

Règlement des litiges commerciaux: Arbitrage et règlement alternatif des différends

SECONDE ÉDITION



Centre du
Commerce
International

DES ÉCHANGES POUR UN DÉVELOPPEMENT DURABLE

© Centre du commerce international 2016

L'ITC (Centre du commerce International) est l'agence commune à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et aux Nations Unies.

Adresse: ITC
54-56, rue de Montbrillant
1202 Geneva, Switzerland

Adresse postale: ITC
Palais des Nations
1211 Geneva 10, Switzerland

Téléphone: +41-22 730 0111

Fax: +41-22 733 4439

E-mail: itcreg@intracen.org

Internet: <http://www.intracen.org>

RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX

ARBITRAGE ET RÈGLEMENT ALTERNATIF DES
DIFFÉRENDS

2^{ÈME} ÉDITION

EXTRAIT POUR LES SERVICES D'INFORMATION COMMERCIALE

ID= 43164

2016

F-05.07.01 ARB

Centre du commerce international (ITC)

Règlement des litiges commerciaux : Arbitrage et règlement alternatif des différends - 2^{ème} édition.

Genève : ITC, 2016. XII, 72 pages.

La deuxième édition révisée du manuel consacré aux méthodes disponibles concernant l'arbitrage commercial et le règlement des différends s'intéresse aux différents types de litiges rencontrés dans le cadre d'échanges commerciaux internationaux et expose les méthodes de prévention et/ou de résolution de ces litiges. Le manuel aborde également les principes fondamentaux et les aspects pratiques de l'arbitrage commercial international. Cette deuxième édition propose une série d'outils et d'informations utiles destinés aux chefs d'entreprise novices en matière de commerce international, ainsi qu'aux professionnels plus expérimentés et aux avocats. Ce manuel décrit les différents types de litiges susceptibles de survenir dans le cadre d'échanges commerciaux internationaux ainsi que les mécanismes de règlement des différends, dont certains sont très récents, disponibles pour les résoudre.

Descripteurs : **Arbitrage ; Règlement des différends ; Droit commercial.**

Anglais, français, espagnol (éditions distinctes)

Les désignations employées et la présentation des données contenues dans cette publication n'impliquent de la part du Centre du commerce international (ITC) aucune prise de position quant au statut juridique de quelconques pays, territoires, villes ou zones ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Photo numérique sur la couverture : © shutterstock

Doc. P348.F/DBIS/TFPB/16-IV

ISBN 978-92-9137-438-0

© Centre du commerce international 2016

Tous droits réservés. Aucune partie de cette publication ne peut être reproduite, enregistrée dans un système de récupération ni transmise sous une quelconque forme ou par un quelconque moyen, qu'il s'agisse d'un support électronique, électrostatique, magnétique, mécanique, par photocopie ou autrement, sans l'autorisation écrite préalable du Centre du commerce international.

Centre du commerce international, Palais des Nations, 1211 Genève 10, Suisse
(<http://www.intracen.org>)



AVANT-PROPOS

En marge du développement rapide du commerce international, les entreprises, y compris les petites et moyennes entreprises (PME) sont de plus en plus exposées à de nouveaux partenaires, pays, cultures, systèmes juridiques et pratiques commerciales. Ces nouvelles opportunités peuvent générer de nouveaux risques, surtout en l'absence d'informations vitales et commerciales.

Les relations d'affaires sont toujours susceptibles de donner lieu à des désaccords et des litiges. Aussi, la prévention des différends et le règlement efficace des litiges constituent, pour toutes les entreprises, les composants essentiels d'une bonne gestion des risques. Dans le contexte international, d'autres difficultés viennent s'ajouter, impliquant diverses juridictions, différentes traditions juridiques, lois et procédures, ainsi que plusieurs langues. Les litiges commerciaux internationaux induisent des coûts élevés qui affectent particulièrement les petites entreprises aux activités commerciales transfrontalières. Comment les entreprises peuvent-elles éviter ou régler leurs différends tout au long des diverses phases contractuelles, de la négociation à l'exécution ?

Cette deuxième édition du manuel apporte des modifications considérables par rapport à la première édition publiée par le Centre du commerce international en 2001. Il fournit des informations actualisées aux entreprises, notamment à celles qui s'engagent actuellement dans des activités commerciales transfrontalières. Ce manuel décrit les différents types de litiges susceptibles de survenir dans le cadre d'échanges commerciaux internationaux ainsi que les mécanismes de règlement des différends, dont certains sont très récents, disponibles pour les résoudre.

Si l'arbitrage reste la méthode la plus prisée pour résoudre les litiges commerciaux internationaux, la médiation gagne néanmoins en popularité. En considération des institutions d'arbitrage et de médiation aujourd'hui en place dans la plupart des pays et des régions du monde, cette publication assure plus de transparence quant au fonctionnement de ces procédures et à la façon dont elles peuvent fournir aux petites entreprises des pays en développement un accès rapide et peu coûteux au règlement des différends.

Une amélioration des connaissances et de l'utilisation des divers mécanismes d'arbitrage et de règlement des différends favorisera le développement d'échanges commerciaux plus solides et fluides, et la création d'un environnement commercial plus transparent et efficace. L'ITC est prêt à appuyer cette politique et à renforcer les services de règlement alternatif des différends en faveur des petites entreprises.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Arancha González', written in a cursive style.

Arancha González
Directrice exécutive du
Centre du commerce international

REMERCIEMENTS

La première édition de cet ouvrage a été rédigée par Herman Verbist, Christophe Imhoos et Jean-François Bourque avec Geoffroy Loades comme éditeur.

Cette deuxième édition reflète le rôle grandissant de la médiation et de l'arbitrage dans la résolution des litiges commerciaux et a été préparée par Herman Verbist et Jean-François Bourque. David Watkiss a apporté quelques contributions supplémentaires.

Ezequiel Lizarraga Guicovsky, cadre dirigeant de l'ITC responsable des initiatives de médiation et de facilitation du commerce a donné quelques orientations à cette édition.

Herman Verbist, avocat formé en Belgique, intervient en tant qu'arbitre international et conseiller des parties à l'arbitrage. Il a été conseiller auprès de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Auteur de livres et d'articles sur l'arbitrage, il a également exercé en tant que formateur dans le cadre de séminaires et d'ateliers sur l'arbitrage.

Jean-François Bourque, ancien conseiller juridique principal de l'ITC, était auparavant avocat-conseil auprès de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre du commerce internationale.

Avocat formé aux États-Unis, David Watkiss est spécialisé dans le commerce international, notamment en matière de médiation et d'arbitrage. Il a également occupé un poste de réviseur au sein de la revue Harvard Law Review.

Victoria Sarant, candidate au doctorat en jurisprudence et Natalie Domeisen, de l'ITC, ont relu et commenté le manuscrit.

Cet ouvrage a été édité par Dianna Rienstra, avec la contribution éditoriale d'Evelyn Seltier et de Carmelita Endaya. Kristina Golubic était en charge de la conception. Serge Adeagbo et Franco Lacovino ont assuré la fourniture des services d'impression numérique.

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS	iii
REMERCIEMENTS.....	iv
ACRONYMES.....	viii
UTILISATION DE CE MANUEL.....	ix

PARTIE 1 - À PROPOS DES LITIGES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX 1

TYPES DE LITIGES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX	2
Litiges concernant la vente de matières premières et de marchandises	2
Litiges concernant les distributeurs, les agences et les intermédiaires	2
Litiges en matière de construction, d'ingénierie et d'infrastructure	3
Litiges liés aux achats	4
Litiges liés à la propriété intellectuelle	4
Litiges relatifs à des noms de domaine	7
Litiges relatifs à des coentreprises.....	7
Litiges maritimes	8
Litiges avec des agences d'inspection avant expédition	8
Litiges avec les autorités douanières.....	10
Litiges impliquant des établissements bancaires	10
Litiges concernant des contrats de travail	10
Litiges impliquant des États ou des entités publiques.....	11
PRÉVENTION ET RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX	12
Négociation du contrat.....	12
Clauses de non-responsabilité et d'adaptation.....	12
Moyens non juridictionnels de règlement des différends	14
Commissions de règlement des différends et comités d'arbitrage des litiges	16
Moyens juridictionnels de règlement des différends	19
Arbitrage ou médiation ?	25

PARTIE 2 - MÉDIATION 27

MÉDIATION	28
Qu'est-ce que la médiation ?	28
Historique et contexte.....	28
Le processus de médiation.....	29
Le rôle du médiateur.....	29
Rôle des représentants légaux pendant la médiation.....	30
Questions et réponses.....	30

PARTIE 3 - ARBITRAGE

33

ARBITRAGE.....	34
Arbitrage institutionnel	34
Arbitrage ad hoc	35
LA CONVENTION D'ARBITRAGE	37
Une clause compromissoire est-elle nécessaire ?.....	37
La clause compromissoire doit être rédigée par écrit.....	37
Fonctions d'une clause compromissoire.....	37
Clause compromissoire ou accord de soumission ?	37
Intégration de la clause compromissoire à titre de référence	37
Qui peut conclure une convention d'arbitrage ?	38
Séparabilité de la clause compromissoire	38
Droit applicable à la convention d'arbitrage.....	39
Différentes règles d'arbitrabilité.....	39
Contenu de la convention d'arbitrage.....	41
Clauses compromissoires à éviter	50
Recommandations relatives à la rédaction des conventions d'arbitrage.....	51
CONSTITUTION DU TRIBUNAL D'ARBITRAGE.....	53
Arbitrage institutionnel	53
Arbitrage ad hoc	53
Arbitrage multipartite	54
POUVOIRS, OBLIGATIONS ET COMPÉTENCE DU TRIBUNAL D'ARBITRAGE	56
Pouvoirs et limitations	56
Obligations du tribunal d'arbitrage	56
Compétence	57
Arbitres d'urgence.....	57
PROCÉDURE D'ARBITRAGE	59
Principe général – Autonomie des parties	59
Procédures tranchées par le tribunal	59
Audiences et témoignages	59
DROIT APPLICABLE	62
Droit applicable au fond du différend.....	62
Droit applicable à la procédure d'arbitrage	64
SENTENCES D'ARBITRAGE.....	67
Sentence définitive.....	67
Sentences partielles et transitoires	67
Sentence par consentement	67
Reconnaissance et exécution	67
Contestation des sentences d'arbitrage	69
Frais d'arbitrage	69
ANNEXES.....	71
Outils utiles	71
Documents fondamentaux.....	71

ENCADRÉS

Encadré 1:	Formulaires standard de contrats d'agence et de distribution	3
Encadré 2:	Formulaires standard de contrats applicables au secteur de la construction	4
Encadré 3:	Rédaction d'une clause compromissoire applicables aux questions de propriété intellectuelle	5
Encadré 4:	Exemples de litiges relatifs à des noms de domaine	6
Encadré 5:	Droits des importateurs en cas de litiges relatifs aux évaluations avec les autorités douanières	8
Encadré 6:	Règlement des litiges selon l'Accord sur la facilitation des échanges de l'Organisation mondiale du commerce	9
Encadré 7:	L'État partie à une procédure d'arbitrage	9
Encadré 8:	Qui signe une clause compromissoire pour le compte de l'État ?	11
Encadré 9:	Principes d'UNIDROIT relatifs aux dispositions d'adversité (hardship)	13
Encadré 10:	Options de clauses de médiation	14
Encadré 11:	Fonctionnement d'une Commission de règlement des différends – Projet hydroélectrique Ertan, République populaire de Chine	16
Encadré 12:	Modèles de clauses d'expertise technique	17
Encadré 13:	Arbitrage ou contentieux ?	22
Encadré 14:	Clauses de médiation et d'arbitrage combinées	25
Encadré 15:	Arbitrage ad hoc en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	36
Encadré 16:	Les contrats qui enfreignent la politique publique internationale ne sont pas exécutoires	40
Encadré 17:	Déclaration d'indépendance type dans le cadre d'une procédure d'arbitrage ad hoc	54
Encadré 18:	Nomination des arbitres en cas de différend multipartite	55
Encadré 19:	L'« effet négatif » d'une convention d'arbitrage sur la compétence des cours de justice	57
Encadré 20:	Un arbitre d'urgence en action	58
Encadré 21:	Techniques de gestion des affaires	60
Encadré 22:	Recueillir des témoignages lorsque les parties sont de cultures juridiques différentes	60
Encadré 23:	Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international	63
Encadré 24:	Article V de la Convention de New York	68
Encadré 25:	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international	69
Encadré 26:	Exemples de frais d'arbitrage	70

ACRONYMES

ADR	Règlement alternatif des différends (Alternative dispute resolution)
CDB	Comité des litiges conjoint (Combined Dispute Board)
CEDR	Centre pour le règlement efficace des différends (Royaume-Uni)
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
DAB	Comité d'arbitrage des litiges (Dispute Adjudication Board)
DOCDEX	Règlement d'expertise de la Chambre de commerce internationale pour la résolution des différends en matière d'instruments documentaires (Documentary Credit Dispute Resolution Expertise (ICC))
DRB	Commission de règlement des différends (Dispute Review Board)
FIDIC	Fédération internationale des ingénieurs conseils (International Federation of Engineers)
IAE	Inspection avant expédition
IBA	Association internationale du barreau (International Bar Association)
ICANN	Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)
ICC	Chambre de commerce internationale (International Chamber of Commerce)
ICDR/AAA	Centre international pour le règlement des différends de l'Association américaine d'arbitrage (International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association)
IFIA	Fédération internationale des sociétés d'inspection (International Federation of Inspection Agencies)
INCOTERMS	Termes commerciaux internationaux publiés par l'ICC (International Commercial Terms)
ITC	Centre du commerce international
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMD	Organisation mondiale des douanes
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
PI	Propriété intellectuelle
PME	Petites et moyennes entreprises
SH	Convention sur le Système harmonisé
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé

UTILISATION DE CE MANUEL

Le règlement des différends constitue un élément important de la gestion des risques en matière de commerce international. La réduction des obstacles expose les petites et moyennes entreprises (PME) à de nouveaux marchés et à la concurrence internationale, ainsi qu'à de nouveaux partenaires, pays, cultures et pratiques commerciales.

Les opportunités à l'international génèrent de nouveaux risques. Les relations d'affaires à l'échelle internationale donnent lieu à des litiges. Par rapport à des différends qui opposent des entités localisées dans un même pays, les litiges commerciaux internationaux rencontrent des problèmes supplémentaires, notamment la diversité des juridictions, des systèmes et traductions juridiques ainsi que des procédures, et nécessitent souvent le recours à plusieurs langues.

Ces 20 dernières années, les stratégies de règlement des différends commerciaux ont évolué rapidement. Ce manuel aborde la question de l'arbitrage et propose d'autres méthodes de règlement des différends pour servir d'alternatives aux procédures judiciaires aujourd'hui fréquemment utilisées pour prévenir et/ou régler les litiges commerciaux dans un contexte international. Ces méthodes de règlement des différends présentent des avantages évidents.

Le présent manuel est destiné aux novices ainsi qu'aux chefs d'entreprises et conseillers juridiques expérimentés. Il a pour objet de procurer aux professionnels les moyens de garantir la stabilité de leurs relations contractuelles en utilisant avec efficacité les méthodes de règlement des différends dans un cadre commercial international.

ARBITRAGE COMMERCIAL ET RÈGLEMENT ALTERNATIF DES DIFFÉRENDS

L'arbitrage reste le principal mécanisme de règlement des différends dans le domaine des échanges commerciaux internationaux. L'arbitrage est efficace pour les transactions d'envergure. D'autres méthodes, telles que la médiation, sont plus adaptées aux besoins et aux réalités des PME. Les parties peuvent, et parfois doivent, décider de saisir un tribunal ou une autorité administrative nationale. Toutefois, dans le cadre des contrats conclus entre des parties localisées dans des pays différents, les chefs d'entreprise estiment parfois que le jugement est à leur désavantage

lorsque le litige est jugé par les tribunaux du pays de l'autre partie, dans la langue de l'autre partie et en application des règles de procédures en vigueur dans le pays de leur adversaire.

Neutralité et flexibilité sont les principaux motifs de développement de procédures d'arbitrage et de méthodes de règlement alternatif des différends (ADR), telles que la médiation, avec l'appui et la coopération des tribunaux. D'autres éléments sont également à prendre en considération avant de recourir à une solution d'arbitrage ou d'ADR : contraintes de temps, nécessité de recourir à des connaissances spécialisées, confidentialité et, dans le cas de l'arbitrage, force exécutoire internationale.

L'acronyme ADR est relativement nouveau mais largement utilisé. Dans ce manuel, le terme ADR désigne tous les moyens de prévenir et de régler les différends avec l'aide d'un tiers, autrement que par l'entremise de tribunaux (contentieux) ou d'une procédure d'arbitrage. Entre autres processus d'ADR, le recours à la médiation s'est développé de façon spectaculaire ces dernières décennies. Son intérêt pratique reste incontesté. Cette deuxième édition du manuel consacre davantage de place à la médiation, en soulignant néanmoins que cette méthode reste davantage utilisée pour régler les différends à l'échelle nationale plutôt qu'internationale.

ARBITRAGE ET PROCÉDURES JUDICIAIRES

L'arbitrage, ainsi que tous les processus d'ADR, généralement appliqués en dehors du tribunal, ne font pas concurrence aux procédures judiciaires. Sans la coopération et le contrôle suprême des tribunaux, les procédures d'arbitrage n'auraient pas pu se développer autant. Les procédures judiciaires, les processus d'arbitrage et l'ADR sont complémentaires. Le présent manuel met l'accent sur l'arbitrage dans la mesure où cette méthode est aujourd'hui fréquemment utilisée pour résoudre les litiges commerciaux internationaux et reste, pour l'heure, la seule alternative juridiquement contraignante et exécutoire aux procédures judiciaires. Toutefois, notre intention n'est pas de convaincre les parties de favoriser le recours à l'arbitrage ou à l'ADR plutôt qu'aux tribunaux. Chaque jour, de nombreux litiges commerciaux sont résolus par voie de contentieux et le règlement devant un tribunal semble être la méthode de résolution la plus adaptée dans ce cas. Il convient de choisir la solution adaptée aux circonstances propres à chaque contrat.

ENVISAGER UN RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS AVANT LA SIGNATURE D'UN CONTRAT

Il existe des différences pratiques importantes entre les procédures judiciaires et l'arbitrage et, dans une moindre mesure, les processus d'ADR. Dans le cas où une partie souhaiterait recourir à un processus d'arbitrage pour un contrat spécifique, la décision doit être prise lors de la rédaction du contrat, sous la forme d'une clause compromissoire. Les parties sont tenues d'arbitrer uniquement si c'est ce qu'elles ont convenu de faire. En revanche, les tribunaux sont disponibles pour juger une affaire même en l'absence de clause contractuelle relevant de leur compétence. Par conséquent, l'arbitrage présente des avantages uniquement lorsque les parties en connaissent les conditions contractuelles au préalable. Une fois le litige survenu, si les parties n'ont pas convenu d'un processus d'arbitrage, il sera peut-être trop tard. Les parties peuvent convenir d'un arbitrage après la naissance d'un différend, ce qui se produit assez rarement dans la mesure où, après un litige, l'une des parties perçoit souvent l'arbitrage comme un inconvénient.

Les parties doivent également envisager la médiation, l'expertise ainsi que d'autres processus d'ADR avant de signer un contrat afin de prendre la mesure de tous les avantages de ces processus. Aujourd'hui, la plupart des institutions d'arbitrage proposent des clauses standard qui permettent d'associer arbitrage et médiation ou de créer une obligation de médiation avant le début de l'arbitrage. Sur ces questions, les entreprises doivent faire leurs propres choix avant de conclure un contrat international. Pour cette raison, une partie de ce manuel est consacré à la rédaction des dispositions de règlement des différends.

Le présent manuel aidera les professionnels à mieux comprendre l'ensemble des moyens pratiques mis à leur disposition pour prévenir et résoudre les litiges commerciaux. L'efficacité des processus internationaux d'arbitrage et d'ADR n'est plus à démontrer. Leur utilisation est très répandue et ils sont en constante évolution.

APERÇU

La Partie 1 – À propos des litiges commerciaux internationaux aborde les différents types de litiges survenant dans le domaine du commerce international, ainsi que les méthodes disponibles pour prévenir et résoudre ces litiges.

La Partie 2 – Médiation aborde les rudiments de la médiation commerciale.

La Partie 3 – Arbitrage s'intéresse aux principes fondamentaux et aux aspects pratiques de l'arbitrage commercial international.

Les Annexes fournissent des outils et des documents de référence utiles.



PARTIE 1

À PROPOS DES LITIGES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX

TYPES DE LITIGES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX.....	2
Litiges concernant la vente de matières premières et de marchandises	2
Litiges concernant les distributeurs, les agences et les intermédiaires	2
Litiges en matière de construction, d'ingénierie et d'infrastructure	3
Litiges liés aux achats.....	4
Litiges liés à la propriété intellectuelle	4
Litiges relatifs à des noms de domaine	7
Litiges relatifs à des coentreprises	7
Litiges maritimes	8
Litiges avec des agences d'inspection avant expédition	8
Litiges avec les autorités douanières	10
Litiges impliquant des établissements bancaires	10
Litiges concernant des contrats de travail.....	10
Litiges impliquant des États ou des entités publiques	11
 PRÉVENTION ET RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX.....	 12
Négociation du contrat	12
Clauses de non-responsabilité et d'adaptation	12
Moyens non juridictionnels de règlement des différends	14
Commissions de règlement des différends et Comités d'arbitrage des litiges	16
Moyens juridictionnels de règlement des différends.....	19
Arbitrage ou médiation ?.....	25

TYPES DE LITIGES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX

Si le règlement des différends n'est pas la première chose à laquelle les parties pensent au moment de conclure un contrat, elles devraient néanmoins garder à l'esprit que des conflits, des griefs et des litiges sont susceptibles de survenir à tout moment. Les parties doivent connaître les points sujets à litige et anticiper une méthode ou une combinaison de méthodes de prévention ou de règlement des différends.

Deux questions fondamentales sont à envisagées lors de la conclusion d'un contrat international :

- Quels types de litiges sont susceptibles de survenir ?
- Quels sont les processus de règlement des différends disponibles pour prévenir et résoudre les litiges ?

LITIGES CONCERNANT LA VENTE DE MATIÈRES PREMIÈRES ET DE MARCHANDISES

Les contrats régissant la vente de marchandises peuvent donner lieu à des litiges portant, entre autres, sur la qualité, le prix et le règlement, le transport et les délais ainsi que les conditions de livraison. Ces litiges peuvent être évités en intégrant au contrat des dispositions contractuelles claires concernant ces questions.

Les termes commerciaux internationaux (INCOTERMS), publiés par la Chambre de commerce internationale (ICC) fournissent un ensemble de règles internationales permettant d'interpréter correctement les termes les plus fréquemment utilisés dans le domaine du commerce international. Les Incoterms constituent une référence élémentaire qui permet d'éviter les litiges associés aux contrats de vente dans la mesure où ils définissent clairement les responsabilités des acheteurs et des vendeurs en ce qui concerne les procédures de livraison, d'assurance et de douane. Ils sont reconnus comme norme internationale par les autorités douanières et les tribunaux de la plupart des nations commerçantes. Le recours aux Incoterms permet de prévenir ou de réduire considérablement les incertitudes d'interprétation parmi les différents pays. Ainsi, les incertitudes d'interprétation en fonction des différents pays peuvent être évitées, ou au moins considérablement réduites. En 2011, on dénombrait 11 Incoterms valides. Afin d'éviter la mise en place de contrats ambigus, l'ICC recommande de toujours inclure

les termes « Incoterms 2010 » à la suite de l'Incoterm utilisé, par exemple : FOB (Point d'expédition FOB) Kuala Lumpur Incoterms 2010.

Des litiges peuvent survenir concernant les lettres de crédit, les conditions de transfert de paiement ou l'échéance de règlement. Les différends concernant les lettres de crédit peuvent être réglés par le biais d'un processus d'expertise appelé DOCDEX, sur la base de justificatifs uniquement et administré par l'ICC.

Les ventes de matières premières sont souvent réalisées en consignment et sans référence à un quelconque contrat. Sauf s'il existe une relation à long terme entre les parties, l'absence de contrat placera le vendeur en position défavorable en cas de litige portant sur la qualité, la quantité ou le prix des marchandises. Ces litiges pourront éventuellement faire l'objet d'une décision judiciaire prise par les tribunaux compétents sur le lieu d'activité de l'acheteur.

Les associations commerciales ont élaboré des contrats types. En ce qui concerne les échanges commerciaux de matières premières, telles que le café, les céréales, le cacao, l'huile et les matières grasses, les associations commerciales ont élaboré des contrats types généralement fondés sur leur propre ensemble de règles d'arbitrage. Ces arbitrages d'experts concernent principalement la qualité des produits et sont généralement exécutés de façon expéditive.

LITIGES CONCERNANT LES DISTRIBUTEURS, LES AGENCES ET LES INTERMÉDIAIRES

Il existe une différence entre les contrats de distribution et d'agence. Les distributeurs achètent et vendent. Les agents commerciaux assurent la promotion et négocient la vente des marchandises pour le compte d'une autre personne (le mandant) qui à son tour vend les marchandises aux clients.

Le point le plus litigieux des contrats d'agence est la rémunération de l'agent au moment de la résiliation du contrat. Les clients sont ceux du mandant. Dans de nombreuses juridictions, notamment au sein des États membres de l'UE, il existe des lois impératives visant à

Encadré 1 : Formulaires standard de contrats d'agence et de distribution

Les parties peuvent utiliser les formulaires de contrat d'agence et de distribution standard et approuvés dans tous les pays. En voici quelques exemples :

- Modèle de contrat de l'ITC pour une agence commerciale internationale (disponible à l'adresse <http://www.intracen.org/itc/exporters/contract-templates/>).
- Modèle de contrat de l'ITC pour la distribution internationale de marchandises (disponible à l'adresse <http://www.intracen.org/itc/exporters/contract-templates/>).
- Modèle de contrat de l'ITC pour la fourniture à long terme de marchandises (disponible à l'adresse <http://www.intracen.org/itc/exporters/contract-templates/>).
- Modèle de contrat d'agence commerciale de l'ICC (disponible auprès d'ICC Publishing SA, 33-43 avenue du Président Wilson, 75116 Paris, France, www.iccwbo.org).
- Modèle de contrat de distribution de l'ICC (disponible auprès d'ICC Publishing SA, 33-43 avenue du Président Wilson, 75116 Paris, France, www.iccwbo.org).
- Modèle de contrat d'intermédiaire occasionnel de l'ICC (disponible auprès d'ICC Publishing SA, 33-43 avenue du Président Wilson, 75116 Paris, France, www.iccwbo.org).

protéger les agents, indépendamment des dispositions contractuelles. Le tribunal et les arbitres sont tenus de prendre en compte ces lois impératives. Les autres litiges généralement associés aux contrats de distribution ou d'agence sont les suivants :

- Le fabricant/fournisseur ne fournit pas les marchandises au distributeur conformément au contrat ou dans les délais prévus par le contrat ;
- Le fabricant/fournisseur fournit les marchandises aux concurrents du distributeur/de l'agent alors que le contrat inclut une clause d'exclusivité en faveur du distributeur/de l'agent ;
- Le distributeur manque à son obligation d'acheter les marchandises en quantité suffisante ou dans les délais requis auprès du fabricant/fournisseur ;
- Le distributeur/fournisseur distribue les marchandises ou en assure la promotion hors du territoire autorisé ;
- Le distributeur/l'agent désigne un sous-distributeur/sous-agent sans l'autorisation du fabricant/fournisseur ;
- Le distributeur commence à produire des produits similaires à ceux fabriqués par le fabricant/fournisseur sans autorisation préalable ; et
- Le distributeur manque à son obligation de payer les produits achetés au fabricant/fournisseur.

Les parties peuvent chercher divers moyens de régler ces différends. Dans certains cas, le recours aux services d'un expert pourra s'avérer suffisant pour établir la qualité des marchandises ou la proportion de ventes réalisées ou organisées par l'agent. Dans d'autres cas, en cas de résiliation du contrat par exemple, l'intervention d'un juge ou d'un arbitre pourra s'avérer nécessaire. Dans la mesure où ces contrats peuvent comporter des informations commerciales confidentielles et sensibles, les parties peuvent souhaiter prévoir des clauses compromissaires dans leurs contrats.

LITIGES EN MATIÈRE DE CONSTRUCTION, D'INGÉNIEURIE ET D'INFRASTRUCTURE

L'exécution des contrats de construction et d'ingénierie à l'échelle internationale, concernant, par exemple, la construction de tunnels, de barrages, de ponts, d'autoroutes et de complexes universitaires, s'étend souvent sur plusieurs années et implique d'importantes sommes d'argent. Les délais de construction courts et de faible valeur ainsi que les contrats de construction répétitifs constituent une exception à cette règle générale. Des différends peuvent survenir pour les raisons suivantes :

- Les travaux exécutés ne sont pas conformes aux conditions du contrat ;
- Les travaux n'ont pas été exécutés dans les délais stipulés au contrat ;
- La construction requiert des matériaux ou des structures neufs ou en plus grand nombre (variations) non mentionnés dans le contrat et ne correspondant pas au prix convenu ;
- Les autorités gouvernementales imposent de nouvelles conditions qui ont un impact conséquent sur l'étendue et le coût des travaux ;
- Les sous-traitants ne respectent pas les stipulations contractuelles convenues entre le maître d'œuvre et le propriétaire ;
- Le propriétaire ne fournit pas de garantie de paiement ou omet de payer tout ou partie du prix convenu ; et
- Le maître d'œuvre ne fournit pas de garantie d'exécution ou toute autre garantie requise.

Il n'est pas rare que plusieurs différends surviennent au cours des différentes phases d'un même projet de construction. Il est important d'éviter l'interruption du calendrier des travaux pendant le règlement de ces différends.

Encadré 2: Formulaires standard de contrats applicables au secteur de la construction

La Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC) publie les formulaires standard de contrats de construction les plus fréquemment utilisés. Plusieurs agences de développement, notamment la Banque mondiale, la Banque asiatique de développement, la Banque africaine de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, ont adopté les Conditions contractuelles de la FIDIC dans le domaine de la construction dans le cadre des documents d'appel d'offres standard que leurs emprunteurs sont tenus de respecter. Les formulaires de la FIDIC incluent :

- Construction de bâtiments et travaux d'ingénierie conçus par l'employeur
- Usine et conception-construction
- Conception, construction et exploitation

- Projets CAC (conception-achat-construction)/clés en main
- Connaissance abrégé

La FIDIC publie des guides utiles qui facilitent l'identification des principaux contrats les mieux adaptés au projet à l'étude. Les Conditions des contrats de la FIDIC contiennent des dispositions exigeant que les litiges soient jugés par un DAB, composé d'une ou trois personnes, avant de faire l'objet d'une procédure d'arbitrage.

Les autres formulaires standard utilisés dans le secteur de la construction incluent : le Nouveau contrat d'ingénierie (NEC) développé par l'Institute of Civil Engineers (ICE) au Royaume-Uni, et le Modèle de contrat de l'ICC pour la fourniture clés en main d'une usine industrielle, disponibles auprès de : ICC Publishing SA, 33-43 avenue du Président Wilson, 75116 Paris, France, <http://www.iccwbo.org>.

La durée, la portée et le coût élevé des opérations faisant l'objet de contrats de construction induisent souvent le développement de clauses de règlement des différends élaborées, de façon ponctuelle ou en application des normes établies. Dans le passé, l'ingénieur engagé par le propriétaire, qui agissait en toute impartialité, était habilité à prendre des décisions sur site en cas de litiges et ses décisions étaient ensuite soumises à l'examen d'une autorité d'arbitrage.

Depuis le milieu des années 1990 et dans la plupart des contrats internationaux à grande échelle, les pouvoirs relatifs au règlement des différends accordés au propriétaire ont diminué et ont été remplacés par l'intervention de Comités d'arbitrage des litiges (DAB) ou de Commissions de règlement des différends (DRB) neutres. Ces groupements se composent généralement d'un à trois experts techniques, souvent des ingénieurs.

Les contrats régissant les projets d'envergure impliquent souvent un comité des litiges combiné à une autorité d'arbitrage. Les conflits associés à l'exécution d'un projet de construction à long terme sont d'abord soumis à l'examen du comité des litiges pendant que le projet se poursuit. Les différends non réglés par le comité des litiges sont ensuite renvoyés devant l'autorité d'arbitrage. Le fonctionnement des DRB et des DAB est décrit ultérieurement dans ce manuel.

LITIGES LIÉS AUX ACHATS

Il existe deux stades dans les litiges liés aux achats. Le premier concerne le processus d'appel d'offres et implique souvent les pouvoirs publics. Un soumissionnaire peut engager une procédure de contestation à l'encontre de l'autorité contractante lorsqu'il estime que le processus était inéquitable, que les règles n'ont pas été respectées

ou qu'il a été injustement exclu au bénéfice d'un autre participant. Ces litiges sont soumis à un délai très serré, souvent de 10 jours, appelé « période de suspension », qui fait suite à la décision de l'autorité contractante d'attribuer l'appel d'offres, avant la signature du contrat avec le soumissionnaire sélectionné.

Généralement, un demandeur déposera rapidement une requête auprès du tribunal ou de l'autorité compétent(e) mentionné(e) dans l'appel d'offres avant l'émission du contrat afin d'obtenir une suspension automatique du contrat pour une durée prolongée. Divers processus de négociation ou de médiation peuvent alors être utilisés. Par exemple, il est possible de parvenir à un accord afin de relancer l'appel d'offres. En général, les organismes publics décrivent dans leurs procédures le processus d'appel et l'organisme chargé de la médiation. Les autorités publiques de plusieurs pays ont adopté la médiation afin de veiller à ce que les relations entre acheteurs et fournisseurs restent non conflictuelles.

Le deuxième type de litige concerne le contrat en lui-même. Les clauses de règlement des différends ne seront pas négociables et le soumissionnaire doit se conformer au processus requis en vertu du contrat (tribunal, arbitrage ou combinaison de médiation et d'arbitrage).

LITIGES LIÉS À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Les contrats commerciaux internationaux s'accompagnent souvent de droits de propriété intellectuelle (PI) tels que les licences de brevets, les marques de commerce, l'assistance technique, le transfert de technologies et/ou le savoir-faire. Divers types de litiges liés à la PI peuvent survenir, notamment :

Encadré 3: Rédaction d'une clause compromissoire applicable aux questions de propriété intellectuelle

Pour faciliter l'exécution d'une sentence arbitrale relative à d'importantes composantes de PI et pour éviter les problèmes générés par l'arbitrabilité, la Commission d'arbitrage de l'ICC et l'ADR ont proposé des exemples de clauses, outre la clause compromissoire standard, en vertu desquelles les parties s'engagent à exécuter la sentence.

Des dispositions de ce type peuvent être intégrées à un contrat dans le but de persuader un tribunal de donner effet à l'engagement pris par les parties à soumettre leurs différends à une procédure d'arbitrage malgré la présence d'un problème de PI. L'efficacité de ces dispositions doit faire l'objet d'un examen minutieux au regard de la législation applicable en matière d'arbitrage et des tribunaux compétents dans la juridiction d'exécution.

Exemple 1 :

« Ce différend est un litige commercial privé entre les parties et affecte le commerce international ». Ou, « Tout différend survenant au titre des présentes est susceptible de constituer un litige commercial privé entre les parties et d'affecter le commerce international ».

Exemple 2 :

« Les parties conviennent que ce différend, ainsi que tous les aspects du problème, doivent être réglés par voie d'arbitrage contraignant en ce qui concerne les droits exercés par chaque partie l'une envers l'autre ».

Exemple 3 :

« Dans le cas où l'analyse de ce différend nécessiterait l'avis du Tribunal concernant un quelconque problème relatif à la validité, la force exécutoire ou la violation d'un quelconque [droit de propriété intellectuelle] d'une partie envers l'autre, le Tribunal sera habilité à examiner ces problèmes et à exprimer une opinion sur le sujet.

Il est expressément convenu que le Tribunal ne sera pas habilité à statuer sur la validité, la force exécutoire ou la violation d'un quelconque [droit de propriété intellectuelle], à condition toutefois que le Tribunal soit autorisé à donner son opinion aux parties concernant la possibilité qu'un

tribunal ou une autre agence gouvernementale compétente confirme la validité, la force exécutoire ou la violation dudit [droit de propriété intellectuelle].

Le Tribunal devra spécifier [pourra énoncer] les raisons qui motivent son avis. Cependant, ni l'avis ni l'exposé des motifs du Tribunal ne pourra être considéré par l'une ou l'autre des parties comme une déclaration de validité ou d'invalidité, de force exécutoire ou de force non exécutoire ou encore de violation ou de non-violation dudit [droit de propriété intellectuelle] ».

