

REGULATION

Schiedsgerichtbarkeit im Bank- und Finanzwesen

Arbitration in Banking and Finance



I. Einführung

Traditionell haben Bank- und Finanzinstitute als primäres Mittel zur Beilegung finanzieller Streitigkeiten der staatlichen Justiz den Vorzug vor der Schiedsgerichtbarkeit gegeben

Die Zurückhaltung in Bezug auf die Schiedsgerichtbarkeit bei dieser Art von Streitigkeiten steht im deutlichen Kontrast zu der im Handel üblichen Praxis. Die Akteure des internationalen Handels greifen nämlich zur Streitbeilegung häufig auf die Schiedsgerichtbarkeit zurück damit sie sich nicht dem Gericht der anderen Partei stellen müssen oder weil es keine geeigneten Richter für ihre Streitsache gibt.

Die Schiedsgerichtbarkeit ermöglicht es, eine Streitigkeit durch eine oder mehrere Personen (Schiedsrichter) zu entscheiden, denen sich die Parteien ausserhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit unterwerfen. Im Rahmen des internationalen Handels ist sie mit zahlreichen Vorteilen verbunden. Insbesondere internationale Staatsverträge ermöglichen die nahezu universelle Anerkennung (und Vollstreckung) von Schiedsurteilen. Darüber hinaus ist ein Schiedsverfahren relativ flexibel und schnell im Vergleich zu staatlichen Gerichtsverfahren.¹ Zudem kann die Streitsache sachverständigen Experten aus der jeweiligen Branche vorgelegt werden.

Angesichts der zahlreichen Vorteile der Schiedsgerichtbarkeit ist im Bank- und Finanzwesen in letzter Zeit eine Öffnung hinsichtlich dieses Verfahrens der Streitbeilegung erkennbar.

Zwei aufeinanderfolgende Berichte haben die Entwicklung der Schiedsgerichtbarkeit im Bank- und Finanzwesen untersucht. Der erste vom 19. Mai 2014

¹ Die Parteien können insbesondere die Möglichkeit eines Dringlichkeitsschiedsrichters vorsehen (vgl. z.B. Art. 42 der Swiss Rules of International Arbitration ("Swiss Rules"); Art. 29 der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer ("ICC").

I. Introduction

Historically, banks and financial institutions have preferred court litigation over arbitration as main means to resolve financial disputes.

This reluctance to resort to arbitration for this type of dispute significantly departs from the commercial practice. Indeed, international traders frequently chose arbitration to settle their disputes to avoid being sued before the courts of the other party or because there is no appropriate court for the dispute at stake.

Arbitration is a means to settle a dispute by one or several individuals (i.e. the arbitrators). The parties have agreed to abide by their adjudication, outside the state courts. Arbitration has several benefits in international trade. In particular, international treaties provide for the nearly world-wide recognition (and enforcement) of arbitral awards. Moreover, the arbitral proceedings are flexible and faster than court proceedings.¹ The parties may also submit their dispute to experts of the field concerned.

In view of the numerous advantages of arbitration, the banking and finance sector have recently shown some interest in this mechanism of dispute resolution.

Two consecutive studies have analyzed the development of arbitration in banking and finance. The first, dated 19 May 2014, was drafted by a group of experts appointed by the *Comité français de l'arbitrage* ("CFA"), which was headed by Professor Georges Affaki.² The second report was published on 9 November 2016 by the ICC. This report was drafted by a commission

¹ In particular, the parties may agree to submit the dispute to an "emergency arbitrator" (see e.g. Article 42 of the Swiss Rules of International Arbitration ("Swiss Rules"); Article 29 of the International Chamber of Commerce ("ICC") Rules of Arbitration.



wurde von einer vom *Comité français de l'arbitrage* ("CFA") ernannten und von Professor Georges Affaki geleiteten Expertengruppe erstellt.² Der zweite wurde am 9. November 2016 von der Internationalen Handelskammer ("ICC") veröffentlicht und von einer von Claudia Salomon und Georges Affaki gemeinsam geleiteten Kommission verfasst.³ Beide Berichte bestätigen diese Entwicklung der Schiedsgerichtbarkeit im Bank- und Finanzwesen.

Basierend auf diesen Berichten analysiert der vorliegende Beitrag in erster Linie die Gründe für diese Entwicklung, um anschliessend die Bereiche des Finanzsektors mit dem grössten Potenzial für die Schiedsgerichtbarkeit zu definieren.

II. Die Entwicklung der Schiedsgerichtbarkeit im Bank- und Finanzwesen

Im Bank- und Finanzwesen lässt sich eine schrittweise Entwicklung der Schiedsgerichtbarkeit feststellen.

