

Achieving the Potential of International Commercial Arbitration

By **Henri Alvarez, Fasken Martineau - April 2005**

I. INTRODUCTION

Arbitration is a privileged form of alternative dispute resolution. Although consensual in origin, it becomes mandatory once engaged and subject to less judicial scrutiny and review than court judgments or the decisions of administrative tribunals. In many ways, arbitration is larger than the sum of its parts. This is particularly true in international commercial arbitration which has developed over several decades to meet international business' need for a private, neutral and predictable form of dispute resolution. This has made transnational arbitration the predominant form of dispute resolution for international commercial disputes and a very useful tool in doing business.

In the international arena, the potential advantages of arbitration are particularly attractive, given the greater uncertainty and risks inherent when different legal systems with competing jurisdiction, different laws, courts and languages are involved. These risks make predictability particularly important. International commercial arbitration offers disputants a predictable forum whose jurisdiction is protected by international conventions, avoiding possible conflicts of jurisdiction between national legal systems and courts and unsuitable or inadequate court systems. Further, international commercial arbitration conducted in countries with modern arbitration legislation is subject to limited judicial review on fundamental procedural grounds with very limited, if any, review of the merits awards. Finally,

international arbitral awards are subject to summary enforcement under important international conventions which generally make an arbitral award more easily enforceable than a court judgment.

Another important advantage of international commercial arbitration is that it permits the parties broad freedom to choose and design the rules which will apply to the resolution of their dispute. It also gives parties control over who they will choose to decide their dispute and the method in which the arbitrators will be appointed. Failing agreement of the parties, an underlying default system ensures that the arbitration is carried forward through to an award. This permits diligent parties to fashion a more appropriate dispute resolution process than would otherwise be the case. It also permits an alert party which considers carefully the importance of dispute resolution and the types of disputes which are likely to arise from a given transaction to derive significant advantages in the event a dispute does arise.

However, the broad freedom accorded to parties in international commercial arbitration brings with it a corresponding responsibility to fully and properly exercise that freedom. Unfortunately, many parties still fail to recognize this. The result is often not merely the failure to realize the full benefits of international commercial arbitration, but a number of surprises, some of which can be unpleasant. A number of aspects of arbitration in the international context illustrate the importance of considering the issues that can arise in

making an informed decision and thereby achieving the potential of international commercial arbitration.

II. THE PLACE OF ARBITRATION

Choosing an appropriate place of arbitration is critical. This is because the place of arbitration is generally considered to be its legal seat. As a result, the arbitration law of the place of arbitration usually determines the nature and scope of judicial scrutiny of arbitral proceedings and awards as well as the measures available to a court to support arbitral proceedings. Therefore, competent counsel will ensure that they are familiar with the law applicable to an international commercial arbitration at the place they choose for the arbitration.

Among the important issues to understand are the grounds available to challenge an arbitral award. In some countries, there remains a right to an appeal on the merits of an arbitral award. While there has been a steady move away from appeals of arbitral awards, appeal rights of varying breadth continue to exist in certain countries. For example, the English Arbitration Act 1996 retains a limited right of appeal with leave of the court. However, that right of appeal can easily be excluded, for example, by the adoption of institutional rules which provide that the award shall be final and binding on the parties and exclude or waive appeal or other rights. Other countries, particularly those with less developed arbitration laws, preserve broader rights of appeal.

Another important example is the different grounds upon which arbitral awards may be set aside. Most modern arbitration laws preserve a right for a court to set aside an arbitral award if it offends “public policy” of the place of arbitration. While this notion of public policy has generally been interpreted

quite strictly, this has not always been the case. There are a number of notorious examples where public policy has been given a broad interpretation by state courts where the state in question was a party to the arbitration and sought to set the award aside. In other countries, there may be particular rules such as competition policy or currency exchange regulations which are considered of a public policy nature. Unwitting parties may be surprised by such mandatory public policy rules.

The place of arbitration will also be important because the application of certain international conventions, particularly the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the “New York Convention”) may depend upon the country in which the award was made. This Convention, which is the cornerstone of the international commercial arbitration system, permits parties (such as the United States, amongst others) to restrict the application of the Convention to awards made in the territory of another state party.

