

# REGULATION

## Arbitrage en matière bancaire et financière

### Arbitration in Banking and Finance



#### I. Introduction

Les établissements bancaires et financiers ont traditionnellement privilégié la justice étatique plutôt que l'arbitrage comme mode principal de règlement des litiges financiers.

Cette réticence à recourir à l'arbitrage pour ce type de litiges contraste, d'une façon marquée, avec la pratique en matière commerciale. En effet, les opérateurs du commerce international recourent fréquemment à l'arbitrage pour régler leurs différends afin d'éviter de se soumettre au juge de l'autre partie ou parce qu'il n'existe pas de juge adéquat pour le litige en cause.

L'arbitrage permet de régler un différend par une ou plusieurs personnes (les arbitres), auxquelles les parties ont décidé de s'en remettre, en dehors des juridictions étatiques. Il présente de nombreux avantages dans le cadre du commerce international. En particulier, des instruments internationaux permettent la reconnaissance (et l'exécution) presque universelle de la sentence issue de la procédure arbitrale. Par ailleurs, la procédure arbitrale présente une certaine flexibilité et rapidité.<sup>1</sup> Elle permet également de soumettre le litige à des spécialistes de la branche concernée.

Au vu des nombreux avantages offerts par l'arbitrage, une ouverture récente s'est dessinée dans le secteur bancaire et financier en faveur de ce mode de règlement des litiges.

Deux rapports successifs ont analysé l'évolution de l'arbitrage en matière bancaire et financière. Le premier, daté du 19 mai 2014, a été établi par un groupe

<sup>1</sup> Les parties peuvent prévoir en particulier la possibilité de saisir un « arbitre d'urgence » (cf. not. art. 42 des Swiss Rules of International Arbitration (« Swiss Rules »); art. 29 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (« CCI »).

#### 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> The second report was published on 9 November 2016 by the ICC. This report was drafted by a commission

<sup>1</sup> 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.



de travail nommé par le Comité français de l'arbitrage («CFA»), sous la présidence du Professeur Georges Affaki.<sup>2</sup> Le deuxième rapport a été publié le 9 novembre 2016 par la CCI. Ce rapport a été rédigé par une commission sous la direction conjointe de Me Claudia Salomon et du prénommé.<sup>3</sup> Ces deux rapports ont confirmé un tel développement de l'arbitrage en matière bancaire et financière.

Sur la base de ces rapports, la présente contribution analyse, en premier lieu, les raisons de cette évolution, pour ensuite définir les domaines de prédilection de l'arbitrage dans le secteur financier.

## II. Le développement de l'arbitrage en matière bancaire et financière

L'arbitrage se développe progressivement dans le milieu bancaire et financier.

Les raisons d'une telle ouverture en faveur de ce mode de résolution des litiges sont multiples et variées.

L'arbitrage des litiges financiers est d'abord apparu aux Etats-Unis dans les années nonante. A cette époque, les banques ont commencé à insérer des clauses d'arbitrage dans les contrats de crédit afin d'éviter d'être attirées devant les tribunaux américains composés de jurys populaires, jugés hostiles au milieu bancaire. De plus, ceux-ci peuvent allouer au lésé des dommages «punitifs» («*punitive damages*») dans le montant peut largement dépasser le préjudice subi.

jointly headed by Ms. Claudia Salomon and Professor Affaki<sup>3</sup>. 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.

<sup>2</sup> 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 (ci-après: «Rapport final CFA»), du 19 mai 2014, pp. 4-5; ce rapport est disponible à l'adresse suivante: <<http://www.cfa-arbitrage.com/index.php/presentation/groupe-de-travail>>.

<sup>3</sup> ICC Commission Report, Financial Institutions and International Arbitration, de 2016 («Rapport CCI»), p. 17, para. 103. Le rapport de la CCI est disponible (en anglais) à l'adresse suivante: <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf>>.

<sup>2</sup> 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>>.

<sup>3</sup> 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>>.

Plus récemment, après la crise financière de 2008, les banques américaines ont fait l'objet d'actions judiciaires intentées par un nombre indéfini de personnes regroupées en *class* («*class actions*») aux fins de réclamer une indemnisation d'un montant exorbitant.

