besoins des justiciables.

C'est dans cette perspective qu'ont été créées, d'abord au Tribunal de commerce puis à la Cour d'appel de Paris, des chambres internationales compétentes pour certaines catégories de litiges comportant un élément d'extranéité (voir **Annexe 1**).

Le même souci de répondre aux attentes des justiciables explique aussi le développement des modes alternatifs de règlement des différends, comme par exemple la médiation (voir en **Annexe 2**).

Si cette dernière procédure permet de rapprocher le point de vue des parties, celles-ci peuvent néanmoins souhaiter disposer d'une procédure permettant de trancher leur litige sans passer par la justice étatique.

Elles peuvent alors décider de recourir à l'arbitrage.

1.1 - Les principales caractéristiques de l'arbitrage

Plusieurs caractéristiques ont conduit au succès de l'arbitrage parmi lesquelles : sa confidentialité, sa souplesse procédurale, son adaptabilité au contexte international et sa rapidité (cette dernière tendant cependant à disparaître).

1.1.1 - Confidentialité

La confidentialité qui peut s'appliquer à l'existence même de la procédure, aux documents produits lors de l'instance arbitrale, à l'audience, ainsi qu'à la sentence elle-même est souvent déterminante dans le choix de l'arbitrage par les établissements bancaires et financiers.

Elle n'est cependant pas automatique et doit, pour s'appliquer, soit être prévue par le droit applicable ou par les règles de l'institution d'arbitrage choisies par les parties, soit avoir été expressément convenue entre les parties ou, à leur demande, ordonnée par le tribunal arbitral une fois constitué. À cet égard, il convient de rappeler que le droit français de l'arbitrage ne consacre la confidentialité que de l'arbitrage interne, laissant aux parties à l'arbitrage international le soin de convenir de même. Si certains règlements d'arbitrage prévoient une règle de confidentialité (c'est le cas du règlement du CMAP - article 18.4 - et de celui de l'AFA - article 16§4), ce n'est pas le cas de celui de l'ICC. Par ailleurs, dans certains domaines, les sentences sont publiées (souvent en préservant l'anonymat) sauf si les parties s'y opposent.



La confidentialité peut par ailleurs être levée par les parties elles-mêmes, soit d'un commun accord, soit lorsque l'une d'entre elles porte une contestation sur la validité ou l'exécution de la sentence devant les juridictions étatiques.

La confidentialité n'est du reste pas toujours désirable, notamment lorsqu'une certaine standardisation de la pratique bancaire en litige est recherchée ou qu'il est souhaitable d'obtenir un précédent.

1.1.2 - Souplesse procédurale

Un autre trait saillant de l'arbitrage est sa flexibilité qui permet aux parties de l'adapter à leurs besoins, notamment par le choix des règles (y compris anationales) applicables à la procédure et au fond, le choix de la langue, du siège (qui ne doit pas nécessairement coïncider avec le lieu des audiences), des arbitres et de leur expertise, etc.

Cette souplesse requiert une grande vigilance des parties lors de la rédaction de leur convention d'arbitrage car elle peut aboutir à l'impossibilité de mettre en œuvre l'arbitrage.

1.1.3 - Caractère international – application de la Convention de New York

La reconnaissance et l'exécution forcée d'une sentence arbitrale via la convention de New York de 1958 sont plus faciles à obtenir que celles d'un jugement étatique dans certains pays. Aussi, les banques et établissements financiers ont tendance à choisir l'arbitrage quand leur contrepartie est située dans un État qui ne reconnaît pas les jugements étrangers et/ou dont les tribunaux ne présentent pas toutes les garanties en matière de neutralité et d'impartialité, mais est signataire de la convention de New York, ou encore lorsque leur contrepartie est un État ou une entité souveraine, dans la mesure où il est généralement admis que l'acceptation d'une clause d'arbitrage emporte automatiquement renonciation à l'immunité de juridiction⁹.

Cette faculté n'exclut cependant pas toute difficulté d'exécution dans la mesure où « *Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée* » (article 3 de la Convention de New York).

Une brève description sur les conséquences du Brexit sur l'exequatur en France d'une sentence arbitrale et d'un jugement rendus au Royaume-Uni figure en **Annexe 3** des présentes.

⁹ L'immunité de juridiction est un privilège de juridiction qui a pour effet de faire échapper un État ou l'un de ses organes à la compétence des tribunaux d'un État étranger.



1.1.4 - Possible rapidité

La rapidité de la procédure d'arbitrage dépend en partie de la convention des parties et surtout de leur collaboration dans la mise en œuvre de la procédure arbitrale. Elle dépend également de la fermeté du tribunal arbitral à l'égard des manœuvres dilatoires et, sans doute, de la disponibilité de ses membres.

Alors qu'elle constituait l'un des principaux atouts de l'arbitrage, la rapidité s'est considérablement dégradée avec le temps, en raison notamment des délais de mise en place du tribunal arbitral y compris avec la multiplication des procédures de récusation, de la durée de la mise en état, de la longueur des écritures, de la multiplication des moyens de preuve, des stratégies des parties et de leurs avocats, de la banalisation des procédures à l'anglo-saxonne entraînant de lourdes productions de documents et des délais de rédaction des sentences.

Il est à noter que pour parer à ces dérives, certains règlements ont prévu des procédures accélérées qui s'appliquent automatiquement si le montant en litige est inférieur à un certain seuil (USD 2m pour l'ICC) ou que les parties peuvent choisir quel que soit le montant de leur litige.

1.2 - Arbitrage *ad hoc* et arbitrage institutionnel

La distinction classique entre arbitrage *ad hoc* et arbitrage institutionnel concerne l'encadrement administratif de la procédure.

En cas d'arbitrage *ad hoc*, aucune institution n'encadre la procédure arbitrale. Les parties peuvent choisir de conduire la procédure comme elles le souhaitent. À défaut d'accord entre les parties sur la conduite de la procédure, le tribunal arbitral pourra décider de la procédure à suivre. Les décisions procédurales ne pouvant pas être prises par le tribunal arbitral sont portées devant un juge dit « d'appui », généralement au lieu où se trouve le siège de la procédure arbitrale. Par exemple, le juge d'appui pourra être saisi afin de nommer un arbitre ou un tribunal arbitral à défaut d'accord des parties, de contraindre la production de preuves détenues par un tiers, ou de donner force exécutoire à une décision du tribunal arbitral à l'égard d'un tiers.

En cas d'arbitrage institutionnel, une institution encadre la procédure arbitrale sur un plan administratif dans les conditions prévues par son règlement d'arbitrage. L'institution arbitrale est un tiers qui assiste les parties lors de la conduite de la procédure arbitrale. À titre d'exemple, si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur le choix du président du tribunal arbitral, l'institution d'arbitrage pourra nommer ce président. Elle décidera également des demandes de récusation et prorogera le délai d'arbitrage si besoin.



Le recours à l'arbitrage *ad hoc* offre une grande flexibilité aux parties et dispense des frais institutionnels d'administration de l'arbitrage. Cependant, il impose une rédaction plus détaillée de la convention d'arbitrage pour fixer les grandes lignes de la procédure, requiert une expérience et un appui solide de la part du tribunal arbitral et, le cas échéant, des juges compétents au siège de l'arbitrage. Le recours à l'arbitrage institutionnel, qui est la voie privilégiée par les parties en arbitrage international, est souvent considéré comme un gage d'efficacité et de qualité de l'arbitrage (à la condition que l'institution choisie soit sérieuse et expérimentée). La plupart des institutions financières préfèrent les arbitrages institutionnels en raison des règlements d'arbitrage qui sont proposés et de l'expérience des institutions.