Exemple 4 :

« La sentence du Tribunal :

- (a) doit énoncer les actions, s'il y a lieu, que chaque partie est autorisée ou non à entreprendre à l'égard de l'autre partie ;
- (b) doit être définitive, contraignante et effective uniquement entre ou parmi les parties ;
- (c) ne doit pas être susceptible d'appel par l'une des parties ; et
- (d) ne doit pas être réputée ni affirmée par l'une des parties comme portant effet à l'égard d'une quelconque personne ou entité autre que l'une des parties ».

Exemple 5 :

« Les parties conviennent expressément que la sentence du Tribunal peut être exécutée en faveur ou à l'encontre d'une partie dans la juridiction que le Tribunal jugera appropriée en fonction des circonstances, et que chaque partie faisant l'objet de ce jugement s'engage par la présente à s'en remettre à la compétence du tribunal émetteur du jugement ».

Exemple 6:

« Les parties s'engagent à intégrer les conditions de la sentence dans [un contrat de transfert de technologies, de licence, etc. sous-jacent ou y afférent] sous la forme d'un avenant au contrat contraignant, ayant force exécutoire en l'état et prenant effet à la date de la sentence ».

- Des redevances sont-elles redevables ?
- Quelle est la proportion de redevances à payer ?
- Les développements de nouveaux produits sont-ils couverts par la licence ?
- Dans quelles circonstances une licence peut-elle être résiliée ?
- Quelle indemnisation doit être octroyée en cas de non-respect de la licence ?

- Dans quels cas les restrictions d'utilisation de la PI violent-elles les règles de concurrence ?
- Dans quels cas un employé possède-t-il un droit de PI ?

Les méthodes de règlement des différends liés à la PI doivent faire l'objet d'un examen minutieux. En vertu des lois de certains pays, il est possible de régler ces différends par voie d'arbitrage. Dans la plupart des pays par exemple, la décision d'un arbitre relativement à la validité d'un brevet

sera contraignante, mais uniquement pour les parties concernées par le litige. Elle ne sera pas contraignante pour les tiers dans la mesure où elle pourra être considérée comme relevant de la compétence exclusive des tribunaux de la juridiction de délivrance du brevet. Dans certaines situations, une mesure injonctive pourra se révéler nécessaire et parfois suffisante pour mettre fin à la violation ou l'infraction des droits de PI. La mesure injonctive est prononcée par un tribunal.

Les litiges relatifs à la PI ne découlent pas des seuls contrats de PI. Ils peuvent résulter de divers types de contrats : Les contrats de licence de PI, notamment les contrats en vertu

desquels la concession de licences fait uniquement partie d'une grande entreprise commerciale tels que les contrats de franchise ou d'agence ; les contrats de transfert de PI dans le cadre d'une acquisition ou d'une entreprise en participation ; et les contrats de recherche et d'emploi.

Au moment de choisir un processus particulier de règlement des différends, les parties doivent anticiper les types de litiges susceptibles de survenir. Le choix entre contentieux ou arbitrage en sera ainsi facilité, les deux procédures étant juridiquement contraignantes, ou encore entre ces processus et les méthodes de conciliation, de médiation ou d'expertise technique et d'autres solutions « douces »

Encadré 4: Exemples de litiges relatifs à des noms de domaine

Décision du 7 mars 2000 dans l'affaire n° : NAF 0092529 (Philips India Limited contre Proton Engineers)

En 2000, Philips India Limited (Philips) a déposé plainte contre Proton Engineers (Proton), qui avait enregistré le nom de domaine « philipsindia.com ». Proton avait commencé à développer le site Web de Philips et avait procédé à une demande de nom de domaine. Cependant, au lieu de déposer la demande au nom de Philips, Proton a enregistré le nom de domaine sous son propre nom.

L'arbitre de l'ICANN a estimé que le nom de domaine était semblable à s'y méprendre à la marque de commerce ou marque de service de Philips, que Proton ne disposait d'aucun droit légitime sur ce nom de domaine et que Proton avait enregistré et utilisé ce nom de domaine de mauvaise foi. L'arbitre a ordonné le transfert du nom de domaine à Philips.

Décision du 3 avril 2000 dans l'affaire n° WIPO D2000-0034 (ISL et FIFA contre Chung, Korea et autres)

La FIFA, la Fédération internationale de football, association organisatrice de la Coupe du monde, et ISL, son agent de marketing (collectivement dénommés les Plaignants), ont déposé plainte pour utilisation abusive par l'Intimé de 15 noms de domaine, notamment worldcup2002.com et 2002worldcup.org. L'Intimé avait proposé de vendre les noms de domaine aux Plaignants. Les Plaignants affirmaient que chaque nom de domaine était semblable à s'y méprendre aux marques de commerce World Cup de la FIFA.

Le groupe d'experts a estimé que 13 noms de domaine comportant les termes World Cup étaient semblables à s'y méprendre à la marque de commerce déposée World Cup. Pourtant, les deux derniers noms de domaine (wc2002.com et wc02.com) ne sous-entendaient pas que cela correspondait aux termes World Cup. Le groupe d'experts a également estimé que la seule conclusion plausible concernant l'enregistrement par l'Intimé d'un si grand nombre de noms de domaine était qu'il avait l'intention de les conserver dans le but d'empêcher les Plaignants d'associer leur marque de commerce World Cup à un nom

de domaine correspondant. Par conséquent, l'expert a exigé le transfert à la FIFA des 13 premiers noms de domaine, à l'exception des noms de domaines comportant seulement les lettres « wc ».

Décision rendue dans l'affaire WIPO n° D2010-0776 du 14 juillet 2010 (affaire LURPA – Danish Dairy Board, au Danemark contre Cykon Technology Limited à Hong Kong, République populaire de Chine)

Le Plaignant a acquis des marques de commerce dans le monde entier sous le nom de LURPAK comme marque collective utilisée par l'industrie laitière danoise. L'Intimé a enregistré le nom de domaine contesté LURPA. Le site Internet accessible via le nom de domaine contesté commercialisait différents types de produits et services, dont aucun n'avait de lien avec l'industrie laitière.

Le Plaignant affirmait que le nom de domaine contesté était semblable à s'y méprendre à sa célèbre marque de commerce et au nom de domaine correspondant. L'omission de la lettre « k » dans le nom de domaine contesté n'était pas suffisante pour créer une différence substantielle entre les deux noms.

L'Intimé s'est défendu en affirmant que les deux termes « lurpak » et « lurpa » n'étaient pas similaires d'un point de vue phonétique et se prononçaient différemment. Toutefois, le groupe d'experts a estimé que le nom de domaine contesté était semblable à s'y méprendre aux marques de commerce du plaignant, malgré la différence d'une lettre entre les deux noms. Aucun des deux noms n'est générique et ne constitue une acception. Les deux noms sont inventés. Le groupe d'experts a fait référence à une autre affaire dans laquelle les intimés avaient cherché à tirer profit des erreurs typographiques commises par les internautes en cherchant à accéder au site Internet d'un plaignant, une pratique surnommée « typosquattage » et condamnée par de nombreuses décisions rendues par l'OMPI.

Le groupe d'experts a ordonné le transfert du nom de domaine LURPA.com au Plaignant.

de règlement des différends. Si les parties optent pour l'arbitrage, le fait d'anticiper les types de litiges susceptibles de survenir leur permettra de sélectionner une institution d'arbitrage adaptée.

Si un contrat porte principalement ou exclusivement sur des droits de PI, les parties pourront éventuellement sélectionner un système de règlement des différends géré par une institution respectée et expérimentée dans ce domaine spécifique, telle que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), qui administre plusieurs mécanismes de règlement des différends en matière de PI, ou encore l'ICC. Bien que la Cour internationale d'arbitrage de l'ICC ne soit pas spécialisée dans le domaine de la PI, environ 12 % des affaires présentées devant ce tribunal comportent un important volet de PI.

LITIGES RELATIFS À DES NOMS DE DOMAINE

Les noms de domaine sur Internet, tels que ceux se terminant par l'extension .com, .net, .org, représentent une immense valeur. Par conséquent, leur attribution et leur utilisation ont donné lieu à de nombreux litiges concernant l'enregistrement abusif de noms de domaine, plus connu sous le nom de cybersquattage. En 1999, la Société pour l'attribution des noms de domaines et des numéros sur Internet (ICANN) qui coordonne l'attribution des noms de domaine sur Internet, a mis en place la Procédure uniforme de résolution de conflits en matière de noms de domaine, aujourd'hui devenue la norme internationale admise pour régler les différends impliquant des noms de domaine.

En vertu de cette politique, le titulaire de la marque peut confier la gestion d'une affaire de cybersquattage à un prestataire de services de résolution des litiges agréé par l'ICANN. Le plaignant doit démontrer que le nom de domaine objet du litige est identique ou semblable à s'y méprendre à sa marque de commerce, que l'intimé ne possède aucun droit légitime sur le nom de domaine et qu'il a enregistré et utilise ce nom de domaine de mauvaise foi.

L'ICANN annulera, transférera ou procédera à des modifications des enregistrements du nom de domaine après réception de la décision d'un Groupe d'experts administratifs agissant en vertu de sa politique. La procédure se déroule généralement par écrit. Les autres litiges relatifs aux noms de domaine associés à des marques de commerce peuvent également être résolus à l'amiable, par une action en justice ou par le biais d'une procédure d'arbitrage. Pour obtenir plus d'informations concernant les procédures de résolution des litiges de l'ICANN ainsi qu'une liste de toutes les affaires traitées avec le texte officiel des décisions, consultez le site de l'ICANN : www.icann.org. Pour obtenir plus d'informations sur les services de résolution des litiges de l'OMPI dans ce domaine, consultez le site www.wipo.org

La procédure a été conçue pour ne pas durer plus de 55 jours. Les frais peuvent aller de 1 500 \$E.-U. pour un litige concernant un nom de domaine traité par un seul expert, à 7 000 \$E.-U. pour un litige concernant au moins 10 noms de domaine traités par trois experts.

En 2015, quatre organisations ont été agréées par l'ICANN en qualité de prestataires de services pour la résolution des litiges :

- L'Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (Centre asiatique de résolution des litiges en matière de noms de domaine)
- Le CPR Institute for Dispute Resolution (Institut de résolution des litiges de RPC)
- Le National Arbitration Forum (Forum national d'arbitrage)
- L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)

De 1999 à 2014, le nombre total d'affaires de cybersquattage déposées auprès de l'OMPI, laquelle a traité plus de la moitié de tous les litiges relatifs à des noms de domaine, concernait plus de 54 000 noms de domaine et quelque 30 000 procédures.

Récemment encore, la plupart des noms de domaine portaient l'extension .com ainsi que quelques autres extensions répandues telles que .org, .int et .net. Depuis 2013, environ 1 400 nouvelles extensions de noms de domaine de haut niveau sont en cours d'introduction, notamment les extensions .express, .cafe, .love, .tickets et .school. Cette prolifération devrait avoir pour effet de perturber les stratégies existantes de protection des marques de commerce et de générer une nouvelle série de litiges.

LITIGES RELATIFS À DES COENTREPRISES

Les projets commerciaux d'envergure impliquent souvent la signature d'accords de coentreprise entre des sociétés localisées dans des pays différents. La rédaction d'un accord de coentreprise implique de nombreuses difficultés, concernant notamment la contribution de chaque participant à la coentreprise, la production et l'exploitation des licences, l'assistance technique, la disponibilité et la formation du personnel, les devises, les modes de paiement et la dissolution de la coentreprise.

La structure complexe d'une coentreprise internationale requiert une méthode appropriée de règlement des litiges. En raison des différents systèmes juridiques impliqués en cas de litige, les tribunaux ne sont pas toujours les meilleures tribunes. Un groupe international d'arbitres expérimentés en la matière serait plus adapté. Cependant, les parties ne sont pas toujours tenues de recourir à une procédure d'arbitrage complète. La médiation peut constituer une meilleure méthode de règlement des différends au sein d'une même coentreprise, permettant ainsi de préserver une relation à long terme.

LITIGES MARITIMES

Dans la mesure où le transport international de marchandises s'effectue principalement par voie maritime, les contrats maritimes jouent un rôle important dans les transactions commerciales internationales. Les contrats maritimes s'appliquent uniquement aux exportateurs et aux importateurs.

La communauté maritime a pour habitude de régler la plupart de ses différends à Londres par l'intermédiaire de la London Maritime Arbitration Association, ou à New York par le biais de la Society of Maritime Arbitrators. Il existe cependant d'autres centres d'arbitrage expérimentés, notamment la Japan Shipping Exchange Association, la Moscow Maritime Arbitration Court, le Gdynia Maritime Arbitration Centre (Pologne) et la *Chambre Arbitrale Maritime de Paris*.

Les conventions d'arbitrage des chartes-parties, qui sont des contrats conclus entre un affréteur qui reprend l'utilisation de l'ensemble ou d'une partie conséquente d'un navire appartenant au propriétaire, sont intégrées dans des contrats standard qui font rarement l'objet de négociations.

Les connaissements sont des documents attestant la réception des marchandises à expédier émis par le transporteur ou le transitaire. Les connaissements sont des contrats de transport qui indiquent, entre autres, la façon dont les marchandises seront expédiées, leur date de chargement, leur date prévue d'arrivée à destination ainsi que la méthode de vérification de leur qualité. Les connaissements incluent souvent à titre de référence des clauses compromissaires maritimes ou des clauses de renvoi aux tribunaux. La validité de cette inclusion à titre de référence a donné lieu à de nombreux litiges.

Dans le contexte des litiges maritimes, le facteur temps est généralement essentiel en raison du risque de péremption ou de détérioration rapide des marchandises, et des surestaries éventuellement exigibles en cas de retard à l'arrivée du bateau. Les tribunaux sont rarement adaptés pour aborder rapidement le fond de ces litiges, même si leur intervention peut s'avérer importante lorsque des mesures conservatoires ou provisoires urgentes s'imposent, comme par exemple empêcher une partie de retirer des biens d'un territoire spécifique, arrêter un bateau ou désigner un expert.

Les parties n'ont parfois pas été en mesure de signer un accord en raison de l'urgence de la mesure à prendre, dans le cas d'une opération de sauvetage en mer par exemple. Au regard des usages applicables dans certains ports, les parties pourront se voir liées par une convention d'arbitrage sans document écrit, simplement à partir de la validation verbale d'une intervention d'assistance.

LITIGES AVEC DES AGENCES D'INSPECTION AVANT EXPÉDITION

Certains gouvernements de pays importateurs exigent le recours à des agences d'inspection avant expédition (IAE). En 2015, dans plus de 30 pays, les importateurs et les services de marchés publics ne sont pas autorisés à importer des marchandises sans avoir obtenu au préalable une certification de quantité, de qualité et de prix avant l'expédition. Cette certification est délivrée par une agence d'IAE désignée et localisée dans le pays exportateur. Les gouvernements ont recours à cette politique dans le

Encadré 5: Droits des importateurs en cas de litiges relatifs aux évaluations avec les autorités douanières

L'Accord sur l'évaluation en douane de l'OMC de 1995 comporte des dispositions qui protègent les intérêts des importateurs en cas de désaccord avec le refus de l'administration douanière d'accepter la valeur transactionnelle déclarée par l'importateur.

Article 10

Toutes les informations confidentielles par nature, ou qui seraient fournies à titre confidentiel aux fins de l'évaluation en douane, seront traitées comme strictement confidentielles par les autorités concernées qui ne les divulgueront pas sans l'autorisation expresse de la personne ou du gouvernement qui les aura fournies, sauf dans la mesure où elles pourraient être tenues de le faire dans le cadre de procédures judiciaires.

Article 11

1. La législation de chaque Membre prévoira un droit d'appel n'entraînant aucune pénalité, concernant la

détermination de la valeur en douane, pour l'importateur ou toute autre personne redevable des droits.

2. Un premier droit d'appel n'entraînant aucune pénalité pourra être ouvert devant une instance de l'administration des douanes ou un organe indépendant, mais la législation de chaque membre prévoira un droit d'appel n'entraînant aucune pénalité devant une instance judiciaire.
3. L'appelant sera tenu de notifier la décision rendue en appel et les motifs de la décision lui seront exposés par écrit. L'appelant sera également informé de toutes les voies de recours à sa disposition.

Article 16

Sur demande écrite, l'importateur a le droit de recevoir une explication sur la manière dont la valeur en douane des marchandises importées a été déterminée.

Encadré 6: Règlement des litiges selon l'Accord sur la facilitation des échanges de l'Organisation mondiale du commerce

Le règlement des litiges selon l'Accord sur la facilitation des échanges de l'OMC, adopté en 2013, comporte deux dispositions importantes.

Article 3: Décisions anticipées

1. Chaque membre rendra une décision anticipée d'une manière raisonnable, dans un délai donné, à l'intention du requérant qui aura présenté une demande écrite contenant toutes les informations nécessaires. Si un membre refuse de rendre une décision anticipée, il le notifiera au requérant par écrit dans les meilleurs délais en indiquant les faits pertinents et le fondement de sa décision.

Article 4: Procédures de recours ou de révision

1. Chaque membre prévoira que toute personne faisant l'objet d'une décision administrative rendue par les douanes a le droit, sur son territoire :

- (a) à un recours ou à une révision administrative devant une autorité administrative supérieure au fonctionnaire ou au service ayant rendu la décision, ou indépendante de lui ;
et/ou
- (b) à un recours ou à une révision judiciaire concernant la décision.

but de maîtriser la sous-évaluation et la surfacturation des marchandises, et de contrecarrer les tentatives de contournement des droits de douane. Dans la pratique, l'importateur demandera à l'exportateur d'obtenir un « certificat de conformité » auprès de l'agence d'IAE désignée par le gouvernement.

L'implication des agences d'IAE dans la vérification obligatoire des prix convenus par l'importateur et l'exportateur inquiète les entreprises. L'Accord sur l'inspection avant expédition de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) est entré en vigueur en 1995. L'accord visait à trouver un équilibre entre les inquiétudes des exportateurs et les intérêts des pays qui considèrent les services d'IAE comme utiles.

L'accord de l'OMC propose un mécanisme institutionnel d'examen des griefs des exportateurs concernant les décisions arbitraires ou mauvaises. Le processus comporte deux parties. Tout d'abord, un exportateur peut former un recours par écrit de la décision d'une agence d'IAE auprès du service administratif de l'agence d'IAE qui a réalisé l'inspection.

Ensuite, si l'exportateur n'est toujours pas satisfait deux jours ouvrés après le dépôt du recours en appel, il peut renvoyer le litige devant une entité indépendante qui se chargera d'effectuer un examen indépendant et désignera un ou trois experts. Les frais associés à la procédure d'appel sont supportés par les deux parties. Dans un délai extensible de 21 jours, le ou les expert(s) est/sont tenu(s) de

Encadré 7: L'État partie à une procédure d'arbitrage

Voici un exemple d'État partie à une procédure d'arbitrage : sentence ad hoc du 18 novembre 1983 dans l'affaire Benteler (Allemagne) contre l'État belge.

En 1980, l'État belge a conclu un contrat avec un ingénieur allemand, Benteler, concernant la restructuration d'une autre société. Ce contrat comportait une clause compromissoire.

Lorsqu'un litige est survenu, la Belgique a affirmé que le Code judiciaire belge lui interdisait de soumettre ce litige à une procédure d'arbitrage. Selon la Belgique, la capacité de compromission de l'État est une question de capacité sur laquelle seule la législation nationale peut statuer.

Benteler a invoqué l'article II (1) de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961, en vertu duquel les « personnes morales de droit public » ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage. La Belgique n'a pas refusé de

reconnaître que la Convention européenne s'applique par principe, mais seulement à condition que l'affaire concerne une opération commerciale internationale. Elle affirmait que le contrat ne portait pas sur une opération commerciale au titre de la législation belge.

Le tribunal d'arbitrage a rejeté les arguments avancés par la Belgique, estimant qu'il serait contraire à l'objectif de la Convention européenne d'admettre que ses termes doivent être interprétés au regard de la législation nationale dans la mesure où une telle interprétation provoquerait le type même de difficultés que les rédacteurs de la Convention cherchaient à éviter. Le tribunal a également soutenu que le contrat relevait d'une situation de commerce international au sens de la Convention européenne.

Le tribunal a conclu qu'un État ayant souscrit à une clause compromissoire agirait de façon contraire à l'ordre public international en affirmant ultérieurement que son obligation d'arbitrage était incompatible avec sa législation nationale.

déterminer si les parties ont respecté ou non l'Accord d'IAE. La décision de l'expert ou des experts, qui réparti(ssen)t également les coûts en fonction du bien-fondé de l'affaire, engage l'agence d'IAE et l'exportateur.

Ce mécanisme mis en place par l'OMC est peu utilisé. Toutefois, la menace d'y avoir recours peut être extrêmement utile aux exportateurs comme moyen de pression et pour influencer les négociations lors des discussions avec les agences d'IAE, qui souhaitent généralement éviter cette procédure.

L'entité indépendante, qui se compose de la Fédération internationale des sociétés d'inspection et de l'ICC, est un organe subsidiaire du Conseil du commerce des marchandises de l'OMC basé à Genève, en Suisse.

LITIGES AVEC LES AUTORITÉS DOUANIÈRES

Il existe deux grands types de litiges opposant les exportateurs et les importateurs aux autorités douanières. Le premier concerne la classification et le deuxième porte sur l'évaluation.

Les problèmes de classification ont des conséquences financières importantes dans la mesure où un produit peut être assujéti à des taxes plus ou moins élevées. La classification déclenche également un éventail de barrières non tarifaires telles que les licences, les inspections et le contingentement. Malheureusement, aucune forme rapide de règlement n'a été trouvée dans ce contexte. Depuis l'introduction en 1988 de la Convention sur le Système harmonisé (HS) par l'Organisation mondiale des douanes (OMD), la nomenclature du SH est utilisée partout dans le monde. Le système SH comporte environ 5 000 groupes séparés, chacun identifié par un code à six chiffres. Inévitablement, les opinions divergent quant au traitement à adopter pour certains produits en vertu du SH.

La science et la technologie ont généré de nouveaux produits, lesquels n'avaient pas été envisagés lors de l'introduction du SH. Malgré la révision du SH tous les cinq ans environ, il est difficile de suivre le rythme rapide de création de nouveaux produits. L'OMD est chargée de modifier et d'interpréter la nomenclature du SH. Elle forme donc la seule tribune internationale permettant d'assurer le règlement des questions de classification douanière internationale. Cependant, alors qu'elle est autorisée à modifier la nomenclature du SH, l'OMD joue seulement un rôle de conseil dans l'interprétation de la nomenclature du SH et les questions de classification peuvent être renvoyées devant l'OMD par les gouvernements uniquement mais pas par des sociétés privées.

La plupart des pays ont introduit des subdivisions supplémentaires dans les codes du SH, appelées sous-catégories nationales, faisant ainsi passer la classification

du SH qui était de six chiffres à 8 voire 10 chiffres. Le pouvoir d'interprétation de ces sous-catégories nationales est entre les mains des tribunaux nationaux et des autorités administratives.

Un litige entre les autorités douanières et une société n'exempte pas la société de son obligation de payer au préalable les droits requis afin d'autoriser le passage des marchandises. Aujourd'hui, les litiges de classification sont renvoyés devant les tribunaux nationaux et les administrations en application des différentes règles d'interprétation, lois et procédures en vigueur. En raison de cette complexité, certains vont jusqu'à qualifier le système SH de « système non harmonisé de classification des tarifs ».

Les litiges concernant l'évaluation des marchandises sont de nature différente. L'Accord sur l'évaluation en douane de l'OMC passé en 1995 met en place une règle fondamentale selon laquelle la valeur en douane doit reposer sur le prix de transaction, le prix facturé par exemple.

Cet accord reconnaît que les prix obtenus par différents importateurs pour un même produit peuvent varier. Les fonctionnaires des douanes peuvent rejeter la valeur de la transaction s'ils ont des raisons de douter de la véracité ou de l'exactitude du prix déclaré pour les marchandises importées, autrement dit en cas de sous-facturation. Dans ce type de cas, l'importateur doit être avoir la possibilité de justifier le prix déclaré.

LITIGES IMPLIQUANT DES ÉTABLISSEMENTS BANCAIRES

Lorsque les parties réalisent un paiement par le biais d'une lettre de crédit, des litiges sont susceptibles de survenir concernant la conformité des documents avec les stipulations contractuelles et/ou les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires publiées par l'ICC.

Depuis 1997, les litiges portant sur des crédits documentaires peuvent être résolus en obtenant un avis exécutoire de la part d'experts au titre de la procédure DOCDEX administrée par l'ICC. Ces Règles ont fait l'objet d'une révision en 2015.

LITIGES CONCERNANT DES CONTRATS DE TRAVAIL

La plupart des législations nationales stipulent que les conflits du travail doivent être soumis à la décision de leurs tribunaux. Cependant, certains pays autorisent le règlement de conflits du travail par voie d'arbitrage ou d'ADR.

Dans le cas d'affaires internationales, l'exigence de renvoi des conflits du travail devant les tribunaux peut souvent

Encadré 8: Qui signe une clause compromissoire pour le compte de l'État ?

La sentence arbitrale du 16 février 1983, Arbitrage de l'ICC n° 3493, illustre l'importance de l'identité du signataire d'une clause compromissoire pour le compte de l'État.

1. SPP (Moyen-Orient) Ltd (Hong Kong) ; 2. Southern Pacific Properties Ltd (Hong Kong) contre 1. République arabe d'Égypte (Égypte) ; 2. The Egyptian General Company for Tourism and Hotels (EGOTH) (Égypte)

Une convention signée par SPP, un promoteur immobilier, et EGOTH concernait la construction de deux villages touristiques en Égypte. À la suite des signatures de SPP et d'EGOTH figuraient les termes « lu, approuvé et ratifié par le Ministre du tourisme » ainsi que la signature du ministre. Ce contrat comportait une clause compromissoire de l'ICC.

En raison d'une certaine opposition exprimée au sein du Parlement égyptien, le gouvernement égyptien a émis plusieurs décrets ayant pour effet d'annuler la construction de l'un des villages. Les plaignants ont reconnu que le gouvernement possédait le pouvoir souverain d'annuler ce projet. Pourtant, ils ont affirmé que cette annulation constituait un manquement aux obligations contractuelles que le gouvernement s'était librement engagé à respecter.

Le gouvernement égyptien a contesté en invoquant sa position de partie à la convention contenant la clause compromissoire. Il a soutenu que la signature du ministre n'avait aucune signification contractuelle et que cette signature devait être associée au fait que le ministre officiait en qualité de Président de l'assemblée d'EGOTH et avait donc signé la convention en cette qualité, ou qu'elle devait être associée à l'autorité de supervision exercée

par le ministre en sa qualité de responsable administratif. Le gouvernement a également soutenu que ses décrets annulant le projet constituaient des actes législatifs et exécutifs correspondant à des actes de gouvernement et, de ce fait, ne pouvaient être dénoncés comme un manquement à des obligations contractuelles. En outre, le gouvernement a affirmé que la convention d'arbitrage devait être explicite, tentant ainsi d'invoquer la doctrine selon laquelle les levées d'immunité devaient être explicites.

Le tribunal d'arbitrage a rejeté les arguments du gouvernement égyptien. Il a considéré que le gouvernement était devenu partie à la convention dès lors qu'il avait souscrit à un certain nombre d'obligations en vertu de la convention. Ce faisant, le gouvernement devenait donc nécessairement lié par le mécanisme de règlement des litiges mis en place, soit la clause compromissoire de l'ICC.

Le tribunal a accepté le principe selon lequel une clause compromissoire doit être claire et sans équivoque, et a estimé que la convention ne comportait aucune ambiguïté. Le gouvernement, en devenant partie à la convention, ne pouvait raisonnablement pas douter de l'engagement impliqué par la clause compromissoire qu'elle contenait.

Le tribunal d'arbitrage a également affirmé qu'une levée explicite n'était pas nécessaire et que la reconnaissance d'une levée implicite par adhésion à la procédure d'arbitrage, à la lumière de l'évolution doctrinaire et jurisprudentielle de l'arbitrage international, ne saurait être considérée comme un dérogation aux exigences de l'ordre juridique international.

être levée en vertu de nombreuses législations nationales. Les entreprises doivent choisir la méthode appropriée pour régler les litiges, en particulier lorsqu'elles embauchent du personnel à l'étranger, lorsqu'elles détachent leur propre personnel à l'étranger ou lorsqu'elles embauchent des travailleurs venus de l'étranger.

méthodes d'arbitrage ou d'ADR pour régler des litiges et, le cas échéant, les conditions de signature de ce type de contrat ainsi que l'identité des signataires. La vérification de ces points avant la signature du contrat permettra d'éviter un certain nombre de difficultés en cas de litige.

LITIGES IMPLIQUANT DES ÉTATS OU DES ENTITÉS PUBLIQUES

Les contrats commerciaux internationaux peuvent impliquer une ou plusieurs entités publiques ou un État. Un gouvernement ou une entité publique peut commander un projet de construction. Les entités gouvernementales peuvent décider d'acheter des marchandises à l'étranger.

Si un contrat est signé par un État ou une entité publique, le cocontractant doit vérifier que l'entité, en vertu de sa législation, est habilitée à accepter de recourir à des

PRÉVENTION ET RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX

Pour éviter les litiges, un contrat bien rédigé et bien équilibré est capital. La prévention des conflits est favorisée par l'adoption d'un langage de rédaction qui tient compte du fait que les circonstances prédominantes au moment de la signature peuvent changer.

Les deux méthodes les plus appropriées pour éviter les litiges consistent à négocier un contrat de façon réfléchie et exhaustive, et à conserver le droit de modifier le contrat afin de faire face à d'éventuels changements de circonstances importants. La possibilité de modifier le contrat à une date ultérieure est importante en cas de changement de situation et a des conséquences non négligeables sur les termes convenus.

Le meilleur moyen de résoudre un litige consiste à connaître les types de litiges susceptibles de survenir au titre du contrat ainsi que les méthodes disponibles pour les régler, et à stipuler dans le contrat les méthodes de règlement des litiges que les parties s'engagent à utiliser.

NÉGOCIATION DU CONTRAT

Les parties à des contrats commerciaux internationaux doivent prêter une attention particulière à la phase de négociation du contrat. Un contrat bien négocié et rédigé en termes simples et concis sera plus facile à exécuter et moins sujet à litiges qu'un contrat signé à la dernière minute ou rédigé en termes vagues et ambigus.

Il est rare que les parties s'accordent sur toutes les dispositions d'un contrat. Généralement, un compromis s'impose. Le bon sens doit l'emporter. Les parties doivent s'engager à négocier de bonne foi.

Les parties doivent consulter un avocat qualifié lorsque les contrats sont complexes ou lorsque le champ d'application ou l'effet de certaines dispositions peut semer le doute. Les sociétés disposant de juristes en interne doivent recourir à leurs services. En ce qui concerne les parties contractantes ne disposant pas de juriste en interne, il est souvent plus prudent de solliciter un avis juridique auprès d'un avocat externe plutôt que de prendre le risque de se voir confronté à une procédure de règlement de litige dont les frais peuvent s'avérer bien plus élevés que les honoraires d'un l'avocat-conseil.

Le bon sens impose aux parties de ne jamais signer de contrat dans la précipitation. Lorsqu'une partie fait l'objet

de pressions pour conclure un contrat rapidement, il en résulte souvent des difficultés d'exécution. Les parties doivent prendre le temps nécessaire pour se documenter et réfléchir avant de signer le contrat.

CLAUSES DE NON-RESPONSABILITÉ ET D'ADAPTATION

Malgré la négociation et la signature en toute bonne foi d'un contrat entre les parties, la situation qui prévaut au moment de la signature peut parfois évoluer considérablement. Le contrat ne peut alors plus être exécuté dans les mêmes conditions, voire plus du tout. Par exemple, si un séisme détruit la seule usine susceptible de produire les marchandises à vendre, le respect des délais devient alors physiquement impossible.

L'exécution n'est pas toujours impossible, mais les événements qui se produisent alourdissent encore la charge excessive et imprévue qui pèse sur l'une des parties. Par exemple, un contrat à long terme concernant la livraison de pétrole brut à un prix fixe peut devenir financièrement désastreux pour le fournisseur lorsque le prix du pétrole a augmenté à plusieurs reprises, ou vice versa pour l'acheteur. Dans cette situation, une partie pourra invoquer l'argument d'« adversité » pour expliquer l'absence d'exécution.

L'exécution se révèle parfois juridiquement impossible. Ces situations peuvent se caractériser par une impossibilité, une catastrophe naturelle, une imprévision, le non-respect d'une condition présumée ou un cas de force majeure.

Les législations de la plupart des pays incluent des dispositions applicables aux cas de force majeure, ainsi que certaines lois régissant les situations d'adversité. Ces dispositions varient d'un pays à l'autre et peuvent ne pas répondre aux exigences des parties dans le cadre de contrats internationaux. Il est fréquent de constater que les parties à des contrats internationaux exigent l'inclusion de clauses contractuelles applicables aux cas de force majeure et d'adversité qui, lorsqu'elles sont bien rédigées, permettent de prévenir ou de résoudre les litiges susceptibles de survenir sans nécessiter le recours à des procédures judiciaires ou d'arbitrage.

L'ICC a mis en place deux ensembles de dispositions destinées à aider les parties à rédiger leurs contrats. Le premier ensemble expose les conditions de non-responsabilité dans le cas où l'exécution du contrat serait devenue littéralement ou quasiment impossible (cas de force majeure). Le deuxième ensemble concerne les situations dont les conditions ont changé et qui rendent l'exécution du contrat excessivement onéreuse (adversité). Aucun de ces ensembles de dispositions n'est rattaché à un système juridique particulier. Cependant, il convient de vérifier attentivement qu'elles n'entrent en contradiction avec aucune disposition légale impérative en vigueur.

La clause applicable aux cas de force majeure accorde l'exemption de la responsabilité contractuelle et inclut des dispositions de suspension et de résiliation du contrat. Les parties peuvent reproduire dans leur contrat le texte énoncé dans la Publication n° 650 de l'ICC, ou intégrer à leur contrat la clause de l'ICC applicable aux cas de force majeure à titre de référence en utilisant la formulation suivante : « Par la présente, la clause applicable aux Cas de force majeure (Exemption) de la Chambre de commerce international (Publication n° 650 de l'ICC) est intégrée au présent contrat ».

La théorie de l'adversité est relativement récente dans le domaine du droit des contrats internationaux. Elle figure principalement dans le texte des contrats à long terme nécessitant une rédaction individuelle détaillée. Selon la clause d'adversité de l'ICC, les parties peuvent reproduire dans leur contrat le texte énoncé dans la Publication n° 650 de l'ICC, ou intégrer à leur contrat la clause d'adversité de l'ICC à titre de référence en utilisant la formulation suivante : « Par la présente, la clause d'adversité de la Chambre de commerce international (Publication n° 650 de l'ICC) est intégrée au présent contrat ».

Les clauses 6.2.1 à 6.2.3 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010 (cf. encadré 9), fournissent des directives utiles pour rédiger les contrats. Les dispositions d'adversité prévoient une re-négociation et une révision des termes du contrat de sorte que l'exécution puisse se poursuivre. Elles sont essentiellement destinées aux projets à long terme. Les clauses de nature générale doivent souvent être adaptées aux circonstances particulières de chaque contrat. Les parties doivent faire preuve de prudence en utilisant ces dispositions car celles-ci peuvent se révéler inadaptées à certains produits ou échanges. Les mêmes précautions doivent être prises avec la clause d'adversité de l'ICC.

Encadré 9: Principes d'UNIDROIT relatifs aux dispositions d'adversité (hardship)

Les modèles suivants de dispositions d'adversité sont tirés des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2010). Avant d'intégrer ces dispositions à des contrats, quelques adaptations peuvent s'avérer nécessaires. Par exemple, ces articles font référence à un tribunal. Toutefois, les parties devront peut-être préciser le type de cour ou le tribunal d'arbitrage prévu.

Article 6.2.1.

Respect du contrat

Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives à l'adversité.

Article 6.2.2.

Définition de hardship

Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

- (a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;
- (b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;

- (c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et
- (d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée.

Article 6.2.3.

Effets

1. En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.
2. La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.
3. Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.
4. Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:
 - (a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou
 - (b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

Encadré 10: Options de clauses de médiation

Entrées en vigueur en 2014, le Règlement de médiation de l'ICC prévoit la désignation d'un tiers neutre, le médiateur, chargé d'aider les parties à régler leurs différends. L'ICC propose les clauses contractuelles suivantes qui considèrent la médiation comme : i) une option, ii) une obligation à prendre en compte, iii) une obligation en parallèle de l'arbitrage ou iv) une étape préliminaire obligatoire avant la procédure d'arbitrage.