Die Gründe für die Öffnung zu Gunsten dieses alternativen Mechanismus der Streitbeilegung sind zahlreich und vielfältig.

Finanzielle Streitigkeiten wurden erstmals in den 1990er-Jahren in den USA durch Schiedsgerichtbarkeit beigelegt. Damals begannen Banken, Schiedsgerichtsklauseln in Kreditverträge aufzunehmen, um nicht vor den amerikanischen Gerichten verklagt zu werden, deren Jurys dem Bankwesen gegenüber tendenziell eher feindselig gestimmt waren. Zudem können letztere den Geschädigten Strafschadenersatz ("*punitive damages*") zusprechen, dessen Höhe den erlittenen Schaden weit übersteigen kann.

jointly headed by Ms. Claudia Salomon and Professor Affaki³. Those two reports have confirmed such development of arbitration in banking and finance.

Based on these reports, this article first analyses the reason of this development, before defining the main fields where arbitration is chosen to settle financial disputes.

II. The development of arbitration in the banking and finance sector

Arbitration gradually expands in the fields of banking and finance.

The reasons of such openness towards this dispute resolution mechanism are numerous and diverse.

The arbitration of finance disputes first appeared in the United States during the nineties. At that time, banks started to include arbitration clauses in their loan agreement in order to avoid being sued in lender liability cases before American civil juries, who may be hostile against banks. In addition, those juries are empowered to grant punitive damages whose amount may significantly exceed the damage incurred.

More recently, after the financial crisis of 2008, U.S. banks were sued by an indefinite number of plaintiffs pooled in a class (so-called "class actions") for the purpose of claiming excessive damages.

² Vgl. *Comité français de l'arbitrage, Groupe de travail sur l'arbitrage en matière bancaire et financière sous la direction du Professeur Georges Affaki, Rapport final* ("CFA Schlussbericht"), 19 Mai 2014, S. 4-5 (< <http://www.cfa-arbitrage.com/index.php/presentation/groupe-de-travail> >).

³ ICC Commission Report, *Financial Institutions and International Arbitration*, 2016 ("ICC Bericht"), S. 17, N 103 (< <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf> >).

² Cf. *Comité français de l'arbitrage, Groupe de travail sur l'arbitrage en matière bancaire et financière sous la direction du Professeur Georges Affaki, Rapport final* (hereinafter: "CFA Final Report"), of 19 May 2014, pp. 4-5; this report is available at <<http://www.cfa-arbitrage.com/index.php/presentation/groupe-de-travail>>.

³ ICC Commission Report, *Financial Institutions and International Arbitration*, of 2016 ("ICC Report"), at p. 17, para. 103. The ICC Report is available at <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf>>.

In jüngerer Zeit, nach der Finanzkrise 2008, waren amerikanische Banken Gegenstand von Sammelklagen ("class actions"), die darauf abzielten, exorbitant hohe Beträge einzufordern.

Diese Umstände haben einen günstigen Nährboden für die Schiedsgerichtbarkeit geschaffen. Amerikanische Banken bevorzugen nunmehr vermehrt den Einsatz von Schiedsrichtern, die bei der Festsetzung des Schadensersatzes als strenger gelten, und denen grundsätzlich keine Sammelklagen unterbreitet werden können.⁴

Allerdings sind nicht nur amerikanische Banken derartigen Risiken ausgesetzt. Vor amerikanischen Gerichten können nämlich auch Verfahren angestrengt werden, deren Streit Sache nur entfernt mit US Territorium verbunden ist. Daher könnten auch europäische und schweizerische Banken, namentlich jene, die amerikanische Kunden haben, der Schiedsgerichtbarkeit aus diesen Gründen künftig den Vorzug geben.

Ferner haben sich die Kräfteverhältnisse in unserer globalisierten Welt verändert. Banken können nicht mehr selbstverständlich davon ausgehen, dass sie sich an die Gerichte (gegebenenfalls die Handelsgerichte) von Genf, Zürich, Paris, London oder New York wenden können. Die Verhandlungsmacht von Schwellenländern wurde gestärkt, so dass sie unter Umständen verlangen können, dass Streitigkeiten mit europäischen und amerikanischen Banken vor "ihren Gerichten" beigelegt werden, das heisst, an einem beliebigen Ort in der Welt. Die Schiedsgerichtbarkeit ist ortsungebunden und kann einen akzeptablen Kompromiss für alle beteiligten Parteien darstellen.⁵

