

L'arbitrabilité Des Litiges En Droit Des Marchés Financiers

Article rédigé par :

MEGAM Nadège Flore

Plan :

Introduction

I- L'incompatibilité supposée entre l'arbitrage et les marchés financiers

A- La question de l'arbitrabilité des litiges impliquant des personnes publiques

B- La supposée exclusion du domaine de l'arbitrage, des matières qui intéressent l'ordre public

II- La nécessaire adaptation des procédures d'arbitrage aux matières financières

A- Le choix d'une procédure d'arbitrage institutionnel comme prolongement du pouvoir de régulation.

B- Les recommandations d'aménagements du dispositif existant

Conclusion

Au coté d'un appareil judiciaire doté, en principe d'un monopole de juridiction, nul ne peut aujourd'hui nier le rôle considérable de l'arbitrage au sein de notre ordonnancement juridique. En effet, la justice est trop souvent reconnue pour ses longs délais et son coût prohibitif. La volonté des individus de faire valoir leurs droits et leurs revendications peut se fragiliser devant l'ampleur de procédures judiciaires traditionnelles. Ainsi, l'arbitrage apparaît alors comme une alternative plus accessible. Au cours des années, le recours aux mécanismes alternatifs de règlement des différends est devenu une nécessité ; et même en matière financière.

L'arbitrage est en effet, une réalité qui s'affirme comme un moyen de règlement de litiges commerciaux par le recours à une justice privée qui trouve sa source dans le contrat. La faveur croissante dont jouit l'arbitrage, en particulier sur le plan international, est motivée par de nombreux avantages à savoir la confidentialité¹, la flexibilité² et

¹ L'arbitrage est généralement confidentiel si les parties en décident ainsi. Dans le contexte communautaire, il faut respecter les restrictions sur la divulgation de renseignements et l'obligation de divulguer des renseignements en conformité avec le caractère confidentiel de la procédure.

² La flexibilité permet aux parties du contrat d'arbitrage de l'adapter à leurs besoins, notamment par le choix des règles (y compris nationales) applicables à la procédure et au fond, le choix de la langue, du siège², des arbitres et de leur

l'internationalité³. Ainsi, le recours à l'arbitrage répond à un besoin de souplesse de la part des professionnels qui pourront en organiser assez librement la mise en œuvre.

En matière financière, l'arbitrage est d'abord apparu aux Etats Unis lorsque les banques ont commencé à insérer des clauses d'arbitrage dans les contrats de crédit afin d'éviter d'être atraites devant des tribunaux américains composés des jurys populaires, hostiles au milieu bancaire. De plus, ceux-ci peuvent allouer au lésé des dommages « punitifs » (« *punitive damages* »), dont le montant peut largement dépasser le préjudice subi.

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 terrain favorable à l'arbitrage. Plus important encore, l'arbitrage s'est développé dans le secteur financier en raison de la reconnaissance, à travers le monde, des sentences arbitrales sur la base des traités internationaux. En particulier, plus de 160 Etats sont à ce jour, parties à la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la « Convention de New York »). Cette Convention constitue l'un des piliers de l'arbitrage international dont elle assure l'efficacité.

Cependant, ne nous y trompons pas, car reconnaître l'existence de cette instance privée n'empêche pas que l'étendue de la compétence arbitrale connaisse certaines limites. En effet, si les systèmes juridiques admettent l'arbitrage, ils ne l'admettent jamais totalement. Par conséquent, tout litige n'est pas arbitrable. C'est la question de l'arbitrabilité du litige.

L'arbitrabilité du litige est une question abstraite, délicate et mal cernée et suscite un certain nombre de

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, alors même que sa rapidité suppose le respect de certaines conditions.

³ Le caractère international de l'arbitrage permet d'éviter les problèmes de conflits de lois.

malentendus, voire de contresens⁴. Cela est dû à l'imprécision de la notion d'ordre public et des difficultés liées à l'arbitrage. Dans son célèbre article, le professeur Charles Jarroson définit l'arbitrabilité comme « le fait d'être arbitral et est arbitral ce qui est susceptible d'être arbitré »⁵.

L'arbitrabilité consiste alors à savoir si un type de différend peut ou ne peut pas être réglé par arbitrage. En termes pratiques, l'arbitrabilité répond à la question de savoir si l'objet d'une demande est ou non réservé à la sphère des tribunaux nationaux, en vertu des dispositions des lois nationales.

La question de l'arbitrabilité d'un différend devient encore plus intéressante lorsqu'il s'agit d'un litige financier. L'on se demande alors si les litiges intéressant la matière financière sont arbitraux. En d'autres termes, les litiges nés sur les marchés financiers peuvent-ils être soumis à un tribunal arbitral sans aucune restriction ?