Option de recours au Règlement de médiation de l'ICC

Les parties peuvent, à tout moment et sous réserve d'autres procédures, chercher à régler les différends résultant de ou en rapport avec le présent contrat en application du Règlement de médiation de l'ICC.

Obligation d'examiner le Règlement de médiation de l'ICC

En cas de litige résultant de ou en rapport avec le présent contrat, les parties s'engagent en premier lieu à examiner et à envisager de soumettre le litige au Règlement de médiation de l'ICC.

Obligation de soumettre le litige au Règlement de médiation de l'ICC tout en autorisant une procédure d'arbitrage parallèle si nécessaire

En cas de litige résultant de ou en rapport avec le présent contrat, les parties s'engagent en premier lieu à

soumettre le litige à une procédure au titre du Règlement de médiation de l'ICC. Le début de la procédure au titre du Règlement de médiation de l'ICC ne doit empêcher aucune des parties d'engager une procédure d'arbitrage en application de la sous-clause XX ci-après.

Tous les litiges résultant de ou en rapport avec le présent contrat doivent finalement être réglés en vertu du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitre(s) désigné(s) en application dudit Règlement.

Obligation de soumettre le litige au Règlement de médiation de l'ICC, avec une procédure d'arbitrage ultérieure si nécessaire

En cas de litige résultant de ou en rapport avec le présent contrat, les parties s'engagent en premier lieu à soumettre le litige à une procédure au titre du Règlement de médiation de l'ICC. Si le litige n'a pas été réglé en application dudit Règlement dans un délai de [45] jours après le dépôt d'une Requête de médiation ou dans le délai convenu par écrit entre les parties, ce litige sera finalement réglé en application du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitre(s) désigné(s) en application dudit Règlement d'arbitrage.

MOYENS NON JURIDICTIONNELS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

TRIBUNAUX, ARBITRAGE ET DISPOSITIFS DE RÈGLEMENT ALTERNATIF DES DIFFÉRENDS

Les litiges commerciaux peuvent être résolus à l'aide de processus juridictionnels ou non juridictionnels. Les procédures de contentieux et d'arbitrage sont des processus juridictionnels. Les cours et tribunaux d'arbitrage sont habilités à rendre des décisions exécutoires et opposables à la partie perdante.

Les processus non juridictionnels impliquent de recourir à des dispositifs d'ADR, notamment les procédures de conciliation et de médiation. Contrairement aux décisions des cours et aux sentences des tribunaux d'arbitrage, l'issue des procédures d'ADR n'a pas force exécutoire sur les parties. Les parties ne sont pas juridiquement tenues de s'y conformer. Le respect de la décision de règlement est une question de bonne volonté.

La force exécutoire des conventions de médiation ou de conciliation et les conditions de validité reposent sur des

cadres juridiques nationaux. Les parties peuvent se lier par contrat sur la recommandation d'un médiateur ou d'un conciliateur. Si l'une des parties ne respecte pas la recommandation qu'elle avait accepté d'observer, l'autre partie devra porter l'affaire devant une cour ou un tribunal d'arbitrage.

Les termes de conciliation et de médiation s'appliquent à des procédures très similaires dans les contextes du droit civil et de droit commun, en particulier sur la scène internationale. Aujourd'hui, ces deux termes sont utilisés de façon interchangeable, dans la pratique.

Depuis 1919, les règles de résolution des différends mises en place par l'ICC étaient contenues dans le Règlement de conciliation et d'arbitrage. En 2001, l'ICC a remplacé son Règlement de conciliation facultative par des Règles d'ADR, qui proposaient un large éventail de techniques de règlement des différends, notamment la médiation, les mini-procès et l'évaluation neutre. En 2014, l'ICC a remplacé les Règles d'ADR par le Règlement de médiation de l'ICC.

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté le Règlement de conciliation en 1980, et en 2002 une Loi type sur la conciliation commerciale internationale. La Résolution de

l'Assemblée générale des Nations Unies instituant cette Loi type note que : « Ces méthodes de règlement des différends, dénommées conciliation ou médiation ou désignées par un terme équivalent, sont de plus en plus courantes dans la pratique commerciale internationale et nationale à la place de la procédure contentieuse ».

CARACTÉRISTIQUES ÉLÉMENTAIRES DE LA CONCILIATION

Une procédure de conciliation réunit les parties devant un tiers qu'elles ont choisi pour régler leur différend. Si la procédure est fructueuse, les parties et le conciliateur signent un accord de règlement.

Pendant la procédure, le conciliateur expose aux parties ce qu'il estime être les meilleures perspectives de résolution du litige. Le conciliateur exécute le processus selon ce qu'il juge approprié, obéissant aux principes d'impartialité, d'équité et de justice. À l'instar de l'arbitrage, il existe deux types de procédures de conciliation : ad hoc et institutionnelle.

- La conciliation ad hoc est organisée et gérée par les parties sans l'assistance d'une institution. Le Règlement de conciliation de la CNUDCI est un exemple de règles de conciliation ad hoc.
- La conciliation institutionnelle est organisée par une institution ou un centre spécialisé qui, généralement, assure également l'administration des arbitrages. Toutefois, les procédures de conciliation sont différentes des procédures d'arbitrage.

Les procédures de conciliation nécessitent l'accord de toutes les parties. Cet accord peut être exprimé par le biais d'une clause intégrée au contrat ou, ultérieurement, par un accord de conciliation oral ou écrit. Par exemple : « Tous mes différends en rapport avec le présent contrat doivent faire l'objet d'une procédure de conciliation en application des Règles X. La conciliation aura lieu à X ».

Certaines règles organisant les procédures de conciliation s'inspirent des règles applicables aux procédures d'arbitrage. Elles prévoient un échange de mémorandums, des audiences ainsi que certaines règles de procédure.

Le principe du contradictoire ne doit pas être nécessairement observé pour des raisons d'efficacité. Le conciliateur peut entendre les parties ensemble ou séparément. Il est souhaitable de faire preuve de flexibilité lors de l'instruction afin de gagner en efficacité. Cette flexibilité implique de recourir à des moyens informels tels que la suggestion, la proposition et la persuasion. Cette flexibilité n'est pas incompatible avec le principe du contradictoire dans la mesure où les parties s'accordent à ce propos. Dans le contexte de la conciliation, le principe de confidentialité interdit aux parties de divulguer, lors des procédures ultérieures devant les tribunaux d'arbitrage ou judiciaires, les propositions ou les preuves produites lors de la conciliation.

Si la conciliation n'aboutit pas, les parties peuvent porter l'affaire devant des cours ou des tribunaux d'arbitrage.

Dans la plupart des pays, la séparation est totale entre les personnes agissant en qualité de conciliateurs et celles exerçant en qualité d'arbitres. La séparation est bien plus faible dans certains pays, comme par exemple en République populaire de Chine, où les arbitres peuvent encourager les parties à opter pour la conciliation et prennent alors les fonctions de conciliateurs dans le cadre de la même procédure. Dans la majorité des pays, les organes d'administration sont souvent distincts. En général, si la conciliation a échoué, le conciliateur ne sera pas désigné comme arbitre dans une même affaire. Les propositions ou recommandations émises par le conciliateur n'ont aucun effet contraignant. Les parties restent libres de les accepter ou de les rejeter. Toutefois, si les parties parviennent à s'entendre, elles peuvent confirmer ces propositions dans un contrat signé, une convention de médiation ou une sentence arbitrale exécutoire.

CARACTÉRISTIQUES ÉLÉMENTAIRES DE LA MÉDIATION

La médiation est une variation de la conciliation lors de laquelle une tentative de règlement des différends est opérée par un tiers, le médiateur, qui examine les requêtes des parties et recommande une ou plusieurs solutions possibles. Les parties sont libres d'accepter ou de rejeter ces solutions. À l'instar de la conciliation, la médiation peut être ad hoc ou institutionnelle.

La médiation laisse le pouvoir de décision aux parties. Le médiateur ne décide pas de ce qui est « juste » ou « bien ». Le médiateur fait office de catalyseur entre des intérêts opposés, qu'il essaie de rapprocher en définissant les difficultés et en éliminant les obstacles à la communication, tout en modérant et en guidant le processus de façon à éviter la confrontation et les intentions malveillantes. Le médiateur sollicitera des concessions de la part des deux parties pendant le processus de médiation.

MINI-PROCÈS

Un mini-procès n'est pas une procédure judiciaire mais un moyen amiable de régler les différends. Il s'agit d'une procédure abrégée. Les mini-procès sont utilisés fréquemment aux États-Unis, notamment dans le cadre de litiges commerciaux internationaux. Un mini-procès n'est pas fondamentalement différent d'une procédure de conciliation ou de médiation. Ce processus est destiné à aider les parties à parvenir à un règlement amiable, mais seulement après avoir entendu les témoignages et les débats contradictoires.

De manière générale, le point de départ est un accord entre des parties désireuses de surmonter leurs divergences le plus rapidement possible afin de reprendre une

relation commerciale normale. Chaque partie nomme un représentant supérieur habilité à engager la partie en cas d'émergence d'un règlement.

Au cours de la première phase, les avocats des parties échangent leurs mémorandums avec pièces à l'appui, puis défendent leur point de vue devant les cadres dirigeants des parties. Ils peuvent solliciter l'assistance de conseillers ou d'observateurs neutres. À l'issue de cette première phase, les représentants des parties entament les négociations en vue de régler l'affaire. L'idée de base consiste à remettre le litige entre les mains des cadres dirigeants après les avoir informés de l'affaire par l'intermédiaire des documents et des arguments échangés par les avocats. Le mini-procès a pour but de transformer un différend juridique en une question de politique commerciale.

Les mini-procès sont différents des procédures d'arbitrage. Dans les procédures d'arbitrage, chaque partie présente ses arguments devant les arbitres qui sont chargés de statuer sur le différend. Lors des mini-procès, les représentants des parties ne sont investis d'aucun pouvoir judiciaire. Ils sont nommés pour tenter de trouver une solution amiable. En outre, des conseillers neutres peuvent assister les représentants des parties. Ces conseillers n'imposent aucune solution aux parties. Ils se contentent d'assister à la procédure et de prodiguer des conseils sur demande. Il peut être demandé au conseiller neutre de présider le jury du mini-procès et de proposer des solutions susceptibles de donner lieu à un règlement acceptable. Le conseiller neutre peut juger approprié de consulter les représentants des parties séparément.

Pour obtenir plus d'informations, consultez les règles du mini-procès publiées par la Chambre de commerce de Zurich (Suisse) ainsi que celles du Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI).

www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1995/blessing2.html,
www.cepani.be

COMMISSIONS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET COMITÉS D'ARBITRAGE DES LITIGES

Les Commissions de règlement des différends (DRB) forment un mécanisme efficace utilisé dans le cadre de projets de construction d'envergure pour traiter le grand nombre de litiges différents auxquels les parties sont confrontées pendant l'exécution d'un projet qui s'étend sur plusieurs années.

Cette méthode d'ADR a été inventée aux États-Unis en 1975 lors de la construction du Tunnel Eisenhower au Colorado. La DRB a entendu trois litiges. Les relations entre le propriétaire et le constructeur sont restées cordiales tout au long du projet. Ce fut une grande réussite.

Le premier succès d'un conseil d'examen international des différends remonte à 1981 au Honduras, lors de la construction du barrage El Cajon. En 1995, la Banque mondiale a déclaré obligatoire le recours à des

Encadré 11: Fonctionnement d'une Commission de règlement des différends – Projet hydroélectrique Ertan, République populaire de Chine

Il s'agit là du premier Comité des litiges créé en Chine. Le projet concernait la construction d'un barrage en béton et d'une centrale hydroélectrique souterraine. La construction a duré neuf ans et coûté 2 milliards de \$E.-U. Le propriétaire était l'Association hydroélectrique de l'État chinois. On dénombrait au total cinq prestataires européens et deux prestataires chinois.

Les conditions de la FIDIC ont été utilisées. Une DRB composée de trois personnes a été mise en place pour les deux principaux contrats, dont les membres étaient originaires du Royaume-Uni, de Colombie et de Suède. Chaque partie a sélectionné un membre et les membres ont élu un président. Les recommandations de la DRB avaient force exécutoire, sauf dans le cas où l'une des parties notifiait un préavis de renvoi en procédure d'arbitrage dans les délais impartis. En cas de préavis de renvoi notifié par l'une des parties, les recommandations n'avaient plus force exécutoire dans l'intérim et étaient recevables en arbitrage.

La DRB organisait des visites sur site tous les quatre mois, soit plus de 20 visites au total. Certaines parties se

sont d'abord montrées méfiantes, avant de finalement se rendre compte que le processus de la DRB pouvait jouer en faveur du projet en réglant plusieurs litiges difficiles. Au fur et à mesure que la DRB gagnait la confiance des parties, elle est devenue davantage proactive et a favorisé le développement du projet en résolvant les litiges potentiels relatifs à un vaste éventail de questions techniques et contractuelles. Les procédures se sont déroulées en anglais et en chinois. Tous les renvois devant la DRB ont fait l'objet d'audiences sur site. Plusieurs litiges ont été entendus par la DRB lors de séances sur site. La plupart des recommandations ont été émises par écrit plusieurs semaines après.

Quarante litiges ont été renvoyés devant la DRB. Aucun litige n'a été renvoyé en arbitrage. Tous les litiges ont été résolus à l'amiable entre les parties immédiatement après la publication de la recommandation ou dans le cadre d'un règlement définitif après la fin de la construction.

Source: La Dispute Resolution Board Foundation

Encadré 12: Modèles de clauses d'expertise technique

Expertise facultative

Les parties peuvent, à tout moment et sous réserve d'autres procédures, convenir de soumettre les différends résultant de ou en rapport avec le présent contrat à des procédures d'expertise administrées en application du Règlement des experts.

Obligation de soumettre les différends à une procédure d'expertise, suivie d'une procédure d'arbitrage si nécessaire

En cas de litige résultant de ou en rapport avec le présent contrat, les parties s'engagent à soumettre l'affaire, en premier lieu, à une procédure d'expertise administrée en application du Règlement des experts de l'ICC. Sans règlement du litige par le biais de cette procédure d'expertise

administrée, le différend sera, après notification de la fin de la procédure d'expertise par le Centre international d'ADR de l'ICC, finalement réglé en vertu du Règlement d'arbitrage de l'ICC par un ou plusieurs arbitres désignés en application du Règlement d'arbitrage.

La Chambre de commerce internationale comme autorité de nomination dans le cadre d'une expertise administrée par une partie

En cas de litige résultant de ou en rapport avec le présent contrat, les parties s'engagent à soumettre l'affaire à une procédure d'expertise correspondant aux termes de la clause [Y] du présent contrat. L'expert sera nommé par le Centre international d'ADR conformément aux dispositions de nomination des experts du Règlement des experts de l'ICC.

commissions de règlement des différends pour tous les projets de construction et de génie civil qu'elle finançait et supérieurs à 50 millions de \$E.-U. Depuis lors, la Fédération internationale des ingénieurs conseils, l'Association américaine d'arbitrage, l'ICC ainsi que diverses associations professionnelles ont mis en place des règles d'instauration des commissions de règlement des différends. Plusieurs milliers de marchés de travaux publics, à l'échelle nationale ou internationale, ont intégré ce concept pour les grands projets de construction et d'infrastructure d'envergure internationale.

Ces contrats prévoient la nomination d'un groupe d'experts, généralement constitué de professionnels de la construction (ingénieurs, avocats et/ou économistes), au moment de la signature ou au cours de l'exécution du contrat.

Il existe trois types principaux de comités des litiges, classés en fonction des pouvoirs qui leur sont conférés par les parties. En 2004, l'ICC a adopté un Règlement d'instauration des comités des litiges révisé en 2015 qui prévoit trois types de comités différents. La FIDIC utilise généralement le concept de Comité d'arbitrage des litiges. L'Association américaine d'arbitrage (AAA) utilise le terme Comité de résolution des litiges pour décrire les pouvoirs similaires à ceux des Commissions de règlement des différends de l'ICC :

COMMISSION DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

L'autorité de la DRB se limite à l'émission de recommandations. Dans certaines circonstances et sans contestation dans les délais spécifiés, les recommandations de la DRB peuvent se révéler contraignantes pour les parties. En vertu du Règlement d'instauration des comités des litiges de l'ICC, une recommandation de la DRB devient

contraignante et exécutoire lorsqu'aucun avis de non-satisfaction n'est émis dans un délai de 30 jours.

De même, selon la définition donnée par l'AAA, le « Comité de résolution des litiges » est un jury composé de trois parties neutres sélectionnées par les parties pour intégrer l'équipe du projet. Ce jury assiste aux réunions, examine les documents importants du projet et émet des recommandations consultatives afin de favoriser le règlement des litiges avant leur aggravation. Dans les 14 jours qui suivent la clôture de l'audience, le comité adressera aux parties une recommandation écrite non contraignante de règlement du différend qui, sans contestation, deviendra contraignante.

COMITÉ D'ARBITRAGE DES LITIGES (DAB)

Ces comités sont généralement autorisés à prendre des décisions provisoires et contraignantes qui doivent être exécutées dès leur réception. En vertu du Règlement de la FIDIC, la décision du DAB est immédiatement contraignante pour les parties. Indépendamment de l'insatisfaction exprimée ou non par le prestataire ou l'employeur concernant la décision, elle doit prendre effet, sauf en cas de révision amiable ou de sentence d'arbitrage et jusqu'à application de celle-ci. La décision d'un DAB peut être ultérieurement renvoyée devant un tribunal de dernier ressort dans un délai spécifique. Cette décision devient définitive dès lors qu'elle n'est pas contestée dans les délais spécifiés.

À la demande des parties, un DAB peut également émettre des recommandations non contraignantes. Le Livre rouge de la FIDIC prévoit l'instauration d'un DAB qui émet des décisions contraignantes. Le DAB peut également donner des conseils et émettre des recommandations concernant les questions pour lesquelles les parties font conjointement appel à son autorité.

COMITÉ DES LITIGES CONJOINT (COMBINED DISPUTE BOARD OU CDB)

Ce type de comité émet habituellement des recommandations mais est également habilité à prendre une décision lorsqu'une partie en fait la demande et qu'aucune autre partie ne s'y oppose. En cas d'objection, le CDB décidera s'il convient d'émettre une recommandation ou une décision.

Les parties désignent les membres des DRB ou des DAB en procédant de la même façon que pour constituer un tribunal d'arbitrage, avec toutefois une différence de taille : les membres du jury sont généralement nommés au début du projet et pour toute sa durée. Chaque partie nomme son expert et les deux experts nommés en désignent un troisième, sauf si les parties conviennent d'un mécanisme de désignation différent. Il est également possible de nommer une DRB ou un DAB composé d'un seul membre.

Les DRB et les DAB suivent généralement un projet du début à la fin par des visites sur site, l'étude de rapports mensuels, l'échange de correspondances et divers comptes-rendus. L'objectif est d'être capable, sur demande, de réagir rapidement et en connaissance de cause et, si nécessaire, d'émettre un avis, une recommandation ou une décision par écrit. Les experts des DRB et des DAB perçoivent souvent des honoraires mensuels ainsi qu'un forfait horaire pour leurs interventions sur site.

Les DRB et DAB font également office d'organes consultatifs. Les parties peuvent solliciter un avis écrit préliminaire. Cet avis n'est pas contraignant ni pour les parties ni pour le comité. La mission du comité est plus formelle lorsqu'il émet une décision ou une recommandation dans le cadre d'une procédure qui permet à toutes les parties d'exprimer leur point de vue.

Une fois que le comité a émis son avis, sa décision ou sa recommandation, chaque partie indique, dans un délai imparti, s'il l'accepte ou non. Si la décision n'est pas acceptée, il est possible de recourir à des procédures devant une cour ou un tribunal d'arbitrage.

LE PARTENARIAT : UN MOYEN D'ÉVITER LES LITIGES

Le partenariat est un moyen de procéder à des échanges commerciaux fondés sur la confiance, le travail d'équipe et la coopération entre les parties à un contrat. Il permet d'éviter les litiges plutôt que de fournir une méthode de règlement des litiges.

Le partenariat est souvent utilisé dans le cadre de projets de construction comme outil de gestion. L'idée est d'instaurer une relation de travail entre les parties au moyen d'une stratégie formelle, et élaborée mutuellement, d'engagement et de communication où la confiance et le travail d'équipe

peuvent prévenir les litiges, créer un esprit de coopération et favoriser l'aboutissement du projet.

Le partenariat passe par l'organisation d'ateliers auxquels toutes les parties participent. Un facilitateur neutre encourage le travail d'équipe et aide les parties à identifier leurs attentes. Le but est d'éliminer la mentalité « nous contre eux » et de créer un esprit du « nous ». Cet exercice vise à anticiper les litiges potentiels et les moyens de les prévenir. Le partenariat exige des parties qu'elles soient formées et gérées par un tiers, le facilitateur.

EXPERTISE TECHNIQUE

Il est fréquent de constater que les premiers problèmes qui surviennent dans le cadre des contrats internationaux industriels ou de haute technologie sont de nature technique. De façon générale, il est plus efficace de résoudre ces problèmes techniques devant des experts plutôt que dans une bataille juridique devant des juges ou des arbitres qui n'ont pas de connaissances spécialisées.

La décision de faire appel à un expert pour régler des différends plutôt que de s'adresser à des tribunaux ou de recourir à des procédures d'arbitrage peut dépendre de l'origine des parties. Il existe une importante différence de mentalité entre les avocats issus du droit civil et les traditions de common law. Les avocats en common law ont tendance à faire appel à leurs propres experts pour appuyer leurs positions. En revanche, les avocats en droit civil demanderont au tribunal, judiciaire ou d'arbitrage, de nommer un expert indépendant et neutre pour rendre compte des problèmes techniques.

En cas de difficultés techniques survenant au cours d'un projet, les parties peuvent renvoyer l'affaire devant le Centre international d'ADR de l'ICC. Le Règlement du Centre énonce trois types de services permettant au Centre de proposer des noms d'experts, de les nommer ou d'administrer les procédures d'expertise exécutées au titre du Règlement des experts.

Des experts sont proposés lorsque les parties n'ont pas convenu de recourir à l'expertise de l'ICC, mais qu'au moins une des deux parties souhaite obtenir le nom d'un expert indépendant. L'ICC proposera un expert à la demande d'une partie, d'un tribunal d'arbitrage ou d'une cour. Le rôle du centre prend fin dès lors qu'il a proposé un expert.

Les nominations interviennent lorsque les parties ont convenu de nommer un expert et de faire appel au centre pour faire office d'autorité de nomination, ou lorsque le Centre international d'ADR de l'ICC estime que la nomination d'un expert est justifiée. Ces nominations peuvent être stipulées dans le contrat des parties au moyen de l'un des modèles de clauses de l'ICC.

L'administration de l'expertise technique intervient lorsque les parties n'ont pas prévu de renvoyer leur litige devant un

expert, mais seulement en cas de difficulté technique telle qu'un désaccord concernant des modifications apportées aux spécifications contractuelles qui entraîneront des coûts plus élevés. Elles font alors appel à l'ICC ou à une autre institution pour nommer un expert et gérer le processus d'expertise.

Les parties peuvent demander au Centre international d'ADR de l'ICC d'administrer les procédures d'expertise en application du Règlement des experts. Dans ce cas, le rôle du Centre international d'ADR de l'ICC ne s'arrête pas à la sélection d'un expert. L'administration par l'ICC des procédures d'expertise comprend :

- La coordination entre les parties et l'expert ;
- L'initiation des mesures appropriées pour encourager l'exécution rapide des procédures d'expertise ;
- La supervision des aspects financiers des procédures ;
- La nomination d'un expert ou la confirmation d'un expert désigné d'un commun accord par l'ensemble des parties ;
- L'examen du formulaire du rapport d'expert ;
- La notification du rapport d'expert final auprès des parties ; et
- La notification de la fin des procédures d'expertise.

Selon le Règlement des experts de l'ICC, la décision de l'expert n'a aucun effet contraignant, sauf accord contraire entre les parties.

EXPERTISE POUR LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE D'INSTRUMENTS DOCUMENTAIRES

En 1997, l'ICC a mis en place un système de règlement des différends concernant les crédits documentaires (DOCDEX) par l'intermédiaire de son Centre international d'ADR. Le Règlement DOCDEX forme un système qui s'apparente plus à une procédure déterminée par un expert qu'à une procédure d'arbitrage. Ces Règles ont fait l'objet d'une révision en 2015.

Un système relativement rapide et simple de règlement des différends concernant les crédits documentaires s'impose dans la mesure où certains établissements bancaires contournent leur obligation de payer des lettres de crédit irrévocables pour des motifs « d'incohérences » présumées. Ces incohérences présumées s'expliquent par une erreur d'interprétation ou d'application des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de l'ICC ou par la fabrication d'incohérences dans l'intention de retarder le paiement ou de justifier une absence de paiement par la banque concernée. Ce système est principalement destiné à inciter les banques à résoudre leurs propres différends lorsqu'elles sont confrontées à des litiges survenant entre leurs clients respectifs.

Le Règlement DOCDEX s'applique à quatre codes de l'ICC que les banquiers sont tenus de respecter :

- Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ;
- Règles uniformes pour les remboursements de banque à banque en vertu de crédits documentaires ;
- Règles uniformes relatives aux encaissements ; et
- Règles uniformes de l'ICC relatives aux garanties sur demande.

Lorsqu'un différend est soumis à une procédure d'expertise en application du Règlement DOCDEX, le Centre nomme trois experts à partir d'une liste tenue à jour par la Commission bancaire. Ces trois experts exécutent leur tâche dans l'anonymat. Toutes les correspondances entre les parties et les experts passent par le Centre international d'ADR de l'ICC. La décision des experts est rendue après examen par le Conseiller technique de la Commission bancaire. Ce processus dure deux mois en moyenne. La décision du DOCDEX ne doit pas nécessairement répondre aux conditions légales applicables à une sentence d'arbitrage et, sauf accord contraire, n'est pas contraignante pour les parties.

MOYENS JURIDICTIONNELS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

RECOURS AUX TRIBUNAUX

Les tribunaux entendent les affaires et rendent des jugements sur le fond des litiges dans le cadre de procédures judiciaires. Ils peuvent également rendre des services en concédant à une partie des mesures provisoires ou conservatoires, en nommant des experts techniques et, dans certaines juridictions, en engageant des procédures de conciliation parfois en guise d'étapes préliminaires à l'introduction de procédures plus conséquentes.

PROCÉDURES JUDICIAIRES

Les procédures judiciaires sont fréquemment utilisées en cas de contentieux impliquant des parties de même nationalité. Les différends sont renvoyés devant les tribunaux du pays dont les parties sont ressortissantes. Toutefois, si les parties ne résident pas dans le même pays, il conviendra de déterminer, dès le début de la procédure, le tribunal local compétent.

Dans les affaires internationales, quel est le tribunal compétent, celui du pays du plaignant ou de l'intimé ? Les parties peuvent résoudre ce problème en intégrant à leur contrat une clause d'élection de for clause de forum dans leur contrat. La tribune (le tribunal) se trouve généralement dans le pays du plaignant ou dans celui de l'intimé. Cependant, ce type de clause est rarement utilisé dans les contrats commerciaux internationaux car les parties ne souhaitent pas voir leur différends jugés par un tribunal étranger.

Il arrive que les parties ne stipulent aucune disposition applicable au règlement des différends. Dans ce cas, lorsqu'un litige survient, les tribunaux sont appelés à déterminer le tribunal compétent en application des règles de conflit de lois relatives à la compétence judiciaire ou des traités bilatéraux ou multilatéraux. Dans ces circonstances, un tribunal peut décliner cette compétence au motif que ses règles de conflit de lois renvoient l'affaire devant un tribunal étranger. Ces procédures risquent de retarder considérablement le traitement et d'augmenter fortement les coûts.

En général, les parties ne souhaitent pas voir leurs différends réglés par les tribunaux d'un autre pays. En effet, il peut sembler inapproprié de soumettre un différend dépendant d'un autre système juridique à la décision de juges dont les qualifications et la formation sont ancrées dans leur propre système juridique. Autre difficulté : le contrat et les correspondances se rapportant au différend devront sans doute être traduits dans la langue de travail du juge sélectionné. De même, les arguments oraux seront présentés dans cette langue, ce qui risque d'incommoder quelque peu les parties.

Les parties risquent de sélectionner la juridiction d'un tribunal localisé dans un pays n'ayant pas adhéré à un traité bilatéral ou multilatéral portant sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires, ce qui signifie que le jugement sera difficile à mettre à exécution. Enfin, les procédures judiciaires sont publiques.

En général, les procédures de contentieux n'imposent pas aux parties de prendre à leur charge les honoraires et les frais du juge. Dans le cadre des procédures d'arbitrage, les parties paient les honoraires et les frais des arbitres.

MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES DEVANT LES TRIBUNAUX

Les parties impliquées dans une procédure de contentieux ont généralement la possibilité de solliciter des mesures conservatoires ou provisoires, avec au moins un des objectifs suivants :

- S'assurer que l'objet du litige ne subit aucun préjudice avant que la décision finale soit rendue et mise à exécution ;
- Régir le comportement et les relations entre les parties pendant les procédures ; et
- Protéger les preuves et organiser l'administration de la procédure.

Par exemple, une mesure provisoire ou conservatoire peut s'avérer nécessaire pour empêcher une partie de cacher ou de transférer hors de la juridiction les marchandises faisant l'objet du différend ou les biens susceptibles de permettre à une partie d'obtenir satisfaction dans le cas où l'affaire se solderait en sa faveur.

Une partie peut également tenter de faire prononcer, pendant le déroulement de la procédure, une ordonnance obligeant l'autre partie à prendre ou à s'abstenir de prendre certaines mesures. Un tribunal peut ordonner aux parties de maintenir le status quo jusqu'à prononciation de la décision finale sur le fond. Par exemple, il peut ordonner à l'une d'elle de ne pas engager la caution bancaire convenue par contrat.

Une mesure provisoire ou conservatoire peut viser à protéger les preuves. Elle peut également avoir pour but de recueillir les preuves par l'audience de témoins factuels ou d'experts avant l'examen de l'affaire sur le fond.

Les arbitres ne sont pas habilités à ordonner des mesures provisoires telles que la saisie de biens ou l'injonction de tiers à se présenter à une audience. Ainsi, dans la plupart des pays aujourd'hui, les tribunaux coopèrent avec les tribunaux d'arbitrage et les parties concernées par des procédures d'arbitrage en ordonnant ce type de mesures provisoires, qui restent inaccessibles aux arbitres.

EXPERTISE TECHNIQUE ORDONNÉE PAR UN TRIBUNAL

Les tribunaux peuvent ordonner des expertises techniques. Avant le début de la procédure, qu'elle soit judiciaire ou d'arbitrage, une partie peut solliciter la nomination d'un expert afin que celui-ci émette un avis technique concernant l'objet du litige.

Cette expertise peut être provisoire si les circonstances exigent sa mise en œuvre immédiate. C'est souvent le cas pour la vente de denrées alimentaires, souvent périssables, qui nécessitent l'exécution d'une inspection le plus rapidement possible et sans attendre le début d'une procédure consécutive. L'expertise ordonnée par un tribunal est souvent plus utilisée par les systèmes de droit civil que par les systèmes de common law.

MÉDIATION ORDONNÉE PAR UN TRIBUNAL

Dans certains pays, les juges eux-mêmes sont habilités à opérer la médiation ou la conciliation des parties, bien qu'en pratique ils aient peu de temps à y accorder. Cette possibilité est généralement stipulée dans les textes des codes de procédure nationaux.

La médiation ordonnée par un tribunal peut apparaître comme un oxymore. La médiation est un acte volontaire, confidentiel et non contraignant. Il peut sembler incohérent pour un juge d'ordonner à des plaideurs de participer à un processus volontaire. Pourtant, plusieurs pays ont adopté une législation qui encourage ou oblige les parties à soumettre leurs affaires à une procédure de médiation.

Par exemple, les tribunaux australiens sont habilités à renvoyer les parties en médiation avec ou sans leur

consentement. Il existe également une législation qui exige la prise de « réelles mesures de règlement des différends » par les parties pour qu'une procédure puisse être engagée devant un tribunal. La médiation est considérée comme l'une de ces « réelles mesures ».

À Hong Kong, en Chine, conformément à l'obligation du tribunal de favoriser le règlement des différends de façon rentable, les tribunaux sont habilités à ordonner aux parties de recourir à la médiation. Dans d'autres pays, en France et en Côte d'Ivoire par exemple, les juges peuvent renvoyer les parties en médiation, mais uniquement avec leur accord. Le juge conserve néanmoins la compétence pour juger l'affaire. Si la médiation fonctionne, le règlement est consigné et peut être exécuté comme s'il s'agissait d'un jugement.

Au Royaume-Uni, les tribunaux ne peuvent pas contraindre les parties à recourir à la médiation pour régler un différend commercial. Pourtant, on observe un nombre croissant d'ordonnances enjoignant les parties à faire appel à la médiation. Les parties qui ignorent ces ordonnances s'exposent à des sanctions pécuniaires. Au Royaume-Uni également, lorsqu'une affaire est présentée devant un tribunal en violation de l'engagement des parties à recourir à la médiation avant d'entamer une procédure de contentieux, le tribunal peut refuser d'entendre l'affaire.

Dans certains pays, la médiation est une étape obligatoire préalable à une procédure devant un tribunal. Par exemple, en Indonésie, les plaideurs sont tenus de passer par la médiation avant d'engager une procédure civile, et peuvent aussi opter pour la médiation accompagnée d'une procédure au tribunal. Le non-respect des procédures de médiation imposées par la loi risque d'entraîner l'invalidation du jugement.

L'Italie a introduit la médiation obligatoire pour certaines affaires civiles et commerciales avant d'entamer un procès. En Colombie, où la pratique de la médiation est bien établie, les différends civils et commerciaux doivent faire l'objet d'un processus de médiation obligatoire avant leur passage devant un tribunal.

ARBITRAGE COMMERCIAL

L'arbitrage est une méthode privée de règlement des différends qui repose sur l'entente des parties. En règle générale, en l'absence de convention d'arbitrage, aucune procédure d'arbitrage n'est engagée. À quelques exceptions près, les parties sont tenues de s'engager par contrat à arbitrer et à déterminer les règles applicables à leur procédure, ou à se reporter aux règles d'arbitrage existantes au titre de l'administration d'une institution d'arbitrage. Dans le cas d'une procédure d'arbitrage ad hoc, les parties se chargent elles-même de déterminer, sans l'aide d'une institution d'arbitrage, le mode d'exécution de l'arbitrage. Dans le cas d'une procédure d'arbitrage institutionnel ou administré, le processus d'arbitrage est géré avec l'aide d'une institution d'arbitrage.

Selon l'accord conclu entre les parties, l'exécution de la procédure d'arbitrage peut être différente ou non de l'exécution de la procédure devant un tribunal, sauf si la procédure appartient aux parties elles-mêmes (ou à l'institution d'arbitrage ou au tiers désigné par elles) afin de former le tribunal d'arbitrage. Les règles de procédure d'arbitrage sont généralement plus flexibles et moins conventionnelles que celles des tribunaux.

Les types d'arbitrage sont décrits avec plus de précision ci-après. Les différences élémentaires entre les procédures d'arbitrage ad hoc et institutionnel sont également exposées ci-après.

ARBITRAGE AD HOC

Dans une procédure d'arbitrage ad hoc, les parties organisent le tribunal d'arbitrage et doivent préciser les règles applicables à cette procédure. En cas de difficultés, par exemple lorsqu'un arbitre doit être remplacé, les parties peuvent parfois solliciter l'intervention d'un tribunal pour leur porter assistance. Les procédures d'arbitrage ad hoc imposent aux parties de s'accorder avec les arbitres concernant les honoraires et les frais des arbitres.

ARBITRAGE INSTITUTIONNEL

Dans une procédure d'arbitrage institutionnel, les parties font appel à une institution d'arbitrage pour administrer la procédure en application des règles d'arbitrage de l'institution. Les parties sont tenues de sélectionner l'institution d'arbitrage d'un commun accord. L'ampleur de l'administration varie d'une institution à une autre. Les parties doivent tenir compte de ces différences.

En général, l'institution d'arbitrage administre le processus d'arbitrage « avec partialité » et limite son assistance à la constitution du tribunal d'arbitrage (nomination des arbitres) en tenant compte des souhaits des parties et en gérant certains aspects financiers tels que les honoraires des arbitres. L'institution d'arbitrage applique ses propres règles d'arbitrage.