III. PROCEDURE

Most modern arbitration statutes provide broad freedom to determine the applicable procedure and, in default of an agreement on particular points, supply a default system. A good example is the UNCITRAL Model Law which has been adopted in all Canadian jurisdictions and in approximately 40 other jurisdictions around the world. This law provides a complete set of rules which will move an arbitration through from its commencement to the granting and enforcement of an arbitral award. Many of the rules are general in nature and grant the arbitral tribunal broad discretion in default of agreement of the parties. Only a few basic rules are mandatory and cannot be

waived by the parties, leaving the majority of the applicable rules subject to amendment by agreement of the parties.

This basic structure is used in the rules of the major international arbitral institutions. If the parties do not agree to specific rules, the rules provide the solution. Usually, that solution will be that the decision is left to the discretion of the tribunal or the arbitral institution. This may or may not be favourable to a party's position on a particular procedural point. It is important, therefore, to consider this fundamental aspect of international arbitral procedure when deciding whether to agree to arbitration and, if so, which procedural rules to adopt.

(a) Institution Rules or *ad hoc* Arbitration?

An important initial decision will be whether or not to use the rules of an arbitral institution or whether to develop one's own rules or rely upon the arbitration law at the place of arbitration. In international commercial arbitration there is usually a benefit in adopting institutional rules. Administration by an arbitral institution usually results in a more efficient, timely arbitral procedure. While the use of institutional rules brings with it a charge for administrative services, these are generally worth paying when one considers the time and cost that can be lost in having the parties agree to procedural steps once a dispute has arisen or having counsel handle many of the administrative duties that an arbitral institution can perform. Certain rules, such as the UNCITRAL Arbitration Rules, are available for use free of charge. However, the difficulty is that there is no administering institution to follow up on the various procedural steps, enforce time limits and generally facilitate communication between the parties.

Arbitral institutions can also be helpful in the appointment of arbitrators and handling challenges. In both of these cases, arbitral institutions generally have more experience than the courts and perform this task more efficiently than would applications to national courts.

Finally, arbitral institutions also perform the useful function of co-ordinating and setting arbitral fees and collecting deposits on account of those fees. This can add a very useful element of neutrality and transparency to this often tricky aspect of arbitration.

(b) The right rules

Since arbitration is an alternative to litigation, one should not anticipate that the same procedural rules, and coercive power of the court to enforce those rules, will apply. For example, international arbitral procedure differs substantially from litigation in areas such as documentary and oral discovery, the taking of evidence and costs. Therefore, it will be important to consider carefully what types of disputes are likely to arise from a particular transaction and what type of procedure best suits those disputes. Unless the parties agree to arbitral rules which provide a specific procedure, or agree between themselves to a specific procedure, a default provision is likely to apply. In many cases, the default will be that the arbitral tribunal will decide in its discretion. If this is not an acceptable alternative, a party, or its counsel, must provide otherwise.

Over the years, various generally accepted procedural practices have developed. However, the application of these practices, as well as the more general exercise of discretion, will depend upon the identity of the arbitrator(s). Nevertheless, it is helpful

for counsel participating in international commercial arbitrations to be familiar with generally accepted practices so they can know what to expect and properly advise their clients. In this regard, there are several excellent textbooks on international commercial arbitration available. A number of recent documents which may be of particular assistance in this regard include: the UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings; the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration; and the IBA Guidelines on Conflicts of Interest.

IV. CHOOSING AN ARBITRATOR

This important potential advantage of arbitration allows the parties significant control over who will decide their dispute. In light of the broad discretion given to arbitrators, particularly in the absence of an agreement between the parties, and the limited ability to review an arbitrator's decision, the choice of the right arbitrator or arbitral tribunal requires particular attention.

In certain cases, appointing an arbitrator who has expertise in the particular subject matter of the dispute in question may be particularly helpful. However, one must always be aware that experts may bring with them preconceptions or be tempted to apply particular expertise without disclosing this to the parties. It is usually more important to choose an experienced arbitrator who has expertise in administering an arbitration, particularly in the international context, than to choose an expert in the substantive area of the dispute. An experienced arbitrator will be able to administer a proceeding efficiently and ensure that any mandatory requirements of arbitral procedure are respected. If both qualifications can be found in the same person, so much the better. However, this is not often the case.