1.3 - Présentation des différents centres d'arbitrage de la Place de Paris

Différents centres d'arbitrage sont présents à Paris et proposent des offres complémentaires selon les types de litiges.

Un tableau de synthèse des procédures d'arbitrage proposées par l'ICC, l'AFA et le CMAP figure en **Annexe 4**.

1.3.1 - L'ICC

La Cour d'arbitrage internationale de la Chambre de commerce internationale (*International Chamber of Commerce*) (« ICC ») a été créée en 1923.

L'ICC offre plusieurs options aux parties souhaitant résoudre leur différend, et administre les différents règlements, parmi lesquels un règlement de médiation et un règlement d'arbitrage.

Le Règlement d'arbitrage de l'ICC peut s'appliquer aussi bien aux arbitrages commerciaux (résultant d'un contrat de nature commerciale conclu par des parties à titre privé) qu'aux arbitrages d'investissement entre État d'accueil et investisseurs étrangers dans le cadre d'un investissement éligible à la protection d'un traité bilatéral ou multilatéral de promotion des investissements.

L'internationalité de l'ICC est attestée par l'implantation de bureaux ou services en diverses parties du monde, par la nature des litiges qu'elle traite, les sièges où se tiennent les procédures arbitrales, les lois de procédure et de fond choisies par les parties.

Le règlement d'arbitrage fixe les rôles respectifs des parties, des arbitres et de l'institution dans l'administration de l'arbitrage et le déroulement de la procédure.

Des délais sont prévus, afin de faire en sorte que les sentences soient rendues dans les temps les plus brefs possibles.



L'ICC a également mis en place une procédure accélérée, afin de réduire à six mois, à compter de la conférence de gestion de la procédure, le délai d'établissement de la sentence pour les litiges ne dépassant pas 2 millions de dollars. Un projet de révision du règlement est en cours pour porter ce seuil à 4 millions de dollars. Cette procédure accélérée est applicable, sauf accord contraire, aux différends initiés sur la base de conventions d'arbitrage signées après le 1^{er} mars 2017.

Enfin, pour les différends dont le règlement est soumis à des conventions d'arbitrage conclues après le 1^{er} janvier 2012, une procédure d'urgence, prévue à l'article 29 du Règlement CCI, envisage les demandes de mesures provisoires ou conservatoires dont l'urgence ne permet pas d'attendre la constitution d'un tribunal arbitral. Elle s'applique par défaut, dès lors que les parties n'ont pas convenu d'en écarter les dispositions. Cette procédure fait l'objet de délais raccourcis et une ordonnance doit être rendue dans les deux semaines de la réception du dossier par « l'arbitre d'urgence ».

1.3.2 - L'AFA

L'Association Française d'Arbitrage (« AFA ») a été créée en 1957 par un groupe d'arbitres.

Elle est composée d'un bureau avec un président et un secrétaire général et d'un conseil d'administration composé de spécialistes de l'arbitrage français et international, qu'il s'agisse de juristes d'entreprises, de professeurs de droit ou d'avocats. L'AFA comprend également un Comité d'arbitrage composé de cinq administrateurs dont la fonction est de veiller au bon déroulement des arbitrages en assistant les arbitres dans la conduite des procédures, en nommant les arbitres en cas de défaillance des parties et en statuant sur des demandes de récusation ou de révocation.

Le règlement d'arbitrage fixe les conditions de désignation des arbitres qui doivent être membres de l'AFA, les obligations incombant à ceux-ci, la procédure suivie pour la récusation des arbitres ou leur remplacement, les règles de procédure applicables au déroulement de l'arbitrage, les règles applicables au fond du litige, le délai dans lequel la sentence doit être rendue et les modalités de celles-ci.

Il est précisé que la procédure arbitrale et la sentence sont confidentielles.

Le règlement prévoit également les conditions dans lesquelles des mesures urgentes et des mesures d'instruction peuvent être mises en œuvre.

L'ajout d'une procédure accélérée est actuellement à l'étude.

L'AFA publie un barème fixant les frais de l'arbitrage, qui dépendent du montant du litige. Outre l'arbitrage, l'AFA propose une procédure de médiation pour tous les cas où les parties souhaiteraient rechercher la résolution amiable d'un différend.

Un règlement de médiation, disponible sur le site internet de l'AFA, en fixe les modalités.



1.3.3 - Le CMAP

Le CMAP dépend de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris.

Il propose des modes de résolution des conflits aussi bien au plan national que dans un contexte transfrontalier.

La médiation et l'arbitrage sont les deux principales procédures offertes par le CMAP.

Ces deux procédures peuvent être complémentaires et utilisées de manière successive (médiation puis, en cas d'échec de la solution amiable, arbitrage ; arbitrage puis, pendant la procédure arbitrale qui est suspendue, tentative de médiation) ou concomitante (médiation-arbitrage simultanés).

Le CMAP propose également d'autres procédures, appelées « nouvelles solutions ». Ces procédures novatrices visent à offrir aux entreprises des outils de prévention du procès par l'intervention de tiers, neutres et compétents, missionnés pour une évaluation juridique indépendante, un avis technique amiable ou encore une décision d'urgence.

Le CMAP propose une procédure d'arbitrage fondée sur les principes de souplesse, rapidité, et maîtrise des coûts pour les parties.

Dès sa saisine et avant même la désignation de l'arbitre ou du tribunal arbitral, le Centre peut encourager la découverte d'une solution négociée en proposant aux parties la mise en œuvre préalable d'une médiation.

Les parties peuvent aussi confier à l'arbitre ou au tribunal les pouvoirs d'amiable compositeur.

Afin de limiter la durée de la période de constitution du tribunal arbitral, il est offert aux parties la possibilité de recourir au tribunal arbitral préconstitué du CMAP qui peut intervenir dès sa saisine.

En toute hypothèse, une grande liberté est laissée aux arbitres pour appliquer une procédure adaptée à la nature de l'affaire, l'objectif étant de rendre une sentence dans un laps de temps réduit.

En outre, une procédure accélérée est prévue pour régler des différends ne nécessitant pas d'instruction complexe. Elle peut être mise en œuvre soit à la demande des parties, soit si le tribunal arbitral l'estime opportun, eu égard à la nature du litige.

Le coût de l'arbitrage dépend des sommes en jeu. Les frais de l'arbitrage sont fixés par un barème.



II- Le recours contrasté à l'arbitrage en matière bancaire et financière

Bien que ses caractéristiques essentielles soient de nature à attirer l'attention des acteurs bancaires et financiers, l'arbitrage suscite des réserves parmi certains utilisateurs bancaires.

Plusieurs institutions ont déjà fait ce constat et présenté des recommandations destinées à favoriser la pratique de l'arbitrage (2.1).

Quelles que soient les réticences dont il fait l'objet, l'arbitrage est le mode de règlement des litiges désormais préconisé pour certains types de contrats financiers (2.2) et la question de l'intérêt d'une telle procédure trouve un regain d'actualité dans le contexte du Brexit (2.3).

Il est apparu en tout cas indispensable, pour répondre le plus efficacement possible aux attentes des acteurs, de faire l'inventaire des facteurs pris en compte par les établissements bancaires et financiers appelés à choisir entre une procédure judiciaire étatique et une procédure d'arbitrage.

2.1 - État des lieux et perspectives

2.1.1 - Les précédentes réflexions

Au cours des dernières années, plusieurs groupes de travail ont examiné la question du recours à l'arbitrage en matière bancaire et financière. Deux études retiennent en particulier l'attention.