Wichtiger noch, die Entwicklung der Schiedsgerichtbarkeit im Finanzsektor war auch möglich, weil Schiedsurteile auf der Grundlage von Staatsverträgen weltweit anerkannt werden können. Insbesondere haben gegenwärtig 159 Staaten das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (kurz New Yorker Übereinkommen) vom 10. Juni 1958 ratifiziert. Dieses Übereinkommen bildet einen Grundpfeiler

der internationalen Schiedsgerichtbarkeit und stellt ihre Effizienz sicher. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, ausländische Schiedskonventionen und Schiedsurteile anzuerkennen (und zu vollstrecken). Dabei handelt es sich um einen nicht von der Hand zu weisenden Vorteil der Schiedsgerichtbarkeit, der im internationalen Handel - und auch im Finanzsektor - häufig ausschlaggebend für die Aufnahme von Schiedsklauseln in Verträge ist.

Da internationale Staatsverträge über die Anerkennung von ausländischen Urteilen fehlen, kann es umgekehrt dagegen schwierig, ja sogar unmöglich sein, ein Urteil eines staatlichen Gerichts (z. B. in der Schweiz) im Ausland (z. B. in Indien) zu vollstrecken. Ein Urteil zugunsten einer schweizerischen Bank, das vor einem schweizerischen Gericht (welches aufgrund einer Klausel über die Wahl des Gerichtsstands im streitigen Vertrag zuständig ist) erzielt wurde, kann zum "Papiertiger" werden, da die Vollstreckung im Ausland nicht möglich ist.

Innerhalb der Europäischen Union (EU) ist der vermehrte Rückgriff auf Schiedsverfahren weniger dringlich, da das Brüsseler Übereinkommen die Anerkennung und die Vollstreckung von Urteilen zwischen EU-Mitgliedsstaaten regelt.⁶ Basierend auf diesem Vertrag etabliert das Lugano-Übereinkommen, das zwischen der Schweiz, den EU-Mitgliedsstaaten sowie Norwegen, Dänemark und Island geschlossen wurde, ebenfalls ein System für den freien Verkehr gerichtlicher Entscheidungen innerhalb dieser Hoheitsbereiche.⁷

III. Schwerpunktgebiete der Schiedsgerichtbarkeit im Bank- und Finanzwesen

Internationale Kredite eignen sich besonders gut für die Schiedsgerichtbarkeit, insbesondere, wenn sich die Vermögenswerte des Schuldners (Kreditnehmers) im Ausland befinden. Im Rahmen von internationalen Finanzierungen, die einem souveränen Staat

Those elements have created conditions favorable to arbitration. Indeed, U.S. banks have favored the use of arbitrators, who are deemed to be more rigorous in the assessment of damages to be granted and before whom class actions cannot, as a general rule, be brought.⁴

It would be wrong to think that only U.S. banks are faced with such risks. Indeed, legal actions may be brought before U.S. courts even in cases where the dispute at stake is only remotely connected with the U.S. territory. European and Swiss banks, in particular those dealing with U.S. clients, may therefore favor arbitration for the same reasons.

The bargaining position has also changed in a global market. The banks can no longer consider as granted the jurisdiction of the (commercial, if any) courts of Geneva, Zurich, Paris, London or New York. The bargaining power of emerging countries has been strengthened so that those countries may request to refer any dispute against European or U.S. banks to "their courts", i.e. anywhere in the world. Since it is delocalized, arbitration may offer an acceptable compromise for all parties involved.⁵

More importantly, arbitration is growing in the financial sector because of the worldwide recognition of arbitral awards based on international treaties. In particular, 159 States are now parties to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the "New York Convention" of 10 June 1958). This treaty constitutes one of the pillars of international arbitration, as it ensures its efficiency. The signatory States indeed have promised to recognize (and enforce) arbitration agreements and arbitral awards across their borders. This is an important feature of arbitration, which is one of the main reasons why international commercial traders include arbitration clauses in their contract, including in the financial sector.

By contrast, in the absence of international treaties on the recognition of foreign court

⁴ *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662, 130 S. Ct. 1758 (2010).

⁵ Vgl. CFA Schlussbericht, S. 4-5.

⁶ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung).

⁷ Vgl. Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), 30. Oktober 2007.

⁴ *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662, 130 S. Ct. 1758 (2010).

