
INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION INVOLVING PRIVATE PARTIES

RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX IMPLIQUANT PARTIES PRIVÉES

L'arbitrage et le recouvrement des prêts consentis à des débiteurs étrangers

William W. Park*

L'auteur explore le rôle complexe de l'arbitrage dans le règlement des différends financiers internationaux impliquant des dettes privées et publiques. Il nous rappelle que le développement économique global bénéficie d'un climat de confiance dans les relations commerciales internationales. Les doctrines juridiques et les procédures qui ajoutent de l'incertitude dans le processus de remboursement des prêts ne peuvent que freiner l'allocation de crédits qui pourraient autrement favoriser le commerce et l'investissement outre-frontière, particulièrement dans les pays en voie de développement.

Trois problèmes spécifiques à la finance internationale soustendent le contexte de l'analyse de l'auteur : le réseau de traités applicables est généralement inadéquat pour l'exécution de jugements à l'étranger ; le contrôle des changes ; et la défense de l'immunité souveraine invoquée par un État ou son émanation. De plus, les prêts comportent plus de risques aux États-Unis à cause de l'augmentation récente d'actions fondée sur la doctrine de *lender liability* qui peut rendre les banques passibles de dommages-intérêts lorsqu'elles ont refusé d'augmenter le crédit des emprunteurs en difficulté.

L'arbitrage peut fournir des solutions créatives à plusieurs de ces obstacles au recouvrement des dettes. Les *Conventions de New York, de Genève et de Panama* fournissent un cadre à l'exécution des décisions arbitrales contre des emprunteurs étrangers. Des dispositions législatives américaines récentes favorisant l'arbitrage ont adouci les problèmes liés au contrôle des changes et à l'immunité souveraine. L'attribution de dommages dans les actions de *lender liability* sera potentiellement plus raisonnable lorsqu'elle sera faite par un arbitre expérimenté plutôt que par un jury civil.

L'auteur aborde également les limites de l'arbitrage. Dans certaines juridictions, une entente comprenant une clause compromissoire a été interprétée comme excluant des mesures provisoires comme la saisie conservatoire et les procédures sommaires de droit cambiaire permettant de faire exécuter de façon accélérée des lettres de change et des billets à ordre. De plus, maints banquiers considèrent que les juges sont plus prévisibles que les arbitres. Cependant, l'auteur note que la meilleure décision judiciaire, sans un mécanisme d'exécution efficace, n'aura que peu d'utilité.

L'auteur conclut que l'arbitrage peut aider la communauté bancaire à contribuer de façon plus significative à la croissance économique mondiale en augmentant la confiance en la force obligatoire des prêts internationaux. Dans certains contextes, le recours à l'arbitrage facilite des mesures plus sûres de recouvrement sans lesquelles les institutions financières hésiteront à faire des affaires outre-frontière.

The author explores the complex role of arbitration in the settlement of international financial controversies involving both private and public debt. He reminds us that global economic development benefits from a climate of confidence in international credit relationships. Legal doctrines and procedures that add uncertainty to the process of loan recovery can only discourage extensions of credit that would otherwise foster trans-border trade and investment, particularly in developing countries.

Three problems specific to international finance set the context for the author's analysis: the inadequacy of any generally applicable treaty network for enforcing foreign judgments; exchange controls; and the defence of sovereign immunity raised by a government borrower or its agency. In addition, lending in the United States has become riskier due to the recent increase in "lender liability" damage actions brought against banks that decline to extend additional credit facilities to borrowers in difficulty.

Arbitration can provide creative solutions to several of these obstacles to loan recovery. The *New York, Geneva and Panama* conventions provide a framework for enforcing awards against foreign borrowers. Recent American legislative enactments favouring arbitration have taken some of the sting out of exchange controls and sovereign immunity. In addition, the determination of damages in lender liability actions is likely to be more reasonable when made by an experienced arbitrator rather than a civil jury.

The article also discusses the limits of arbitration. In some jurisdictions, an agreement to arbitrate may be interpreted to preclude interim measures of protection such as pre-award attachment of assets and accelerated procedures to enforce promissory notes and bills of exchange. More importantly, many bankers perceive judges as being more predictable than arbitrators in their decisions. However, the author notes that even the best judge's decision will remain nothing but a piece of paper without an effective mechanism for its enforcement.

The author concludes that arbitration can help the banking community to contribute more significantly to the world's economic growth and well-being by augmenting confidence that international loans will be enforceable. In appropriate circumstances, recourse to arbitration provides a greater measure of assurance that a loan agreement will be enforceable, without which financial institutions will hesitate to do business beyond the borders of their home countries.

* Professeur de droit à l'Université de Boston ; diplômé des Universités de Yale, de Columbia et de Cambridge ; avocat aux barreaux du Massachusetts et du District de Columbia ; Directeur du Center for Banking Law Studies à l'Université de Boston, et Conseil auprès du cabinet Ropes & Gray à Boston. L'auteur remercie M. le Professeur Bernard Audit, Me Laurie Craig, M. Jack Hutchings, Sir Michael Kerr et Me Olivier Wehrli.

© William W. Park

Mode de citation: (1992) 37 R.D. McGill 375

To be cited as: (1992) 37 McGill L.J. 375

Synopsis

Introduction

- I. **Le remboursement forcé des crédits à l'étranger**
 - A. *Le contrôle des changes et la doctrine de l'Act of State*
 - B. *L'immunité d'État*
 - C. *Les Statuts du Fonds monétaire international*
- II. **Les clauses compromissaires dans les contrats de prêt**
 - A. *Les Conventions de New York, de Genève et de Panama*
 - B. *L'immunité d'État et la doctrine de l'Act of State*
 - C. *Les Statuts du Fonds monétaire international*
 - D. *Le tribunal d'un État neutre : une alternative à l'arbitrage ?*
 - E. *La responsabilité du bailleur de fonds (lender liability)*
- III. **La crise mondiale de surendettement**
 - A. *Le rééchelonnement des dettes*
 - B. *Les projets de développement industriel*
 - C. *Les swaps : échanges de dettes contre des participations au capital*
 - D. *Le nouvel ordre économique international*

Conclusion

Annexe : Modèle de clause compromissoire à l'usage de banques dans les contrats de crédit internationaux

* * *

Il n'y a pas entre nous d'arbitre, qui pose sa main sur nous deux.

—Job 9:33

Prêtez sans rien espérer.

—Luc 6:35

Introduction

La plainte de Job, privé d'arbitre entre lui et son Créateur, n'est pas sans pertinence à la crise mondiale de surendettement qui s'est manifestée il y a dix ans. L'attention du public et des juristes s'est portée en particulier sur les tentatives de rééchelonnement de la dette en vue d'éviter les risques liés à une cessation de paiements des pays débiteurs¹. Les analyses des économistes se sont concentrées sur la manière dont les pays en voie de développement sont tombés de Charybde en Scylla, soit l'accroissement des taux d'intérêt d'une part, et le

¹Ci-dessous, partie III.

déclin du produit de leurs exportations, d'autre part. Certains commentateurs ont relevé les facteurs d'aggravation de la crise comme la fuite de capitaux² sous l'effet de la crainte de l'inflation et de l'instabilité politique.

Mais cette crise a également souligné au public l'absence de procédures de règlement efficaces aptes à résoudre les litiges surgissant entre les banques des pays industrialisés et leurs débiteurs à l'étranger. Le phénomène du rééchelonnement des dettes des pays en voie de développement pourrait laisser perplexes les esprits non-avertis, quant à la force obligatoire des crédits internationaux³. Les prêts ne sont ni des dons, ni des apports en capitaux en faveur du débiteur. On peut donc se demander à quoi sert un système juridique qui en théorie devrait assurer le respect par le débiteur de ses obligations, si en pratique le paiement de ces dettes est constamment remis au lendemain. Le commandement de l'évangile de « prête[r] sans rien espérer » n'a jamais été une pratique acceptée par les banques commerciales⁴.

Quelles que puissent être les causes de la crise et les remèdes qui y seront apportés à long terme, il est évident que le respect des conventions de prêt conclues avec des débiteurs étrangers constitue un des éléments cruciaux de sa solution. La force obligatoire d'un emprunt international demeure essentielle

²Voir I. Walter, « The Mechanisms of Capital Flight » dans D.R. Lessard et J. Williamson, éd., *Capital Flight and Third World Debt*, Washington, Institute for International Economics, 1987, 103 ; I. Walter, *Secret Money: The World of International Finance Secrecy*, Lexington, Lexington Books, 1985 ; J.S. Henry, « Third World Debt Hoare: Where the Money Went » *New Republic* (14 avril 1986) 20. La fuite des capitaux et la crise de surendettement constituent deux faces de la même triste histoire. Le remboursement des prêts accordés par des prêteurs étrangers est problématique dans une large mesure parce que d'abondants capitaux destinés à des pays peu développés ont disparu et ont été déposés dans des banques occidentales, souvent dans des pays dits « de refuge ». Dans certains cas, les classes les plus aisées des pays pauvres ont transféré autant d'argent hors de leur pays qu'il n'y en était entré — et il s'agit souvent des mêmes fonds. Voir *Republic of the Philippines c. Marcos*, 818 F.2d 1473 à la p. 1476 (9th Cir. 1987) ; Note, « Marcos Mania: The Crusade to Return Marcos' Billions to the Philippines Through the Federal Courts » (1986) 18 Rutgers L.J. 217 ; W.M. Reisman, « Harnessing International Law to Restrain and Recapture Indigenous Spoliations » (1989) 83 AJIL 56 ; Aix-en-Provence, 25 avril 1989, D.1988.Jur.343, concernant la famille Duvalier et Haïti.

³Voir les diverses contributions des participants au colloque intitulé « Trends and Forces in International Banking Law », Berne, 26-30 mars 1990, qui ont été reproduites dans *Annual Review of Banking Law*, t. X, Salem, N.H., Butterworths, 1991 aux pp. 304-44 [ci-après *Banking Law*], notamment : M. Hughes et A. Yianni, « Parity of Treatment » dans *ibid.*, 304 ; M. Krafft, « Official Multilateral Debt Rescheduling » dans *ibid.*, 313 ; A. Voegelin, « The Process of Rescheduling » dans *ibid.*, 324 ; A. Yianni, « The Implications of the Brady Initiative on the Process of Rescheduling » dans *ibid.*, 329 ; M. Hughes, « The Current State of the Overall Debt Situation » dans *ibid.*, 335. Ces exposés discutent du processus de rééchelonnement de la dette des pays débiteurs, y compris la procédure du Club de Paris (les gouvernements créanciers), du Club de Londres (les banques commerciales créancières) et de l'initiative « Brady » du gouvernement des États-Unis, proposée en mars 1989 par le Secrétaire du Trésor Nicholas Brady, pour succéder au plan « Baker » qui a duré de 1985 à 1988.

⁴Voir Luc 6:35. Le lecteur remarquera aussi une vague similitude entre la situation actuelle et celle prévue par certains textes bibliques exigeant la remise de dettes. Voir Deutéronome 15:1. Ces textes ont été discutés par le présent auteur dans « Spiritual Energy and Secular Power », qui paraît dans M. Janis, éd., *The Influence of Religion on the Development of International Law*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer, 1991, 171 aux pp. 201-03. Il convient de remarquer ici que la vie économique moderne n'a jamais adopté cette solution biblique.

pour tout nouveau prêt consenti aux nations débitrices. Si le crédit international est appelé à jouer un rôle dans le développement économique mondial, les établissements financiers doivent être en mesure de se faire rembourser par leurs emprunteurs étrangers⁵.

Dans le passé, les banques préféraient soumettre leurs litiges avec des débiteurs à des juges nationaux plutôt qu'à des arbitres privés. Les arbitres étaient rarement appelés à trancher des litiges découlant d'une opération financière, sauf en ce qui concerne les garanties à première demande⁶ et les opérations sur titres⁷. Cette réticence face à l'arbitrage en matière de financement contraste avec la situation prévalant dans les relations commerciales internationales, où l'arbitrage constitue un mécanisme de choix pour le règlement des différends.

La réticence des banquiers face à l'arbitrage n'est pas surprenante. En règle générale, le banquier jouit dans les négociations d'une position qui lui permet d'imposer des clauses d'élection de for désignant les tribunaux du siège du prêteur. Généralement, la justice locale (*home town justice*) est mieux perçue que celle d'un pays étranger. Il serait étonnant, par exemple, qu'une banque new-yorkaise ne préfère pas poursuivre le débiteur défaillant devant des juges à New York plutôt que devant des arbitres à Montréal.

De plus, le défaut du débiteur est souvent dû à son incapacité de payer ou à sa mauvaise foi, plutôt qu'à une interprétation différente des termes du contrat. Le banquier peut s'interroger sur l'opportunité d'entamer une procédure arbitrale longue et coûteuse dans de telles circonstances, quand ne sont en cause que la bonne foi ou la capacité de payer du débiteur. Cette situation est différente de celle des relations commerciales, où souvent les parties de bonne foi ont des vues différentes sur l'interprétation du contrat qu'elles veulent soumettre à un arbitre neutre.

Les banques évitent également les clauses compromissaires, de crainte de perdre le bénéfice des procédures plus rapides prévues par les législations nationales, comme, par exemple, le droit cambiaire en France⁸ qui, en principe, simplifie la procédure d'exécution devant le Tribunal de commerce pour les billets

⁵Il est à remarquer que certaines tendances politiques, par contre, ne voient pas les prêts au Tiers-Monde de la même façon. Voir « Déclaration du Mouvement Mondial des Travailleurs Chrétiens » *Vie Protestante [de Genève]* (14 juillet 1989) 5, où l'on qualifie l'endettement du Tiers-Monde comme « le fatal résultat d'une stratégie internationale mise en place pour un profit maximum » (*ibid.*). Voir aussi D. Wermus, « La dette du tiers monde : comment sortir du cauchemar » *Vie Protestante [de Genève]* (29 septembre 1989) 1-8 ; C. von Garnier, « La responsabilité face à l'endettement du tiers-monde » *Vie Protestante [de Genève]* (2 mars 1990) 8. À comparer avec G. Frankenberg et R. Knieper, « Legal Problems of the Overindebtedness of Developing Countries: The Current Relevance of the Doctrine of Odious Debts » (1984) 12 *Int'l J. Sociology L.* 415.

⁶B. Chambreuil, « Arbitrage international et garanties bancaires » [1991] *Rev. arb.* 33.

⁷D. Robbins, *Securities Arbitration Procedural Manual*, Butterworths, 1990 ; L.D. Lowenfels et A.R. Bromberg, « Securities Industry Arbitrations: An Examination and Analysis » (1989) 53 *Alb. L. Rev.* 755.

⁸Voir *Code de commerce* [français], art. 121 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit commercial : chèques et effets de commerce*, t. 2, Paris, P.U.F., 1984. Aux États-Unis, le porteur de bonne foi d'un billet à ordre (*holder in due course*) bénéficie de certaines présomptions quant à la validité de plusieurs éléments du billet, telle la signature. Voir U.C.C., art. 3-302, 3-305, 3-307.

à ordre. De plus, certains tribunaux considèrent les mesures provisoires (comme la saisie-arrêt ou l'hypothèque judiciaire provisoire) comme étant incompatibles avec les clauses compromissoires régies par la *Convention de New York*⁹.

Nonobstant ces hésitations, les conseillers des banques multinationales sont aujourd'hui sensibles au fait que les litiges financiers internationaux sont de plus en plus complexes. De nos jours, plusieurs raisons militent en faveur de l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat de prêt. En tout premier lieu, le danger existe qu'un jugement prononcé par un juge étatique ne se voie pas accorder l'exequatur à l'étranger, au lieu où le débiteur possède ses actifs. Parfois, les débiteurs ont des biens dans des pays qui n'ont ratifié aucune convention sur la reconnaissance des jugements avec l'État où le jugement a été rendu. En revanche, une sentence arbitrale bénéficie de la reconnaissance et de l'exécution dans plus de quatre-vingts pays qui ont signé la *Convention de New York*, ainsi que les pays adhérents aux *Conventions de Panama* et de *Genève*¹⁰.

Ainsi, dans l'hypothèse où il y aurait lieu de faire reconnaître en Chine un jugement d'un tribunal de New York rendu contre un débiteur chinois, on constaterait qu'il n'existe aucun traité entre les États-Unis et la Chine (ni avec aucun autre pays) sur la reconnaissance réciproque des jugements. De plus, le banquier s'apercevra que les règles internes chinoises qui traitent de la reconnaissance des jugements étrangers n'ont rien à voir avec les règles américaines en la matière. Ainsi, le tribunal chinois exigera qu'un tribunal américain ait donné un mandat explicite à un tribunal de la République populaire de Chine en vue de faire exécuter ledit jugement¹¹. En revanche, si le banquier bénéficie d'une sentence arbitrale rendue contre le débiteur chinois, il pourra demander la reconnaissance et l'exécution de cette sentence en vertu de la *Convention de New York* à laquelle la Chine a adhéré, tout comme la plupart des pays industrialisés et un grand nombre de pays en voie de développement.

