

Liste de contrôle relative au règlement des litiges

Full Description

1. Une forme de juridiction dédiée au règlement des litiges est-elle précisée?

Dans la mesure où la loi de l'accord peut différer du pays dans lequel les litiges doivent être entendus, il ne faut pas confondre les clauses relatives à la législation applicable et les clauses attributives de juridiction. Une clause relative à la législation applicable est libellée comme suit:

- « Cet accord est régi et doit être interprété conformément à la législation du [pays] ».
- Pour obtenir de plus amples informations sur les clauses relatives à la législation applicable, consultez la [Liste de contrôle](#) relative aux clauses standards.
- Si le contrat ne spécifie aucun règlement des litiges, il est probable que les tribunaux du pays d'accueil auront compétence par défaut. Cependant, ce n'est pas toujours le cas et cela est à vérifier auprès d'un avocat local.
- Même si les tribunaux locaux ont compétence par défaut et que les parties n'y voient aucun inconvénient, il est préférable d'inclure une clause attributive de juridiction qui précise la compétence. Les parties ont effectivement la capacité de se soumettre (sous réserve des dispositions de droit local) à une juridiction donnée (voir les clauses attributives de juridiction ci-dessous).

2. Règlement des litiges intermédiaire

Il peut être judicieux d'inclure dans l'accord des dispositifs qui peuvent aider les parties à parvenir à un règlement à l'amiable d'un litige avant d'en arriver au contentieux ou à l'arbitrage, tels que:

- Une obligation de faire remonter les problèmes à la direction de chacune des parties pour négocier;
- La médiation (lorsqu'un tiers neutre aide les parties à parvenir à un règlement négocié);
- Une procédure d'expertise (lorsque l'ensemble des litiges/les litiges particuliers financiers/techniques sont soumis à un expert indépendant pour expertise]. L'expertise doit-elle avoir force exécutoire ou non ? (Même si le contrat dispose qu'elle doit avoir force exécutoire, il est possible qu'elle soit difficile à appliquer dans la mesure où il s'agit d'un accord strictement contractuel qui peut ne pas être reconnu par les tribunaux compétents). Certains dispositifs peuvent être appliqués de manière analogue à l'arbitrage en fonction des lois applicables.

Lors de la rédaction des dispositions intermédiaires de règlement des litiges, il convient de réfléchir à imposer des délais stricts pendant lesquels chaque étape doit être accomplie, avec la possibilité pour une partie de passer à l'étape suivante du règlement des litiges si ces délais n'étaient pas respectés, afin d'éviter de perdre du temps à un moment qui peut être critique pour le projet.

3. Existe-t-il un système judiciaire approprié auquel les parties sont disposées à se soumettre?

Il est recommandé de se renseigner auprès d'un conseiller local sur le système judiciaire local, sur la durée de traitement des demandes, sur l'objectivité de l'appareil judiciaire, sur sa qualité et son expérience en matière d'accords contractuels analogues, sur la précision et le suivi des procédures judiciaires, sur le coût du contentieux ainsi que sur le temps et les coûts impliqués dans l'exécution des jugements. Un gouvernement est susceptible de vouloir être soumis à son système judiciaire. Un exploitant cependant, en particulier un exploitant étranger, peut refuser de se soumettre à un système qui lui est inconnu et à la possibilité que les tribunaux locaux soient réticents à se prononcer contre les intérêts du gouvernement. Là où ils sont

impliqués, les organismes prêteurs étrangers peuvent également être soucieux d'éviter les tribunaux locaux. Le compromis est généralement le suivant : suivre une procédure de règlement intermédiaire des litiges puis procéder à l'arbitrage (voir le point 5 ci-dessous).