The independence and impartiality of arbitrators continues to present difficult problems. This issue is particularly delicate with respect to party-appointed arbitrators which, despite the additional cost they imply, remain popular in international arbitration. While certain parties may be tempted to appoint an arbitrator who has some relationship with them or who is favourably disposed to their position, the basic rule is that all arbitrators, whether party-appointed arbitrators or the sole or presiding arbitrator, must be equally independent and impartial. As a result, the appointment of an arbitrator who is not independent and impartial, may be a disadvantage. This is because the other members of a three person tribunal, and particularly the chairperson, will tend not to rely on a predisposed or partial arbitrator. That arbitrator may also be challenged or the award may even be set aside for failure to meet the applicable standard.

V. PRIVACY AND CONFIDENTIALITY

Until recently, one of the accepted truths of arbitration was that the process and results were confidential. Certain recent decisions demonstrate that there may be no confidentiality covering the arbitral process unless the parties specifically contract for such protection. For example, the courts in Australia and the United States have held that there is no implied duty of confidentiality in arbitration. Other countries, such as England, do recognize such a duty, subject to certain exceptions. Therefore, prudent parties who require confidentiality of the arbitral process and the award, should consider drafting their own confidentiality agreement. However, they should bear in mind that even these agreements can be defeated, at least partially, if the jurisdiction of national courts

is invoked to set aside or to enforce an award.

The rules of certain arbitral institutions may deal with questions of confidentiality. While most of these are fairly general in nature, the arbitration rules of the London Court of International Arbitration and the British Columbia International Commercial Arbitration Centre provide detailed provisions on confidentiality. By adopting the rules, the parties, and the arbitral tribunal, become bound by confidentiality requirements, unless the parties specifically agree otherwise.

VI. FINALITY AND JUDICIAL INTERVENTION

Generally, arbitration is subject to less review and control by the courts than are inferior courts and administrative tribunals. This is particularly true of international arbitration. In most circumstances, this is a distinct advantage of arbitration which permits a more expeditious resolution of the dispute and greater finality.

In those countries, such as Canada, which have adopted the UNCITRAL Model Law, judicial intervention is strictly limited to the grounds contained in the law. This precludes review under general administrative law statutes and theories which are intended to apply in the context of statutory tribunals. Further, a number of decisions have recognized that the grounds contained in the International Commercial Arbitration Act for setting aside an arbitral award or refusing its recognition and enforcement are permissive and not mandatory. Therefore even if a ground of review is made out by a challenging party, the court retains discretion as to whether it will set aside the award or refuse its recognition and enforcement. The courts in many countries

have taken a favourable approach to arbitration and have only rarely set aside an award or refused to grant enforcement. The courts have also held that parties may limit the grounds for challenging an award or resist enforcement, except for fundamental grounds of due process and public policy.

This illustrates, again, the importance of exercising the freedom that international commercial arbitration offers in an informed manner. Before agreeing to arbitration in a particular country or pursuant to certain institutional rules, it is critical to understand what the law of the place of arbitration and the arbitral rules provide and how these may affect the arbitration and each party's participation.

VII. THE ARBITRATION AGREEMENT

Since it gives rise to the whole process, the arbitration agreement is, arguably, the most important aspect of any arbitration. Unfortunately, it often receives only cursory attention and many defective arbitration clauses continue to be drafted.

Generally speaking, there is a definite advantage in using the standard arbitration clauses of arbitral institutions rather than trying to develop an ad hoc arbitration clause. While the latter may be required in certain circumstances, the leading arbitral institutions have devoted considerable time to developing effective arbitration clauses which have withstood the test of time and court challenges. Typically, these clauses are very broad and are intended to submit all disputes arising out of or in connection with a contract. If the situation calls for a narrower clause, then some drafting will be required. Otherwise, I recommend against reinventing a completely different clause.

In drafting arbitration clauses, the following elements, at a minimum, should be considered:

- scope of the arbitration agreement (parties);
 - affiliates and related parties;
 - multi-party disputes;
 - related contracts;
- scope of the arbitration agreement (subject matter);
- place of arbitration;
- applicable arbitration rules;
- number of arbitrators and method of appointment;
- qualifications of the arbitrator(s);
- law applicable to the merits of the dispute;
- language of the arbitration;
- confidentiality;
- interim relief;
- limits on judicial intervention/appeal;
- negotiation/ mediation as a preliminary step.

