

Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction de clauses d'arbitrage international

Adoptées par résolution du Conseil de l'IBA le 7 octobre 2010
International Bar Association

Table des matières

Membres du groupe de travail
i

A propos du Comité de l'Arbitrage
1

Avant-propos
2

Les Lignes Directrices
4

Les membres du groupe de travail sur la rédaction de clauses d'arbitrage international

Paul Friedland

*Président
White & Case LLP
New York, USA*

R. Doak Bishop

*King & Spalding LLP
Houston, USA*

Karim Hafez

*HAFEZ
Le Caire, Égypte*

Adriano Jucà

*Consteutora Norberto Odebrecht
São Paulo, Brésil*

Carole Malinvaud

*Gide Loyrette Nouel A.A.R.P.I.
Paris, France*

Sundaresh Menon

*Rajah & Tann LLP
Singapour, Singapour*

Jean-Claude Najjar

*GE Capital
Paris, France*

William W. Park

*Université de Boston
Boston, USA*

Anne-Véronique Schlaepfer

*Schellenberg Wittmer
Genève, Suisse*

Eduardo Silva Romero
Dechert LLP
Paris, France

Stephen E. Smith
Lockheed Martin Space Systems Company
Denver, USA

Matthew Weiniger
Herbert Smith LLP
Londres, Royaume-Uni

Damien Nyer (Secrétaire)
White & Case LLP
New York, USA

À propos du Comité d'Arbitrage de l'IBA

Le Comité d'arbitrage, qui relève de la Division des Pratiques Juridiques de l'International Bar Association, a pour objet d'étudier le droit, la pratique et la procédure en matière d'arbitrage de différends internationaux. Il compte actuellement plus de 2 300 membres originaires de plus de 90 pays, chiffre qui croît régulièrement.

Le Comité se fixe pour objectif de diffuser la connaissance de l'arbitrage international, de promouvoir son utilisation et d'accroître son efficacité au moyen de publications et de conférences. Le Comité compte en son sein des sous-comités permanents, et il crée au besoin des groupes de réflexion pour traiter de questions précises. À la date d'adoption des présentes lignes directrices, le Comité compte quatre sous-comités, sur les règles de preuve, les traités d'investissements, les conflits d'intérêts ainsi que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Il compte aussi deux groupes de réflexion, l'un sur la déontologie des conseils dans l'arbitrage, et l'autre sur la convention d'arbitrage.

Avant-propos

La résolution des litiges par l'arbitrage est une question juridique essentielle dans le monde entier. Or, la convention d'arbitrage est à la base de toute procédure arbitrale ; les parties y expriment non seulement leur volonté de voir leurs litiges résolus par voie d'arbitrage, mais y définissent aussi certains aspects de la procédure arbitrale à venir. L'élaboration d'une convention d'arbitrage efficace, reflétant exactement les souhaits des parties et répondant complètement à leurs besoins, est donc une étape cruciale de toute procédure d'arbitrage.

Les Lignes Directrices de l'IBA pour la rédaction de clauses d'arbitrage internationales (« Lignes Directrices de l'IBA sur les Clauses d'Arbitrage ») sont conçues pour aider les parties à rédiger des clauses d'arbitrage qui soient efficaces et reflètent fidèlement leur volonté. Elles traduisent notre vision des meilleures pratiques internationales actuelles et proposent des clauses détaillées à l'usage des rédacteurs de clauses d'arbitrage international. Sans prétendre avoir aucune valeur normative quant aux diverses options offertes aux parties, les Lignes Directrices sont destinées à permettre à ces dernières de connaître les éléments essentiels à l'efficacité d'une clause d'arbitrage et les questions de procédure qu'elles ont la possibilité de déterminer par avance. Les Lignes Directrices ont pour objectif d'informer les parties sur les diverses options qui s'offrent à elles et sur les écueils qu'il convient d'éviter.

Les Lignes Directrices de l'IBA sur les Clauses d'Arbitrage abordent certaines des difficultés de rédaction les plus sérieuses qui se présentent quand une convention d'arbitrage ne s'applique pas dans une relation bipartite classique, mais implique plusieurs parties et/ou un ensemble de conventions liées. Les Lignes Directrices de l'IBA sur les Clauses d'Arbitrage peuvent donc être appliquées et constituent un cadre approprié, non seulement pour la rédaction de clauses d'arbitrage simples, mais également dans un contexte plus complexe, ainsi bien entendu que dans toute la gamme des situations intermédiaires.

Ainsi que cela est exposé dans l'Introduction qui suit, les Lignes Directrices de l'IBA sur les Clauses d'Arbitrage ont été établies de manière à faciliter au maximum leur utilisation. Celles-ci ne traitent pas uniquement des principes de base qui président à l'établissement d'une convention d'arbitrage, mais aussi de clauses complémentaires dont l'ajout est facultatif ainsi que des clauses combinées de résolution des litiges, des clauses d'arbitrage multipartites et des clauses d'arbitrage applicables aux ensembles contractuels. L'exposition de chaque principe est accompagnée de commentaires explicatifs ainsi que du texte de clauses modèles dont l'utilisation est recommandée.

À la différence de certains autres règles et principes élaborés par le Comité d'arbitrage, qui étaient plutôt destinés à un public de spécialistes, les Lignes Directrices de l'IBA sur les Clauses d'Arbitrage sont destinées non seulement aux

spécialistes de l'arbitrage mais également aux juristes d'entreprise et aux avocats habituellement chargés de la rédaction de contrats, lesquels ne sont pas toujours au fait de toutes les complexités du droit de l'arbitrage.

Les membres du Groupe de Travail de l'IBA qui a élaboré les Lignes Directrices de l'IBA sur les Clauses d'Arbitrage sont identifiés ci-dessus. Nous voudrions leur exprimer nos sincères remerciements et toute notre reconnaissance pour leur excellent travail. En établissant ces Lignes Directrices de l'IBA sur les Clauses d'Arbitrage, ils ont contribué à ce que nous espérons être un important pas en avant vers l'amélioration des clauses d'arbitrage afin que celles-ci soient non seulement efficaces, mais qu'elles traduisent aussi fidèlement la volonté des parties qui conviennent de soumettre leurs litiges à l'arbitrage.

Les Lignes Directrices de l'IBA sur les Clauses d'Arbitrage ont été adoptées par résolution du Comité de l'IBA le 7 octobre 2010. Elles sont disponibles en anglais, et leur traduction dans d'autres langues est prévue. Des exemplaires des Lignes Directrices de l'IBA sur les Clauses d'Arbitrage sont disponibles auprès de l'IBA, et peuvent être téléchargés sur <http://tinyurl.com/iba-Arbitration-Guidelines>.

Guido S. Tawil
Judith Gill, QC
Co-Présidents du Comité d'Arbitrage

7 octobre 2010

Les Lignes Directrices

Table des matières

I. Introduction

II. Principe fondamentaux

Ligne Directrice 1 : Les parties doivent choisir entre l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*.

Ligne Directrice 2 : Les parties doivent choisir un règlement d'arbitrage et doivent se référer à la clause-type recommandée par ce règlement.

Ligne Directrice 3 : Sauf circonstances particulières, les parties ne doivent pas tenter de limiter le champ des litiges soumis à l'arbitrage, mais doivent le définir largement.

Ligne Directrice 4 : Les parties doivent choisir le lieu de l'arbitrage. Ce choix doit être fait en fonction de considérations à la fois pratiques et juridiques.

Ligne Directrice 5 : Les parties doivent préciser le nombre d'arbitres.

Ligne Directrice 6 : Les parties doivent déterminer la méthode de choix et de remplacement des arbitres et, dans le cas d'un arbitrage *ad hoc*, elles doivent préciser l'autorité de nomination.

Ligne Directrice 7 : Les parties doivent préciser la langue de l'arbitrage.

Ligne Directrice 8 : Les parties doivent généralement préciser les règles de droit applicables au contrat et aux litiges en résultant.

III. Lignes Directrices pour la rédaction d'éléments optionnels

Option 1 : Pouvoirs du tribunal arbitral et des tribunaux étatiques en matière de mesures provisoires et conservatoires.

Option 2 : Production de documents.

Option 3 : Confidentialité.

Option 4 : Allocation des coûts et honoraires.

Option 5 : Qualifications requises des arbitres.

Option 6 : Délais.

Option 7 : Caractère final de l'arbitrage.

IV. Lignes Directrices pour la rédaction des clauses combinées de résolution de litiges

Ligne Directrice pour la rédaction des clauses combinées 1 : La clause doit stipuler une période de négociation ou de médiation, ouverte par la survenance d'un événement défini et indiscutable (par exemple, une demande écrite), à l'issue de laquelle les parties peuvent recourir à l'arbitrage.

Ligne Directrice pour la rédaction des clauses combinées 2 : La clause doit éviter le risque de rendre l'arbitrage optionnel et non obligatoire.

Ligne Directrice pour la rédaction des clauses combinées 3 : La clause doit définir en des termes identiques les litiges devant être soumis à la négociation, à la médiation et à l'arbitrage.

V. Lignes Directrices pour la rédaction des clauses d'arbitrage multipartite

Ligne Directrice sur les clauses multipartites 1 : La clause doit envisager les conséquences d'une pluralité de parties sur la constitution du tribunal arbitral.

Ligne Directrice sur les clauses multipartites 2 : La clause doit envisager les difficultés procédurales (intervention ou jonction) liées à une pluralité de parties à l'instance.

VI. Lignes Directrices pour la rédaction des clauses d'arbitrage applicables à des ensembles contractuels

Ligne Directrice sur les ensembles contractuels 1 : Les clauses d'arbitrage insérées dans les contrats liés doivent être compatibles.

Ligne Directrice sur les ensembles contractuels 2 : Les parties doivent s'interroger sur l'opportunité de prévoir la jonction d'instances arbitrales concernant les contrats liés.

I. Introduction

- 1) L'objectif de ces Lignes Directrices est de fournir une approche aussi simple et facile d'accès que possible de la rédaction de clauses d'arbitrage international. Mal rédigées, de telles clauses peuvent être privées d'effets et donnent lieu à des coûts et des retards inutiles. La prise en compte de ces Lignes Directrices permettra aux rédacteurs de contrats de s'assurer que leurs clauses d'arbitrage sont efficaces et bien adaptées à leurs besoins.
- 2) Ces Lignes Directrices sont divisées en cinq parties (outre la présente introduction). La première partie présente les principes fondamentaux de rédaction incluant des conseils de rédaction et écueils à éviter. La deuxième aborde les éléments optionnels pouvant être envisagés par les parties lors de la rédaction de leur clause d'arbitrage. La troisième traite de la rédaction de clauses combinées faisant à la fois référence à la négociation, à la médiation et à l'arbitrage. La quatrième porte sur la rédaction de clauses d'arbitrage multipartites, et la cinquième envisage la rédaction de clauses d'arbitrage dans les hypothèses de pluralité de contrats liés.