Un marché financier est un marché sur lequel des personnes, des sociétés privées et des institutions publiques peuvent négocier des titres financiers, et autres actifs, à des prix qui reflètent l'offre et la demande. Il s'agit donc d'un marché où se déroulent les opérations financières qui se particularisent par la diversité des parties prenantes. Elles mettent ainsi en relation les émetteurs de titres et les investisseurs ou épargnants par l'intermédiaire des prestataires de services d'investissement. Tandis que les investisseurs et les épargnants cherchent le meilleur moyen de placer leurs fonds de la manière la plus rentable, les émetteurs veulent trouver les fonds nécessaires au financement de leurs activités de façon durable et à moindre coût. Les prestataires de services d'investissement quant à eux ne sont que des commerçants soucieux de percevoir des commissions du fait des services fournis à leur clientèle.

L'arbitrabilité d'un différend peut varier d'un système juridique à un autre, d'abord, en raison de considérations politiques différentes et, ensuite, en fonction de l'ouverture de l'État à l'arbitrage. Bien que ses caractéristiques essentielles soient de nature à attirer l'attention des acteurs financiers, l'arbitrage suscite des réserves parmi certains acteurs financiers.

Il peut arriver que les personnes impliquées dans le litige n'aient pas le droit de se soumettre à l'arbitrage. Le litige n'est pas arbitral car l'une des parties n'a pas l'aptitude de compromettre. Il peut aussi arriver que les problèmes juridiques posés ne puissent pas être résolus par un arbitrage en raison de leur nature. L'obstacle tient donc à la nature de la matière.

C'est au regard de toutes ces difficultés que certains ont conclu à l'incompatibilité de l'arbitrage

⁴ JARROSON (Ch.), « Arbitrabilité : Présentation méthodologique », RJ. Com. 1996. n°1. p. 1.

⁵JARROSON (Ch.), *op. cit.*, n°2 et 4, pp. 1 et 2.

avec les marchés financiers (I). Mais compte tenu des avantages qu'offre ce mode de règlement de différends, les acteurs financiers gagneraient à s'y adapter (II).

I- L'incompatibilité supposée entre l'arbitrage et les marchés financiers

Il peut y avoir des restrictions concernant la capacité d'une partie à conclure des conventions d'arbitrage, ce qui signifie que certaines entités, (*par ex.*, États ou entités étatiques) en raison de considérations politiques, peuvent ne pas être autorisées à conclure des conventions d'arbitrage ou peuvent nécessiter une autorisation spéciale pour le faire ("*arbitrabilité subjective*"), ou limitations basées sur le sujet ("*arbitrabilité objective*"). Certains différends peuvent concerner des questions délicates d'ordre public qui relèvent exclusivement de la compétence des tribunaux nationaux en vertu du droit national. C'est ainsi qu'on parle de la difficile arbitrabilité des personnes publiques (A) et des matières intéressant l'ordre public (B).

A- La question de l'arbitrabilité des litiges impliquant des personnes publiques

Il est de principe dans la CEMAC et dans l'UEMOA qu'aussi bien l'État que les collectivités locales et les établissements publics peuvent faire appel aux marchés financiers pour le financement de leurs projets. Ce faisant, ces personnes publiques deviennent des acteurs à part entière sur les marchés financiers et dont, susceptibles d'être impliquées dans une procédure arbitrale. Cette idée n'a pourtant pas été facile à asseoir.

Il a en effet été avancé l'argument selon lequel la constitution du tribunal arbitral, composé de « juges privés », dessaisit l'ordre des juridictions administratives d'une compétence pour la transférer à un tribunal ressenti comme plus proche de l'ordre judiciaire⁶.

Les raisons de cette hostilité à l'arbitrabilité des litiges impliquant des personnes publiques ont été dégagées dès la fin du siècle dernier par Édouard LAFERRIERE qui écrivait : "*Il est de principe que l'État ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre public qui veulent que l'État ne soit jugé que par les juridictions instituées par la loi*"⁷. Cette conception était relayée et accentuée par la jurisprudence administrative qui considérait alors que cette interdiction du recours à l'arbitrage pèse également sur les établissements publics industriels et commerciaux, dans la mesure où ils constituent des personnes morales de droit public,

⁶ PACTEAU (B.), arbitrages en droit administratif, J.-Cl. Procédure, Fasc. 1048.

⁷ LAFERRIERE (E.), Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Ed. Berger-Levrault, 1888, Tome 2, P. 146-147, Réimpression LGDJ, 1989.

indépendamment du régime juridique auquel ils sont soumis⁸.