4. Si les parties sont disposées à se soumettre aux tribunaux d'une juridiction particulière:

- Le contrat doit le préciser. Les parties peuvent également souhaiter identifier certains tribunaux dans le système judiciaire du pays, par exemple les tribunaux de commerce ou bien un dispositif d'arbitrage géré par les tribunaux. Les lois qui déterminent quelle juridiction relève d'une situation donnée peuvent être déroutantes et parfois contradictoires, en particulier lorsqu'une transaction implique différents ressortissants ou services fournis dans un pays tiers, avec plusieurs tribunaux en mesure de prétendre à exercer cette juridiction.
- Pour éviter ou limiter cette éventualité, la clause attributive de juridiction peut être libellée comme suit:
- « Les parties se soumettent de manière irrévocable à la compétence exclusive de la juridiction de []. Les tribunaux chargés de la détermination des litiges découlant du présent contrat ».
- Cette disposition est appelée « clause de compétence exclusive » et permet d'éviter autant que possible que les litiges soient entendus dans d'autres juridictions. La manière dont ces clauses sont interprétées en pratique peut varier. Il est donc recommandé de consulter un avocat local.
- Il peut arriver que les parties souhaitent avoir de la flexibilité quant à la juridiction ou, parfois, l'une des parties qui dispose d'un plus grand pouvoir de négociation souhaite que l'autre partie soit rattachée à une juridiction, tout en souhaitant conserver la flexibilité pour elle-même. Dans de tels cas, il peut être judicieux d'inclure une clause de compétence non exclusive, telle que « Les parties se soumettent à la juridiction des tribunaux de [] ».
- Autre possibilité : « La partie A se soumet à la juridiction exclusive des tribunaux de [] au profit de la partie B ».
- Ce peut être intéressant lorsqu'il est possible que l'exécution des sentences ait lieu à l'étranger, et lorsque de tels tribunaux considèrent que la clause de compétence exclusive restreint leur capacité à faire respecter l'exécution (notamment les sentences arbitrales).
- Aux vues de la complexité de la loi relative aux clauses de compétence non exclusive, il est préférable d'obtenir des conseils locaux.
- L'immunité de juridiction et d'exécution: l'immunité de juridiction d'un État résulte de la conviction qu'il serait inapproprié pour les tribunaux d'un État de faire appel à un autre État relevant de sa juridiction. Par conséquent, les entités publiques ne sont pas soumises à la juridiction des tribunaux d'un autre État. L'entité publique peut généralement renoncer à cette immunité. Dans la mesure où l'on considère qu'il est déplacé de la part des tribunaux d'un État de saisir les biens d'un autre État, il possèdera également l'immunité d'exécution. Généralement, il est également possible de renoncer à l'immunité d'exécution.

5. Il est possible que les parties préfèrent soumettre leurs litiges à l'arbitrage:

- Qu'est-ce que l'arbitrage? Il s'agit d'une technique judiciaire qui permet de régler des litiges en dehors des tribunaux, où les parties au litige en réfèrent à une ou plusieurs personnes (les « arbitres » ou le « tribunal arbitral ») et acceptent de se soumettre à leur décision (la « sentence »).
- Voici quelques-uns des facteurs à prendre en considération lorsque vous évaluez si l'arbitrage est judicieux :
- Arbitrabilité des questions (la loi interdit que certaines questions soient arbitrées, comme en droit maritime aux États-Unis ; vérifiez la législation locale);
- L'exécution des sentences (l'arbitrage n'est qu'un simple dispositif contractuel mais la plupart des pays possèdent des lois d'arbitrage qui permettront aux tribunaux de reconnaître et d'exécuter les sentences);
- Tribunaux d'arbitrage locaux ? La partie locale peut préférer un arbitrage local [voir le point 6 ci-dessous];

- L'immunité de juridiction est souvent annulée automatiquement si l'arbitrage est choisi, mais cela doit être vérifié auprès d'avocats locaux.