II. Principes fondamentaux de rédaction

Ligne Directrice 1: Les parties doivent choisir entre l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*.

- 3) Le premier choix auquel les parties sont confrontées lors de la rédaction de clauses d'arbitrage est celui de l'arbitrage institutionnel ou de l'arbitrage *ad hoc*.
- 4) Dans un arbitrage institutionnel, ou administré, une institution d'arbitrage fournit une assistance aux parties dans le déroulement de la procédure arbitrale en contrepartie du paiement de frais administratifs. L'institution peut assister les parties sur des questions pratiques telles que l'organisation des audiences, les communications avec les arbitres et le paiement des honoraires de ces derniers. L'institution peut également assurer la désignation d'un arbitre quand l'autre partie est défaillante, trancher les demandes en récusation d'arbitres et examiner les sentences avant leur notification aux parties. Cependant, l'institution ne tranche pas le fond du litige, qui relève de la seule compétence des arbitres.
- 5) L'arbitrage institutionnel peut présenter un intérêt particulier pour des parties inexpérimentées dans le domaine de l'arbitrage international. L'institution peut apporter un grand savoir-faire procédural, qui permettra à l'arbitrage de se dérouler efficacement. L'institution apportera aussi son aide aux parties ayant négligé d'anticiper certaines situations dans leur convention d'arbitrage. Les services fournis par l'institution d'arbitrage justifient le plus souvent largement les frais administratifs relativement modestes qu'elles facturent aux parties.
- 6) Les parties choisissant de recourir à un arbitrage administré devraient sélectionner une institution réputée et disposant d'une solide expérience dans l'administration de procédures arbitrales internationales. Les institutions d'arbitrage les plus importantes

peuvent administrer des arbitrages partout dans le monde sans que la procédure doive nécessairement se dérouler là où l'institution a son siège.

- 7) En cas d'arbitrage *ad hoc*, ou non administré, la charge du déroulement de la procédure repose entièrement sur les parties et, une fois que ceux-ci ont été nommés, sur les arbitres. Comme cela sera expliqué plus avant (voir Ligne Directrice 2), les parties peuvent alors se faciliter la tâche en choisissant un règlement d'arbitrage spécialement conçu pour l'arbitrage *ad hoc*. Ainsi que cela est exposé ci-dessous (voir Ligne Directrice 6), même si aucune institution d'arbitrage n'intervient dans l'organisation de la procédure arbitrale, il restera néanmoins nécessaire de désigner un tiers neutre (ou « l'autorité de nomination ») pouvant désigner ou remplacer les arbitres en cas de désaccord entre les parties.

Ligne Directrice 2 : Les parties doivent choisir un règlement d'arbitrage et doivent se référer à la clause-type recommandée par ce règlement

Commentaires

- 8) Le deuxième choix auquel les parties sont confrontées lors de la rédaction d'une clause d'arbitrage est celui des règles applicables à l'arbitrage. Les règles d'arbitrage ainsi choisies vont encadrer la procédure arbitrale. Si les parties ne choisissent pas un ensemble de règles préétablies (règlement d'arbitrage), la clause d'arbitrage doit être rédigée de telle sorte qu'elle puisse régler tous les incidents de procédure qui pourraient survenir au cours de l'instance. Or, il est rarement souhaitable d'entreprendre un exercice d'une telle complexité, qui nécessite l'intervention de conseils spécialisés.
- 9) Lorsque les parties font le choix de l'arbitrage institutionnel, les règles applicables à l'arbitrage doivent toujours être celles de l'institution d'arbitrage sélectionnée. Quand les parties ont opté pour un arbitrage *ad hoc*, elles peuvent choisir un règlement d'arbitrage applicable à des arbitrages non administrés, comme le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (« CNUDCI »). Dans ce dernier cas, les parties devront néanmoins désigner une institution d'arbitrage, ou toute autre entité neutre, comme autorité de nomination des arbitres (voir les paragraphes 31-32 ci-dessous).
- 10) Dès lors qu'un règlement d'arbitrage a été choisi, les parties doivent utiliser la clause-type recommandée par l'institution ou l'entité à l'origine de ce règlement comme base pour la rédaction de leur clause d'arbitrage. Les parties peuvent ajouter à cette clause-type, mais elles doivent généralement se garder de rien lui soustraire. Les parties s'assureront ainsi que tous les éléments nécessaires à la validité de la convention d'arbitrage, à son efficacité et à son exécution sont réunis. Elles s'assureront en particulier que la clause est sans ambiguïté sur le fait que l'arbitrage est le mode de résolution des litiges nés de leurs contrats, que la clause fait correctement référence à l'exacte dénomination de l'institution d'arbitrage, et qu'elle fait référence au bon règlement d'arbitrage (évitant ainsi toute confusion ou toute manœuvre dilatoire lors de la survenance du litige). Les parties doivent enfin s'assurer que tout ajout à la clause-type reste compatible avec le règlement d'arbitrage qui a été choisi.

Clause recommandée

- 11) Quant aux clauses visant le recours à un arbitrage institutionnel, il convient de consulter le site internet de l'institution choisie afin d'utiliser la clause-type proposée par l'institution comme base de rédaction de la clause d'arbitrage. Certaines institutions ont également établi des clauses spécifiques à certains domaines – par exemple pour le trafic maritime.
- 12) Quant aux clauses visant à recourir à un arbitrage *ad hoc* encadré par des règles préétablies, il convient de consulter le site internet de l'organisme à l'origine de ces règles afin d'utiliser la clause proposée par cet organisme comme base de rédaction.
- 13) Lorsque les parties conviennent d'un arbitrage *ad hoc* sans référence à un règlement d'arbitrage, et que le contrat ne lie que deux parties, la clause ci-dessous peut être utilisée :

Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci, y compris toute question relative à son existence, à sa validité ou à sa cessation, seront tranchés définitivement par voie d'arbitrage.

Le siège de l'arbitrage est fixé à [ville, pays].

La langue de l'arbitrage est [...].

La procédure arbitrale sera engagée par une demande d'arbitrage émanant du demandeur, laquelle sera notifiée au défendeur. La demande d'arbitrage comprendra la nature des prétentions et l'exposé des demandes.

Le tribunal arbitral sera composé de trois arbitres, l'un désigné par le demandeur dans sa demande d'arbitrage, le deuxième désigné par le défendeur dans un délai de [30] jours à compter de la réception de la demande d'arbitrage, et le troisième, qui siègera comme président du tribunal arbitral, sera désigné par les deux parties dans un délai de [30] jours à compter de la désignation du deuxième arbitre. Si un des arbitres n'est pas désigné dans ces délais, [l'autorité de nomination choisie par les parties] procédera, sur requête d'une des parties, à cette/ces désignation(s).

Toute vacance au sein du tribunal arbitral sera comblée selon la méthode par laquelle l'arbitre défaillant a été désigné. Cependant, si cette vacance survient au cours ou après les audiences au fond, les deux arbitres restants pourront poursuivre l'instance et rendre une sentence.

Les arbitres doivent être indépendants et impartiaux. Toute demande de récusation visant un arbitre doit être tranchée par [l'autorité de nomination choisie].

Les règles applicables à la procédure arbitrale sont établies par les parties d'un commun accord ou, à défaut, déterminées par le tribunal arbitral après consultation des parties.

Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence, ainsi que sur toutes objections tenant à l'existence, à la validité ou à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral peut se prononcer sur ces questions par une décision préliminaire sur sa compétence ou dans une sentence au fond, selon ce qu'il considère approprié compte tenu des circonstances.

Le défaut d'une des parties n'empêche pas le tribunal arbitral de rendre une sentence.

Le tribunal arbitral peut prendre ses décisions à la majorité. Au cas où aucune majorité n'est atteinte, le président du tribunal arbitral prend la décision en cause comme s'il était arbitre unique.

Si l'arbitre désigné par l'une des parties refuse de prendre part à la procédure arbitrale ou fait défaut, les deux autres arbitres peuvent poursuivre l'instance arbitrale et rendre une sentence s'ils estiment que ce refus ou défaut de participation était injustifié.

Toute sentence rendue par le tribunal arbitral est définitive et lie les parties. Les parties s'engagent à exécuter toute sentence sans délai et sont réputées avoir renoncé à leur droit d'exercer toute voie de recours dans tous les cas où cette renonciation peut valablement être faite. L'exécution de toute sentence peut être demandée devant tout tribunal compétent.

Ligne Directrice 3 : Sauf circonstances particulières, les parties ne doivent pas tenter de limiter le champ des litiges soumis à l'arbitrage, mais doivent le définir largement.

Commentaires

- 14) Le champ d'application de la convention d'arbitrage détermine la nature et le domaine des litiges soumis à l'arbitrage. Sauf circonstances particulières imposant une limitation, le champ d'application de la convention d'arbitrage doit être défini largement afin de couvrir non seulement tous les différends « découlant » du contrat, mais aussi tous les différends « en relation avec » ou « liés à » celui-ci. Toute formulation moins large comporterait le risque de voir surgir des désaccords sur la question de savoir si un litige donné est ou non soumis à l'arbitrage.
- 15) Dans certaines circonstances, les parties peuvent cependant avoir de bonnes raisons d'exclure certains litiges du champ de la convention d'arbitrage. Par exemple, il peut être opportun de soumettre à expertise plutôt qu'à arbitrage les litiges nés de certains contrats et portant sur la détermination du prix ou sur certaines questions techniques. Un autre exemple est celui du donneur de licence souhaitant à juste titre se réserver la possibilité de saisir directement les juridictions étatiques afin d'obtenir des mesures d'exécution en nature ou des mesures conservatoires en cas de violation de ses droits de propriété industrielle ou intellectuelle. Les titulaires de droits de propriété industrielle ou intellectuelle peuvent également souhaiter pouvoir soumettre aux juridictions étatiques toute question portant sur la titularité ou la validité de leurs droits.