Cette supposée incompatibilité entre le droit public et l'arbitrage est cependant aujourd'hui remise en cause par la doctrine qui n'y voit qu'un anachronisme et une survivance du déliquescant souci français de défendre la dualité des ordres de juridiction au moment même où la frontière entre droit public et droit privé a de plus en plus tendance à s'estomper⁹. Le législateur OHADA s'est montré particulièrement audacieux en la matière en consacrant de manière innovante la pleine capacité à compromettre des personnes morales de droit public. Le principe de cette capacité est posé par l'article 21 du Traité de l'OHADA qui reconnaît à toute partie à un contrat la possibilité de soumettre un litige d'ordre contractuel à l'arbitrage. A cet égard, l'article 2 de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage est suffisamment précis lorsqu'il ajoute que *"Les États et autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à l'arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage"*. Cette possibilité s'étend donc non seulement aux États membres de l'OHADA, mais aussi aux États étrangers et aux personnes morales de droit public non ressortissantes de l'espace juridique OHADA. À ce sujet, certains auteurs soutiennent à juste raison qu'*"aucun État étranger à l'espace, aucune personne morale de droit public originaire de cet État ne peut, dans l'espace juridique de l'OHADA, paralyser une procédure ou une sentence arbitrale sur le fondement de l'interdiction de l'arbitrage aux personnes morales de droit public"*¹⁰.

Cette solution est particulièrement innovante dans la mesure où désormais, dans l'espace OHADA, le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage n'est plus soumis à une quelconque habilitation et n'est pas cantonné aux seuls litiges internationaux comme en droit français tel que cela ressort des conclusions de l'arrêt GALAKIS rendu par la Cour de cassation française¹¹. L'arbitrage concerne

donc, aussi bien les personnes privées que les personnes morales de droit public, et aussi bien les litiges internes que les litiges internationaux. Au-delà de cet obstacle apparent lié à la nature privée de la justice arbitrale et des difficultés qui en résulteraient pour les personnes morales de droit public, c'est l'argument de l'ordre public qui semble être le plus redoutable. Il n'en reste moins que cet obstacle reste parfaitement contournable s'agissant des litiges financiers.

B- La supposée exclusion du domaine de l'arbitrage, des matières qui intéressent l'ordre public

En zone CEMAC comme en zone UEMOA, le faible niveau de culture financière fait en sorte que les marchés financiers existant soient essentiellement des marchés réglementés. Pris sous cet angle, l'ordre public est particulièrement présent en matière financière¹². L'ordre public de protection est essentiellement protecteur du partenaire faible du droit financier, à savoir l'investisseur non professionnel et l'actionnaire minoritaire. Ces derniers sont pris en considération par l'ordre public financier comme l'illustrent l'analyse de la réglementation de l'appel public à l'épargne, l'obligation d'information dans les contrats de services financiers, les règles du démarchage ou encore les règles de l'intermédiation financière et de la centralisation des ordres.

Pour ce qui est de l'ordre public de direction, les marchés financiers de l'espace communautaire se présentent comme des espaces privilégiés de son déploiement, en raison notamment de la conception politique qui fait de ces marchés des instruments privilégiés de la politique de développement économique des États membres. Pourtant, cette idée d'ordre public reste insuffisante pour exclure l'application de l'arbitrage en matière de régulation dès l'instant où le tribunal arbitral se charge de concrétiser cet ordre public, même si cela se fait sous

⁸ C.E., Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Rec. LEBON, 678, AJDA, 1958, II, 91, Chron. Fournier et Braibant ; D. 1958, II, P. 517, Concl. Gazier et note Lhuillier.

⁹ FRISON-ROCHE (M.A.), « Arbitrage et droit de la régulation », in droit et économie de la régulation, 2005, P. 233.

¹⁰ P.-G. POUGOUE et A. FENEON, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, 2000, P. 48.

¹¹ Cass. Civ., 1ère, 2 mai 1966, D. 1966, 575, note J. ROBERT, JCP 1966, II, 14798, note Ph. LIGNEAU, Rev. Crit. DIP 1967, P. 553-557, obs. B. GOLDMAN. En droit administratif français, le recours à l'arbitrage interne n'est de façon générale possible pour les établissements publics que s'ils y sont autorisés par décret. Il existe toutefois des domaines particuliers où l'arbitrage peut s'appliquer pour

des litiges impliquant des personnes morales de droit public. C'est le cas en matière d'énergie avec la Loi du 8 avril 1946 qui confie au Conseil supérieur de l'audiovisuel de l'électricité et du gaz le soin d'arbitrer les litiges avec les autorités concédantes (Voir sur ce point J.-M. AUBY, l'arbitrage en matière financière, AJDA, 1955, I, P. 84). C'est également le cas en matière de marchés publics où l'article 247 du Code des marchés publics permet à l'État de faire des arbitrages en la matière. L'article 361 du même Code donne une autorisation semblable aux collectivités territoriales.

