



Guide pour la Rédaction des Clauses de Règlement de Différends Internationaux

Introduction

L'accès à l'arbitrage, à la médiation et aux modes alternatifs de résolution des conflits se fait le plus souvent par le biais d'une clause de règlement des différends insérée dans un contrat commercial. Les « clauses types » de résolution de différends présentées ci-dessous, accompagnées par de courtes explications, sont destinées à aider les cocontractants à rédiger des clauses définissant les modes amiables de règlement de litiges. Pour toute question concernant la rédaction d'une clause du Centre international de résolution des différends® (ICDR®), envoyez un mail à websitemail@adr.org ou contactez le bureau régional de l'ICDR ou de l'AAA® (voir coordonnées en dernière page ci-dessous).

A titre liminaire, quelques mises en garde: trop souvent, la question de la résolution de différends est uniquement abordée à la fin du processus de négociation. Il est préférable d'examiner la procédure à adopter pour la résolution de différends et de litiges éventuels en amont au cours du processus de négociation, afin de créer un environnement positif pour la poursuite des négociations et d'éviter la pression occasionnée par l'existence d'une échéance. Chaque relation commerciale ayant ses propres spécificités, il est en tous les cas vivement conseillé aux cocontractants de prendre conseil lors de la rédaction de clauses de ce type.

Modele de Clause D'arbitrage — « Version Courte »

La clause d'arbitrage simplifiée, décrite ci-après, guidera les parties dans tous les aspects majeurs de l'arbitrage international. Cette clause, en renvoyant à l'ensemble des règles régissant la procédure arbitrale fixées par l'ICDR, répond aux attentes des parties en matière d'arbitrage international et sert de point de départ idéal pour le rédacteur qui n'a plus qu'à ajouter les dispositions nécessaires pour répondre aux spécificités du contrat, ou pour renforcer certains pouvoirs du tribunal. L'insertion de la clause dans sa version simplifiée régit les aspects essentiels suivants de la procédure arbitrale:

- L'obligation de donner notification
- La forme de la demande et/ou de la demande reconventionnelle
- Les mesures provisoires et les mesures d'urgence
- La constitution du tribunal arbitral
- Les conflits d'intérêt des arbitres
- Le calendrier
- Le siège de l'arbitrage
- La juridiction—compétence du tribunal
- Le déroulement de l'arbitrage—administration des preuves



- La procédure en l'absence de l'une des parties
- Les frais et débours
- La forme et les effets de la sentence arbitrale

Toute référence au règlement d'arbitrage comprise dans le présent guide, à l'exception de celles qui portent sur l'administration ICDR dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), concerne le Règlement d'arbitrage international (International Arbitration Rules) de l'ICDR. L'ICDR est également responsable de l'administration des procédures soumises aux divers règlements de l'American Arbitration Association® (AAA), lorsque les parties ont indiqué l'application de ce règlement dans leur contrat. Pour plus d'informations, ainsi qu'un guide de rédaction distinct, voir www.adr.org.

L'ICDR propose la clause type suivante pour des contrats commerciaux internationaux:

« Tout litige ou toute réclamation découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci ou avec son inexécution sera réglé par voie d'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage international de l'International Centre for Dispute Resolution. »

Les parties devraient envisager l'ajout des dispositions suivantes:

- « Le nombre d'arbitres est fixé à (un ou trois) »
- « Le siège de l'arbitrage sera (ville), (province ou état) »
- « La/les langue(s) de l'arbitrage sera/seront [langue(s)] »

Les cocontractants peuvent également choisir la clause type "courte" suivante pour leurs contrats commerciaux internationaux puisque, bien qu'il ait des bureaux administratifs distincts, sa propre liste d'arbitres et de médiateurs ainsi qu'un ensemble unique de règles d'arbitrage conformes aux normes internationales, l'ICDR demeure une branche de l'American Arbitration Association:

« Tout litige ou toute réclamation découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci ou avec son inexécution sera réglé par voie d'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage international de l'American Arbitration Association. »