En second lieu, dans un contexte international, les débiteurs étrangers sont susceptibles d'invoquer deux arguments particuliers pour faire obstacle au recouvrement d'un prêt : (i) quand des règles sur le contrôle des changes sont

⁹Voir *McCreary Tire & Rubber Co. c. CEAT S.P.A.*, 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974) [ci-après *McCreary Tire*]. Comparez avec les références citées ci-après aux notes 87, 89 et 90.

¹⁰*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 39, 21 U.S.T. 2518, T.I.A.S. n° 6997 [ci-après *Convention de New York*]; *Convention Inter-américaine sur l'arbitrage commercial international*, 30 janvier 1975, 14 I.L.M. 336 [ci-après *Convention de Panama*]; *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, 21 avril 1961, 484 R.T.N.U. 336 [ci-après *Convention de Genève*].

¹¹Voir W.D.W. Dennis, « China » dans C. Platto, éd., *Enforcement of Foreign Judgments Worldwide*, Londres, Graham and Trotman, 1989, 36 à la p. 36 pour des commentaires sur l'art. 204 de la loi chinoise de procédure civile qui gouverne l'application des jugements étrangers et sur la procédure d'*entrustment* par le tribunal étranger à un tribunal populaire. Les procédures d'autres pays sont examinées dans E.F. Scoles et P. Hay, *Conflicts of Laws*, St. Paul, Minn., West, 1984 aux pp. 967-71. Voir également : Platto, *ibid.* ; art. 25-32 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 ; P.A. Karrer et K.W. Arnold, *Switzerland's Private International Law Statute of December 18, 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer, 1989 aux pp. 50-56 ; R.C. Casad, *Civil Judgement Recognition and the Integration of Multiple-State Associations: Central America, the United States of America, and the European Economic Community*, Lawrence, Regents Press of Kansas, 1981.

en jeu, ils peuvent invoquer la doctrine de l'*Act of State*¹²; et (ii) quand le prêt est accordé à une institution étatique, les règles sur l'immunité d'État peuvent entrer en ligne de compte¹³. Ces deux doctrines donnent à l'arbitrage une raison d'être tout à fait particulière quand il s'agit d'opérations de crédit internationales. D'une part, dans plusieurs pays on considère la clause compromissoire comme une renonciation à l'immunité de juridiction dont bénéficient les États et leurs émanations. D'autre part, quand le crédit ou le litige présente un lien potentiel avec les États-Unis, le recours à l'arbitrage est d'autant plus pertinent. En novembre 1988, le Congrès des États-Unis a apporté des modifications importantes aux lois sur l'arbitrage et l'immunité des États qui, dans beaucoup de cas, facilitent la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

Troisièmement, le défaut éventuel du débiteur peut lui donner un atout, certes paradoxal, mais non moins réel, lors de la renégociation de sa dette. Comme on l'a vu dans le cas brésilien¹⁴, certains débiteurs ont profité de l'occasion pour dénier la compétence des tribunaux du siège de la banque. En effet, l'importance de la dette confère au débiteur un poids particulier dans les négociations de restructuration, ce qui lui permet de résister à l'imposition du for par le prêteur. Par conséquent, du point de vue du prêteur, l'arbitrage constitue souvent la meilleure voie, puisque le for alternatif serait parfois celui du débiteur.

En dernier lieu, il existe aux États-Unis une véritable épidémie de litiges où le débiteur invoque la responsabilité du prêteur dans le cas d'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts¹⁵. Dans de tels procès, dits de *lender liability* (responsabilité du bailleur de fonds), le débiteur reproche au créancier sa « mauvaise foi ». Ces litiges ont amené plusieurs grandes banques américaines à insérer dans leurs contrats de prêts des clauses compromissoires, et des clauses de renonciation au procès devant jury, afin d'échapper aux jugements excessifs rendus par des jurys américains¹⁶.

Le but de cet article est de soulever des questions qui touchent au règlement des litiges financiers internationaux. L'utilité de l'arbitrage dépendra d'un ensemble de facteurs, dont l'application de la Convention de New York, l'existence d'un contrôle des changes, le recours du débiteur à son immunité souveraine, le risque d'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée sur la *lender liability*, et le processus de rééchelonnement des dettes. Nous aborderons ces éléments dans l'étude qui suit.

¹²Ci-dessous, partie I.A.

¹³Ci-dessous, partie I.B.

¹⁴Ci-dessous, partie III.A.

¹⁵Ci-dessous, partie II.E.

¹⁶Il convient de rappeler au lecteur que dans le système juridique américain même des litiges civils (tels que des actions en justice concernant des prêts) peuvent être soumis à des jurys. Voir le *Seventh Amendment* de la Constitution américaine; les règles 38 et 39 des *Federal Rules of Civil Procedure*; J. Hazard, *Civil Procedure*, 3e éd., Boston, Little Brown, 1985 à la p. 409: « The Federal Constitution guarantees the right to jury trial in civil actions in federal courts and nearly every state constitution contains a similar guaranty. »

I. Le remboursement forcé des crédits à l'étranger

On peut dénombrer trois obstacles juridiques potentiels à l'exécution des contrats de prêts internationaux : (i) la doctrine de l'*Act of State*, (ii) l'immunité d'État et (iii) l'article VIII des Accords de Bretton-Woods établissant les Statuts du Fonds monétaire international¹⁷. De surcroît, quand un litige financier, qu'il soit international ou pas, est tranché devant un tribunal aux États-Unis, le débiteur est parfois amené à invoquer l'obligation de bonne foi du banquier (*lender liability*) afin de demander des dommages-intérêts suite au refus par ce dernier de prêter de nouveaux fonds.

A. Le contrôle des changes et la doctrine de l'*Act of State*¹⁸

Le *Restatement*¹⁹ formule comme suit la doctrine de l'*Act of State* :

In the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles, courts in the United States will generally refrain from examining the validity of a taking by a foreign state of property within its own territory, or from sitting in judgment on other acts of governmental character done by a foreign state within its own territory and applicable there.

En d'autres termes, les tribunaux des États-Unis respectent les décisions prises par un État étranger dans les limites de son territoire, *même si ces décisions sont contraires à l'ordre public des États-Unis*.

Bien que la doctrine de l'*Act of State* soit une construction — certains diraient une obsession — particulière au droit anglo-américain, elle a une influence qui s'étend bien au-delà des pays de *common law*. La doctrine entre en jeu chaque fois qu'un contrat de prêt est régi par le droit d'un État des États-Unis ou par celui de l'Angleterre, ou qu'une banque est obligée de faire rembourser

¹⁷D'autres obstacles au remboursement forcé des dettes sont soulevés dans D.M. Sassoon et D.D. Bradlow, éd., *Judicial Enforcement of International Debt Obligations*, Washington, International Law Institute, 1987.

¹⁸Voir de façon générale : L. Henkin, « Act of State Today: Recollections in Tranquility » (1967) 6 Colum. J. Transnat'l L. 175 ; D.C.K. Chow, « Rethinking the Act of State Doctrine: An Analysis in Terms of Jurisdiction to Prescribe » (1987) 62 Wash. L. Rev. 397 ; M. Gruson, « The Act of State Doctrine in Contract Cases as a Conflict-of-Laws Rule » (1988) U. Ill. L. Rev. 519. Pour une discussion de la loi anglaise, voir *Dubai Bank Ltd c. Galadarie & Ors*, High Court of Justice (London), 19 juin 1990 [ci-après *Dubai Bank*] ; *Buttes Gas and Oil c. Hammer*, [1982] A.C. 888 [ci-après *Buttes Gas*] ; L. Collins, éd., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 11e éd., Londres, Stevens, 1987 aux pp. 109-15, règle 3 [ci-après *Dicey*]. Pour les énoncés les plus récents de la Cour suprême au sujet de la doctrine de l'*Act of State*, voir *W.S. Kirkpatrick c. Environmental Tectonics*, 493 U.S. 400 (1990) et le commentaire de S. Morrison, « The Act of State Doctrine and the Demise of International Comity » (1991) 2 Ind. Int. and Comp. L.R. 311. Kirkpatrick avait donné un pot-de-vin au gouvernement nigérien violant ainsi le *Foreign Corrupt Practices Act*. Dans une action civile intentée par un compétiteur qui invoquait une loi anti-racket (*RICO*, 18 U.S.C., art. 1962-68), les intimés ont invoqué la doctrine de l'*Act of State*, disant qu'elle empêchait de faire enquête sur les actes de représentants du gouvernement nigérien. La Cour suprême a jugé que cette doctrine n'empêchait pas les cours américaines d'entendre la cause. De plus, la Cour n'avait pas à juger de la validité d'un acte étranger dans cette affaire.

¹⁹*Restatement (3rd) of the Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, Minn., American Law Institute, 1987 [ci-après *Restatement*]. Le *Restatement* est un exposé de la doctrine et de la jurisprudence sur les relations étrangères des États-Unis.

sa créance de force dans un pays où la doctrine est appliquée. Le droit anglais contient des principes analogues à ceux du droit américain, mais leur portée est différente²⁰. Dans la théorie et la pratique judiciaires des systèmes continentaux, aucun principe ne joue le rôle de la doctrine de l'*Act of State* telle que l'appliquent les tribunaux américains. Les tribunaux français, par exemple, ont refusé de reconnaître la validité des expropriations à l'étranger sans indemnisation, qu'ils considèrent comme heurtant l'ordre public français²¹. Dans d'autres pays d'Europe continentale, les principes de droit international offrent plus de contrastes que de similitudes avec la doctrine américaine.

Cela ne signifie cependant pas que les juristes continentaux peuvent se permettre d'ignorer cette doctrine. Lors de transactions financières internationales, les juristes européens doivent la connaître, parce qu'elle s'applique chaque fois qu'un litige surgit à l'occasion d'une convention de prêt ou d'un contrat de dépôt qui doit être interprété selon les lois ou par les tribunaux américains, en particulier ceux de l'État de New York.

Le fondement théorique de cette doctrine a donné lieu à bien des débats. Certains commentateurs ont souligné que ses fondements résident dans la théorie « territorialiste », selon laquelle la légitimité d'un acte doit être appréciée uniquement en fonction de la loi du pays dans lequel cet acte a été commis.

Lorsque la Cour suprême des États-Unis a été appelée à appliquer la doctrine de l'*Act of State* au cours des années soixante, elle a proposé une nouvelle justification, celle de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire. En 1964, la Cour a tranché la célèbre affaire *Sabbatino*²², dans laquelle un courtier new-yorkais avait vendu, au Maroc, du sucre cubain exproprié. Le connaissance incorporant le droit de prendre possession du sucre se trouvait à New York. Estimant que le sucre appartenait au gouvernement cubain plutôt qu'au propriétaire exproprié, la Cour Suprême a été amenée à revoir la justification²³ de la doctrine de l'*Act of State*.

Dorénavant, le fondement de la doctrine de l'*Act of State* aux États-Unis, se trouve plutôt dans le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire que dans le champ d'application de la loi étrangère. Les tribunaux ne doivent pas gêner la politique extérieure du Président et du Département d'État qui pourrait être en négociation avec des gouvernements étrangers. Par exemple, il se pourrait que le Département d'État soit en cours de négociations avec le gouvernement cubain pour le retour d'un avion détourné, ou avec le gouverne-

²⁰Voir *Buttes Gas, supra*, note 18, un arrêt qui concernait le droit d'Occidental Petroleum de sonder des gisements de pétrole près de l'île d'Abu Masu, et le décret d'un des princes de la région qui tentait de modifier ce droit. Lord Wilberforce a qualifié le principe en question de « judicial restraint or abstention » (*ibid.* à la p. 931). Voir également la discussion dans *Dubai Bank, supra*, note 18 ; *Dicey, supra*, note 18.

²¹B. Audit, *Droit international privé*, Paris, Economica, 1991, n° 771-773. Voir aussi la discussion des litiges *État Russe c. La Ropit* et *C.F.C.B. c. Atard*, dans B. Ancel et Y. Lequette, éd., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 1987 aux pp. 85-86.

²²*Banco Nacional de Cuba c. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1963) [ci-après *Sabbatino*].

²³L'expression exacte était « constitutional underpinnings ».

ment espagnol pour la cession d'une base militaire, au moment même où un tribunal américain est appelé à prendre une décision sur la validité d'un acte du gouvernement cubain ou espagnol.

On a assimilé la doctrine de l'*Act of State* à une règle spéciale de droit international privé, qui primerait sur les règles ordinaires en matière de loi applicable, et imposerait la loi étrangère, même lorsque celle-ci serait susceptible de violer l'ordre public américain²⁴.

Outre le principe de la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, une autre justification de la doctrine de l'*Act of State* résiderait dans le fait qu'elle assure une plus grande sécurité au négoce international, en réduisant les contestations sur la validité de la détention d'un bien acquis à l'étranger. L'acheteur sait qu'il peut importer des marchandises en toute sécurité aux États-Unis, sans craindre que des juges américains contestent la validité d'une loi étrangère qui lui confère un droit de propriété sur les marchandises.

Certaines exceptions admises au principe de l'*Act of State* améliorent un peu la situation d'un propriétaire dépossédé par une décision étrangère qui s'oppose à des principes fondamentaux de politique américaine. Tout d'abord, l'interdiction d'examiner la validité de la loi étrangère ne s'applique pas lorsque le Département d'État fait une déclaration en ce sens. Cette exception « Bernstein » a été élaborée dans une affaire où on avait entamé une action en vue de recouvrer la propriété de biens confisqués par les Nazis²⁵.

En second lieu, la doctrine de l'*Act of State* ne s'applique pas lorsque des biens ont été confisqués par un gouvernement étranger en violation claire du droit international. Selon l'interprétation de la doctrine faite par le juge Harlan dans l'affaire *Sabbatino*, cette doctrine ne trouve pas application lorsque l'affaire est régie par un « traité ou une autre convention sans équivoque »²⁶.

Enfin, l'amendement « Hickenlooper »²⁷, qui fut adopté en réaction à l'arrêt *Sabbatino*, prévoit que d'une manière générale les tribunaux américains ne peuvent pas invoquer la doctrine de l'*Act of State* pour refuser d'examiner la validité de la confiscation d'un bien corporel situé aux États-Unis au regard du droit international. Cet amendement ne s'applique pas, cependant, si le Président décide que les intérêts dictés par la politique étrangère des États-Unis exigent que les tribunaux appliquent la doctrine dans un cas particulier.

Quelle est la portée de l'*Act of State* en matière de finance internationale ? L'affaire *Allied Bank*²⁸, décidée au début des années quatre-vingt, a traité de

²⁴Voir l'art. 443 du *Restatement, supra*, note 19 ; Chow, *supra*, note 18 à la p. 398 ; C. Crockett, « The Relationship Between the Act of State Doctrine and Conflict of Laws and Choice-of-Law Rules » (1989) 10 N.Y.L. School J. Int'l & Comp. L. 309.

²⁵*Bernstein c. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij*, 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954).

²⁶*Sabbatino, supra*, note 22 à la p. 428.

²⁷22 U.S.C., art. 2370(e)(2).

²⁸*Allied Bank Int'l c. Banco Credito Agricola*, 566 F. Supp. 1440 (S.D.N.Y. 1983) [ci-après *Allied Bank n° 1*], conf. par 733 F.2d 23 (2d Cir. 1984) [ci-après *Allied Bank n° 2*], annulé lors du second procès 757 F.2d 516 (2d Cir. 1985) [ci-après *Allied Bank n° 3*].

cette question dans un contexte bancaire. Cette affaire concernait trois banques entièrement contrôlées par l'État du Costa Rica, qui avaient succédé dans ses droits et obligations à une banque des Îles Cayman, ayant fait faillite après avoir exercé la plupart de ses activités au Costa Rica. Parmi les engagements de la banque faillie, on comptait une dette envers un syndicat de trente-neuf banques américaines et européennes.

En 1981, la Banque Centrale et le Ministre des Finances du Costa Rica avaient émis une ordonnance qui, pour l'essentiel, interdisait le règlement de dettes dues à l'étranger ; il faut préciser à ce propos que le terme de « dette » désignait tout engagement libellé dans une monnaie autre que celle du Costa Rica. Ces décrets ont eu pour effet de produire un défaut de paiement suite auquel en 1982 les prêteurs ont entamé une action en vue d'obtenir l'exécution des dettes des banques du Costa Rica, qui avaient accepté le transfert des prêts, et de recouvrer le solde dû, d'environ 4,5 millions de dollars U.S., plus les intérêts accumulés. Ces banques avaient accepté la compétence des tribunaux de New York ; New York était aussi le lieu de paiement de cet engagement libellé en dollars américains.