Plusieurs institutions d'arbitrage, selon leurs règles, recevront une requête en arbitrage et informeront l'autre partie de cette requête. L'autre partie fera état de sa position concernant l'affaire et la constitution du tribunal d'arbitrage. Ces institutions sont parfois habilitées à définir une somme d'argent susceptible de couvrir les frais d'arbitrage, à en réclamer le paiement et, à l'issue de la procédure, à établir les coûts définitifs. Elles peuvent assurer la notification aux parties de la sentence d'arbitrage. Les autres institutions ont beaucoup moins de pouvoir. Ce type d'arbitrage est généralement défini comme une procédure d'arbitrage « partiellement administrée ».

Certaines procédures d'arbitrage institutionnel peuvent être « entièrement administrées ». Lorsqu'une procédure

Encadré 13: Arbitrage ou contentieux ?

ÉLÉMENT	Contentieux	Arbitrage
Irrévocabilité	Les décisions du tribunal peuvent faire l'objet de divers appels.	La plupart des sentences d'arbitrage ne sont pas susceptibles d'appels. Elles peuvent uniquement être contestées devant les tribunaux pour des motifs très limités.
Reconnaissance internationale	Généralement difficile. Le jugement d'un tribunal sera généralement reconnu dans un autre pays en application d'un traité bilatéral ou en vertu de règles assez strictes. Il existe des exceptions régionales (par exemple les pays de l'OHADA en Afrique et dans l'Union européenne).	Oui. Via diverses conventions internationales, en particulier la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.
Neutralité	Malgré l'impartialité des juges, ils utilisent la langue et les règles de procédure en vigueur dans leur pays et sont souvent de la même nationalité que l'une des parties.	Les parties peuvent se trouver sur un pied d'égalité en ce qui concerne le lieu d'arbitrage, la/les langue(s) utilisée(s), les règles de procédure, la nationalité des arbitres et la représentation juridique.
Compétence spécialisée et suivi personnel	Les juges ne possèdent pas tous des compétences ou une expérience spécialisées. Les affaires qui durent un certain temps peuvent être suivies par plusieurs juges différents.	Les parties peuvent sélectionner les arbitres spécialisés de leur choix, à condition qu'ils soient indépendants. Généralement, les arbitres suivent l'affaire du début à la fin.
Flexibilité	Les tribunaux doivent suivre leurs règles de procédure.	La plupart des règles d'arbitrage laissent une grande marge de flexibilité pour définir la procédure d'arbitrage, les audiences, les délais ainsi que le lieu des audiences et des réunions des arbitres.
Mesures provisoires	Lorsqu'une action rapide et efficace s'impose dans un cas d'infraction (par voie d'injonction ou saisie du matériel illicite), une mesure d'injonction immédiate peut être prononcée par les tribunaux avant même le début d'une procédure. Sur préavis, les tribunaux peuvent délivrer des injonctions à l'encontre de tiers.	Avant la mise en place du tribunal d'arbitrage, les parties devront obtenir une mesure de redressement provisoire auprès des tribunaux. Une fois le tribunal d'arbitrage en place, les parties peuvent encore, dans la plupart des juridictions, obtenir auprès des tribunaux des ordonnances énonçant le comportement incriminé. Dans de nombreux pays, le tribunal d'arbitrage lui-même est également habilité à ce faire. Les arbitres ne peuvent pas émettre d'ordonnances affectant des tiers.
Témoins	Les tribunaux peuvent exiger des tiers et des témoins de leur juridiction qu'ils se présentent devant la cour.	Les arbitres ne sont pas habilités à convoquer des tiers sans leur consentement et à contraindre une partie de faire témoigner quelqu'un.
Durée	Les procédures peuvent parfois prendre du retard et durer longtemps. Les parties peuvent se retrouver empêtrées dans des procédures d'appel prolongées et onéreuses.	L'arbitrage peut se révéler plus rapide que le contentieux. Cette procédure peut être très rapide et durer seulement quelques semaines ou mois lorsque les parties s'entendent.
Confidentialité	Les audiences et jugements des tribunaux sont généralement publics.	Les audiences d'arbitrage ne sont pas publiques et seules les parties reçoivent un exemplaire de la sentence, ce qui est un avantage non négligeable lorsqu'il est question de secrets commerciaux et d'inventions. Les dispositions du contrat comportant des dispositions de confidentialité doivent être applicables à la procédure d'arbitrage. Cette question est très importante dans le cas de différends relatifs à la PI. Des dispositions de confidentialité supplémentaires peuvent donc être intégrées par les parties (sous forme de clauses contractuelles) ou les arbitres (sous la forme d'une ordonnance de procédure ou dans leur cahier des charges).
Coûts	Les parties ne paient pas les juges et les frais administratifs restent raisonnables. Les honoraires des avocats et des témoins experts représentent les principaux coûts.	Les honoraires, frais de déplacement et d'hébergement des arbitres ainsi que les frais administratifs de l'institution d'arbitrage sont pris en charge à l'avance par les parties. Une procédure d'arbitrage engagée par l'ICC pour un litige d'une valeur d'1 million \$E.-U. devant trois arbitres coûte en moyenne 140 000 \$E.-U. Devant un seul arbitre, elle coûte en moyenne 61 000 \$E.-U. (barèmes 2010).

d'arbitrage institutionnel est entièrement administrée, l'institution reçoit la requête en arbitrage et en informe l'autre partie, mais elle aide également à constituer le tribunal d'arbitrage, définit une avance des frais et éventuellement le lieu d'arbitrage. Une fois l'avance des frais payée, l'institution transmet le dossier aux arbitres et supervise l'exécution de la procédure jusqu'à la prononciation de la sentence.

Cette institution garde le contrôle de la procédure et résout les difficultés qui se présentent, telles que le remplacement des arbitres. Occasionnellement, cette institution vérifie la bonne forme de la sentence et peut également attirer l'attention des arbitres sur certains points relatifs au bien-fondé de l'affaire. Elle informe les parties de la sentence après avoir établi les coûts définitifs de l'arbitrage et s'assure que les arbitres perçoivent leurs honoraires. Cette institution veille à ce que les différentes étapes de la procédure soient accomplies dans les délais imposés par ses règles d'arbitrage. Par exemple, la procédure d'arbitrage de l'ICC est un système d'arbitrage entièrement administré.

CONTENTIEUX OU ARBITRAGE ?

Après avoir passé en revue divers moyens de prévenir et de régler les différends, la question du choix de la méthode appropriée de règlement des différends se pose. De la cour ou du tribunal d'arbitrage, lequel doit régler le différend ?

En ce qui concerne les contrats internationaux, il est souvent difficile pour les parties de s'accorder sur le choix d'un tribunal national. Choisir un tribunal dans un pays tiers est rarement approprié.

Les procédures judiciaires sont généralement longues en raison de la surcharge de travail des tribunaux. En outre, les tribunaux comptent plusieurs degrés de juridiction, les tribunaux de première instance, les cours d'appel et les cours suprêmes, ce qui offre la possibilité à une partie insatisfaite de solliciter un examen minutieux et coûteux du bien-fondé de l'affaire.

Les tribunaux ne sont pas toujours spécialisés dans les affaires commerciales et les juges ne sont pas nécessairement qualifiés pour régler des litiges commerciaux internationaux. Dans certains pays, ils peuvent être perçus comme inaptes à offrir les garanties d'indépendance et d'impartialité attendues et indispensables à une bonne administration de la justice. Enfin, les procédures judiciaires sont généralement assorties de règles de procédure strictes et souvent rigides.

En arbitrage, l'autonomie des parties prédomine. Les parties sont libres d'organiser leur procédure en se reportant aux règles d'arbitrage existantes ou de rédiger leurs propres règles. Elles peuvent choisir leurs propres arbitres, fixer des délais ou demander à un tiers de les fixer. La décision est, par principe, définitive sur le fond. Les bases de mise

à l'écart d'une décision se limitent généralement aux vices de procédure.

À l'instar des juges, les arbitres ont un devoir d'indépendance et d'impartialité. Les arbitres peuvent être sélectionnés pour leurs qualifications professionnelles et techniques spécifiques, ainsi que pour leur disponibilité. La confidentialité applicable à l'arbitrage peut contribuer à créer une atmosphère sereine, contrairement aux procédures judiciaires ouvertes au public.

D'autres éléments sont toutefois à prendre en considération. Les parties ne paient pas les juges, mais prennent en charge tous les honoraires et frais des arbitres ainsi que les honoraires de l'institution d'arbitrage chargée d'administrer l'affaire. Les arbitres ne sont pas habilités, à l'inverse des juges, à ordonner des mesures d'injonction ainsi que diverses mesures provisoires telles que la saisie de biens ou la convocation de témoins ou de tiers non désireux de participer à la procédure. Dans certains pays, les tribunaux possèdent une expérience dans des domaines spécialisés, tels que les litiges de droit maritime, bancaires ou de brevets.

Avec le développement de l'intégration régionale, les décisions des tribunaux de commerce peuvent être rapidement exécutées entre certains pays. C'est le cas au sein de l'Union européenne grâce au Règlement de la Commission européenne n° 1215 (refondu, du 12 décembre 2012) concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Il en est de même dans plusieurs pays d'Afrique membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

Si, de manière générale, l'arbitrage peut être recommandé pour le règlement des litiges commerciaux internationaux, le recours aux tribunaux constitue une option valable, selon les circonstances. Encadré 13 présente certains avantages et inconvénients de l'arbitrage et du contentieux.

CONFIDENTIALITÉ

En arbitrage, la question de l'obligation de respect par les parties de la confidentialité des documents et des informations divulgués reste complexe et suscite des opinions divergentes dans les différents systèmes juridiques. Le type d'arbitrage et les parties concernées peuvent influencer la réponse à cette question.

L'arbitrage commercial est une méthode privée de règlement des différends. Les personnes non concernées par la procédure d'arbitrage ne sont pas admises sur le lieu d'arbitrage, sauf accord contraire entre les parties et le tribunal d'arbitrage. Seules les parties à la procédure d'arbitrage reçoivent un exemplaire de la sentence, ce qui représente un avantage de taille lorsque des secrets commerciaux et des inventions sont en jeu.

Certaines lois d'arbitrage et règles institutionnelles comportent des dispositions de confidentialité, mais la plupart des législations et des règles sont silencieuses sur ce sujet. Certaines règles d'arbitrage autorisent les parties à demander au tribunal d'assurer la protection des secrets commerciaux. Les parties désireuses de protéger leurs informations confidentielles ou de faire en sorte que la procédure d'arbitrage se déroule en toute confidentialité doivent intégrer une disposition de confidentialité dans la convention d'arbitrage ou le cahier des charges conclu(e) entre les parties et le tribunal d'arbitrage, ou dans une ordonnance conservatoire émise par le tribunal d'arbitrage.

La situation est différente dans les cas d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, où les litiges surviennent entre des États et des investisseurs localisés dans d'autres États au regard d'un traité d'investissement bilatéral ou multilatéral. En raison des fonds publics impliqués dans les procédures d'arbitrage d'investissement, les décisions des tribunaux concernant des procédures d'arbitrage entre investisseurs et États suscitent l'intérêt du public. Ce besoin de transparence peut parfois entrer en contradiction avec les intérêts de la protection des données, la protection des politiques nationales ou d'autres intérêts nationaux tels que la sécurité. La transparence des investissements internationaux favorise une croissance durable et encourage le respect des lois, la bonne gouvernance, l'application régulière de la loi, l'impartialité et l'équité. La transparence accroît également la légitimité des procédures d'arbitrage d'investissement.

La CNUDCI a adopté deux instruments concernant la transparence dans les procédures d'arbitrage entre investisseurs et États fondées sur des traités. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le Règlement sur la transparence) prévoit un cadre procédural pour mettre à la disposition du public des informations relatives aux affaires d'arbitrage d'investissement découlant des traités conclus après le 1^{er} avril 2014. La Convention de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (la Convention sur la transparence) de 2014 prévoit un mécanisme d'application du Règlement sur la transparence aux affaires d'arbitrage découlant des 3 000 traités d'investissement.

ARBITRAGE OU MÉDIATION ?

Est-il plus approprié de recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux méthodes d'ADR telles que la conciliation ou la médiation ? Cette question est différente du choix entre procédure judiciaire et arbitrage. Une clause compromissoire exclut toute intervention du tribunal sur le fond d'une affaire. Cependant, la conciliation ou la médiation n'exclut pas l'arbitrage, et l'arbitrage n'exclut pas la conciliation ni la médiation.

En arbitrage, la décision est unique, définitive et contraignante pour les parties. Elle fait l'objet d'une reconnaissance judiciaire et peut être exécutée à l'encontre de la partie perdante. Dans une procédure judiciaire, les décisions du tribunal de première instance peuvent faire l'objet d'un ou plusieurs appels. Toutefois, une fois le jugement définitif rendu, les répercussions financières sont rétroactives jusqu'à la date de dépôt de la plainte.

L'efficacité des méthodes d'ADR varie en fonction de la bonne volonté des parties, qui sont libres de participer ou non au processus, et d'approuver ou non les recommandations d'un conciliateur ou d'un médiateur. En cas d'inexécution de l'une des parties, les accords de règlement conclus par conciliation et médiation doivent être appliqués par un tribunal.

COMBINER ARBITRAGE ET MÉDIATION : DES CLAUSES EN DEUX VOILETS

Certains contrats adoptent une approche en deux volets. La première recourt à la médiation. La deuxième, en cas d'échec de la médiation, permet d'engager une procédure d'arbitrage. Il est fréquent de constater que les parties trouvent un accord tacite sur cette question lorsqu'elles tentent de régler leur différend à l'amiable avant de recourir à une procédure judiciaire ou d'arbitrage. Elles peuvent décider plus formellement d'utiliser ce système en deux volets dans leur contrat ou en cas de litige.

Pour les parties contractantes impliquées dans un projet à long terme, la combinaison de l'arbitrage et de la médiation peut s'avérer cruciale pour maintenir une relation saine et continue même en cas de litige.

Encadré 14: Clauses de médiation et d'arbitrage combinées

Clause de règlement des différends du CCI, adaptée aux petites entreprises dans les pays en développement

L'ITC recommande à toutes les PME d'inclure une clause de règlement des différends spécifique au contrat, sur la base des négociations entre les différentes parties. Voici un modèle de clause contractuelle combinant médiation et arbitrage qui peut être adaptée à tout contexte national.»

Pour consulter d'autres modèles, visitez www.intracen.org/model-contracts-for-small-firms

« Si un différend surgit à propos du présent contrat, les Parties s'efforceront de le résoudre à l'amiable. Elles envisageront la nomination d'un médiateur pour trouver une solution. Aucune partie ne peut engager une procédure judiciaire ou arbitrale sans préavis écrit de 30 jours adressé à l'autre partie. »

« Tout litige, différend ou réclamation né du présent contrat, ou se rapportant au présent contrat ou à sa conclusion, son interprétation, son exécution, sa violation, sa résiliation ou sa nullité sera tranché par voie d'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage [préciser l'institution d'arbitrage] par [préciser le nombre d'arbitres, par exemple, arbitre unique, trois arbitres] nommé(s) conformément audit règlement. Le lieu de l'arbitrage sera [préciser]. La langue de l'arbitrage sera [préciser] ».

Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm

Voici un exemple de clause de règlement des différends combinée en vigueur à échelle nationale.

« Tout litige, toute controverse ou réclamation découlant du présent contrat ou en relation avec le présent contrat, ou la violation du présent contrat, sa résiliation ou sa nullité, sera d'abord renvoyé en médiation en application du Règlement de médiation de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, sauf objection de l'une des parties.

Si l'une des parties émet une objection à la médiation ou si la procédure de médiation est interrompue, le différend sera définitivement tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm ».

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

Enfin, une définition du concept en question proposée par une organisation internationale.

« Tout litige, controverse ou réclamation découlant du présent contrat et de toute modification ultérieure du présent contrat, ou s'y rapportant, et ayant trait notamment mais non exclusivement à sa formation, sa validité, ses effets obligatoires, son interprétation, son exécution, sa violation ou sa résolution, de même que toute réclamation extra-contractuelle, sera soumis à médiation conformément au Règlement de médiation de l'OMPI. Le lieu de la médiation sera [préciser le lieu]. La langue de la procédure de médiation sera [préciser la langue].

Si, et dans la mesure où, dans les [60][90] jours qui suivent son introduction, la procédure de médiation n'a pas abouti au règlement du litige, de la controverse ou de la réclamation, celui-ci ou celle-ci, sur dépôt d'une demande d'arbitrage par l'une ou l'autre partie, sera soumis(e), pour règlement définitif, à arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage [accélééré] de l'OMPI.

Si par ailleurs, avant l'expiration de ce délai de [60][90] jours, l'une ou l'autre des parties s'abstient de participer ou cesse de participer à la procédure de médiation, le litige, la controverse ou la réclamation, sur dépôt d'une demande d'arbitrage par l'autre partie, est soumis(e), pour règlement définitif, à arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage [accélééré] de l'OMPI. Le tribunal arbitral sera composé [d'un arbitre unique] [de trois arbitres]. Le lieu de l'arbitrage sera [préciser le lieu].

La langue de la procédure d'arbitrage sera [préciser la langue]. Il sera statué sur le litige, la controverse ou la réclamation conformément au droit [préciser le droit applicable] ».



PARTIE 2

MÉDIATION

MÉDIATION.....	28
Qu'est-ce que la médiation ?.....	28
Historique et contexte.....	28
Le processus de médiation.....	29
Le rôle du médiateur.....	29
Rôle des représentants légaux pendant la médiation.....	30
Questions et réponses.....	30

MÉDIATION

Le respect des lois et la sécurité des contrats comptent parmi les facteurs les plus importants pour les PME et les investisseurs étrangers. Les institutions d'arbitrage et de médiation ainsi que les experts juridiques du monde entier reconnaissent que la médiation commerciale (qui est différente de l'arbitrage) peut permettre des solutions plus rapides et des résultats plus concrets que les processus d'arbitrage ou judiciaires, plus « légalistes ».

L'intérêt économique de bénéficier de services de médiation commerciale efficaces, comme composante indispensable au maintien d'un environnement commercial sain, est tel que, depuis avril 2011 (Directive européenne 2008/52/CE), tous les pays européens sont tenus de mettre en place des lois veillant à ce que les contrats de règlement par médiation aient force exécutoire au même titre que les jugements des tribunaux.

Dans plusieurs pays d'Afrique et d'Amérique latine, la médiation s'est révélée si efficace qu'elle est devenue un passage obligé avant d'engager une procédure judiciaire.

QU'EST-CE QUE LA MÉDIATION ?

Selon l'Article 3 de la Directive européenne de 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, on entend par :

(a) « médiation », un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties d'un litige tentent par elles-mêmes, sur une base volontaire, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre.

Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire relativement au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige ;

(b) « médiateur », tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener.

JAMS International, un prestataire privé de services de médiation au Royaume-Uni, utilise cette définition : « La médiation est un processus au cours duquel les parties se rencontrent en présence d'une personne impartiale, neutre

et choisie par les deux parties, qui les aide à négocier le règlement de leurs différends ».

Le Centre pour le règlement efficace des différends (CEDR), un prestataire de services de médiation basé au Royaume-Uni, décrit la médiation de la façon suivante : « Processus flexible exécuté en toute confidentialité et au cours duquel une personne neutre aide de façon active les parties à parvenir à un accord négocié pour régler un litige ou un différend ; les parties restant maîtresses de la décision finale de règlement et des conditions de la résolution ».

HISTORIQUE ET CONTEXTE

Une opinion internationale concernant l'émergence de la médiation a été sondée dans le cadre de réunions d'institutions de règlement de différends organisées par l'ITC entre 2002 et 2009. Au cours de ces réunions, les participants ont pris conscience de la généralisation de la médiation. Voici quelques conclusions tirées de ces réunions.

- Dans les années 1980, les chefs d'entreprises américains se disaient mécontents du système de contentieux public en raison de son coût élevé, des retards de traitement, d'une acrimonie, de la diversité des procédures et du manque d'efficacité. Les avocats des services juridiques de certaines grandes entreprises américaines ont créé un institut destiné à étudier des solutions alternatives au contentieux. Une déclaration a été distribuée et signée par plus de 4 000 sociétés : « Les soussignés s'engagent au moins à envisager de recourir à un règlement alternatif des différends avec une autre société signataire de cette déclaration ».
- Dès le début des années 1990, la Chambre de commerce de Bogota, en Colombie, traditionnellement chargée de gérer plusieurs centaines de procédures d'arbitrage par an, a pris conscience du fléau de la violence qui gangrénait la ville au point de proposer des services de médiation aux entreprises, mais également au grand public. La médiation a été intégrée à la constitution du pays, et 22 centres de médiation ont été créés à Bogota afin de régler les différends locaux par l'intermédiaire de médiateurs volontaires qualifiés. La formation en médiation obligatoire des avocats a été instituée.

La médiation a également trouvé sa place à l'école. À Bogota, selon les estimations, un étudiant sur deux avait été victime de vol et un sur trois avait été victime de passages à tabac et d'agressions physiques de la part d'autres étudiants. À

compter de 2001, un projet bien plus ambitieux a permis de former 20 800 médiateurs dans 225 établissements de formation afin de résoudre ces problèmes. (www.ccb.org.co)

- En Afrique du Sud après l'apartheid, la Commission de conciliation, de médiation et d'arbitrage était chargée de résoudre les conflits du travail principalement par le biais de la conciliation. Selon les chiffres relevés en 2012, le nombre annuel de procédures de conciliation était supérieur à 100 000 et le nombre de procédures d'arbitrage atteignait 50 000. Il existe une obligation légale de renvoyer les litiges pour licenciement abusif en conciliation avec une audience dans un délai de 30 jours. Les différends non résolus peuvent alors être transmis à la Commission de conciliation, de médiation et d'arbitrage à des fins d'arbitrage, et d'autres sont envoyés en contentieux. En 2011 et 2012, le taux de règlement était de 65 %. Un rapport de l'OIT indique : « Comparée aux tribunaux classiques, qu'il s'agisse de tribunaux civils avec compétence générale ou de tribunaux du travail spécialisés, la Commission de conciliation, de médiation et d'arbitrage s'est avérée très efficace ».
- La Chine dispose d'un système qui combine médiation et arbitrage. Les parties à une procédure d'arbitrage ou le tribunal d'arbitrage peuvent suggérer le recours à une procédure de médiation. La législation en matière d'arbitrage permet à l'arbitre de passer par la médiation avant de prononcer une sentence d'arbitrage. En pratique, les arbitres demandent systématiquement aux parties si elles souhaitent que le tribunal d'arbitrage leur apporte son aide pour parvenir à un règlement amiable.
- Les institutions européennes ont encouragé le développement de la médiation dans les États membres en adoptant la Directive 2008/52/CE 2008 de la Commission européenne. La Directive vise à « faciliter l'accès à des procédures de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante autour de la médiation et des procédures judiciaires ». Elle s'applique uniquement aux litiges civils et commerciaux transfrontaliers. Cette Directive n'impose aux parties aucune obligation de médiation, mais insiste sur les avantages de la médiation. Une étude européenne datant de 2015 recommande à l'Union européenne d'envisager l'exigence d'une médiation obligatoire dans certaines catégories d'affaires, avec la possibilité de se désengager. Cette étude souligne également un certain enthousiasme pour les mesures destinées à promouvoir la médiation au sein de l'Union européenne.

L'émergence de la médiation est un phénomène mondial. Ce développement a incité les hommes de loi à réexaminer les attitudes et les principes qui sous-tendent les approches de contentieux et d'arbitrage. La montée en puissance de la médiation vient en réponse à la multiplication des processus accusatoires et conflictuels, ainsi qu'au principe de plaidoyer, selon lequel les avocats ont été, pendant

plusieurs siècles, exclusivement formés à défendre les intérêts de leurs clients au détriment de l'autre partie.

Par conséquent, il est de plus en plus admis que les conflits, habituellement considérés comme le mobile principal de l'interaction entre les hommes, peuvent et doivent être résolus dans de nombreux cas par une coopération entre les parties.

LE PROCESSUS DE MÉDIATION

Bien que chaque médiateur ait son propre style, voici les principales étapes de la médiation.

Introduction : le médiateur, en présence des deux parties, expose le déroulement et les règles élémentaires de la procédure de médiation ainsi que le rôle des parties, souligne le caractère indépendant et impartial de son intervention et énonce sa vision des problèmes à régler.

Expression des points de vue des parties : chaque partie aura la possibilité de raconter sa version des faits, sans être interrompue, et d'expliquer le cadre qu'elle donne aux problèmes.

Collecte d'informations : à l'aide de questions ouvertes, le médiateur améliorera sa compréhension des problèmes et instaurera une relation avec les parties.

Identification des problèmes : le médiateur explique ce qu'il comprend des problèmes et précise les problèmes à l'aide des informations fournies par les parties. L'objectif est de parvenir à un accord concernant ces problèmes.

Proposition d'options : l'une des méthodes souvent utilisées pendant cette phase est la convocation de séances privées avec chaque partie afin d'étudier avec elle les différentes options possibles et l'encourager à proposer des solutions. Les informations communiquées au médiateur pendant ces réunions secrètes ne peuvent pas être divulguées à l'autre partie sans le consentement de la première.

Réussite ou échec de la procédure visant à trouver un accord : lorsqu'un accord est trouvé, il est formulé par écrit et signé par les parties, leurs avocats et le médiateur. Le tribunal peut mettre cet accord signé à exécution. En l'absence d'accord, l'une des parties peut recourir à une procédure d'arbitrage, s'il existe un contrat à arbitrer, ou de contentieux.

LE RÔLE DU MÉDIATEUR

Il est rare que les médiateurs proposent ou suggèrent une solution. Ils agissent en qualité de facilitateurs afin d'aider les parties à identifier les bases d'un accord. Chaque médiateur a son propre style. Cependant, les parties doivent savoir à l'avance ce qu'elles sont en droit d'attendre de ce

processus. La plupart des médiateurs sont qualifiés pour mettre en place une approche facilitée de la médiation. Ils structureront un processus de médiation visant à aider les parties à trouver une issue mutuellement satisfaisante.

JAMS émet la déclaration suivante concernant le rôle du médiateur :

« La médiation laisse l'intégralité du pouvoir de décision aux parties, et uniquement à celles-ci. Le médiateur ne décide pas de ce qui est « juste » ou « bien », n'évalue pas la responsabilité et n'émet aucun avis concernant le bien-fondé ou les chances de réussite en situation de contentieux. Le médiateur fait office de catalyseur entre des intérêts opposés, qu'il essaie de rapprocher en définissant les difficultés et en éliminant les obstacles à la communication, tout en modérant et en guidant le processus de façon à éviter la confrontation et les intentions malveillantes. Le médiateur sollicitera toutefois des concessions de la part des deux parties pendant le processus de médiation ».

de Paris a déclaré en 2014 qu'en moyenne et selon son règlement, une procédure de médiation durait 15 heures et coûtait 5 000 euros. Selon le barème de médiation 2015 de l'ICC, les coûts d'une procédure de médiation concernant un litige dont le montant est compris entre 2 millions \$E.-U. et 10 millions \$E.-U., s'élèvent à 2 000 \$E.-U. de frais de dépôt et 15 000 \$E.-U. de frais administratifs auxquels viennent s'ajouter les honoraires et frais des médiateurs. Il n'existe pas de taux horaire prédéterminé. Les tarifs horaires sont fixés par le Centre international d'ADR de l'ICC et sont calculés en fonction du temps raisonnablement consacré à la procédure par le médiateur. Ces coûts diminuent considérablement dès lors qu'il est question de médiation dans les pays en développement.

RÔLE DES REPRÉSENTANTS LÉGAUX PENDANT LA MÉDIATION

Dans le cadre d'une procédure de médiation, la participation du conseiller juridique de chaque partie peut être appropriée et utile. Le conseiller confirmera l'acceptabilité d'un accord de règlement et pourra contribuer à sa rédaction. Le contrat sera alors contraignant pour les parties.

Pour donner une issue favorable à cette procédure, les avocats doivent sortir de leur rôle habituel pour endosser le rôle de conseiller et d'assistant. Ils doivent également comprendre que la meilleure solution pour leur client ne représente probablement pas la meilleure issue dans le cadre de la médiation.

QUESTIONS ET RÉPONSES

Combien de temps dure une procédure de médiation ?

Les procédures de médiation durent rarement plus de deux jours. Pour les affaires complexes, elles peuvent durer une semaine, voire plus.

La médiation est-elle confidentielle ?

Oui. La plupart des codes de conduite précisent que les médiateurs sont liés par une obligation de confidentialité. La plupart des codes prévoient également que les positions prises par les parties à une procédure de médiation ne puissent pas être utilisées par les autres parties lors de procédures d'arbitrage ou de contentieux ultérieures.

Combien coûte la médiation ?

Une procédure de médiation coûte moins cher qu'une procédure d'arbitrage. Le Centre de médiation et d'arbitrage



PARTIE 3

ARBITRAGE

ARBITRAGE.....	34
Arbitrage institutionnel	34
Arbitrage ad hoc	35
LA CONVENTION D'ARBITRAGE	37
Une clause compromissoire est-elle nécessaire ?	37
La clause compromissoire doit être rédigée par écrit	37
Fonctions d'une clause compromissoire	37
Clause compromissoire ou accord de soumission ?	37
Intégration de la clause compromissoire à titre de référence	37
Qui peut conclure une convention d'arbitrage ?	38
Séparabilité de la clause compromissoire	38
Droit applicable à la convention d'arbitrage	39
Différentes règles d'arbitrabilité	39
Contenu de la convention d'arbitrage	41
Clauses compromissoires à éviter	50
Recommandations relatives à la rédaction des conventions d'arbitrage	51
CONSTITUTION DU TRIBUNAL D'ARBITRAGE	53
Arbitrage institutionnel	53
Arbitrage ad hoc	53
Arbitrage multipartite	54
POUVOIRS, OBLIGATIONS ET COMPÉTENCE DU TRIBUNAL D'ARBITRAGE	56
Pouvoirs et limitations	56
Obligations du tribunal d'arbitrage	56
Compétence	57
Arbitres d'urgence	57
PROCÉDURE D'ARBITRAGE	59
Principe général – Autonomie des parties	59
Procédures tranchées par le tribunal	59
Audiences et témoignages	59
DROIT APPLICABLE	62
Droit applicable au fond du différend	62
Droit applicable à la procédure d'arbitrage	64
SENTENCES D'ARBITRAGE	67
Sentence définitive	67
Sentences partielles et transitoires	67
Sentence par consentement	67
Reconnaissance et exécution	67
Contestation des sentences d'arbitrage	69
Frais d'arbitrage	69

ARBITRAGE

L'arbitrage est le mécanisme alternatif le plus connu et le plus accessible pour régler les litiges. Ce mécanisme est principalement utilisé dans le cadre de transactions commerciales internationales car il est souvent plus facile d'exécuter des sentences d'arbitrage dans un pays étranger signataire de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958), que les jugements des tribunaux.

ARBITRAGE INSTITUTIONNEL

L'arbitrage institutionnel implique que les parties choisissent d'exécuter leur procédure d'arbitrage en vertu des règles et avec l'aide d'une institution d'arbitrage. Ce faisant, elles attendent de l'institution d'arbitrage certains services d'organisation et de supervision de la procédure d'arbitrage. L'institution d'arbitrage facture aux parties certains honoraires en échange de ses services. Ce montant couvre généralement les frais administratifs de l'institution d'arbitrage. Selon l'institution d'arbitrage et les règles choisies, le montant payé par les parties peut également couvrir les honoraires et frais des arbitres.

Pour bénéficier de l'assistance d'une institution d'arbitrage, les parties doivent s'entendre de manière explicite, généralement par la clause compromissoire de leur contrat ou par un accord de soumission signé en cas de litige. Le nom de l'institution doit être correctement orthographié. L'apparition du nom de l'institution d'arbitrage sous une forme imprécise ou incomplète peut donner lieu à un conflit entre les parties au moment du litige.

Par exemple : la mention « [C]onformément aux Règles d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Genève » est incorrecte car il n'existe qu'une seule Chambre de commerce internationale, et son siège est à Paris. La formulation appropriée est « Chambre de commerce internationale ». Cette erreur à première vue insignifiante a souvent entraîné plusieurs mois de retard et de frais. Le moyen le plus simple d'éviter ce type d'erreur est d'utiliser la clause recommandée fournie par l'institution, disponible sur le site Internet de l'ICC.

CHOISIR L'INSTITUTION D'ARBITRAGE APPROPRIÉE

Le nombre d'institutions d'arbitrage dans le monde entier augmente au fur et à mesure que l'arbitrage devient la

méthode généralement admise de résolution des litiges commerciaux internationaux. Aujourd'hui, il existe plusieurs centaines d'institutions d'arbitrage dans la quasi-totalité des pays.

Certaines institutions d'arbitrage administrent principalement des procédures d'arbitrage nationales, c'est-à-dire des procédures d'arbitrage entre des ressortissants d'un pays donné. D'autres institutions d'arbitrage mettent l'accent sur l'arbitrage international et proposent leurs règles dans plusieurs langues. Plusieurs institutions administrent les deux types de procédures.

Bien que la plupart des institutions administrent des procédures d'arbitrage dans tous les secteurs économiques, plusieurs se spécialisent dans un secteur économique ou un secteur d'activité précis tel que le droit maritime, les biens et services marchands ou la construction. Par exemple, la Commission d'arbitrage maritime de Tokyo gère la fonction d'arbitrage du Japan Shipping Exchange dans les domaines de l'expédition, de la construction navale, de la souscription d'assurances maritimes, de la négociation, du courtage maritime et des installations côtières, ainsi que du financement. L'Association pour le commerce des grains et des céréales fourragères basée à Londres propose un service d'arbitrage des affaires relatives à la commercialisation des céréales.

Certaines institutions sont en charge des procédures d'arbitrage de litiges en lien avec le commerce du café dans plusieurs pays, notamment la Chambre arbitrale pour le café à Anvers, la Chambre arbitrale italienne pour le café à Gênes, la Chambre arbitrale à Trieste et l'Office du café à Bangalore.

Les parties doivent s'assurer que l'institution d'arbitrage à laquelle ils souhaitent faire appel pour régler leurs différends possède l'expérience requise dans le secteur économique concerné. Cette expérience doit se traduire par une liste ou un groupe composé(e) d'arbitres potentiels spécialistes du domaine en question, que l'institution d'arbitrage doit pouvoir nommer dans le cas où les parties ne nommeraient pas elles-mêmes les arbitres.

Certaines institutions peuvent communiquer aux parties une liste restreinte de personnes qu'elles peuvent choisir comme arbitres. Certaines institutions d'arbitrage peuvent limiter cette liste d'arbitres à des ressortissants de leur pays ou à des personnes possédant une expérience spécifique. D'autres institutions d'arbitrage peuvent ne pas utiliser de liste et laisser aux parties la liberté totale de choisir les arbitres.

ASSISTANCE DE LA PART DES INSTITUTIONS D'ARBITRAGE

Types d'assistance

Les institutions d'arbitrage ne fournissent pas toutes les mêmes services. Certaines institutions proposent simplement des règles et des directives, mais pas d'autres services. D'autres institutions procurent des règles ainsi qu'une liste d'arbitres qualifiés, mais ne participent pas à la nomination des arbitres. Dans la mesure où ces institutions n'administrent aucune affaire, elles ne facturent pas de frais administratifs.

Un autre groupe d'institutions contribue à l'amorçage de la procédure d'arbitrage et à la nomination des arbitres. D'autres institutions supervisent l'intégralité du processus d'arbitrage, depuis la notification à la partie défenderesse de la requête du plaignant en arbitrage jusqu'à la notification de la sentence d'arbitrage aux parties.

Services-types

En général, une institution d'arbitrage reçoit une requête en arbitrage et la transmet à la partie intimée. L'institution peut définir un délai au-delà duquel l'intimé ne peut plus déposer son dossier de défense et ses commentaires concernant la constitution du tribunal d'arbitrage et le lieu de la procédure d'arbitrage.

L'aide apportée par une institution d'arbitrage peut être très précieuse car elle garantit l'exécution rapide du processus, même si l'intimé n'est pas disposé à y participer. Si un intimé manque à son obligation de désigner un co-arbitre ou de s'accorder avec le plaignant sur la constitution et le fonctionnement du tribunal d'arbitrage ou le lieu de la procédure d'arbitrage, l'institution d'arbitrage prendra les mesures nécessaires pour constituer le tribunal d'arbitrage et choisir le lieu de la procédure d'arbitrage.