¹² S'agissant d'abord de l'ordre public de direction, la compétence exclusive des autorités de marché réduit sensiblement les domaines où l'arbitrage pourrait trouver à s'appliquer. Quant à l'ordre public de protection, sa présence se trouve renforcée par l'impératif de protection des épargnants qui se traduit par la généralisation du devoir de conseil. cf. F. PELTIER, Marchés financiers et droit commun, Op. Cit., n° 380 et s.

le contrôle du juge du recours¹³. Aussi, la doctrine a-t-elle pu tirer les conséquences de la seule exigence par l'article 2 de l'AUDA de la disponibilité du droit en cause pour conclure que le législateur africain a "tiré le meilleur bénéfice du droit comparé pour abandonner la piste de l'exclusion, du domaine de l'arbitrage, des matières qui intéressent l'ordre public"¹⁴. En effet, passée l'époque du postulat de l'infériorité de la justice arbitrale par rapport à la justice étatique présumée mieux armée que l'arbitre, il semble aujourd'hui anachronique de soutenir une telle position, en particulier dans un contexte comme celui de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique où on veut faire jouer à l'arbitrage un rôle de modèle pour la modernisation de la justice étatique¹⁵. Cette dialectique est à saluer dans la mesure où elle vient confirmer la tendance actuelle qui consiste à reconnaître que la plupart des litiges sont en réalité arbitrables et que les obstacles juridiques relevés sont plus supposés que réels¹⁶.

Les secteurs régulés sont ainsi, autant que les autres secteurs, susceptibles d'accueillir l'arbitrage, l'ordre public ne pouvant être considéré comme un obstacle susceptible d'empêcher les arbitres d'avancer dans une branche du droit¹⁷. L'arbitrabilité concerne donc autant les opérations économiques ordinaires que les activités expressément régulées¹⁸.

L'omniprésence des règles d'ordre public en matière financière n'a donc pas empêché que l'arbitrage se développe en ce domaine, et cela depuis très longtemps¹⁹. C'est le sens donné à l'article 188 du Règlement Général du CREPMF qui dispose "les différends ou conflits de nature professionnelle pouvant survenir entre les diverses personnes physiques et morales agréées aux fonctions d'intervenant commercial par le Conseil Régional sont soumis au Conseil Régional pour conciliation et

¹³ FRISON-ROCHE (M.A.), Arbitrage et droit de la régulation, in droit et économie de la régulation, 2005, P. 233.

¹⁴ POUGOUE (P.G.), Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Presses Universitaires d'Afrique (P.U.A.), collection Droit Uniforme, 2000, P. 68. L'auteur relève notamment l'exemple du droit du travail où, malgré le caractère d'ordre public des dispositions en présence, "La réserve de libre disposition du droit ne peut s'opposer au recours à l'arbitrage pour le règlement d'un différend de travail".

¹⁵ Ibid., P. 66.

¹⁶ FAGES (F.) et ROSSI (J.), Arbitrage en matière financière : nouvelles perspectives, G.P., 19 décembre 2002, n°353, P. 29.

¹⁷ FRISON-ROCHE (M.A.), Arbitrage et droit de la régulation, in droit et économie de la régulation, 2005, P. 226.

¹⁸ Au rang de ces activités expressément régulées, figurent en bonne place les contrats d'intermédiation financière. Voir dans ce sens M.-A. FRISON-ROCHE, Arbitrage et droit de la régulation, op. cit., P. 226.

¹⁹ FAGES (F.) et ROSSI (J.), op. cit., P. 29.

arbitrage". Pour ce qui est du marché financier régional de l'Afrique Centrale, le règlement Général de la COSUMAF met à la charge de celle-ci le devoir d'arbitrer, dans les limites de ses compétences, les litiges survenant au cours des séances de cotation.