VIII. CONCLUSION

In order to achieve the full potential of international commercial arbitration in international transactions, parties should accord the same importance to the arbitration (or dispute resolution) clause as they do to any other principal term of the contract. The importance of predictability and judicial security in any international transaction, and the risks which arise in the absence of these elements, amply justify this statement. With proper preparation, arbitration can, and should, be planned for and managed in the same way as any other aspect of a contract. Only in this way can parties realize the full potential of international commercial arbitration.

For further information, please contact:

Vancouver Henry Alvarez
halvarez@van.fasken.com
604 631 3129

Toronto Gerald Ranking
granking@tor.fasken.com
416 865 4419

Montréal Peter Kirby
pkirby@mtl.fasken.com
514 397 4385

Mettre à profit l'arbitrage commercial international

Par Henri Alvarez, Fasken Martineau

Avril 2005

I. INTRODUCTION

L'arbitrage est un mode privilégié de règlement extrajudiciaire des différends. En dépit du fait que ce processus est d'origine conventionnelle, il devient obligatoire dès lors qu'il est enclenché et est assujéti à un contrôle et examen judiciaire moins rigoureux que les décisions judiciaires ou les décisions des tribunaux administratifs. À bien des égards, l'arbitrage est plus important que la somme de ses composantes, ce qui est particulièrement vrai dans le contexte de l'arbitrage commercial international qui s'est développé durant plusieurs décennies afin de répondre au besoin du commerce international de disposer d'un mode de règlement des différends à la fois privé, neutre et prévisible. C'est pourquoi l'arbitrage international est devenu, d'une part, le mode de règlement des différends principal pour trancher les différends commerciaux internationaux et d'autre part, un outil très utile pour faire des affaires.

Sur la scène internationale, les avantages potentiels de l'arbitrage sont particulièrement attrayants à la lumière des risques et de la plus grande incertitude suscités par des situations où sont en jeu des systèmes juridiques différents dotés de juridictions concurrentes ainsi que des lois, des langues et des tribunaux différents. Ces risques donnent une importance toute particulière à la prévisibilité. L'arbitrage commercial international offre aux parties concernées un forum prévisible dont la compétence est protégée par des conventions

internationales. Cela permet d'éviter d'éventuels conflits de compétence entre les tribunaux et les systèmes juridiques nationaux ainsi que le recours à des systèmes judiciaires qui ne conviennent pas. En outre, l'arbitrage commercial international mené dans des pays dotés d'une législation moderne en matière d'arbitrage ne donne lieu qu'à un contrôle judiciaire limité quant aux questions procédurales fondamentales et à très peu de contrôle, voire aucun, quant au bien-fondé des sentences. Finalement, les sentences arbitrales internationales font l'objet d'une exécution sommaire conformément à d'importantes conventions internationales qui, règle générale, rendent l'exécution d'une sentence arbitrale plus aisée que celle d'une décision judiciaire.

L'arbitrage commercial international donne une grande liberté aux parties pour choisir et élaborer les règles applicables à la résolution de leurs différends, ce qui constitue également un avantage considérable. L'arbitrage commercial international leur permet, en effet, de contrôler non seulement le choix des arbitres qui trancheront leurs litiges, mais également le mode de nomination de ces derniers. À défaut d'une entente entre les parties, un système sous-jacent garantit que l'arbitrage suit son cours jusqu'au prononcé d'une sentence. Ainsi, des parties diligentes peuvent concevoir un processus de règlement des différends plus approprié que celui auquel elles devraient s'astreindre autrement. En outre, une partie vigilante qui se penche attentivement sur l'importance de la résolution de conflits et sur les types de différends qui

peuvent découler d'une transaction peut en tirer des avantages importants.

En revanche, la grande liberté dont jouissent les parties dans le cadre de l'arbitrage commercial international impose en contrepartie qu'elles exercent cette liberté de façon responsable. Malheureusement, nombre de parties ne reconnaissent toujours pas qu'une telle obligation leur incombe. Il en résulte non seulement le défaut de tirer pleinement avantage de l'arbitrage commercial international, mais également un grand nombre de surprises, parfois désagréables. De nombreux aspects de l'arbitrage dans le contexte international illustrent l'importance de tenir compte des questions qui peuvent être soulevées pour prendre une décision éclairée et, en conséquence, mettre à profit ce mode de résolution des différends.