Ces circonstances ont créé un terreau favorable à l'arbitrage. En effet, les banques américaines ont privilégié le recours à des arbitres, qui sont jugés plus rigoureux dans la détermination des dommages et intérêts à accorder et devant lesquels des actions collectives ne peuvent, en principe, être intentées.<sup>4</sup>

Il serait faux de croire que seules les banques américaines sont exposées à de tels risques. Les tribunaux américains sont, en effet, susceptibles d'être saisis alors que le litige ne présente que des liens tenus avec le territoire américain. Les banques européennes et suisses, en particulier celles qui ont une clientèle américaine, sont dès lors susceptibles de privilégier l'arbitrage pour les mêmes raisons.

Les rapports de force ont également évolué dans un monde globalisé. Les banques ne peuvent considérer comme acquis le recours aux tribunaux (de commerce, le cas échéant) de Genève, Zurich, Paris, Londres ou New York. Le pouvoir de négociation des pays émergents s'en est trouvé renforcé, ce qui leur permet d'exprimer leur préférence à voir les litiges avec les banques européennes et américaines réglés devant «leurs tribunaux», c'est-à-dire n'importe où dans le monde. Délocalisé, l'arbitrage est susceptible d'offrir un compromis acceptable pour toutes les parties impliquées.<sup>5</sup>

Plus important encore, l'arbitrage s'est également développé dans le secteur financier en raison de la reconnaissance, à travers le monde, des sentences arbitrales sur la base de traités internationaux. En particulier, 159 Etats sont, à ce jour, parties à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères («Convention de New York» du 10 juin 1958). Cette convention constitue l'un des piliers de l'arbitrage international dont elle assure l'efficacité, les Etats parties s'engageant à reconnaître (et exécuter) les conventions d'arbitrage et les

sentences arbitrales au-delà des frontières. Il s'agit là d'un avantage non négligeable de l'arbitrage, qui est souvent avancé comme l'élément déterminant incitant les opérateurs du commerce international à insérer des clauses d'arbitrage dans leur contrat, y compris dans le secteur financier.

A l'inverse, en l'absence de traités internationaux de reconnaissance de jugements étrangers, il peut s'avérer difficile, voire impossible, d'exécuter un jugement rendu par un tribunal étatique (par hypothèse, suisse) à l'étranger (p.ex. en Inde). Un jugement favorable envers une banque suisse obtenu devant un tribunal suisse (compétent en vertu d'une clause d'élection de for contenu dans le contrat litigieux) risque, dès lors, d'être réduit à un simple «tigre de papier», faute de pouvoir être exécuté à l'étranger.

Cependant, la nécessité de recourir à l'arbitrage est moins pressante au sein de l'Union européenne («UE»), car le Règlement de Bruxelles régit la reconnaissance et l'exécution de jugements entre Etats membres de l'UE. Se fondant sur ce règlement, la Convention de Lugano, conclue entre la Suisse et les Etats membres de l'UE, ainsi que la Norvège, le Danemark et l'Islande instaure également un système de libre circulation des jugements au sein de ces juridictions.<sup>7</sup>

### III. Domaines de prédilection de l'arbitrage en matière bancaire et financière

Les crédits internationaux se prêtent particulièrement à l'arbitrage, en particulier lorsque les avoirs du débiteur (emprunteur) sont à l'étranger. Les instituts bancaires recourent fréquemment à l'arbitrage dans le cadre de financements internationaux octroyés à un Etat souverain ou à une contrepartie située dans un pays émergent.<sup>8</sup> La clause d'arbitrage doit cependant être rédigée avec soin, car les opérations complexes de financement internatio-

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.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup>

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 decisions, it may be difficult, if not impossi-

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

<sup>5</sup> Cf. Rapport final CFA, pp. 4-5.

<sup>6</sup> 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 (refonte).

<sup>7</sup> Cf. Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007.

<sup>8</sup> Rapport CCI, p. 17, para. 103.

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

<sup>5</sup> Cf. CFA Final Report, at pp. 4-5.

nal peuvent mettre en jeu plusieurs parties de sorte qu'il faudra veiller à ce que la convention d'arbitrage lie toutes les parties concernées.<sup>9</sup>

Comme évoqué plus haut, l'arbitrage offre la possibilité de soumettre le litige à des experts de la branche plutôt qu'à la justice ordinaire. Bien conscients de ces avantages, certains organismes financiers ont favorisé l'arbitrage pour certains types de litiges financiers.