⁵ Cf. CFA Final Report, at pp. 4-5.

oder einer Gegenpartei in einem Schwellenland gewährt werden, greifen Bankinstitute häufig auf die Schiedsgerichtsbarkeit zurück.⁸ Die Schiedsgerichtsklausel muss jedoch mit Vorsicht verfasst werden. Komplexe internationale Finanzierungsgeschäfte können mehrere Parteien involvieren, daher ist darauf zu achten, dass die Schiedsvereinbarung für alle betroffenen Parteien verbindlich ist.⁹

Zum Beispiel erstellte 2010 die *International Swap Dealers Association* ("ISDA") einen Rahmenvertrag für Derivate, der mit der Scharia konform ist (*Tahawwut Master Agreement*),¹⁰ und ergänzte ihn mit einer Schiedsgerichtsklausel zugunsten der ICC, um sicherzustellen, dass Sachverständige die Konformität der Finanzprodukte mit der Scharia prüfen können.¹¹

2013 wurde eine optionale Schiedsklausel in den Rahmenvertrag der ISDA aufgenommen. Die Parteien können zwischen mehreren anerkannten Schiedsinstitutionen wählen, namentlich der ICC, dem London Court of International Arbitration ("LCIA"), der American Arbitration Association ("AAA"), dem Hong Kong International Arbitration Centre ("HKIAC"), dem Singapore International Arbitration Centre ("SIAC") und der Swiss Chambers' arbitration institution ("SCAI").¹² Dieser Rahmenvertrag bietet zudem die Möglichkeit eines unter der Ägide des *Panel of Recognised International Market Experts in Finance Arbitration Rules* ("P.R.I.M.E. Finance Rules") in London, New York oder Den Haag administrierten Schiedsverfahrens (in Zusammenarbeit mit dem Ständigen Schiedsgerichtshof).¹³ Nebst ihrer Expertise stellt diese Institution eine gewisse Standardisierung für diese Art von Transaktionen sicher und veröffentlicht ihre Urteile.

Banken greifen zudem auf Verfahren mit Experten zurück, um Streitsachen beizulegen, die spezifische Kenntnisse verlangen. Insbesondere das Verfahren *Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise* ("DOCDEX"), das von der ICC verwaltet wird, bietet eine privilegierte Plattform für die Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit Bankakkreditiven. Es handelt sich um ein ausschliesslich schriftliches Verfahren, das

decisions, it may be difficult, if not impossible, to enforce a decision issued by a court (e.g. in Switzerland) in a foreign country (e.g. in India). Therefore, a favorable decision obtained by a Swiss bank before a Swiss court (whose jurisdiction is based on a jurisdiction clause contained in the disputed contract) may become a mere "paper tiger", due to its inability to be enforced in foreign countries.

The need to resort to arbitration is however less pressing within the European Union ("EU") since the Recast Brussels Regulation regulates the recognition and enforcement of judgments between EU member states.⁶ Based on the Recast Brussels Regulation, the Lugano Convention entered into between Switzerland and the EU members, as well as Norway, Denmark and Island also provides for a system of free circulation of court decisions within those territories.⁷

III. Primary fields of arbitration in banking and finance

International credits are particularly well-suited for arbitration, in particular when the assets of the debtor (borrower) are located in a foreign country. Banks regularly use arbitration in international financing transactions with States or counterparties from an emerging market.⁸ The arbitration clause must however be carefully drafted since complex transactions of international financing may involve several parties. One should therefore make sure that all parties involved are bound by the arbitration clause.⁹

As stated above, arbitration allows to submit the dispute to experts of the relevant field instead of regular justice system. Being well aware of these advantages, several financial institutions have preferred arbitration in certain types of financial disputes.

For example, in 2010, the *International Swap Dealers Association* ("ISDA") has created a mater agreement for Islamic derivatives (Tahawwut) and included an ICC arbitration clause in order to ensure that the validity of these products under the Charia can be examined by experts in the field.¹¹

In 2013, an optional arbitration clause was included in the ISDA master agreement. The parties may opt between several well-recognized arbitral institutions, in particular the ICC, the London Court of International Arbitration ("LCIA"), the American Arbitration Association ("AAA"), the Hong Kong International Arbitration Centre ("HKIAC"), the Singapore International Arbitration Centre ("SIAC"), and the Swiss Chambers' arbitration institution ("SCAI").¹² This master agreement further proposes that the arbitration be administered by the *Panel of Recognised International Market Experts in Finance Arbitration Rules* ("P.R.I.M.E. Finance Rules") in London, New York or in The Hague (in cooperation with the Permanent Court of Arbitration).¹³ In addition to its expertise, this arbitration center ensures a certain standardization of these types of transactions and publishes its arbitral awards.