L'intervention de l'arbitre dans ces matières fortement imprégnées de l'ordre public n'est donc pas une question discutée au sein de l'espace communautaire. Par ailleurs, cette intervention doit se faire dans le sens de la consolidation des règles impératives posées par le législateur, l'arbitre ayant alors pour mission de rétablir le respect de la norme d'ordre public²⁰. Ainsi, Accepter que le litige soit jugé par des arbitres n'est pas renoncer aux droits que l'on tient de la loi, que ceux-ci soient ou non protégés par l'ordre public de protection. La meilleure preuve en est que l'arbitre doit respecter la règle d'ordre public et reconnaître l'existence du droit protégé par celui-ci, à peine de voir sa sentence privée d'effet. Aussi, qu'il doive statuer en droit ou en équité, le tribunal arbitral a le devoir de mettre en œuvre les règles d'ordre public en les relevant d'office. La constatation de l'illicite constitue alors pour lui une obligation à laquelle il doit se plier faute de quoi sa sentence pourra être déclarée nulle comme contraire elle-même à l'ordre public²¹.

Ainsi donc, en matière financière, l'ordre public ne fait pas obstacle à l'arbitrabilité des litiges. Que l'ordre public soit de direction ou de protection, il suffit que l'arbitre s'engage à respecter la règle d'ordre publique d'où la nécessité d'adapter les procédures d'arbitrage aux matières financières.

II- La nécessaire adaptation des procédures d'arbitrage aux matières 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, il est nécessaire de s'interroger sur les moyens d'en renforcer l'attractivité. Si l'utilité d'une procédure arbitrale spécifique au domaine financier n'apparaît pas évidente (A), il est en revanche constant que celles qui existent devraient recevoir divers aménagements (B).

A - Le choix d'une procédure d'arbitrage institutionnel comme le prolongement du pouvoir de régulation.

L'arbitrage institutionnel devrait être privilégié par les établissements bancaires et financiers dès lors

²⁰ POUGOUE (P.G.), Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, op. cit., P. 67. L'auteur cite notamment un arrêt de la Cour d'appel de Paris, 15 juin 1956 (Deux arrêts), D. 1957, 587, note J. ROBERT, arrêt lui-même précédé par un autre de la Cour de Cassation moins explicite, mais posant la solution (29 novembre 1950, S. 1951, 1, 120, note J ; ROBERT).

²¹ Paris, 15 mars 1996, Inédit, Sarl Vert Distribution c/ Sté PRODIM, RTDCom, 1996, P. 450 et s., Commentaires J.C. DUBARRY et E. LOQUIN.

qu'ils n'ont pas l'habitude de l'arbitrage et sont donc plus exposés aux aléas de la procédure arbitrale ; ils profiteraient alors des services et de l'expérience des secrétariats des institutions d'arbitrage. Le choix de l'institution doit être effectué en fonction des besoins de chaque cas. Ainsi, pour offrir un mécanisme arbitral adapté aux opérations financières, 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. Ce choix peut être considéré comme le prolongement du pouvoir de régulation

En effet, dans la CEMAC comme en zone UEMOA, l'arbitrage institutionnel est considéré comme le prolongement du pouvoir de régulation dans la mesure où le privilège est donné aux organes de régulation de connaître des différends opposant les intervenants commerciaux. C'est le sens donné à l'article 188 alinéa 1 du Règlement Général du CREPMF qui dispose « *Les différends ou conflits de nature professionnelle pouvant survenir entre les diverses personnes physiques et morales agréées aux fonctions d'intervenant commercial par le Conseil Régional sont soumis au Conseil Régional pour conciliation et arbitrage* ». Depuis la crise financière, de nombreuses agences régulatrices ont entamé des actions publiques contre des banques, les accusant d'infractions aux règles de fonctionnement du marché, de la réglementation bancaire et financière, voire de délits de droit commun en liaison avec des allégations de manipulation des taux d'intérêts, taux de change ou pour manque de transparence en matière de produits structurés. Même lorsque les banques et leurs régulateurs convenaient de faire l'économie d'une action publique au profit d'un audit volontaire entrepris par la banque elle-même sur ses activités passées et sa gouvernance, des juges ont refusé d'approuver l'accord transactionnel qui en a résulté au motif de sanction trop clémente, limitée à la personne morale, ou insuffisante pour créer un précédent dissuasif. D'où la question de savoir si l'arbitrage, qui emporte un caractère souvent définitif de la sentence²² et une interdiction de révision judiciaire sur le fond, pourrait constituer une alternative allant dans l'intérêt commun du régulateur et du régulé. Assurément non, comme en témoigne le nombre de sentences internationales où les arbitres se sont reconnus compétents pour juger des conséquences de l'action du régulateur au regard du standard de traitement juste et équitable et de celui de protection de la sécurité des investissements.

En France, le pouvoir de médiation reconnu à l'Autorité des Marchés Financiers (AMF)²³ lui donne également le privilège de connaître des différends opposant les intervenants commerciaux, bien que

cette fonction de médiation de l'AMF ne soit d'ailleurs pas considérée comme un véritable pouvoir de règlement des différends dans la mesure où ses conditions de mise en œuvre et sa portée restent fortement limitées²⁴. Cet argument se justifie par le fait que la fonction de médiation est plus une fonction d'apaisement des litiges entre personnes qu'une véritable fonction de concrétisation des prérogatives individuelles²⁵.