Le tribunal de première instance admit la défense des emprunteurs, fondée sur la doctrine de l'*Act of State* qu'il justifia par le raisonnement de la « séparation des pouvoirs ».

Après le jugement rejetant la demande d'Allied Bank, le Costa Rica refinançait la plupart de ses dettes avec des créanciers étrangers. Toutefois, l'une des banques du syndicat s'opposa au rééchelonnement. En sa qualité de chef de file du syndicat, Allied Bank fit appel contre le jugement au nom et pour le compte de cette banque.

La Cour d'appel confirma le jugement du tribunal de première instance, mais en se fondant sur une notion que l'on appelle *comity*, ou courtoisie internationale, selon laquelle les États acceptent les décisions d'autres États souverains, pourvu que celles-ci ne heurtent pas l'ordre public du for²⁹. Cette « règle d'or » exige que tout État se comporte envers les autres comme il voudrait que les autres se comportent envers lui-même.

La doctrine de la courtoisie s'applique sous réserve que la décision étrangère ne soit pas contraire à l'ordre public américain. En revanche, comme on l'a déjà indiqué, la doctrine de l'*Act of State* s'applique même lorsque la décision du gouvernement étranger est contraire à l'ordre public américain. Dans son premier arrêt, la Cour d'appel avait considéré que le décret costaricain était

²⁹Voir *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895) ; J.R. Paul, « Comity in International Law » (1991) 32 Harv. Int'l L.J. 1. Le professeur Paul analyse à la fois la conception étroite de *comity* (« a synonym for [...] courtesy, politeness, convenience or goodwill between sovereigns ») et une conception plus large (« a broader version of comity as a constellation of ideas that courts sometimes employ to manage conflicting public policies between sovereign states ») (*ibid.* à la p. 4). Voir G.B. Born, Commentaires (1990) 84 Proc. Am. Soc. Int'l L. 326 ; H.G. Maier, Commentaires (1990) 84 Proc. Am. Soc. Int'l L. 339 ; J.A.R. Nafziger, Commentaires (1990) 84 Proc. Am. Soc. Int'l L. 332 ; T.W. Merrill, Commentaires (1990) 84 Proc. Am. Soc. Int'l L. 335 ; M.K. Young, Commentaires (1990) 84 Proc. Am. Soc. Int'l L. 337.

conforme à la politique américaine³⁰. La Cour a assimilé les décrets du Costa Rica à une « réorganisation » au sens du chapitre 11 de la loi fédérale des États-Unis sur la faillite, qui permet la suspension immédiate de procédures à l'encontre du débiteur en défaut de paiement. Elle a considéré que les décrets en question équivalaient à un nouvel échelonnement ayant pour effet de différer les paiements, et non à une répudiation de dette pure et simple.

La première décision rendue dans cette affaire a provoqué un état de choc dans la communauté financière new-yorkaise. Nombreux étaient ceux qui estimaient qu'elle pourrait mettre en péril la position de New York comme centre de transactions financières, en particulier comme centre international de *clearing* de dettes libellées en dollars. La position des banques new-yorkaises se trouverait troublée par la possibilité que les tribunaux américains reconnaissent aux pays débiteurs le droit de remettre unilatéralement en cause la structure de leurs dettes extérieures.

L'agitation et la consternation des banques new-yorkaises à la suite de la première décision dans l'affaire *Allied Bank* incitèrent la Cour d'appel à revoir l'affaire. Près d'une année plus tard, les mêmes juges annulèrent leur décision précédente et ordonnèrent à la juridiction de première instance de rendre un jugement sommaire en faveur du syndicat de banques³¹. Ils indiquèrent que la Cour avait commis une erreur en admettant la conformité du décret costaricain à l'ordre public américain. Pour informer les tribunaux sur la politique américaine en la matière, le Département de la Justice a déposé un avis en tant qu'*amicus curiae*, dans lequel il exprimait son souci que la décision unilatérale prise par le Costa Rica de rééchelonner sa dette extérieure ne compromette les initiatives multilatérales visant à résoudre la crise mondiale de surendettement. Le fait que la Cour, dans sa seconde décision, ait estimé que les décrets du Costa Rica n'étaient pas conformes à l'ordre public américain tint en échec une éventuelle application du principe de la courtoisie internationale (*comity*).

La deuxième décision de la Cour d'appel paraît correcte et opportune dans le contexte général de la crise de surendettement. Afin d'encourager l'octroi de nouveaux crédits en faveur des nations débitrices, les tribunaux doivent autant que possible garantir aux banques commerciales l'exécution de leurs conventions de prêt avec des débiteurs étrangers. Le bon fonctionnement du commerce international, autant que la santé des établissements financiers, commandent que les contrats de prêt soient honorés. Permettre à un emprunteur étranger d'éteindre unilatéralement ses dettes viendrait saper les fondements de la coopération financière internationale en déniait le droit à un prêteur le droit de se faire rembourser.

Selon la doctrine de l'*Act of State*, l'interdiction de mettre en cause un acte effectué à l'étranger ne s'applique que dans la mesure où l'acte en question con-

³⁰La Cour a fait état de certaines lettres du Secrétaire d'État alors en fonction, George Schultz, au Président de la Chambre des Représentants, Thomas O'Neill. Ces lettres admettaient le principe d'une future aide bilatérale au Costa Rica, en dépit du fait que ce pays était en défaut pour le paiement de ses dettes.

³¹*Allied Bank n° 3, supra*, note 28.

cerne des biens situés sur le territoire de l'État étranger³². Si les avoirs visés par les décrets du Costa Rica dans l'affaire *Allied Bank* — c'est-à-dire la dette des banques costaricaines — avaient été situés hors des limites territoriales du Costa Rica, les tribunaux américains auraient pu examiner librement la validité du contrôle des changes costaricain.

Mais il n'est pas toujours facile de localiser une dette. Les choses intangibles, notamment l'obligation de rembourser une dette, peuvent difficilement être rattachées à un lieu précis de la même manière que les biens corporels, comme le bois, le sucre ou un connaissance maritime. La dette n'est matérialisée que par son entrée dans les écritures comptables d'une banque ou dans ses ordinateurs.

La solution la plus logique serait de localiser l'obligation de restituer une somme d'argent dans le pays qui dispose du pouvoir de faire exécuter l'obligation, qui serait normalement le pays ayant compétence quant à la personne du débiteur³³. Comme les débiteurs, dans le cas de *Allied Bank*, résidaient au Costa Rica, on aurait pu conclure que le lieu de situation de la dette était le Costa Rica.

Toutefois, dans l'affaire *Allied Bank*, la Cour d'appel est parvenue à une solution différente en considérant que le Costa Rica n'était pas en mesure d'éteindre complètement l'obligation des emprunteurs de payer en dollars à New York. Le décret de contrôle des changes avait pour objet la créance des banques se situant à l'étranger, dans la mesure où les débiteurs avaient accepté d'effectuer le remboursement à New York et reconnu la compétence des tribunaux new-yorkais.

Quant à la localisation de la dette, un raisonnement semblable avait été suivi une année auparavant par la même Cour dans l'affaire *Garcia c. Chase Manhattan Bank*³⁴. Des clients de la banque avaient intenté une action en vue d'obtenir le remboursement de certificats de dépôt, libellés en pesos, achetés à

³²*Supra*, note 19, art. 443.

³³Voir *Harris c. Balk*, 198 U.S. 215 (1905) [ci-après *Harris*]; *Schaffer c. Heitner*, 433 U.S. 186 (1977) [ci-après *Schaffer*] a remis en question la conclusion de la Cour suprême dans *Harris* en ce qui a trait au principe de la compétence dite *quasi-in-rem*.

Comparer la situation en Suisse où l'art. 74 du *Code des Obligations* stipule que :

Le lieu où l'obligation doit être exécutée est déterminé par la volonté expresse ou présumée des parties. À défaut de stipulation contraire, les dispositions suivantes sont applicables :

1. Lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, le paiement s'opère dans le lieu où le créancier est domicilié à l'époque du paiement ;
2. Lorsque l'obligation porte sur une chose déterminée la chose est délivrée dans le lieu où elle se trouvait au temps de la conclusion du contrat ;
3. Toute autre obligation est exécutée dans le lieu où le débiteur était domicilié lorsqu'elle a pris naissance.

Pour l'application de ce principe, voir *République de Guinée c. Maritime International Nominees Establishment*, Tribunal fédéral suisse, 1re Cour civile, 4 décembre 1985, (1987) 5 ASA Bull. 24 à la p. 26.

Il existe en droit fiscal français des principes analogues. Voir l'art. 750(2) du *Code Général des Impôts* : « Sont considérées comme françaises, les créances sur un débiteur qui est établi en France ou qui y a son domicile fiscal [...] »

³⁴735 F.2d 645 (2d Cir. 1984).

Cuba en 1958 et confisqués l'année suivante par le gouvernement révolutionnaire de Fidel Castro. La banque avait garanti le remboursement par toutes ses succursales dans le monde et pouvait payer le montant des certificats de dépôt aussi bien à New York qu'à La Havane.

Les avoirs de la Chase Manhattan avaient déjà été transférés de force au gouvernement cubain pour le montant des certificats de dépôt. Néanmoins la Cour jugea que la banque devait payer à nouveau, cette fois-ci au profit des investisseurs : elle compara la situation à un vol dans une succursale, situation où le siège central serait obligé de supporter les conséquences du vol et de rembourser les déposants. Il semble que la Cour se soit laissée influencer par le fait que les dirigeants de la banque savaient que la sécurité des fonds était l'un des critères principaux des demandeurs dans leur choix de la banque. En effet, la Cour avait trouvé une clause implicite dans la convention de dépôt, que l'on appelle « *last plane account* » — une « clause du dernier vol » — par laquelle il est convenu qu'en cas de crise nationale qui obligerait le client à quitter rapidement le pays³⁵, les fonds seraient transférés du pays de dépôt vers un lieu plus sûr.

Deux jours après cette décision, la Cour suprême de l'État de New York parvint à un résultat contraire dans un cas à peu près identique impliquant la même banque et un autre de ses clients. Dans l'affaire *Perez c. Chase Manhattan Bank*³⁶, la Cour d'appel de New York estima que la doctrine de l'*Act of State* s'appliquait à la question de la validité de l'expropriation effectuée par Cuba. L'existence d'une succursale de la Chase à Cuba signifiait que la dette pouvait y être remboursée. Le fait qu'il existait d'autres pays dans lesquels le montant du dépôt aurait également pu être restitué était sans importance.

Dans une autre affaire récente, *Wells Fargo Asia Ltd c. Citibank*³⁷, la succursale de la Citibank à Manille avait accepté des dépôts de la part d'établissements financiers étrangers. Ces dépôts avaient été ultérieurement bloqués, en 1983, par la Banque Centrale des Philippines. Le problème de Citibank soulevait la doctrine de l'*Act of State*. Si la « cession de créance » avait été imposée par un souverain étranger donc par expropriation, la banque à New York ne serait pas obligée de rembourser le dépôt fait à l'étranger³⁸. Or, étant donné que New York était le lieu prévu de remboursement, les lois en vigueur à New York devaient recevoir application pour satisfaire aux intentions concordantes des parties. Donc on pouvait écarter la doctrine de l'*Act of State* puisque l'intention des parties était de soumettre le contrat de dépôt et le remboursement à la com-

³⁵Par exemple, lorsque le client venait d'attraper le dernier avion en direction de Miami.

³⁶474 N.Y.S.2d 689 (N.Y. 1984).

³⁷*Wells Fargo Asia Ltd c. Citibank*, 852 F.2d 657 (2d Cir. 1988) [ci-après *Wells Fargo n° 2*], conf. 695 F. Supp. 1450 (S.D.N.Y. 1988) [ci-après *Wells Fargo n° 1*], renvoyé par la Cour suprême *Citibank c. Wells Fargo Asia Ltd*, 495 U.S. 660 (1990) [ci-après *Wells Fargo n° 3*], ensuite conf. par le Second Circuit 936 F.2d 723 (2d Cir. 1991) [ci-après *Wells Fargo n° 4*], cert. refusé le 22 juin, 1992 (120 L Ed 2d 868). En général, voir P.S. Smedresman et A.F. Lowenfeld, « Eurodollars, Multinational Banks and National Laws » (1989) 64 N.Y.U.L. Rev. 733 aux pp. 762-74.

³⁸Voir *Wells Fargo n° 1*, *ibid.* à la p. 1455 : « A New York court would further recognize such compulsory assignment as an act of a foreign sovereign unreviewable under the Act of State doctrine. » Il est à noter que cette conclusion quant à la loi new-yorkaise n'était pas forcément exacte.

pétence des tribunaux de New York. De fait, la Cour d'appel a confirmé la conclusion du tribunal de première instance selon laquelle Citibank était responsable, puisque les parties avaient convenu que le remboursement se ferait à New York³⁹. Dans un épisode ultérieur de l'affaire *Wells Fargo* (digne d'un roman de Victor Hugo ou de Charles Dickens)⁴⁰ la Cour suprême a cassé l'arrêt de la Cour d'appel et a ordonné à celle-ci d'examiner de plus près la question du droit applicable : le contrat de prêt était-il gouverné par le droit de New York ou le droit des Philippines⁴¹ ? Après avoir revu cette question, la Cour d'appel a décidé en 1991 que le droit de New York était applicable (à défaut d'un choix explicite par les parties) étant donné que la devise du prêt était le dollar U.S. et que la banque défenderesse avait son siège à New York. De ce fait, le déposant des fonds pouvait les récupérer à New York, en l'absence d'accord explicite prévoyant le contraire⁴².

Le praticien prête attention à la doctrine de l'*Act of State* en vue de protéger son client. Le théoricien se doit, quant à lui, d'envisager le contenu de la doctrine dans une perspective plus générale. Quelle que soit la valeur de la règle de l'*Act of State* pour garantir la sécurité de titres de propriété sur des biens tangibles, son application à des avoirs tels que des dettes peut paraître discutable.

Nous ne pourrions mieux conclure cette partie de notre étude que par la citation du regretté Francis Mann, éminente autorité sur l'arbitrage et les aspects juridiques de la monnaie :

It must be hoped that the United States and England [...] will rid themselves of a doctrine that is unknown in the rest of the world, is alien to the judicial function, and should have no bearing on the effects of foreign exchange control⁴³.

B. L'immunité d'État

Au mois de mars 1990, une transaction de 182 livres sterling a mis fin à un différend entre l'International Tin Council (ITC) et ses créanciers⁴⁴. Ce litige était né cinq ans auparavant, lorsque l'ITC avait suspendu ses opérations de « buffer stock ». Six mois avant le règlement du litige, la Chambre des Lords à Londres avait rendu une décision reconnaissant le bénéfice de l'immunité à l'ITC pour tout litige avec ses créanciers⁴⁵. Cette immunité découlait de l'Accord de siège (*Headquarters Agreement*) passé entre l'ITC et le Royaume-Uni.

³⁹« [W]e conclude that WFAL was entitled to collect the deposits out of Citibank assets in New York » (*Wells Fargo n° 1, supra*, note 37 à la p. 661).

⁴⁰Il existe maintenant cinq arrêts différents dans cette affaire.

⁴¹Voir *Wells Fargo n° 3, supra*, note 37.

⁴²*Wells Fargo n° 4, supra*, note 37 à la p. 727 : « We conclude that under New York law, unless the parties agree to the contrary, a creditor may collect a debt at a place where the parties have agreed that it is repayable. »

⁴³F.A. Mann, « Foreign Exchange Control Regulations and the United States Courts: A Contribution to the Act of State Doctrine » (1988-89) 2 N.Y. Int'l L. Rev. 10 à la p. 14. Beaucoup de juristes sont prêts à partager cette critique de la doctrine de l'*Act of State* quand il s'agit de questions qui touchent le contrôle des changes.

⁴⁴Voir International Tin Council, Release (30 mars 1990). Voir aussi G. Marston, « The Origins of Personality of International Organisations in United Kingdom Law » (1991) 40 I.C.L.Q. 403.

⁴⁵*J.H. Rayner Ltd c. Dep't of Trade*, [1989] 3 All E.R. 523 (H.L.). L'art. 8 de l'Accord de siège de 1972 stipule que :

The Council shall have immunity from jurisdiction and execution except: (a) to the

Pourtant, cet accord prévoyait que l'ITC ne serait pas en droit d'invoquer son immunité à l'encontre de l'exécution d'une sentence arbitrale⁴⁶. Cette clause était à l'avantage d'une des sociétés créancières de l'ITC, la *Malaysian Metal Exchanges*, étant donné que les clauses prévoyant l'arbitrage étaient d'usage dans les contrats pour le commerce des métaux.