Il s'agit d'une part du Rapport final d'un groupe de travail constitué sous l'égide du Comité Français de l'Arbitrage finalisé en mai 2014¹⁰ (« **Rapport CFA Finance** ») et, d'autre part, d'un rapport établi sous l'égide de l'ICC en 2016 (*ICC Commission Report « Financial Institutions and International Arbitration »*) en date du 17 septembre 2016 (« **Rapport CCI Finance** »)¹¹ et complété d'un *addendum* en 2018¹².

Le Rapport CFA Finance dresse un état des lieux des avantages et inconvénients généralement prêtés à l'arbitrage, tout en faisant le constat de la réalité d'un recours à l'arbitrage dans les opérations bancaires et financières.

¹⁰ Publié aux Cahiers de l'arbitrage 2014, n°3, pp. 419 et sq.

¹¹ Disponible sur le site de l'ICC : <https://iccwbo.org/publication/financial-institutions-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report/>.

¹² Disponible sur le site de l'ICC : <https://iccwbo.org/publication/supplementary-materials-financial-institutions-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report/>.



Au nombre des inconvénients traditionnellement prêtés à l'arbitrage figurent notamment la confidentialité (décrite dans le Rapport CFA Finance comme susceptible de s'opposer à la valeur d'exemplarité des décisions rendues et de créer un risque de contradiction avec les obligations d'informations imposées aux entreprises cotées), les coûts et délais, la perception (pas toujours fondée) du risque de prise en compte de considérations d'équité, les aléas du recours en annulation au siège ou encore certaines limites à l'arbitrabilité des litiges (par exemple pour des opérations conclues avec des consommateurs). Outre le caractère antinomique, sinon contradictoire de ces reproches avec certains objectifs poursuivis (confidentialité utile dans certains types de litiges, rapidité de la procédure avec la finalité de la sentence à comparer avec les degrés de juridictions successifs de la justice étatique), le Rapport CFA Finance liste, à l'inverse, divers avantages perçus au recours à l'arbitrage, parmi lesquels la facilité de reconnaissance et d'exécution des sentences en vertu de la Convention de New York de 1958, la possibilité d'éviter certaines pratiques procédurales (tel la présence de jurys ou la possibilité d'actions de groupe), la possibilité d'obtenir une renonciation aux immunités de contreparties souveraines ou encore la qualité technique d'arbitres spécialisés, connaisseurs de la technicité des opérations en matière bancaire et financière. Le Rapport CFA Finance fait enfin le constat d'une réalité d'un recours à l'arbitrage en particulier dans le domaine des financements internationaux, des opérations d'investissement et de partenariats (*joint ventures*) où une banque est elle-même partie à l'investissement, des opérations de marchés (MATIF ou Règlement Euronext), des transactions considérées comme des investissements au sens de la Convention de Washington de 1965 ou des traités bilatéraux de protection des investissements.

Le Rapport CFA Finance se conclut avec une série de recommandations parmi lesquels l'inutilité, a priori, d'envisager la création d'une institution spécialisée, l'opportunité de développer la connaissance de l'arbitrage au sein du monde bancaire (présence accrue des acteurs du monde bancaire et financier dans les institutions d'arbitrage et développement de l'enseignement du droit de l'arbitrage dans les Masters de finance et de droit bancaire, la possibilité d'établir des listes d'arbitres spécialisés¹³).

Pour sa part, le Rapport CCI Finance de 2016 met en évidence que les avantages de l'arbitrage comprennent sa flexibilité permettant d'adapter la procédure à l'attente des parties (y compris quant à l'administration de la preuve), le choix par les parties des arbitres et leur neutralité, le caractère privé et potentiellement confidentiel, le caractère final ou pas de la sentence, la délocalisation de l'arbitrage international, la renonciation implicite à l'immunité de juridiction, et la reconnaissance de la sentence dans les 160 pays ayant ratifié la Convention de New York.

Le Rapport CCI Finance fait également le constat d'un recours régulier à l'arbitrage par les banques et les fonds, dans les opérations de **dérivés** avec des contreparties souveraines ou dans certaines

¹³ Auxquelles s'ajoutent naturellement les exigences d'indépendance et d'impartialité des arbitres.



régions comme en Asie du Sud-Est (cf. clause optionnelle d'arbitrage de l'*International Swaps and Derivatives Association* (« ISDA ») 2013 et 2018), dans les **crédits syndiqués** dans certaines régions comme en Amérique Latine (cf. clause optionnelle d'arbitrage LSTA), dans certaines **opérations de fusion** et de **gestion d'actifs ou de fortunes** où la confidentialité est importante, et dans des opérations où la banque agit comme **investisseur, actionnaire** ou **prestataire** (ou acheteur) de services divers.

Ce Rapport CCI Finance a été complété, en 2018, d'un document complémentaire, intitulé « *Supplementary Materials to the ICC Commission Report Financial Institutions and International Arbitration* ». Ce supplément rassemble une série d'analyses effectuées par le groupe de travail, sur le recours à l'arbitrage par catégorie d'opérations bancaires ou financières : dérivés, financements souverains, arbitrages d'investissement, questions réglementaires, financements internationaux, institutions financières et agences de crédit à l'exportation, gestions d'actifs.

En s'appuyant sur les constats et recommandations de ces Rapports, le groupe de travail a cherché à mettre à jour ces conclusions.

2.1.2 - Apparition des conventions d'arbitrage dans les contrats-cadres de produits dérivés

Les clauses d'arbitrages sont progressivement apparues dans les conventions-cadres de produits dérivés publiées sous l'égide de l'*International Swaps and Derivatives Association* (« ISDA »¹⁴), comme proposition alternative aux clauses renvoyant à la compétence des juridictions étatiques pour connaître des litiges relatifs à la convention-cadre.

En 2010, l'ISDA et l'*International Islamic Financial Market* (IIFM) ont publié un contrat-cadre documentant les produits dérivés islamiques¹⁵ qui inclut une clause d'arbitrage renvoyant à la ICC (siège de Londres ou New York). L'inclusion de cette clause, dans le contexte particulier de la finance islamique, a pour objectif notamment d'éviter les questions qui pourraient être soulevées par un tribunal étatique manquant d'expertise sur la Charia.

En 2013, l'ISDA a publié un guide de l'arbitrage¹⁶ qui comprenait des propos explicatifs préliminaires expliquant les principales caractéristiques de l'arbitrage. Le guide contenait également des modèles de clauses d'arbitrage que les parties peuvent choisir d'inclure dans leur *Schedule*¹⁷. Ces clauses renvoient

¹⁴ Le contrat-cadre ISDA est généralement utilisé par les établissements bancaire et financier de la Place pour documenter les produits dérivés conclus avec des établissements avec des entités étrangères et parfois également avec des contreparties françaises.

¹⁵ ISDA/IIFM Tahawwut Master Agreement.

¹⁶ 2013 ISDA Arbitration Guide. <https://www.isda.org/book/2013-isda-arbitration-guide/>.

¹⁷ Le *Schedule* est l'annexe au contrat-cadre ISDA dans lequel les parties peuvent notamment procéder à certaines élections offertes par le standard du contrat-cadre ISDA ou modifier celui-ci.



notamment aux règlements d'arbitrage des principales institutions d'arbitrage international, tels que l'ICC (siège à Paris, New York et Londres), la *London Court of International Arbitration*, l'*American Arbitration Association*, aux règles P.R.I.M.E.¹⁸, etc. En 2018, ce guide a été mis à jour et étoffé¹⁹.