Banks often resorts to proceedings before experts, in order to settle disputes that require specific knowledge. In particular, the procedure *Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise* ("DOCDEX"), administered by the ICC,¹⁴ offers a preferred platform for the settlement of disputes in documentary instruments. This is a written proceeding only, administered by bankers specialized in this kind of transactions. Although the DOCDEX decision is, as a matter of principle, not binding, the parties may agree that they will be bound by such decision. In this case, the DOCDEX procedure is similar to an ordinary arbitration procedure, although being simplified.¹⁵

⁸ ICC Bericht, S. 17, N 103.

⁹ Vgl. diesbezüglich die Empfehlungen im ICC Bericht, S. 3 ff.

¹⁰ <<https://www.isda.org/book/isda-iifm-tahawwut-master-agreement/>>.

¹² Vgl. CFA Schlussbericht, S. 63, N 95.

¹³ <<https://primefinancedisputes.org/page/about-us>>.

⁶ Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).

⁷ See Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters of 30 October 2007.

⁸ ICC Report, p. 17, para. 103.

⁹ In this regard, see the recommendations contained in the ICC Report, at pp. 3 et seq.

¹⁰ <<https://www.isda.org/book/isda-iifm-tahawwut-master-agreement/>>.

¹¹ See CFA Final Report, at p. 63, para. 95.

¹² See <<https://www.isda.org/a/6JDDDE/isda-arbitration-guide-final-09-09-13.pdf>>.

¹³ <<https://primefinancedisputes.org/page/about-us>>.

¹⁴ <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex/>>.

¹⁵ CFA Final Report, at p. 74, para. 122.



Finally, over a decade, many investment arbitrations related to banking and finance transactions involved financial institutions and States which are signatories of Bi- or Multilateral treaties protecting investments. These treaties provide that any investor in the relevant Contracting State may initiate an arbitration against the host country of the investment. The majority of these arbitrations are administrated by the World Bank's International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID") in Washington.¹⁶

IV. Measures taken by the financial institutions and regulators to foster arbitration

Arbitration is also recommended, or even imposed, by several financial institutions and regulators.¹⁷

For example, in the aftermath of the Lehman Brothers bankruptcy, the banking regulator in Hong Kong, the *Hong Kong Monetary Authority* ("HKMA"), has created in

von Bankiers durchgeführt wird,¹⁴ die mit diesen Transaktionen bestens vertraut sind. Obwohl die DOCDEX-Entscheidung grundsätzlich nicht verbindlich ist, können die Parteien vereinbaren, sich an diese Entscheidung zu halten. In diesem Fall ähnelt das DOCDEX-Verfahren einem vereinfachten traditionellen Schiedsverfahren.¹⁵

In den letzten zehn Jahren stehen sich bei Schiedsverfahren, bei denen es um Investitionsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Bank- und Finanztransaktionen geht, vermehrt Finanzinstitutionen und Staaten gegenüber, die bi- oder multilaterale Verträge unterzeichnet haben, welche den Schutz der Investition garantieren. Diese Verträge sehen für jeden Investor eines unterzeichnenden Staates die Möglichkeit vor, ein Schiedsverfahren gegen den Staat einzuleiten, in dem die Investition erfolgt. Ein Grossteil dieser Schiedsverfahren wird vom Internationalen Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten ("ICSID") der Weltbank in Washington verwaltet.¹⁶

IV. Massnahmen von Finanzinstitutionen und Regulatoren zur Förderung der Schiedsgerichtbarkeit

Die Schiedsgerichtbarkeit wird auch von einigen Finanzinstitutionen und Regulatoren empfohlen, wenn nicht sogar vorgeschrieben.¹⁷

Beispielsweise nach dem Konkurs von Lehman Brothers 2008 hat die Bankenaufsicht von Hongkong, die *Hong Kong Monetary Authority* ("HKMA"), ein Mediations- und Schiedsgerichtssystem eingeführt. Es ernannt das Hong Kong International Arbitration Center ("HKIAC") zur zuständigen Instanz für die Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesem aufsehenerregenden Konkurs.¹⁸

Angesichts des Erfolgs (90 % der 143 Verfahren waren erfolgreich) hat die HKMA anschliessend das permanente *Financial Dispute Resolution Center* ("FDRC") gegründet, um Finanzstreitigkeiten zwischen Banken und Kunden oder Gegenparteien beizulegen.¹⁹ Seit dem 19. Juni 2012 hat diese gemeinnützige und staatlich unabhängige Instanz den Auftrag, alle Streitigkeiten monetärer Natur zwischen einer natürlichen Person (oder einem Einzelunternehmen) und einem Bank- oder Finanzinstitut, bei denen es um Zahlungs- oder Kredittransaktionen oder Investmentprodukte geht, zu regeln. Dieses Verfahren zur Streitbeilegung ist für Bankinstitute obligatorisch und für ihre Kunden optional. Für den Streitwert wurde eine Obergrenze von 500'000 HKD (d. h. circa 63'000 CHF, Kurs Juli 2018) festgelegt. Das System scheint sich positiv auf die Bearbeitung von Kundenansprüchen durch die Banken auszuwirken.²⁰