Toute autre, en revanche, était la situation des banques. Très peu d'entre elles avaient stipulé des clauses compromissaires dans leurs contrats de prêt. Seules celles qui avaient eu la prévoyance d'insérer une telle clause dans leurs accords avec l'ITC étaient en mesure de bénéficier de la renonciation à l'immunité prévue non seulement dans l'Accord de siège, mais également dans le *State Immunity Act* britannique, qui s'applique chaque fois qu'une clause d'arbitrage est acceptée par une institution étatique ou para-étatique⁴⁷.

Dans le cas des banques costaricaines, la doctrine de l'*Act of State* ne constituait pas le seul obstacle juridique potentiel à l'exécution de la convention de prêt à leur encontre. Dans l'affaire *Allied Bank*, la juridiction de première instance avait aussi eu à se prononcer sur la question de l'immunité d'État, selon laquelle un État souverain ne peut pas être cité devant les tribunaux d'un autre État⁴⁸. L'immunité procédurale présente des points communs avec la doctrine de l'*Act of State*. Elle s'en distingue toutefois. L'immunité d'État n'est pas liée au droit applicable mais constitue plutôt une limitation du pouvoir de juridiction⁴⁹. Elle s'applique seulement lorsque l'emprunteur étranger est une entité gouvernementale, alors que la doctrine de l'*Act of State* peut être invoquée même par une banque privée lorsque des décrets sur le contrôle des changes ou un moratoire empêchent le remboursement de prêts qui lui ont été consentis par des créanciers étrangers.

Pour le juriste américain, l'une des raisons qui justifie l'immunité d'État est semblable à celle sur laquelle se fonde la doctrine de l'*Act of State* : en proclamant son pouvoir de juridiction sur un État souverain étranger, un juge risquerait d'entraver l'action du pouvoir exécutif dans la conduite des rapports internationaux⁵⁰.

extent that the Council shall have expressly waived such immunity in a particular case ; [...] (c) in respect of an enforcement of an arbitration award made under either article 23 or article 24 (cité dans *ibid.* à la p. 539).

⁴⁶L'art. 23 de l'Accord prévoit l'arbitrage.

⁴⁷Voir *State Immunity Act, 1978, 1978, c. 33, art. 9* [ci-après *State Immunity Act*] :

(1) Where a State has agreed in writing to submit a dispute which has arisen, or may arise, to arbitration, the State is not immune as respects proceedings in the courts of the United Kingdom which relate to the arbitration.

(2) This section has effect subject to any contrary provision in the arbitration agreement and does not apply to any arbitration agreement between States.

Voir de façon générale C.J. Lewis, *State and Diplomatic Immunity*, 3e éd., Londres, Lloyd's of London, 1990 aux pp. 74-75, 166-81.

⁴⁸*Allied Bank n° 1, supra*, note 28.

⁴⁹Voir de façon générale Lewis, *supra*, note 47 ; G.M. Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, Boston, Nijhoff, 1984 ; G.R. Delaume, « Sovereign Immunity and Public Debt » (1989) 23 *Int'l Lawyer* 811. Pour une perspective européenne, voir C. Reymond, « Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage » [1985] *Rev. arb.* 517.

⁵⁰En langage plus direct : « On ne doit pas donner aux juges la possibilité de faire des bêtises. »

La loi des États-Unis sur l'immunité d'État, le *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, accorde l'immunité aux États étrangers sous réserve de différentes exceptions⁵¹ dont l'une des principales opère une distinction entre les actes publics de l'État, les actes *jure imperii*, et ses actes commerciaux, les actes *jure gestionis*. L'immunité de juridiction ne fait pas obstacle à un procès lorsqu'un État ou une entité publique s'engage dans une activité commerciale⁵². Cette distinction entre activités commerciales et activités publiques est à la base de ce que l'on appelle la théorie « restrictive » de l'immunité, en contraste avec l'ancienne théorie qui admettait l'immunité absolue pour tous les actes de l'État. Cette distinction est connue en droit continental aussi bien qu'en droit anglo-américain.

En Grande-Bretagne, le *State Immunity Act* a rapproché le droit anglais de celui du reste du monde occidental⁵³. De même, ce n'est que depuis vingt ans que les tribunaux du Québec ont accepté la doctrine qui distingue les actes commerciaux et les actes publics d'un État étranger⁵⁴. La conception « restrictive » de l'immunité ainsi adoptée exclut du bénéfice de l'immunité l'État qui a agi dans un contexte commercial⁵⁵. La définition des transactions commerciales donnée par la loi britannique comprend notamment « tout prêt ou autre transaction en vue de la fourniture d'un financement » et toute garantie accordée à une transaction financière⁵⁶.

Par contraste, la théorie de l'immunité absolue est illustrée par un arrêt britannique du siècle dernier, *Mighell c. Sultan of Johore*⁵⁷. Le Sultan d'un État qui se situe maintenant en Malaisie avait fait une proposition de mariage sous un nom d'emprunt. Lorsqu'il changea plus tard d'avis (après un week-end à la campagne, bien sûr !), la fiancée lésée intenta une action contre lui pour rupture de promesse. Le Sultan parvint à échapper aux conséquences de sa proposition rompue en dévoilant son identité réelle et en plaidant son immunité de souverain.

Dans le *FSIA*, la notion d'État étranger comprend une « agence ou une émanation étatique »⁵⁸. Une personne morale qui jouit de sa propre personnalité juridique, mais dont le capital est détenu par un État étranger est donc habilitée à invoquer l'immunité.

La Suisse a ajouté un élément à sa doctrine de l'immunité en exigeant un rapport entre l'acte de l'État étranger et la Suisse. La notion de *Binnenbeziehung*, (« rapport interne »), a été utilisée pour exclure la saisie de biens libyens

⁵¹28 U.S.C., art. 1330-1332, 1391(f), 1441(d), et 1602-1611. Le lecteur pressé serait bien avisé de regarder les art. 1602-11 d'abord.

⁵²28 U.S.C.A., art. 1605(a)(2).

⁵³Lewis, *supra*, note 47 aux pp. 42-44.

⁵⁴*Penthouse Studios c. Venezuela* (1970), 8 D.L.R. (3d) 686 (C.A.); J.-G. Castel, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980.

⁵⁵La loi opère en outre une distinction entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. Voir *State Immunity Act*, art. 9. Voir de façon générale Lewis, *supra*, note 47 aux pp. 74-75, 166-81.

⁵⁶En anglais, « any loan or other transaction for the provision of finance » (*State Immunity Act*, art. 3(3)(b)).

⁵⁷[1894] 1 Q.B. 149 (C.A.).

⁵⁸En anglais, « agency or instrumentality » (28 U.S.C., art. 1603(a) et (b)).

situés en Suisse en application d'une sentence arbitrale rendue au détriment de la Libye dans un litige dont l'objet n'avait aucun lien avec la Suisse⁵⁹.

Il n'y a pas unanimité quant à la qualification commerciale ou gouvernementale d'un acte⁶⁰. Dans certains États, l'achat de blé pour la population sera considéré comme un acte public, même si n'importe quel commerçant peut acheter du blé⁶¹. Pour cerner de plus près la notion d'« activité commerciale », il faut donc porter un jugement de valeur sur le rôle proprement dit du gouvernement.

Sous l'empire du *FSIA*, la qualification d'une activité ne dépend pas de la nature de la transaction, mais de son but. Ce principe général ressort notamment des travaux préparatoires de la loi. Le rapport de la Commission judiciaire du Congrès relève ce qui suit :

Moreover, both a sale of bonds to the public and a direct loan from a U.S. commercial bank to a foreign government are activities which are of a commercial nature and should be treated like other similar commercial transactions. Such commercial activities would not otherwise give rise to immunity and would be subject to U.S. regulation, such as that provided by the securities laws⁶².

Par conséquent, l'emprunt d'argent constitue une activité commerciale.

Après avoir surmonté l'obstacle de l'immunité de juridiction il reste encore au prêteur, s'il a obtenu un jugement en sa faveur, à le faire exécuter. Le séquestre ou l'exécution forcée de biens appartenant à un État étranger est en principe interdit et la loi ne prévoit que de rares exceptions à ce principe. Cependant, les avoirs utilisés pour l'exercice de l'activité commerciale sur laquelle se fonde la demande en justice ne sont pas protégés par l'immunité. Certains autres biens, tels que les fonds d'une banque centrale (sauf refus explicite de la reconnaissance de leur immunité) sont toujours protégés par le principe de l'immunité, à part dans les cas où la banque centrale aurait agi comme une banque commerciale dans le cadre d'une transaction déterminée.

Il importe de se rappeler que la défense tirée de l'immunité d'État ne trouve pas application lorsque l'État étranger a expressément ou implicitement renoncé à son privilège. Il en résulte que les prêteurs peuvent éliminer au moins ce risque en stipulant la renonciation de l'État à ce privilège, et il semble que de telles renonciations soient devenues la règle dans les emprunts internationaux⁶³. De plus, comme on le verra plus loin, les amendements apportés en 1988

⁵⁹*Socialist Libyan Arabic Popular Jamahiriya c. Libyan American Oil Co. (LIAMCO)*, Tribunal fédéral suisse, 19 juin 1980, 20 I.L.M. 151 (note G. Delaume), (1981) 62 I.L.R. 228.

⁶⁰Voir G. Delaume, *Law and Practice of Transnational Contracts*, New York, Oceana, 1988 aux pp. 240-59 [ci-après *Transnational Contracts*].

⁶¹Voir *Victory Transport c. Comisaria General de Abastecimientos y Transportes*, 336 F.2d 354 (2d Cir. 1964), cert. refusé 381 U.S. 934 (1964).

⁶²House Judiciary Committee, H.R. Rep. n° 1487, 94e Cong., 2e sess. (1976) à la p. 10.

⁶³Voir *Transnational Contracts*, supra, note 60 à la p. 270 : « [L]enders engaged in transnational lending operations currently insist upon stipulating waivers of immunity from both suit and execution in contracts with foreign governments [...] » Voir également G. Kahale III, « State Loan Transactions: Foreign Law Restrictions on Waivers of Immunity and Submissions to Jurisdiction » (1982) 37 Bus. Lawyer 1549.

au *FSIA* sur l'immunité des États prévoient qu'un État étranger ne jouit pas de l'immunité dans une action engagée en vue d'obtenir l'exécution de décisions arbitrales ou de faire confirmer des conventions d'arbitrage.

Il est tout aussi important de souligner que les tribunaux des États-Unis doivent également disposer d'une compétence personnelle à l'égard du défendeur lui-même, compétence résultant de contacts minimaux (*minimum contacts*) avec l'entité étrangère⁶⁴.

La perte de son immunité de juridiction par un État étranger qui a contracté un emprunt ne porte pas nécessairement un coup fatal à ses possibilités de défense. Comme nous l'avons déjà dit, la négociation de l'immunité peut devenir purement théorique lorsque s'applique la doctrine de l'*Act of State*.

C. *Les Statuts du Fonds monétaire international*⁶⁵

Les dispositions des Statuts du Fonds monétaire international (FMI) ont ajouté un autre obstacle au remboursement d'une dette contractée par un emprunteur étranger soumis à un contrôle des changes. En vue de réduire les facteurs de distorsion dans le commerce et les mouvements de capitaux entre États, les Accords de Bretton-Woods interdisent d'apporter toute restriction aux opérations dites « courantes », sans l'approbation du Fonds. Les opérations courantes sont définies à l'article XXX comme étant des paiements autres que le transfert de capitaux⁶⁶. Ils comprennent notamment

les paiements dus à titre d'intérêts sur des prêts [...] [et] les paiements d'un montant modéré pour amortissement d'emprunts [...].

L'article VIII de ces mêmes Statuts, qui interdit les restrictions sur les opérations courantes, exige aussi des États membres qu'ils respectent mutuellement leurs contrôles des changes lorsque ceux-ci sont conformes aux statuts du FMI. L'article VIII(2)(b) stipule :

Les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un État membre et sont contraires aux réglementations de contrôle des changes que ce membre maintient en vigueur ou qu'il a introduites en conformité avec les présents Statuts ne seront exécutoires sur le territoire d'aucun membre.

En tant qu'État membre du Fonds, les États-Unis sont tenus de respecter les dispositions de contrôle des changes mises en place par un autre pays membre

⁶⁴Voir la discussion dans *International Shoe c. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945) ; *Schaffer*, *supra*, note 33 ; *Burger King c. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985) ; *Asahi Mital c. California*, 107 S.Ct. 1026 (1987).

⁶⁵Voir de façon générale J. Gold, *Legal and Institutional Aspects of the International Monetary System: Selected Essays*, Washington, FMI, 1979 ; *Legal Effects of Fluctuating Exchange Rates*, Washington, FMI, 1990 aux pp. 1-30 ; *The Fund Agreement in the Courts*, t. 1, Washington, FMI, 1962 et t. 2, Washington, FMI, 1982 [ci-après *Fund Agreement n° 2*] ; I. Seidle-Hohenveldern, « Article VIII, Section (2)(b) of the IMF Articles of Agreement and Public Policy » (1989) 23 *Int'l Lawyer* 957.

⁶⁶*Accord relatif au Fonds monétaire international*, 27 décembre 1945, 2 R.T.N.U. 39, 60 Stat. 1401, T.I.A.S. n° 1501, incorporé dans le deuxième avenant aux Statuts, 1er avril 1978, 29 U.S.T. 2203, T.I.A.S. n° 8937.

même lorsque celles-ci empêchent un débiteur étranger de rembourser une banque américaine. Cette obligation s'applique lorsque la convention de prêt peut être considérée comme une convention de change et si les contrôles imposés sont conformes à la Convention de Bretton-Woods ; tel est le cas si ces contrôles ont été approuvés par le FMI ou s'ils ne restreignent pas les opérations courantes qui comprennent, selon l'article XXX, les intérêts sur des prêts et les paiements modérés pour amortir des prêts.

Mais l'accord est loin de régner en doctrine et en pratique sur ce qui constitue une convention de change. La doctrine anglo-américaine interprète d'une façon stricte la convention de change comme un contrat visant l'échange d'une monnaie nationale contre une autre⁶⁷. Cette interprétation convient bien aux intérêts du créancier qui souhaite soustraire le prêt du champ d'application des Statuts du FMI.

L'interprétation de « contrat de change » par les tribunaux du continent est plus large, et donc plus favorable aux intérêts du débiteur. À ce sujet, on peut se référer aux arrêts rendus notamment par les tribunaux français et allemands⁶⁸. La définition continentale du contrat de change comprend toute transaction qui affecte les ressources de change d'un État, et donc une bonne partie des contrats financiers entre les résidents de différents pays⁶⁹.

Cette question a été traitée dans l'arrêt *Libra Bank c. Banco Nacional de Costa Rica*⁷⁰, qui portait sur un montant de 40 millions de dollars U.S. prêtés par un syndicat bancaire sous la direction d'une banque britannique à la Banco Nacional de Costa Rica en vue de financer la production et les exportations de sucre. À la suite d'un défaut de paiement dû au décret de contrôle des changes déjà évoqué dans l'affaire *Allied Bank*, une action a été intentée à New York contre les emprunteurs. Le tribunal a jugé que le *situs* de la dette se trouvait hors du Costa Rica, et par conséquent la doctrine de l'*Act of State* ne constituait pas un obstacle au paiement.

Le principe de reconnaissance des décisions étrangères au nom de la courtoisie internationale ne protégeait pas non plus les emprunteurs. Le décret du Costa Rica sur le contrôle des changes constituait une expropriation sans indemnité, contraire à l'ordre public américain. Interjetant appel de ce jugement en faveur du prêteur, la Banco Nacional a soutenu que les prêts constituaient des

⁶⁷Voir *Libra Bank c. Banco Nacional*, 570 F. Supp. 870 (S.D.N.Y. 1983) [ci-après *Libra Bank*] ; *United City Merchants c. Royal Bank*, [1983] A.C. 168 (H.L.) [ci-après *United City Merchants*].

⁶⁸Voir le commentaire de B. Audit sur deux arrêts de la Cour de cassation française dans (1975) 102 JDI 66. Voir également J. Gold, « Article VIII, Section 2(b) of the IMF Articles in its International Setting » dans N. Han, éd., *The Law of International Trade Finance*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer, 1989, 65 à la p. 86 ; P. Cresswell et al., *Encyclopedia of Banking Law*, Londres, 1987, § F1604 ; Paris, 20 juin 1961, *de Boer, Widow Moojen c. Von Reichert*, (1962) 89 JDI 718 ; en Allemagne, *Lessinger c. Mirau*, (1955) 22 I.L.R. 725 ; au Luxembourg, *Société Filature et Tissage X. Jourdain c. Heynen-Bintner*, (1955) 22 I.L.R. 727. Voir de façon générale A.T. Marks, « Exchange Control Regulations Within the Meaning of the Bretton Woods Agreement: A Comparison of Judicial Interpretation in the United States and Europe » (1990) 8 Int'l Tax & Bus. Law 104.