6. Si les parties choisissent l'arbitrage, elles devront examiner et inscrire les points suivants dans leurs accords:

- Inclure ou non une procédure intermédiaire formelle, comme la négociation ou la médiation;
- Soumettre ou non certains ou l'ensemble des litiges à un expert indépendant dont la décision est exécutoire, à moins qu'elle soit contestée par une partie, et la manière dont une telle décision contractuelle sera appliquée par les tribunaux locaux, ou la nécessité de formalisation par un arbitre;
- La pertinence ou non de l'arbitrage national ou international. Si l'arbitrage national est envisagé, les parties doivent consulter un avocat local et poser des questions analogues à celles destinées au système judiciaire. Il sera également important de déterminer si les tribunaux peuvent annuler une sentence arbitrale dans le pays local;
- Si un arbitrage international est choisi, la pertinence de l'arbitrage institutionnel ou ad hoc. Un accord précisant l'arbitrage institutionnel intégrera les règles de l'une des institutions d'arbitrage reconnues et sera placé sous l'égide de cette institution d'arbitrage pour aider les parties à désigner des arbitres, à se retirer et à effectuer d'autres tâches administratives (exception faite de la CNUDCI qui n'a pas d'entité administrative; par conséquent, une autre institution peut être désignée dans cette optique). Dans le cadre d'un arbitrage ad hoc, la convention d'arbitrage peut préciser ses propres règles ou adopter les règles d'arbitrage d'une association commerciale ou industrielle ou, dans le cadre d'arbitrages internationaux, les règles de la CNUDCI. Pour lire une synthèse de chacun des principaux tribunaux arbitraux internationaux ainsi que les avantages et les inconvénients de l'arbitrage institutionnel et ad hoc, le cabinet d'avocats international *Global Legal Group (GLG)* a rédigé [*« The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration, 2011 »*](#) (Guide juridique comparatif international: arbitrage international, 2011). Pour en savoir plus sur le *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements - CIRDI), rendez-vous au site web de [ICID](#).
- Le « siège » ou la place officielle de l'arbitrage (ce qui finit par être un sujet sensible). Le coût potentiel engendré par la conduite de l'arbitrage dans un pays tiers (et par le déplacement des parties et témoins à cet endroit), comme Singapour ou Londres, devra l'emporter sur le risque de décisions non objectives et/ou sur le manque d'arbitres compétents à choisir (il est possible de surmonter cela, dans une certaine mesure, en précisant que les arbitres ne sont pas issus du pays de l'une des parties). Le siège de l'arbitrage peut également jouer un rôle clé dans l'exécution des sentences conformément à l'un des traités internationaux tels que la Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la « Convention de New York ») détaillée ci-dessous.
- Le nombre d'arbitres: il est conseillé de préciser un nombre impair afin d'éviter les difficultés.
- Le type d'arbitres: des caractéristiques ou qualités particulières vont-elles être nécessaires ? (évitons une trop grande restriction des possibilités dans la mesure où cela pourrait rendre difficile, voire impossible, de désigner des arbitres appropriés).
- Le mode de nomination des arbitres, et s'il s'agit d'un arbitrage ad hoc, d'une autorité de nomination.
- La nature des arbitres: exclure certaines nationalités pour le troisième arbitre?
- La langue de l'arbitrage.
- Le champ d'application de l'accord à arbitrer : doit-il couvrir l'ensemble des questions ou bien certaines questions doivent-elles d'abord être traitées par un expert indépendant?
- Spécifier la loi régissant l'arbitrage.
- Il est recommandé d'obtenir des renseignements pour savoir si une sentence arbitrale étrangère sera reconnue dans un pays où une partie cherche à exécuter la sentence. Cela devrait être le cas si le pays est signataire de la Convention de New York, ou bien s'il existe une exécution réciproque des traités de jugements. L'abandon de recours des décisions du tribunal doit être élaboré en concertation avec des avocats locaux.

- Envisager une jonction ou un regroupement des litiges en cas de situation avec plusieurs parties ou contrats (afin que les mêmes problèmes n'aient pas à être entendus dans différents tribunaux, etc.).
- Envisager l'abandon d'une immunité absolue (de juridiction et d'exécution) si un État ou organisme souverain est impliqué (voir un exemple de formulation dans la Liste de contrôle relative à l'immunité absolue).

Les parties ne doivent pas:

- Partir du principe que l'arbitrage est la meilleure option pour tous les litiges;
- Partir du principe que toutes les juridictions sont en faveur de l'arbitrage;
- Adopter aveuglément une clause d'arbitrage sans examiner le reste de(s) accord(s);
- Associer une clause attributive de juridiction à une clause d'arbitrage;
- Choisir plus d'une législation applicable ou plus d'un siège;
- Choisir des règles d'arbitrage incompatibles avec la clause d'arbitrage sans préciser que ces règles sont modifiées par accord;
- Partir du principe que les « split clauses » (clauses divisées), qui permettent à une partie d'avoir le choix entre l'arbitrage ou le contentieux tandis que l'autre partie peut seulement aller au contentieux, sont valables dans toutes les juridictions: elles peuvent porter à confusion et, dans la plupart des cas, doivent être évitées;
- Désigner, dans l'accord, des individus comme arbitres (du moins sans dispositif par défaut) au cas où ils ne sont pas disposés à agir ou en sont dans l'impossibilité;
- Partir du principe que l'arbitrage sera confidentiel. Si les parties souhaitent qu'il le soit, elles doivent le stipuler expressément;
- Accepter que l'arbitrage ait lieu dans un pays qui n'est pas soumis à la Convention de New York;
- Accepter une clause d'arbitrage du CIRDI sans avoir obtenu les conseils juridiques d'un expert: le dispositif est limité aux litiges entre des États contractants et les ressortissants d'autres États contractants.