In den USA hat die *Financial Industry Regulatory Authority* ("FINRA") zudem den Auftrag, den Schutz der Investoren und der Integrität des Marktes sicherzustellen. Hierzu hat sie einen Schiedsgerichtsmechanismus (*Code of Arbitration Procedure*) eingeführt, der es Brokern und Investoren ermöglicht, ihre Streitsache durch Schiedsgerichtbarkeit beizulegen.²¹

¹⁶ For more details, see CFA Final Report, at pp. 21 et seq.

¹⁷ *Id.*, at pp. 33 et seq.

¹⁴ <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex/>>.

¹⁵ CFA Schlussbericht, S. 74, N 122.

¹⁶ Vgl. im Detail CFA Schlussbericht, S. 21 ff.

¹⁷ *Id.*, S. 33 ff.

¹⁸ Vgl. CFA Schlussbericht, S. 33, N 37 und die zitierten Verweise.

¹⁹ <<https://www.fdr.org.hk/>>.

²⁰ Vgl. CFA Schlussbericht, S. 34, N 41.

²¹ <<https://www.finra.org/arbitration-and-mediation>>.

Das Interesse der Aufsichtsbehörden an der Schiedsgerichtbarkeit ist auch in Europa spürbar. In Spanien wurden im Bankensektor beispielsweise vier Schiedsgerichtssysteme eingeführt, um Streitigkeiten zwischen Kreditinstituten beizulegen. Besonders zu erwähnen ist der Servicio para dirimir cuestiones entre bancos ("DIRIBAN"), der Streitigkeiten zwischen Banken regeln soll.²²

V. Schiedsgerichtbarkeit und Retailbanken

Auf den ersten Blick scheint sich das Retail-Bankgeschäft kaum für die Schiedsgerichtbarkeit zu eignen, vor allem im Hinblick auf die Schwierigkeiten, die durch die Frage der Schiedsfähigkeit²³ von Konsumentenkrediten entstehen. Obwohl das schweizerische Recht zur internationalen Schiedsgerichtbarkeit im Hinblick auf die Frage der Schiedsfähigkeit von Verbraucherstreitigkeiten sehr liberal ist,²⁴ könnte die Vollstreckung eines Schiedsurteils zugunsten einer Schweizer Bank und gegen einen ausländischen Kunden (Konsumenten) in einigen Jurisdiktionen, die diesbezüglich strenger sind (namentlich in einigen EU-Mitgliedsstaaten wie beispielsweise Deutschland)²⁵ gefährdet sein. Der ausländische Kunde könnte sich der Vollstreckung des Schiedsurteils widersetzen und sich auf die Nicht-Schiedsfähigkeit der Streitsache berufen (vgl. Art. V(2)(a) des New Yorker Übereinkommens).

Im Übrigen ist bei Transaktionen im Retail-Bankgeschäft nicht zwangsläufig ein Expertenurteil notwendig, da es bei Streitig-

2008 a mediation and arbitration system in which the Hong Kong International Arbitration Center ("HKIAC") was chosen to administer dispute settlement in the wake of this bankruptcy.¹⁸

In view of the success of this experience (90% of the 143 proceedings were successfully administered), the HKMA then created a permanent center to settle financial disputes between the banks and their client or counterparties: the *Financial Dispute Resolution Center* ("FDRC").¹⁹ As from 19 June 2012, this non-profit organization, which is fully independent of the government, administer all monetary disputes between individuals (and single-member companies) and a banking or finance institution related to any operation of payment or credit and to product investment. This dispute resolution mechanism is mandatory for all banking institutions, and optional for client, being noted that the amount in dispute is capped to HKD 500,000 (i.e. approximately CHF 63,000 in July 2018). It seems that this system had a positive impact on the treatment by the banks of the claims made by their clients.²⁰

In the United States, the *Financial Industry Regulatory Authority* ("FINRA") has also the task of protecting the investors and the integrity of the market. For that purpose, it has created an arbitration mechanism (*Code of Arbitration Procedure*) which aims at settling disputes between brokers and investors through arbitration.²¹

The interest of the regulators for arbitration also arises in Europe. For example, in Spain, four arbitration systems were put in place within the banking sector in order to settle disputes between credit institutions. In particular, the *Servicio para dirimir cuestiones entre bancos* ("DIRIBAN") is aimed at settling interbank disputes.²²

¹⁸ See CFA Final Report, at p. 33, para. 37 and the quoted references.