En 2018, dans le contexte du Brexit, l'ISDA a publié le contrat-cadre de produits dérivés de droit français. Outre une clause renvoyant à la compétence des chambres internationales du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris, le contrat-cadre de droit français contient un modèle de clause d'arbitrage dans le *Schedule* – que les parties sont libres ou non d'inclure – renvoyant au règlement d'arbitrage de l'ICC et au siège de Paris. Ce modèle de clause est d'ailleurs celui qui est inclus dans le guide sur l'arbitrage de l'ISDA de 2018. Les parties disposent alors du choix, pour la résolution de leurs litiges, entre une juridiction étatique spécialisée (les chambres internationales du Tribunal de commerce de Paris et de la Cour d'appel de Paris) et la juridiction arbitrale de l'ICC.

S'agissant des contrats-cadres ISDA de droit français, les établissements semblent préférer une clause attributive de juridiction aux chambres internationales du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris. Cependant, ces établissements pourraient proposer une clause d'arbitrage ICC lorsqu'une contrepartie étrangère refuse une clause d'attribution aux chambres internationales.

Enfin, l'ISDA a publié des questions/réponses sur le Brexit régulièrement mises à jour²⁰, dans lesquelles elle préconise d'utiliser une clause d'arbitrage dans les contrats cadres de droit anglais plutôt qu'une clause d'attribution aux tribunaux anglais, en cas de doute sur la reconnaissance d'un jugement anglais dans l'Union européenne post-Brexit.

S'agissant des contrats-cadres ISDA de droit anglais, les établissements de la Place recourent à l'arbitrage uniquement lorsqu'il est plus facile de faire exécuter une sentence arbitrale, en raison de la Convention de New-York, qu'un jugement rendu par une cour anglaise, c'est-à-dire en pratique lorsque ces contrats sont conclus avec des contreparties souveraines et dans certaines régions comme en Asie du Sud-Est.

Un tableau décrivant l'apparition des clauses d'arbitrage dans les contrats-cadres de dérivés ISDA figure en **Annexe 5**.

2.1.3 - Les conséquences du Brexit

Le Brexit est source de complications majeures pour la coopération judiciaire en matière civile et commerciale entre l'Union européenne et le Royaume-Uni.

¹⁸ Voir page 16.

¹⁹ 2018 ISDA Arbitration Guide.

²⁰ Brexit FAQs – Version 7 (17 juillet 2019). <https://www.isda.org/2019/07/17/brexit-faq-copy/>.



Celles-ci sont essentiellement de trois ordres.

i) Le Brexit crée de l'incertitude. L'un des avantages du système actuel de coopération judiciaire en matière civile et commerciale dans l'Union Européenne était de garantir une grande prévisibilité quant à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. Or, après le Brexit, le choix du for britannique et le choix du droit anglais ne disposeront plus des garanties données par le droit de l'Union européenne.

ii) Le Royaume-Uni perdra l'accès à un espace juridique harmonisé. Les jugements britanniques se trouveront confrontés à une multiplicité de régimes de reconnaissance et d'exécution dans les États membres de l'Union européenne. L'un des avantages du système actuel était d'harmoniser les conditions de reconnaissance et d'exécution sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, facilitant la circulation des jugements produits au Royaume-Uni. Cet avantage sera perdu pour le Royaume-Uni.

iii) Le Brexit compromettra l'efficacité des mesures ordonnées au Royaume-Uni au cas où il est impossible de localiser des actifs sur le territoire du Royaume-Uni. Dans ce cas, les jugements britanniques ne pourront bénéficier des mécanismes privilégiés de circulation sans exequatur au sein de l'Union européenne. Les procédures de reconnaissance et d'exécution seront soumises à des aléas et délais supplémentaires.

Or de nombreux contrats-cadres en matière financière ont été signés par les banques et les établissements financiers français avec leurs clients ou contreparties, sous droit anglais et avec choix du for de Londres. Il s'agit notamment des milliers de contrats-cadres ISDA, modèles de contrats de crédit LMA²¹, GMRA²² ou GMSLA²³ définissant les relations entre des parties qui, parfois, sont toutes deux françaises.

L'arbitrage pourra apporter une solution permettant d'éviter les inconvénients liés au Brexit et relevés ci-dessus. Il présente en outre l'avantage, dans les cas où les parties à ces contrats sont francophones, de pouvoir être conduit en français, source de gains de temps et de coûts.

2.2 - Les facteurs pris en compte par les établissements lors de la décision de recourir à l'arbitrage

Des sondages réalisés auprès des établissements bancaires et financiers représentés dans le groupe de travail ont permis de mettre en évidence que ces derniers se dotent progressivement de lignes

²¹ *Loan Market Association.*

²² *Global Master Repurchase Agreement, rédigé sous l'égide de l'International Capital Markets Association.*

²³ *Global Master Securities Lending Agreement rédigé sous l'égide de l'International Securities Lending Association.*



directrices internes sur le recours à l'arbitrage et utilisent les critères suivants pour décider, au cas par cas, s'il est préférable de recourir à la justice étatique ou à l'arbitrage pour un litige donné afférent à un contrat :

- le caractère international ou non du litige ;
- la minimisation des coûts, la justice étatique étant jugée moins onéreuse que l'arbitrage avec l'exception des deux cas suivants dans lesquels l'arbitrage est jugé moins onéreux (i) recours aux juridictions de plusieurs pays pour un même litige et (ii) recours devant une juridiction d'un pays de *Common Law* en raison des frais de justice et du coût de l'administration de la preuve propre à ces juridictions ;
- le risque de partialité de la juridiction étatique étrangère naturellement compétente, le recours à l'arbitrage étant jugé utile pour éviter ce risque ;
- le risque d'avoir à exécuter une décision de justice sur des actifs situés en dehors de l'Union européenne, les banques estimant en règle générale que l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère est plus facile que celle d'un jugement étranger en raison de la Convention de New-York de 1958 sur la reconnaissance des décisions arbitrales étrangères ;
- la nécessité ou non d'assurer la confidentialité de la procédure, l'arbitrage étant jugé plus apte à assurer la confidentialité de la procédure ;
- la nécessité ou non de recourir à des mesures provisoires et conservatoires pour un litige, la justice étatique étant jugée plus adaptée pour ce type de mesures ;
- l'importance de minimiser la durée de la procédure, une procédure arbitrale étant jugée plus rapide que la justice étatique ;
- le risque ou non d'avoir un litige multipartite, les banques estimant que la justice étatique est mieux adaptée pour un litige multipartite.

Un tableau recensant les principaux critères de choix entre arbitrage et justice étatique pour en tirer des recommandations de mesures à prendre par les institutions arbitrales de la Place et rendre l'arbitrage plus attractif figure en **Annexe 6**.

En conclusion, ce travail a permis de mettre en évidence les points suivants :

- les établissements bancaires et financiers préfèrent recourir à la justice étatique française et de la plupart des pays de l'Union européenne plutôt qu'à l'arbitrage tout à la fois en raison de la qualité du système judiciaire dans la plupart des pays dans lesquels ils sont actifs et dans un objectif de maîtrise des coûts, le recours à l'arbitrage étant jugé plus onéreux et moins prévisible ;



- les deux principaux motifs retenus pour recourir à l'arbitrage plutôt qu'à la justice étatique sont le manque de confiance dans une juridiction étatique étrangère naturellement compétente et la confidentialité dans des cas très spécifiques ;

- le recours à l'arbitrage dans le contexte du Brexit devrait se développer :

- un grand nombre de contrats est soumis au droit anglais et désigne les tribunaux anglais comme tribunaux compétents ; une modification de ces contrats pourrait être envisagée ;
- avec le cas spécifique des contrats-cadres ISDA de dérivés de droit français lorsque la contrepartie étrangère refuse la clause d'attribution de compétence aux chambres internationales du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris (voir *supra*) ;
- dans le cadre de contrats internationaux, en remplacement de clauses d'attribution de juridiction en faveur d'une juridiction étatique d'un pays de *Common Law*, pour éviter le coût élevé de l'administration de la preuve propre à ce type de juridiction ;
- le Brexit devrait renforcer ce motif de recours à l'arbitrage, avec la sortie du Royaume-Uni de l'espace de coopération judiciaire de l'Union européenne, comme le souligne justement l'AMAFI dans une alerte à la place du 23 septembre dernier (cf. mail de l'AMAFI du 23 septembre 2019 en **Annexe 7**).