- 16) Les parties doivent garder à l'esprit que, malgré une rédaction attentive de la clause, la question de savoir si tel ou tel litige doit ou non être soumis à arbitrage peut donner lieu à des débats préliminaires. Une même demande peut soulever des questions qui entrent dans le champ de la convention d'arbitrage et d'autres qui en sont exclues. Reprenant un des exemples cités ci-dessus, un litige portant sur la titularité ou la validité d'un droit de propriété intellectuelle né d'un contrat de licence peut aussi porter sur des questions de défaut de paiement, d'inexécution contractuelle ou autre, ce qui peut donner lieu à d'inextricables problèmes de compétence dans des cas où certains litiges ont été exclus de l'arbitrage.

Clauses recommandées

- 17) Les parties doivent s'assurer que le champ d'application de leur clause d'arbitrage est suffisamment large en utilisant la clause-type correspondant au règlement d'arbitrage qu'elles ont choisi.

- 18) Si les parties n'utilisent aucune clause-type, la clause suivante peut être utilisée :

Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci, y compris toute question relative à son existence, à sa validité ou sa cessation, seront tranchés définitivement par arbitrage selon [le règlement d'arbitrage choisi].

- 19) De manière exceptionnelle, en cas de circonstances particulières et si les parties souhaitent limiter le champ des litiges soumis à arbitrage, les parties peuvent utiliser la clause suivante :

A l'exception des questions indiquées ci-dessous, qui font l'objet d'une exclusion expresse du champ de la présente clause d'arbitrage, tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci, y compris toute question relative à son existence, à sa validité ou à sa cessation, seront tranchés définitivement par arbitrage selon [le règlement d'arbitrage choisi].

Les questions énumérées ci-dessous sont expressément exclues de l'arbitrage :
[...]

Ligne Directrice 4 : Les parties doivent choisir le lieu de l'arbitrage. Ce choix doit être fait en fonction de considérations à la fois pratiques et juridiques.

Commentaires

- 20) Le choix du lieu, ou « siège », de l'arbitrage implique d'évidentes considérations pratiques : la neutralité, la possibilité de disposer de salles d'audience, la proximité avec les témoins et les preuves, la familiarité des parties avec la langue et la culture, ou la disponibilité d'arbitres qualifiés pouvant se rendre sur place pour participer à la procédure. Le lieu de l'arbitrage peut aussi avoir une influence directe sur le profil des arbitres, surtout lorsque ceux-ci ne sont pas désignés par les parties. Cependant, le choix du lieu de l'arbitrage ne doit pas être effectué en fonction de seules considérations pratiques. En effet, dans la plupart des règlements d'arbitrage, le

tribunal est libre de se réunir et de tenir ses audiences en des lieux autres que le siège de l'arbitrage.

- 21) Le lieu de l'arbitrage est le siège juridique de l'arbitrage. Il convient de porter une attention particulière au régime juridique du lieu de l'arbitrage ainsi choisi car, dans la plupart des lois nationales d'arbitrage et dans la plupart des règlements d'arbitrage, ce choix entraîne d'importantes conséquences juridiques. Si le siège de l'arbitrage ne détermine pas la loi applicable au fond du litige (voir les paragraphes 42-46 ci-dessous), il détermine en revanche la loi qui gouverne certains aspects procéduraux de l'arbitrage (loi de l'arbitrage ou *lex arbitri*), ainsi que les pouvoirs des arbitres et le contrôle judiciaire de la procédure arbitrale. De plus, les tribunaux étatiques du lieu de l'arbitrage peuvent être sollicités pour apporter leur assistance – par exemple en matière de désignation ou de remplacement des arbitres, de mesures provisoires et conservatoires ou d'aide à l'obtention des preuves. Ces mêmes juridictions étatiques peuvent aussi parfois intervenir dans la conduite de la procédure arbitrale – par exemple en ordonnant sa suspension. En outre, les tribunaux du siège sont compétents pour connaître des recours exercés à l'encontre des sentences rendues à l'issue de la procédure arbitrale ; et l'exécution d'une sentence annulée au siège peut être rendue impossible dans d'autres pays. Même si la sentence n'est pas annulée, le siège de l'arbitrage peut aussi avoir une influence sur les conditions d'exécution de la sentence en application des traités internationaux applicables.
- 22) En règle générale, les parties doivent fixer le siège de l'arbitrage dans un État (i) qui est partie à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), (ii) dont la législation est favorable à l'arbitrage et admet l'arbitrabilité du litige, et (iii) dont la jurisprudence est impartiale et favorable à l'arbitrage.
- 23) Une clause d'arbitrage qui négligerait de préciser le lieu de l'arbitrage pourra néanmoins être efficace, même si une telle situation n'est pas souhaitable. L'institution d'arbitrage, s'il y en a une, ou les arbitres pourront une fois le litige né déterminer le siège de l'arbitrage en cas de désaccord des parties. En revanche, en cas d'arbitrage *ad hoc*, si des difficultés surviennent relativement à la désignation des arbitres et qu'aucun siège de l'arbitrage n'a été spécifié, les parties risqueront ne pas pouvoir poursuivre l'arbitrage, à moins que les tribunaux de certains États ne soient disposés à prêter leur concours. En règle générale, les parties ne devraient pas laisser à d'autres le soin de prendre une décision aussi importante que celle de la fixation du siège de l'arbitrage.
- 24) Les parties doivent identifier dans leur clause d'arbitrage le siège de « l'arbitrage » plutôt que le lieu des « audiences ». Ne désigner que le lieu des audiences laisse en effet planer une incertitude quant à la volonté des parties de fixer en ce même lieu le siège juridique de l'arbitrage au sens des lois et traités applicables. En outre, en fixant dans la clause d'arbitrage le lieu des audiences plutôt que le siège de l'arbitrage, les parties privent les arbitres de la flexibilité nécessaire leur permettant d'organiser les audiences en des lieux autres que celui du siège lorsque cela est plus pratique.

Clause recommandée

- 25) Le siège de l'arbitrage est à [ville, pays].

Ligne Directrice 5 : Les parties doivent préciser le nombre d'arbitres.

Commentaires

- 26) Les parties doivent préciser le nombre d'arbitres (la plupart du temps un ou trois et, en tout état de cause, un nombre impair). Le nombre d'arbitres influe sur le coût total, la durée et, parfois, sur la qualité de l'instance arbitrale. Les instances devant un tribunal composé de trois arbitres seront inévitablement plus longues et plus coûteuses que celles devant un arbitre unique. Un tribunal de trois arbitres sera cependant mieux armé pour connaître de questions de fait et de droit difficiles, et minimisera le risque de solutions illogiques ou injustes. Les parties peuvent aussi souhaiter contrôler plus étroitement la procédure en se réservant pour chacune la possibilité de désigner un arbitre.
- 27) Si les parties n'ont pas précisé le nombre d'arbitres dans la clause d'arbitrage et ne parviennent pas à s'accorder sur ce nombre après la naissance du litige, l'institution arbitrale, s'il en a été désigné une, prendra cette décision à leur place, le plus souvent au regard du montant en litige et de l'apparente complexité de l'affaire. Les règlements d'arbitrage applicables à l'arbitrage *ad hoc* précisent le plus souvent si un arbitre unique ou un tribunal de trois arbitres doi(ven)t être désigné(s) à défaut d'accord contraire. Dans les cas où les parties n'ont pas choisi un tel règlement, il très important de préciser le nombre d'arbitres dans la clause elle-même.
- 28) Les parties peuvent être restées volontairement silencieuses sur le nombre d'arbitres, pensant que le choix entre un tribunal formé d'un arbitre unique ou de trois arbitres s'opèrera plus facilement une fois le litige né. Mais l'avantage de pouvoir régler cette question après la survenance du litige est contrebalancé, en particulier en cas d'arbitrage *ad hoc*, par les retards qui peuvent survenir lorsque les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord. Il est donc recommandé, en cas d'arbitrage *ad hoc*, de préciser le nombre d'arbitres dans la clause d'arbitrage elle-même.

Clause recommandée

- 29) Le tribunal sera composé de [un ou trois] arbitre(s).

Ligne Directrice 6 : Les parties doivent déterminer la méthode de choix et de remplacement des arbitres et, dans le cas d'un arbitrage *ad hoc*, elles doivent préciser l'autorité de nomination.

Commentaires

- 30) Les règlements applicables à l'arbitrage institutionnel et à l'arbitrage *ad hoc* fournissent des mécanismes de désignation et de remplacement des arbitres par défaut. Lorsqu'elles ont adopté de telles règles, les parties peuvent s'appuyer sur elles ou s'accorder sur une méthode alternative. Par exemple, de nombreux règlements d'arbitrage prévoient que le président du tribunal arbitral sera désigné par les co-arbitres ou par l'institution, mais les parties préfèrent souvent tenter de procéder

d'abord elles-mêmes à cette désignation. Si les parties décident de s'écarter du mécanisme prévu par le règlement d'arbitrage, elles doivent rédiger la clause en des termes s'accordant avec la terminologie employée par ce règlement. Par exemple, en application de certains règlements, les parties « désignent » les arbitres et l'institution a seule le pouvoir de les « nommer ». Lorsque les parties n'ont pas choisi de règlement d'arbitrage, il est crucial qu'elles précisent dans la clause d'arbitrage elle-même la méthode de sélection et de remplacement des arbitres.