Si la compétence des organes régulateurs pour connaître des litiges nés des transactions financières est encore discutée en France, notons tout de même que le pouvoir de transaction est expressément reconnu aux organes communautaires de contrôle de la concurrence²⁶. Ce pouvoir arbitral offre diverses modalités d'approche en matière financière.

Madame Marie-Anne FRISON-ROCHE démontre qu'il existe bien une adéquation de nature entre arbitrage et régulation et qu'il est possible de concilier le souci de confidentialité de l'arbitrage et l'exigence de transparence de la régulation²⁷.

Pourtant, si on convient aujourd'hui de façon quasi-unanime que la matière financière est parfaitement arbitrale, la perspective de ce mode de règlement des différends en matière financière ne s'envisage dans la plupart des cas que pour autant que les autorités de marché ne fassent pas elles-mêmes office d'arbitres. Ainsi, les choses semblent pourtant plus délicates lorsque c'est le régulateur lui-même qui a en charge la conduite de la procédure d'arbitrage. En pareille hypothèse, il se pose le problème de sa légitimité à intervenir dans la procédure arbitrale étant donné que dans une telle hypothèse, la sentence rendue revêt tous les

²⁴ La médiation ne peut en effet être mise en œuvre devant l'AMF qu'avec l'accord des parties concernées et seulement lorsqu'un contrôle ou une enquête n'est pas en cours ou lorsqu'une procédure judiciaire n'est pas déjà engagée. De plus, le médiateur n'a pas le pouvoir d'imposer une solution aux parties, pas plus que les parties ne peuvent l'obliger à intervenir (C.E., 6e et 1ère Sous-section réunies, n° 277597 du 18 Octobre 2006, M. et Mme Claude Miller. C/ AMF, Publié au Rec. Lebon). Pour une négation du pouvoir de règlement des différends de l'AMF, voir M.-A. FRISON-ROCHE, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends : entre office de régulation et office juridictionnel civil », in *Droit et économie de la régulation*, 3, 200, P. 271.

²⁵ Sur cette distinction entre fonction d'apaisement et fonction de concrétisation des prérogatives individuelles, voir M.-A. FRISON-ROCHE, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends : entre office de régulation et office juridictionnel civil », *Op. Cit.*, P. 280 et s.

²⁶ NJEUFACK TEMGWA (R.), La fonction transactionnelle des organes communautaires de régulation de la concurrence en Afrique, (Cas de la CEMAC et de l'UEMOA), *Penant*, n°861, 2007, P. 438 et s.

²⁷ FRISON-ROCHE (M.A.), « Arbitrage et droit de la régulation », *Op. Cit.*, P. 237-237.

²² Art. 188 al. 2 du RG du CREPMF « Les différentes parties s'engagent à ne pas intenter d'action en recours suite à la décision d'arbitrage.. »

²³ Art. L. 621-19 du Code monétaire et financier.

caractères d'une décision de justice alors que l'autorité de régulation n'est qu'un organisme administratif. La question se pose alors de savoir si le régulateur financier peut, sans sortir du cadre de sa mission, se poser en arbitre des éventuels litiges pouvant intervenir entre les opérateurs du marché ?

De façon générale, on observe que le pouvoir du régulateur de trancher les différends est mieux accepté dans les industries de réseaux qu'en matière bancaire ou financière²⁸. On peut par exemple observer qu'en France, la loi de sécurité financière du 1er août 2003 a refusé au régulateur financier unique tout pouvoir propre de règlement des différends alors qu'en son temps, le Conseil des Marchés Financiers (CMF) disposait bien d'une compétence arbitrale²⁹. La procédure d'arbitrage du CMF apparaissait déjà comme une curiosité bien française eu égard à la tendance des autres marchés financiers qui penchaient soit pour un arbitrage administré par l'entreprise de marché, soit pour un arbitrage opéré sous l'égide d'un centre d'arbitrage institutionnalisé³⁰. Le rôle du CMF en matière arbitrale se limitait toutefois à l'organisation administrative de la procédure. Il avait notamment pour rôle d'établir la liste des arbitres, transmettre les demandes d'arbitrage aux arbitres choisis par les parties, assurer le secrétariat de la procédure.