Les institutions d'arbitrage fixent généralement un délai de prononciation de la sentence par le tribunal ou de mise en place d'un cahier des charges. L'institution d'arbitrage s'assure que le tribunal respecte ces délais. Si la sentence d'arbitrage ne peut pas être prononcée dans les délais impartis, l'institution d'arbitrage peut décider de prolonger le délai.

Dans le cas où un arbitre manquerait à l'une de ses obligations, par exemple s'il ne se montre pas impartial ou s'il n'est pas en mesure de remplir ses fonctions pour des raisons de santé, ou encore s'il démissionne ou décède, l'institution d'arbitrage sélectionne alors un remplaçant sans retarder la procédure. Aucune intervention judiciaire ne sera requise dans les situations qui auraient autrement pour effet de perturber le processus d'arbitrage.

Si une partie omet ou refuse de participer à la procédure d'arbitrage, l'institution d'arbitrage vérifie que le tribunal a respecté le processus à la lettre. Cela permet de garantir le

caractère exécutoire de la sentence d'arbitrage prononcée par le tribunal. Cet effort de supervision peut fournir une garantie de reconnaissance de la sentence par les tribunaux du pays où elle doit être exécutée, le plus souvent le pays de la partie perdante.

Dans une procédure d'arbitrage institutionnel, la sentence du tribunal est généralement notifiée aux parties par l'institution, pas par le tribunal. Certaines institutions veillent à ce que la notification soit conforme à des normes pertinentes. L'institution d'arbitrage détermine généralement les honoraires d'arbitrage à l'issue de la procédure d'arbitrage. La fixation des coûts associés à la procédure d'arbitrage, l'administration des avances de frais et le contrôle de la rémunération des arbitres sont des services importants rendus par les institutions.

L'arbitrage institutionnel présente un avantage non négligeable : le personnel professionnel est généralement disponible pour répondre aux questions des parties concernant l'organisation et le déroulement de la procédure d'arbitrage.

Plusieurs institutions d'arbitrage mettent à disposition des salles d'audience et des salles de réunion des arbitres ainsi que des services de secrétariat, entre autres. Les frais administratifs peuvent varier considérablement d'une institution à une autre en fonction des services fournis. Le montant des frais administratifs, à l'instar des honoraires des arbitres, est généralement déterminé suivant un barème reposant sur le montant litigieux. Les institutions publient ces barèmes en même temps que leurs règles d'arbitrage.

ARBITRAGE AD HOC

L'arbitrage ad hoc n'est pas soumis aux règles d'une institution d'arbitrage. Dans la mesure où les parties ne sont pas tenues de respecter les règles d'une institution d'arbitrage, elles peuvent définir leurs propres règles de procédure d'un commun accord. L'arbitrage ad hoc s'apparente un peu à l'arbitrage « amateur ».

Le lieu d'une procédure d'arbitrage ad hoc est important car la plupart des difficultés concernant l'arbitrage seront résolues en application de la législation nationale en vigueur sur le lieu d'arbitrage.

Partons du principe, par exemple, que les parties ont convenu de recourir à une procédure d'arbitrage ad hoc devant « un ou trois » arbitres et que l'une des parties ne participe pas à la procédure. Combien d'arbitres sont nommés ? Qui décide du nombre ? Qui nomme le ou les arbitre(s) ? Les réponses à ces questions dépendent en grande partie du lieu de la procédure d'arbitrage.

Dans la mesure où les parties à une procédure d'arbitrage ne s'en remettent pas aux règles d'une institution d'arbitrage, elles doivent s'accorder autant que possible

Encadré 15: Arbitrage ad hoc en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Les parties peuvent convenir d'exécuter une procédure d'arbitrage ad hoc en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, un ensemble de règles applicables à la composition du tribunal, au déroulement de la procédure et à la prononciation de la sentence. Ce règlement a été testé partout dans le monde et est universellement admis comme acceptable.

Par exemple, les parties qui n'ont pas inclus dans leur convention d'arbitrage une stipulation selon laquelle un ensemble particulier de règles d'arbitrage régira leur procédure d'arbitrage souhaiteront peut-être le faire suite à un litige. Dans ce cas, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI peut se révéler très utile.

Pour accélérer le processus lorsque les parties choisissent de s'en remettre au Règlement d'arbitrage de la

CNUDCI, elles doivent désigner à l'avance une « autorité de nomination » dans les termes de leur convention d'arbitrage. En vertu du Règlement de la CNUDCI, l'autorité de nomination peut désigner un arbitre lorsqu'une partie manque à cette obligation. Elle peut également résoudre les problèmes et sélectionner les remplaçants des arbitres.

Si les parties ne désignent aucune autorité de nomination et que des questions surviennent pendant le déroulement de la procédure d'arbitrage, l'une des parties devra demander au Secrétaire général de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye de désigner une autorité de nomination, ce qui entraînera une perte de temps inutile.

Source: www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf

sur les règles qu'elles ont sélectionnées afin d'éviter de perturber le processus d'arbitrage. Elles doivent s'entendre sur les questions, entre autres, de la constitution du tribunal, sur le lieu de l'arbitrage et sur le délai de prononciation de la sentence. Elles doivent également convenir avec les arbitres de la base de calcul de leur rémunération.

Si les parties ne prévoient aucune règle applicable à l'organisation et au déroulement de la procédure d'arbitrage, elles sont généralement tenues d'observer les règles d'arbitrage et de procédure en vigueur dans le pays où la procédure d'arbitrage a lieu.

AVANTAGES ET COÛTS DE L'ARBITRAGE AD HOC

Les parties optent souvent pour l'arbitrage ad hoc afin de s'épargner des frais supplémentaires et d'éventuels retards occasionnés par l'application des règles de certaines institutions d'arbitrage.

Cependant, l'arbitrage ad hoc n'est pas toujours synonyme de procédures d'arbitrage plus rapides et moins chères. En l'absence d'institution qui fixe et supervise les délais et en l'absence de barème d'honoraires fixe, les parties sont contraintes de s'accorder directement avec les arbitres sur les délais et la base de calcul de rémunération de ces derniers. Il arrive que les parties rémunèrent les arbitres à un tarif horaire négocié. Ce tarif peut correspondre à une somme totale supérieure au montant que les parties auraient payé si elles avaient confié leur litige à une institution d'arbitrage.

Dans le cas d'une procédure d'arbitrage ad hoc, aucune institution ne supervise les arbitres et la procédure. La réussite de la procédure dépend largement de la qualité de

l'organisation et du contrôle par les arbitres de la procédure d'arbitrage. Ni les parties, ni les arbitres n'ont la possibilité de demander un soutien ou une assistance spécifique auprès d'une institution en cas de problèmes imprévus et que les arbitres ne sont pas en mesure de gérer. La seule assistance disponible serait alors assurée par les tribunaux.

OBTENIR DE L'AIDE

Bien que les parties à une procédure d'arbitrage ad hoc ne soumettent par leur litige aux règles d'une institution d'arbitrage, elles peuvent néanmoins s'entendre pour solliciter une institution d'arbitrage ou une autre institution, telle qu'une chambre de commerce ou le président d'un tribunal intervenant à titre personnel en qualité d'« autorité de nomination ». Dans ce cas, les parties ne sont pas tenues de faire appel à un tribunal, avec les exigences procédurales que cela peut entraîner, pour garantir la nomination d'un ou plusieurs arbitres.

L'institution d'arbitrage, ou une autre institution agissant en qualité d'autorité de nomination, traite généralement la question de la constitution du tribunal d'arbitrage aussi rapidement qu'une institution dans le cadre d'une affaire gérée en vertu de ses propres règles d'arbitrage. En général, elle demande le règlement d'une somme d'argent limitée en échange de cette nomination.

LA CONVENTION D'ARBITRAGE

UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE EST-ELLE NÉCESSAIRE ?

L'arbitrage est le mécanisme de règlement des différends le plus souvent utilisé dans le contexte du commerce international. Par conséquent, il est recommandé d'intégrer des clauses compromissoires. Sans clause de règlement des différends, il est bien plus compliqué de déterminer la cour ou le tribunal compétent(e). S'agira-t-il du tribunal situé sur le territoire d'exécution de la transaction des parties, la résidence de l'intimé ou la résidence du plaignant ?

Sans clause de règlement des différends, les parties devront recourir à l'application des règles de conflit de lois et éventuellement des conventions internationales ou des traités bilatéraux afin de déterminer le tribunal compétent. Cette nécessité d'application pourra donner lieu à des incertitudes, une perte de temps et des frais supplémentaires. Il existera également le risque de voir plusieurs tribunaux revendiquer leur compétence et émettre des décisions contradictoires. Cette situation génère le risque qu'une décision rendue dans une juridiction donnée ne soit pas reconnue et exécutée dans une autre juridiction.

LA CLAUSE COMPROMISSOIRE DOIT ÊTRE RÉDIGÉE PAR ÉCRIT

L'arbitrage est une procédure consensuelle qui dépend de la volonté des parties. L'intention de recourir à une procédure d'arbitrage est exprimée dans un contrat écrit, la convention d'arbitrage, négocié entre les parties et indépendant du contrat commercial auquel il est intégré.

Même si le contrat initial a été conclu oralement, ce n'est pas le cas de la clause compromissoire. La plupart des législations d'arbitrage nationales et internationales, y compris la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, exigent de définir la clause compromissoire par écrit même lorsque le contrat initial a été conclu oralement. L'article II (2) de la Convention de New York stipule : « On entend par « convention écrite » une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signé(e) par les parties ou contenu(e) dans un échange de lettres ou de télégrammes ».

La convention d'arbitrage est généralement considérée comme écrite lorsqu'elle est insérée dans un document signé par les parties ou contenue dans un échange de télécopies, de courriels ou tout autre moyen de communication attestant son existence.

FONCTIONS D'UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE

La clause compromissoire doit :

- produire des effets contraignants pour les parties ;
- exclure une intervention judiciaire dans le règlement d'un différend, au moins avant la prononciation de la sentence ;
- habiliter les arbitres à régler les différends entre les parties ; et
- permettre l'exécution d'une procédure efficace qui génère la prononciation d'une sentence exécutoire.

CLAUSE COMPROMISSOIRE OU ACCORD DE SOUMISSION ?

Les parties désireuses de régler un différend par voie d'arbitrage ont deux options. Elles peuvent attendre qu'un litige survienne et ensuite convenir de recourir à une procédure d'arbitrage. Sinon, elles peuvent anticiper les événements en intégrant une clause compromissoire à leur contrat. Dans les deux cas, l'accord est dénommé convention d'arbitrage, mais en pratique les différences sont notables.

L'expérience révèle que, dans le cas où une partie envisage une procédure d'arbitrage, elle doit insérer une clause compromissoire dans le contrat initial au lieu d'attendre que le litige survienne et tenter ensuite de négocier un accord de soumission avec son cocontractant. Une fois le différend survenu, il est peu probable que les parties soient disposées à s'accorder sur quoi que ce soit, en particulier sur la méthode de résolution de leurs litiges. La partie la plus soumise à pression cherchera probablement à invoquer la compétence des tribunaux de son pays. L'une des parties pourrait bénéficier d'un avantage tactique à passer par une procédure de contentieux tandis que l'autre pourrait préférer recourir à une procédure d'arbitrage. Il est donc souhaitable d'anticiper cette situation en optant pour l'inclusion d'une clause compromissoire dans le contrat initial.

INTÉGRATION DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE À TITRE DE RÉFÉRENCE

La procédure d'arbitrage peut se dérouler sans clause compromissoire intégrée au contrat commercial. Un

engagement à recourir à une procédure d'arbitrage peut être obtenu lorsqu'une transaction est exécutée en renvoyant toutes les questions, autres que le coût, l'expédition et le prix, aux « Conditions générales » d'une industrie ou d'une société particulière.

Cette approche est simple, utile et rapide car elle permet aux partenaires commerciaux de conclure un contrat simplement en échangeant des lettres, des courriels ou des télécopies. Si les Conditions générales comportent une clause compromissoire, leur acceptation peut s'appliquer à la clause compromissoire et générer une obligation d'arbitrage. Toutefois, certaines précautions s'imposent pour en garantir la validité et la clarté. Le recours à l'arbitrage n'est pas toujours clairement défini, en particulier dans les Conditions générales en petits caractères souvent utilisées par certaines entreprises.

Les tribunaux de nombreux pays se méfient de la pratique consistant à intégrer des clauses compromissoires aux Conditions générales à titre de référence et remettent leur validité en question. Ces juridictions peuvent douter du fait que les parties aient consenti à intégrer une clause de règlement des différends, en particulier lorsque le différend survient dans un pays tiers. Les tribunaux peuvent refuser de reconnaître la clause compromissoire contenue dans des Conditions générales, mais seront plus enclins à reconnaître la validité d'une clause compromissoire contenue dans un contrat ou un échange de lettres.

Lorsque des partenaires commerciaux souhaitent conclure un contrat renvoyant à des Conditions générales existantes, ils doivent explicitement faire référence à la clause compromissoire contenue dans ces conditions. Voici un exemple de référence directe à une clause compromissoire habituellement reconnue :

« Nous nous engageons à livrer FOB [franco à bord] à Hambourg, entre le 5 et le 16 septembre 2015, 4 000 tonnes de pulpe de grade trois, conformément aux Conditions générales de l'Association marocaine des exportateurs d'agrumes. Arbitrage selon le Règlement de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève (Suisse), conformément à la Clause 15 desdites Conditions générales. Veuillez indiquer votre acceptation de ces conditions par retour de courriel ».

QUI PEUT CONCLURE UNE CONVENTION D'ARBITRAGE ?

La Convention de New York stipule dans son Article V, 1. a) que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence d'arbitrage peuvent être refusées si l'une des parties à la convention d'arbitrage est « frappée d'une incapacité ».

La capacité d'une partie à conclure une convention d'arbitrage dépend de sa propre législation nationale. Ainsi, il est nécessaire de déterminer si un État ou une entité publique, un conseil municipal, voire une entité privée, est habilité à

conclure une convention d'arbitrage en vertu de sa législation nationale. En cas de doute, il est souhaitable de solliciter le conseil juridique d'un avocat basé dans le pays concerné.

Lorsqu'un représentant, un mandataire ou un intermédiaire signe un contrat comportant une clause compromissoire, il est nécessaire de vérifier que cette personne est habilitée à engager l'entité au nom de laquelle elle intervient. En général, c'est la législation nationale en vigueur dans le pays où l'entité est immatriculée qui régit les pouvoirs concédés au représentant de l'entité.

SÉPARABILITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

La séparabilité (ou « autonomie », « indépendance », « divisibilité ») de la convention d'arbitrage est un principe juridique largement admis sans lequel l'arbitrage ne se serait pas autant développé. Selon le principe de séparabilité, la clause compromissoire d'un contrat est distincte, indépendante du contrat. Si l'accord sous-jacent est jugé invalide pour quelque motif que ce soit, la clause compromissoire, elle, reste valide.

Cette théorie repose sur l'idée que les défendeurs en position de faiblesse et désireux d'échapper à une procédure d'arbitrage invoqueraient le fait que, si le contrat est invalide, la clause compromissoire contenue dans ce contrat doit l'être également. Par conséquent, la procédure d'arbitrage n'aurait pas lieu et les arbitres ne seraient pas compétents.

Cet argument semble logique et aurait pu restreindre considérablement le recours à une procédure d'arbitrage si le principe de séparabilité n'avait pas été adopté. La notion de séparabilité signifie que :

- si un tribunal d'arbitrage considère que le contrat contenant la convention d'arbitrage est inexistant ou nul et non avenu, cela n'implique pas nécessairement que la convention d'arbitrage est également inexistante ou nulle et non avenu.
- le tribunal aura compétence pour déterminer les droits et obligations respectifs des parties et pour juger leurs revendications et requêtes, même si le contrat intégrant la clause compromissoire est considéré inexistant ou nul et non avenu.
- une clause compromissoire peut être régie par une législation différente de celle qui régit le contrat principal.

Le principe de séparabilité est décrit de la façon suivante à l'Article 16 (1) de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international : « Une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ».

DROIT APPLICABLE À LA CONVENTION D'ARBITRAGE

VALIDITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Le terme « convention d'arbitrage » s'applique à deux types de convention : la clause compromissoire, intégrée au contrat, et l'accord de soumission, que les parties concluent après la survenue d'un différend.

Pour porter ses effets, une convention d'arbitrage doit être valide. À quels égards la convention doit-elle être valide et quelle législation détermine cette validité ? La clause compromissoire est normalement régie par la même législation que le reste du contrat et sa validité sera examinée en vertu de la législation en vigueur dans ce pays. Il est rare mais possible de prévoir que la clause compromissoire soit régie par la législation d'un pays donné alors que le reste du contrat dépend de la législation d'un autre pays.

Arbitrabilité et capacité sont deux exigences qu'il convient de satisfaire pour garantir la validité de la convention d'arbitrage. Toutefois, ces exigences peuvent dépendre de législations différentes. La question de la capacité est déterminée en vertu du droit applicable à la partie concernée, tandis que la question de l'arbitrabilité peut être déterminée au titre de législations différentes, notamment la législation en vigueur dans le pays d'exécution.

Si le litige ne trouve pas d'issue favorable par voie d'arbitrage, la sentence restera sans effet. La Convention de New York stipule expressément à l'Article V (2) (a) que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront être refusées si « l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ».

Cette difficulté est résolue en vertu de la législation en vigueur dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont sollicitées. Elle se manifeste généralement en cas de différends survenant dans des domaines tels que la concurrence, l'insolvabilité ou le droit du travail. Dans certains pays, ces domaines sont exclus de la compétence des arbitres.

SOULEVER LA QUESTION DE LA VALIDITÉ DÈS LE DÉBUT D'UNE PROCÉDURE D'ARBITRAGE

Il est assez fréquent que la question de la validité d'une convention d'arbitrage soit soulevée par l'une des parties, généralement l'intimé, à un moment ou à un autre de la procédure d'arbitrage. Au début d'une procédure d'arbitrage, une partie peut chercher à contester un recours à la procédure d'arbitrage en invoquant l'invalidité de la convention d'arbitrage. Cette contestation peut être adressée au tribunal d'arbitrage ou à une cour de justice.

Si les parties ont décidé au préalable de régler leurs différends par voie d'arbitrage institutionnel, l'institution peut décider, en vertu de ses règles, d'accepter ou non d'engager la procédure d'arbitrage. La décision d'engager la procédure d'arbitrage prise par l'institution est généralement de nature administrative. Une fois constitué, le tribunal d'arbitrage peut, conformément au principe de *Kompetenz-Kompetenz*, déterminer lui-même s'il possède la compétence requise pour régler le différend qui lui est présenté. Cela signifie que, en principe, une cour de justice n'a pas à intervenir dans la décision d'un tribunal d'arbitrage concernant sa propre compétence.

Si l'institution d'arbitrage décide de ne pas engager de procédure d'arbitrage au motif qu'il n'existe aucune clause compromissoire valide ou que cette clause ne fait pas référence à l'institution d'arbitrage, la partie insatisfaite peut contester cette décision administrative devant une cour de justice localisée sur le territoire de l'institution d'arbitrage.

SOULEVER LA QUESTION DE LA VALIDITÉ À L'ISSUE D'UNE PROCÉDURE D'ARBITRAGE

À l'issue de la procédure d'arbitrage, des questions relatives à la validité de la convention d'arbitrage peuvent être soulevées dans le cadre d'une action en justice engagée par la partie perdante cherchant à faire invalider la sentence ou à en faire récuser la reconnaissance et l'exécution.

Lorsque les parties ne sont pas parvenues à s'accorder sur le choix de la législation, la validité de la convention d'arbitrage devra éventuellement être déterminée en vertu du droit applicable sur le lieu de la procédure d'arbitrage ou sur le lieu de l'exécution. Même lorsqu'un tribunal d'arbitrage juge que la convention d'arbitrage est valide, la question de la validité pourra faire l'objet d'un examen complémentaire par la cour de justice à l'étape d'exécution en vertu du droit applicable sur le lieu de l'exécution. Lorsqu'il est demandé à une cour de justice, sur le lieu de la procédure d'arbitrage, d'invalider la sentence, elle examinera la validité de la convention d'arbitrage en vertu du droit applicable sur le lieu de la procédure d'arbitrage.

DIFFÉRENTES RÈGLES D'ARBITRABILITÉ

La condition d'arbitrabilité implique que l'objet du litige puisse être résolu par voie d'arbitrage. Si l'objet n'est pas arbitral, la convention d'arbitrage est invalide en ce qui concerne ce différend. Les règles d'arbitrabilité sont différentes en fonction du pays et du système juridique. Les arbitres doivent tenir compte de ces différences au moment de déterminer l'arbitrabilité d'un conflit.

Le concept d'arbitrabilité est une restriction politique publique de la portée de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends. Chaque pays peut décider,

Encadré 16: Les contrats qui enfreignent la politique publique internationale ne sont pas exécutoires

Cet exemple explique la sentence prononcée dans l'affaire d'arbitrage de l'ICC n° 1110 de 1963, opposant un ingénieur argentin à une société britannique, lors de laquelle l'arbitre a estimé que, en vertu du droit français et britannique, les contrats contraires aux « bonnes mœurs » ou à la politique publique internationale ne peuvent faire l'objet de procédures d'arbitrage.

Les parties ont conclu un accord selon lequel la société britannique s'engageait à verser à l'ingénieur argentin, un homme d'affaires très influent, un pourcentage du prix des contrats d'équipement électrique que la société britannique cherchait à obtenir auprès des autorités argentines. La société britannique a reçu un contrat, mais a refusé de verser une commission à l'ingénieur argentin. Les parties ont convenu d'engager une procédure d'arbitrage en vertu du Règlement de l'ICC à Paris.

L'arbitre a estimé que, selon la loi française, les arbitres ne sont pas habilités à faire exécuter des contrats constituant une entrave sérieuse aux « bonnes mœurs », en France ou à l'étranger. En invoquant la Résolution d'Amsterdam de l'Institut de droit international de 1957, l'arbitre a estimé que l'arbitrabilité de l'affaire devait être déterminée en

application du droit applicable au fond de l'affaire, c'est-à-dire le droit argentin, comme convenu entre les parties.

L'arbitre a estimé que, selon le droit argentin, toutes les questions relatives aux bonnes mœurs ne peuvent faire l'objet d'une procédure d'arbitrage et que, en vertu d'un principe de droit général reconnu par les nations civilisées, les contrats contrevenant sérieusement aux *bonnes mœurs* ou à la politique publique internationale sont invalides, ou au moins non exécutoires, et ne peuvent être autorisés par les cours de justice et les arbitres.

L'arbitre a estimé que, bien que les commissions n'aient pas été exclusivement destinées à constituer des pots-de-vin, une importante partie d'entre elles avaient dû être destinées à cet usage. Il a insisté sur le fait que la corruption est un fléau international contraire aux bonnes mœurs et à la politique publique internationale.

L'arbitre a décliné avoir compétence car il estimait qu'un contrat de ce type, impliquant une violation flagrante des bonnes mœurs et de la politique publique internationale, ne serait pas jugé exécutable par les tribunaux argentins ou français ou de tout autre pays civilisé, ni par un quelconque tribunal d'arbitrage.

conformément à ses propres considérations en matière de politique publique, des problèmes qu'il est possible de régler par voie d'arbitrage. Les arbitres doivent tenir compte des politiques publiques du pays dans lequel l'exécution ou la reconnaissance de la sentence sera sollicitée. Dans la mesure où il peut s'agir de tous les pays du monde dans lesquels la partie perdante possède des biens, les arbitres sont tenus de donner la priorité aux affaires que la plupart des États considèrent comme non arbitrables. Ces différends relèvent généralement du droit de la concurrence et des lois anti-trust et se rapportent aux relations intérieures, à l'insolvabilité et à certains droits de PI.

Cependant, la jurisprudence et la doctrine arbitrales en Europe et aux États-Unis tendent à reconnaître de plus en plus que les problèmes de droit de la concurrence issus de contrats internationaux peuvent être résolus par voie d'arbitrage, dans certaines limites.

La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères stipule, dans son Article V (2) (a) que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate : « Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ». Voir également l'Article 34 (2) (b) (i) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, amendée en 2006.

LES PLAINTES POUR SUBORNATION SONT-ELLES ARBITRABLES ?

La question de l'arbitrabilité se pose en présence d'actes de subornation ou de toute autre forme de corruption. Malgré les efforts réalisés par de nombreux pays pour interdire les pratiques de corruption, les avantages financiers et autres formes d'incitation font souvent partie du processus de négociation des contrats. Les arbitres ont adopté plusieurs points de vue différents lorsqu'une partie cherche à faire exécuter un contrat pour le versement de pots-de-vin, souvent intégrés à une commission.

En 1963, un célèbre arbitre a jugé invalides les contrats stipulant le versement de pots-de-vin dans la mesure où ils enfreignent la politique publique internationale et a estimé, par conséquent, que les litiges associés à ce type de contrats n'étaient pas arbitrables. En 1983, un tribunal d'arbitrage de l'ICC a considéré que, lorsqu'un mandataire demandait à percevoir une commission, le contrat relevait de sa compétence mais était illégal.

DÉTERMINER LA CAPACITÉ

Les parties doivent posséder la capacité juridique de conclure le contrat. Par exemple, un représentant commercial est-il habilité à signer une clause

compromissoire au nom du vendeur ? Si le Ministre des Travaux publics signe un contrat de construction en y apposant la mention « lu et approuvé », cet acte représente-t-il simplement une autorisation administrative de lancement des travaux ou cela engage-t-il juridiquement le pays ou le ministère ?

Si une ou les deux parties ne sont pas habilitées à signer ce contrat, ledit contrat est invalide. Les règles déterminant la capacité d'une partie ne sont pas uniformes et peuvent varier selon le pays ou le système juridique. Les arbitres doivent tenir compte de ces différences lorsqu'ils tranchent un problème de capacité.

En ce qui concerne les personnes physiques, la capacité est principalement liée à l'âge auquel une personne peut être engagée juridiquement, âge qui varie principalement selon les lois en vigueur dans le pays de sa nationalité. Pour ce qui est des sociétés, la capacité est déterminée par la législation en vigueur dans le pays d'immatriculation de la société.

Les règles qui déterminent si une partie peut conclure une clause compromissoire sont les mêmes que celles qui déterminent si une partie est habilitée à conclure un contrat, quelle qu'en soit la forme. Sont généralement exclus les mineurs, les personnes insolvables et les personnes ne jouissant pas de toutes leurs facultés mentales dans la mesure où ces personnes ne sont pas en aptes à conclure un contrat.

Dans le cas où une partie n'est pas habilitée à conclure une convention d'arbitrage, la reconnaissance et l'exécution de la sentence d'arbitrage peuvent être refusées sur requête de la partie concernée par la sentence. Selon l'Article V (1) (a) de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la reconnaissance et l'exécution de la sentence seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, uniquement si cette partie fournit la preuve :

« [Q]ue les parties à la convention... étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ».

La question de la capacité à conclure une convention d'arbitrage se pose souvent en ce qui concerne les États ou les entités publiques signataires d'un contrat prévoyant une procédure d'arbitrage. Il est rare que les pays imposent des restrictions à l'État ou à ses agences en matière de conclusion d'une convention d'arbitrage. Pourtant, dans certains pays, l'État et ses agences ne sont pas autorisés à conclure une convention d'arbitrage applicable à des affaires nationales, ou peuvent uniquement conclure une convention d'arbitrage après avoir obtenu une autorisation spéciale. Les sentences d'arbitrage tendent à confirmer le

principe selon lequel un État signataire d'une convention d'arbitrage ne peut plus prétendre qu'il n'était pas habilité à ce faire.

Le principe selon lequel les personnes morales sont autorisées à conclure des conventions d'arbitrage valables dans le cadre de contrats internationaux n'est plus contesté dans la plupart des pays européens dans la mesure où ce principe a été instauré aux termes de l'Article II.1 de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961.

CONTENU DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Éviter les clauses compromissoires aux formulations vagues ou incomplètes. S'il existe de nombreux modèles de clauses compromissoires, le rédacteur doit s'assurer que le modèle est approprié au contrat en question ou le modifier afin de l'adapter aux circonstances particulières. Les clauses types fournies et recommandées par les institutions d'arbitrage bien établies sont accessibles sur tous les continents. Une clause compromissoire ne doit pas nécessairement être longue et détaillée pour être exécutoire. Les deux principes à respecter lors de la rédaction d'une clause de règlement des litiges sont la simplicité et la précision. Envisager deux clauses compromissoires :

- « Droit anglais – procédure d'arbitrage, le cas échéant, à Londres conformément au Règlement de l'ICC ».
- « Les arbitres nommés par les parties doivent être sollicités en premier lieu pour tenter de trouver un règlement amiable au différend. En l'absence d'issue favorable, elles devront sélectionner un troisième arbitre en la personne d'un avocat spécialisé dans les brevets, ressortissant d'un pays tiers et parlant couramment italien, allemand et anglais ».

Bien que la première clause puisse paraître simpliste, les tribunaux anglais considèrent qu'il s'agit d'une convention d'arbitrage valable pour arbitrer un différend à Londres et en application du Règlement de la Chambre de commerce internationale, le droit anglais étant alors applicable au contrat.

La deuxième clause est tirée d'une clause compromissoire conclue entre des sociétés italienne et allemande. En ce qui concerne la méthode de nomination des arbitres, une formulation trop précise risque de paralyser la procédure à l'étape de constitution du tribunal. Le doute persiste quant à la capacité des deux arbitres nommés à trouver le troisième arbitre, qui devra être une personne exceptionnelle pour pouvoir remplir les critères de qualification énoncés dans la clause. Voilà donc un exemple de conditions trop précises et sophistiquées susceptibles de donner lieu à des procédures plus longues et plus onéreuses que prévu par les parties.

CHAMP D'APPLICATION DE LA CLAUSE – DESCRIPTION DES TYPES DE DIFFÉRENDS

Il est recommandé de rédiger les éléments de la clause compromissoire avec précision, à une exception près : Il est recommandé de rester vague lors de la description des types de différends pouvant être réglés par voie d'arbitrage. Cette description doit être aussi large que possible afin d'inclure tous les types de différends susceptibles de découler du contrat.

Il n'est pas nécessaire de dresser une longue liste pour viser aussi large. Par exemple, prévoir une procédure d'arbitrage applicable à « tous les litiges ou différends résultant de la conclusion, de l'interprétation et/ou de l'exécution du contrat » génère de l'incertitude quant à la capacité des arbitres à régler le problème de résiliation du contrat. En cas d'objection d'une partie, un tribunal d'arbitrage pourra décider qu'il n'est pas de son ressort de trancher sur la question de la résiliation du contrat au titre de cette clause.

Dans la pratique, lorsque les parties s'efforcent de décrire avec précision les types de différends à soumettre à une procédure d'arbitrage, ce qui limite l'étendue du pouvoir d'un tribunal d'arbitrage, la clause compromissoire n'englobe pas toutes les catégories de différends. Cela donne souvent lieu à une procédure de contentieux en parallèle devant une cour de justice qui peut être sollicitée afin d'examiner la compétence du tribunal d'arbitrage pour régler le différend. Selon la langue choisie et le parti pris de la cour qui entend l'affaire, cette démarche peut avoir pour effet regrettable d'empêcher l'aboutissement de la procédure d'arbitrage.

Il est souhaitable de rédiger la clause de la façon la plus large possible afin d'inclure les problèmes liés à l'exécution du contrat ainsi que ceux associés à son existence, sa validité, sa violation, sa résiliation ainsi que les conséquences financières.

Voici une méthode appropriée de rédaction d'une clause compromissoire à large portée : « Tous les litiges, différends, controverses ou plaintes nés du présent contrat ou en rapport avec celui-ci... » Il est possible d'ajouter à cette formulation : « ...ainsi que tout autre accord signé ou à conclure en lien avec le présent contrat ».

Cette formulation permettra d'inclure tous les autres accords, amendements, avenants, contrat de mise en œuvre ou de remplacement que les parties sont susceptibles de conclure simultanément ou en rapport avec la transaction. Lorsqu'une partie signe un avenant à un contrat dont la version originale comporte une clause compromissoire, un différend peut découler de l'avenant. L'autre partie peut alors soulever un moyen de droit pour absence de compétence au motif que la clause compromissoire ne s'applique pas aux différends nés de l'avenant. Cette formulation supplémentaire surmonte cette difficulté. En outre, l'avenant en lui-même peut stipuler que la clause compromissoire contenue dans le contrat original s'applique également à l'avenant.

ARBITRAGE AD HOC OU INSTITUTIONNEL ?

Il existe deux types d'arbitrage : l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage ad hoc.

La procédure d'arbitrage institutionnel est exécutée en vertu des règles d'arbitrage d'une institution donnée, comme par exemple l'Association américaine d'arbitrage, la Chambre de commerce internationale, le Centre régional d'arbitrage de Kuala Lumpur ou la Cour internationale d'arbitrage de Londres. Dans les procédures d'arbitrage ad hoc, les parties définissent elles-mêmes les règles applicables.

L'arbitrage institutionnel est recommandé. Il présente des avantages non négligeables car les parties peuvent s'appuyer sur les règles de l'institution et sur son personnel d'assistance. Le choix d'une institution d'arbitrage dépend de critères tels que la nationalité des parties, la nature de la transaction, les problèmes d'exécution, les facteurs régionaux et politiques ainsi que l'impératif d'administration et de supervision du dossier.

Les services fournis par les institutions d'arbitrage varient fortement. La plupart des institutions d'arbitrage limitent leur intervention à la réception des requêtes en arbitrage et à la notification de l'autre partie. Elles aident également les parties à constituer le tribunal d'arbitrage ou à intervenir lorsqu'une partie fait défaut en la matière.

Certaines institutions informent les parties de la sentence ; d'autres contrôlent et définissent les coûts de la procédure d'arbitrage. D'autres institutions exercent une administration et une supervision complètes, comme par exemple la Cour internationale d'arbitrage de l'ICC, qui supervise toutes les étapes de la procédure, de la constitution du tribunal d'arbitrage à l'examen approfondi des sentences rendues par les arbitres sous une forme provisoire.

Lorsque les parties conviennent d'engager une procédure d'arbitrage ad hoc, il est recommandé de s'en remettre au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il contient les règles nécessaires à la bonne conduite des procédures d'arbitrage et il est respecté au sein des cercles commerciaux internationaux.

CONSTITUTION DU TRIBUNAL D'ARBITRAGE

Les parties doivent déterminer la méthode de constitution du tribunal d'arbitrage. En cas d'arbitrage institutionnel, les règles de l'institution régissent le processus de constitution du tribunal. Il est également fréquent qu'elles fournissent le mécanisme de reconnaissance et de transmission de la requête en arbitrage et qu'elles répondent à la requête.

Leur formulation est très simple et généralement assurée par l'institution. Par exemple : « [T]ous les différends seront finalement réglés en vertu des Règles d'arbitrage de ... [indiquer les règles sélectionnées] ».

En cas d'arbitrage ad hoc, les parties doivent fournir le mécanisme de constitution du tribunal. Il est souhaitable de déterminer le nombre d'arbitres et d'exposer les dispositions applicables à leur désignation.

NOMBRE D'ARBITRES

Nombreuses sont les lois d'arbitrage nationales qui exigent un nombre d'arbitres impair. Par conséquent, une clause compromissoire stipulant un nombre d'arbitres pair pourra être considérée comme invalide dans ces pays. En général, les tribunaux intervenant dans les procédures d'arbitrage commercial international comportent un ou trois arbitres. En situation d'arbitrage ad hoc, les parties peuvent convenir de recourir à un ou trois arbitres. Selon le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sauf si les parties conviennent de recourir à un seul arbitre, trois arbitres seront nommés.

En situation d'arbitrage institutionnel, le nombre d'arbitres peut être indéterminé jusqu'à ce que le différend survienne. La plupart des règles d'arbitrage institutionnel prévoient que les tribunaux soient constitués d'un ou trois membres. En cas de désaccord entre les parties à propos du nombre d'arbitres, l'institution d'arbitrage tranchera en tenant compte des circonstances et de l'importance de l'affaire.

Une clause compromissoire institutionnelle peut comporter la stipulation suivante : « Tous les litiges nés du présent contrat ou en rapport avec celui-ci seront finalement réglés en vertu des Règles d'arbitrage de... actuellement en vigueur par un ou plusieurs arbitres nommés en application desdites règles ».

Le nombre d'arbitres a un impact sur le coût de la procédure d'arbitrage. Trois arbitres coûtent trois fois plus cher qu'un seul arbitre. La procédure peut également durer plus longtemps car il peut se révéler plus difficile de programmer des réunions avec trois arbitres qu'avec un seul arbitre.