¹⁹ <<https://www.fdr.org.hk/>>.

²⁰ See CFA Final Report, at p. 34, para. 41.

²¹ <<https://www.finra.org/arbitration-and-mediation>>.

²² For more details, see CFA Final Report, at pp. 35 ss, paras. 42 et seq.

²³ The laws of the arbitration commonly provide which matter may be subject to arbitration, which corresponds to the so-called concept of "arbitrability". Pursuant to Swiss law of international arbitral, all dispute involving an economic interest may be subject to arbitration (see Article 177(1) of the Private International Law Act (PILA)).

V. Arbitration and retail banking

At first glance, retail banking is less suited to arbitration, in particular in view of the hurdles arising from issues of arbitrability²³ when dealing with consumer credits. Although the Swiss law of international arbitration is very liberal with respect to the arbitrability of consumer disputes,²⁴ the enforcement of an arbitral award which is favorable to a Swiss bank against a foreign client (consumer) may be jeopardized in some jurisdictions which are more restrictive in this regard (in particular, in several EU State members, such as Germany).²⁵ Indeed, the foreign client may object to the enforcement of the arbitral award on the ground that the dispute is non-arbitrable (see Article V(2)(a) of the New York Convention).

In addition, the transactions in retail banking do not necessarily need to resort to an expert determination, since the subject-matter of the dispute very often relates to the mere recovery of the loan.²⁶

However, some fields of retail banking may however be ripe for arbitration, in particular when the bank manage the portfolio of a client based on an advisory agreement or an asset management agreement. Indeed, in those cases, it may be appropriate to resort to experts (i.e. the arbitrators) in the field in order to assess whether the banker has breached its professional duties, in particular the duty to inform the duty to advise and to warn (depending on the experience and knowledge of the client concerned), the duty of care and of loyalty, etc.²⁷⁻²⁸ More specifi-

²² Vgl. CFA Schlussbericht, S. 35 ff, paras. 42 ss mit weiteren Hinweisen.

²³ Das Schiedsrecht gibt gewöhnlicherweise vor, welche Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt werden können, wobei in diesem Zusammenhang von "Schiedsfähigkeit" gesprochen wird. Gemäss dem schweizerischen internationalen Schiedsrecht kann Gegenstand eines Schiedsverfahrens jeder vermögensrechtliche Anspruch sein (vgl. Art. 177 Abs. 1 des Gesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG)).

²⁴ Vgl. Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2015, S. 102, N 3.47.

²⁵ Vgl. CFA Schlussbericht, S. 19, N 14 und die zitierten Verweise. Der Europäische Gerichtshof hat ebenfalls entschieden, dass die Richtlinie 93/13/EEC über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5 April 1993 die Vereinbarung einer Schiedsklausel in einem Verbrauchervertrag mit einem Konsumenten verbietet. Vgl. Rechtssache *Mostaza Claro v. Centro Movil*, vom 26 Oktober 2006, JDI 2007, S. 581.

²⁴ See Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2015, at p. 102, para. 3.47.

²⁵ See CFA Final Report, at p. 19, para. 14 and the quoted references. The European Court of Justice has also held that the Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts of 5 April 1993 prohibits to include an arbitration clause with a consumer in a consumer contract. See affaire *Mostaza Claro v. Centro Movil*, of 26 October 2006, JDI 2007, at p. 581.

²⁶ CFA Final Report, at p. 69, para. 109.

²⁷ See e.g. Article 11 Federal Law on Stock Exchanges and Security Trading (LBVM). See e.g. Swiss Federal Supreme Court, decision 4C.205/2006 of 21 February 2007.

²⁸ CFA Final Report, at p. 70, para. 110; ICC Report, at p. 21.



keiten meist um die einfache Eintreibung von geliehenen Beträgen geht.²⁶

In einigen Tätigkeitsbereichen von Retailbanken kann die Schiedsgerichtbarkeit dennoch ein gutes Mittel sein, im Besonderen, wenn die Bank das Portfolio eines Kunden auf der Basis eines Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsmandats verwaltet. In solchen Fällen kann es sinnvoll sein, Spezialisten (d. h. Schiedsrichter) mit der Frage zu betrauen, ob der Bankier gegen seine beruflichen Pflichten verstossen hat, namentlich die Informationspflicht, die Beratungspflicht und die Abmahnungspflicht (je nach Erfahrung und Kenntnissen des betroffenen Kunden), die Sorgfalts- und Treuepflicht usw.^{27,28} Vor allem die Feststellung des Schadens, der dem Kunden entstanden ist, kann komplexe Fragen aufwerfen, die das Urteil eines Experten erfordern könnten.

