

# Conventions d'arbitrage : soigner la négociation et la rédaction.



Béatrice CASTELLANE, avocate AMCO, Cabinet Castellane

Dans le cadre des transactions internationales, de très nombreux contrats contiennent une clause d'arbitrage, qu'il est essentiel de bien négocier et rédiger. ICC France a organisé un séminaire sur ce thème d'actualité au regard de la loi de modernisation de la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle votée le 18 novembre 2016.

C'est une salle de conférence remplie du siège mondial de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale qui a accueilli le 12 janvier 2017 le séminaire d'ICC France consacré à la négociation et à la rédaction des conventions d'arbitrage à la lumière des nouveautés légales et jurisprudentielles. Quels sont les pièges à éviter ? Quels sont les apports du droit positif récent en la matière ? Face à un auditoire de haute qualité, les intervenants ont apporté des réponses concrètes tirées de leur pratique quotidienne.

En introduction, François Georges, délégué général d'ICC France, a rappelé que l'arbitrage reste l'un des modes favoris de résolution des litiges dans le cadre des transactions commerciales internationales et qu'une rédaction soignée des clauses d'arbitrage prend du temps mais constitue donc une bonne assurance lorsque le différend survient. Il a également commenté les statistiques de la Cour d'arbitrage d'ICC qui a traité environ 1 000 dossiers en 2016, contre 800 en 2015, soit une augmentation de 20 %.

## Les pièges à éviter.

L'un des premiers pièges à éviter est celui de la faute d'inattention lors de la rédaction de la clause d'arbitrage. Lorsqu'une clause est mal rédigée, des difficultés peuvent apparaître. Par conséquent, la stratégie consiste à savoir repérer et défendre son intérêt en prenant bien garde à la clause de « minuit » comme l'a rappelé Laurent Jaeger, avocat associé chez Orrick Rambaud Martel. Choix du lieu du siège, de la loi applicable, de la langue, règles de procédure,

désignation des arbitres constituent autant d'éléments essentiels pour une bonne rédaction des conventions d'arbitrage. Des éléments qui se retrouvent dans les clauses d'arbitrage des contrats modèles ICC présentés par Christoph Martin Radtke, avocat chez Lamy & Associés.

Pour autant, la négociation et l'insertion d'une clause d'arbitrage de qualité, même dans des contrats types comme ceux d'ICC, ne permet pas toujours d'éviter les litiges. Il est nécessaire d'anticiper la mise en œuvre des conventions d'arbitrage. Sur la base des articles 7, 8, 9 et 10 du Règlement ICC, Ricardo José Ferris, secrétaire général adjoint de la Cour internationale d'arbitrage ICC, a analysé des exemples de clauses pathologiques, expliquant les subtilités de la rédaction pour qu'elles soient efficaces dans la pratique. François Xavier Train, professeur à l'Université Paris X Nanterre, a ensuite souligné qu'en amont, lors de la rédaction de la clause, les parties devraient surveiller et gérer le principe d'égalité entre elles quant aux modalités de désignation des arbitres.

## Les apports du droit positif récent.

Pour sa part, Didier Ferrier (professeur émérite, Université de Montpellier), en analysant la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne du 21 mai 2015, jurisprudence reprise en France, sur l'application des clauses d'arbitrage en matière de droit de la concurrence, a estimé que ce domaine n'est pas exclu du champ de l'arbitrage, et qu'il existe tout au plus des réserves. Concernant la question de l'extension des clauses d'arbitrage, Elie Kleiman,



avocat associé chez Freshfields Bruckhaus Deringer, a insisté sur la volonté comme clé du consentement pour déterminer le champ de l'extension, tout en citant nombre de cas concrets avec les solutions appropriées.