II. LE LIEU DE L'ARBITRAGE

Le choix d'un lieu approprié pour la tenue de l'arbitrage est crucial. En effet, règle générale, ce lieu est considéré comme son siège légal. Ainsi, le droit qui régit l'arbitrage à cet endroit détermine habituellement la nature et l'étendue de l'examen judiciaire auquel peuvent être soumises les procédures et les sentences arbitrales de même que les mesures qu'une cour peut invoquer au soutien des procédures d'arbitrage. En conséquence, un conseiller juridique compétent s'assurera que les parties connaissent le droit régissant l'arbitrage commercial international du lieu qu'elles choisissent pour l'arbitrage.

Il est notamment important de comprendre quels sont les motifs qui peuvent être invoqués pour contester une sentence arbitrale. Dans certains pays, il est encore possible d'interjeter appel d'une sentence arbitrale sur le fond. Bien qu'il y ait eu un recul constant des appels de sentences arbitrales, certains pays octroient toujours des droits d'appel plus ou moins étendus. À titre d'exemple, l'*Arbitration Act* anglaise de 1996 prévoit encore un droit

d'appel limité, sur permission de la cour. En revanche, ce droit d'appel peut facilement être exclu en adoptant notamment des règles institutionnelles selon lesquelles, d'une part, la sentence est finale et lie les parties et d'autre part, le droit d'appel ou d'autres droits sont exclus ou abandonnés. D'autres pays, particulièrement ceux qui sont dotés de lois sur l'arbitrage moins modernes, ont conservé des droits d'appel plus étendus.

Un autre aspect important porte sur les différents motifs qui peuvent entraîner l'annulation des sentences arbitrales. La plupart des lois modernes en cette matière prévoient qu'un tribunal peut annuler une sentence arbitrale si cette dernière contrevient à « l'ordre public » du lieu de l'arbitrage. En dépit du fait que cette notion d'ordre public a généralement été interprétée assez restrictivement, il n'en a pas toujours été ainsi. Il existe un certain nombre d'exemples notoires où les tribunaux de certains États ont donné une interprétation large à la notion d'ordre public, lorsque l'État était une des parties à l'arbitrage et demandait l'annulation de la sentence. Dans d'autres pays, certaines règles particulières, telles les politiques sur la concurrence ou les règlements en matière de change des devises, sont considérées comme des règles d'ordre public. Des parties qui n'en ont pas connaissance peuvent être surprises par de telles règles d'ordre public obligatoires.

Le lieu de l'arbitrage sera également important parce que l'application de certaines conventions internationales, notamment la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (la « Convention de New-York ») des Nations Unies, peut dépendre du pays où la sentence a été prononcée. Cette convention, qui est la pierre angulaire du système d'arbitrage commercial international, autorise des parties (notamment les États-Unis) à limiter l'application de la convention aux sentences prononcées dans le territoire d'un autre État partie.

III. LA PROCÉDURE

La plupart des lois modernes en matière d'arbitrage offrent une grande liberté quant au choix de la procédure et, à défaut d'entente sur un des éléments en particulier, elles prévoient un système applicable par défaut. Le modèle législatif de la CNUDCI, adopté par toutes les autorités canadiennes et par environ 40 autres pays dans le monde, en est un bon exemple. Cette loi prévoit un ensemble complet de règles régissant un arbitrage du début du processus jusqu'au prononcé d'une sentence arbitrale et son exécution. De nombreuses règles sont de nature générale et confèrent une grande discrétion au tribunal d'arbitrage à défaut d'entente entre les parties. Ainsi, ces dernières peuvent convenir de modifier la plupart des règles applicables ou encore d'y renoncer puisque seules quelques règles de base sont obligatoires.

Cette structure de base est utilisée dans les règles des principales institutions internationales d'arbitrage. Ainsi, lorsque les parties ne se sont pas entendues sur des modalités précises, ces règles prévoient la solution à adopter. Habituellement, cette solution consiste à s'en remettre à la discrétion du tribunal ou de l'institution d'arbitrage, ce qui peut être favorable ou non au point de vue d'une partie sur une question particulière de procédure. C'est pourquoi il est important de tenir compte de cet aspect fondamental de la procédure d'arbitrage international avant d'accepter d'y adhérer, et, le cas échéant, de choisir les règles procédurales à adopter.

a) Les règles institutionnelles ou l'arbitrage *ad hoc*?