A titre d'illustration, en 2010, l'*International Swap Dealers Association* («ISDA») a créé un contrat-cadre de dérivé islamique (*Tahawwut*)<sup>10</sup> et l'a accompagné d'une clause d'arbitrage en faveur de la CCI, afin de s'assurer que la conformité de ces produits à la Charia puisse être soumise à des experts de la branche.<sup>11</sup>

En 2013, une clause d'arbitrage optionnelle a été ensuite introduite dans le contrat-cadre ISDA. Les parties peuvent choisir parmi plusieurs institutions d'arbitrage reconnues, notamment la CCI, la London Court of International Arbitration («LCIA»), l'American Arbitration Association («AAA»), le Hong Kong International Arbitration Centre («HKIAC»), le Singapore International Arbitration Centre («SIAC»), et la Swiss Chambers' arbitration institution («SCAI»).<sup>12</sup> Ce contrat cadre propose également de prévoir un arbitrage administré sous l'égide du *Panel of Recognised International Market Experts in Finance Arbitration Rules* («P.R.I.M.E. Finance Rules») à Londres, New York ou La Haye (en coopération avec la Cour permanente d'arbitrage).<sup>13</sup> Outre son expertise, cette institution permet d'assurer une certaine standardisation pour ce type de transactions et publie ses sentences.

Les banques recourent également à des procédures devant des experts, afin de résoudre des litiges qui nécessitent des connaissances spécifiques. En particulier, la procédure *Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise* («DOCDEX»), administrée par la CCI,<sup>14</sup> offre une plateforme privilégiée pour

ble, 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

### 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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.<sup>11</sup>

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").<sup>12</sup> 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).<sup>13</sup> 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,<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

Finally, over a decade, many investment arbitrations related to banking and finance

<sup>9</sup> Cf. à ce propos, les recommandations émises dans le Rapport CCI, pp. 3 ss.

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

<sup>11</sup> Cf. Rapport final CFA, p. 63, para. 95.

<sup>12</sup> Cf. <<https://www.isda.org/a/6JDDE/isda-arbitration-guide-final-09-09-13.pdf>>.

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

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

<sup>6</sup> 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).

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

<sup>8</sup> ICC Report, p. 17, para. 103.

<sup>9</sup> In this regard, see the recommendations contained in the ICC Report, at p. 3 et seq.

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

<sup>11</sup> See CFA Final Report, at p. 63, para. 95.

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

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

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

<sup>15</sup> CFA Final Report, at p. 74, para. 122.





la résolution des différends en matière d'instruments documentaires. Il s'agit d'une procédure exclusivement écrite, administrée par des banquiers rompus à ces opérations. Si la décision du DOCDEX n'a en principe aucun caractère contraignant, les parties peuvent convenir qu'elles seront liées par la décision. Dans cette hypothèse, la procédure DOCDEX s'apparente à une procédure d'arbitrage traditionnelle, bien que simplifiée.<sup>15</sup>

Enfin, depuis une dizaine d'années, de nombreux arbitrages d'investissement portant sur les opérations bancaires et financières mettent aux prises des institutions financières et des Etats parties à des traités bi- ou multilatéraux garantissant la protection de l'investissement. Ces traités prévoient la possibilité pour tout investisseur d'un Etat contractant d'instaurer un arbitrage contre l'Etat-hôte de l'investissement. La majorité de ces arbitrages sont administrés par le Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissements (« CIRDI ») de la Banque Mondiale, à Washington<sup>16</sup>

#### IV. Mesures prises par les institutions et régulateurs financiers destinées à encourager l'arbitrage

L'arbitrage est également recommandé, voire imposé, par certains organismes financiers et régulateurs en matière financière.<sup>17</sup>

A titre d'illustration, suite à la faillite Lehman Brothers, le régulateur bancaire de Hong Kong, la *Hong Kong Monetary Authority* (« HKMA »), a mis en place en 2008 un système de médiation et d'arbitrage désignant le Hong Kong International Arbitration Center (« HKIAC ») pour administrer le règlement des différends relatifs à cette faillite retentissante.<sup>18</sup>