Les parties devraient envisager l'ajout des dispositions suivantes:

- « Le nombre d'arbitres est fixé à (un ou trois) »
- « Le siège de l'arbitrage sera (ville), (province ou état) »
- « La/les langue(s) de l'arbitrage sera/seront [langue(s)] »



Modele de Clause Combinées (Step Clause) pour le Reglement des Differends

Les parties contractantes peuvent ajouter une disposition imposant la négociation ou la médiation comme étape préalable avant l'initiation de la procédure d'arbitrage. L'inclusion de ce type de clause, souvent désignée « step clause », est conseillée lorsque les parties sont liées par une relation commerciale de longue durée. Son inclusion est également conseillée lorsqu'il est opportun pour les parties de tenir compte de facteurs autres que le champ limité d'un différend particulier. Bien que ces éléments ne soient pas présents dans le cadre d'une relation commerciale issue d'une seule et unique transaction, rares sont les différends qui ne bénéficieraient pas de discussions portant sur un règlement à l'amiable.

Une préoccupation légitime concernant l'utilisation de ce type de « step clause » est qu'elle confère à une partie la possibilité de retarder une décision qui serait défavorable à son endroit. Néanmoins, ce problème peut être résolu par l'imposition de délais fixes pour chaque étape de la procédure. Ces délais constituent, au mieux, une estimation quant à la période de temps nécessaire pour la négociation ou la médiation à accomplir par les parties au litige.

Une autre solution consiste à rédiger la clause de manière à permettre à chaque partie de démarrer l'arbitrage sans passer par les étapes précédentes, ou aux procédures d'arbitrage et de médiation de se dérouler simultanément. Sans cela, après s'être mises d'accord sur une série de conditions suspensives, les parties doivent s'attendre à exécuter chaque étape de la procédure requise pour la résolution du différend.

Il existe plusieurs exemples de « step clauses ». Elles peuvent imposer la résolution du différend par le biais de la négociation et/ou de la médiation comme étape préalable au recours ultime à l'arbitrage.

Afin d'assister les parties qui souhaitent rédiger un contrat commercial en précisant une obligation expresse de la résolution de différends par mode de négociation et/ou médiation comme étape préalable à l'arbitrage, l'ICDR propose les clauses « palier » suivantes de Négociation-Arbitrage, de Médiation-Arbitrage, et de Négociation-Médiation-Arbitrage:

Clause Type Négociation—Arbitrage

« 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 se consulteront et négocieront et, reconnaissant leurs intérêts mutuels, tenteront de trouver une solution satisfaisante. Si les parties ne réussissent pas à formuler un règlement dans une période de 60 jours après notification donnée par l'une quelconque des parties, tout différend ou demande non-résolu sera réglé par voie d'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage international de l'International Centre for Dispute Resolution. »

Les parties devraient envisager l'ajout des dispositions suivantes:

- *Le nombre d'arbitres est fixé à (un ou trois) »*
- *Le siège de l'arbitrage sera (ville), (province ou état) »*



- « La/les langue(s) de l'arbitrage sera/seront [langue(s)] »

Cette clause type de négociation-arbitrage prévoit une seule « étape » de négociation. Il est possible de prévoir plusieurs étapes par le moyen d'une clause prévoyant une négociation étape par étape (« issue escalation ») afin de mettre en évidence les problèmes existants dans le cadre d'un projet en cours et d'y remédier rapidement. Là encore, il est important ici de bien préciser un échéancier relatif à la progression des négociations afin ainsi d'éviter tout retard.

Clause Type Mediation—Arbitrage

L'usage de la médiation connaît une croissance mondiale. Lors d'une médiation, les parties sont libres de négocier une solution commerciale, sans contrainte aucune au niveau contractuel ou juridique. Historiquement, le taux de réussite pour la résolution de différends par voie de médiation administrée par l'ICDR/AAA est de plus de 85%.