Le marché financier régional ouest africain illustre assurément la rupture vis-à-vis de cette mouvance et relance le débat sur la question de la capacité du

régulateur financier à régler des différends. A la différence du CMF, le rôle du CREPMF ne se limite pas seulement à l'organisation administrative de la procédure arbitrale. Il va plus loin en intervenant en tant qu'un véritable arbitre. C'est donc à une entreprise à la fois audacieuse et pragmatique que s'est livré ce régulateur en tirant les conclusions de la double réalité de l'arbitrabilité des litiges financiers et de l'adéquation entre la fonction de régulation et celle de règlement des différends. Cette solution est différente de celle adoptée par la COSUMAF qui, tout en ouvrant la voie de l'arbitrage, en réserve l'exercice à l'entreprise de marché, accentuant ainsi davantage les divergences d'approche en matière arbitrale dans l'espace communautaire. Tout compte fait, l'essentiel étant d'aménager le dispositif existant afin d'accorder une visibilité à ces places financières.

B- Les recommandations d'aménagements du dispositif existant

Considérant les atouts que présente l'arbitrage en matière financière, il serait bénéfique pour les acteurs du marché financier de disposer d'une procédure arbitrale qui renforce l'attractivité des places financières.

Parlant des atouts, la ratification de la convention de New York par plusieurs pays permet de faciliter la reconnaissance et l'exécution de sentences dans des États dans lesquels les juridictions étatiques sont considérées, pour des raisons diverses – manque de compétence en matière d'opérations financières complexes, corruption, manque d'indépendance, etc. – comme inadéquates et qui par ailleurs reconnaissent difficilement les décisions rendues par des tribunaux judiciaires occidentaux. On rappellera néanmoins que les motifs de rejet des demandes d'exequatur de sentences rendues à l'étranger demeurent multiples et la pratique montre une difficulté à obtenir l'exécution des sentences étrangères dans certains pays.

En plus, de nombreux systèmes juridiques considèrent que le recours à l'arbitrage s'accompagne nécessairement d'une renonciation par une entité étatique (ou une organisation internationale interétatique) à se prévaloir de son immunité. En ce sens, l'arbitrage peut donc s'avérer une alternative intéressante pour les établissements bancaires et financiers lorsqu'ils contractent avec un souverain. Toutefois, deux éléments nuancent ce propos. D'abord, il faut distinguer la renonciation à l'immunité de juridiction de celle à l'immunité d'exécution, plus difficile à admettre³¹. La jurisprudence française

²⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends : entre office de régulation et office juridictionnel civil », Op. Cit., P. 271 ; E. ROLIN, Les règlements des différends devant l'autorité de régulation des Télécommunications, <http://www.art-telcom.fr/index.php?id=8442&type=98>; R. METTOUDI, « L'expérience du règlement des différends par l'autorité de régulation des télécommunications », in M.-A. FRISON-ROCHE, Les risques de régulation, Op. Cit., P. 197 ; M. GUENAIRE, « l'expérience du règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », in M.-A. FRISON-ROCHE, Les risques de régulation, Op. Cit., P. 191.

²⁹ Décision du 22 décembre 1999 relative au règlement d'arbitrage du conseil des marchés financiers concernant les opérations réalisées sur le MATIF ; Décision du 22 décembre 1999 relative au règlement d'arbitrage du conseil des marchés financiers concernant la compensation d'opérations par la Banque centrale de compensation, aujourd'hui dénommée Clearnet SBF SA. Avant le Conseil des Marchés Financiers, le Conseil des Marchés à Terme (CMT) avait elle-même mis en place dès 1990 une procédure d'arbitrage destinée à traiter les litiges survenant à l'occasion d'opérations réalisées sur le marché à terme, entre membres du marché ou entre membres du marché et leurs donneurs d'ordre.

³⁰ JAEGER (L.) et DUPUIS (D), « L'arbitrage dans les marchés financiers », in Arbitrage, finance et assurance, Supplément spécial 2000, Bulletins de la Cour Internationale d'Arbitrage de la C.C.I., P. 25.

³¹ La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (non encore entrée en vigueur) instaure un principe général d'immunité des États, et prévoit en son article 17 une renonciation à l'immunité de juridiction en matière arbitrale. En revanche, le consentement exprès de l'État est requis pour toute mesure de contrainte antérieure ou postérieure à la sentence.

retient néanmoins dans son arrêt *Creighton*³² que la soumission par un État, par le biais d'une clause compromissoire, à un arbitrage institutionnel (arbitrage CCI en l'espèce) prévoyant l'exécution de bonne foi de la sentence, emporte également sa renonciation à l'immunité d'exécution.

Pour renforcer l'attractivité des places financières, la procédure arbitrale devrait présenter certaines caractéristiques :

Premièrement proposer une procédure accélérée. 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 télé présence : 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 ; prévision dans les règlements³³ de la possibilité d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires d'une manière aussi simple et rapide que possible.