- 31) Une des différences capitales entre la rédaction d'une clause d'arbitrage institutionnel et la rédaction d'une clause d'arbitrage *ad hoc* réside dans la nécessité de désigner une autorité de nomination. Dans l'arbitrage institutionnel, l'institution pourra désigner ou remplacer les arbitres en cas de défaillance des parties. Mais une telle possibilité n'existe pas dans l'arbitrage *ad hoc*. Il est donc crucial, dans un arbitrage *ad hoc*, que les parties désignent dans la clause d'arbitrage une « autorité de nomination » pouvant choisir et remplacer les arbitres en cas de défaillance des parties. A défaut, les juridictions étatiques du siège de l'arbitrage pourraient intervenir pour procéder aux nominations et aux remplacements nécessaires. Dans le cadre du règlement CNUDCI, le Secrétaire Général de la Cour Permanente d'Arbitrage désigne l'autorité de nomination si les parties ont omis de le faire dans la clause d'arbitrage.
- 32) L'autorité de nomination peut être une institution d'arbitrage, un tribunal, une association commerciale ou professionnelle ou toute autre entité neutre. Les parties doivent désigner une fonction ou un titre (par exemple, le président d'une institution arbitrale, le président d'un tribunal ou le président d'une association commerciale ou professionnelle) plutôt qu'un individu, dans la mesure où un individu nommé désigné ne sera peut-être plus en mesure d'agir comme autorité de nomination lorsqu'il sera sollicité pour ce faire. Les parties doivent également s'assurer que l'autorité désignée acceptera de remplir sa mission lorsque cela sera nécessaire.
- 33) Beaucoup de temps peut être perdu au début de l'instance si aucun délai n'est prévu pour la désignation des arbitres. De tels délais sont normalement prévus dans les règlements d'arbitrage. Les parties qui ont convenu de faire référence à de tels règlements n'ont donc pas à se préoccuper de cette question, à moins qu'elles ne souhaitent s'affranchir du mécanisme de désignation qui y est prévu. Dans le cas où les parties n'ont pas convenu de se référer à un règlement, il est important de fixer ces délais dans la clause d'arbitrage elle-même.
- 34) Lorsque le tribunal est composé de trois arbitres, il arrive parfois que l'un d'eux démissionne, refuse de coopérer ou s'abstienne de toute autre manière de participer à la procédure. Une telle situation peut survenir à un stade avancé et critique de la procédure, par exemple au moment du délibéré. Dans de telles circonstances, le remplacement de l'arbitre défaillant peut ne pas être la meilleure solution, dans la mesure où cela retarderait et désorganiserait la procédure. Il se peut cependant que, à moins que les parties n'aient spécialement consenti à ce qu'une sentence soit rendue par les deux arbitres restants, une telle sentence ne soit pas valable ou susceptible d'exécution. La plupart des règlements d'arbitrage, mais pas tous, permettent aux deux arbitres restants, en cas de défaut d'un arbitre, de poursuivre l'instance en tant que tribunal « tronqué » et de rendre une sentence. Si les parties n'ont pas choisi un tel règlement, ou quand le règlement choisi par les parties est muet sur la question, les

parties peuvent autoriser dans la clause d'arbitrage un tel tribunal « tronqué » à poursuivre l'instance et à rendre une sentence.

Clauses recommandées

- 35) Si les parties ont choisi l'arbitrage institutionnel mais souhaitent pouvoir procéder elles-mêmes à la désignation ou au remplacement des arbitres alors que le règlement de l'institution ne prévoit pas cette possibilité, la clause suivante peut être utilisée :

Le tribunal sera composé de trois arbitres, l'un d'eux désigné par la partie ayant initié l'arbitrage dans sa demande d'arbitrage, le deuxième désigné par l'autre partie dans un délai de [30] jours à compter de la réception de la demande d'arbitrage, et le troisième, qui agira comme [président du tribunal arbitral], désigné par les deux parties dans un délai de [30] jours à compter de la désignation du deuxième arbitre. Si l'un des arbitres n'est pas été désigné dans ces délais, le/la [nom de l'institution] procèdera à cette/ces désignation(s). S'il est nécessaire de procéder au remplacement d'un des arbitres, ce remplacement se fera selon la/les méthode(s) établie(s) ci-dessus.

- 36) En cas d'arbitrage *ad hoc*, les parties peuvent choisir la méthode de désignation et de remplacement des arbitres par référence à un règlement d'arbitrage tel que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

- 37) La clause proposée ci-dessus pour les arbitrages *ad hoc* sans référence à un règlement d'arbitrage (voir le paragraphe 13 ci-dessus) établit un mécanisme complet de désignation et de remplacement des membres d'un tribunal composé de trois arbitres, et inclut des stipulations permettant à un tribunal tronqué de poursuivre l'instance et de rendre une sentence en cas d'absence ou d'obstruction d'un arbitre.

- 38) Si les parties souhaitent soumettre leur litige à un arbitre unique, les parties peuvent modifier la clause proposée au paragraphe 13 dans les termes ci-dessous :

Le tribunal sera composé d'un arbitre unique, désigné conjointement par les parties. Si l'arbitre n'est pas désigné dans les [30] jours à compter de la réception de la demande d'arbitrage, la/le [nom de l'autorité de nomination] procèdera à sa désignation.

Ligne directrice 7 : Les parties doivent préciser la langue de l'arbitrage.

Commentaires

- 39) Les clauses d'arbitrage stipulées dans des contrats passés entre des parties de langues différentes, ou dont la langue commune diffère de celle du lieu de l'arbitrage, doivent en règle générale préciser la langue de l'arbitrage. En faisant ce choix, les parties ne doivent pas uniquement prendre en compte la langue du contrat et de la documentation pertinente, mais aussi les effets que la langue de l'arbitrage aura sur la possibilité de choisir des arbitres et des conseils qualifiés. Si ce choix n'est pas fait dans la clause d'arbitrage, il appartient aux arbitres de déterminer la langue de l'arbitrage. Il est probable que les arbitres choisiront la langue du contrat, ou la langue dans laquelle les

correspondances sont échangées entre les parties. Mais laisser cette décision aux arbitres peut entraîner des coûts et des délais inutiles.

- 40) Les rédacteurs de contrats sont souvent tentés de prévoir plusieurs langues de l'arbitrage. Les parties doivent réfléchir avec soin à cette possibilité. Un arbitrage en plusieurs langues, quand il est praticable (il existe de nombreux exemples d'instances arbitrales conduites en anglais et en espagnol), peut donner lieu à des difficultés selon les langues qui auront été choisies. De telles difficultés peuvent tenir à la possibilité de trouver des arbitres capables de conduire l'instance dans deux langues différentes, et aux coûts et délais supplémentaires liés aux traductions et interprétations qui seront nécessaires. Une solution peut consister à préciser une seule langue d'arbitrage, en prévoyant que certains documents pourront être produits dans une langue différente sans traduction.

Clause recommandée

- 41) La langue de l'arbitrage sera [...]

Ligne Directrice 8 : Les parties doivent généralement préciser les règles de droit applicables au contrat et aux litiges en résultant.

Commentaires

- 42) Il est important que les parties précisent les règles de droit auxquelles est soumis un contrat commercial international, et qui s'appliqueront aux litiges en découlant (le « droit substantiel »).
- 43) Le choix du droit substantiel doit être fait par une clause distincte de la clause d'arbitrage, ou alternativement dans une stipulation distincte insérée dans la clause d'arbitrage ; la clause peut alors être intitulée « Loi applicable et arbitrage » ou « Loi applicable et résolution des litiges ». Cette identification est nécessaire dans la mesure où l'exécution du contrat peut donner lieu à des difficultés d'application du droit substantiel indépendamment du fait qu'un différend soit soumis à l'arbitrage.
- 44) En précisant le droit substantiel, les parties ne déterminent pas la loi de procédure ou la loi applicable à l'arbitrage. Sauf convention contraire, cette dernière est généralement la loi du lieu de l'arbitrage (voir paragraphe 21 ci-dessus). Bien que les parties puissent en convenir différemment, il est rarement recommandé de le faire.
- 45) Parfois, les parties ne choisissent pas comme droit substantiel le droit d'un système juridique donné, mais choisissent de se référer à la *lex mercatoria* ou à d'autres règles de droit a-nationales. Dans d'autres cas, elles donnent au tribunal arbitral le pouvoir de trancher leur litige en équité. De tels choix doivent être faits avec prudence. Si elle peut être appropriée dans certains cas (par exemple, quand les parties ne s'accordent pas sur le choix d'une loi étatique), l'application de règles de droit a-nationales peut aussi créer des difficultés en raison d'une certaine incertitude quant au contenu de ces règles ou à leur incidence sur la solution du litige. Dans la mesure où il peut être difficile de prévoir à l'avance, au moment où les parties font un tel choix, les règles qui seront en définitive appliquées par les arbitres, la résolution du litige en devient

plus incertaine et peut parfois s'en trouver compliquée et entraîner des coûts plus élevés.

Clause recommandée

46) La clause ci-dessous peut être utilisée par les parties pour préciser la loi applicable au fond du litige :

Le contrat, ainsi que tous les litiges en découlant ou en relation avec celui-ci, seront régis par [loi nationale/règles de droit].

III. Lignes Directrices pour la rédaction d'éléments optionnels

47) Le recours à l'arbitrage nécessitant un accord, les parties contractantes ont la possibilité d'adapter spécialement la procédure à leurs besoins dans leur clause d'arbitrage. Il existe ainsi de nombreuses options que les parties peuvent envisager. La présente section énonce et commente celles que les parties devraient toujours envisager au moment de la négociation de leur clause d'arbitrage. Les développements qui suivent n'impliquent cependant pas que ces éléments optionnels doivent nécessairement être inclus dans une clause d'arbitrage.

Option 1: Pouvoirs du tribunal arbitral et des tribunaux étatiques en matière de mesures provisoires et conservatoires.

Commentaires

48) Il est rarement nécessaire d'énoncer dans la clause d'arbitrage que le tribunal arbitral, ou les juridictions étatiques, ou les deux de façon concurrente, auront le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires avant que la décision au fond ne soit rendue. Le tribunal arbitral et les juridictions étatiques disposent d'ordinaire d'un tel pouvoir, sous certaines conditions, même quand la clause d'arbitrage est silencieuse sur ce point. Le pouvoir du tribunal arbitral découle du règlement d'arbitrage choisi par les parties et de la loi d'arbitrage applicable. Celui du juge découle de la loi d'arbitrage applicable.

49) Cependant, quand la loi applicable à l'arbitrage restreint le pouvoir du juge ou de l'arbitre de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires, ou lorsque les circonstances justifient l'aménagement de ce pouvoir (par exemple, parce que des secrets de fabrication ou d'autres informations confidentielles sont en jeu), les parties peuvent souhaiter traiter de cette question de façon explicite dans la clause d'arbitrage.

50) Les parties peuvent aussi, lorsque de telles circonstances le justifient, vouloir modifier dans la clause d'arbitrage les restrictions éventuellement apportées par le règlement d'arbitrage choisi au pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires. Par exemple, certains règlements institutionnels d'arbitrage limitent le droit des parties de saisir les juridictions étatiques pour obtenir de telles mesures une fois le tribunal arbitral constitué. D'autres règlements cantonnent le pouvoir des arbitres aux mesures provisoires et conservatoires portant sur l'« objet du litige », ce qui peut créer des incertitudes quant au pouvoir du tribunal arbitral de prendre des mesures destinées à

préserver l'équilibre entre les parties (par exemple par voie d'injonction ou en ordonnant la constitution de garanties destinées à couvrir les frais du procès – *security for costs*) ou l'intégrité de l'instance arbitrale (saisies de biens, injonctions *anti-suit*).