De plus en plus, les parties considèrent que le processus de médiation est plus efficace si le différend non résolu est suivi et résolu par l'arbitrage. Puisque l'obligation d'entamer une médiation peut être considérée comme une condition pour initier l'arbitrage, il importe de fixer un délai à l'écoulement duquel les parties peuvent, si nécessaire, passer de la médiation à l'arbitrage, sans encourir de retard.

La clause type de Médiation-Arbitrage proposée par l'ICDR est la suivante:

« 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 l'International Centre for Dispute Resolution selon son Règlement de médiation. Si un règlement n'est pas trouvé dans une période de 60 jours après notification d'une demande écrite de médiation transmise par l'une des parties, tout différend ou demande non-résolu découlant du présent contrat ou ayant un rapport avec celui-ci ou son inexécution sera réglé par voie d'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage international de l'International Centre for Dispute Resolution. »

Les parties devraient envisager l'ajout des dispositions suivantes:

- « Le nombre d'arbitres est fixé à (un ou trois) »
- « Le siège de l'arbitrage sera (ville), (province ou état) »
- « La/les langue(s) de l'arbitrage sera/seront [langue(s)] »

Il est à noter aussi que les parties ont la possibilité de soumettre le différend à la médiation à tout moment, même en l'absence d'une clause de règlement des différends prévoyant la médiation. En effet, la médiation peut s'avérer particulièrement efficace pour les parties lorsqu'elle se déroule à l'approche d'une audience devant le tribunal arbitral.



Clause Type Negotiation-Mediation-Arbitrage

Les parties à un contrat commercial, en particulier lorsque ce contrat concerne des relations commerciales d'importance stratégique, peuvent souhaiter prévoir la négociation ainsi que la médiation avant l'arbitrage. L'objectif est de prévoir que les parties tentent tout d'abord de résoudre le problème elles-mêmes et, si cela s'avère difficile, qu'elles emploient les services d'un tiers médiateur, avant d'avoir recours à un tiers décisionnaire/arbitre.

Ici encore, il faut envisager de fixer des délais ou d'ajouter une clause d'exclusion (« opt-out provision ») afin d'éviter d'éventuelles tactiques dilatoires.

La clause type Négociation-Médiation-Arbitrage proposée par l'ICDR est la suivante:

« Dans le cas d'un litige ou d'une demande découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci ou avec son inexécution, les parties contractantes se consulteront et négocieront et, reconnaissant leurs intérêts mutuels, tenteront de trouver une solution satisfaisante pour les deux parties. Si un règlement n'est pas trouvé dans un délai de 60 jours, l'une ou l'autre des parties peut ensuite, en donnant une notification à l'autre et à l'International Centre for Dispute Resolution, demander la médiation selon le Règlement de médiation de l'International Centre for Dispute Resolution. Si aucun règlement n'est trouvé dans les 60 jours suivant la notification d'une demande écrite de médiation, tout différend ou demande non-résolu découlant du présent contrat ou ayant un rapport avec celui-ci ou avec son inexécution sera réglé par voie d'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage international de l'International Centre for Dispute Resolution. »

Les parties devraient envisager l'ajout des dispositions suivantes:

- « Le nombre d'arbitres est fixé à (un ou trois) »
- « Le siège de l'arbitrage sera (ville), (province ou état) »
- « La/les langue(s) de l'arbitrage sera/seront [langue(s)] »

Clause Type Mediation et Arbitrage Simultanés

Parfois, les parties contractantes préfèrent ne pas être liées par une condition suspensive qui impose une obligation de médiation avant le dépôt d'une demande d'arbitrage. Les parties peuvent craindre qu'une médiation rapide ne leur permette pas de disposer du temps nécessaire pour développer une bonne compréhension du litige, rendant la négociation plus périlleuse. Cependant, l'absence d'une procédure de médiation dans une clause de résolution de différends peut provoquer la perte d'une opportunité de préciser la préférence des parties pour une solution négociée. En considération de ces questions quelque peu contradictoires, l'ICDR a développé une clause type « Arbitrage-Médiation simultanés ». Cette clause oblige les parties à avoir recours à la médiation, mais seulement après le commencement de l'arbitrage, quand les parties sont censées être mieux informées quant à l'objet du différend et à leurs besoins et intérêts respectifs.