⁶⁹W.E. Ebke, « Article VIII, Section 2(b), International Monetary Cooperation and the Courts » (1989) 23 Int'l Lawyer 677 aux pp. 686-90 ; Audit, *ibid.*

⁷⁰*Libra Bank, supra*, note 67.

contrats de change au sens de l'article VIII(2)(b) des statuts du FMI. La Cour n'a pas admis cet argument. Elle a interprété de manière limitative la notion de contrat de change comme ne recouvrant que les échanges d'une monnaie contre une autre et non pas tous les contrats impliquant des transferts monétaires. Ce faisant, elle a refusé l'interprétation plus large suggérée par le Conseil juridique du FMI selon laquelle un contrat de change comprendrait toute convention entre un résident et un non-résident obligeant au paiement ou transfert en une monnaie soit nationale, soit étrangère, susceptible d'affecter la balance des paiements d'un État membre⁷¹.

Une interprétation étroite a également été donnée en Angleterre par la Chambre des Lords, dans l'affaire *United City Merchants c. Royal Bank of Canada*⁷². Cette affaire concernait une lettre de crédit émise en vue de financer la vente d'équipements à une société péruvienne, en violation des prescriptions du Pérou sur le contrôle des changes. Lord Diplock a estimé que la notion de contrat de change se limitait aux contrats concernant l'échange de la monnaie d'un pays contre la monnaie d'un autre pays⁷³.

II. Les clauses compromissaires dans les contrats de prêt

Nous avons examiné trois obstacles potentiels à l'exécution des conventions de prêt conclues avec des emprunteurs étrangers : l'immunité d'État, la doctrine de l'*Act of State* et les Statuts du FMI. Une clause compromissoire prévoyant l'arbitrage, incluse dans une convention de prêt, peut permettre aux banques de franchir au moins deux de ces obstacles : la doctrine de l'*Act of State* et celle de l'immunité d'État. De surcroît, une sentence arbitrale sera parfois plus facile à faire exécuter qu'une décision judiciaire. Plus de quatre-vingts pays ont adhéré à la Convention de New York sur les sentences arbitrales. Mais aucun pays — pas un seul — n'a conclu avec les États-Unis de traité bilatéral sur l'exécution des jugements. En dernier lieu, l'arbitrage peut adoucir le résultat d'une action intentée par un débiteur qui invoque la responsabilité du bailleur de fonds (*lender liability*) quand un banquier refuse de prêter de nouveaux fonds.

A. Les Conventions de New York, de Genève et de Panama⁷⁴

Il n'est pas surprenant que l'on préfère voir les litiges tranchés chez soi plutôt que chez son adversaire. Aussi les banques ont-elles souvent imposé aux

⁷¹Voir *Fund Agreement n° 2*, *supra*, note 65 à la p. 281 :

Exchange contracts are contracts between a resident and a nonresident calling for a payment or transfer in currency, whether domestic or foreign from the standpoint of the member [whose exchange controls have not been observed] that can affect its balance of payments.

⁷²*United City Merchants*, *supra*, note 67.

⁷³*Libra Bank*, *supra*, note 67 aux pp. 899-900.

⁷⁴*Supra*, note 10. Les pays suivants ont adhéré à la *Convention de New York* : Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Antigua et Barbuda, Argentine, Australie, Autriche, Bahreïn, Belgique, Bénin, Biélorussie, Botswana, Bulgarie, Burkina Faso, Cambodge (Kampuchea), Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Costa Rica, Cuba, Chypre, Corée du Sud, Danemark, Djibouti, Dominique, Égypte, El Salvador, Équateur, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Ghana, Grande-

emprunteurs le for du siège de la banque, par exemple la *High Court* de Londres pour les banques britanniques, ou les tribunaux de New York pour les banques américaines.

Mais que se passe-t-il quand le débiteur ne possède d'actifs ni dans l'État du for convenu, ni dans un pays avec lequel le for a conclu un traité pour la reconnaissance de jugements étrangers ? Si le débiteur ne possède des biens que dans un pays autre que l'État du for, et si ce pays ne reconnaît les jugements étrangers qu'avec difficulté, le banquier pourrait envisager d'inclure une clause d'arbitrage dans son contrat de prêt afin d'être effectivement en mesure de faire valoir sa créance.

Un banquier qui se voit obligé d'introduire une procédure en exequatur se rendra compte qu'un grand nombre de pays, y compris les États-Unis, ne sont pas partie à un quelconque traité international en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers⁷⁵. De surcroît, le droit du pays où sont situés les actifs du débiteur défaillant ne connaît pas toujours de règles efficaces pour faire exécuter ou même reconnaître un jugement étranger⁷⁶. Par conséquent, la banque créancière ne peut pas toujours être certaine que son débiteur aura des actifs saisissables dans un pays qui permette la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers.

En revanche, les sentences arbitrales étrangères sont reconnues selon la *Convention de New York* dans les quatre-vingt-cinq pays qui y ont adhéré. La *Convention de New York*, ratifiée par la plupart des pays industrialisés et plusieurs pays en voie de développement, exige le respect de la volonté des parties de soumettre leur litige à un arbitrage. La Convention donne donc aux parties à un contrat international une certaine chance d'éviter la justice locale (*home*

Bretagne, Grèce, Guatemala, Haïti, Hongrie, Inde, Indonésie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Koweït, Lesotho, Luxembourg, Madagascar, Malaisie, Maroc, Mexique, Monaco, Nouvelle-Zélande, Niger, Nigéria, Norvège, Pakistan, Panama, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, République Centrafricaine, Roumanie, Saint-Siège, San Marino, Singapour, Sri Lanka, Suède, Suisse, Syrie, Tanzanie, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Trinité et Tobago, Tunisie, Ukraine, URSS, Uruguay et Yougoslavie.

Voir l'ouvrage essentiel de A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer, 1981.

⁷⁵Par contre, les pays de la C.E.E. sont liés par la *Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, 27 septembre 1968, 21 J.O. Comm. Eur. (n° L 304) 77, 8 I.L.M. 229 [ci-après *Convention de Bruxelles*]. Il est à noter que les questions touchant l'arbitrage sont exclues du champ d'application de la *Convention*. Voir l'art. 1(4), qui fut interprété par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans l'affaire *Marc Rich c. Società Italiana Impianti P.A.* (n° 190/89), 25 juillet 1991, (1991) 7 Arb. Int'l 197 (comm. M. Darmon). Le 16 septembre 1988 les pays européens qui ne sont pas membres du Marché Commun ont conclu avec ces derniers la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 29 I.L.M. 1481 [ci-après *Convention de Lugano*], qui est analogue à la *Convention de Bruxelles*. Voir G.A.L. Droz, « La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (1989) 78 Rev. crit. dr. int. privé 1 ; B. Audit, *supra*, note 21 aux n° 580-88 ; H. Gautier et E. Stormann, « Lugano Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments » (1991) Int'l Bus. Lawyer 410. La *Convention* entrera vraisemblablement en vigueur à la fin de 1992.

⁷⁶Voir *supra*, note 11 et texte correspondant.

town justice) qui pourrait leur être appliquée par un tribunal étranger. La Convention contient des dispositions en vue d'assurer l'exécution des sentences et également de garantir une procédure arbitrale correcte et en conformité avec les principes fondamentaux de l'ordre public. En plus, la Convention européenne signée à Genève en 1961 et la Convention interaméricaine signée à Panama en 1975 facilitent à peu près de la même façon la reconnaissance des clauses compromissoires et des sentences étrangères.

La clause d'arbitrage devrait prévoir que les litiges issus du contrat de prêt seront réglés selon les règles d'arbitrage d'une institution telle que la Chambre de Commerce Internationale⁷⁷, la *London Court of International Arbitration*⁷⁸, l'*American Arbitration Association*⁷⁹ ou le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) sous l'égide de la Banque mondiale à Washington⁸⁰. Elle peut par ailleurs prévoir un arbitrage hors d'une institution arbitrale, selon le règlement CNUDCI (*UNCITRAL*) de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international⁸¹, ou le règlement CPR du *Center for Public Resources* à New York⁸².

Les conventions d'arbitrage constituent un genre de prorogation de for antérieure à tout litige et, en droit américain, elles sont normalement admises dans les contrats internationaux alors même qu'elles ne le seraient pas dans un contexte purement interne. Le premier arrêt par lequel la Cour suprême des États-Unis a admis une clause d'élection de for remonte à une quinzaine d'années : il s'agit de l'affaire *Scherk c. Alberto Culver*⁸³, dans laquelle la Cour suprême a explicitement élargi le domaine dans lequel une prorogation de for pouvait valablement être stipulée dans un contrat international. Cette affaire portait sur des valeurs mobilières. À l'époque, un contrat entre deux résidents des États-Unis n'aurait pas pu valablement inclure une telle clause⁸⁴. En 1985, la Cour suprême a jugé dans l'arrêt bien connu de *Mitsubishi*⁸⁵ que les conven-

⁷⁷Voir W.L. Craig, W.W. Park et J.P. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2e éd., New York, Oceana, 1990 [ci-après *International Chamber of Commerce Arbitration*].

⁷⁸Voir R.J. Medalie, éd., *Commercial Arbitration for the 1990s*, New York, American Bar Association, 1991 aux pp. 314-26, appendice 15 [ci-après *Commercial Arbitration for the 1990s*]; M. Hunter et J. Paulsson, « A Commentary on the 1985 Rules of the London Court of International Arbitration », dans P. Sanders, éd., *Yearbook: Commercial Arbitration*, t. X, Deventer, Pays-Bas, I.C.C.A., 1985, 167.

⁷⁹Voir les appendices 8 et 9 dans Medalie, *ibid.* aux pp. 238-58. Il est à noter que l'*American Arbitration Association* possède, depuis mars 1991, des règles spécifiques à l'arbitrage international.

⁸⁰Voir G.R. Delaume, « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » (1982) 109 JDI 775.

⁸¹Voir I.I. Doré, *Arbitration and Conciliation Under the UNCITRAL Rules: A Textual Analysis*, Boston, Nijhoff, 1986.

⁸²Center for Public Resources, *Rules and Commentary for Non-Administered Arbitration of International Disputes*, New York, CPR Legal Programs, 1992.

⁸³417 U.S. 506 (1974).

⁸⁴Voir *Wilko c. Swan*, 346 U.S. 427 (1953) [ci-après *Wilko*]. Dans *Rodriguez de Quijas c. Shearson/American Express*, 490 U.S. 477 (1989) [ci-après *Rodriguez*], la Cour suprême a décidé de ne pas suivre sa décision dans l'arrêt *Wilko*.

⁸⁵*Mitsubishi Motors c. Soler Chrysler Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985) [ci-après *Mitsubishi*]. Voir de façon générale W.W. Park, « Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope

tions d'arbitrage s'appliqueraient aux contrats internationaux même si l'affaire amène à évoquer des dispositions d'ordre public telles que celles du droit anti-trust, lesquelles ne peuvent pas être réglées par voie d'arbitrage dans un contexte purement interne. Cela dit, il convient de rappeler que souvent l'arbitrage s'impose faute de mieux et qu'en certaines occasions les procédures arbitrales ne sont pas toujours idoines pour le règlement de différends relatifs aux conventions de prêt. L'arbitrage peut se traduire par une procédure longue, complexe et onéreuse même si rien d'essentiel n'est en litige, sinon la volonté ou la capacité de l'emprunteur de rembourser une dette. De plus, l'arbitrage peut empêcher le prêteur de recourir à la procédure sommaire appliquée par de nombreux droits nationaux, notamment le droit cambiaire, permettant de simplifier et d'accélérer les procédures en vue de faire exécuter des engagements matérialisés par des lettres de changes ou des billets à ordre⁸⁶.

Aux États-Unis, dans certaines Cours d'appel, les clauses d'arbitrage peuvent aussi faire obstacle à des mesures provisoires telles que la saisie d'avoirs — du moins si les parties ne se sont pas expressément prononcées sur la question dans leur convention d'arbitrage. En effet, les avis des tribunaux divergent : le blocage a été autorisé dans l'affaire *Uranex*⁸⁷, mais pas dans l'affaire *McCreary Tire*⁸⁸. D'autres juridictions fédérales (les *Circuits*) ont autorisé des mesures provisoires dans des affaires soumises à la procédure arbitrale. Par exemple, dans l'affaire *Teradyne Inc. c. Mostek Corporation*⁸⁹, la Cour d'appel pour le premier *Circuit* a rendu un arrêt sur des mesures provisoires bloquant quatre millions de dollars U.S. sur les avoirs du défendeur, jusqu'à l'issue de la procédure d'arbitrage. D'autres tribunaux ont eux aussi prononcé des mesures provisoires dans les litiges soumis à une procédure arbitrale, et cette tendance semble être dominante⁹⁰.

of International Arbitration » (1986) 12 Brooklyn J. Int'l L. 629 ; T.E. Carbonneau, « Mitsubishi: The Folly Quixotic Internationalism » (1986) 2 Arb. Int'l 116 ; H. Smit, « Mitsubishi: It Is Not What It Seems To Be » (1987) 4:3 J. Int'l Arb. 7 aux pp. 14-17.

⁸⁶Sur l'opposabilité des exceptions, voir *Code de Commerce* [français], art. 121 ; Gavalda et Stoufflet, *supra*, note 8. En droit américain, le porteur de bonne foi d'un billet à ordre (*holder in due course*) a le bénéfice de certaines présomptions quant à la validité de plusieurs éléments du billet, telle la signature. Voir U.C.C., art. 3-302, 3-305 et 3-307.

⁸⁷*Carolina Power & Light c. Uranex*, 451 F. Supp. 1044 (N.D. Cal. 1977), permettant une saisie avant que la sentence arbitrale ne soit rendue.

⁸⁸*McCreary Tire*, *supra*, note 9, refusant une saisie avant que la sentence arbitrale ne soit rendue.

⁸⁹797 F.2d 43 (1st Cir. 1986).

⁹⁰Sur la divergence d'opinions parmi les tribunaux aux États-Unis, voir M.F. Hoellering, « Interim Measures and Arbitration » dans *Arbitration and the Law (1990-91)*, New York, AAA, 1991, 154 ; « Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration » (1984) Wis. Int'l L.J. 1 ; *RGI Inc. c. Tucker & Assoc.*, 858 F.2d 227 (5th Cir. 1988) ; *Merrill Lynch c. Bradley*, 756 F.2d 1048 (4th Cir. 1985) ; *Roso-Lino Beverage Distributors c. Coca-Cola Bottling*, 749 F.2d 124 (2d Cir. 1984) ; *Sauer-Getriebe KG c. White Hydraulics, Inc.*, 715 F.2d 348 (7th Cir. 1983), cert. refusé 464 U.S. 1070 (1984). Voir de façon générale J. Buhart, « Attachments and Other Interim Court Remedies in Support of Arbitration, France » [1984] Int'l Bus. Law. 107 ; D.W. Shenton, « Attachments and Other Interim Court Remedies in Support of Arbitration: The English Courts » [1984] Int'l Bus. Law. 101.

En ce qui concerne un arbitrage CIRDI où la saisie a été accordée, voir *République populaire révolutionnaire de Guinée c. Atlantic Trinton*, 18 novembre 1986, Cass. civ. 1re, [1987] Rev. arb. 315, 26 I.L.M. 373. La position suisse dans la même affaire était de refuser la saisie provisoire ;

B. L'immunité d'État et la doctrine de l'Act of State

Dans plusieurs pays les tribunaux ont rendu des décisions selon lesquelles une clause compromissoire constitue une renonciation à l'immunité d'État, tant en ce qui concerne l'immunité de juridiction que l'immunité d'exécution⁹¹. Aux États-Unis, les modifications apportées en 1988 au *FSIA* tendent explicitement à limiter la possibilité pour un débiteur de se prévaloir de l'immunité d'État pour faire obstacle à la saisie de ses actifs lorsqu'il a signé une clause compromissoire ou a fait l'objet d'une sentence arbitrale. Désormais, le *FSIA* dispose qu'un État ou une institution para-étatique ne saurait se prévaloir de son immunité à l'encontre d'une action judiciaire tendant à faire respecter une clause compromissoire ou à faire exécuter une sentence arbitrale.

Toutefois cette limitation de l'immunité d'État est soumise à deux conditions : (i) la clause compromissoire ou la sentence arbitrale doit concerner un arbitrage qui a lieu aux États-Unis ou (ii) la clause ou la sentence arbitrale doit être soumise à une convention internationale qui exige la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Tel serait le cas d'une sentence couverte par la Convention de New York.