Les critères de détermination du nombre d'arbitres sont généralement l'importance et la complexité du différend. Il est parfois difficile de procéder à cette évaluation avant la survenue d'un litige. Par conséquent, au moins dans le cas d'une procédure d'arbitrage institutionnel, il peut être prudent de laisser la question en suspens jusqu'à la survenue d'un conflit.

La confiance est fondamentale. Le fonctionnement du tribunal est optimal dès lors que les parties font entièrement confiance aux arbitres. Cela peut résulter du fait que les parties sont parvenues à nommer d'un commun accord un seul arbitre ou que chaque partie a eu la possibilité de nommer un arbitre et que les arbitres nommés par les deux parties ont élu le président du tribunal.

UN SEUL ARBITRE

Dans le cas où un tribunal ne doit disposer que d'un seul arbitre, deux options sont possibles : les parties nomment

l'arbitre à l'avance ou au moment de la survenue d'un différend.

Il est rare que les parties nomment un arbitre à l'avance car elles ne peuvent pas anticiper la disponibilité de l'arbitre au moment du différend.

Généralement, un arbitre unique est nommé au moment de la survenue d'un différend. Les parties doivent s'accorder sur les modalités de nomination de l'arbitre. Les parties peuvent convenir d'un mode de proposition conjointe par les parties. En cas d'impossibilité de procéder à une nomination conjointe, les parties doivent désigner un tiers, comme par exemple une instance judiciaire ou une institution d'arbitrage, chargé d'effectuer la nomination.

Quelle autorité de nomination convient-il de choisir? Il est recommandé de préférer l'institution d'arbitrage à la cour de justice car l'institution dispose des moyens appropriés pour procéder à une nomination, notamment les listes des arbitres et de leur expertise en matière d'arbitrage.

En cas d'arbitrage ad hoc, il est souhaitable d'associer la constitution du tribunal d'arbitrage avec le début de la procédure d'arbitrage elle-même en précisant la méthode de notification de la requête en arbitrage et de la réponse de l'intimé, en l'absence de référence à des règles d'arbitrage.

La formulation proposée est la suivante :

« La procédure d'arbitrage sera finalement organisée par un arbitre unique. La partie plaignante notifiera à la partie intimée sa requête en arbitrage par écrit et par courrier recommandé ou service de coursier. La partie intimée répondra par écrit et par courrier recommandé ou service de coursier dans un délai de 30 jours à compter de la date de réception de la requête en arbitrage.

Les parties tenteront de nommer conjointement l'arbitre unique dans les 30 jours qui suivent la réception de la réponse, sans quoi l'arbitre unique sera nommé par [indiquer le nom de l'institution d'arbitrage], agissant en qualité d'autorité de nomination, sur requête de l'une des parties ».

PLUSIEURS ARBITRES

Les remarques formulées à propos de la nomination d'un arbitre unique en situation d'arbitrage ad hoc restent valables pour constituer un tribunal d'arbitrage composé de plusieurs membres possédant les qualifications suivantes. Habituellement, les arbitres sont au nombre de trois. Chaque partie nomme son propre arbitre, et les arbitres ainsi nommés par les deux parties nomment à leur tour le troisième arbitre qui préside le tribunal d'arbitrage. En l'absence de nomination de l'un des arbitres, une autorité de nomination doit être désignée, comme indiqué plus haut. Cette clause peut être rédigée comme suit :

« La procédure d'arbitrage sera finalement organisée par trois arbitres. La partie plaignante notifiera à la partie intimée sa requête en arbitrage par écrit et par courrier recommandé ou service de coursier, et nommera simultanément un arbitre. La partie intimée répondra par écrit et par courrier recommandé ou service de coursier dans un délai de 30 jours à compter de la date de réception de la requête en arbitrage et, dans sa réponse, nommera un arbitre.

Les deux arbitres ainsi nommés tenteront de nommer conjointement, dans un délai de 30 jours, un troisième arbitre qui présidera le tribunal d'arbitrage. En cas d'absence de nomination d'un arbitre dans le délai indiqué ci-dessus, cet arbitre sera nommé par [indiquer le nom de l'institution d'arbitrage], agissant en qualité d'autorité de nomination, sur requête de l'une des parties ou de l'un des arbitres nommés ».

NATIONALITÉ ET QUALIFICATIONS DES ARBITRES

Les parties doivent s'abstenir de décliner en détail toutes leurs attentes concernant les qualifications des arbitres afin d'éviter les choix impossibles. Le choix de la nationalité s'opère généralement en fonction des nationalités des parties, du nombre d'arbitres, du lieu de la procédure d'arbitrage, du droit applicable et des attentes des parties. Il n'est pas nécessaire d'intégrer des dispositions spécifiques à la clause compromissoire. En général, le président d'un tribunal d'arbitrage à trois membres et à arbitre unique ne sera pas de la même nationalité que les parties.

En ce qui concerne les qualifications des arbitres, l'un des principes faisant l'unanimité est l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre. Selon certaines règles d'arbitrage, le manque d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre risque de donner lieu à une remise en cause de son autorité, voire à l'annulation de la procédure. Certaines règles d'arbitrage impliquent que la nomination des arbitres soit subordonnée à une confirmation écrite de leur indépendance et à la démonstration qu'ils possèdent les qualifications et la disponibilité requises pour intervenir dans la procédure d'arbitrage.

ARBITRAGE SELON LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

En 1976, la CNUDCI a adopté un règlement d'arbitrage ad hoc recommandé pour régler les litiges commerciaux internationaux. Le Règlement de la CNUDCI de 1976 a fait l'objet d'une révision complète en 2010 et en 2013. Le Règlement de la CNUDCI autorise les parties à arbitrer leurs différends sans recourir aux règles d'une institution d'arbitrage.

En insistant particulièrement sur l'utilité du Règlement de la CNUDCI, certains observateurs ont émis les commentaires

suivants : « Dans le cadre d'une procédure d'arbitrage ad hoc, la nomination du tribunal d'arbitrage est une ligne de rupture dans la mesure où aucune institution d'arbitrage ne peut superviser le processus ni intervenir pour procéder à une nomination lorsqu'une ou plusieurs parties sont défaillantes ».

Le Règlement de la CNUDCI stipule que, lorsque les parties ne parviennent pas à trouver un accord concernant la méthode de nomination des arbitres, ne se sont pas adressées à une autorité de nomination ou si l'autorité de nomination a refusé de nommer un arbitre, les parties peuvent faire appel au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye pour désigner une autorité de nomination. Le Secrétaire général peut agir directement en qualité d'autorité de nomination. L'autorité de nomination tranchera également sur les questions telles que la contestation et le remplacement des arbitres, ainsi que la détermination des honoraires des arbitres.

La clause type proposée par la CNUDCI stipule que : « Tout litige, différend ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat, ou à son inexécution, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ».

La CNUDCI recommande que les utilisateurs de cette clause type mentionnent l'autorité de nomination (indiquer le nom de l'institution ou de la personne), le nombre d'arbitres (un ou trois), le lieu de la procédure d'arbitrage (ville et pays) ainsi que la/les langue(s) à utiliser pendant la procédure d'arbitrage.

LIEU DE LA PROCÉDURE D'ARBITRAGE

Le lieu de la procédure d'arbitrage peut rester indéterminé jusqu'à ce qu'un différend survienne, ce qui évite ainsi les discussions houleuses à ce sujet au moment de la rédaction de la clause. Cependant, le lieu de la procédure d'arbitrage reste important.

Dans le cadre d'une procédure d'arbitrage ad hoc, les parties pourront décider que le choix du lieu de la procédure d'arbitrage revient à/aux arbitre(s). En situation d'arbitrage institutionnel, lorsque les parties ne parviennent pas à trouver un accord, le lieu de la procédure d'arbitrage correspondra aux locaux de l'institution ou à un lieu déterminé par l'institution.

Les règles obligatoires en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage risquent d'avoir des répercussions défavorables sur l'arbitrage. De ce fait, une certaine incertitude peut naître lorsque le lieu de la procédure d'arbitrage n'a pas été déterminé à l'avance. En cas de procédure d'arbitrage ad hoc, une fois le différend survenu, chaque partie aura tendance à choisir un lieu qu'elle estime plus avantageux au regard de sa position. Lors d'une procédure d'arbitrage institutionnel, la volonté des parties l'emporte généralement. Toutefois, en l'absence d'entente entre les parties, la

procédure d'arbitrage se déroule dans le pays de localisation de l'institution ou à un endroit déterminé conformément aux règles d'arbitrage applicables, de préférence dans un pays où le droit et les cours de justice sont favorables.

Certaines considérations pratiques doivent être prises en compte, notamment la facilité d'accès en transports, l'efficacité des systèmes de télécommunication, y compris les lignes permettant l'organisation de vidéoconférences et un accès rapide à Internet, la qualité des infrastructures et de la logistique, comme par exemple l'hébergement et les salles de réunion, ainsi que la stabilité politique du pays. Pourtant, la priorité doit être donnée à la législation en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage, car elle définit la portée et le rôle des cours de justice en rapport avec les procédures d'arbitrage.

Un environnement juridique propice à l'arbitrage est à privilégier. Les codes de procédure civile et les lois d'arbitrage de certains pays sont très propices à l'arbitrage, d'autres le sont moins et certains ne le sont pas du tout. Cependant, la tendance générale est à la reconnaissance de l'arbitrage comme une méthode valable de règlement des différends internationaux.

Une procédure d'arbitrage pourra se voir paralysée lorsqu'elle se déroule dans un pays hostile au principe d'arbitrage. Certaines législations nationales imposant l'intervention de cours de justice sont contraignantes. Par exemple, dans un pays donné, le tribunal d'arbitrage doit, à chaque audience, se présenter devant un tribunal civil local pour informer la cour de l'état d'avancement de la procédure d'arbitrage.

La législation nationale en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage peut offrir à la partie perdante la possibilité de contester une sentence d'arbitrage. Il est indispensable de déterminer si et à quelles conditions la législation en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage autorise l'annulation d'une sentence d'arbitrage avant de choisir le lieu de la procédure d'arbitrage. Les législations nationales favorables au principe d'arbitrage limitent les moyens de recours contre une sentence d'arbitrage. Les législations en vigueur dans d'autres nations peuvent être plus flexibles et risquent de compromettre les efforts réalisés par un tribunal d'arbitrage pour régler un différend. Les lois de certains pays relatives à l'arbitrage commercial international permettent aux parties de convenir de limiter les moyens de recours contre une sentence d'arbitrage.

Le choix du lieu de la procédure d'arbitrage est également important dans le cadre de l'exécution de la sentence. Les parties doivent vérifier si le pays envisagé pour le lieu de la procédure d'arbitrage a ratifié la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Une sentence d'arbitrage prononcée dans un pays ayant ratifié cette convention sera reconnue et exécutée dans les autres pays signataires en application des conditions de la convention. La liste des pays est disponible sur le site www.uncitral.org ou www.legacarta.net.

Les parties doivent prêter attention aux dispositions procédurales obligatoires sur le lieu de la procédure d'arbitrage. Ces dispositions risquent de freiner, de retarder ou de paralyser le processus d'arbitrage. Entre autres exemples, on note une obligation de faire appel à des arbitres de sexe masculin et à des avocats locaux, et d'enregistrer la sentence d'arbitrage auprès des tribunaux localisés sur le lieu de la procédure d'arbitrage.

La clause compromissoire doit comporter la phrase suivante : « La procédure d'arbitrage devra se dérouler à [indiquer la ville et le pays] ».

DROIT APPLICABLE À LA SUBSTANCE DU DIFFÉREND

Le droit applicable détermine les obligations des parties et permet de combler les lacunes des dispositions contractuelles. Le droit applicable doit faire l'objet d'un accord mutuel spécifié dans le contrat. L'absence de sélection d'un droit applicable peut donner lieu à un climat incertain non souhaitable.

La question du droit applicable au contrat ne se pose pas seulement en cas de litige. Elle se pose lors de l'exécution du contrat et parfois même avant. En effet, le droit applicable détermine la validité des droits et des obligations des parties. Lors de l'exécution du contrat, les parties ont besoin de connaître le droit applicable dans la mesure où les dispositions contractuelles n'énoncent pas toujours l'intégralité de leurs droits et obligations respectifs.

L'absence d'entente concernant le droit applicable dans le cadre du contrat complique le règlement des différends et risque également de provoquer des conflits. Même en agissant de bonne foi, les parties peuvent être tentées d'exécuter le contrat par référence à leur propres législations nationales. Les parties peuvent alors ne plus être en train d'exécuter le même contrat, ce qui augmente le risque de litige. Une partie agissant de mauvaise foi peut tirer avantage de l'incertitude du droit applicable pour se convaincre qu'elle est libre de respecter la loi qui sert ses intérêts au mieux.

L'absence de sélection, dès le début, du droit applicable au contrat ne favorise pas le règlement des différends. Les législations nationales peuvent être différentes. Par exemple, dans les pays dont le système juridique repose sur la common law, la question de la prescription, également dénommée loi relative à la prescription (période durant laquelle une partie doit évaluer une plainte) est d'ordre procédural. Dans les pays de droit civil, cette question est substantielle. Ainsi dans les pays de common law, l'argument de la prescription peut être abandonné lorsqu'une partie omet de soulever cette question. Dans les pays de droit civil, cet argument ne peut être abandonné.

Les modalités de rédaction d'une requête en arbitrage ou d'une réponse à une requête suscitent parfois des questions lorsque le droit applicable n'est pas connu à l'avance. Les parties peuvent perdre un temps considérable à convaincre un tribunal d'arbitrage d'appliquer la législation d'une nation donnée plutôt que celle d'une autre. Cette incertitude risque de retarder la procédure et d'augmenter les coûts. L'absence de choix du droit applicable ne facilite pas la constitution du tribunal d'arbitrage, en particulier lorsqu'il convient de sélectionner un seul arbitre ou le président du tribunal. Aussi, la plupart des arbitres ont une bonne connaissance d'une, voire deux, législations(s) nationale(s).

La majorité des systèmes juridiques reconnaissent le droit des parties à choisir le droit applicable à leurs contrats commerciaux internationaux. Les règles d'arbitrage commercial international énoncent souvent des principes de détermination du droit applicable. Par exemple, le tribunal d'arbitrage peut se voir habilité à choisir la législation nationale applicable ou peut être orienté de façon à appliquer les règles de conflit de lois appropriées.

CHOIX DU DROIT APPLICABLE

Le droit applicable au contrat doit être choisi avec précaution afin d'éviter les surprises désagréables et doit être déterminé d'un commun accord pendant les négociations contractuelles. Le contrat doit comporter un paragraphe distinct consacré à la clause du choix du droit applicable à l'intégralité du contrat. Cette clause ne doit pas être insérée dans la clause compromissoire.

Les parties souhaiteront peut-être que le contrat soit régi par leur législation nationale, qui leur est familière et éventuellement plus avantageuse. Cependant, la législation nationale d'une partie peut lui être favorable dans certains aspects, mais pas dans d'autres. Par exemple, le droit français n'autorise pas la théorie des circonstances exceptionnelles, qui permet d'adapter les dispositions contractuelles en cas de modifications importantes intervenant après la signature du contrat. Le refus d'autoriser la théorie des circonstances exceptionnelles peut aller à l'encontre de l'intérêt du vendeur si le prix des marchandises ne baisse pas, mais augmente. Par conséquent, un vendeur français peut être tenté d'accepter le droit du pays de l'acheteur.

Recourir au droit d'un autre pays n'est pas chose facile, en particulier pour une société qui réalise la majorité de son chiffre d'affaires sur le marché intérieur. Soumettre des contrats d'exportation à un ou plusieurs systèmes juridiques différents est compliqué, voire excessivement contraignant pour les PME. Le désir de recourir à la législation nationale d'une partie est compréhensible. Pourtant, si chaque partie revendique l'applicabilité de sa législation nationale, le contrat ne sera pas conclu. Soit l'une des parties doit céder, soit les deux doivent convenir de choisir une législation neutre. Les facteurs évoqués ci-après doivent être pris en compte lors de la sélection du droit applicable.

CRITÈRES DE SÉLECTION DU DROIT APPLICABLE

Le droit applicable à un contrat doit être accessible sans effort excessif par les moyens habituels, notamment les codes publiés, la jurisprudence et les traités disponibles dans les bibliothèques et librairies juridiques, sur Internet ou auprès des cabinets d'avocats locaux. Cette accessibilité implique que les parties comprennent la langue utilisée pour la rédaction de la législation.

Le droit sélectionné doit être approprié aux opérations économiques et commerciales particulières envisagées par les parties. Une société d'exportation choisira probablement d'appliquer un seul droit étranger à ses contrats internationaux. Cela facilitera la gestion et l'exécution des contrats.

Lorsque la législation d'un pays tiers est sélectionnée, dans la mesure du possible elle doit appartenir au même type de système juridique que sa propre législation nationale (par exemple droit civil, common law ou loi musulmane) afin d'éviter une trop grande disparité. Par exemple, l'Inde dépend du système de common law. Une société indienne qui traite avec une société indonésienne se sentira probablement en confiance si le choix se porte sur le droit australien, un système de common law, tandis que la société indonésienne, dont le système de droit civil repose sur le droit hollandais, pourra se montrer hésitante.

Le droit suisse est souvent choisi comme droit neutre pour régir les transactions commerciales internationales. Cette pratique est typique de la tradition de droit civil qui règne dans les pays d'Europe continentale, d'Amérique latine, d'Afrique du Nord, de l'Afrique subsaharienne francophone et en Indonésie. La législation suisse est organisée de façon systématique et est facilement accessible en allemand, français et italien, et souvent traduite en anglais. Dans une moindre mesure, la législation française répond également à ces critères, bien que son utilisation soit moins répandue en raison de l'absence de traductions dans d'autres langues. En ce qui concerne les pays relevant de la common law, le droit anglais peut être privilégié, par exemple dans le cas des contrats maritimes et d'assurance, mais pas nécessairement dans les autres domaines.

Une société spécialisée dans les relations commerciales avec un pays donné doit développer sa connaissance du droit de ce pays et appliquer ce droit à ses contrats dans le cas où elle ne souhaite pas appliquer sa propre législation nationale.

AUTRES SOLUTIONS

Des solutions plus sophistiquées peuvent être adoptées en ce qui concerne le droit applicable au contrat. Les parties peuvent limiter l'application d'une législation nationale

aux questions non arrêtées par les termes du contrat. Par exemple : « Le droit du pays X s'appliquera à toutes les questions non définies dans les termes du contrat ».

Si cette disposition peut se révéler utile, même sans cette formulation, il reste que, dans la plupart des pays, la législation ne sera appliquée qu'après examen du contrat (législation des parties). Le droit désigné par les parties interviendra uniquement en cas de lacune ou d'absence dans le contrat de disposition applicable à une question donnée. Il est rare que cette situation se produise lorsque le contrat a été négocié dans le détail.

Il existe une autre solution, le *dépeçage*, qui soumet le contrat à un ensemble de législations différentes. Il correspond généralement au désir de l'une des parties de conserver l'essence de tous les contrats qu'elle conclut dans la sphère d'une seule et même législation nationale, tout en acceptant qu'une autre législation puisse s'appliquer à une question particulière. Le *dépeçage* n'est pas facile à maîtriser et est davantage susceptible de donner lieu à des conflits se rapportant, entre autres, à la question du droit applicable au problème spécifique.

Les parties peuvent également soumettre leur contrat à des règles internationales, comme par exemple les pratiques commerciales internationales, la loi marchande ou les principes d'UNIDROIT. La législation moderne reconnaît cette possibilité, comme par exemple le Nouveau code de procédure civile français, la Loi suisse sur le droit international privé et la Loi type de la CNUDCI. Ces règles doivent être utilisées avec prudence car elle ne sont pas toujours clairement énoncées et peuvent être sources de confusion, d'inopposabilité et d'imprévisibilité.

LANGUE D'ARBITRAGE

Il est fréquent de constater que les transactions commerciales, y compris les contrats et les communications, sont rédigées dans plusieurs langues. Les parties considèrent parfois, à tort, que la langue du contrat dicte le choix de la langue de la procédure d'arbitrage. Pourtant, l'autre partie peut ne pas être d'accord. Cette question peut également se poser lorsque le contrat est rédigé dans les différentes langues parlées par les parties. Les parties doivent également anticiper les modalités d'exécution de la procédure, écrite ou orale, en soumettant des documents en nombre réduit ou en grand nombre, avec ou sans témoins, ainsi que le coût d'une prestation de traduction ou d'interprétation en termes de temps et d'argent.

Lorsqu'un différend survient, il peut s'avérer difficile pour les parties de convenir d'une langue d'arbitrage car chaque partie peut considérer l'usage de sa langue de prédilection comme un avantage tactique. La clause compromissoire doit stipuler la/les langue(s) à utiliser lors du processus d'arbitrage. Le choix de la langue aura également un impact sur le choix des arbitres.

En situation d'arbitrage institutionnel, les règles de l'institution comportent généralement des dispositions applicables à la langue d'arbitrage lorsque les parties n'ont pas elles-mêmes convenu d'une langue à utiliser. Certaines institutions exigent que les procédures d'arbitrage soient exécutées dans la langue officielle de l'institution. La plupart du temps, la langue du contrat déterminera la langue de la procédure d'arbitrage. Cependant, une certaine liberté est accordée aux tribunaux d'arbitrage pour tenir compte de toutes les circonstances pertinentes lors du traitement d'un problème.

La clause compromissoire doit comporter la disposition suivante : « La/les langue(s) d'arbitrage sera/seront [indiquer la/les langue(s) à utiliser] ».

Comment choisir la langue ? La plupart des législations nationales et des règles d'arbitrage institutionnel reconnaissent la liberté des parties de choisir la langue d'arbitrage. Les parties doivent faire preuve de bon sens. La langue utilisée lors de la procédure d'arbitrage doit correspondre à la langue utilisée par les parties. Il s'agit généralement de la langue utilisée pendant la négociation et l'exécution du contrat. Les parties doivent s'efforcer de choisir une langue que toutes deux parlent couramment.

Les parties sont généralement libres de choisir la nature et le nombre de langues à utiliser. Pourtant, certaines règles d'arbitrage limitent le nombre de langues utilisables. Les prestations de traduction et d'interprétation impliquent des coûts supplémentaires. Le choix se porte souvent sur une seule langue pour des raisons pratiques et financières. Il est possible de trouver un compromis au début ou pendant la procédure en ce qui concerne la soumission de documents, de pièces ou de témoignages oraux dans une autre langue.

NÉGOCIATION, CONCILIATION OU MÉDIATION AVANT L'ARBITRAGE ?

Les processus d'ADR ont déjà été évoqués dans ce manuel. Les processus d'ADR sont subordonnés à la bonne volonté des parties. Les contrats de règlement pouvant être obtenus par le biais de ces processus, lorsqu'ils sont contraignants pour les parties, ne sont pas exécutoires à l'échelle internationale mais peuvent être mis à exécution par des cours de justice.

Est-il approprié d'exiger le recours à des processus d'ADR dans le cadre d'un contrat de règlement comme condition préalable à l'invocation d'une procédure d'arbitrage ? Il y a vingt ans de cela, les auteurs du présent manuel auraient répondu non à cette question, en particulier en ce qui concerne les affaires internationales, en considération des éventuels effets secondaires négatifs de ces clauses, pouvant notamment servir de tactique dilatoire. Faire de l'ADR une condition préalable à l'arbitrage peut générer des difficultés procédurales supplémentaires et donner lieu à des négociations stériles.

Par exemple, une partie n'agissant pas de bonne foi pourrait contester une requête en arbitrage au motif que la médiation n'a pas été envisagée malgré la possibilité que la partie n'ait jamais eu l'intention d'aller dans le sens d'un règlement. Toutefois, si les parties souhaitent procéder à une médiation, elles peuvent le faire avec ou sans clause de médiation.

Les avantages de la médiation imprègnent progressivement la communauté juridique. Ces avantages sont si bien acceptés que la plupart des institutions d'arbitrage international proposent des clauses combinant médiation et arbitrage. Le taux de règlement enregistré par les procédures de médiation administrées en vertu de ces clauses combinées est impressionnant et compris entre 50 et 85 %.

Le processus de rédaction des clauses combinées standard, parfois dénommées « step-clauses » a été amélioré, souvent en imposant des limites temporelles à chaque étape, ce qui répond à l'inquiétude légitime suscitée par le problème de la tactique dilatoire. D'autres alternatives sont également proposées : autoriser les parties à solliciter une procédure d'arbitrage sans recourir à la médiation ou autoriser l'exécution simultanée de procédures de médiation et d'arbitrage. Le Centre international pour le règlement des différends de l'Association américaine d'arbitrage (ICDR/AAA) propose les clauses combinées suivantes :

- Clause de négociation-arbitrage
- Clause de médiation-arbitrage
- Clause de négociation-médiation-arbitrage
- Clause d'arbitrage-médiation simultanés

La step-clause type proposée par le Centre international pour le règlement des différends de l'Association américaine d'arbitrage (ICDR/AAA) pour la combinaison médiation-arbitrage stipule que :

« Dans le cas d'un différend ou d'une demande découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci ou avec son inexécution, les parties contractantes essaieront d'abord de régler le litige par le biais de la médiation administrée par le Centre international pour le règlement des différends selon son Règlement de médiation. Si un règlement n'est pas trouvé dans un délai de 60 jours après notification d'une demande écrite de médiation, tout différend ou demande non résolu découlant du présent contrat ou ayant un rapport avec celui-ci sera réglé par voie d'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage international du Centre international pour le règlement des différends ».

Dans cette clause, il est recommandé aux parties d'envisager d'ajouter le nombre d'arbitres et le lieu de la procédure d'arbitrage.

DROIT APPLICABLE À LA PROCÉDURE

Le droit applicable au processus d'arbitrage, la loi du siège arbitral, n'est pas nécessairement le même que celui applicable au contrat. Sous réserve des dispositions

obligatoires de la législation en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage, les parties jouissent d'une grande liberté de choix pour déterminer les règles applicables aux procédures d'arbitrage.

Il est utile de déterminer le droit applicable à la procédure lorsque le lieu de la procédure d'arbitrage n'a pas été déterminé d'un commun accord dans la clause compromissoire, en particulier en situation d'arbitrage ad hoc. Cette détermination est moins importante en situation d'arbitrage institutionnel car la procédure est régie par les règles d'arbitrage de l'institution. Pourtant, convenir du droit applicable à la procédure permet de combler les lacunes et de préciser les points de procédure non évoqués dans les règles d'arbitrage de l'institution.

Les parties disposent des options suivantes, en particulier en situation d'arbitrage ad hoc :

- Adopter les règles de procédure en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage. C'est la solution la plus simple. Il convient d'en vérifier l'adéquation au préalable et, avant toute chose, de s'assurer qu'elles fournissent des réponses favorables à l'exécution d'une procédure d'arbitrage commercial international.
- Adopter les règles de procédure en vigueur dans un autre pays. Cette approche est dangereuse car les règles choisies peuvent entrer en contradiction avec les règles obligatoires en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage.
- Adopter des règles de procédure types, telles que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
- Créer des règles de procédure spécifiques. Cela implique que les parties et leurs avocats possèdent une certaine expérience de l'exécution d'une procédure d'arbitrage.

DROIT APPLICABLE À LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Comme indiqué précédemment, une clause compromissoire est distincte et indépendante du contrat dans lequel elle est incluse. Par conséquent, le droit qui régit la clause, en particulier le droit qui détermine sa validité dans la forme et le fond, peut être différent du droit qui régit le reste du contrat. Cependant, il est en pratique rare qu'une clause compromissoire soit régie par un droit différent du droit applicable au contrat.

Lorsqu'une partie souhaite que le droit applicable à la clause compromissoire soit différent du droit applicable au contrat, la clause compromissoire doit stipuler expressément cette exigence. Cela peut être le cas lorsqu'une législation non favorable à l'arbitrage entre en jeu.

AMIABLE COMPOSITEUR OU EX ÆQUO ET BONO ?

Un tribunal d'arbitrage décide uniquement en qualité d'*amiable compositeur* (amicable composition) ou d'ex

æquo et bono (en équité) si ces pouvoirs lui ont été expressément conférés. Cette mention doit être insérée dans la clause compromissoire. Ces pouvoirs sont reconnus par plusieurs législations nationales et règles d'arbitrage institutionnel.

Le principe de composition amiable n'est pas connu dans certains systèmes juridiques. Pour accorder ce pouvoir aux arbitres, les parties doivent vérifier qu'il est compatible avec le droit applicable à la procédure et au contrat.

La composition amiable trouve son origine dans le droit français. Il s'agit du pouvoir donné aux arbitres d'ignorer les dispositions non obligatoires d'une législation donnée lorsqu'ils considèrent que l'application stricte de ces dispositions aurait une issue inéquitable. Il est préférable d'octroyer ce pouvoir au tribunal d'arbitrage uniquement si le droit applicable a été déterminé à l'avance dans le contrat. Conférer les pouvoirs d'*amiable compositeur* au tribunal doit rester le privilège des parties et doit faire l'objet d'une mention écrite dans la clause compromissoire ou dans un autre document.

Un contrat est normalement respecté et exécuté par le système juridique, indépendamment de son éventuel caractère « inéquitable ». Cependant, une affaire jugée *ex æquo et bono* passe outre le strict respect des lois et exige à la place une décision reposant sur ce qui est juste au regard des circonstances. Même si le tribunal d'arbitrage s'est vu octroyer le pouvoir de statuer en qualité d'*amiable compositeur* ou *ex æquo et bono*, il reste lié par les dispositions du contrat et les principes de politique publique internationale.

L'amiable composition a pour avantage d'autoriser les arbitres à ignorer les règles qui se révèlent avoir des effets formalistes, sévères ou injustes dans l'affaire qui leur est présentée. En situation d'amiable composition, les arbitres se voient accorder une certaine flexibilité et peuvent alors rendre un jugement plus cohérent avec la volonté des parties, tout en évitant de remanier le contrat en créant de nouvelles obligations.

MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

Dans certains cas, il peut être nécessaire de prendre des mesures visant à conserver et à préserver l'objet du litige en attendant la conclusion de la procédure d'arbitrage. Les contrats de vente de marchandises ou les contrats de construction en sont quelques exemples. Le pouvoir permettant à l'arbitre d'ordonner la prise de mesures provisoires ou transitoires est reconnu par la majorité des lois et règles d'arbitrage applicables aux procédures d'arbitrage commercial international. Une clause compromissoire ad hoc doit prévoir ce type de pouvoir afin d'éviter la survenue de différends relatifs au pouvoir permettant à l'arbitre d'ordonner ce type de mesures.

En revanche, ces mesures peuvent avoir un effet limité dans la mesure où le tribunal d'arbitrage n'a pas le pouvoir d'obliger une partie à s'y plier. L'autre partie devra demander à un tribunal compétent d'en ordonner l'exécution. Dans la pratique, la partie concernée par ces mesures s'y conforme de son plein gré afin d'éviter de perdre de sa crédibilité auprès du tribunal.

LEVÉE D'IMMUNITÉ SOUVERAINE

Une clause compromissoire est contraignante à tel point qu'il n'est pas nécessaire de rédiger une disposition stipulant qu'un État partie au contrat renonce à son immunité souveraine. En pratique, il est rare qu'un État partie à une procédure d'arbitrage soulève un moyen de droit d'immunité auprès de sa juridiction. Lorsqu'un État est partie à une clause compromissoire, il s'avère encore plus important pour son partenaire de s'assurer que :

- l'État est habilité à conclure une clause compromissoire en application de sa propre législation,
- les représentants de l'État sont autorisés à conclure une clause d'arbitrage en son nom,
- le différend est arbitral, ce qui signifie que le différend n'entre pas dans la compétence exclusive des tribunaux de l'État.

ARBITRAGE MULTIPARTITE

Les procédures d'arbitrage impliquant plusieurs plaignants ou intimés sont communément dénommées procédures d'arbitrage multipartite. Il convient d'appréhender avec précaution le mécanisme de constitution du tribunal d'arbitrage, en particulier dans le cas des procédures d'arbitrage ad hoc. Cette question sera étudiée plus en détail ci-après.

En raison de la diversité des situations multipartites, il est difficile de proposer une clause type relative à cette question. Les parties doivent éviter de faire appel à un grand nombre d'arbitres, ce qui rendrait impossible le bon fonctionnement du tribunal d'arbitrage. Par exemple, il n'y a pas lieu de constituer un tribunal d'arbitrage composé de cinq arbitres pour le simple motif que le litige implique cinq parties. En cas de désaccord concernant la constitution du tribunal d'arbitrage en situation multipartite, la solution pourrait être de faire appel à une autorité de nomination pour nommer les trois arbitres ou l'arbitre unique.

Quelle que soit la méthode adoptée, il est nécessaire de veiller à ce qu'elle n'enfreigne pas la loi impérative qui prévaut sur le lieu de la procédure d'arbitrage en ce qui concerne la constitution du tribunal d'arbitrage, et à ce que le mécanisme choisi ne paralyse pas les éventuelles procédures d'exécution.

RÉPARTITION DES FRAIS D'ARBITRAGE À L'AVANCE

La question de la détermination de la partie qui prendra finalement en charge les frais associés à la procédure d'arbitrage, indépendamment du fait que les deux parties auront éventuellement avancé certains frais, relève des règles de l'institution en cas d'arbitrage institutionnel. Il n'est donc pas nécessaire que la clause compromissoire aborde cette question.

Il peut être utile, en situation d'arbitrage ad hoc, d'insérer dans la clause compromissoire une disposition relative aux frais, en gardant à l'esprit que, en cas d'arbitrage commercial, les arbitres ont toutes latitudes pour déterminer la répartition des frais d'arbitrage.

LEVÉE D'APPEL

Autre avantage de l'arbitrage international : une fois la sentence rendue, elle ne peut en principe plus faire l'objet d'un appel. L'utilisation du terme « finalement » dans une clause compromissoire est utile dans la mesure où il invoque ce principe.

La législation en vigueur sur le lieu de prononciation de la sentence offre souvent la possibilité d'écarter une sentence d'arbitrage pour des motifs restreints généralement liés à l'existence, la validité et le champ d'application de la clause compromissoire, ainsi qu'à la constitution appropriée du tribunal d'arbitrage. Ces lois sont généralement considérées comme obligatoires et ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation.

Les lois de certains pays autorisent les parties à exclure un recours à l'encontre d'une sentence d'arbitrage. Cette exclusion requiert une stipulation expresse. Par exemple, l'Article 192 al. 1 de la Loi suisse sur le droit international privé stipule que :

« Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral ; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2 ».

En excluant la procédure d'annulation lorsqu'elles y sont autorisées, les parties gagneront du temps et de l'argent. La sagesse d'une telle exclusion reste cependant discutable.

CLAUSES COMPROMISSOIRES À ÉVITER

Les exemples de clauses fournis ci-après sont fastidieuses ou difficiles à manier.

LA CLAUSE « ISOLÉE »

- « Tous les litiges nés du présent contrat seront réglés par voie d'arbitrage ».

Dans la pratique, cette clause peut se révéler difficile à mettre en application, notamment en ce qui concerne la constitution du tribunal d'arbitrage, car elle ne comporte aucune disposition relative à la nomination des arbitres ni aucune mention de l'autorité susceptible d'être sollicitée pour nommer les arbitres dans le cas où l'une des parties est défaillante. Cette clause n'identifie pas le lieu de la procédure d'arbitrage, qui peut être une référence nécessaire au tribunal compétent pour nommer les arbitres.

DÉSIGNATION IMPRÉCISE OU ERRONÉE DE L'INSTITUTION D'ARBITRAGE

En voici quelques exemples :

- « Tout litige ou infraction né(e) du présent contrat doit être renvoyé(e) devant la Chambre de commerce française de Sao Paulo ».
- « En cas de différend concernant uniquement l'expéditeur ou le propriétaire du navire, le Tribunal de la Chambre de commerce de Paris aura compétence exclusive ».
- « En l'absence de règlement amiable, tous les litiges susceptibles de survenir seront réglés en application des règles d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Zurich ».

Ces trois clauses sont incorrectes car elles ne désignent pas clairement l'institution d'arbitrage. La première clause évoque un organe inexistant, tandis que les deux autres clauses sont ambiguës. La deuxième clause est ambiguë car il est difficile de savoir clairement si elle fait référence au Tribunal de commerce de Paris ou à un arbitrage devant la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. La troisième clause manque de clarté car le siège de la Chambre de commerce internationale est à Paris, et non à Zurich. Ainsi, on se pose la question de savoir si les parties souhaitaient simplement faire appel à la Chambre internationale d'arbitrage commercial avec la ville de Zurich en Suisse, comme lieu de procédure d'arbitrage, ou si elles faisaient référence aux règles d'arbitrage de la Chambre de commerce de Zurich.