La clause type proposée par l'ICDR pour l'arbitrage-médiation simultané est la suivante:

« Tout litige ou demande découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci ou avec son inexécution, sera résolu par voie d'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage international de l'International Centre for Dispute Resolution. Une fois la demande d'arbitrage déposée, les parties conviennent qu'elles chercheront à résoudre tout différend ou revendication découlant du présent contrat ou ayant un rapport avec celui-ci, ou avec son inexécution ou violation, par le biais d'une procédure de médiation administrée par le International Centre for Dispute Resolution selon son Règlement de médiation internationale. Cette médiation se déroulera simultanément à la procédure d'arbitrage et ne constitue pas une condition suspensive pour une quelconque étape de ladite procédure d'arbitrage. »

Les parties devraient envisager l'ajout des dispositions suivantes:

- « Le nombre d'arbitres est fixé à (un ou trois) »
- « Le nombre de médiateurs est fixé à (un ou trois) »
- « Le siège de l'arbitrage sera (ville), (province ou état) »
- « Le siège de la médiation sera (ville), (province ou état) »
- « La/les langue(s) de l'arbitrage sera/seront [langue(s)] »
- « La/les langue(s) de la médiation sera/seront [langue(s)] »

Modele de Clause Autonome de Mediation

La médiation peut être choisie par les parties en tant que procédure autonome de résolution de différends. Si la médiation n'aboutit pas à un accord, les parties peuvent convenir d'utiliser un autre mode de résolution de différends ou, à défaut, de saisir les tribunaux locaux pour résoudre le litige.

La clause type proposée par l'ICDR pour une médiation autonome est la suivante:

« Dans le cas d'un litige ou d'une demande découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci ou avec son inexécution, les parties s'engagent tout d'abord à tenter de résoudre leur différend par voie de médiation administrée par l'International Centre for Dispute Resolution selon ses Règles de Médiation, avant d'avoir recours à l'arbitrage, au contentieux, ou à toute autre mode de résolution de différends. »

Les parties devraient envisager l'ajout des dispositions suivantes:

- « Le nombre d'arbitres est fixé à (un ou trois) »
- « Le siège de l'arbitrage sera (ville), (province ou état) »
- « La/les langue(s) de l'arbitrage sera/seront [langue(s)] »



Constitution du Tribunal Arbitral–Clause pour la Nomination d’Arbitre par les Parties

Pour les parties contractantes et leurs avocats, la question la plus critique en matière d’arbitrage est sans doute celle de la constitution du tribunal arbitral. Sauf stipulation contraire des parties, l’ICDR utilise un processus de sélection par listes pour la désignation des arbitres. L’autre méthode courante consiste en une nomination par les parties. L’ICDR suit la méthode de nomination définie dans l’accord entre les parties. Le Règlement d’arbitrage international requiert que les arbitres soient indépendants et impartiaux, quelle que soit la méthode de désignation. Pour les différends opposant des demandeurs ou défendeurs multiples, l’ICDR effectue toutes les désignations, sauf accord contraire entre les parties.

Lorsque les parties souhaitent se prévaloir de la procédure ICDR de sélection par liste, il n’est pas nécessaire de préciser une méthode de sélection d’arbitres dans la clause d’arbitrage. Un des avantages qui a tendance à être associé au mode de sélection par liste consiste en l’élimination de la nécessité d’un contact *ex parte* entre les parties et les arbitres. L’ICDR débute le processus de sélection par liste en consultant les parties concernant les qualifications des arbitres. Après ce processus de consultation, l’ICDR envoie aux parties une liste identique de noms, accompagnée de leur curriculum vitae, en les invitant à éliminer tout arbitre non retenu, dresser la liste des arbitres restants par ordre de préférence, et réacheminer la liste à l’ICDR. L’ICDR désigne alors le président du tribunal ou le tribunal arbitral en accord, autant que possible, avec les préférences réciproques des parties.