Une décision initiale importante porte sur le choix d'utiliser les règles d'une institution d'arbitrage, d'élaborer plutôt ses propres règles ou de s'en remettre à la législation d'arbitrage pertinente du lieu de l'arbitrage. En matière d'arbitrage commercial international, il est généralement avantageux d'adopter les règles institutionnelles. La gestion de la procédure par une

institution d'arbitrage la rend généralement plus efficace et plus rapide. Bien que le recours à des règles institutionnelles entraîne des frais pour les services administratifs, il vaut généralement la peine de payer ces frais si l'on considère combien de temps et d'argent les parties peuvent perdre à convenir des procédures une fois qu'un différend est survenu ou à retenir les services d'un avocat chargé de s'acquitter des fonctions administratives qu'une institution d'arbitrage pourrait assumer. Les parties peuvent se prévaloir gratuitement de certaines règles comme celles de la CNUDCI. Le désavantage réside cependant dans le fait qu'aucune institution chargée de l'administration ne fait un suivi des diverses étapes procédurales, ne fait respecter les délais et, d'une manière générale, ne facilite les échanges entre les parties.

Les institutions d'arbitrage peuvent également faciliter la nomination d'arbitres et gérer les récusations. Dans ces deux situations, les institutions d'arbitrage ont habituellement plus d'expérience que les tribunaux et s'acquittent de cette tâche plus efficacement que les tribunaux nationaux qui seraient saisis de demandes portant sur ces sujets.

Finalement, les institutions d'arbitrage assument aussi les fonctions utiles de coordination, de fixation des frais d'arbitrage et de collecte des acomptes à cet égard, ce qui peut procurer une dose de neutralité et de transparence fort utile quant à cet aspect délicat de l'arbitrage.

b) Les règles appropriées

Comme l'arbitrage constitue une alternative au processus judiciaire, il ne faut pas s'attendre à ce que les mêmes règles de procédure s'y appliquent, ni à ce que s'y exerce le pouvoir coercitif des tribunaux pour faire respecter ces règles. À titre d'exemple, la procédure en matière d'arbitrage internationale est très différente de celle utilisée pour les instances judiciaires quant à la divulgation orale, à la communication préalable des

documents, au témoignage et aux dépens. En conséquence, il sera important d'évaluer avec soin quels types de différends sont susceptibles de découler d'une transaction en particulier et de déterminer quel type de procédure est le mieux adapté à ces différends. À moins que les parties ne consentent à utiliser des règles arbitrales qui prévoient une procédure précise ou qu'elles ne conviennent entre elles d'une procédure précise, une disposition est susceptible de s'appliquer par défaut. Dans de nombreux cas, il en résulte que le tribunal arbitral aura discrétion pour trancher la question. Si cette solution n'est pas acceptable aux yeux d'une partie ou de son conseiller juridique, il faut en prévoir une autre.

Au cours des années, diverses pratiques procédurales généralement reconnues ont été élaborées. Or, la mise en application de ces pratiques, de même que l'exercice plus général du pouvoir discrétionnaire, varieront en fonction de l'identité du ou des arbitres. Quoiqu'il en soit, il est utile pour un avocat qui participe à des arbitrages commerciaux internationaux de bien connaître les pratiques généralement reconnues afin qu'il sache à quoi s'attendre et qu'il puisse conseiller ses clients judicieusement. À cet égard, il existe quelques excellents ouvrages sur l'arbitrage commercial international. Certains documents récents pourraient par ailleurs s'avérer particulièrement utiles. Il s'agit notamment de *l'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales* de la CNUDCI et des documents de l'Association internationale du barreau intitulés *Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* et *Guidelines on Conflicts of Interest*.