En second lieu, la loi fédérale sur l'arbitrage, le *United States Arbitration Act*, a été modifiée pour que la doctrine de l'*Act of State* ne fasse plus obstacle à la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale. Cette loi prévoit désormais que

[e]nforcement of arbitral agreements, confirmation of arbitral awards, and execution upon judgments based on orders confirming such awards shall not be refused on the basis of the *Act of State* doctrine⁹².

Ces réformes sont parfois appelées les « Amendements LIAMCO » en référence à une affaire jugée en 1980, *Libyan American Oil Co. c. Libya*⁹³, dans laquelle l'immunité d'État et la doctrine de l'*Act of State* avaient été invoquées pour s'opposer à l'exécution d'une sentence arbitrale rendue dans un litige issu de la nationalisation par la Libye de concessions pétrolières en mains américaines.

Il est important de souligner l'élément territorial de cette nouvelle loi. Le texte prévoit qu'une convention d'arbitrage ou une sentence arbitrale est exécutoire aux États-Unis si la sentence a été rendue aux États-Unis ou si la sentence est régie par un traité international en vigueur aux États-Unis exigeant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Mais rien n'est dit sur les sen-

voir *Guinée c. Maritime International Nominees Establishment*, 7 octobre 1986, 26 I.L.M. 382, décision rendue par l'Office suisse des poursuites.

⁹¹Voir de façon générale la jurisprudence citée par : Delaume, *supra*, note 60 aux pp. 363-75, 394-97 ; H. Fox, « Sovereign Immunity and Arbitration » dans J.D.H. Lew, éd., *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, School of International Arbitration, Queen Mary College, 1986, 323. Voir également l'affaire « SEEE » : *France c. Sociétés européennes d'études d'entreprise*, Cass. civ. 1re, 18 novembre 1986, (1987) 76 Rev. crit. dr. int. privé 786 (comm. P. Mayer) à la p. 788.

⁹²9 U.S.C., art. 15.

⁹³482 F. Supp. 1175 (D.D.C. 1980). En mai 1980, l'effet de cette décision a été suspendu par la Cour d'appel fédérale du District de Columbia ; voir ses ordonnances n° 80-1207 et n° 80-1252.

tences rendues hors des États-Unis, dans un pays avec lequel les États-Unis n'ont pas conclu de traité. Il en résulte que, dans un tel cas, la sentence ne constituerait pas une base suffisante pour admettre la compétence des tribunaux américains pour son exécution.

Étant donné que le *FSIA* prévoit qu'à certaines conditions les États étrangers ne peuvent invoquer leur immunité devant les juridictions des États-Unis pour s'opposer à une action visant à obtenir l'exécution d'une convention d'arbitrage ou la confirmation d'une sentence arbitrale, l'exécution des sentences arbitrales bénéficie souvent d'un traitement plus favorable que l'exécution des jugements des tribunaux ordinaires⁹⁴.

Normalement, le *FSIA* prévoit qu'un jugement rendu contre un État étranger ou son émanation ne peut être exécuté que si les biens saisis sont utilisés dans l'exercice de la même activité commerciale que celle qui a donné lieu à la sentence arbitrale. La loi exige un lien dit « fonctionnel » entre les biens à saisir et les opérations commerciales qui ont donné lieu au litige lui-même. Seuls des biens utilisés dans la même activité commerciale seront saisissables, et ne bénéficieront pas de l'immunité.

Or, dans le cadre d'un litige financier, cette exigence d'un « lien fonctionnel » pose habituellement un problème sérieux pour le banquier et tend à limiter la saisie d'actifs aux biens qui ont été désignés d'avance comme pouvant servir au remboursement. Toutefois, lorsque le débiteur est en défaut, il y a fort à parier que les actifs préalablement désignés seront difficiles à trouver, ou auront disparu.

En revanche, dans le contexte d'un arbitrage international, les modifications apportées en 1988 au *FSIA* ont aboli la nécessité d'un lien de connexité. La loi prévoit que les biens d'un État étranger se trouvant aux États-Unis ne bénéficieront de l'immunité d'exécution que lorsque la saisie est fondée sur un jugement de reconnaissance d'une sentence arbitrale⁹⁵. De ce fait, comme nous l'avons déjà constaté, parfois une sentence arbitrale rendue contre un débiteur étranger peut être plus facilement exécutée que le jugement d'un tribunal.

En résumé, les récents amendements LIAMCO constituent une aide précieuse pour les banques, leur permettant de surmonter le double obstacle que constituent l'immunité d'État et la doctrine de l'*Act of State*. Les prêteurs peuvent ainsi espérer « faire d'une pierre deux coups ».

C. *Les Statuts du Fonds monétaire international*

On peut se demander si un litige mettant en cause les réglementations de contrôle des changes et l'article VIII(2)(b) des Statuts du FMI⁹⁶ doit être considéré comme arbitral, c'est-à-dire susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage, dès lors que le contrôle des changes et les Statuts du FMI sont des dis-

⁹⁴28 U.S.C., art. 1605 (a)(5), art. 1610 (a)(6).

⁹⁵28 U.S.C., art. 1610 (a)(6).

⁹⁶*Supra*, note 66.

positions de droit public dont l'interprétation est peut-être trop importante pour être laissée à l'appréciation d'arbitres privés.

En ce qui concerne les États-Unis, pour le moins, la réponse devrait être affirmative : un litige ayant trait au contrôle des changes est susceptible d'être tranché par des arbitres. Dans l'affaire *Mitsubishi*⁹⁷, la Cour suprême a jugé que des questions d'ordre public touchant les lois antitrust peuvent dans un contexte international être soumises à des arbitres. Les questions antitrust n'étant pas moins importantes pour l'ordre public américain que le contrôle des changes (inconnu aux États-Unis), il est difficile de voir pourquoi une règle plus restrictive devrait jouer dans ce dernier cas⁹⁸.

D. Tribunal d'un état neutre : une alternative à l'arbitrage ?

Une convention d'arbitrage ne constitue qu'une option parmi d'autres. Une autre possibilité est de faire élection de for auprès du tribunal d'un État neutre. Toutefois, les craintes que les juges nationaux puissent avoir des préjugés empêchent en général les parties de convenir de soumettre leur litige à l'appréciation d'un tribunal étranger, ou à des juristes de pays qui ne jouissent pas d'une tradition d'indépendance juridique. Les pays en voie de développement sont par ailleurs souvent hostiles à une prescription de for en faveur des tribunaux des anciennes puissances coloniales, quelle que puisse être leur expérience juridique et commerciale.

Tout aussi important est le fait qu'on ne peut pas toujours être sûr d'avance qu'un tribunal étatique acceptera d'exercer son propre pouvoir de juridiction. Bien des tribunaux s'y opposeront pour des litiges entre des parties n'ayant pas de lien suffisant avec le pays choisi comme for judiciaire.

Il existe dans certains États une jurisprudence hostile à des clauses d'élection de for. Cette jurisprudence peut semer de l'incertitude qui va à l'encontre du but recherché par les parties quand elles ont consenti à la clause⁹⁹. D'autres États ont légiféré pour permettre des actions fondées sur une telle clause, mais seulement à l'intérieur de certaines limites quant au montant en jeu ou au droit applicable. L'État de New York¹⁰⁰, par exemple, a modifié sa *General Obligations Law*, qui dispose que désormais toute personne peut intenter une action

⁹⁷*Mitsubishi*, *supra*, note 85. Voir également *Sonatrach c. Distrigas*, 80 Bankr. 606 (D. Mass. 1987) ; *Rodriguez*, *supra*, note 84.

⁹⁸Le professeur Sandrock de l'Université de Münster parvient à une conclusion semblable pour la République fédérale d'Allemagne, à savoir que l'arbitrage est admissible, au moins lorsque l'application de l'art. VIII(2)(b) n'est pas la seule question en litige (« Are Disputes Over the Application of Article VIII, Section 2(b) of the IMF Treaty Arbitrable ? » (1989) 23 Int'l Lawyer 933).

⁹⁹Voir par exemple, *Nashua River Paper Co. c. Hammermill Paper Co.*, 223 Mass. 8 (1916), un arrêt qui désapprouvait les clauses d'élection de for, et qui n'a jamais été rejeté, nonobstant les questions soulevées en *obiter* dans certains jugements plus récents. Voir *Grace c. Hartford Accident & Indemnity*, 407 Mass. 572 (1991) à la p. 582 n. 13.

¹⁰⁰Normalement, la *New York Business Corporation Law* (consol. décembre 1991) restreint la possibilité pour une société étrangère d'intenter une action contre une autre société étrangère à New York. L'art. 1314 de cette loi stipule qu'une action contre une société étrangère (c'est-à-dire constituée selon la législation d'un pays autre que les États-Unis ou ne possédant pas de siège aux

contre une société étrangère si l'action est née d'un contrat qui contient une clause désignant New York comme for, mais à la condition que ce contrat ait été soumis à la loi de New York et porte sur un montant global d'au moins un million de dollars¹⁰¹.

Même si un juge est compétent pour entendre l'affaire, il peut toujours se prévaloir de la doctrine *forum non conveniens* pour renvoyer les parties à un tribunal que le juge estime (pour diverses raisons mal définies) être plus approprié que son propre tribunal¹⁰². Cette option est particulièrement attirante quand l'agenda du tribunal est surchargé, ce qui est fréquent. Quelle que soit la fréquence avec laquelle un tribunal a invoqué la doctrine *forum non conveniens*, l'existence même de cette doctrine enlève une grande partie de la certitude que l'on cherche dans une clause d'élection de for¹⁰³.

De telles restrictions ne sont pas à redouter si les parties ont convenu de recourir à l'arbitrage. On trouve toujours un arbitre prêt à trancher un litige si les parties sont en mesure de lui payer ses honoraires. Donc, si la partie demanderesse n'est pas assurée de pouvoir invoquer la compétence d'un tribunal étatique, la voie de la prudence serait de signer une clause compromissoire prévoyant un arbitrage selon un règlement ou une institution assurant de mener l'affaire à terme.

États-Unis) ne peut être intentée par une autre société étrangère que dans des conditions assez limitées : (i) si l'action a en vue la réparation de dommages dus à la rupture d'un contrat conclu ou à exécuter aux États-Unis ou concernant des biens situés aux États-Unis au moment de la conclusion du contrat, (ii) si l'objet du litige est aux États-Unis, (iii) si l'origine de l'action en justice se trouve aux États-Unis, (iv) si la partie défenderesse étrangère pourrait être soumise à la compétence des tribunaux de New York en vertu d'un autre chef de compétence et (v) si la partie défenderesse est une société avec des opérations commerciales aux États-Unis. L'art. 200-b de la *New York Banking Law* (consol. décembre 1991) contient des restrictions semblables relatives aux actions en justice ouvertes contre des banques étrangères.

¹⁰¹ « relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate not less than one million dollars [...] ». Voir art. 5-1402 de la *New York General Obligations Law* (consol. décembre 1991). Voir aussi la règle n° 327 du *New York Civil Practice Law and Rules* (consol. décembre 1991), qui prévoit que les actions en justice ne doivent pas être écartées en raison de l'inconvenance (« inconvenience ») du for (« the court shall not stay or dismiss any action on the ground of inconvenient forum ») lorsque l'art. 5-1402 est applicable et que les parties ont choisi de se soumettre à la législation new-yorkaise. En plus, quant à la loi applicable elle-même, l'art. 5-1401 de la *New York General Obligations Law*, *ibid.*, prévoit que chaque fois qu'un litige porte sur un montant de plus de 250 000 \$, les parties peuvent soumettre leurs droits et obligations contractuels au droit new-yorkais sans égard au fait que leur convention ait ou non un lien avec l'État de New York.

¹⁰² En ce qui concerne la doctrine *forum non conveniens*, les tribunaux utilisent souvent un langage large et flou, comme par exemple « the ends of justice strongly indicate that the controversy may be more suitably tried elsewhere » (*New Amsterdam Casualty c. Estes*, 353 Mass. 90 (1967) aux pp. 94-96).

¹⁰³ En Angleterre, les tribunaux se sont montrés très accueillants à la réception de litiges de parties étrangères. Voir le jugement de Lord Denning dans *The Atlantic Star*, [1973] 1 Q.B. 364 (C.A.). Voir aussi R.S.C. Order 11, qui en général permet à un tribunal anglais d'exercer sa compétence quand un contrat est régi par le droit anglais. Cependant, les tribunaux anglais sont quand même en train d'élaborer une doctrine de *forum non conveniens*. Voir *Spiliada Maritime c. Cansulex*, [1987] A.C. 460 (H.L.), qui a décidé qu'un litige en Angleterre peut être mis en sursis si l'Angleterre n'est pas « the natural or appropriate forum » (*Dicey, supra*, note 18 aux pp. 393-95).

E. La responsabilité du bailleur de fonds (lender liability)¹⁰⁴

Lender liability est une expression vague qui désigne une série de situations dans lesquelles des banques aux États-Unis se sont vu reprocher d'avoir manqué à leur obligation de bonne foi dans leurs relations avec des débiteurs, par exemple, quand elles refusent d'accorder de nouveaux crédits à un débiteur en mauvaise posture. L'obligation de bonne foi est invoquée par des débiteurs qui s'estiment lésés par des banquiers auprès desquels ils ont emprunté. Une situation typique est celle du débiteur qui souhaite obtenir des dommages-intérêts suite au refus du banquier de consentir à du crédit supplémentaire¹⁰⁵. Ces dommages-intérêts sont parfois accordés par des tribunaux même lorsque le contrat de prêt stipule expressément que le banquier a le droit d'accorder ou de refuser des avances selon son seul jugement, avec pour résultat de faire en quelque sorte du financier l'associé de son débiteur.

Pour comprendre l'ampleur du problème, il faut se rappeler qu'aux États-Unis des jurys civils sont habilités à juger des questions de fait dans des affaires commerciales¹⁰⁶. Les jurys sont souvent composés de personnes qui peuvent elles-mêmes rencontrer des difficultés avec des établissements de crédit. Le juré moyen a peut-être eu des accrochages avec son banquier lorsqu'il a consenti à une hypothèque sur sa maison, ou lors du financement d'une voiture ou d'un commerce.

Afin d'éviter une condamnation à des dommages-intérêts élevés (que les banquiers auraient tendance à qualifier de « déraisonnables »), plusieurs banques américaines ont prévu dans leurs contrats de crédit (i) des clauses de renonciation au jury, lorsque cela est permis par la loi de l'État en question, ou (ii) des clauses compromissaires. Du point de vue du banquier, l'arbitrage et le tribunal sans jury civil ont l'avantage d'être des procédures placées entre les mains d'une instance qui est souvent plus éclairée et plus raisonnable qu'un tri-

¹⁰⁴Voir de façon générale G.L. Blanchard, *Lender Liability: Law, Practice & Prevention*, Deerfield, Illinois, 1991 ; J.R. Butler, *Arbitration in Banking*, Philadelphie, Robert Morris Associates, 1988 ; M.L. Weissman, *Lender Liability: How to Protect Yourself Against Unwarranted Suits*, New York, Executive Enterprises Publications, 1988 ; D.R. Fischel, « The Economics of Lender Liability » (1989) 99 Yale L.J. 131 ; C.P. Gillette, « Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks » (1990) 19 J. Legal Stud. 535 à la p. 565 ; D. Golann, « Taking ADR to the Bank: Arbitration and Mediation in Financial Services Disputes » (1989) 44 Arb. J. 3 ; J.S. Hiller, « Good Faith Lending » (1989) 26 Am. Bus. L.J. 783 ; M.F. Hoellering, « Legal and Practical Aspects of Arbitrating Banking Disputes » in *Arbitration and the Law (1988-89)*, New York, AAA, 1989, 21 ; D.L. Johnson et T.J. Gaffney, « Lender Liability: Perspectives on Risk and Prevention » (1988) 105 Banking L.J. 325 ; W.I. Lundquist, « Alternative Dispute Resolution as a Settlement Strategy in the Wake of *Perdue c. Crocker National Bank* » (1988) 43 Bus. Law 1095 ; D.M. Patterson, « Good Faith, Lender Liability and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wittgenstein, and the Uniform Commercial Code » (1989-90) 68 Tex. L. Rev. 169 ; Comment, « Lender Liability and Good Faith » (1988) 68 B.U.L. Rev. 653.

¹⁰⁵Voir *Reid c. Key Bank of Southern Maine*, 821 F.2d 9 (1st Cir. 1987) (marchand de peinture du Maine à qui on a accordé 100 000 \$ U.S.).

¹⁰⁶Voir le *Seventh Amendment* de la Constitution américaine ; règles 38 et 39, *Federal Rules of Civil Procedure* ; J. Hazard, *supra*, note 16 à la p. 409 : « The Federal Constitution guarantees the right to jury trial in civil actions in federal courts and nearly every state constitution contains a similar guarantee. »

bunal avec jury, et moins susceptible d'entretenir des préjugés à l'encontre du prêteur. La présomption veut que les arbitres rendront des sentences moins généreuses que les jurés qui ont tendance à s'identifier avec le débiteur. De surcroît, les arbitres sont moins enclins qu'un jury civil à rendre des sentences incluant des dommages-intérêts punitifs¹⁰⁷.