Für diese Art von Streitigkeiten muss von Fall zu Fall über die Notwendigkeit einer Schiedsgerichtbarkeit entschieden werden, wobei die besonderen Umstände der Transaktion oder der Streitigkeit zu berücksichtigen sind. Hierzu können schweizerische Banken erwägen, sogenannte "asymmetrische" Streitbeilegungsklauseln zu integrieren, die es ihnen ermöglichen, zum gegebenen Zeitpunkt zwischen dem ordentlichen gerichtlichen Weg und einer Schiedsgerichtbarkeit zu wählen. Es sei jedoch erwähnt, dass die Gültigkeit solcher

einseitiger Klauseln fraglich ist, falls der Kunde (einschliesslich eines Einzelunternehmens) als Konsument qualifiziert werden muss.²⁹

Vielleicht kann die Lösung wie im oben geschilderten Fall der FDRC in Hongkong vom Regulator kommen. Es ist jedoch kaum wahrscheinlich, dass ein solches System von den schweizerischen Banken unterstützt wird, da diese generell Selbstregulierungsmechanismen bevorzugen.

VI. Schluss

Die in diesem Beitrag dargelegten Punkte zeigen, dass sich das Bank- und Finanzwesen schrittweise gegenüber der Schiedsgerichtbarkeit öffnet.

Es handelt sich jedoch um eine zaghafte Öffnung, vor allem auf dem Finanzplatz Schweiz. Dies ist insbesondere auf die vorstehend erwähnte Tradition im Bankwesen zurückzuführen, staatlichen Gerichten den Vorzug zu geben.

Somit ist es die Aufgabe der Praktiker, insbesondere der Schiedsgemeinschaft, die Vorteile der Schiedsgerichtbarkeit in den betroffenen Kreisen zu fördern. Vor diesem Hintergrund ist die Arbeit der Expertengruppe der CFA und der ICC im Bereich der Schiedsgerichtbarkeit im Bank- und Finanzwesen zu begrüssen. ■

cally, the assessment of the damage incurred by the client may raise complex issues which may need an expert determination.

For this type of disputes, the need to resort to arbitration should be decided on a case by case basis, depending on the particularities of the transaction or dispute at stake. To that effect, the Swiss banks may consider including so-called "asymmetrical" dispute resolution clauses, which would enable them, when needed, to choose between state court proceedings or arbitration. However, the validity of such unilateral clauses may be doubtful when the client (including a single-member company) must be characterized as consumer.²⁹

The solution may be given by the regulator, as shown above with respect to the FDRC in Hong Kong. However, it is unlikely that such system would be supported by the Swiss banks - which tend to prefer mechanisms of self-regulation.

VI. Conclusion

The above-mentioned elements show that the banking and finance sectors are increasingly resorting to arbitration.

However, this openness towards arbitration remains cautious on the Swiss financial market.

This is due to the above-mentioned tradition within the banking sector to favor state courts.

It is therefore for the practitioners, in particular for the arbitral community, to promote the advantages of arbitration by the relevant circles. Against this background, the work done by the CFA's and ICC's group of experts should be welcomed. ■

²⁶ Vgl. CFA Schlussbericht, S. 69, N 109.

²⁷ Vgl. Art. 11 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG). Vgl. z.B. Bundesgericht, Urteil 4C.205/2006 21 Februar 2007.

²⁸ CFA Schlussbericht, S. 70, N 110 ; ICC Bericht, S. 21.

²⁹ Bezüglich asymmetrischer Streitbeilegungsklauseln vgl. Französisches Kassationsgericht, Zivilkammer 1, n° 13-27264, vom 25 März 2015, kommentiert von Alexandre Richa, "La Cour de cassation française tire à nouveau sur les clauses de for asymétriques" (<<https://www.cdbf.ch/931/#.W0dnQUxuJaQ>>).

²⁹ With respect to asymmetrical jurisdiction clauses: see Cour de cassation française, Chambre civile 1, n° 13-27264, of 25 March 2015, commented by Alexandre Richa, "La Cour de cassation française tire à nouveau sur les clauses de for asymétriques", available at <<https://www.cdbf.ch/931/#.W0dnQUxuJaQ>>.