Deuxièmement, proposer une procédure à coûts maîtrisés. Les institutions arbitrales devraient publier de manière détaillée un barème³⁴ 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 arbitrale 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.

³² Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2000, *Creighton c. Qatar*, Bull. civ. I, n° 207.

³³ C'est le cas pour celui de l'ICC

³⁴ Il existe en ce qui concerne l'ICC un calculateur en ligne avec variateur.

Troisièmement, 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. En France par exemple, 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.

Quatrièmement, 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. Enfin, des actions visant à informer les entreprises étrangères du secteur bancaire et financier, de l'attractivité et de la qualité des solutions de règlement des différends de la place seraient également nécessaires.

En conclusion, le règlement des différends en matière financière est un concept favorisant une alternative avantageuse aux voies traditionnelles de justice. Mais cette matière est-elle arbitrale ? Certains ont pensé que les litiges nés des transactions financières ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage du fait de l'incapacité des personnes publiques ou entités étatiques à compromettre. Plus encore, la finance est une matière qui intéresse l'ordre public. Toutes ces raisons entraînent une réticence pour les acteurs financiers de recourir à l'arbitrage. Mais certains aménagements dans la procédure arbitrale ont permis une adaptation en la matière. Que ces mécanismes de règlement des différends soient mis en place dans le but de réduire les coûts d'une justice jugée trop chère, réduire les délais considérés trop longs ou encore afin préserver la relation des parties une fois le litige résolu, les répercussions sont bénéfiques dans bon nombre de situations.

L'évolution et l'optimisation des mécanismes de règlement des différends opposant les intervenants commerciaux démontrent le sérieux dans l'élaboration d'un outil viable et bénéfique pour les consommateurs de services financiers. IL s'agit entre autre de la ratification de la convention de New York par plusieurs pays pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères ; de la renonciation à l'immunité de juridiction. Bien que la compétence des organes régulateurs pour connaître des litiges nés des transactions financières soit encore discutée ailleurs comme en France, le rôle du CREPMF ne se limite pas seulement à l'organisation administrative de la procédure arbitrale. Il va plus loin en intervenant en tant qu'un véritable arbitre.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- 1- **AIDAN, (Pierre)**, Droit des marchés financiers : Réflexions sur les sources, Banque Éditeur, 2001, 342 p. ;
- 2- **ARSOUZE (Charles)**, Procédures boursières : Sanctions et contentieux des sanctions, Joly Editions, 2009, 729 p. ;
- 3- **AUCKENTHALER, (Franck)**, Droit des marchés de capitaux, LGDJ, 2004, 510
- 4- **BONNEAU, (Thierry) et DRUMMOND (France)**, Droit des marchés financiers, Economica, 2e édition, 2005, 847 p ;
- 5- **FRISON ROCHE (A.M)**, les risques de régulation, Coll. Droit et économie de la régulation, V.3, Dalloz, Presses de sciences po, 2005 ;
- 6- **MEGERLIN (Chr.)**, Ordre public transnational et arbitrage international de droit privé, LGDJ, 2002 ;
- 7- **POUGOUE (P.G.) et FENEON (A.)**, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, 2000.
- 8- **RACINE (J.B.)**, Arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, 1999 ;
- 9- **SIMON, (F.L)**, Le juge et les autorités du marché boursier, LGDJ, 2004, 664 p;

Thèses et mémoires

- 1- **MASSAD (A.)**, L'inarbitrabilité objective, thèse de Doctorat, Strasbourg 3, 2004 ;
- 2- **PICHERAL, (C.)**, L'ordre public européen : Recherches sur une notion complexe en droit communautaire et en droit européen des droits de l'homme, Thèse, Montpellier, 1999, 428 p.

Articles

- 1- **FRISON ROCHE (A.M)**, Le pouvoir du régulateur de régler les différends : entre offre de régulation et office juridictionnel civil, in Droit et économie de la régulation, 3, 2005, pages 269 à 287 ;

- 2- **FRISON ROCHE (A.M)**, Arbitrage et droit de la régulation, in droit et économie de la régulation, 2005, pages 223 à 240.

Textes de lois

- 1- Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage du 23 novembre 2017 ;
- 2- Acte Uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et GIE du 30 janvier 2014 ;
- 3- Code monétaire et financier (France) ;
- 4- Convention du 03 juillet 1996 portant création du Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers et son annexe portant composition, organisation, fonctionnement et attributions du conseil régional de l'épargne publique et des marchés financiers.
- 5- Règlement général de la COSUMAF du 15 janvier 2008 ;