Règle générale, les procédures destinées à obtenir des informations de la partie adverse (*discovery*) ne sont pas aussi répandues devant les tribunaux arbitraux que devant les tribunaux étatiques. Parfois l'arbitre ne possède pas le pouvoir lui permettant effectivement d'ordonner la production de documents ou de témoins estimés nécessaires au procès. Dans le contexte d'une action pour *lender liability*, ce fait peut constituer un avantage ou un inconvénient selon la situation des parties. Il est rarement possible de savoir avant le litige ce que les témoins et les documents vont dire sur les accords et les ententes entre le client et le banquier au sujet de l'obligation de ce dernier d'avancer des fonds si le débiteur se trouve en difficulté. Ce souci, ainsi que la crainte d'un arbitre de compétence douteuse, a poussé certains avocats à soutenir la thèse que la renonciation au jury civil est préférable à une clause compromissoire.

La solution optimale pour un banquier serait de rédiger une clause compromissoire qui donne à la banque la faculté unilatérale d'opter pour l'arbitrage si elle le désire. Jusqu'à maintenant, il y a eu peu de jurisprudence sur cette question clé : une telle option unilatérale est-elle contraire à l'ordre public¹⁰⁸ ?

III. La crise mondiale de surendettement¹⁰⁹

Une grande partie du monde a été saisie d'une dépendance d'argent étranger qui a ajouté un élément nouveau au processus de règlement des différends dans le domaine de la finance internationale. Cette toxicomanie financière a influencé les relations entre débiteurs du Tiers-Monde et banques américaines

¹⁰⁷Dans certaines juridictions, il existe même de la jurisprudence qui interdit aux arbitres le droit d'accorder des dommages punitifs. Voir P. Stipanowich, « Punitive Damages in Arbitration: *Garity v. Lyle Stuart, Inc.* Reconsidered » (1986) 66 B.U.L. Rev. 953 ; E.A. Farnsworth, « Punitive Damages in Arbitration » (1991) 7:1 Arb. Int'l 3.

¹⁰⁸Il est à noter que des procédures de conciliation, qui ne lient pas les parties, sont aussi envisageables. Par exemple, à Boston récemment, sous l'égide du Massachusetts Community and Banking Council, les grandes banques ont rédigé un projet de procédure pour le règlement des différends nés d'une affaire (certains diraient le scandale) de prêts hypothécaires dits *secondary mortgages*, faits à des propriétaires souvent âgés, mal renseignés et défavorisés. Au moment de la rédaction de cet article, le groupe bancaire « Fleet » avait déjà mis en place un tel système. Voir P. Canellos, « Plan to help mortgage victims gets mixed reviews » *Boston Globe* (25 octobre 1991) 16.

¹⁰⁹La crise de surendettement a attiré l'attention de la presse et des gouvernements surtout vers la fin des années quatre-vingt. Voir : L. Bucheit, « You'll Never Eat Lunch in This Conference Room Again » *International and Financial Law Review* (April 1992) 11 ; C.J.L. Kovacs, « From Baker to Brady and Beyond » dans J.R. Lacey, éd., *The Law & Policy of International Business*, New York, U. Press of America, 1991, 105 ; K. Lissakers, *Banks, Borrowers, and the Establishment: A Revisionist Account of the International Debt Crisis*, New York, Basic Books, 1991 ; S. Bartlett, « Plan or no Plan, Debt Relief Is Not Around the Corner » *New York Times* (9 avril 1989) Cahier 4 à la p. 1 ; « Brady's Mexican Hat Trick » *The Economist* (29 juillet 1989) 61. Voir aussi : C. Johnson, « Left Hand, Right Hand » (1989) 139 *The Banker* 144 ; C.H. Farnsworth, « Financial

ou européennes relatives au choix du for pour le règlement de litiges dans trois domaines : (1) le rééchelonnement des dettes, (2) le financement des grands projets de développement, et (3) les échanges, dits *swaps*, de dette contre participation au capital.

À certains esprits non-avertis le rééchelonnement des dettes suite à la crise de l'endettement pourrait paraître comme une remise au lendemain perpétuelle des obligations de certains pays. Dans la mesure où ces obligations ont été librement contractées par le pays débiteur, une telle répudiation en guise de rééchelonnement serait contraire aux bons principes de l'éthique commerciale et financière¹¹⁰.

De surcroît, une telle remise de dettes serait contraire aux vrais intérêts des pays débiteurs. L'incertitude quant au recouvrement de prêts ne peut que freiner l'allocation des crédits bancaires internationaux. Il est évident qu'une banque prête moins facilement si elle sait d'avance que sa créance sera douteuse. Dans la mesure où le remboursement des créances sera rendu plus sûr par le biais du recours à des procédures arbitrales, l'arbitrage aura donc joué un rôle positif dans le renforcement de la confiance financière internationale, ce qui facilitera les flux de capitaux vers les peuples qui en ont besoin.

Cette observation, bien sûr, n'enlève rien à la triste histoire des banquiers qui ont prêté aux dirigeants corrompus de pays débiteurs sans se préoccuper de l'utilisation des fonds qui sont souvent recyclés sous forme de dépôts dans des comptes secrets auprès des mêmes banques qui avaient prêté l'argent au départ¹¹¹.

Si les pays industrialisés souhaitent faire des cadeaux aux pays en voie de développement, cela peut être accompli directement par moyen de dons, ou suite à une nationalisation des avoirs bancaires contre indemnisation. Mais dans les deux cas, ces cadeaux devraient être financés par les impôts levés sur les citoyens et les résidents de ces pays généreux, et non pas par une remise de dettes qui met en danger la sécurité des dépôts bancaires.

Officials Seek Better Global Harmony » *New York Times* (25 septembre 1989) Cahier 4 à la p. 8 ; J. Fuerbringer, « Mexico Says Banks' Move Could Reduce New Lending » *New York Times* (25 septembre 1989) Cahier 4 à la p. 1 ; S. Bartlett, « Third World Debt Crisis Reshapes American Banks » *New York Times* (24 septembre 1989) Cahier 4 à la p. 3 ; S. Bartlett, « Third World Debt Woes: Major U.S. Banks, After Absorbing Losses, Could Lose their Appetite for New Loans » *New York Times* (23 septembre 1989) Cahier 4 à la p. 11 ; M. Quint, « Brady's Debt Plan Forcing Big Bank Loss: Mexico's Deal Leads to More Reserves on Third World Loans » *New York Times* (21 septembre 1989) Cahier 4 à la p. 1. Pour un peu d'histoire des six siècles passés, voir W.F. Todd, « A Brief History of International Lending from a Regional Banker's Perspective » (1989) 11 *George Mason L. Rev.* 1.

¹¹⁰Monsieur L. Focsaneanu, notamment, a dit qu'une éventuelle obligation des États à renégocier leurs créances affaiblit la rigueur du droit international :

Une hypothétique obligation pour les États de renégocier leur créances équivaldrait au droit pour les débiteurs de ne pas payer leurs dettes. Un tel droit n'existe pas et ne doit pas exister. Je ne trouve dans le droit international traditionnel aucune règle établie qui permette aux États de ne pas payer leurs dettes.

(L. Focsaneanu, Commentaires, 63e conférence de l'*International Law Association*, Varsovie, 23 août 1988, 63 *I.L.A.* 458 à la p. 462).

¹¹¹*Supra*, note 2.

Les mesures qui pourraient être soutenues par un homme politique à la recherche de voix ne sont pas toujours permises à un établissement de crédit privé qui prend au sérieux son obligation de conserver le capital des actionnaires et les économies des déposants. Une atteinte à la force obligatoire des prêts bancaires est indirectement une atteinte à la sécurité des dépôts et à la confiance du public dans le système bancaire. Les prêts ne sont ni des dons ni des apports en capitaux. Avant tout le banquier a une obligation morale vis-à-vis des déposants qui lui ont fait confiance. La faillite d'une blanchisserie peut entraîner la perte d'un costume ou de quelques chemises ; mais la faillite d'une banque peut liquider l'épargne d'une vie¹¹².

De surcroît, il est à craindre qu'un rééchelonnement perpétuel des dettes, même sans remise officielle, aura l'effet de tarir le transfert de fonds nécessaire au développement des pays du Tiers-Monde : soit parce que les banques refusent d'accorder de nouveaux crédits, soit parce que les banques augmentent les taux pour tenir compte du risque accru¹¹³. Paradoxalement, lorsque les débiteurs auront fait savoir aux créanciers que le remboursement des prêts est sans espoir, ce seront les pays débiteurs qui auront perdu le plus¹¹⁴, à cause d'un gel du crédit.

A. *Le rééchelonnement des dettes*¹¹⁵

Généralement, les banques cherchent à imposer leur propre droit et leur propre for. Et d'habitude elles y parviennent. Mais de plus en plus, on constate que leur capacité à imposer leur droit n'entraîne pas forcément la possibilité de faire accepter leur for. Le cas brésilien est instructif à cet égard.

Les accords pour le rééchelonnement des dettes brésiliennes, depuis leur première version de 1983 jusqu'à ce jour, sont expressément régis par la loi de l'État de New York. Mais les débiteurs brésiliens ont néanmoins insisté pour

¹¹²Ainsi que le public aux États-Unis l'a constaté pendant les dernières années, la faillite d'une banque peut également entraîner des conséquences lourdes pour les contribuables qui doivent supporter les frais engendrés quand le gouvernement est obligé de tirer les banquiers de leurs mauvaises affaires, soit par une subvention aux assurances, soit par une subvention directe. Voir par exemple, M.E. Lowy, *High Rollers: Inside the Savings and Loan Debacle*, New York, Praeger, 1991 ; L.J. White, *The S & L Debacle*, New York, Oxford U. Press, 1991.

¹¹³Voir H. Pourian, « The Role of Legal Risk in Country Risk Analysis » dans Lacey, *supra*, note 109 à la p. 189, 196 où l'auteur écrit : « Based on the theorem of risk-return trade-off in a free enterprise system each risk measure, if independent of other measures, adds on a premium to the basic pure rate of return expected in the absence of any risk. »

¹¹⁴Pour un commentaire récent sur l'importance des prêts au développement du Tiers-Monde, voir « A Third World Micro-Loan Model » *Boston Globe* (7 août 1991) Cahier 1 à la p. 18.

¹¹⁵Il est à noter que les tribunaux des États-Unis ont jugé que le rééchelonnement des banques commerciales du « London Club Agreement » ne pouvait pas être imposé à une banque créancière qui a refusé d'y adhérer. Voir *National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh c. People's Republic of the Congo*, 729 F. Supp. 936 (S.D.N.Y. 1989), où le tribunal a accordé l'exequatur à un jugement anglais en faveur de la seule banque qui n'a pas accepté le rééchelonnement de certaines dettes congolaises par le Club de Londres.

Sur le rééchelonnement de la dette du Tiers-Monde, voir les exposés publiés dans *Banking Law, supra*, note 3 aux pp. 303-44.

que ces accords contiennent une clause compromissoire qui soumet à l'arbitrage tout litige découlant du rééchelonnement¹¹⁶.

Cette clause d'arbitrage est un mélange curieux d'éléments tirés de plusieurs régimes arbitraux. Tout d'abord, chaque partie doit nommer un arbitre. Ensuite, les deux arbitres ainsi nommés doivent choisir le président du tribunal. À défaut d'accord entre les deux sur le choix du président, ce dernier doit être nommé par le Président de la Banque mondiale. En dernier ressort, c'est le *Chartered Institute of Arbitrators* à Londres qui doit se charger de la mission de choisir un président. Le règlement arbitral de la Banque mondiale selon la Convention CIRDI s'applique à la procédure de l'arbitrage pour autant que ce règlement ne soit pas contraire aux termes des accords de rééchelonnement eux-mêmes, qui dans cette hypothèse priment¹¹⁷.

B. Les projets de développement industriel

Le financement octroyé aux pays en voie de développement pour le développement de leurs infrastructures constitue un autre terrain de choix pour l'arbitrage financier. L'histoire de la coopération franco-iranienne est significative à cet égard. En 1974, l'Iran et le Commissariat français à l'énergie nucléaire (CEA) ont conclu des accords dans le but de mettre à la disposition de l'Iran une expertise dans le domaine nucléaire et un accès aux sources d'uranium enrichi¹¹⁸. En plus d'un contrat général intergouvernemental, le *Agreed Minute on Cooperation*, des accords plus précis ont établi les modalités industrielles et financières de la coopération.

En contrepartie du concours français, l'Iran s'est engagé à prêter aux Français des sommes considérables. Un prêt en dollars U.S. a été fait au CEA. Un autre prêt en francs français a été accordé à une entité du même groupe, Eurodif¹¹⁹. Dans les deux cas, des clauses compromissoires prévoyaient que les différends surgissant dans les rapports seraient tranchés par arbitrage.

À la suite de la révolution iranienne de 1979, ces accords compliqués ont donné lieu à plusieurs arbitrages et à des litiges accessoires devant les tribunaux français et suisses. Des séquestres des créances iraniennes contre le CEA ont été obtenus en France, mais les actions sur le fond ont été suspendues jusqu'à la fin de la procédure arbitrale¹²⁰. Un arbitrage de la Chambre de Commerce Interna-

¹¹⁶Voir « Deposit Facility Agreement Between Banco Central de Brasil and Republica Federativa de Brasil (as guarantor, and Citibank, NA (as agent)) *et al.*, » n° 12.08(a)-(b), 22 septembre 1988 (renseignements disponibles auprès de l'auteur).

¹¹⁷Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements fut établi selon la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 17 U.S.T. 1270, T.I.A.S. n° 6090, 575 R.T.N.U. 159 (en vigueur le 14 octobre 1966). Le CIRDI est basé à la Banque mondiale, 1818 H Street, N.W., Washington, D.C. Voir Delaume, *supra*, note 80.

¹¹⁸Voir la discussion dans les arrêts français du 20 mars 1989, Cass. civ. 1re, et du 28 juin 1989, Cass. civ. 1re, [1989] Rev. arb. 653 aux pp. 653-67 (comm. P. Fouchard). Voir aussi le jugement du 17 mai 1990 du Tribunal fédéral suisse discuté *infra*, notes 119-122 et texte correspondant.

¹¹⁹La sentence du 22 décembre 1990 a été discutée dans « Eurodif est condamné à payer 940 millions de francs à l'Iran » *Le Monde [de Paris]* (1er janvier 1991) 16.

¹²⁰La défense iranienne, basée sur la doctrine d'immunité d'État a été rejetée par le tribunal français à cause de la nature commerciale de l'opération.

tionale dans l'affaire visant un prêt en dollars U.S. a débuté à Genève en 1984. Cependant, dans une sentence partielle, les arbitres ont décidé que la procédure devait être suspendue en attendant le résultat d'un autre arbitrage en France¹²¹. Cette sentence a été annulée ultérieurement par la Cour de justice de Genève, dont la décision a été confirmée par le Tribunal fédéral suisse en 1990¹²². Selon la Cour de justice et le Tribunal fédéral, les arbitres auraient dû entendre les parties sur le fond du litige.

C. *Les swaps : échanges de dettes contre des participations au capital*¹²³

Certaines banques ont pu vendre, sur un marché secondaire, les prêts douteux libellés en dollars qu'elles avaient consentis à des débiteurs du Tiers-Monde. Les acheteurs de ces crédits sont des entreprises industrielles ou commerciales désireuses de les utiliser indirectement pour accroître leurs participations au capital de filiales situées dans ces pays débiteurs. À travers les banques centrales, les entreprises, après avoir acheté la créance de la banque contre le débiteur étranger, normalement libellée en dollars, échangent ces créances contre des devises dites *soft* du pays débiteur, afin de les investir dans l'économie locale.

Par exemple, le débiteur brésilien d'une banque américaine pourrait voir sa dette échangée par l'entremise de la Banque centrale du Brésil, pour des cruzeiros destinés à être utilisés dans le financement d'une usine d'automobiles près de Rio de Janeiro. Par ailleurs, une entreprise de cartes de crédit pourrait acheter la dette mexicaine d'une banque afin de l'échanger contre des pesos utilisés pour payer les factures de clients qui ont utilisé leurs cartes de crédit en vacances à Mexico.

Dans la majorité des cas, l'achat de la créance bancaire aura lieu avec un escompte, dû au manque de confiance en la capacité du débiteur d'honorer ses engagements, et l'achat de devises locales par l'entreprise industrielle ou commerciale sera fait à un taux favorable, étant donné le souhait du gouvernement du débiteur de réduire sa dette étrangère. Tout le monde semble donc y trouver son avantage : la banque se débarrasse d'un prêt dont le remboursement est dou-

¹²¹L'arbitrage français était *Sofidif c. Iran*, CCI, affaire n° 3683 [non publiée].