IV. LE CHOIX D'UN ARBITRE

Le fait de pouvoir choisir l'arbitre constitue un avantage éventuel important de l'arbitrage. Grâce à lui, les parties disposent d'un contrôle considérable sur le choix de la personne qui tranchera leur différend. Étant donné, d'une part, la très vaste discrétion dont jouissent les arbitres,

tout particulièrement en l'absence d'une entente entre les parties et, d'autre part, la possibilité restreinte de contrôler les décisions de ces derniers, il faut apporter un soin particulier à choisir le bon arbitre ou le bon tribunal arbitral.

Dans certains cas, il peut être particulièrement utile de nommer un arbitre expert du sujet précis qui fait l'objet du litige. Par contre, il faut toujours garder à l'esprit que les experts peuvent entretenir des idées préconçues ou être tentés d'appliquer une expertise particulière sans le révéler aux parties. Règle générale, il est plus important de choisir un arbitre expérimenté qui détient une expertise pour mener à bien un arbitrage, surtout dans le contexte international, plutôt que de choisir un expert du domaine sur lequel porte le litige. Un arbitre expérimenté sera en mesure de gérer une procédure efficacement et de garantir le respect des exigences de la procédure d'arbitrage qui sont de rigueur. Si une seule personne détient la double compétence, tant mieux. Cela est toutefois rare.

L'indépendance et l'impartialité des arbitres constituent toujours un défi. Cette question est particulièrement délicate à l'égard des arbitres nommés par les parties, qui, en dépit du fait qu'ils coûtent davantage, demeurent prisés dans les arbitrages internationaux. Certaines parties pourraient être tentées de nommer un arbitre qui a certains liens avec eux ou qui a un penchant pour leur point de vue. Or, la règle de base est la suivante : tous les arbitres, qu'ils soient nommés par les parties, qu'ils siègent seuls ou qu'ils président l'audience, doivent tous être indépendants et impartiaux. Par conséquent, la nomination d'un arbitre qui ne possède pas ces qualités peut constituer un désavantage puisque les autres membres d'un tribunal constitué de trois personnes, et particulièrement celui ou celle qui préside l'audience, auront tendance à ne pas se fier à un arbitre partial ou qui a manifestement un parti pris. L'arbitre pourrait aussi faire l'objet d'une demande de récusation et la sentence

pourrait même être annulée parce qu'elle ne satisfait pas aux normes applicables.

V. LA VIE PRIVÉE ET LA CONFIDENTIALITÉ

Jusqu'à tout récemment, tous tenaient pour acquis que le processus d'arbitrage et ce qui en résultait demeuraient confidentiels. Certaines décisions récentes démontrent toutefois que le processus d'arbitrage n'est pas nécessairement confidentiel, à moins que les parties ne stipulent cette protection dans un contrat. À titre d'exemple, les tribunaux d'Australie et des États-Unis ont décidé qu'aucun devoir implicite de confidentialité ne se rattache aux arbitrages. D'autres pays, tel l'Angleterre, reconnaissent ce devoir, sous réserve de certaines exceptions. Ainsi, les parties prudentes qui souhaitent que le processus d'arbitrage et la sentence demeurent confidentiels, devraient songer à rédiger leur propre entente de confidentialité. En revanche, elles devraient garder à l'esprit que même ces ententes peuvent être écartées, du moins partiellement, si la compétence des tribunaux nationaux est invoquée pour annuler ou faire exécuter une sentence.

Les règles de certaines institutions d'arbitrage peuvent traiter des questions de confidentialité. Le plus souvent, ces règles sont de nature assez générale. Toutefois, celles qui régissent la *London Court of International Arbitration* de même que le *British Columbia International Commercial Arbitration Centre* contiennent des dispositions détaillées sur la confidentialité. En adoptant ces règles, les parties, de même que le tribunal arbitral, deviennent liées par les exigences en matière de confidentialité qui y sont énoncées, à moins que les parties ne conviennent expressément du contraire.

VI. SENTENCE SANS APPEL ET INTERVENTION JUDICIAIRE

De façon générale, l'arbitrage fait moins souvent l'objet de révision et de contrôle de la part des tribunaux que les

décisions des cours inférieurs ou des tribunaux administratifs, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'arbitrages internationaux. Dans la plupart des circonstances, il s'agit là d'un avantage distinctif de l'arbitrage qui offre une résolution de litige plus expéditive avec davantage de finalité.