Chercher à connaître l'intention réelle des parties pourra permettre de résoudre ces difficultés. On part alors du principe que, une fois la clause compromissoire mise à exécution, les parties agiront de bonne foi. Mais les clauses ambiguës donnent la possibilité de soulever certaines questions concernant des lacunes de formulation, d'invoquer l'absence d'effet de la clause ou de se prêter au jeu de la tactique dilatoire.

COMBINER ARBITRAGE ET CONTENTIEUX

Cette clause peut être illustrée de la façon suivante :

- « Toute controverse née de l'exécution du présent contrat doit nécessairement faire l'objet d'une procédure d'arbitrage en vertu des règles du Tribunal d'arbitrage international vietnamien ; en cas de désaccord entre les arbitres choisis par les parties, il est convenu que le litige sera renvoyé devant les tribunaux d'État ».

Cette clause pose la question de la nature du mécanisme de règlement des différends choisi. S'agit-il du recours à un tribunal d'arbitrage ou à une cour de justice ? Cela signifie-t-il qu'il convient de recourir à une procédure de conciliation avant l'intervention d'un tribunal compétent ? Cet accord indique que les parties doivent définir la méthode de règlement de leurs différends de façon claire et simple, sans confondre les deux institutions.

COMPROMIS DÉSASTREUX

La clause suivante fournit un exemple de compromis désastreux :

- « Tous les litiges en rapport avec le présent contrat seront soumis au jugement d'arbitres nommés par la Chambre de commerce internationale sise à Genève, conformément à la procédure d'arbitrage énoncée dans le Code civil français et le Code civil vénézuélien, et en tenant parfaitement compte de la législation en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage ».

Cette clause compromissoire ad hoc, qui implique des parties française et vénézuélienne, suggère que les parties souhaitent s'en remettre à leurs propres législations nationales tout en se référant à une troisième législation, en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage, la Suisse. Dans la mesure où ces législations convergent sur un point particulier, aucun problème ne devrait résulter de l'application de cette clause. Pourtant, la sentence d'arbitrage qui en résulte pourrait faire l'objet d'attaques au motif que la procédure appliquée ne respecte pas la convention entre les parties. L'ICC ne participe qu'à titre d'autorité de nomination, ce qui affaiblira davantage la sentence d'arbitrage prononcée.

RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA RÉDACTION DES CONVENTIONS D'ARBITRAGE

ARBITRAGE INSTITUTIONNEL

Si les parties conviennent de recourir à une procédure d'arbitrage institutionnel, elles doivent rédiger une clause qui se rapproche le plus possible de la clause standard

recommandée par l'institution sélectionnée. Les parties doivent consulter le site Internet de l'institution d'arbitrage sélectionnée et choisir l'une de ses clauses standard. La plupart des institutions d'arbitrage proposent dans leurs clauses standard plusieurs options telles que l'arbitrage, la médiation suivie d'arbitrage ou l'arbitrage accéléré. Les parties peuvent également utiliser la clause suivante :

« Tous les litiges nés du présent contrat ou en rapport avec celui-ci, ainsi qu'avec tout autre accord signé ou à conclure en lien avec le présent contrat, seront tranchés en vertu du Règlement d'arbitrage de [nom de l'institution choisie] par un ou plusieurs arbitres nommés en application dudit règlement. La procédure d'arbitrage devra se dérouler à [ville et pays sélectionnés]. La/les langue(s) d'arbitrage sera/seront [sélectionner une ou plusieurs langue(s)] ».

ARBITRAGE AD HOC

Si les parties choisissent une procédure d'arbitrage ad hoc, elles doivent envisager d'utiliser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et se rapporter à la clause compromissoire recommandée par la CNUDCI. Dans cette clause, elles doivent également spécifier une autorité de nomination.

Les parties peuvent également envisager de rédiger une clause ad hoc sur mesure. Cependant, une telle entreprise peut présenter certains risques.

Voici un exemple de clause compromissoire ad hoc avec arbitre unique :

« Tous les litiges nés du présent contrat ou en rapport avec celui-ci seront finalement tranchés par un arbitre unique.

La partie plaignante notifiera à la partie intimée sa requête en arbitrage par écrit et par courrier recommandé ou service de coursier ; cette dernière répondra par écrit et par courrier recommandé ou coursier dans un délai de 30 jours à compter de la date de réception de la requête en arbitrage.

Les parties tenteront de nommer conjointement l'arbitre unique dans les 30 jours qui suivent la réception de la réponse, sans quoi l'arbitre unique sera nommé par [indiquer le nom de l'institution], agissant en qualité d'autorité de nomination, sur requête de l'une des parties.

La procédure d'arbitrage devra se dérouler à [sélectionner la ville et le pays]. La/les langue(s) d'arbitrage sera/seront [sélectionner une ou plusieurs langue(s)] ».

Voici un exemple de clause compromissoire ad hoc avec trois arbitres :

« Tous les litiges nés du présent contrat ou en rapport avec celui-ci seront finalement tranchés par trois arbitres.

La partie plaignante notifiera à la partie intimée sa requête en arbitrage par écrit et par courrier recommandé ou

service de coursier, et nommera simultanément un arbitre. La partie intimée répondra par écrit et par courrier recommandé ou service de coursier dans un délai de 30 jours à compter de la date de réception de la requête en arbitrage et, dans sa réponse, nommera un arbitre.

Les deux arbitres ainsi nommés tenteront de nommer conjointement, dans un délai de 30 jours, un troisième arbitre qui présidera le tribunal d'arbitrage. En cas d'absence de nomination d'un arbitre dans le délai indiqué ci-dessus, cet arbitre sera nommé par [indiquer le nom de l'institution], agissant en qualité d'autorité de nomination, sur requête de l'une des parties ou de l'un des arbitres nommés ».

La procédure d'arbitrage devra se dérouler à [indiquer la ville et le pays]. La/les langue(s) d'arbitrage sera/seront [sélectionner une ou plusieurs langue(s)] ».

CONSTITUTION DU TRIBUNAL D'ARBITRAGE

La constitution ou la nomination d'un tribunal d'arbitrage est généralement la première étape d'une procédure d'arbitrage. Elle est souvent amorcée par l'émission d'une requête ou notification d'arbitrage par le plaignant à l'attention de l'intimé ou d'une institution d'arbitrage. Selon les règles applicables, la création du tribunal peut être assurée par une institution d'arbitrage, par les parties elles-mêmes ou par un tribunal.

Ce processus, outre le règlement d'une avance partielle des frais généralement requis préalablement à l'amorçage d'une procédure, peut ne durer que quelques semaines en cas de procédure accélérée avec coopération des parties. Dans la plupart des procédures d'arbitrage international, ce processus dure entre un et quatre mois.

ARBITRAGE INSTITUTIONNEL

QUI NOMME LE(S) ARBITRE(S) ?

La constitution du tribunal d'arbitrage peut varier d'une institution d'arbitrage à l'autre. Certaines institutions laissent aux parties toutes latitudes pour désigner le(s) arbitre(s) de leur choix. D'autres institutions limitent le choix des parties à une liste d'arbitres tenue par l'institution.

Même si les parties sont laissées libres de proposer les arbitres de leur choix, l'institution d'arbitrage supervise généralement le processus de nomination. Cette supervision par l'institution d'arbitrage implique souvent que la tâche de nomination des arbitres, y compris les arbitres nommés par des tiers, revienne à l'institution.

INDÉPENDANCE ET IMPARTIALITÉ

L'institution d'arbitrage attire généralement l'attention des arbitres sur les exigences d'indépendance et d'impartialité en rapport avec les parties. La plupart des institutions exigeront des arbitres qu'ils confirment par écrit qu'ils sont et resteront indépendants et qu'ils sont tenus de divulguer tous les faits ou circonstances susceptibles de semer le doute à propos de leur impartialité aux yeux des parties.

Lors d'une procédure de l'ICC, les arbitres potentiels sont tenus de divulguer tous les rapports qu'ils entretiennent avec les parties. Les arbitres doivent alors divulguer tous

les rapports qu'ils entretiennent ou ont entretenu avec les avocats agissant au nom des parties. Certaines institutions demanderont aux arbitres de confirmer qu'ils disposent de suffisamment de temps pour exécuter la procédure d'arbitrage avec application.

La supervision implique généralement la possibilité pour l'institution d'arbitrage de refuser de nommer un arbitre ou de confirmer le choix d'un arbitre proposé par une partie, si elle considère que l'arbitre n'est pas indépendant vis-à-vis des parties. Avant de décider de ne pas nommer ou confirmer un arbitre, l'institution d'arbitrage donne généralement aux personnes concernées la possibilité d'exprimer leur point de vue.

CONTESTATION DES ARBITRES

En cas de doute concernant l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, l'institution d'arbitrage tranche généralement la contestation formulée par les parties. Les décisions des institutions d'arbitrage relatives à la constitution d'un tribunal d'arbitrage et au remplacement d'un arbitre sont d'ordre administratif. Une partie peut déposer un recours contre la décision de l'institution d'arbitrage devant un tribunal compétent. Toutefois, ces contestations ne sont pas très efficaces car les tribunaux de la plupart des juridictions ne prononcent pas d'ordonnances ayant pour effet d'interrompre une procédure d'arbitrage jusqu'à ce que leur propre décision soit rendue à propos de la contestation en question.

Ces recours ne sont pas habituels car ils sont contraires à l'esprit et à la lettre de la convention d'arbitrage, en vertu de laquelle les parties ont conféré à l'institution d'arbitrage les pouvoirs nécessaires pour administrer la procédure.

ARBITRAGE AD HOC

Si les parties n'ont pas prévu de confier l'administration de la procédure à une institution d'arbitrage, elles devront prendre elles-mêmes en charge la constitution du tribunal d'arbitrage ou porter l'affaire en justice.

En cas de procédure d'arbitrage ad hoc, les parties disposent d'une grande liberté d'organisation de la constitution du tribunal d'arbitrage. Pourtant, elles doivent garder à l'esprit que le processus de constitution peut rencontrer des difficultés

Encadré 17: Déclaration d'indépendance type dans le cadre d'une procédure d'arbitrage ad hoc

Cette déclaration est conforme à l'Article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Aucune circonstance à communiquer

« Je suis impartial et indépendant de chacune des parties et entends le rester. À ma connaissance, il n'existe aucune circonstance, passée ou présente, de nature à soulever des doutes légitimes sur mon impartialité ou sur mon indépendance. Je m'engage à notifier sans délai les parties et les autres arbitres de toute circonstance de ce type susceptible d'être ultérieurement portée à mon attention pendant cette procédure d'arbitrage ».

Circonstances à communiquer

« Je suis impartial et indépendant de chacune des parties et entends le rester. La déclaration ci-jointe est conforme à l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

concernant (a) mes relations professionnelles, commerciales et autres, passées et présentes, avec les parties et (b) toute autre circonstance pertinente. [Inclure la déclaration]

Je confirme que ces circonstances n'affectent pas mon indépendance et mon impartialité.

Je m'engage à notifier sans délai les parties et les autres arbitres de toute autre relation ou circonstance de ce type susceptible d'être ultérieurement portée à mon attention pendant cette procédure d'arbitrage.

Les parties peuvent envisager de demander à l'arbitre d'ajouter la mention suivante à la déclaration d'indépendance : « Je confirme, en considération des informations actuellement mises à ma disposition, que je peux consacrer le temps nécessaire à l'exécution de cette procédure d'arbitrage avec application, efficacité et dans le respect des délais stipulés dans le Règlement ».

lorsque l'une des parties n'est pas disposée à participer au moment de la survenue du litige. Une partie, généralement l'intimé, à une procédure d'arbitrage ad hoc peut refuser ou omettre de sélectionner un arbitre dans le cadre d'affaires nécessitant la constitution d'un tribunal d'arbitrage à trois membres. Une partie peut refuser de participer à la sélection de l'arbitre unique ou refuser de participer à la sélection du président du tribunal d'arbitrage.

Dans ces circonstances, l'autre partie, généralement le plaignant, sera contrainte de faire appel à une cour de justice pour procéder à la nomination requise. Solliciter une cour de justice pour exécuter la nomination d'un arbitre prendra probablement plus de temps que lorsqu'une institution d'arbitrage a été désignée pour trancher l'affaire. Par conséquent, dans certaines procédures d'arbitrage ad hoc, les parties stipulent qu'une institution d'arbitrage doit agir en qualité d'autorité de nomination. L'institution d'arbitrage sera sollicitée pour nommer un ou plusieurs arbitres ou pour procéder à cette nomination au nom d'une partie défaillante. Les coûts des nominations varient largement d'une institution à l'autre.

La plupart des institutions d'arbitrage proposent des services de nomination d'arbitres dans le cadre de procédures d'arbitrage ad hoc. Ces nominations ne sont soumises à aucune redevance internationale standard. Les chiffres suivants étaient valables jusqu'en juillet 2014 et sont susceptibles de changer.

L'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm facture, pour les services qu'il fournit en qualité d'autorité de nomination en vertu du Règlement de la CNUDCI, un forfait de 1 500 euros à la partie requérante. Cette somme couvre la nomination d'un arbitre unique ou président, la nomination d'un deuxième arbitre dans les

affaires impliquant trois arbitres, et la nomination d'arbitres remplaçants. En ce qui concerne les décisions relatives aux contestations des arbitres, l'Institut facture un forfait de 3 000 euros.

Au Centre d'arbitrage international de Hong Kong, la redevance de dépôt d'une demande de nomination d'un arbitre s'élève à 8 000 \$HK.

Les redevances facturées par l'Association américaine d'arbitrage pour les services fournis dans les affaires conformes au Règlement de la CNUDCI sont calculées en fonction du montant de la plainte ou de la demande reconventionnelle. Une redevance non remboursable est exigible dans son intégralité par une partie déposante. Par exemple, si le montant de la plainte est compris entre 10 000 \$E.-U. et 75 000 \$E.-U., la redevance de dépôt initiale s'élève à 750 \$E.-U., et aucune redevance de service n'est facturée. Si le montant de la plainte est supérieur à 500 000 \$E.-U., la redevance de dépôt initiale s'élève à 6 000 \$E.-U. et la redevance de service s'élève à 2 000 \$E.-U.

En échange des services qu'elle fournit en qualité d'autorité de nomination conformément au Règlement de la CNUDCI ou dans le cadre de procédures d'arbitrages ad hoc, l'ICC facture à la partie requérante un forfait de 3 000 \$E.-U. pour chaque requête. Cette redevance couvre tous les services supplémentaires tels que les contestations et la nomination d'un arbitre remplaçant.

ARBITRAGE MULTIPARTITE

Certains problèmes particuliers accompagnent la constitution des tribunaux d'arbitrage lors de procédures

Encadré 18: Nomination des arbitres en cas de différend multipartite

Cet encadré s'intéresse à l'affaire jugée par la Cour de cassation française le 7 janvier 1992, opposant 1. Siemens AG (Allemagne) et 2. BKMI Industrieanlagen GmbH (Allemagne) contre Dutco Construction Company (Dubai).

Siemens, BKMI et Dutco ont conclu un accord de consortium pour la construction d'une usine de ciment à Oman. Cet accord comportait une clause compromissoire exigeant le règlement des différends en application du Règlement d'arbitrage de l'ICC par trois arbitres.

En 1986, Dutco a déposé une requête unique en arbitrage à l'encontre de ses deux partenaires à propos de crédits distincts impliquant les deux sociétés. Siemens et BKMI ont cherché à nommer chacun un arbitre. Cependant, en application du Règlement d'arbitrage de l'ICC alors en vigueur, la Cour de l'ICC a ordonné aux deux parties

de nommer conjointement un seul co-arbitre. Siemens et BKMI avaient des intérêts divergents et ont par conséquent contesté cette ordonnance. Tout en réservant leurs objections, ils ont nommé conjointement un seul co-arbitre. Dans une sentence partielle, le tribunal a affirmé que sa constitution était valable et qu'il pouvait poursuivre en exécutant une procédure d'arbitrage multipartite.

Siemens et BKMI ont cherché à renvoyer la sentence d'arbitrage partielle devant la Cour d'appel de Paris. La cour a rejeté leur demande.

En 1992, la Cour de cassation française a annulé la décision de la Cour d'appel de Paris. Elle a estimé que le principe d'égalité des parties pour nommer les arbitres est affaire de politique publique et peut être abandonné uniquement après la survenue d'un litige.

impliquant plusieurs plaignants et/ou intimés. Les procédures d'arbitrage multipartite sont aujourd'hui très fréquentes dans le contexte international. Par exemple, les différends de construction peuvent impliquer un client, un prestataire général et divers sous-traitants. Les statistiques de l'ICC indiquent que 30 % environ des affaires d'arbitrage de l'ICC impliquent au moins trois parties.

Dans la plupart des cas, la constitution du tribunal d'arbitrage ne pose aucun problème lorsque toutes les parties conviennent de l'introduction d'une procédure d'arbitrage multipartite. Cependant, certaines de ces affaires peuvent générer des difficultés. Les parties doivent s'assurer que toutes les parties qu'elles souhaitent impliquer dans la procédure d'arbitrage multipartite ont signé la même convention d'arbitrage avant le litige, ou que les parties qui n'ont pas encore signé la convention d'arbitrage s'accordent au moment de la survenue du litige. Si l'une des parties n'est pas liée par une convention d'arbitrage ou n'a pas convenu d'une procédure d'arbitrage avec les autres parties, cette partie ne peut généralement pas intégrer la procédure d'arbitrage.

Si toutes les parties ont signé une convention d'arbitrage, mais ne sont pas toutes disposées à participer à la procédure d'arbitrage, ou en cas de conflit d'intérêts, une difficulté se pose en ce qui concerne la nomination d'un co-arbitre au nom de plusieurs parties d'un même côté.

Cette difficulté se pose généralement en présence de plusieurs parties intimées. Par exemple, supposons qu'un contrat implique deux parties de chaque côté. Si les quatre parties contractantes ont convenu de soumettre leur différend au jugement d'un tribunal d'arbitrage composé de trois membres avec l'idée que les plaignants et les intimés seront chacun capable de nommer un arbitre, on assistera

alors à un déséquilibre, où les deux parties du côté des plaignants nomment un co-arbitre tandis que les deux intimés ne parviennent pas à s'accorder sur la nomination d'un co-arbitre.

Il est généralement impossible de nommer plus de trois arbitres. Si les intimés, bien qu'incapables de s'accorder sur la nomination conjointe d'un co-arbitre, sont contraints d'en nommer un, ils pourront ultérieurement soulever une exception relative à leurs droits de défense et à leurs droits de participer à la constitution du tribunal d'arbitrage sur un pied d'égalité avec les plaignants.

Dans le cadre d'une procédure d'arbitrage institutionnel, l'institution pourrait nommer un co-arbitre au nom commun des intimés défaillants, selon les règles applicables. Cependant, cette nomination d'un co-arbitre par l'institution d'arbitrage, dans le cas où l'autre partie a été en mesure de désigner son co-arbitre, peut générer une inégalité entre les parties lors de la constitution du tribunal d'arbitrage. Depuis l'affaire Dutco (encadré 18), de grandes institutions d'arbitrage ont modifié leurs règles de sorte que, dans le cadre d'affaires multipartites, elles sont en mesure de nommer directement tous les membres du tribunal lorsque les parties sont en désaccord au sujet de la constitution du tribunal.

POUVOIRS, OBLIGATIONS ET COMPÉTENCE DU TRIBUNAL D'ARBITRAGE

POUVOIRS ET LIMITATIONS

Les pouvoirs d'un tribunal d'arbitrage lui sont conférés par les parties. Ces pouvoirs peuvent être explicitement conférés dans la convention d'arbitrage ou implicitement par référence aux règles institutionnelles ou autres, comme par exemple le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Ces pouvoirs sont conférés dans les limites du droit applicable, qui est généralement le droit en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage ou le droit applicable à la convention d'arbitrage.

POUVOIRS GÉNÉRAUX DES TRIBUNAUX D'ARBITRAGE

En général, les tribunaux d'arbitrage possèdent les pouvoirs suivants, sauf convention contraire entre les parties :

- Déterminer le lieu de la procédure d'arbitrage, sauf s'il a été convenu par les parties ou choisi par une institution d'arbitrage ;
- Déterminer la/les langue(s) d'arbitrage, sauf si les parties se sont entendues à ce propos ;
- Définir le calendrier de la procédure, y compris en fixant et en prolongeant les délais de dépôt des demandes par les parties ;
- Organiser les audiences et les visites sur site ;
- Entendre les témoins ;
- Nommer les experts ; et
- Déterminer le droit applicable à la procédure et le fond du litige.

Les parties peuvent également conférer les pouvoirs d'*amiable compositeur* au tribunal d'arbitrage. Ces pouvoirs autorisent le tribunal, lors de l'application d'une loi spécifique, à déroger à l'application stricte de la loi s'il considère qu'une application stricte donnerait lieu à un résultat inéquitable.

MESURES CONSERVATOIRES

En réponse à la requête d'une partie, les tribunaux d'arbitrage peuvent ordonner la prise de mesures

transitoires de protection avant de prononcer une sentence. Ces mesures peuvent inclure :

- Ordonnances obligeant une partie à autoriser l'inspection de marchandises, de biens ou de documents ;
- Mesures destinées à éviter les pertes ou préjudices, telles qu'une ordonnance obligeant un prestataire à poursuivre les travaux de construction malgré sa revendication d'habilitation à suspendre l'exécution des travaux ; et
- Mesures de facilitation de l'exécution ultérieure de la sentence, telles que la saisie de biens physiques ou de comptes bancaires, ou ordonnances de dépôt du montant du litige sur un compte bancaire joint.

OBLIGATIONS DU TRIBUNAL D'ARBITRAGE

Les obligations du tribunal d'arbitrage découlent de l'entente des parties, du droit applicable et/ou des règles d'arbitrage institutionnel ou ad hoc applicables. Le tribunal a pour principale obligation de prononcer une sentence exécutoire qui règle le différend entre les parties.

APPLICATION RÉGULIÈRE DE LA LOI

Un tribunal d'arbitrage doit assurer l'application régulière de la loi. Ce tribunal doit traiter toutes les parties de façon équitable, agir avec impartialité et s'assurer que les parties ont eu la possibilité de présenter et défendre leurs positions et de répondre aux positions prises par les autres parties. Certaines institutions fournissent un code de conduite ou un code d'éthique applicable aux arbitres.

CAHIER DES CHARGES

Certaines règles institutionnelles stipulent que le tribunal d'arbitrage est tenu d'établir un cahier des charges. Ce cahier des charges est un document procédural contenant les coordonnées des parties et des arbitres, une synthèse des éléments de l'affaire, les revendications des parties, les

questions à traiter, le droit applicable (s'il a été déterminé d'un commun accord) ainsi que tous les tenants et aboutissants de la procédure.

SENTENCE MOTIVÉE

Les parties ou les législations et règles applicables peuvent exiger que la sentence précise les motifs sur lesquels elle repose, et qu'elle soit prononcée dans un délai spécifique. Dans le domaine de l'arbitrage international, l'usage veut que les sentences soient motivées.

NOTIFICATION DE SENTENCE

Certaines législations nationales imposent des obligations supplémentaires telles que la notification et l'enregistrement de la sentence d'arbitrage auprès des tribunaux.

COMPÉTENCE

Lorsque les parties conviennent d'engager une procédure d'arbitrage, elles confèrent au tribunal d'arbitrage la compétence de règlement du différend. Par conséquent, les cours de justice n'ont pas compétence pour trancher le différend, sauf en cas de clause compromissoire nulle et non avenue ou si les parties conviennent de révoquer la convention d'arbitrage.

La compétence accordée au tribunal d'arbitrage de règlement du différend n'exclut pas le fait que les cours de justice sont habilitées à engager certaines actions avant la procédure d'arbitrage, voire même pendant le processus d'arbitrage, par exemple par l'intermédiaire de mesures conservatoires ou provisoires. Demander à ces cours de justice de prendre de telles mesures ne saurait constituer une exclusion de la clause compromissoire.

KOMPETENZ-KOMPETENZ

Une partie peut contester la compétence du tribunal, en remettant ainsi en cause la validité de la convention d'arbitrage. Cependant, en vertu du principe de *Kompetenz-Kompetenz* (compétence-compétence) le tribunal d'arbitrage est habilité à trancher sa propre compétence. La décision du tribunal concernant sa propre compétence est prise par le biais d'une sentence provisoire ou définitive.

Même si un tribunal d'arbitrage décide que le contrat contenant la convention d'arbitrage est inexistant ou nul et non avenue, cela n'implique pas nécessairement que la convention d'arbitrage devient également inexistante ou nulle et non avenue.

ARBITRES D'URGENCE

Un arbitre d'urgence est un processus, énoncé dans les règles d'arbitrage de plusieurs institutions d'arbitrage partout dans le monde, par lequel les parties peuvent obtenir en quelques jours une mesure de redressement d'urgence avant la formation d'un tribunal d'arbitrage. Ce processus se révèle efficace.

Les fonctions des arbitres d'urgence sont les suivantes :

- Les arbitres d'urgence sont associés par défaut aux parties qui ont choisi une institution d'arbitrage dont les règles prévoient ce service, sauf si les parties se sont désengagées du processus d'arbitrage d'urgence.
- Les arbitres d'urgence ne peuvent pas émettre d'ordonnances à l'encontre de tiers non signataires d'une convention d'arbitrage.
- Les arbitres d'urgence émettent des ordonnances uniquement en situation d'urgence avérée, lorsqu'une partie ne peut pas attendre la constitution d'un tribunal d'arbitrage.

Encadré 19: L'« effet négatif » d'une convention d'arbitrage sur la compétence des cours de justice

Une partie signataire d'une convention d'arbitrage ne peut pas porter son affaire devant une cour de justice. Tel est l'« effet négatif » d'une convention d'arbitrage. Selon l'Article II de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 :

Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

On entend par « convention écrite » une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signé(e) par les parties ou contenu(e) dans un échange de lettres ou de télégrammes.

Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

Encadré 20: Un arbitre d'urgence en action

Un litige opposait une société chinoise à une société indonésienne à propos de la qualité d'une cargaison de charbon. L'expéditeur indonésien voulait vendre la cargaison de charbon avant l'issue du règlement du litige en raison de la détérioration rapide de la cargaison.

Un lundi matin, le requérant (la société indonésienne) a pris contact avec le Centre d'arbitrage international de Singapour en indiquant son intention de formuler une demande d'arbitrage d'urgence. Le requérant a déposé sa requête le même jour à 14h. À 17h, un avocat singapourien

expérimenté dans le domaine du transport maritime était nommé arbitre d'urgence.

Cet arbitre d'urgence a émis ses consignes préliminaires le soir même. Le lendemain, à l'issue d'une audience, l'arbitre d'urgence émettait une ordonnance autorisant la vente et enjoignant l'intimé à coopérer de sorte que la cargaison puisse quitter le port.

Source: Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis, de Raja Bose et Ian Meredith, International Arbitration Law Review, Numéro 5, 2012

- La partie intimée est protégée de diverses manières, notamment par la règle qui oblige le requérant à déposer une requête en arbitrage dans un court délai (environ 10 jours). Sans cela, la procédure sera interrompue.
- L'arbitre d'urgence ne doit pas empêcher une quelconque partie de solliciter des mesures conservatoires auprès d'une cour de justice.

La décision de l'arbitre d'urgence prend la forme d'une ordonnance. Les parties s'engagent à respecter cette ordonnance. Toutefois, après avoir obtenu la compétence requise pour traiter l'affaire, le tribunal d'arbitrage n'est pas lié par l'ordonnance de l'arbitre d'urgence. Le tribunal peut modifier, interrompre ou annuler l'ordonnance. Le tribunal d'arbitrage est habilité à statuer sur les plaintes d'une partie concernant la procédure, notamment la répartition des coûts de la procédure, ainsi que sur les éventuelles plaintes résultant de ou en rapport avec le respect ou le non-respect de l'ordonnance.

L'avance des frais engagés pour le recours à un arbitre d'urgence est prise en charge par la partie qui sollicite ce processus. Les arbitres d'urgence interviennent principalement dans les affaires importantes. Par exemple, selon les dispositions de l'ICC, le requérant est tenu de payer la somme de 40 000 \$E.-U., composée de 10 000 \$E.-U. de frais administratifs de l'ICC et de 30 000 \$E.-U. d'honoraires et de frais des arbitres d'urgence.

Les arbitres d'urgence étant un élément supplémentaire récent dans le paysage arbitral, une certaine ambiguïté persiste à propos de la réaction des cours de justice devant une requête d'exécution d'une ordonnance d'arbitrage d'urgence. Cependant, certains tribunaux américains ont rejeté les tentatives de résistance à l'exécution opérées par une partie.

PROCÉDURE D'ARBITRAGE

PRINCIPE GÉNÉRAL – AUTONOMIE DES PARTIES

L'une des caractéristiques élémentaires de l'arbitrage est la flexibilité, à l'inverse des procédures en justice. Lors d'une procédure d'arbitrage, les parties sont libres d'adapter la procédure à leurs souhaits et besoins, dans les limites des législations applicables. Par exemple, il est arrivé que des parties conviennent d'exécuter une procédure d'arbitrage sur un bateau de croisière afin de garantir la présence des deux parties.

Le tribunal d'arbitrage doit tenir compte des accords et des souhaits des parties pendant l'exécution de la procédure. Cependant, il doit également prêter attention aux dispositions obligatoires et aux exigences de la politique publique applicable sur le lieu de la procédure d'arbitrage, qu'il est indispensable de respecter. Le non-respect de ces dispositions risque de mettre en péril l'exécution et la reconnaissance de la sentence d'arbitrage.

Les parties peuvent convenir d'un commun accord du droit applicable à la substance du litige et à la procédure d'arbitrage. Elles sont libres de déterminer la/les langue(s) d'exécution de la procédure d'arbitrage, la/les langue(s) de rédaction des documents présentés, les méthodes de recueil des témoignages et le calendrier de la procédure.

PROCÉDURES TRANCHÉES PAR LE TRIBUNAL

En l'absence d'entente entre les parties, le tribunal d'arbitrage décidera des éléments suivants, tout en prenant en considération les souhaits des parties et après leur avoir laissé la possibilité d'exprimer leur point de vue.

LANGUE(S)

En l'absence d'entente entre les parties, quelle(s) sera/seront la/les langue(s) d'exécution de la procédure d'arbitrage ? En général, le tribunal d'arbitrage tient compte de la langue de rédaction du contrat pour déterminer la langue d'exécution de la procédure d'arbitrage. Si les parties ont utilisé d'autres langues dans leurs correspondances antérieures ou postérieures à la signature du contrat, le tribunal pourra y trouver motif pour accepter des documents rédigés dans d'autres langues.

ÉCHÉANCES

Quel est le délai octroyé aux parties pour présenter leurs dossiers d'arbitrage ? Avant de déterminer un calendrier procédural, le tribunal d'arbitrage doit consulter les parties afin de connaître le délai dont elles ont besoin pour déposer leurs dossiers ainsi que leur éventuel désir de déposer des duplicques lors d'une deuxième ou troisième session de dépôt.

Le calendrier de dépôt des dossiers est fixé le plus tôt possible dans la procédure et donne le rythme de la procédure. Le tribunal d'arbitrage doit s'assurer que les parties respectent ce calendrier. Le tribunal conserve le droit de refuser les dossiers déposés tardivement.

AUDIENCES ET TÉMOIGNAGES

Les parties peuvent-elles prétendre à une audience ? La sentence reposera-t-elle uniquement sur des dossiers écrits ? Quelles preuves les parties peuvent-elles apporter à l'appui de leurs affaires ? Qui décide des témoins particuliers qu'il convient d'entendre ? Si les parties sont de traditions juridiques différentes et affichent des points de vue différents à propos du recueil de témoignages et du poids donné à ces preuves, le tribunal d'arbitrage doit trancher ces affaires après consultation des parties. Le tribunal ne doit pas recourir à des méthodes de recueil de témoignage méconnues des parties ou qui ne garantissent pas un traitement équitable ni un droit de défense.

De manière générale, lorsqu'une partie souhaite être entendue, le tribunal doit organiser une audience orale. Les cours de justice peuvent considérer le refus de tenir audience émis par un tribunal comme la non-application régulière de la loi et une violation du droit d'être entendu, et peuvent refuser de reconnaître ou de mettre à exécution la sentence d'arbitrage. Selon l'Article V.1 (b) de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, une cour de justice peut refuser de reconnaître une sentence d'arbitrage si « la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ».

AUDIENCES

Si aucune des parties ne demande une audience orale, le tribunal peut toujours organiser une audience s'il l'estime

Encadré 21: Techniques de gestion des affaires

Un contrôle approprié du temps et des coûts est important dans toutes les affaires. Dans les affaires peu complexes et à faible valeur, il est particulièrement important de s'assurer que le temps et les coûts investis sont proportionnels à l'enjeu du conflit. Ci-dessous sont proposées quelques techniques de gestion des affaires permettant de contrôler le temps et les coûts.

Diviser la procédure ou prononcer une ou plusieurs sentences partielles concernant des questions essentielles peut accélérer ou rendre plus efficace la résolution de l'affaire.

Identifier les problèmes qui peuvent être résolus par un accord entre les parties ou leurs experts.

Identifier les problèmes pouvant être tranchés uniquement après examen de documents plutôt que par le biais de témoignages oraux ou d'argumentaires juridiques dans le cadre d'une audience.

Contrôler la production de pièces justificatives en :

- demandant aux parties d'accompagner leurs dossiers des documents sur lesquels elles s'appuient,
- évitant les requêtes de production de documents lorsqu'elles ne sont pas nécessaires au règlement du différend,
- limitant les requêtes de documents aux seuls documents pertinents et importants pour l'issue de l'affaire,
- imposant des délais raisonnables pour la production des documents, et
- en utilisant un calendrier de production des documents afin de faciliter la résolution des problèmes associés à la production de documents.

Des techniques supplémentaires sont décrites dans la publication de l'ICC intitulée « Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration ». Disponible sur le site : www.iccwbo.org

Limiter la durée et le champ d'application des dossiers écrits et des témoignages écrits et oraux (témoins factuels et experts) de façon à éviter les répétitions et à privilégier les questions importantes.

Recourir aux téléconférences et vidéoconférences pour les audiences procédurales et autres, lorsque la présence physique des parties n'est pas nécessaire, et utiliser les technologies de l'information permettant une communication en ligne entre les parties, le tribunal d'arbitrage et l'institution d'arbitrage.

Organiser une conférence préalable à l'audience avec le tribunal d'arbitrage afin d'évoquer et de convenir des modalités de l'audience, et de permettre au tribunal d'indiquer aux parties les points sur lesquels il souhaite que les parties centrent leur attention lors de l'audience.

Encourager le règlement en :

- informant les parties de la liberté dont elles disposent pour régler tout ou partie du différend, par voie de négociation ou via toute forme de méthode de règlement amiable des différends telle que la médiation, et
- lorsque les parties et le tribunal d'arbitrage se sont entendus en ce sens, le tribunal peut prendre des mesures pour faciliter le règlement du différend, pour autant que tous les efforts possibles soient fournis afin de s'assurer que toutes les sentences ultérieures seront exécutoires.

Encadré 22: Recueillir des témoignages lorsque les parties sont de cultures juridiques différentes

En situation d'arbitrage international, les parties et leurs avocats peuvent être de traditions juridiques différentes. Ces différences peuvent engendrer des litiges concernant le mode de présentation des preuves. Dans les pays relevant de la common law, les parties et leurs avocats-conseils ont pour habitude de demander et de soumettre des documents volumineux à l'appui de leurs positions, d'interroger leurs témoins et de procéder à un contre-interrogatoire des témoins de leur opposant dans le cadre d'audiences orales. Cette procédure peut durer plusieurs jours.

Dans les pays de droit civil, la tradition est différente. De ce fait, les avocats de droit civil peuvent rencontrer des difficultés lorsqu'ils font valoir leurs moyens contre des avocats originaires de pays relevant de la common law et sollicités pour procéder à un contre-interrogatoire. Des différends peuvent survenir à propos des règles et du mode de recueil des témoignages.

L'Association internationale du barreau (IBA) publie ses Règles sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage

commercial international, afin de fournir une ressource pour exécuter avec succès la phase de présentation des preuves d'une procédure d'arbitrage international. Les Règles de l'IBA proposent des mécanismes de présentation des documents, des témoins factuels, des témoins experts et des inspections, ainsi que pour la conduite des auditions de témoins. Les Règles de l'IBA sont destinées à être utilisées conjointement avec des règles d'arbitrage institutionnel ou ad hoc dans le cadre de procédures d'arbitrage commercial international. Elles renvoient aux procédures utilisées dans les différents systèmes juridiques et peuvent se révéler particulièrement utiles lorsque les parties sont issues de traditions juridiques différentes.