¹²²Voir *C.E.A. c. Iran*, 112 Semaine Judiciaire, 1990, n° 26 à la p. 566, ATF 116 Ia 154, concernant l'arbitrage CCI n° 5124, publié dans A.J. van den Berg, ed., *Yearbook: Commercial Arbitration*, t. XVI, Deventer, Pays-Bas, ICCA, 1991, 182.

¹²³Voir de façon générale A.C. Quale Jr., « New Approaches to LDC Debt Restructuring, Reduction and Disposition: United States Legal and Accounting Considerations » (1989) 23 *Int'l Lawyer* 605 ; L.C. Buchheit, « Alternative Techniques in Sovereign Debt Restructuring » (1988) U. Ill. L. Rev. 371 ; L. Maktouf, « Some Reflections on Debt-for-Equity Conversions » (1989) 23 *Int'l Lawyer* 909 ; Note, « Debt-Equity Swapping: Reconsidering Accounting Guidelines » (1988) 26 *Colum. J. Transnat'l L.* 377 ; Note, « International Debt: Debt-to-Equity Swaps » (1987) 28 *Harv. Int'l L.J.* 507 ; Note, « Debt-for-Equity Swaps in Mexico » (1988) 23 *Tex. Int'l L.J.* 443 ; Note, « Give Me Equity or Give Me Debt: Avoiding a Latin-American Debt Revolution » (1988) 10 *U. Pa. J. Int'l Bus. L.* 89 ; Banque mondiale, *Report on Chilean Debt Conversion with Chilean Rules on Investments with Foreign Debt Instruments and Provision in a Debt Restructuring Agreement for Such Investments*, Washington, Banque mondiale, 1986, 26 *I.L.M.* 819 ; pour le programme brésilien, voir A.T. Paes Jr., « Brazil's Debt to Equity Swap Program » (1989) 23 *Int'l Lawyer* 533.

teurs, l'entreprise industrielle reçoit à bon prix des devises pour ses activités étrangères, et le pays débiteur arrive à liquider une partie de sa dette libellée en dollars par le paiement de devises locales.

Dans le cadre de tels *swaps*, une clause compromissaire est normalement insérée dans l'accord d'investissement entre l'entreprise industrielle et la banque centrale du débiteur. Ceci ajoute une mesure de sécurité, même relative, en cas d'expropriation¹²⁴. La crainte de l'investisseur, bien sûr, est qu'en cas de litige sur le montant de la compensation, les juges de l'État expropriant soient moins neutres, et plus influencés par leur gouvernement que des arbitres nommés par une institution arbitrale internationale. Comme nous l'avons mentionné plus haut, parmi les institutions arbitrales idoines qui visent ce but, on retrouve la Chambre de Commerce Internationale à Paris¹²⁵, le *London Court of International Arbitration* en Angleterre¹²⁶, l'*American Arbitration Association* à New York¹²⁷ ou le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements de la Banque mondiale à Washington¹²⁸. On peut également envisager l'arbitrage en dehors d'une surveillance institutionnelle, selon le règlement CNUDCI¹²⁹ de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international.

D. *Le nouvel ordre économique international*

L'opinion favorable à l'arbitrage, qui a cours aux États-Unis, n'est pas toujours partagée par les pays en voie de développement. En 1974, un programme dit de « nouvel ordre économique international » avait été adopté dans une résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies intitulée « Charte des droits et devoirs économiques des États »¹³⁰.

Selon le droit international classique, un État qui exproprie les biens d'un investisseur étranger doit fournir une compensation juste et équitable. Selon une formule se trouvant dans une déclaration de l'ancien Secrétaire d'État des États-Unis en 1938, la compensation, pour être juste et équitable, devrait être « prompt, adequate and effective »¹³¹. Dans ses grandes lignes, cette formule

¹²⁴Voir discussion du « nouvel ordre économique mondial », ci-dessous, partie II.D.

¹²⁵Voir *International Chamber of Commerce Arbitration*, *supra*, note 77.

¹²⁶Voir l'appendice 15 dans *Commercial Arbitration for the 1990s*, *supra*, note 78 aux pp. 314-26 ; Hunter et Paulsson, *supra*, note 78.

¹²⁷*Supra*, note 79.

¹²⁸Voir Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *CIRDI: Documents de Base*, Washington, CIRDI, 1991. Voir aussi *Transnational Contracts*, *supra*, note 63 au c. 10 ; Delaume, *supra*, note 80.

¹²⁹Voir Doré, *supra*, note 81.

¹³⁰Rés. AG 3281 (XXIX), Doc. off. AG NU, 29^e sess., Supp. n° 31, p. 50, Doc. NU A/9631 (1974). Voir W.W. Park, « Legal Issues in the Third World's Economic Development » (1981) 61 B.U.L. Rev. 1321 ; R.F. Meagher, *An International Redistribution of Wealth and Power: A Study of the Charter of Economic Rights and Duties of States*, New York, Pergamon Press, 1979 ; S.K. Chatterjee, « The Charter of Economic Rights and Duties of States: An Evaluation After 15 Years » (1991) 40 I.C.L.Q. 669.

¹³¹P.M. Norton, « A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation » (1991) 85 AJIL 474.

reste plus ou moins celle des pays industrialisés occidentaux¹³².

La Charte rejette le principe selon lequel l'indemnisation d'expropriation de biens étrangers doit être déterminée par des tribunaux internationaux neutres. Son article 2(2)(c) exige que la compensation pour les avoirs nationalisés soit uniquement fixée par les tribunaux de l'État où sont situés les biens, ce qui exclut effectivement tout arbitrage neutre :

Dans tous les cas où la question de l'indemnisation [de biens étrangers expropriés] donne lieu à un différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet État [...].

Dans les arbitrages internationaux, cet article de la Charte n'a pas souvent été considéré comme une disposition impérative. Dans un litige concernant les nationalisations par le gouvernement libyen de biens immobiliers appartenant à Texaco et à Standard Oil of California, par exemple, l'arbitre a insisté sur le fait que l'article 2(2)(c) de la Charte a été adopté par l'ONU, en dépit de l'opposition ou l'abstention de tous les pays industrialisés¹³³.

Le contenu de l'article 2(2)(c) reflète la doctrine qui porte le nom d'un juriste argentin du dix-neuvième siècle, Carlos Calvo, qui proposa un principe général d'égalité de traitement pour les nationaux sud-américains et les investisseurs étrangers. La doctrine Calvo a été ancrée dans de nombreuses dispositions constitutionnelles et législatives de plusieurs pays d'Amérique du Sud, donnant compétence exclusive aux tribunaux locaux. Dès lors, il est possible qu'un tribunal d'Amérique latine refuse d'admettre une élection de for contraire aux droits nationaux fondés sur la doctrine Calvo. En revanche, les arbitres eux-mêmes pourraient adopter une attitude différente envers une telle pratique, comme on l'a vu dans l'affaire *Texaco/California Asiatic*.

Conclusion

À l'heure actuelle, il est encore difficile de faire un bilan précis des avantages et des inconvénients d'une clause d'arbitrage par rapport à une clause de

¹³²Voir le *Restatement, supra*, note 19, avec un langage semblable dans la dernière phrase de l'art. 712(1). L'art. 712 se lit comme suit :

A state is responsible under international law for injury resulting from:

- (1) a taking by the state of the property of a national of another state that
 - a) is not for a public purpose, or
 - b) is discriminatory, or
 - c) is not accompanied by provision for just compensation;

For compensation to be just under this Subsection, it must, in the absence of exceptional circumstances, be in an amount equivalent to the value of the property taken and be paid at the time of taking, or within a reasonable time thereafter with interest from the date of taking, and in a form economically usable by the foreign national.

Voir en général W.C. Lieblich, « Determinations by International Tribunals of the Economic Value of Expropriated Enterprises » (1990) 7:1 J. Int'l Arb. 37 ; B.M. Clagett et D.B. Poneman, « The Treatment of Economic Injury to Aliens in the Revised Restatement of Foreign Relations Law » (1988) 22 Int'l Lawyer 35.

¹³³Voir la sentence rendue par le professeur Dupuy dans l'affaire *Texas Overseas Petroleum Company et California Asiatic Oil Company c. Lybie* (le fond) (ad hoc), (1977), 17 I.L.M. 1, (1979) 53 I.L.R. 422.

prorogation de for en faveur d'un tribunal étatique. Tout d'abord, on peut s'attendre à ce que dans les négociations qui entourent le rééchelonnement des dettes, certains pays débiteurs aient assez de poids pour résister à des clauses de prorogation de for qui désigneraient les tribunaux du siège de la banque elle-même. Il est donc possible que le banquier soit amené à accepter l'arbitrage faute de mieux, parce qu'il doute de l'impartialité des tribunaux du pays du débiteur.

En second lieu, l'opportunité de l'arbitrage en tant que mécanisme de solution des litiges financiers dépend beaucoup du lieu de situation des actifs du débiteur qui pourraient être saisis après jugement. Le choix des juges étatiques est moins logique quand le débiteur a des actifs dans un autre pays que celui où siège le tribunal. Si les actifs saisissables du débiteur se trouvent dans un pays qui n'a pas conclu de traité sur l'exécution réciproque des jugements avec l'État du for, le banquier serait peut-être mieux avisé d'envisager le recours à l'arbitrage : celui-ci au moins débouchera sur une sentence qui sera reconnue dans les pays ayant adhéré aux *Conventions de New York, de Panama et de Genève*.

L'arbitrage possède un autre avantage quand il s'agit d'un débiteur susceptible d'invoquer son immunité d'État ou la doctrine de l'*Act of State*. Surtout aux États-Unis, en vertu de la législation de 1988, une sentence arbitrale pourrait être reconnue plus facilement qu'un jugement quand le débiteur est l'émanation d'une puissance souveraine ou si le débiteur est soumis au contrôle des changes.

Les litiges de responsabilité de bailleur de fonds (*lender liability*), présentent une dernière raison qui milite en faveur de l'arbitrage, quand le débiteur est en mesure d'intenter une action aux États-Unis. Plusieurs banques de la côte ouest américaine ont cherché à réduire le risque des dommages-intérêts excessifs accordés par des jurés civils persuadés que la banque n'avait pas agi de bonne foi en refusant des crédits supplémentaires à un client débiteur. Une option consiste à renoncer expressément à un procès devant jury. L'autre possibilité est d'insérer une clause arbitrale dans le contrat de prêt, ce qui constitue un moyen indirect d'arriver au même résultat.

Mais on ne peut pas dire que l'arbitrage n'aie que des avantages. Au contraire, des inconvénients substantiels peuvent apparaître dans certains cas. Avant tout, les juges, de par leur formation et à cause des possibilités d'appel, ont l'habitude de motiver leurs décisions, qui sont généralement plus prévisibles¹³⁴. En revanche, un arbitre est plus susceptible de « couper la poire en deux » que de procéder à une application stricte de la loi. Le processus de choix des arbitres est susceptible de déboucher sur une personne de compétence douteuse, et donc

¹³⁴Ceci dit, il faut admettre que dans les arbitrages internationaux les arbitres aussi ont maintenant l'habitude de motiver leurs sentences (voir *International Chamber of Commerce Arbitration, supra*, note 77), concernant des arbitrages selon le Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale), et les sentences sont souvent fondées sur une jurisprudence arbitrale (T.E. Carbonneau, « Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of a Common Law of International Transactions » (1985) 23 Colum. J. Transnat'l L. 579).

peu désirable, dite arbitre *joker*, ou *wild card*. Le risque est qu'une telle personne rende une sentence contraire à la volonté des parties telle qu'exprimée dans le contrat, ce qui est d'autant plus grave parce que dans la plupart des cas une sentence arbitrale n'est pas susceptible d'appel pour mauvaise application de la loi.

Les obligations des membres du FMI ajoutent un autre élément d'incertitude au processus arbitral. Dans certains pays la jurisprudence a assimilé les contrats de prêts à des contrats de change. Or, selon l'article VIII(2)(b) des Statuts du FMI, l'exécution d'un contrat de change qui est contraire au contrôle des changes d'un pays membre du FMI devrait, dans certaines circonstances, être refusée.

Il serait de bonne politique que les crédits internationaux continuent à jouer un rôle dans le développement économique mondial. Toutefois, des prêts sont des prêts et non des dons, ni des participations en capital. Il est évident que l'incertitude qui entoure les possibilités de recouvrement des prêts accordés aux débiteurs étrangers constitue un frein au financement international. Si l'arbitrage rend plus sûr le recouvrement des crédits internationaux, il aura contribué à la création de richesses pour tous les peuples. Cela pourrait être le cas (i) quand la *Convention de New York* s'applique parce que les actifs du débiteur se situent hors du lieu du litige, (ii) quand le débiteur étranger risque d'invoquer soit son immunité fondée sur son statut d'émanation d'un État souverain, soit la doctrine de l'*Act of State* à cause des dispositions du contrôle des changes, et (iii) quand le débiteur pourrait être en mesure d'intenter une action en responsabilité contre le prêteur pour violation des obligations de *lender liability*, à l'encontre d'un banquier qui refuse d'avancer des fonds supplémentaires.

Cependant, les avantages ont aussi des inconvénients. Par une clause compromissoire, le banquier pourrait être considéré comme ayant renoncé aux procédures provisoires d'urgence prévues par maints systèmes juridiques nationaux. Aussi, l'arbitrage risque toujours d'être plus long et plus coûteux qu'un litige devant des tribunaux ordinaires quand l'arbitre ne possède pas de moyens efficaces pour exiger le respect de ses ordres intérimaires. Les parties susceptibles de perdre le litige ne manquent généralement pas une occasion de rallonger la procédure arbitrale, par exemple en refusant de collaborer avec l'arbitre ou en prenant recours contre la sentence au siège arbitral et au lieu où la sentence doit être exécutée.

Au fond, le rôle de l'arbitrage dans la finance internationale dépend beaucoup de la façon dont les banquiers et les débiteurs jugent les procédures alternatives. Un jugement étatique sera-t-il rendu dans un pays où le débiteur a des actifs ? Faudra-t-il faire appel aux juges étrangers pour faire exécuter le jugement ? La *Convention de New York* s'appliquera-t-elle à la sentence ? Les juges seront-ils plus prévisibles dans leurs jugements que les arbitres avec leurs sentences ? Est-ce que les débiteurs risquent d'invoquer l'immunité d'État ou la doctrine de l'*Act of State* ? Quels seront les choix de for imposés par les pays débiteurs quand ils négocieront le rééchelonnement de leur dette extérieure ?

D'un point de vue économique, le recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges financiers peut renforcer la confiance en la force obligatoire des contrats de prêt, et donc faciliter les flux financiers, condition nécessaire du développement économique. Mais le rôle de l'arbitrage dans le domaine financier reste à développer en grande partie parce que l'arbitrage est demeuré à un stade tout à fait primaire en ce qui concerne la publication des sentences qui reconnaissent et consacrent les principes parfois dits de *lex mercatoria*¹³⁵.

En somme, le recours à l'arbitrage dans un contrat de prêt peut augmenter les possibilités de son recouvrement à l'étranger, étant donné les meilleures possibilités d'exécution d'une sentence arbitrale par rapport à un jugement, en particulier quand le litige soulève des questions relatives au contrôle des changes. Mais le rôle de l'arbitrage dans les litiges financiers internationaux résiste à une analyse facile, et dépend, plus que jamais, du contexte du crédit en question.

Annexe :

Modèle de clause compromissoire à l'usage des banques dans les contrats de crédit internationaux

1. Tous différends ou litiges découlant du présent contrat, ou en rapport avec lui, y compris un prétendu dommage délictuel ou contractuel subi par le débiteur suite au comportement de la banque, seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement¹³⁶.
2. Le lieu de l'arbitrage sera []¹³⁷.
3. Le président du tribunal arbitral ou l'arbitre unique, selon les circonstances, sera un avocat ou un juge retraité.
4. La langue de l'arbitrage sera []¹³⁸.
5. Aucune disposition de la présente clause compromissoire ne limite le droit de chacune des parties d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires de la part d'un tribunal compétent.

¹³⁵Ceci n'empêche pas d'admettre que de grands pas ont été faits dans ces directions. Voir Y. Derains et S. Jarvin, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer, 1990 et T.E. Carbonneau, éd., *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Juris Publications, 1990.

¹³⁶On peut également désigner le règlement de la *London Court of International Arbitration* or de l'*American Arbitration Association*.

¹³⁷Bâle, Boston, Genève, Londres, Montréal, New York, Paris, et Zurich sont parmi les lieux d'arbitrage que l'on peut recommander, selon les circonstances.

¹³⁸Français, anglais ou autre langue commune.