## Le point de vue de l'entreprise.

Jean-François Guillemain, secrétaire général du groupe Bouygues, a souligné combien il est important que les entreprises se professionnalisent dans la rédaction des clauses d'arbitrage en faisant intervenir des experts internes ou externes. L'arbitrage n'étant pas un contentieux comme un autre, il faut savoir gérer une clause d'arbitrage dans un contrat et il est essentiel de réfléchir, dès le moment de la signature de la clause, aux profils des arbitres qui sont susceptibles d'être désignés. En conclusion, le séminaire a montré que les parties et leurs conseils sont désormais davantage conscients des enjeux et de l'intérêt que représente une clause d'arbitrage bien négociée, bien rédigée. Il a permis également de constater l'intérêt croissant des autorités publiques pour l'arbitrage assorti d'une volonté de réguler en la matière. ■

# ARBITRATION AGREEMENTS

## NEGOTIATION AND DRAFTING

*Béatrice CASTELLANE, organiser of the seminar, Former Member of the Council of the Paris Bar, Castellane Avocats.*

**In international transactions, numerous contracts contain arbitration clauses – it is essential that these are well negotiated and drafted. The ICC France organised a seminar on this subject, in light of the law on the modernisation of Justice in the 21<sup>st</sup> century of 18 November 2016.**

On 12 January 2017, in a conference room at the International Chamber of Commerce (ICC) Global Headquarters, the ICC France seminar took place. The event focused on the negotiation and drafting of arbitration agreements in practice in light of recent case law and legal developments. What are the pitfalls to avoid? What are the implications of recent legal developments? Faced with participants of the highest calibre, speakers provided guidance based on their own experience.

François Georges, General Delegate of ICC France, kicked off the seminar by reminding participants that arbitration remains one of the preferred modes of dispute resolution in international business transactions, it pays therefore to be well prepared. Mr Georges also presented the recent figures regarding arbitrations commenced in the ICC - approximately 1,000 cases were received by the ICC in 2016 compared with circa 800 in 2015, an increase of 20%.

### **Pitfalls to Avoid**

Participants heard that inattentiveness was one of the first pitfalls to be avoided when drafting an arbitration clause. Poorly drafted clauses cause unnecessary difficulties. More importantly, as Laurent Jaeger, Partner at Orrick Rambaud Martel noted, one must be able to recognise and defend their own interests whilst also being mindful of the “*midnight*” clause. The choices made regarding the location of the arbitration, applicable law, language, rules of procedure and arbitrators, are all key elements which must be factored into the drafting of arbitration agreements. These core elements are found in the ICC model contracts as presented by Christoph Radtke, Lawyer at Lamy & Associates.

The negotiation, drafting or insertion of an arbitration clause, even in standard contracts such as those of the ICC, does not always prevent litigation arising in relation to the relevant clause: one should anticipate putting arbitration agreements into practice from the outset. Taking Articles 7, 8, 9 and 10 of the ICC Rules, Ricardo José Ferris, Deputy Secretary General at the ICC International Court of Arbitration, analysed examples of arbitration clauses, explaining how they should be drafted in order to be effective in practice. François Xavier Train, Professor at University Paris X, Nanterre, then stressed that when parties draft an arbitration agreement together, they should be mindful of “*the principle of equality*” when it comes to the appointment of arbitrators.

### **Recent Legal Developments**

Didier Ferrier (Professor Emeritus, University of Montpellier), analysed the recent ECJ judgment of 21 May 2015 regarding arbitration clauses in competition cases, and its application in France. According to Mr Ferrier, whilst competition disputes are not excluded from arbitration, a level of uncertainty continues to exist in this area.

Elie Kleiman, Managing Partner at Freshfields Bruckhaus Deringer, reviewed the extension of arbitration clauses. Mr Kleiman reminded participants that the will of the parties is key to determine the extension of such clauses and gave a number of examples.

### **The Impact on Businesses**

Jean-François Guillemin, Company Secretary of the Bouygues group, emphasised the importance of professionalism when it comes to drafting arbitration clauses in business, by involving internal or external experts – arbitration is unique and businesses must master the drafting of arbitration clauses in their contracts. Likewise, companies must remember that it is essential to consider which arbitrators are likely to be selected when finalising an arbitration clause.

The seminar concluded by noting that businesses and their legal teams are increasingly aware of the stakes involved when it comes to preparing a properly negotiated, well-drafted arbitration clause which accurately reflects their strategy. The seminar also showed the extent to which there is an increasing interest in arbitration from government authorities, as evidenced by their desire to regulate this matter.