Clauses recommandées

- 51) La clause ci-dessous peut être utilisée pour établir explicitement le pouvoir du tribunal arbitral de prononcer des mesures provisoires et conservatoires :

Sauf disposition spécifique du présent contrat en sens contraire, le tribunal arbitral aura le pouvoir d'ordonner toute mesure appropriée, que ce soit à titre provisoire ou définitif, y compris mais pas uniquement des mesures provisoires ou conservatoires. De telles mesures pourront, dans la mesure où cela est permis par la loi, être qualifiées de sentence définitive quant à leur objet et, en tant que telle, être exécutoire.

- 52) La clause ci-dessous peut être ajoutée à la clause précédente, ou utilisée indépendamment, afin de préciser que les parties gardent la possibilité de saisir les juridictions étatiques pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires :

Chaque partie pourra demander à toute juridiction compétente toute mesure provisoire ou conservatoire, y compris toute saisie ou injonction devant être ordonnée avant l'engagement de la procédure arbitrale, et de telles demandes ne seront pas considérées comme étant incompatibles avec l'accord des parties de se soumettre à l'arbitrage ou impliquant une renonciation à l'arbitrage.

- 53) La clause ci-dessous peut également être adjointe à la clause recommandée au paragraphe 51 ci-dessus, ou utilisée indépendamment, dans le but de limiter le droit des parties de recourir aux tribunaux étatiques pour l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires après que le tribunal arbitral a été constitué :

Chaque partie pourra demander à toute juridiction compétente toute mesure provisoire ou conservatoire, y compris toute saisie ou injonction devant être ordonnées avant l'engagement de la procédure arbitrale, et de telles demandes ne seront pas considérées comme étant incompatibles avec l'accord des parties de se soumettre à l'arbitrage ou impliquant une renonciation à l'arbitrage. Cependant, une fois le tribunal arbitral constitué, celui-ci sera seul compétent pour connaître de demandes de mesures provisoires ou conservatoires, et toutes mesures ainsi ordonnées par le tribunal arbitral pourront faire l'objet d'une demande d'exécution devant tout tribunal étatique compétent.

- 54) Si, dans des circonstances exceptionnelles, les parties considèrent que le tribunal arbitral devrait avoir le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires *ex parte*, elles doivent le préciser expressément en modifiant la clause recommandée au paragraphe 51 et en y ajoutant l'expression « (y compris *ex parte*) » après les mots « à titre provisoire ». Cependant, même en dépit de cet ajout, des mesures prises par le tribunal arbitral *ex parte* peuvent ne pas être susceptibles d'exécution en application de la loi d'arbitrage applicable.

Option 2 : Production de documents.

Commentaires

- 55) La mesure dans laquelle les parties peuvent avoir à produire des documents et autres informations dans une procédure d'arbitrage international varie selon la nature du litige et selon les arbitres en présence. Cependant, en règle générale, les parties sont tenues de produire certains documents (y compris des documents internes) pertinents et déterminants au regard des questions en litige et de la solution du différend. Certains traits spécifiques à la procédure de « *discovery* » telle qu'elle est pratiquée dans certains systèmes juridiques, comme les *depositions* et les questions écrites posées aux parties préalablement à l'audience (*interrogatories*), ne sont d'ordinaire pas appliqués dans l'arbitrage. L'IBA a, à cet égard, élaboré un ensemble de règles (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, ou Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, ou « Règles IBA »), qui reflètent la pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage international et qui s'appliquent à la production de documents sur support papier ou électronique. Les tribunaux arbitraux internationaux y font souvent référence, de façon explicite ou non, pour trancher les questions de production de documents.
- 56) Les parties ont essentiellement trois possibilités pour ce qui concerne la production de documents et la communication d'informations. Elles peuvent en premier lieu ne rien préciser à ce sujet et se contenter de se référer aux dispositions par défaut de la loi applicable à l'arbitrage, laquelle s'en remet généralement au pouvoir discrétionnaire des arbitres. Elles peuvent aussi adopter les Règles IBA. Elles peuvent enfin élaborer leurs propres règles. Il convient dans ce dernier cas de garder à l'esprit que des procédures impliquant la production de quantités importantes de documents entraîneront vraisemblablement des délais et des coûts importants.
- 57) Une des difficultés pouvant surgir dans un arbitrage international concerne les règles applicables à la question de savoir si certains documents dont la production est demandée font l'objet d'une règle légale de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique (*legal privilege*). Dans les rares cas où les parties sont en mesure de prévoir, au moment de rédiger leur contrat, que de telles questions pourront se poser et méritent d'être traitées, celles-ci peuvent souhaiter définir les règles et les principes qui s'y appliqueront. A cet égard, l'article 9 des Règles IBA donnera d'utiles indications aux parties.

Clauses recommandées

- 58) La clause ci-dessous peut être utilisée afin d'inclure dans la clause une référence aux Règles IBA, soit à titre obligatoire, soit comme simple source d'inspiration :

[Outre les pouvoirs conférés au Tribunal arbitral par le [règlement d'arbitrage]], le tribunal arbitral aura le pouvoir d'ordonner la production de documents [en application des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international / en s'inspirant le cas échéant des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international] en vigueur à la date de [conclusion du contrat / introduction de l'instance arbitrale].

- 59) La clause ci-dessous peut être utilisée afin de définir les principes applicables aux questions de confidentialité, secret professionnel et éthique en matière de production de documents :

Toute objection tenant à la confidentialité ou au caractère secret d'un document ou d'une information et au droit d'une partie d'en refuser la production, sera tranchée par le tribunal arbitral en application de l'Article 9 des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international.

Option 3 : Confidentialité

Commentaires

- 60) Les parties tiennent souvent pour acquis le fait que les procédures d'arbitrage sont confidentielles. Or, si la procédure arbitrale est privée, la plupart des systèmes juridiques n'imposent aux parties aucune obligation de garder confidentiels l'existence même ou le contenu de l'instance arbitrale. Peu de lois nationales ou de lois d'arbitrage imposent aux parties de telles obligations de confidentialité. Et quand il existe une telle obligation générale de confidentialité, celle-ci est souvent assortie d'exceptions.
- 61) Les parties souhaitant préserver la confidentialité peuvent par conséquent vouloir envisager cette question dans la clause d'arbitrage. Ce faisant, les parties doivent cependant éviter de poser des exigences absolues, dans la mesure où la loi peut permettre la communication de certaines informations afin de protéger ou d'exercer un droit, ou pour exécuter ou contester une sentence. Les parties doivent également prévoir que la préparation de leurs demandes, défenses et demandes reconventionnelles peut exiger la divulgation d'informations confidentielles à des témoins et experts qui sont tiers à la procédure.
- 62) A l'inverse, compte tenu du fait que les procédures arbitrales sont généralement considérées comme étant confidentielles, les parties souhaitant ne pas être liées par la confidentialité doivent le préciser expressément dans la clause d'arbitrage.

Clauses recommandées

- 63) Dans la mesure où certains règlements d'arbitrage prévoient une obligation de confidentialité, les parties qui les adoptent se soumettront par là-même à cette obligation.
- 64) La clause ci-dessous impose aux parties une obligation de confidentialité :

Les parties et les membres du tribunal arbitral devront garder confidentiels l'existence, le contenu et toutes les décisions et sentences rendues dans le cadre de la procédure arbitrale, sauf (i) dans la mesure où une partie est contrainte à divulguer ces informations pour satisfaire à une obligation légale, pour protéger ou exercer un droit, ou pour exécuter ou contester une sentence dans une procédure engagée de bonne foi devant les juridictions étatiques ou toute autre autorité établie par la loi, (ii) si toutes les parties consentent à une

divulgarion de ces informations, (iii) lorsqu'une telle divulgation est nécessaire à la préparation ou à la présentation d'une demande ou d'une défense dans la procédure arbitrale, (iv) lorsqu'une information couverte par l'obligation de confidentialité est déjà de notoriété publique sans que ce fait résulte d'une violation de la présente clause, ou (v) sur ordre du tribunal arbitral à la demande d'une des parties.

65) La clause ci-dessous peut être utilisée dans les cas où les parties ne souhaitent pas être liées par une quelconque obligation de confidentialité :

Sauf disposition légale impérative en sens contraire, les parties ne sont soumises à aucune obligation de confidentialité en ce qui a trait à la procédure arbitrale.

Option 4 : Allocation des coûts et honoraires

Commentaires

66) Les coûts de l'arbitrage (frais et honoraires des arbitres et frais administratifs de l'institution d'arbitrage éventuellement choisie) ainsi que les honoraires des conseils peuvent être importants dans une procédure d'arbitrage. Il est rarement possible de savoir à l'avance si et comment le tribunal arbitral répartira ces coûts et honoraires à l'issue de la procédure. Les législations nationales divergent largement sur cette question (certaines ne prévoyant aucune répartition des coûts et d'autres le recouvrement total de ses frais par la partie ayant eu gain de cause), et les arbitres disposent d'un large pouvoir discrétionnaire à cet égard.

67) Compte tenu de ces incertitudes, les parties peuvent souhaiter régler la question dans la clause d'arbitrage tout en sachant que de telles stipulations peuvent ne pas être susceptibles d'exécution dans certains pays. Plusieurs possibilités s'offrent aux parties à cet égard. Elles peuvent d'abord se limiter à confirmer que les arbitres pourront répartir les coûts et frais comme ils l'entendent. Elles peuvent aussi prévoir que les arbitres ne répartiront pas les coûts et frais de l'arbitrage. Elles peuvent enfin vouloir s'assurer que les coûts et frais seront alloués à la partie ayant eu gain de cause au fond, ou que les arbitres devront les répartir en proportion de la mesure dans laquelle chaque partie a eu gain de cause ou a succombé. Les parties doivent, ce faisant, éviter d'employer des termes trop absolus (comme « devoir ») dans la rédaction de leur clause, car il est parfois difficile d'identifier la partie victorieuse et la clause restreindrait ainsi inutilement la latitude laissée aux arbitres dans la répartition des coûts.

68) Les parties peuvent également vouloir envisager la compensation, au titre des coûts de l'arbitrage, du temps passé sur le dossier par leurs cadres et dirigeants, conseils juridiques internes, experts et témoins, dans la mesure où la prise en compte de tels coûts est parfois incertaine dans l'arbitrage international.

Clauses recommandées

69) La clause ci-dessous peut être utilisée pour prévoir que les coûts et frais de l'arbitrage seront répartis suivant la discrétion des arbitres (ou pour confirmer ce pouvoir discrétionnaire si celui-ci résulte déjà du règlement d'arbitrage choisi par les parties) :

Le tribunal arbitral pourra répartir entre les parties, dans sa sentence, selon ce qu'il jugera raisonnable, les honoraires des conseils [et les coûts et honoraires des cadres et dirigeants, conseils juridiques internes, experts et témoins] supportés par ces dernières.