En alternative au mode de sélection par liste, les parties peuvent convenir d’utiliser le mode de nomination par voie de désignation par les parties. L’un des avantages perceptibles de cette méthode est que, suite à la désignation directe d’un arbitre, chaque partie aura davantage confiance dans le tribunal. Les parties désirant adopter cette méthode de désignation devraient envisager l’ajout de la disposition suivante dans la clause d’arbitrage:

« Dans les [30] jours suivant le début de l’arbitrage, chaque partie procédera à la nomination d’un arbitre. Ensuite, dans les [20] jours suivant le choix des arbitres nommés par les parties, les parties procéderont à la nomination du président du tribunal arbitral. Si les arbitres n’ont pas été nommés à l’expiration dudit délai, l’International Centre for Dispute Resolution, à la demande écrite d’une des parties, procédera à toute nomination qui ne serait pas encore faite. »

Imposition de Limites sur le Calendrier et la Communication d’information

Les parties peuvent convenir de modifier les règles en fonction de leurs besoins particuliers. Par exemple, les parties pourraient souhaiter réduire ou prolonger les délais imposés par le Règlement d’arbitrage international de l’ICDR, limiter les échanges d’information ou modifier tout autre élément du processus. De telles modifications peuvent être spécifiées dans la clause de résolution de différends.

La clause suivante impose une limite dans le temps pour l’arbitrage:

« La sentence arbitrale sera publiée dans les [9] mois suivants le début de l’arbitrage, sauf prorogation par l’arbitre. »



Les parties doivent être conscientes du danger inhérent à l'imposition de délais artificiels. S'il s'avère impossible de respecter les délais impartis, il pourrait être impossible d'exécuter la sentence. La clause alternative ci-dessous traite des conséquences d'un arbitrage "tardif."

« L'intention des Parties est que, sauf circonstances exceptionnelles, la procédure d'arbitrage se termine dans les [120] jours suivant la date de la désignation de l'arbitre ou des arbitres. Le tribunal arbitral pourra proroger ce délai dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Un éventuel manquement par rapport à cette date limite ne peut pas constituer un fondement pour la contestation de la sentence arbitrale. »

Les parties peuvent limiter l'échange d'information comme suit:

« En accord avec la nature accélérée de l'arbitrage, l'échange d'information avant l'audience sera réduit à la production raisonnable de tout document pertinent et non couvert par le privilège de l'avocat, tel que cité explicitement par l'une des parties afin d'appuyer les faits pertinents présentés dans son argumentation, le tout de façon expéditive. »

Imposer des limites sur l'échange d'information au moment de la formation du contrat peut s'avérer dangereux. Par exemple, dans l'éventualité où l'obtention d'une information supplémentaire se révélerait utile pour une des parties impliquée dans le litige, il serait impossible pour elle d'obtenir communication de cette preuve supplémentaire en l'absence d'un accord conclu entre les parties.

Les parties doivent toujours être prudentes lorsqu'elles établissent des limites restreignant les procédures et l'autorité arbitrale. Cette façon de procéder pourrait avoir pour effet d'empêcher les arbitres internationaux de faire ce qu'ils font habituellement très bien, c'est-à-dire gérer la procédure en fonction des besoins immédiats des parties.

Clause de Confidentialité

Il se peut que la nature du contrat nécessite l'ajout de clauses supplémentaires. Par exemple, les parties à un contrat contenant des informations confidentielles ou portant sur des technologies sensibles pourraient considérer l'ajout d'une clause de confidentialité. Les parties à un contrat international confondent souvent la discrétion, qui est une caractéristique standard de l'arbitrage commercial international, avec l'obligation de confidentialité qui, sauf accord exprès des parties selon le Règlement d'arbitrage international de l'ICDR, s'applique uniquement à l'arbitre et à l'ICDR. Les parties doivent également tenir compte des limites de tout accord sur la confidentialité quant aux parties non-signataires de l'accord, telles que les témoins, ainsi que des exigences qui pourraient être imposées par la loi.