Si les parties souhaitent intégrer les Règles de l'IBA à leur clause compromissoire, elles doivent insérer la mention suivante : « Outre les [règles d'arbitrage institutionnel ou ad hoc choisies par les parties], les parties conviennent que la procédure d'arbitrage sera exécutée conformément aux Règles de la preuve de l'IBA ». Les Règles de l'IBA sont accessibles sur le site : www.ibanet.org.

utile. Il peut déterminer les problèmes uniquement au regard des documents présentés par les parties s'il considère ces documents suffisants.

Lorsqu'il organise une audience, le tribunal d'arbitrage laissera suffisamment de temps aux parties pour faire valoir leurs moyens. Le tribunal peut poser des questions aux parties afin de clarifier certains points.

TÉMOINS ET COMPTES-RENDUS TEXTUELS

Un tribunal d'arbitrage peut décider d'entendre des témoins, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie. Un tribunal peut organiser une visite afin de se familiariser avec le site sur lequel les faits en question se sont produits, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie.

Lorsqu'il entend des témoins, le tribunal d'arbitrage est généralement libre de choisir la méthode appropriée. Il peut interroger les témoins. Il peut autoriser les parties ou leurs avocats à procéder à un interrogatoire et à un contre-interrogatoire des témoins. Dans les affaires complexes, les parties peuvent solliciter des comptes-rendus textuels des dépositions orales. Les comptes-rendus textuels impliquent le recours à un dispositif d'enregistrement ou d'un sténographe compétent, et peuvent se révéler fastidieux et onéreux.

Pour économiser du temps et protéger la déposition, il est possible de soumettre la déposition directe des témoins par écrit avant l'audience. Ainsi, seuls le contre-interrogatoire et le réinterrogatoire feront l'objet d'une présentation orale lors de l'audience.

EXPERTS

Un tribunal d'arbitrage peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, nommer un expert pour rédiger un rapport concernant certains points techniques spécifiques. Si le tribunal ordonne la constitution d'un rapport d'expert, les parties doivent avoir la possibilité de prodiguer des conseils à l'expert et de répondre au rapport de l'expert.

En règle générale, la décision finale concernant le problème à résoudre est prise par le tribunal d'arbitrage, pas par l'expert. Cependant, les conclusions de l'expert peuvent aider le tribunal à juger les points techniques.

DROIT APPLICABLE

DROIT APPLICABLE AU FOND DU DIFFÉREND

POURQUOI STIPULER LE DROIT APPLICABLE ?

Il est important de convenir à l'avance du droit applicable au contrat. L'absence de choix d'une législation applicable risque non seulement de compliquer le règlement des différends, mais également de créer d'autres conflits autour du droit applicable.

Lorsqu'un différend est porté devant un tribunal d'arbitrage, les parties sont tenues de convaincre le tribunal de la législation qu'elles considèrent applicable avant même de pouvoir présenter le fond de leur affaire. Les différends concernant le droit applicable peuvent occasionner une augmentation des coûts et des retards de procédure.

Les parties ne parvenant pas à s'entendre à propos du droit applicable peuvent être tentées de stipuler que les litiges seront réglés en vertu des principes de droit général ou de la loi marchande, qui correspond au droit commercial européen coutumier. Ces dispositions risquent de laisser de nombreuses zones d'ombre. Aussi, la communauté d'arbitrage reste sceptique quant à l'usage de la loi marchande.

Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (www.unidroit.org) proposent plusieurs dispositions légales, notamment en ce qui concerne l'adversité (*hardship*), les cas de force majeure et la devise de paiement. Les parties peuvent convenir que ces principes régissent les questions substantielles de leur contrat.

TRIBUNAL D'ARBITRAGE ET DROIT CHOISIS PAR LES PARTIES

Si les parties se sont entendues quant au droit applicable au contrat, le tribunal d'arbitrage est lié par ce choix. Pourtant, même si les parties sont parvenues à s'entendre, le tribunal doit néanmoins évaluer les éventuelles limites à l'application de ce droit. À cet égard, les questions de la capacité et du pouvoir d'agir d'une partie sont généralement déterminées par le droit applicable au statut de cette entité, et non par le droit applicable au contrat. Les effets de l'insolvabilité d'une partie devront être déterminés en vertu du droit qui régit

la partie. Le tribunal d'arbitrage peut également être tenu de respecter la politique publique obligatoire d'un autre système juridique en rapport avec le contrat.

Les revendications de délit civil seront soumises à l'application du droit applicable au contrat, en particulier si la conduite délictueuse est survenue pendant l'exécution du contrat. Ce n'est toutefois pas toujours le cas. En effet, il n'est pas possible d'indiquer de façon générale les règles de droit international privé (règles de conflit de lois) applicables par un arbitre. L'arbitre devra donc éventuellement appliquer la *lex loci delicti*, c'est-à-dire la législation en vigueur sur le lieu de la perte ou du préjudice.

POUVOIRS D'AMIABLE COMPOSITEUR

Si les parties ont conféré les pouvoirs d'*amiable compositeur* au tribunal, le tribunal peut déroger à la stricte application de la loi dans le cas où cette application aboutirait à un résultat inéquitable. Par conséquent, le tribunal d'arbitrage sera habilité à trancher le différend *ex æquo et bono* (en toute équité et conscience) et pourra être dispensé d'expliquer sa sentence d'arbitrage en vertu de la loi, si la législation qui régit la procédure d'arbitrage l'autorise.

En revanche, les *amicales compositeurs* restent contraints de respecter les règles de politique publique lors de l'exécution de la procédure d'arbitrage et lors de la prononciation de leur sentence. Les arbitres peuvent trancher en qualité d'*amicales compositeurs* uniquement si les parties leur ont expressément octroyé ce pouvoir.

DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE

Si les parties ne se sont pas entendues sur le droit applicable, le tribunal d'arbitrage doit déterminer les règles applicables à la substance du différend. Dès lors que les arbitres, à l'inverse des juges, n'ont pas l'autorité de leur pays de résidence, ils ne peuvent s'en remettre à la *lex fori* (loi du for). Si les parties n'ont pas stipulé l'application de cette loi substantielle à leur différend, le tribunal n'est pas tenu d'appliquer la loi substantielle du pays où la procédure d'arbitrage a lieu et n'est pas contraint d'appliquer les règles de conflit de lois en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage.

Les sentences d'arbitrage publiées confirment la grande diversité de méthodes utilisées par les arbitres internationaux pour déterminer les règles de droit applicables. La plupart du temps, les arbitres déterminent les règles

de droit applicables selon l'une des trois méthodes suivantes :

Rapport avec le différend

Selon ce principe, le tribunal d'arbitrage examine chacune des règles de conflit de lois des pays associés au différend, par exemple les pays de résidence des parties et les pays de signature et d'exécution du contrat. Cette méthode a pour avantage de favoriser la prévisibilité. Pourtant, elle a peu d'intérêt si les règles de conflit de lois n'adhèrent pas aux mêmes règles de droit applicables.

Principes généraux du droit international privé

Selon cette méthode, les arbitres ont souvent recours aux principes tels que le « centre de gravité » et la « connexion la plus proche ». Cette méthode implique un risque de simplification excessive. Cela peut expliquer pourquoi certains tribunaux d'arbitrage, pour motiver leur choix, s'appuient sur les conventions internationales telles que la Convention de Vienne du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955, ou la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises du 22 décembre 1986. Pour consulter le texte intégral de ces conventions, rendez-vous sur le site <http://www.legacarta.net>.

La voie directe

Recourir à la voie directe signifie que le tribunal d'arbitrage règle le différend sans soulever la question des règles de conflit de lois applicables. Le tribunal d'arbitrage identifie un facteur de rattachement qu'il estime décisif ou significatif entre le contrat et la loi qu'il décide d'appliquer. Il peut s'agir du lieu d'exécution. Par exemple, dans une affaire de vente internationale, le lieu d'exécution sera le pays du vendeur qui est tenu de livrer les marchandises alors que l'acheteur se contente simplement de payer. Il peut également s'agir

du centre de gravité du contrat, du lieu de son exécution et du lieu de résidence du vendeur. Cependant, cette méthode peut être discutable lorsque le litige porte sur la validité du contrat ou la prescription de la procédure d'arbitrage.

APPLICATION D'UNE LÉGISLATION INTERNATIONALE À LA SUBSTANCE DU DIFFÉREND

Les tribunaux d'arbitrage ont rarement fondé leurs sentences sur une seule législation nationale, mais plutôt sur les pratiques commerciales, la loi marchande ou les principes généraux du droit.

Pratiques commerciales

Certaines conventions internationales, telles que la Loi type de la CNUDCI, stipulent que les arbitres tiennent généralement compte des pratiques commerciales, même s'ils appliquent une législation nationale.

La référence aux pratiques commerciales peut combler les lacunes du droit applicable dans la mesure où les pratiques du commerce international peuvent évoluer plus rapidement que le droit. En revanche, les arbitres ne peuvent pas déroger à la législation choisie par les parties.

Lorsque les parties n'ont pas choisi de droit applicable, les arbitres s'appuient parfois sur les pratiques commerciales. Ce faisant, les arbitres fondent leur choix sur des conventions internationales et/ou des règles d'arbitrage qui autorisent les arbitres à tenir compte des pratiques commerciales.

Loi marchande et principes généraux du droit

Les pratiques commerciales sont citées en référence dans les conventions internationales et les règles d'arbitrage. Tel n'est pas le cas de la loi marchande ni des principes généraux du droit. Il n'existe aucune définition universellement acceptée de la loi marchande. Les arbitres

Encadré 23: Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international

En 1994, un groupe de travail, sous la supervision de l'Institut international pour l'unification du droit privé, a publié les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. De nouvelles dispositions ont été ajoutées aux Principes d'UNIDROIT en 2004 et 2010. Pour consulter le texte intégral, rendez-vous sur www.unidroit.org. Ces principes proposent 211 règles générales applicables aux contrats internationaux. Le Préambule des Principes d'UNIDROIT stipule que :

« Les principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international. Ils

s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat. Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit, la « lex mercatoria » ou autre formule similaire. Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière pour régir leur contrat. Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme. Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national. Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux ».

ne font aucune distinction entre les pratiques commerciales et la loi marchande.

Rares sont les sentences d'arbitrage fondées exclusivement sur la loi marchande sans l'application conjointe d'une législation nationale. Des motions d'annulation ont été déposées contre certaines de ces sentences. Les tribunaux anglais et français ont rejeté ces motions, arguant que les tribunaux d'arbitrage sont habilités à fonder leurs décisions sur des principes de droit acceptés à l'échelle internationale et régissant les relations contractuelles ou sur la loi marchande.

Ces précédents démontrent qu'il est acceptable pour les parties de soumettre un différend à la loi marchande plutôt qu'à une législation nationale spécifique. Cette considération est étayée par la référence aux « règles de droit » dans le texte de la Loi type de la CNUDCI (Article 28) et de nombreuses législations nationales d'arbitrage ainsi que dans diverses règles d'arbitrage.

Lors de la détermination des règles de la loi marchande ou des principes généraux du droit applicables à la vente internationale de marchandises, les arbitres s'appuient souvent sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 10 avril 1980. Pour consulter le texte intégral de cette convention, rendez-vous sur le site www.uncitral.org ou www.legacarta.net.

DROIT APPLICABLE À LA PROCÉDURE D'ARBITRAGE

LOI DU SIÈGE ARBITRAL

En situation d'arbitrage commercial international, le droit applicable à la procédure, en d'autres termes la loi du siège arbitral, est souvent différent du droit applicable au contrat ou à la convention d'arbitrage.

Un tribunal sis à Singapour, par exemple, peut être tenu d'appliquer les lois de Chine ou du Brésil pour statuer sur le fond du différend. Son propre fonctionnement, en revanche, ne sera pas régi par le droit chinois ou brésilien, mais par la législation d'arbitrage en vigueur à Singapour.

La législation procédurale applicable régit les procédures internes du processus d'arbitrage, telles que les règles de divulgation des documents, de recueil des témoignages, etc. Elle fournit des directives applicables à la conduite de la procédure d'arbitrage. Elle comporte des règles applicables à la constitution du tribunal d'arbitrage et au retrait des arbitres, au moins lorsque les parties n'ont pas soumis leur différend aux règles d'une institution d'arbitrage. Enfin, elle prévoit des règles applicables à la reconnaissance, à l'exécution ou à l'annulation d'une sentence d'arbitrage.

En convenant de soumettre leur différend aux règles d'une institution d'arbitrage, les parties s'engagent à respecter les règles de cette institution. Ces règles varient d'une institution à l'autre. Certaines règles institutionnelles comportent de rares dispositions différentes de celles applicables à la nomination des arbitres. D'autres règles d'arbitrage, telles que le Règlement de l'ICC, vont bien plus loin et incluent notamment l'organisation et la supervision de l'intégralité de la procédure, du dépôt de la requête en arbitrage à la notification de la sentence d'arbitrage.

En s'en remettant aux règles d'une institution d'arbitrage, les parties excluent les règles de la législation nationale applicables sur le lieu de la procédure d'arbitrage, à l'exception des dispositions obligatoires auxquelles elles ne peuvent pas déroger. Il est important que les parties privilégient la législation d'arbitrage en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage. Elles doivent identifier les dispositions obligatoires existantes et les interventions en justice possibles sur le lieu de la procédure d'arbitrage.

Les parties doivent choisir un lieu d'arbitrage dans l'un des pays signataires de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958, la convention internationale la plus importante dans le domaine de l'arbitrage. En décembre 2015, 156 pays avaient adopté la Convention de New York. Pour consulter la liste des pays signataires de la Convention, rendez-vous sur : www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

Le fait que de nombreux pays aient ratifié la Convention de New York ne signifie pas que les législations d'arbitrage de tous ces pays sont identiques. Depuis les années 1980, nombreux sont les pays à avoir modifié leurs législations d'arbitrage. Ces modifications n'ont pas été rédigées dans un but premier d'harmonisation avec les législations des autres pays. Le but a plutôt été de rendre leurs législations plus séduisantes en termes d'arbitrage. Les parties qui négocient un lieu d'arbitrage doivent être informées de ces différences.

Outre la Convention mondiale de New York, il existe d'autres conventions régionales multilatérales et de nombreuses conventions bilatérales. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) supervise activement les traités d'investissement bilatéraux. Le nombre de traités d'investissement bilatéraux a augmenté de façon spectaculaire au cours des vingt dernières années, passant de 385 en 1989 à 2 923 en 2015. Ils concernent la quasi-totalité des pays. Ces traités prévoient un mécanisme permettant aux investisseurs étrangers d'arbitrer des plaintes déposées contre un État hôte sans une convention d'arbitrage classique. Pour obtenir la liste des traités d'investissements bilatéraux entre les pays, consulter la page <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/>.

DISPOSITIONS OBLIGATOIRES

Les parties disposent d'une grande liberté de choix des règles procédurales applicables. Toutefois, cette liberté est limitée par les règles procédurales obligatoires en vigueur sur le lieu de la procédure d'arbitrage.

Toute violation des législations procédurales en vertu de la Convention de New York risque d'entraîner un refus d'exécuter une sentence en application de l'Article V 1 (e), si : « la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue ».

En conséquence, les parties doivent prendre ces règles en considération lors de la négociation de leur clause compromissoire. Par exemple, certains pays n'autorisent pas les avocats étrangers à représenter une société dans le cadre d'une procédure d'arbitrage.

Dans certains pays, un dossier d'arbitrage doit être constitué entre les parties après la survenue du différend, nonobstant la signature préalable d'une clause compromissoire.

Dans certains pays d'Amérique latine, une convention d'arbitrage intégrée à un contrat n'est pas opérationnelle tant qu'aucun engagement n'a été signé après la survenue d'un différend. Si l'une des parties refuse de signer cet engagement, ou si aucun accord n'est trouvé sur l'un des points traités dans cet engagement (notamment la désignation des arbitres), une partie peut demander à un tribunal d'approuver l'engagement au nom de la partie réticente.

FUSION

Dans certains pays, les cours de justice sont habilitées à fusionner plusieurs procédures d'arbitrage en une seule. Par exemple, aux Pays-Bas, cette autorité est conférée au Tribunal d'Amsterdam, en application de l'Article 1046 du Code de procédure civile hollandais, sauf accord contraire entre les parties. Par conséquent, si les parties n'ont pas exclu cette possibilité de fusion pour un arbitrage aux Pays-Bas, elles peuvent voir leur affaire fusionnée avec une affaire associée impliquant d'autres parties, même si cela n'a pas été anticipé au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage.

LOI RELATIVE À LA PRESCRIPTION

La détermination de l'interdiction d'une plainte par la loi relative à la prescription est jugée procédurale, et ne peut donc pas être exclue. Dans les pays de droit civil, elle est considérée comme substantielle et impossible à exclure. Cette différence doit être prise en considération au moment de choisir le lieu de la procédure d'arbitrage.

LANGUE

Les lois de certains pays exigent que les procédures d'arbitrage qui se déroulent sur leur territoire utilisent la langue officielle du pays. C'était le cas en Arabie saoudite jusqu'en 2012. L'Article 29 de la Nouvelle loi saoudienne sur l'arbitrage, bien que plus flexible, stipule que : « La procédure d'arbitrage doit être exécutée en arabe, sauf si le tribunal d'arbitrage décide ou si les parties à la procédure d'arbitrage conviennent d'une autre langue ou d'autres langues ». Tel est également le cas pour les procédures d'arbitrage exécutées au Koweït et aux Émirats arabes unis, dont la langue sera l'arabe sauf stipulation contraire. Ainsi, les parties doivent explicitement choisir la langue de la procédure d'arbitrage si l'arabe n'est pas souhaité.

ENREGISTREMENT DE LA SENTENCE

Les lois de certains pays exigent que la sentence soit déposée auprès d'un tribunal local dans un court délai après sa prononciation, sans quoi la sentence pourra être annulée. Par exemple, en vertu de la législation du Koweït, l'original de la sentence doit être déposé auprès du Registre de la Haute cour de justice dans les 10 jours qui suivent la prononciation de la sentence. Si ce dépôt n'a pas lieu, la sentence, sur demande de l'une des parties, pourra être déclarée nulle.

PORTÉE DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE

La législation procédurale détermine la portée de l'intervention judiciaire en arbitrage. Même si les parties souhaitent éviter de voir leur différend porté devant une cour de justice en s'accordant sur une procédure d'arbitrage, elles ne peuvent pas exclure la possibilité que certains aspects de leur différend soient portés devant un tribunal. Une intervention judiciaire peut se produire après la prononciation de la sentence d'arbitrage au stade de l'exécution ou dans le cadre de procédures d'*exequatur*. L'intervention judiciaire peut également se produire en cours d'arbitrage.

Les parties peuvent souhaiter bénéficier de l'assistance d'une cour de justice malgré une clause compromissoire, ou malgré le fait que la procédure d'arbitrage a déjà commencé. Cette intervention peut avoir lieu pour divers motifs. Dans certains cas, les parties peuvent chercher à bloquer ou à retarder la procédure d'arbitrage. Dans d'autres cas, elles peuvent solliciter l'assistance qu'elles ne parviennent pas à obtenir auprès du tribunal d'arbitrage.

En termes de tactiques dilatoires ou de perturbation, les situations suivantes doivent être prises en considération :

- Devant une cour de justice, une partie peut contester la validité de la clause compromissoire ou l'arbitrabilité du

différend lorsqu'elle apprend que son cocontractant a amorcé une procédure d'arbitrage.

- Une autre tactique dilatoire répandue consiste pour une partie à contester un arbitre devant une cour de justice après l'échec d'une contestation en vertu des règles d'arbitrage convenues entre les parties.
- Une partie intimée peut chercher à retarder ou à interrompre la procédure d'arbitrage en demandant à une cour de justice d'ordonner à un plaignant étranger de fournir les garanties des dépens. Dans certaines affaires, il arrive qu'une partie cherche à renforcer sa position ou à protéger ses droits en faisant appel à une cour de justice. Par exemple :
- Une partie peut solliciter une assistance judiciaire pour administrer les preuves ou pour prendre les mesures conservatoires ou transitoires qu'elle ne parvient pas à obtenir auprès du tribunal d'arbitrage.
- Une partie peut avoir besoin d'une intervention judiciaire pour débloquer une procédure d'arbitrage, par exemple lorsque dans le cadre d'une procédure d'arbitrage non-institutionnel l'une des parties refuse de nommer un co-arbitre, ou pour protéger ses droits fondamentaux lorsque la partie estime qu'ils ne sont pas correctement respectés pendant la procédure d'arbitrage.

Enfin, il existe également des lois exigeant une intervention judiciaire pendant le déroulement d'une procédure d'arbitrage. Par exemple, dans les pays d'Amérique latine, le recours aux cours de justice sera nécessaire pour contraindre une partie récalcitrante à exécuter l'engagement requis dans ces pays, indépendamment de la clause compromissoire.

Ces interventions judiciaires varient selon les pays en ce qui concerne les types d'interventions disponibles et les délais d'obtention de ces interventions. Les systèmes judiciaires de certains pays fonctionnent très lentement et certains sont corrompus. Les parties doivent être informées des interventions judiciaires possibles en arbitrage en vertu de diverses législations nationales. Elles doivent tenir compte de la loi du forum avant de décider du lieu de leur procédure d'arbitrage. Les législations en vigueur dans divers pays autorisent, limitent ou excluent certaines interventions judiciaires.

INTERVENTIONS JUDICIAIRES APRÈS LA SENTENCE DÉFINITIVE

Deux interventions judiciaires sont possibles :

- lorsque la partie gagnante cherche à faire exécuter la sentence d'arbitrage (intervention connue sous le nom d'exequatur (exécution)) à l'encontre de la partie perdante qui n'a pas honoré les termes de la sentence d'arbitrage ; et
- lorsque la partie perdante cherche à faire appel de ou à annuler la sentence prononcée à son encontre.

Les conventions internationales, telles que la Convention de New York (Article V), stipulent les circonstances limitées selon lesquelles les tribunaux peuvent refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence étrangère. Dans certains systèmes juridiques, une motion d'annulation d'une sentence est exclue de certaines situations ou peut être exclue par accord mutuel entre les parties. C'est le cas en Belgique, en Suisse, en Suède et en Tunisie lorsqu'aucune des parties impliquées dans la procédure d'arbitrage n'est domiciliée ou n'a son siège social dans ces pays. En France, toutes les parties peuvent exclure une motion visant à annuler une sentence arbitrale, même si les parties sont domiciliées ou ont leur siège social dans ce pays.

SENTENCES D'ARBITRAGE

SENTENCE DÉFINITIVE

Une sentence définitive règle tous les litiges soumis à la décision du tribunal d'arbitrage. Elle a un effet de la chose jugée entre les parties. En d'autres termes, elle est contraignante et exécutoire. Dans la mesure où une procédure d'appel portant sur la substance de la sentence est généralement exclu des procédures d'arbitrage, à l'exception des affaires nationales de certains pays, la sentence définitive met généralement fin au litige entre les parties.

Il arrive parfois qu'une sentence comporte une erreur de calcul ou administrative qui prête à confusion. Par exemple, la partie décisionnelle d'une sentence peut ordonner à une partie de payer la somme de 10 000 000 \$E.-U. alors que le montant mentionné dans la sentence est de 1 000 000 \$E.-U. Quel montant l'intimé doit-il payer ? Il arrive parfois qu'un tribunal ne parvienne pas à statuer sur une question particulière ou que sa décision soit confuse. Par exemple, le tribunal d'arbitrage a accepté une demande de paiement d'une somme d'argent spécifique mais n'a pas statué sur la demande concernant les intérêts de ce montant. Autre exemple : le tribunal d'arbitrage a octroyé des intérêts sans indiquer la date à compter de laquelle ces intérêts couraient.

Selon les lois ou règles applicables, il pourra être demandé au tribunal de corriger l'erreur, de compléter la sentence ou de clarifier les zones d'ombre. Les lois ou règles d'arbitrage applicables, lorsqu'elles autorisent ce type de requêtes, stipulent qu'elles doivent être déposées dans un délai spécifique. Toute requête déposée après expiration de ce délai ne sera pas examinée.

SENTENCES PARTIELLES ET TRANSITOIRES

Si les circonstances l'exigent, le tribunal d'arbitrage peut prononcer une sentence partielle ou transitoire afin de statuer sur une ou plusieurs questions avant la sentence définitive. Les termes sentence partielle et sentence transitoire signifient essentiellement la même chose.

La résolution rapide de certains problèmes peut souvent donner lieu à un règlement rapide du litige. Les sentences partielles ou transitoires peuvent se révéler utiles pour statuer sur les questions, en cas de contestation, telles que :

- juridiction du tribunal d'arbitrage,
- la compétence du tribunal d'arbitrage,
- la validité de la convention d'arbitrage,
- le droit applicable, et
- la responsabilité contractuelle, avant de statuer sur le montant des dommages et intérêts.

Les tribunaux d'arbitrage ne sont pas tenus de prononcer des sentences partielles ou transitoires. Ils peuvent statuer sur toutes les questions dans une seule et même sentence définitive. La décision de prononcer ou non une sentence partielle ou transitoire doit reposer sur la possibilité pour que cette sentence ait pour effet de favoriser une exécution efficace et rentable de la procédure d'arbitrage, ainsi que les attentes des parties. Les tribunaux d'arbitrage peuvent prononcer une sentence partielle ou transitoire afin de donner un caractère d'irrévocabilité à une question particulière. Une sentence partielle ou transitoire peut générer une décision avec effet de la chose jugée entre les parties. Toutes les sentences prononcées, y compris une sentence partielle ou transitoire, peuvent être contestées devant une cour de justice par une partie insatisfaite. Cela peut avoir un impact sur l'exécution ultérieure de la procédure d'arbitrage. Certaines décisions ne doivent pas être prises dans le cadre d'une sentence d'arbitrage et peuvent être prises par une ordonnance de procédure du tribunal d'arbitrage, par exemple la nomination d'un expert, l'ordre si un dépôt doit être payé.

SENTENCE PAR CONSENTEMENT

Si les parties concluent un accord de règlement pendant la procédure d'arbitrage, elles peuvent demander au tribunal d'arbitrage d'en consigner les termes dans une sentence par consentement. Une sentence par consentement confirme les termes du règlement dans un document applicable devant une cour de justice.

Si les parties parviennent à un accord pendant la procédure d'arbitrage, elles peuvent décider de retirer leur plainte et de demander à l'institution d'arbitrage ou au tribunal de prendre note de ce retrait. En opérant ce retrait, les parties ne disposeront plus d'un engagement contraignant et exécutoire à respecter les termes de l'accord de règlement. Une sentence par consentement assure un accord contraignant et exécutoire.

Encadré 24: Article V de la Convention de New York

Les motifs limités de refus de reconnaître une sentence étrangère sont énumérés à l'Article V de la Convention de New York.

1. La reconnaissance de l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :
 - a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; ou
 - b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou
 - c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées ; ou
 - d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; ou
 - e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.
2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :
 - a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou
 - b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Si la partie perdante ne respecte volontairement pas les termes de la sentence d'arbitrage, la partie gagnante devra solliciter l'exécution de la sentence devant un tribunal compétent. La plupart des sentences sont volontairement respectées. Cependant, dans une minorité de cas, la partie gagnante devra engager une action en justice pour demander un jugement exécutoire (*exequatur*) de sorte que la sentence puisse être exécutée de la même manière que le jugement d'un tribunal.

CONVENTIONS INTERNATIONALES

L'exécution internationale des sentences d'arbitrage fait l'objet de diverses conventions internationales et se révèle généralement plus aisée que l'exécution internationale des jugements des tribunaux. La plus importante est la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, adoptée par les Nations Unies à New York en 1958. En décembre 2015, 156 pays avaient ratifié la Convention de New York.

Les autres conventions importantes comprennent :

- La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 1965). Cette convention, plus connue sous le nom de convention du CIRDI, instaure le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, une institution de la Banque mondiale, afin de faciliter le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements.
- La Convention inter-américaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975)
- La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961)
- La Convention arabe sur l'arbitrage commercial international (Amman, 1987)
- Le Traité sur l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (Port-Louis, 1993)

L'intégralité des textes, les listes de ratification et une synthèse de ces conventions sont disponibles sur le site www.legacarta.net.

Encadré 25: Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

En 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a approuvé la Loi type sur l'arbitrage commercial international, rédigée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), qu'elle destinait à « contribuer sensiblement à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé propice au règlement efficace et équitable des différends commerciaux internationaux ». L'Assemblée générale « recommande à tous les États d'envisager d'adopter les articles de la Loi type sur l'arbitrage commercial international, étant entendu qu'il

est souhaitable d'uniformiser le droit de l'arbitrage et de tenir compte des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international ».

Cette Loi type, modifiée en 2006, est destinée à un usage mondial. En décembre 2015, une législation reposant sur la Loi type de la CNUDCI a été promulguée dans 70 États avec au total 100 juridictions. Cf. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION EN VERTU DE LA CONVENTION DE NEW YORK

Dans les pays signataires de la Convention de New York, les tribunaux doivent exécuter les sentences d'arbitrage étrangères conformément aux critères énoncés dans les Articles IV et V de la Convention.

L'Article IV de la Convention de New York stipule qu'une partie sollicitant l'exécution doit fournir l'original dûment authentifié de la sentence, ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité ; ainsi que l'original de la convention d'arbitrage ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité. Les deux documents peuvent être fournis dans la langue officielle du pays où l'exécution est demandée. Des copies certifiées conformes de la sentence d'arbitrage pourront être fournies par l'institution d'arbitrage ou, en l'absence d'institution, par le tribunal d'arbitrage.

En vertu de la Convention de New York, les tribunaux ne sont pas autorisés à examiner le fond d'une sentence. Dès lors que les documents nécessaires ont été fournis, un tribunal doit accorder la reconnaissance et l'exécution, sauf dans le cas où au moins un des motifs limités de refus, énumérés à l'Article V de la Convention, est démontré.

En vertu de la Convention de New York, rares sont les décisions judiciaires à refuser l'exécution d'une sentence d'arbitrage international.

Certains pays ont choisi d'appliquer la Convention de New York uniquement pour des motifs de réciprocité, c'est-à-dire en ce qui concerne les sentences prononcées dans un autre État contractant. Certains pays ont choisi d'appliquer la Convention uniquement en ce qui concerne les sentences prononcées dans le cadre d'affaires commerciales. Ces deux réserves restrictives n'ont cependant eu qu'un impact limité sur le succès de la Convention et l'exécution des sentences d'arbitrage à l'échelle internationale.

CONTESTATION DES SENTENCES D'ARBITRAGE

Une partie insatisfaite peut déposer une motion d'annulation de la sentence d'arbitrage. La motion d'annulation doit être déposée auprès des tribunaux du pays où la sentence a été prononcée et doit reposer sur une violation des lois de ce pays. Les législations d'arbitrage nationales autorisant les motions d'annulation d'une sentence peuvent varier. Les parties doivent vérifier les motifs acceptés pour l'annulation d'une sentence avant de décider de localiser leur procédure d'arbitrage dans un pays plutôt qu'un autre.

Ces 15 dernières années, de nombreux pays ont modifié leurs lois d'arbitrage afin d'harmoniser et de limiter les motifs de contestation des sentences d'arbitrage. Nombreux sont les pays qui ont choisi d'intégrer la Loi type de la CNUDCI à leur législation nationale.

Les motifs d'annulation d'une sentence d'arbitrage en vertu de la Loi type (Article 34) sont pour la plupart identiques à ceux de l'Article V de la Convention de New York.

Si une sentence est annulée dans le pays où elle a été prononcée, elle est alors invalide et non exécutoire dans ce pays. En vertu de la Convention de New York, la sentence devient normalement non exécutoire dans les pays signataires de la Convention.

La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961, signée par divers pays européens, est plus restrictive que la Convention de New York en ce qui concerne les motifs d'annulation d'une sentence. Une sentence d'arbitrage annulée dans le pays où se déroule la procédure d'arbitrage pour un motif autre que les quatre motifs énumérés à l'Article IX, Paragraphe 1 de la Convention européenne pourra toujours être reconnue et exécutée dans les États contractants de la Convention européenne.

En pratique, rares sont les motions d'annulation de sentences déposées et encore plus rares sont les motions

Encadré 26: Exemples de frais d'arbitrage

Les exemples suivants s'inspirent des honoraires de l'ICC en 2015 et sont fournis à titre indicatif uniquement. Les frais associés aux procédures d'arbitrage ad hoc international sont souvent comparables aux frais énoncés ci-après.

Exemple 1

Lors d'une procédure d'arbitrage administrée par l'ICC entre des sociétés libanaise et française, le montant des plaintes et des demandes reconventionnelles s'élève à 50 000 \$E.-U. Les parties ont convenu de ne nommer qu'un seul arbitre. Le lieu de la procédure d'arbitrage est la Tunisie, et l'arbitre unique est marocain. L'avance des frais peut être déterminée de la façon suivante :

Frais administratifs	3 000 \$E.-U.
Honoraires estimés de l'arbitre	minimum 6 005 \$E.-U./ maximum 9 010 \$E.-U.
Frais (déplacement, hébergement, salles de réunion, etc.)	4 795 \$E.-U.
TOTAL	13 800 \$E.-U.

Pour obtenir une estimation de l'ensemble des frais engagés par chaque partie, les honoraires et les frais de déplacement des avocats ainsi que les frais de déplacement de chaque partie, y compris ceux des témoins, doivent y être ajoutés.

Exemple 2

Un différend entre un vendeur russe et un acheteur canadien, renvoyé en arbitrage devant l'ICC, doit être réglé par trois arbitres à Genève. Les arbitres sont originaires de Moscou, Montréal et Genève. Le montant total des plaintes et des demandes reconventionnelles s'élève à 1 million de \$E.-U. L'avance des frais peut être déterminée de la façon suivante :

Frais administratifs	21 715 \$E.-U.
Honoraires estimés des arbitres	118 135 \$E.-U. La plage minimale/maximale applicable à un arbitre unique est 14 627 \$E.-U./ 64 130 \$E.-U., avec pour moyenne 39 378 \$E.-U. Ce montant moyen est multiplié par trois pour trois arbitres.
Frais (déplacement, hébergement, salles de réunion, etc.)	15 150 \$E.-U.
TOTAL	155 000 \$E.-U.

Pour obtenir une estimation de l'ensemble des frais, les honoraires des avocats de chaque partie, les indemnités des témoins, les frais de déplacement et autres frais doivent y être ajoutés.

approuvées. Selon certaines études, environ 98 % des sentences d'arbitrage international sont exécutées.

FRAIS D'ARBITRAGE

Les coûts d'une procédure d'arbitrage impliquent plusieurs éléments : les frais et honoraires des arbitres, des experts et des avocats des parties. En situation d'arbitrage institutionnel, il convient également de tenir compte des frais administratifs de l'institution. Les frais supplémentaires peuvent inclure les frais de traduction, de reprographie et de déplacement. Les frais peuvent être conséquents, notamment dans le cadre d'une procédure d'arbitrage commercial international. Les questions de droit transnational exigent parfois la participation à la procédure d'avocats originaires de plusieurs pays.

Une institution d'arbitrage fixera généralement une avance des frais au début de la procédure d'arbitrage, qui devrait couvrir les honoraires et frais des arbitres ainsi que les frais administratifs jusqu'à la fin de la procédure d'arbitrage. Cette avance des frais, fixée en référence au montant du litige et des barèmes, ou sur une base horaire ou journalière,

devra normalement être payée en proportions égales par les parties.

Si l'une des parties omet d'avancer sa part du montant, l'autre partie devra payer le solde de l'avance des frais. L'avance des frais devra être payée en intégralité avant la prononciation de la sentence définitive. Dans sa sentence définitive, le tribunal d'arbitrage désigne la partie qui prendra les frais à sa charge. Dans la plupart des procédures d'arbitrage, la partie gagnante se fait rembourser ses frais par la partie perdante.

ANNEXES

OUTILS UTILES

LegaCarta : Base de données des traités commerciaux internationaux et cartes des traités, disponibles sur www.legacarta.net

Contrats types commerciaux internationaux destinés aux petites entreprises de l'ITC, disponibles sur <http://www.intracen.org/model-contracts-for-small-firms/>

DOCUMENTS FONDAMENTAUX

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) disponible sur http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985, modifiée en 2006) disponible sur http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) disponible sur http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html

Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980) disponible sur http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html

Règlement d'arbitrage de la Chambre Internationale de Commerce (2012) disponible sur <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>