70) La clause ci-dessous prévoit l'allocation des coûts et frais de l'arbitrage à la partie ayant eu gain de cause :

Le tribunal arbitral pourra allouer à la partie ayant eu gain de cause, s'il y en a une et comme le tribunal arbitral pourra le déterminer de façon discrétionnaire, ses coûts et frais de défense, y compris les honoraires de ses conseils.

71) La clause ci-dessous prévoit que les coûts et frais de l'arbitrage seront répartis en proportion des demandes accueillies par le tribunal :

Le tribunal arbitral répartira entre les parties, dans sa sentence, selon ce qu'il jugera raisonnable, les honoraires des conseils [et les coûts et honoraires des cadres et dirigeants, conseils juridiques internes, experts et témoins] supportés par ces dernières. Afin de procéder à cette répartition, le tribunal arbitral prendra en compte la mesure dans laquelle les demandes, défenses et demandes reconventionnelles des parties ont été accueillies.

72) La clause ci-dessous peut être utilisée afin de prévoir que les arbitres ne procéderont à aucune répartition des coûts et frais de l'arbitrage :

Tous les coûts et frais du tribunal arbitral [et de l'institution d'arbitrage] seront supportés par les parties en parts égales. Chaque partie devra supporter tous les coûts et dépens engagés pour la préparation et la présentation de son dossier, comprenant notamment les frais de ses conseils, experts et témoins.

Option 5 : Qualifications requises des arbitres.

Commentaires

73) L'un des avantages de l'arbitrage sur les procédures étatiques est que les parties peuvent choisir les arbitres et ont ainsi la possibilité de désigner des personnes disposant des compétences ou des connaissances nécessaires à la résolution de leur litige.

74) Cependant, il n'est en règle générale pas conseillé de stipuler dans la clause d'arbitrage même les compétences qui seront requises des arbitres. Les parties sont normalement mieux placées, une fois le litige né, pour savoir si et quelles compétences particulières sont requises des arbitres. Chaque partie est alors libre de désigner un arbitre disposant des compétences souhaitées. Définir ces compétences dans la clause d'arbitrage pourrait en revanche restreindre considérablement le nombre d'arbitres

disponibles, et permettre à une partie souhaitant ralentir la procédure de soulever artificiellement des contestations fondées sur un prétendu défaut des qualités stipulées dans la clause.

75) Si les parties souhaitent néanmoins stipuler dans la clause d'arbitrage que certaines compétences sont requises des arbitres, elles doivent éviter de poser des conditions exagérément précises, car la clause d'arbitrage pourrait ne pas pouvoir être mise en œuvre si, une fois le litige né, il s'avère impossible de trouver des candidats disponibles et répondant à ces conditions.

76) Les parties précisent parfois dans la clause que l'arbitre unique ou, dans le cas d'un tribunal arbitral de trois membres, le président du tribunal arbitral, ne devra avoir la nationalité d'aucune des parties. Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, une telle exigence est souvent superflue dès lors que les institutions d'arbitrage appliquent généralement cette règle lorsqu'elles nomment des arbitres. Dans un arbitrage *ad hoc*, les parties peuvent en revanche souhaiter inclure une telle précision dans la clause d'arbitrage.

Clauses recommandées

77) Les compétences requises des arbitres peuvent être stipulées dans la clause d'arbitrage en y ajoutant ce qui suit :

[Chaque arbitre][Le président du tribunal arbitral] devra être
[avocat/comptable]

ou

[Chaque arbitre][Le président du tribunal arbitral] devra avoir de l'expérience
dans le domaine de [domaine particulier]

ou

[Chaque arbitre][Le président du tribunal arbitral] ne devra avoir la nationalité
d'aucune des parties.

Option 6 : Délais.

Commentaires

78) Les parties essaient parfois d'économiser du temps et de l'argent en stipulant dans la clause d'arbitrage que la sentence devra être rendue dans un délai déterminé à compter du commencement de l'arbitrage (un procédé connu sous le nom de « *fast-tracking* », ou procédure accélérée). De telles procédures accélérées peuvent effectivement réduire les coûts, mais les parties peuvent rarement prévoir, au moment de la rédaction de la clause d'arbitrage, le temps qui sera nécessaire pour résoudre tous les litiges susceptibles de naître du contrat. Or, une sentence qui ne serait pas rendue dans le délai déterminé pourrait ne pas être susceptible d'exécution ou faire l'objet de contestations qui auraient autrement pu être évitées.

79) Si, en dépit de ces considérations, les parties souhaitent néanmoins stipuler un délai dans la clause d'arbitrage, le tribunal devra être autorisé à le proroger afin d'éviter le risque que la sentence ne soit pas susceptible d'exécution.

Clause recommandée

80) La clause ci-dessous peut être utilisée pour stipuler un délai de l'arbitrage :

La sentence devra être rendue dans les [...] mois suivant la nomination [de l'arbitre unique][du président du tribunal arbitral], à moins que le tribunal arbitral ne juge, par une ordonnance motivée, qu'il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ou qu'il est nécessaire compte tenu de la complexité du litige, de proroger ce délai.

Option 7 : Caractère final de l'arbitrage.

Commentaires

81) Un des avantages de l'arbitrage est que les sentences arbitrales sont définitives et non susceptibles d'appel. Dans la plupart des pays, les sentences ne peuvent être révisées au fond et ne peuvent être frappées de recours que pour un motif tenant à la compétence des arbitres, à un vice important de procédure ou au traitement injuste dont une partie aurait été victime. La plupart des règlements d'arbitrage prévoient que les sentences sont définitives et que les parties renoncent à tous recours contre elles.

82) Lorsque la clause d'arbitrage ne fait pas référence à un règlement d'arbitrage, ou lorsque le règlement d'arbitrage choisi par les parties ne stipule pas le caractère final de l'arbitrage et la renonciation des parties aux voies de recours, il est prudent de prévoir que les sentences seront définitives et ne seront susceptibles d'aucun recours. Même lorsque le règlement d'arbitrage choisi par les parties contient une telle clause, il est néanmoins conseillé de la réitérer expressément dans la clause d'arbitrage, en particulier s'il est prévisible que la sentence devra être exécutée ou contrôlée dans des pays peu favorables à l'arbitrage. Lorsque les parties stipulent dans la clause d'arbitrage une renonciation aux voies de recours, elles doivent contrôler par référence à la loi du siège de l'arbitrage la portée de cette renonciation, et la forme dans laquelle la *lex arbitri* exige éventuellement qu'elle soit exprimée.

83) Les parties sont parfois tentées d'élargir le champ du contrôle de la sentence par le juge étatique, en permettant par exemple une révision au fond. Il est rarement conseillé de le faire. Une telle possibilité n'est d'ailleurs pas toujours ouverte par la loi applicable. Si les parties souhaitent néanmoins étendre le champ du contrôle de la sentence par le juge étatique, elles doivent solliciter l'avis d'un conseil spécialisé et consulter avec attention la loi du siège de l'arbitrage.

Clauses recommandées

- 84) Quand les parties souhaitent prévoir le caractère final de l'arbitrage et renoncer à toutes voies de recours contre la sentence, les stipulations ci-dessous peuvent être ajoutées à la clause d'arbitrage, sous réserve des exigences de la *lex arbitri* :

Toute sentence rendue par le tribunal arbitral est définitive et lie les parties. Les parties s'engagent à se conformer pleinement et sans délai à toute sentence et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours dans la mesure où une telle renonciation peut valablement être faite.

- 85) Si les parties souhaitent au contraire, dans des circonstances exceptionnelles, élargir le champ du contrôle exercé sur la sentence par les tribunaux étatiques et autoriser un appel sur le fond, elles doivent se renseigner sur la validité d'une telle stipulation dans le pays concerné. Lorsqu'une telle convention est possible, les parties peuvent inclure ce qui suit dans leur clause d'arbitrage :

Les parties pourront, conformément à la procédure d'appel applicable aux décisions de première instance rendues par les juridictions de [for choisi], former un appel sur le fond contre la sentence rendue par le tribunal arbitral devant les tribunaux de ce for.

IV. Lignes Directrices pour la rédaction des clauses combinées de résolution de litiges.

- 86) Il est courant que les clauses de règlement des différends insérées dans des contrats internationaux prévoient, comme étapes préliminaires à l'arbitrage, un recours à la négociation, à la médiation ou à d'autres modes alternatifs de règlement des litiges. Il est par exemple parfois stipulé dans les contrats de construction que les litiges seront soumis à un *Dispute Board* permanent avant qu'ils puissent être soumis à l'arbitrage. De telles clauses, appelées clauses combinées, présentent des difficultés de rédaction qui leur sont propres.

Ligne Directrice pour la rédaction des clauses combinées 1 : La clause doit stipuler une période de négociation ou de médiation, ouverte par la survenance d'un événement défini et indiscutable (par exemple, une demande écrite), à l'issue de laquelle les parties peuvent recourir à l'arbitrage.

Commentaires

- 87) Prévoir dans une clause combinée que les parties devront se soumettre à une négociation ou à une médiation avant de recourir à l'arbitrage revient à stipuler une condition préalable à la soumission du litige aux arbitres. Afin de minimiser le risque de voir une partie utiliser une telle exigence à des fins dilatoires ou tactiques, la clause doit stipuler un délai au-delà duquel le litige pourra être soumis à l'arbitrage, ce délai devant généralement être court. Lorsqu'elles stipulent un tel délai, les parties doivent garder à l'esprit qu'entamer un processus de négociation ou de médiation pourrait ne pas suffire pour suspendre les délais de prescription applicables.
- 88) Le délai prévu pour la négociation ou la médiation doit être déclenché par un événement précis et indiscutable, tel qu'une demande écrite de négociation ou de

médiation en application de la clause, ou la nomination d'un médiateur. Il n'est pas conseillé de définir le point de départ du délai par référence à une notification faisant état d'un litige entre les parties, car tout échange de correspondance entre les parties où il est fait état de leur désaccord pourrait alors suffire à déclencher le délai.

Clauses recommandées

89) Voir les clauses recommandées ci-dessous aux paragraphes 94-96.

Ligne Directrice pour la rédaction des clauses combinées 2 : La clause doit éviter le risque de rendre l'arbitrage optionnel et non obligatoire.