En **Annexe 8** figure une présentation détaillée de la problématique des modes d'administration de la preuve.

III - Propositions tendant à adapter les procédures d'arbitrage aux matières bancaires et financières

Dès lors que les procédures d'arbitrage, telles qu'elles sont actuellement conçues, ne satisfont pas pleinement les praticiens des secteurs bancaires et financiers, le groupe de travail s'est interrogé sur les moyens d'en renforcer l'attractivité.

Si l'utilité d'une procédure arbitrale spécifique au domaine bancaire et financier n'apparaît pas évidente (3.1), il est en revanche constant que celles qui existent devraient recevoir divers aménagements (3.2 et 3.3).

3.1 - Le choix d'une procédure d'arbitrage institutionnel

Pour offrir un mécanisme arbitral adapté aux opérations bancaire et financière, l'arbitrage institutionnel semble mieux adapté que l'arbitrage *ad hoc* en raison des aléas présentés par ce type de procédure et



du fait qu'une certaine administration serait souhaitable dans ces procédures.

Deux voies pourraient être envisagées dans le cadre de l'arbitrage institutionnel.

La première voie consisterait à créer un nouveau système arbitral propre à la matière bancaire et financière.

Un exemple d'un tel système est l'institution P.R.I.M.E. FINANCE (*Panel of Recognised International Market Experts in Finance*) créée à La Haye en 2012, qui administre notamment un règlement d'arbitrage classique basé sur le règlement de la CNUDCI²⁴, un règlement de médiation, et des services d'expertise et de conseil²⁵. Un autre exemple est le règlement d'arbitrage spécifiquement dédié aux différends financiers, et distinct du règlement d'arbitrage général, de l'institution d'arbitrage chinoise, la CIETAC (*China International Economic and Trade Arbitration Commission*)²⁶.

La seconde voie consisterait à recourir aux services d'une institution arbitrale existante et son règlement d'arbitrage général, en s'assurant d'un mode d'administration adapté aux attentes du secteur bancaire et financier et, le cas échéant, de l'accès optionnel à une liste d'arbitres spécialisés²⁷.

Cette seconde voie emporterait la préférence du groupe de travail car elle présente l'avantage d'être plus simple et plus rapide à mettre en place que la première voie, qui supposera d'analyser préalablement l'opportunité d'instaurer sur la place de Paris une telle nouvelle institution.

3.2 - Recommandations d'aménagements au dispositif existant

Pour rappel, l'objectif est ici de disposer d'une procédure arbitrale qui renforce, en matière bancaire et financière, l'attractivité de la place de Paris, ce pourquoi elle doit présenter deux caractéristiques :

- être l'alternative à la disposition des parties lorsqu'elles ne souhaiteront pas avoir recours aux chambres internationales du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris ;
- offrir aux parties à des opérations financières soumises au droit anglais un mécanisme de résolution des différends qui soit une alternative crédible au juge anglais (les décisions des juridictions britanniques perdant le bénéfice de la reconnaissance automatique dans l'Union après le Brexit).

²⁴ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

²⁵ Voir le site web de P.R.I.M.E. Finance au lien suivant (dernière consultation le 5 juin 2019) : <https://primefinancedisputes.org/>.

²⁶ Voir le site web de la CIETAC au lien suivant (dernière consultation le 5 juin 2019) : <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=108&l=en>.

²⁷ En 2018, le Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) a mis en place un panel d'arbitres spécialisés dans le règlement des litiges financiers, opérant au titre du règlement d'arbitrage du Centre au lien suivant (dernière consultation le 13 juin 2019) : <https://www.hkiac.org/news/hkiac-launches-panel-arbitrators-financial-services-disputes>.



Le groupe de travail a proposé ci-dessous des recommandations proposant aux institutions d'arbitrage les critères que pourraient remplir une procédure d'arbitrage adaptée aux matières bancaire et financière.

3.2.1 - Proposer une procédure accélérée

Parmi les institutions d'arbitrage consultées, l'ICC et le CMAP proposent une procédure d'arbitrage accélérée ; l'AFA n'en dispose pas à ce jour.

Une des raisons pour lesquelles les institutions financières expliquent leur réticence à avoir recours à l'arbitrage étant la durée jugée excessive de la procédure, les institutions arbitrales devraient veiller à leur proposer des procédures permettant un règlement rapide des différends, y compris lorsque les enjeux financiers sont importants, pour autant que les parties en conviennent explicitement.

Qu'il s'agisse de proposer une procédure accélérée ou d'aménager la procédure normale en vue de la simplifier et d'en réduire la durée, les institutions d'arbitrage devraient s'assurer d'offrir dans leur règlement tous les moyens de nature à satisfaire cette demande :

- choix d'un arbitre unique ;
- fixation dès le début de la procédure arbitrale d'un calendrier resserré ;
- utilisation généralisée des moyens de télécommunication et téléprésence : audience en visioconférence, partage des documents sur site web sécurisé, etc. ;
- limitation du nombre de mémoires échangés voire de leur dimension ;
- admission du recours aux témoignages mais encadrement éventuel (durée, nombre de témoins...) ;
- encadrement des modes d'administration de la preuve : demande de production de documents excluant les demandes excessivement générales, tout en restant suffisamment ouverts aux contreparties de culture anglo-saxonne ;
- prévision dans les règlements (c'est déjà le cas pour celui de l'ICC) de la possibilité d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires d'une manière aussi simple et rapide que possible.

Ces différents aménagements possibles – dont la plupart existent d'ores et déjà dans les règlements de la plupart des institutions – devraient être présentés de manière extrêmement accessibles sous forme de clauses exposant de manière claire les différentes options proposées à chaque stade.



3.2.2 - Proposer une procédure à coûts maîtrisés

Les institutions arbitrales devraient publier de manière détaillée un barème (il existe en ce qui concerne l'ICC un calculateur en ligne avec variateur) permettant aux institutions financières qui souhaitent recourir à l'arbitrage de prévoir avec le plus grand degré possible de précision et de certitude le coût de la procédure envisagée.

Cette prévisibilité serait encore améliorée si les différentes options possibles à chaque stade de la procédure arbitrales étaient assorties de leur conséquence possible en termes de coût. La mise à disposition d'informations par les institutions d'arbitrage permettant aux utilisateurs d'évaluer le coût de l'arbitrage pourrait utilement contribuer au développement du recours à l'arbitrage.

Il est recommandé que les institutions se dotent d'un calculateur de coûts d'arbitrage approximatifs, différenciant les différents cas de figure possibles dont le nombre des arbitres, la complexité de la procédure, etc. En effet, les diverses options possibles pour simplifier et alléger la procédure (cf. *supra*) devraient pouvoir se répercuter sur le coût de celle-ci. Ceci est notamment vrai concernant le choix de modes d'administration de la preuve appropriés au cas qui peut permettre de réduire les coûts en éliminant les modes inutiles dans le cas en question (ex : recours aux témoins, nombre de mémoires échangés, support électronique des pièces, tenue d'audience, etc.).