Au vu du succès de cette expérience (90% des 143 procédures furent administrées avec succès), le HKMA a ensuite établi un centre permanent pour résoudre les litiges financiers entre les banques et les clients ou contreparties: le *Financial Dispute Resolution Center* (« FDRC »).<sup>19</sup> Depuis le 19 juin 2012, cette entité à but non lucratif et indépendante de l'Etat est chargée de gérer tous litiges de nature monétaire existant entre une personne physique (ou une société unipersonnelle) et un établissement bancaire ou financier ayant trait à tout type d'opération de paiement ou de crédit ou produit d'investissement. Ce mode de résolution de litige est obligatoire pour les établissements bancaires, et optionnel pour leurs clients, étant noté que le montant des litiges est plafonné à HKD 500'000 (soit environ CHF 63'000 en juillet 2018). Ce système semble avoir eu un impact positif sur le traitement par les banques des réclamations de leurs clients.<sup>20</sup>

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.<sup>16</sup>

#### 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.<sup>17</sup>

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 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.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Rapport final CFA, p. 74, para. 122.

<sup>16</sup> Pour plus de détails, cf. Rapport final CFA, pp. 21 ss.  
<sup>17</sup> *Id.*, pp. 33 ss.

<sup>18</sup> Cf. Rapport final CFA, p. 33, para. 37 et les références citées.

<sup>19</sup> <<https://www.fdr.org.hk/>>.

<sup>20</sup> Cf. Rapport final CFA, p. 34, para. 41.

<sup>16</sup> For more details, see CFA Final Report, at pp. 21 et seq.

<sup>17</sup> *Id.*, at pp. 33 et seq.

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

Aux Etats-Unis, la *Financial Industry Regulatory Authority* («FINRA») a également pour mission d'assurer la protection des investisseurs et l'intégrité du marché. Pour ce faire, elle a mis en œuvre un mécanisme d'arbitrage (*Code of Arbitration Procedure*) qui permet aux courtiers et aux investisseurs de résoudre leur litige par la voie de l'arbitrage<sup>21</sup>

L'intérêt des régulateurs pour l'arbitrage est également perceptible en Europe. En Espagne par exemple, quatre systèmes d'arbitrage ont été mis en place au sein du secteur bancaire afin de résoudre les différends entre établissements de crédit. On mentionnera en particulier le *Servicio para dirimir cuestiones entre bancos* («DIRIBAN») destiné à régler les litiges interbancaires.<sup>22</sup>

#### V. Arbitrage et banque de détail

De prime abord, la banque de détail se prête peu à l'arbitrage, en particulier au regard des difficultés engendrées par les questions d'arbitrabilité<sup>23</sup> lorsqu'il s'agit de crédits en faveur de consommateurs. Bien que le droit suisse de l'arbitrage international soit très libéral sur la question de l'arbitrabilité des litiges en matière de consommation,<sup>24</sup> l'exécution d'une sentence arbitrale qui serait favorable à une banque suisse à l'encontre d'un client (consommateur) étranger pourrait être compromise dans certaines juridictions qui sont plus restrictives en la matière (notamment dans certains Etats membres de l'UE, tels que l'Allemagne).<sup>25</sup> En effet, le client étranger

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").<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

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.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup>

#### 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 arbitrability<sup>23</sup> when dealing with consumer credits.

Although the Swiss law of international arbitration is very liberal with respect to the arbitrability of consumer disputes,<sup>24</sup> 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).<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

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.<sup>27,28</sup> More specifically, 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

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

<sup>22</sup> Pour plus de détails, cf. Rapport final CFA, pp. 35 ss, paras. 42 ss.

<sup>23</sup> Traditionnellement, les lois d'arbitrage délimitent les causes pouvant faire l'objet d'un arbitrage, concept que l'on désigne par le terme «arbitrabilité». Au regard du droit suisse de l'arbitrage international, sont arbitrables toutes les causes de nature patrimoniale (cf. art. 177 al. 1 de la Loi sur le droit international privé (LDIP)).