Dans les pays qui, comme le Canada, ont adopté le modèle de loi de la CNUDCI, l'intervention judiciaire se limite strictement aux motifs prévus par la loi. Cette limite a pour effet d'écarter le contrôle judiciaire découlant des théories et des lois du droit administratif général qui visent plutôt les tribunaux établis par une loi. En outre, un grand nombre de décisions ont reconnu que les motifs prévus par la *Loi sur l'arbitrage commercial international* pour annuler une sentence arbitrale ou pour en refuser la reconnaissance et l'exécution sont facultatifs et non obligatoires. Donc, même si une partie qui conteste un arbitrage fait la preuve d'un motif de contrôle, le tribunal a toujours le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il annulera la sentence ou refusera de la reconnaître ou de la faire exécuter. Dans de nombreux pays, les tribunaux ont un penchant en faveur de l'arbitrage et n'ont annulé une sentence ou refusé d'en ordonner l'exécution que très rarement. Les tribunaux ont également jugé que les parties peuvent restreindre les motifs de contestation d'une sentence ou ceux qu'il est possible d'invoquer pour s'opposer à son exécution, sauf pour les motifs fondamentaux de justice naturelle et d'ordre public.

Cela illustre à nouveau l'importance d'exercer en toute connaissance de cause la liberté qu'offre l'arbitrage commercial international. Avant de consentir à l'arbitrage dans un pays en particulier ou conformément à certaines règles institutionnelles, il est crucial de comprendre les dispositions de la loi du lieu de l'arbitrage et les règles d'arbitrage et quelles incidences elles peuvent avoir sur le processus d'arbitrage et la participation de chaque partie.

VII. LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Puisqu'elle est à l'origine de l'ensemble du processus, la convention d'arbitrage en est sans doute la facette la plus importante. Malheureusement, elle ne fait souvent l'objet que d'une attention superficielle et de nombreuses clauses mal conçues continuent à être rédigées.

En règle générale, il est clairement avantageux d'utiliser les clauses d'arbitrage standard des institutions d'arbitrage plutôt que de tenter d'élaborer un texte *ad hoc*. Dans certaines circonstances, il est vrai qu'il peut être nécessaire de rédiger une clause de ce type, mais les principales institutions d'arbitrage ont consacré un temps considérable à élaborer des clauses d'arbitrage efficaces qui ont résisté au passage du temps et aux contestations judiciaires. Règle générale, ces clauses ont une large portée et sont rédigées de telle sorte qu'elles visent tous les différends qui découlent d'un contrat ou qui ont rapport avec lui. Si la situation commande qu'une clause ait une portée plus restreinte, il faudra alors la rédiger. Autrement, je recommande de ne pas réinventer une clause complètement différente.

Pour rédiger des clauses d'arbitrage, il faut tenir compte à tout le moins des éléments suivants :

- la portée de la convention d'arbitrage (parties);
 - les membres du même groupe et les parties liées;
 - les litiges multipartites;
 - les contrats reliés;
- la portée de la convention d'arbitrage (sujet);
- le lieu de l'arbitrage;
- les règles d'arbitrage applicables;
- le nombre d'arbitres et le mode de nomination;

- les compétences de l'arbitre ou des arbitres;
- le droit applicable au fond du litige;
- la langue de l'arbitrage;
- la confidentialité;
- les mesures provisoires;
- les limites à l'intervention judiciaire/ à l'appel;
- la négociation/ la médiation comme étape préliminaire.

VIII. CONCLUSION

Afin de mettre à profit l'arbitrage commercial international dans le cadre de transactions internationales, les parties devraient donner autant d'importance à la clause d'arbitrage (ou de règlement des différends) qu'à toute autre clause principale du contrat. L'importance de la prévisibilité et de la sécurité judiciaire dans toute transaction internationale, de même que les risques qui surviennent en l'absence de ces éléments, justifient amplement cette affirmation. Bien préparé, l'arbitrage peut, et devrait, être planifié et géré comme tous les autres aspects d'un contrat. C'est à ce prix seulement que les parties pourront mettre à profit l'arbitrage commercial international.

Pour de plus amples renseignements, veuillez contacter :

Vancouver Henri Alvarez
halvarez@van.fasken.com
604 631 3129

Toronto Gerald Ranking
granking@tor.fasken.com
416 865 4419

Montréal Peter Kirby
pkirby@mtl.fasken.com
514 397 4385