3.2.3 - Informer les utilisateurs sur les qualités des arbitres

Un moyen de renforcer l'attractivité de l'arbitrage en matière bancaire et financière est de rassurer les parties concernées quant à la qualité des arbitres mis à leur disposition et à la prévisibilité des solutions aux différends qui leur seront soumis.

La publication de listes indicatives d'arbitres qualifiés en matière bancaire et financière varie selon les institutions arbitrales.

C'est le cas d'institutions comme P.R.I.M.E. FINANCE et HKIAC. En France, la plupart des institutions disposent de listes non officielles (ex. AFA, toutefois restreinte aux membres de l'association). Certaines institutions proposent une liste (CMAP) mais les parties demeurent libres de choisir un arbitre hors de la liste.

Il est recommandé aux institutions arbitrales de proposer des listes d'arbitres spécialement sélectionnés pour leurs compétences notamment en matière bancaire et financière.

Il est en outre recommandé que ces listes soient simplement indicatives.

Le choix des parties au moment de sélectionner un arbitre doit être éclairé autant que faire se peut en indiquant les sentences auxquelles il a été associé (voir ci-dessous) sur une base anonymisée.



3.2.4 - Publier les décisions

Afin d'améliorer la prévisibilité des solutions des différends, il est recommandé aux institutions arbitrales de publier une base de données de sentences arbitrales, ordonnances de procédure, et décisions de l'arbitre d'urgence, anonymisées s'agissant des parties. C'est déjà le cas à l'ICC depuis 1^{er} janvier 2019 sauf accord contraire des parties.

3.2.5 - Aménager les étapes de la procédure

Les règlements d'arbitrage prévoient d'ores et déjà diverses règles et délais venant encadrer différentes étapes ou incidents de procédure, notamment les délais de constitution du tribunal arbitral ou de désignation de l'arbitre unique, de récusation, de production de certains documents, de délivrance de la sentence après examen du projet, tribunal préconstitué etc.

Ces règlements devraient en tant que de besoin être réexaminés de telle sorte que rien ne puisse inutilement freiner ou retarder la procédure et que, lorsque les parties en conviennent, tous moyens de nature à l'accélérer soient mis à leur disposition de manière claire dans les propositions de clauses d'arbitrage publiées par les institutions (cf. *supra*).

3.2.6 - Élaborer des outils de communication

Outre la modification de leurs règlements et autres règles de fonctionnement, le cas échéant, par les institutions d'arbitrage concernées, la mise en œuvre des recommandations ci-dessus devrait s'accompagner d'actions de nature à créer une véritable dynamique :

- au sein même des banques, cette action devrait donner lieu à une campagne d'information non seulement auprès des juristes mais aussi en direction des décideurs qui doivent être convaincus que les solutions d'arbitrage proposées leur offrent rapidité, compétence technique et sécurité juridique ; une telle action pourrait utilement donner lieu à la diffusion d'un document présentant les avantages de tous ordres (juridique, financier, rapidité...) des solutions proposées en les comparant aux situations les plus communément répandues auxquelles elles prétendent offrir une alternative ;

- les institutions d'arbitrage devraient également agir en direction des associations professionnelles susceptibles de relayer cette information voire de proposer l'arbitrage comme solution de règlement des différends notamment en ce qui concerne le droit anglais ;

- des actions visant à informer les entreprises étrangères du secteur bancaire et financier contreparties des banques françaises de l'attractivité et de la qualité des solutions de règlement des différends de la Place seraient également nécessaires.



3.3 - Illustration : l'adaptation de la procédure accélérée de l'ICC

Dans l'objectif de proposer une illustration pratique des recommandations formulées ci-dessus aux institutions d'arbitrage sur les caractéristiques que pourraient revêtir une procédure d'arbitrage adaptée au secteur bancaire et financier, le groupe de travail a pris pour point de départ de sa réflexion la procédure accélérée de l'ICC (la « **Procédure Accélérée ICC** ») et a mis en exergue les paramètres qui pourraient être utilement intégrés ou renforcés dans cette procédure.

3.3.1. Description de la procédure accélérée de l'ICC

La Procédure Accélérée ICC est encadrée par l'article 30 du règlement d'arbitrage de l'ICC pour ce qui est de son champ d'application et par son annexe VI en ce qui concerne ses modalités spécifiques. Elle s'applique automatiquement aux différends d'une valeur inférieure à deux millions de dollars américains à condition qu'ils aient été engagés sur le fondement de clauses d'arbitrage conclues après le 1^{er} mars 2017 et que les parties n'y aient pas dérogé expressément. Elle peut également être choisie pour les différends d'une valeur supérieure. Un projet de révision du règlement d'arbitrage de l'ICC porterait ce seuil à 4 millions de dollars.

Les principales caractéristiques de la Procédure Accélérée ICC sont les suivantes :

- l'application de principe aux différends d'un montant inférieur à deux millions de dollars américains ou, si les parties le choisissent, de montants supérieurs à ce seuil²⁸ ;
- un arbitre unique (au lieu d'un tribunal arbitral composé de trois arbitres)²⁹ ;
- la dispense d'établissement d'un acte de mission et l'obligation de tenue d'une conférence sur la gestion de la procédure dans les quinze jours de la date de remise du dossier à l'arbitre³⁰ ;
- la faculté pour l'arbitre unique de décider de la procédure à suivre, y compris en ne tenant pas d'audience (y compris si l'une des parties a demandé la tenue d'une audience)³¹ ;
- le prononcé de la sentence finale dans les six mois à compter de la conférence de gestion de la procédure³² ;

²⁸ Article 30 du Règlement CCI.

²⁹ Article 2 de l'annexe VI au Règlement CCI.

³⁰ Articles 3(1) et 3(3) de l'annexe VI au Règlement CCI.

³¹ Articles 3(4) et (5) de l'annexe VI au Règlement CCI.

³² Article 6(1) de l'annexe VI au Règlement CCI.



- le projet de sentence bénéficie du même examen par la Cour de l'ICC que celui qui est prévu en application du règlement d'arbitrage de l'ICC classique³³ ;
- la fixation des honoraires de l'arbitre unique conformément au barème réduit de l'annexe III au règlement d'arbitrage de l'ICC, à savoir 20% inférieurs au montant standard³⁴.

Sur la base de la Procédure Accélérée ICC, deux voies peuvent être envisagées en vue de son adaptation au secteur bancaire et financier.

À quelques rares exceptions près comme l'examen des projets de sentences par la Cour de l'ICC, la décision de la Cour sur la récusation d'arbitres et quelques dispositions tarifaires ou administratives, l'essentiel des règles qui figurent au règlement d'arbitrage de l'ICC sont supplétives de volonté. Les parties à l'arbitrage sont ainsi libres de convenir, dans leur convention d'arbitrage, d'aménagements propres à restreindre la durée de la procédure et diminuer son coût³⁵.

3.3.2. Les paramètres à prendre en compte dans la procédure accélérée de l'ICC

Le groupe de travail a identifié certains paramètres revêtant une importance particulière dans le secteur bancaire et financier et qui pourraient être utilement modifiés ou intégrés par l'ICC dans le cadre de sa Procédure Accélérée ICC ou par les parties dans leur convention d'arbitrage, lorsqu'elles ont recours à la procédure accélérée.

L'**Annexe 9** du présent rapport présente un tableau comparatif de la procédure accélérée de l'ICC modifiée par la prise en compte des paramètres listés ci-après, avec la procédure devant les chambres internationales.