Commentaires

90) Souvent, les parties qui rédigent des clauses combinées expriment involontairement de manière ambiguë leur volonté de soumettre à l'arbitrage les litiges non résolus par voie de négociation ou de médiation. Une telle ambiguïté peut exister lorsque les parties stipulent que les litiges non résolus par voie de négociation ou de médiation « pourront » être soumis à l'arbitrage.

Clauses recommandées

91) Voir les clauses recommandées ci-dessous aux paragraphes 94-96.

Ligne Directrice pour la rédaction des clauses combinées 3 : La clause doit définir en des termes identiques les litiges devant être soumis à la négociation, à la médiation et à l'arbitrage.

Commentaires

92) Les clauses combinées de résolution des litiges ne définissent parfois pas en des termes identiques les litiges devant être préalablement soumis à la négociation ou à la médiation et ceux qui doivent être soumis à l'arbitrage. De telles ambiguïtés peuvent donner à penser que certains litiges peuvent être soumis directement à l'arbitrage sans passer par la phase préalable de négociation ou de médiation.

93) La référence large faite aux « différends » dans les clauses ci-dessous inclut en principe les demandes reconventionnelles ; celles-ci devront donc, avant d'être soumises aux arbitres, avoir préalablement satisfait aux étapes préalables convenues. Si les parties souhaitent garder la possibilité de soulever des demandes reconventionnelles directement dans l'arbitrage sans avoir satisfait aux étapes préalables, elles doivent le stipuler dans la clause d'arbitrage.

Clauses recommandées

94) La clause ci-dessous prévoit la négociation comme première étape obligatoire :

Les parties devront tenter de résoudre à l'amiable par voie de négociation tous différends découlant du contrat ou en relation avec celui-ci, y compris toute question relative à son existence, à sa validité ou à sa cessation. Au cas où un tel différend n'aurait pas été résolu dans les [30] jours suivant la demande écrite de l'une des parties de négocier en application de la présente clause, ou dans tout autre délai que les parties auraient convenu par écrit, celui-ci sera définitivement tranché selon le [règlement d'arbitrage choisi] par [un ou trois] arbitre[s] nommé[s] en accord avec lesdites règles. Le siège de l'arbitrage sera fixé à [ville, pays]. La langue de l'arbitrage sera le [...].

[Toutes communications faites au cours de la négociation seront confidentielles et seront traitées comme des échanges effectués dans le cadre de négociations transactionnelles au sens des règles de preuve et de toute autre règle portant sur la protection de la confidentialité et du secret professionnel selon la loi applicable].

95) La clause ci-dessous prévoit la médiation comme première étape obligatoire :

Les parties devront s'efforcer de résoudre tous différends découlant du contrat ou en relation avec celui-ci, y compris toute question relative à son existence, à sa validité ou à sa cessation, de manière amiable par voie de médiation en application de [règles de médiation choisies]. Au cas où un tel différend n'aurait pas été réglé en application desdites règles dans les [45] jours suivant la nomination du médiateur ou dans tout autre délai dont les parties auraient convenu par écrit, celui-ci sera définitivement tranché selon le [règlement d'arbitrage choisi] par [un ou trois] arbitre[s] nommé[s] en accord avec lesdites règles. Le siège de l'arbitrage sera fixé à [ville, pays]. La langue de l'arbitrage sera le [...].

[Toutes communications faites au cours de la médiation seront confidentielles et seront traitées comme des échanges effectués dans le cadre de négociations transactionnelles au sens des règles de preuve et de toute autre règle portant sur la protection de la confidentialité et du secret professionnel selon la loi applicable].

96) La clause ci-dessous prévoit à la fois et successivement la négociation et la médiation comme préalables obligatoires à l'arbitrage :

Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci, y compris toute question relative à son existence, à sa validité ou à sa cessation (« Différend »), sera tranché conformément aux mécanismes prévus ci-après, lesquels seront les seuls et uniques modes de résolution applicables à tout Différend.

(A) Négociation

Les parties doivent s'efforcer de résoudre de manière amiable tout Différend par négociation engagée entre dirigeants disposant du pouvoir de le régler [lesquels dirigeants devront avoir un niveau de responsabilité dans l'entreprise

supérieur à celui des personnes directement responsables de l'administration et de l'exécution du présent contrat].

(B) Médiation

Tout Différend non résolu par voie de négociation en application du paragraphe (A) ci-dessus dans les [30] jours suivant une requête écrite de négociation notifiée par l'une des parties en application du paragraphe (A) ci-dessus, ou dans tout autre délai dont les parties auraient convenu par écrit, sera tranché à l'amiable par voie de médiation selon le [règlement de médiation choisi].

(C) Arbitrage

Tout Différend non résolu par voie de médiation en application du paragraphe (B) ci-dessus dans les [45] jours suivant la nomination du médiateur, ou dans tout autre délai dont les parties auraient convenu par écrit, sera tranché définitivement en application de [règlement d'arbitrage choisi] par [un ou trois] arbitre[s] nommés en application desdites Règles. Le siège de l'arbitrage sera fixé à [...]. La langue de l'arbitrage sera le [...].

[Toutes communications faites au cours de la négociation et de la médiation en exécution des paragraphes (A) et (B) ci-dessus seront confidentielles et seront traitées comme des échanges effectués dans le cadre de négociations transactionnelles au sens des règles de preuve et de toute autre règle portant sur la protection de la confidentialité et du secret professionnel selon la loi applicable].

V. Lignes Directrices pour la rédaction des clauses d'arbitrage multipartite

97) Les contrats internationaux lient souvent plus de deux parties, et les parties qui rédigent des clauses d'arbitrage devant être insérées dans de tels contrats peuvent négliger les difficultés qui leur sont propres. En particulier, il n'est pas toujours possible de s'arrêter aux clauses-type proposées par les institutions d'arbitrage dans la mesure où ces clauses sont souvent conçues pour s'appliquer à deux parties et où il peut être nécessaire de les adapter pour les rendre susceptibles d'exécution dans un contexte multipartite. Il est généralement nécessaire de recueillir l'avis de spécialistes pour rédiger de telles clauses.

Ligne Directrice sur les clauses multipartites 1: La clause doit envisager les conséquences d'une pluralité de parties sur la constitution du tribunal arbitral.

Commentaires

98) Dans un contexte de pluralité de parties, il n'est souvent pas possible de stipuler que « chaque partie » désignera un arbitre. La solution à ce problème est simple lorsque les parties ont convenu de soumettre leur litige à un arbitre unique, lequel sera désigné de manière conjointe par les parties ou, à défaut d'accord entre elles, par l'institution d'arbitrage ou par l'autorité de nomination. Lorsque les parties ont convenu d'un

tribunal composé de trois arbitres, une solution possible consiste à stipuler que les trois arbitres seront désignés conjointement par les parties ou, à défaut d'accord entre elles sur la désignation de tous les arbitres, par l'institution d'arbitrage ou l'autorité de nomination.

99) Une autre possibilité consiste à regrouper les parties en « groupes » et à stipuler que chaque « groupe » procèdera à des désignations conjointes. Une telle possibilité est offerte lorsqu'il est possible de prévoir, dès la rédaction du contrat, que certaines parties auront des intérêts communs. Dans tous les cas, l'exigence principale reste que chaque partie soit traitée de manière égale dans le processus de formation du tribunal arbitral. En pratique, cela signifie que lorsque deux parties ou plus de deux parties appartenant au même groupe ne parviennent pas à s'accorder sur la désignation d'un arbitre, l'institution d'arbitrage ou l'autorité de nomination désignera *tous* les arbitres. A défaut, l'égalité des parties ne serait pas respectée puisque certaines des parties auraient eu la possibilité de désigner conjointement un arbitre alors que d'autres n'auraient pas eu cette même possibilité. Une telle solution a été adoptée par certains règlements institutionnels d'arbitrage.

Clause recommandée

100) La clause recommandée au paragraphe 105 ci-dessous stipule un mécanisme de désignation des arbitres dans un contexte multipartite.

Ligne Directrice sur les clauses multipartites 2 : La clause doit envisager les difficultés procédurales (intervention ou jonction) liées à une pluralité de parties à l'instance.

Commentaires

101) Les difficultés procédurales peuvent être nombreuses dans un contexte multipartite. L'*intervention de parties* en est une : une partie contractante qui n'est pas partie à un arbitrage engagé en application de la clause peut souhaiter intervenir dans la procédure. La *jonction de parties* en est une autre : une partie citée comme défenderesse peut souhaiter attirer à l'arbitrage une autre partie contractante qui n'a pas été citée comme défenderesse dans la procédure.

102) Une clause d'arbitrage qui n'envisagerait pas ces difficultés serait néanmoins susceptible d'être mise en œuvre. Mais une telle clause laisserait la porte ouverte à des procédures parallèles, pouvant entraîner des décisions contradictoires, des incertitudes ainsi que des délais et coûts supplémentaires.

103) Il n'existe pas de solution facile pour régler ces difficultés. Une clause d'arbitrage multipartite doit être rédigée avec attention, en tenant compte des circonstances particulières à chaque affaire, et il est souvent utile de solliciter l'avis de spécialistes. En règle générale, la clause doit stipuler que l'ouverture de la procédure en application de la clause est notifiée à toutes les parties contractantes, qu'elles soient ou non citées comme défenderesses. Un délai clair doit être prévu, après cette notification, pour permettre à chaque partie contractante d'intervenir ou d'attirer d'autres parties à la procédure. La clause doit également prévoir qu'aucun arbitre ne peut être désigné avant l'expiration de ce délai.

- 104) A défaut de rédiger une telle clause, les parties peuvent opter pour un arbitrage institutionnel en choisissant une institution dont le règlement prévoit des mécanismes d'intervention et de jonction, tout en sachant qu'un tel règlement peut laisser à l'institution un large pouvoir discrétionnaire en la matière.

Clause recommandée

- 105) La clause ci-dessous prévoit l'intervention et la jonction de parties tierces au litige mais parties au même contrat :

Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci, y compris toute question relative à son existence, à sa validité ou à sa cessation, seront tranchés définitivement par arbitrage selon [règlement d'arbitrage choisi], sous réserve des modifications apportées audit règlement par le présent contrat ou d'un commun accord entre les parties.

Le siège de l'arbitrage est fixé à [ville, pays]. La langue de l'arbitrage est [...]. Il y aura trois arbitres, désignés comme suit.