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

<sup>25</sup> Cf. Rapport final CFA, p. 19, para. 14 et les références citées. On relèvera également que la Cour européenne de justice a d'ailleurs jugé que la directive n° 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation du 5 avril 1993 s'opposait à ce qu'un consommateur soit lié par une clause d'arbitrage contenue dans un contrat de consommation. Cf. affaire *Mostaza Claro c. Centro Movil*, du 26 octobre 2006, JDI 2007, p. 581.

<sup>19</sup> <<https://www.fdrc.org.hk/>>.

<sup>20</sup> See CFA Final Report, at p. 34, para. 41.

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

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

<sup>23</sup> 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)).

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

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> CFA Final Report, at p. 69, para. 109.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> CFA Final Report, at p. 70, para. 110; ICC Report, at p. 21.

pourrait s'opposer à l'exécution de la sentence arbitrale en invoquant la non-arbitrabilité du litige (cf. art. V(2)(a) de la Convention de New York).

Par ailleurs, les opérations en banque de détail ne nécessitent pas forcément de faire appel à un jugement d'expert, l'objet du litige se rapportant le plus souvent au simple recouvrement des sommes prêtées.<sup>26</sup>

Certains domaines de la banque de détail peuvent néanmoins se prêter à l'arbitrage, en particulier lorsque la banque gère le portefeuille d'un client sur la base d'un mandat de conseil en placement ou de gestion de fortune. En effet, dans de telles hypothèses, il peut être opportun de recourir à des spécialistes (i.e. des arbitres) en la matière pour examiner si le banquier a violé les obligations professionnelles mises à sa charge, en particulier l'obligation d'information, le devoir de conseil et de mise en garde (en fonction de l'expérience et des connaissances du client concerné), l'obligation de diligence et de fidélité, etc.<sup>27-28</sup> Plus particulièrement, la détermination du dommage subi par le client peut soulever des questions complexes qui peuvent nécessiter un jugement d'expert.

Pour ce type de litiges, le recours à l'arbitrage devrait dès lors être décidé au cas par cas, selon les circonstances particulières de l'opération ou du différend. Pour ce faire, les banques suisses pourraient envisager d'insé-

rer des clauses de règlement de différends dites « asymétriques », qui leur permettraient de choisir, le moment venu, entre la voie judiciaire ou arbitrale. On relèvera cependant que la validité de telles clauses unilatérales peut être sujette à caution dans le cas où le client (y compris une société unipersonnelle) doit être qualifié de consommateur.<sup>29</sup>

Peut-être que la solution pourrait venir du régulateur, comme dans le cas exposé plus haut du FDRC à Hong Kong. Il est toutefois peu probable qu'un tel système ait les faveurs des banques suisses - qui privilégient les mécanismes d'autorégulation.

## VI. Conclusion

Les éléments exposés ci-dessus démontrent que le monde bancaire et de la finance s'ouvre progressivement à l'arbitrage.

Toutefois, cette ouverture reste timide, en particulier sur la place financière suisse.

Cela tient notamment à une tradition au sein du monde bancaire, évoquée plus haut, de privilégier le recours aux tribunaux étatiques.

Il reviendra dès lors aux praticiens, notamment à la communauté arbitrale, de promouvoir les avantages de l'arbitrage auprès des milieux concernés. Dans ce contexte, le travail effectué par le groupe d'experts de la CFA et de la CCI en matière d'arbitrage bancaire et financière doit être salué. ■

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.<sup>29</sup>

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. ■

<sup>26</sup> Cf. Rapport final CFA, p. 69, para. 109.

<sup>27</sup> Cf. notamment art. 11 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM). Pour un exemple, cf. Tribunal fédéral, arrêt 4C.205/2006 du 21 février 2007.

<sup>28</sup> Rapport final CFA, p. 70, para. 110; Rapport CCI, p. 21.

<sup>29</sup> Cf. en matière de clauses asymétriques d'élection de fors: Cour de cassation française, Chambre civile 1, n° 13-27264, du 25 mars 2015 commenté par Alexandre Richa, «La Cour de cassation française tire à nouveau sur les clauses de for asymétriques», <<https://www.cdbf.ch/931/#.W0dnQUxuJaQ>>.

<sup>29</sup> 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>>.