3.3.2.1. Montant du litige

Il serait envisageable que les institutions financières choisissent expressément l'arbitrage selon la Procédure Accélérée ICC, y compris lorsque l'enjeu du différend excèdera deux millions de dollars américains.

³³ Il s'agit de l'examen préalable de la sentence par la Cour visé à l'Article 34 du Règlement CCI.

³⁴ Article 4(2) de l'annexe VI au Règlement CCI.

³⁵ Voir à ce titre la « Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI » en date du 1^{er} janvier 2019, disponible au lien suivant (dernière consultation le 6 juin 2019) : <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-french.pdf>. Voir également le rapport de la commission de l'ICC intitulé « Controlling time and costs in arbitration », 2^e édition, disponible au lien suivant (dernière consultation le 6 juin 2019) : <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-english-version.pdf>.



Une telle faculté d'option pour la Procédure Accélérée CCI a été envisagée par l'ICC elle-même lors de la rédaction du Règlement de 2017. Comme cela est proposé à la suite du Règlement CCI (page 79 du Règlement de 2017), il suffira d'ajouter la formule suivante à la clause d'arbitrage type :

« Les parties conviennent, conformément à l'article 30, paragraphe 2, sous-paragraphe b, du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, que les Règles relatives à la procédure accélérée s'appliqueront quel que soit le montant en litige. »

En anglais, cette clause est la suivante :

« *The parties agree, pursuant to Article 30(2)(b) of the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, that the Expedited Procedure Rules shall apply irrespective of the amount in dispute.* »

En vertu d'une telle clause d'arbitrage, les parties conviendraient d'avoir recours systématiquement à un arbitre unique pour le règlement de leurs différends contractuels et d'appliquer le reste des dispositions caractéristiques de la Procédure Accélérée ICC.

3.3.2.2. Siège

Il est vivement recommandé aux parties de préciser le siège de l'arbitrage dans leur convention d'arbitrage.

La notion de siège est une notion propre à l'arbitrage, qui identifie le lieu où la sentence arbitrale est réputée avoir été rendue par le tribunal arbitral, créant ainsi des effets juridiques à partir de ce lieu. Par exemple, c'est au siège que le recours en annulation contre la sentence arbitrale peut être déposé. Les règles d'ordre public au siège de l'arbitrage s'imposent au tribunal arbitral et aux parties à moins qu'elles ne soient jugées contraires à l'ordre public international. C'est encore le siège qui détermine la compétence du juge « d'appui ».

Il convient de noter que si le siège est le lieu où la sentence est « réputée » rendue, en pratique, le tribunal arbitral n'est pas tenu de se réunir physiquement au siège.

En l'absence d'indication du siège dans la convention d'arbitrage, l'article 18 du Règlement CCI prévoit que la Cour d'arbitrage de l'ICC fixe le siège de l'arbitrage.

Le risque, lorsqu'un siège de tradition « *common law* » est choisi, peut-être d'encourager une procédure de production de preuves documentaires accrue (« *discovery* ») au titre de la loi de procédure du siège.

Si le choix d'un siège de « *common law* » s'avère inéluctable, il est recommandé aux parties d'envisager (en arbitrage international) le choix d'une loi nationale de procédure autre que celle du siège.



Alternativement, les parties pourront s'inspirer de l'Annexe IV du Règlement d'arbitrage de l'ICC (page 64) pour insérer dans la convention d'arbitrage une ou plusieurs des options énumérées au paragraphe (d) concernant la production de preuves documentaires³⁶. Les parties pourront également se référer aux règles de l'*International Bar Association* (« IBA ») sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international qui limitent les demandes de production de documents et laissent au tribunal la latitude de choisir ceux à produire³⁷.

3.3.2.3. Nombre des arbitres et liste d'arbitres

Le Règlement d'arbitrage accéléré a été conçu pour un arbitre unique pour garantir la rapidité de la procédure et son coût réduit. Si les parties souhaitent choisir l'arbitrage accéléré avec un tribunal de trois arbitres aux dépens de la rapidité et du coût réduit de la procédure, la Cour d'arbitrage de l'ICC honorera leur choix car il prévaut sur l'article 2(1) de l'Annexe VI du Règlement. Cette disposition devra être écartée expressément dans la convention d'arbitrage.

L'ICC pourrait également proposer une liste publique d'arbitres spécialisés dans les matières bancaire et financière désignés selon les modalités à définir.

3.3.2.4. Critères de choix des arbitres

Les parties pourront choisir d'indiquer dans leur convention d'arbitrage toute exigence d'expérience pertinente pour les choix du ou des arbitres. Une telle exigence peut s'expliquer en matière bancaire et financière par la diversité des domaines de spécialisation : dérivés, prêts souverains, régulation de produits et de marchés financiers et supervision prudentielle, financement international, finance islamique, institutions financières multilatérales, de développement et agences de crédit-export, activités de conseil financier, ou encore gestion d'actifs³⁸. Il convient toutefois de mettre les parties en garde lorsqu'elles suivent une telle pratique de ne pas trop restreindre le profil de ces arbitres au point de rendre difficile de trouver des personnes répondant à ces critères et donc de mettre en œuvre la convention d'arbitrage.

³⁶ *Le tribunal arbitral et les parties pourront adopter les techniques de gestion de la procédure suivantes : « (i) exiger des parties qu'elles produisent avec leurs écritures les documents sur lesquels elles s'appuient, (ii) éviter, dans la mesure du possible, les demandes de production de documents, afin de maîtriser les délais et les coûts, (iii) lorsque des demandes de production de documents semblent appropriées, limiter ces demandes aux documents ou catégories de documents pertinents et déterminants pour l'issue de l'affaire, (iv) fixer des délais raisonnables pour la production de documents, (v) utiliser un formulaire pour la production de documents afin de faciliter la résolution des questions relatives à la production de documents. »*

³⁷ Voir notamment l'article 3 des Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010), disponibles au lien suivant (dernière consultation le 18 juin 2019) : <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=86999C8C-BE3E-426D-A0C5-FC8E56FF0CE1>.

³⁸ Pour un état des lieux des perspectives de développement de l'arbitrage dans chacune de ces spécialités, voir Rapport CCI Finance, paragraphes 66 à 142.



De plus, une exigence d'expérience trop précise dans la convention d'arbitrage peut ouvrir la voie à des demandes de récusation, notamment en présence d'une partie souhaitant retarder la procédure arbitrale.

Il est recommandé de s'abstenir de nommer expressément un arbitre dans la convention d'arbitrage, car une telle pratique comporte également le risque de ne pas pouvoir être mise en œuvre lorsque l'arbitre nommé n'est plus disponible.

En pratique, il serait préférable pour les parties que l'ICC propose une liste optionnelle d'arbitres expérimentés afin de garantir une certaine sécurité aux parties tout en offrant un choix suffisant de profils, comme cela a été développé ci-dessus.

3.3.2.5. Confidentialité de la procédure

Comme le droit français de l'arbitrage international, le Règlement d'arbitrage de l'ICC ne prévoit pas, par défaut, la confidentialité de la procédure. Si les parties souhaitent la confidentialité de la procédure, elles devront donc exprimer ce choix dans la convention d'arbitrage. À l'inverse, les parties peuvent s'accorder pour une plus grande transparence de la procédure consistant par exemple en la publication de la sentence et des mémoires des parties. Une telle option peut intéresser notamment les acteurs du secteur public sujets à des obligations de transparence.