La clause de confidentialité type proposée par l'ICDR est rédigée comme suit:

« Sauf lorsque la loi l'impose, ni les parties, ni leurs représentants ne peuvent divulguer l'existence, le contenu ou les résultats de tout arbitrage mis en oeuvre en application des présentes sauf à avoir préalablement obtenu l'accord expresse et écrit (des deux/de toutes les) parties. »



Autres Questions à Prendre en Compte lors de la Rédaction

Les parties contractantes peuvent également souhaiter faire des ajouts afin de gérer des questions de procédure ou de recours bien précises. Ainsi, nonobstant les mesures d'urgence ou les mesures provisoires déjà prévues par le Règlement d'arbitrage international de l'ICDR, les parties peuvent souligner leur volonté de bénéficier de telles solutions en ajoutant des dispositions à cet effet lors de la rédaction de la clause de résolution des différends.

Administration par l'ICDR dans le cadre des Règles d'Arbitrage de la CNUDCI

Certaines parties, en particulier les États souverains ou les gouvernements, préfèrent opter pour un arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. L'ICDR est particulièrement bien placé pour fournir une assistance administrative dans le cadre des règles d'arbitrage de la CNUDCI. En effet, le Règlement d'arbitrage international de l'ICDR a été rédigé en 1986 sur le modèle du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Opter pour la gestion de l'arbitrage par l'ICDR peut s'avérer particulièrement utile, notamment en ce qui concerne la constitution du tribunal, l'échéancier et nombre d'autres questions de nature administrative.

L'ICDR propose la clause type suivante pour le choix d'une administration selon des procédures CNUDCI:

« Tout litige ou toute demande découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci ou avec son inexécution, sera résolu par voie d'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CNUDCI en vigueur à la date des présentes.

L'International Centre for Dispute Resolution sera l'autorité en charge de la nomination des arbitres.

La procédure sera gérée par l'International Centre for Dispute Resolution selon la « procédure pour les affaires régies par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI » (les "Procedures for Cases under the UNCITRAL Arbitration Rules"). »

Les parties devraient envisager l'ajout des dispositions suivantes:

- *« Le nombre d'arbitres est fixé à (un ou trois) »*
- *« Le siège de l'arbitrage sera (ville), (province ou état) »*
- *« La/les langue(s) de l'arbitrage sera/seront [langue(s)] »*

L'ICDR propose la clause type suivante aux parties qui souhaitent désigner l'ICDR uniquement à titre d'autorité responsable pour la désignation d'arbitres dans une procédure CNUDCI:

« Tout litige ou toute demande découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci ou avec son inexécution, sera résolu par la voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage CNUDCI en vigueur à la date des présentes.

L'International Centre for Dispute Resolution sera l'autorité de nomination des arbitres.»



Les parties devraient envisager l'ajout des dispositions suivantes:

- « Le nombre d'arbitres est fixé à (un ou trois) »
- « Le siège de l'arbitrage sera (ville), (province ou état) »
- « La/les langue(s) de l'arbitrage sera/seront [langue(s)] »

Le Mot de la Fin

Il faut souligner ici qu'une clause d'arbitrage mal rédigée peut mener à une clause de résolution de différends « pathologique » — qui est pire que l'absence d'une clause d'arbitrage.

Pour plus d'informations concernant les clauses d'arbitrage, ainsi que pour toute information de caractère général concernant les règles et services de l'ICDR, veuillez contacter l'ICDR par courrier électronique à l'adresse suivante: websitemail@adr.org ou contacter les interlocuteurs de la direction ICDR ci-dessous.

PERSONNES RESSOURCE À L'ICDR

Asie

Michael Lee

Tél: +65 6227 2879

Mail: LeeM@adr.org

Amérique Latine, États-Unis

Luis Martinez

Tél. +1 212 716 5833

Mail: MartinezL@adr.org

Europe, Moyen Orient & Afrique

Richard Naimark

Tél. +1 212 716 3931

Mail: NaimarkR@adr.org

Amérique du nord

Steven Andersen

Tél: +1 619 813 2889

Mail: AndersenS@adr.org