Dans le cas où la demande d'arbitrage ne désigne qu'un seul demandeur et un seul défendeur, et qu'aucune des parties n'a exercé son droit d'intervenir à la procédure ou de solliciter une jonction en application des paragraphes ci-dessous, le demandeur et le défendeur désigneront chacun un arbitre dans les [15] jours suivant l'expiration du délai durant lequel chaque partie peut exercer son droit d'intervenir à la procédure ou de solliciter une jonction. Si les parties ne procèdent pas à une désignation d'arbitre comme indiqué ci-dessus, alors la désignation sera effectuée, à la requête d'une partie, par [institution d'arbitrage choisie]. Les deux arbitres ainsi désignés désigneront alors le troisième arbitre, qui siègera comme président. Si les deux arbitres ne parviennent pas à s'accorder sur la désignation du président dans les [45] jours suivant la désignation du deuxième arbitre, alors le président sera désigné par [institution d'arbitrage / autorité de nomination désignée].

Si la requête d'arbitrage désigne plus de deux parties, ou si une partie au moins exerce son droit d'intervenir à la procédure ou de solliciter une jonction, alors le(s) demandeur(s) doi(ven)t désigner conjointement un arbitre et le(s) défendeur(s) doi(ven)t désigner conjointement l'autre arbitre, chacun des deux arbitres devant être désignés dans les [15] jours suivant l'expiration du délai dans lequel les parties peuvent exercer leur droit d'intervenir à la procédure ou de solliciter une jonction. Si les parties ne procèdent pas à une désignation d'arbitre comme indiqué ci-dessus, alors l'[institution d'arbitrage / autorité de nomination désignée] procèdera, sur requête d'une partie, à la désignation des trois arbitres et choisira l'un d'eux pour siéger comme président. Si le(s) demandeur(s) et le(s) défendeur(s) désignent chacun conjointement un arbitre comme indiqué ci-dessus, les deux arbitres ainsi désignés désigneront le troisième arbitre, qui siègera comme président. Si les deux arbitres ne parviennent pas à s'accorder sur la désignation du troisième arbitre dans les [45] jours suivant la désignation du second arbitre, alors le président sera désigné par [institution d'arbitrage / autorité de nomination].

Toute partie au présent contrat peut, séparément ou conjointement avec une autre partie au contrat, engager une procédure d'arbitrage en application de la présente clause en notifiant une demande d'arbitrage à toutes les autres parties au contrat [et à l'institution d'arbitrage, s'il en existe une].

Toute partie au présent contrat peut intervenir à toute procédure d'arbitrage engagée en application de la présente clause en notifiant par écrit une demande reconventionnelle ou autre demande incidente à toute autre partie au présent contrat, à condition que cette notification soit aussi communiquée à toutes les autres parties [et à l'institution d'arbitrage désignée, s'il en existe une] dans les [30] jours suivant la réception par la partie intervenante de la demande d'arbitrage ou d'une demande reconventionnelle ou autre demande incidente.

Toute partie au présent contrat ayant été désignée comme défenderesse à une demande d'arbitrage, ou toute partie à l'encontre de laquelle une demande reconventionnelle ou autre demande incidente a été formée, peut joindre toute autre partie au présent contrat à une procédure d'arbitrage initiée en application de la présente clause. La jonction sera effectuée par notification écrite de la demande reconventionnelle ou autre demande incidente formée à l'encontre de la partie jointe, à condition qu'une telle notification soit aussi adressée à toutes les autres parties au présent contrat [et à l'institution d'arbitrage désignée, s'il en existe une] dans les [30] jours de la réception par la partie défenderesse de la demande d'arbitrage, demande reconventionnelle ou autre demande incidente.

Toute partie intervenante ou jointe sera liée par toute sentence rendue par le tribunal arbitral, même si cette partie décide de ne pas prendre part à l'instance arbitrale.

VI. Lignes Directrices pour la rédaction des clauses d'arbitrage applicables à des ensembles contractuels

- 106) Il n'est pas rare qu'une transaction internationale unique implique plusieurs contrats connexes. La rédaction de clauses d'arbitrage dans un cadre pluri-contractuel présente des difficultés propres.

Ligne Directrice sur les ensembles contractuels 1 : Les clauses d'arbitrage insérées dans les contrats liés doivent être compatibles.

Commentaires

- 107) Les parties doivent éviter de prévoir des mécanismes de résolution de litiges différents dans des contrats liés (par exemple, l'arbitrage selon des règlements différents ou avec des sièges différents). De telles différences comportent en effet un risque de fragmentation des futurs litiges, dès lors qu'un tribunal arbitral désigné en application du premier contrat ne sera peut-être pas compétent pour connaître d'un litige soulevant des questions relatives au second contrat, une telle situation suscitant des procédures parallèles.

- 108) Si les parties désirent obtenir des décisions cohérentes et éviter de telles procédures parallèles, une solution simple consiste à établir une convention cadre portant sur la résolution de tous les litiges pouvant découler de l'ensemble de leurs contrats liés. Une telle convention devrait être signée par toutes les parties et incorporée par référence à tous les contrats liés. Si la conclusion d'une telle convention cadre n'est pas possible, les parties doivent s'assurer que les clauses d'arbitrage insérées dans chacun des contrats liés sont identiques ou à tout le moins complémentaires. Il est particulièrement important que les clauses d'arbitrage fassent référence au même règlement, stipulent le même siège et le même nombre d'arbitres. Afin d'éviter des difficultés lors de la jonction d'instances arbitrales, il faut également que soient stipulées la même loi applicable au fond et la même langue de l'arbitrage. Les parties doivent enfin prévoir clairement qu'un tribunal constitué en application de la clause d'arbitrage insérée dans l'un des contrats est également compétent pour connaître de questions relatives aux autres contrats qui lui sont liés.

Clause recommandée

- 109) Si les parties ne souhaitent pas ou ne parviennent pas à établir une convention cadre portant sur la résolution des différends pouvant naître de l'ensemble de leurs contrats liés, la clause ci-dessous peut être ajoutée à la clause d'arbitrage insérée dans chacun des contrats liés :

Les parties conviennent qu'un tribunal arbitral constitué en application de ce contrat ou en application des [contrats connexes] sera également compétent pour connaître des différends nés à la fois de ce contrat et des [contrats connexes].

Ligne Directrice sur les ensembles contractuels 2 : Les parties doivent s'interroger sur la l'opportunité de prévoir la jonction d'instances arbitrales concernant les contrats liés.

Commentaires

- 110) La jonction d'instances arbitrales est une difficulté procédurale qui survient en présence de contrats liés. Différentes instances arbitrales peuvent être engagées à des moments différents relativement à des contrats liés. Il peut alors être de l'intérêt des parties de voir ces procédures jointes en une procédure unique. Dans certaines situations, les parties peuvent penser qu'une seule procédure arbitrale jointe sera plus efficace et plus économique. Dans d'autres situations, les parties pourront avoir de bonnes raisons de conserver des procédures arbitrales séparées.
- 111) Si les parties souhaitent permettre la jonction d'instances arbitrales connexes, elles doivent le préciser dans la clause d'arbitrage. Les tribunaux de certains pays disposent certes d'un pouvoir discrétionnaire d'ordonner la jonction d'instances arbitrales connexes, mais ils ne le font d'ordinaire pas à défaut d'accord des parties. Quand les tribunaux du siège de l'arbitrage ne disposent pas de ce pouvoir, ou quand les parties ne souhaitent pas dépendre de la décision des tribunaux, elles doivent également préciser dans la clause d'arbitrage quelle sera la procédure permettant de joindre des instances connexes. Le règlement d'arbitrage applicable, s'il y en a, et la loi du siège de l'arbitrage, doivent à cet égard être examinés avec attention, dans la

mesure où ils peuvent limiter la possibilité pour les parties de joindre les instances arbitrales. A l'inverse, dans certains pays, les parties peuvent vouloir exclure toute possibilité de jonction d'instances.

- 112) Il est nécessaire de recourir à l'avis de spécialistes en présence de situations qui sont à la fois multi-contrats et multipartites. La rédaction de dispositions relatives à la jonction d'instances dans des hypothèses multipartites est en effet particulièrement délicate. Une difficulté évidente consiste à ce que chaque partie soit traitée également en ce qui a trait à la désignation des arbitres. Une solution possible dans ce type de situation, même si elle peut ne pas être idéale, est de spécifier que toutes les désignations seront faites par l'institution d'arbitrage ou par l'autorité de nomination. Les parties doivent aussi être conscientes qu'une clause autorisant la jonction d'instances peut, dans certains pays, être interprétée comme l'expression d'un consentement à un recours collectif (*class action*) arbitral.

Clause recommandée

- 113) La clause figurant ci-après prévoit la jonction d'instances arbitrales connexes engagées entre les mêmes parties :

Les parties consentent à la jonction d'instances arbitrales engagées en application de la présente clause et/ou en application des [contrats connexes] suivant la procédure décrit ci-après. Si deux, ou plus de deux, instances arbitrales sont engagées en application de la présente clause et/ou [des contrats connexes], toute partie désignée comme demanderesse ou défenderesse dans une de ces instances peut former une demande devant tout tribunal arbitral constitué dans l'une de ces instances afin d'obtenir une ordonnance de jonction par laquelle toutes les instances arbitrales seront jointes en une seule instance devant ce même tribunal arbitral (« Ordonnance de Jonction »). Le tribunal arbitral, pour trancher la demande de jonction d'instances, doit apprécier si les différentes instances arbitrales soulèvent les mêmes questions de droit ou de fait, et si la jonction des instances est dans l'intérêt d'une bonne justice et favoriserait son efficacité.

Si des arbitres ont déjà été désignés dans une des instances arbitrales avant qu'une Ordonnance de Jonction ait été rendue par un tribunal arbitral constitué dans une autre instance arbitrale, ces désignations sont rendues caduques par l'effet de l'Ordonnance de Jonction, et les arbitres ainsi désignés sont considérés comme étant *functus officio*. Cette caducité n'affecte pas (i) la validité de toute décision antérieurement prise par les arbitres, (ii) le droit des arbitres au paiement de leurs frais et débours, (iii) toute interruption de prescription opérée par la présentation de toute demande ou de tout moyen de défense, ainsi que toute règle ou disposition relative à la prescription, (iv) tout moyen de preuve présenté et reçu avant l'Ordonnance de Jonction, qui restera recevable de la même manière dans la procédure arbitrale subséquente, et (v) le droit des parties aux coûts juridiques et autres coûts engagés avant l'Ordonnance de Jonction.

Dans le cas où deux, ou plus de deux, Ordonnances de Jonction seraient rendues concurremment, l'Ordonnance de Jonction rendue en premier lieu prévaut.