3.3.2.6. Publication de la sentence, le cas échéant après anonymisation

Les parties peuvent dans leur convention d'arbitrage autoriser (ou au contraire exclure) la publication de la sentence, le cas échéant, anonymisée. Cette question est différente de la confidentialité de la procédure arbitrale en général. Par défaut, les parties et arbitres impliqués dans les arbitrages de l'ICC acceptent que les sentences prononcées à compter du 1^{er} janvier 2019 soient publiées sur information du Secrétariat aux parties, et à défaut de toute demande des parties que la sentence ou les informations relevant des données personnelles soient anonymisées ou pseudonymisées³⁹. Le Secrétariat peut toujours et à sa discrétion écarter la publication des sentences.

3.3.2.7. Notifications par email

Les parties peuvent convenir dans leur convention d'arbitrage que les notifications se feront uniquement par email avec accusé de réception, en précisant que ceci s'applique également à la

³⁹ Voir les paragraphes 41 à 46 de la « Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI » en date du 1^{er} janvier 2019, disponible au lien suivant (dernière consultation le 6 juin 2019) : <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-french.pdf>.



notification de la demande par le Secrétariat de la Cour avant la constitution du tribunal.

Une telle précision peut présenter un gain de temps significatif, en ce qu'elle dispense de l'attente des accusés de réception de fax et de lettres parfois aléatoires.

3.3.2.8. Jonction

Dans les cas appropriés, les parties pourraient considérer s'il convient de favoriser la jonction d'arbitrages en stipulant dans la convention d'arbitrage que les contrats (x) et (y) sont réputés participer à une opération juridique unique.

3.3.2.9. Délais de nomination des arbitres par la Cour

À défaut de nomination par les parties de l'arbitre unique ou, en cas de choix d'un tribunal de trois arbitres, du président du tribunal, ou par une partie de son arbitre, les parties pourront envisager de raccourcir dans la convention d'arbitrage le délai de nomination des arbitres par la Cour à 15 jours (au lieu de 30 jours par défaut)⁴⁰.

3.3.2.10. Nomination par le Président de la Cour

Les parties pourront dans la convention d'arbitrage habiliter le Président de la Cour à utiliser les prérogatives qu'il tient de l'article 13(4)(c) pour nommer l'arbitre unique ou le président du tribunal tripartite directement à défaut de nomination conjointe par les parties, sans passer par les comités nationaux de l'ICC.

Une telle option permettra de constituer un tribunal arbitral plus rapidement.

3.3.2.11. Récusation

La convention d'arbitrage peut prévoir l'accélération de la procédure de récusation d'un arbitre prévue par l'article 14(3) en demandant à la Cour de faire ses meilleurs efforts pour statuer dans un délai accéléré.

3.3.2.12. L'examen préalable du projet de sentence

La convention d'arbitrage peut requérir de la Cour de faire ses meilleurs efforts pour examiner le projet de sentence selon l'article 34 du Règlement CCI dans les meilleurs délais. L'article 4(6) de

⁴⁰ Articles 12(3) et 12(5) du Règlement CCI.



l'annexe II au Règlement CCI prévoit qu'aux fins des procédures accélérées, la Cour peut, à titre exceptionnel, créer un comité restreint composé d'un seul membre. L'examen par un comité restreint du projet de sentence peut permettre une accélération de cet examen (par rapport au comité de trois membres). En cas de présence d'une partie étatique, la Cour peut également organiser une séance plénière spéciale, outre ses plénières mensuelles. À défaut d'indication, le délai de 2-3 semaines s'appliquera pour les procédures accélérées⁴¹.

3.3.2.13. Techniques de gestion de procédure

Le dernier paramètre aménageable par les parties dans leur convention d'arbitrage est la gestion de la procédure prévue à l'annexe IV du Règlement CCI dans la mesure où l'organisation de la procédure est en principe entre les mains des parties. Les parties pourront ainsi envisager, une par une, les options énumérées à l'annexe IV du Règlement CCI pour en convenir, si le cas le justifie, dans la convention d'arbitrage.

Si l'on prend l'exemple d'un litige sur des produits dérivés, il serait souhaitable de prévoir une étape où le tribunal se prononcerait sur la survenance ou non de l'*Event of Default*, ce qui permettrait ensuite aux parties de transiger éventuellement. De même, il serait souhaitable de limiter la procédure de production de documents aux seuls documents pertinents et déterminants. Une fois que le tribunal est investi, une réunion de gestion de la procédure est organisée et il sera possible de demander des aménagements de la procédure.

⁴¹ Voir au paragraphe 135 de la « Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI » en date du 1^{er} janvier 2019, disponible au lien suivant (dernière consultation le 6 juin 2019) : <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-french.pdf>.



COMPOSITION DU GROUPE DU TRAVAIL



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL « Arbitrage simplifié en matière bancaire et financière »

PRÉSIDENT :

- **Alain LACABARATS**, Président de chambre honoraire à la Cour de cassation.

MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL :

- **Jérôme ABISSET**, directeur des affaires juridiques, AFG,
- **Georges AFFAKI**, Professeur associé à l'Université Paris II, avocat associé, Affaki,
- **Claire BOIGET**, directrice des affaires juridiques, AMAFI,
- **Nicolas BROOKE**, avocat associé, Signature,
- **Stéphanie CABOSSIORAS**, conseillère auprès de la directrice des affaires juridiques, AMF,
- **Christian CAMBOULIVE**, avocat associé, Gide Loyrette Nouel,
- **Nadège DEBENEY**, avocat collaborateur, Jones Day,
- **Nathalie DOUMET**, Vice President – legal adviser, International Litigation, Société Générale,
- **Gérard GARDELLA**, Secrétaire général, HCJP,
- **Anne-Sophie GIDOIN**, avocat collaborateur, Jones Day,
- **Anne GUILLEMIN**, legal counsel, Litigation, BNP Paribas, et médiatrice,
- **Mylène JUNIUS**, juriste, direction juridique groupe, BPI France,
- **Elie KLEIMAN**, avocat associé, Jones Day,
- **Gilles KOLIFRATH**, avocat associé, Kramer Levin,
- **Louise LAIDI**, juriste, secrétariat général direction juridique groupe, BPCE,
- **Jean MESSINESI**, Président honoraire du tribunal de commerce de Paris,
- **Francis VICARI**, juriste, Crédit Agricole SA.

OBSERVATEURS :

- Chancellerie
- **Alice NAVARRO**, Direction Générale du Trésor.



LISTE DES ANNEXES

*à consulter sur le site du HCJP
en téléchargeant le document joint
au rapport : ANR29-Annexes*



LISTE DES ANNEXES

« Arbitrage simplifié en matière bancaire et financière »

A consulter sur le site

en téléchargeant le document joint au rapport : ANR29-Annexes

Composition du Groupe de travail

ANNEXE 1 - Les chambres internationales du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris et le règlement judiciaire des litiges internationaux

ANNEXE 2 - La médiation

ANNEXE 3 - Conséquences du Brexit sur l'exequatur en France d'une sentence arbitrale et d'un jugement rendu au Royaume-Uni

ANNEXE 4 - Comparaison des règlements AFA / CMAP / ICC

ANNEXE 5 - Les clauses compromissoires dans les contrats-cadre de dérivés ISDA

ANNEXE 6 - Principaux critères de choix entre l'arbitrage et la justice étatique retenus par les établissements bancaires et financiers français et les conséquences pour l'arbitrage simplifié

ANNEXE 7 - Communication de l'Amafi à ses adhérents

ANNEXE 8 - Problématique de l'administration de la preuve

ANNEXE 9 - Tableau comparatif – Arbitrage accéléré proposé et chambre internationale du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris