

2008

Getting the Best Seats (In International Arbitrations)

Janet Walker

Osgoode Hall Law School of York University, jwalker@osgoode.yorku.ca

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 4.0 License](#).

Recommended Citation

Walker, Janet. "Getting the Best Seats (In International Arbitrations)." *Canadian Arbitration and Mediation Journal* 17.1 (2008): 19-24.

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at Osgoode Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Articles & Book Chapters by an authorized administrator of Osgoode Digital Commons.



Janet Walker

Getting the Best Seats (in International Arbitrations)

— Professor Janet Walker, Osgoode Hall Law School

Conversations beginning with “I have tickets to tonight’s game” often move on to a discussion of where the seats are located. The tickets will get you into the game but the location of your seats can make a big difference to your enjoyment of the event. So it is with international arbitration—and so much so that it is surprising how little forethought is given to choosing the seat of the arbitration. And this is even more surprising in view of the benefits you can gain without paying more, or lining up, but simply by considering the options. This article offers some thoughts on key factors to consider in choosing a seat and how a wise choice can improve the experience of the arbitral process and even, possibly, the outcome.

1. Authorized Ticket Agents? (The New York Convention)

First things first: would you buy tickets from the gentleman on the street in the dark glasses and rumpled raincoat with no surname? If not, then you should probably take similar care to ensure that you choose a place of arbitration in a country that is a party to the New York Convention.¹ Arbitrations can be conducted just about anywhere, but the best way to obtain a binding and effective result is to choose a seat in one of the 140 or more member states of the New York Convention.

Where the award has been rendered in a state that is a party to the New York Convention,² it may be set aside upon application to a court where the award was rendered, but only on a narrow series of grounds listed in the Convention.³ Awards that have been challenged successfully in the courts of the seat are likely to be refused recognition elsewhere. However, awards from New York Convention coun-

tries that are not set aside are enforceable in other New York Convention countries subject only to a narrow range of exceptions also set out in the Convention.

The New York Convention does not necessarily require member states to restrict the recognition and enforcement of foreign arbitral awards to awards made in other New York Convention states, but the first of two reservations permitted by the Convention—the reciprocity reservation—has this effect, and more than half the member states have invoked it.⁴

Choosing a seat in a New York Convention state not only provides certainty regarding the enforceability of the award in 140 countries, it also helps to ensure that the agreement to arbitrate will be respected and that your client will not be haled into the national courts. Having bought your ticket to the main event, the last thing you want is to find yourself shunted off to a side event. In arbitrations, this may be particularly important if one of the key reasons to arbitrate was to avoid the local tribunals.

2. Orchestra or Upper Balcony? (Institutional vs *ad hoc* Arbitration and the *lex arbitri*)

A second broad range of considerations operates on a more subtle level. Like the choice of Orchestra, or Upper Balcony, the choice between institutional and *ad hoc* arbitration can affect the arbitral procedure and the ways in which the procedure is established. If an enforceable result is a key objective, then confidence in the procedure that will be followed to reach that result is certainly another.

One way of gaining confidence in the procedure that will be adopted by the tribunal is to nominate a major arbitral institution to administer the arbitration such as the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC),⁵ or the London Court of International Arbitration (LCIA),⁶ or the International Center for Dispute Resolution (ICDR).⁷ The rules of these and other major arbitral institutions regulate a range of logistical matters such as the appointment of arbitrators and challenges that may be made to their authority, the expenses of the tribunal, and the rendering of the award. Choosing a major institution to administer the process fills the void created by restricting the parties’ access to the national courts.

Nominating an institution with a procedural framework developed for international commercial arbitration that is experienced in administering international arbitrations can prevent costly and protracted court applications and it can keep the process moving forward. For example, when a recalcitrant party in an institutional arbitration fails to cooperate in appointing the arbitrator or the panel, the rules of the arbitral institution may provide for an appointment of an arbitrator by the institution itself. Similar provisions exist for dealing with a challenges and filling a vacancy should this occur; and provisions for interim measures, multi-party arbitrations, and conciliation, and other more complex features of the process are all being incorporated into the rules of the major arbitral institutions. In addition, by obviating the need to apply to national courts to deal with such matters, the administration of arbitrations by major institutions can help to maintain the confidentiality of the matter,



which may also have been an important reason to choose arbitration.

The range of places in which arbitrations may conveniently be administered by major institutions is increasing dramatically. The ICC, LCIA and ICDR are all in the process of establishing or contemplating the establishment of additional offices in major centres to provide even better support to arbitrations with seats in a broader range of business centres around the world. These changes mirror the rapid growth in local and regional arbitral institutions in major business centres. As a result, not only is it becoming routine to choose seats other than in Paris, London or New York, where the central offices of the major institutions are located, but also, in locating the arbitration in a major business centre, it is often possible to choose between the major institutions and other regional or local arbitral institutions.

Where the parties decide that they prefer not to engage the services of an arbitral institution to administer the process and, instead, to have an *ad hoc* arbitration, they will be all the more concerned to choose the seat of the arbitration with care. This is because any gaps in the parties' agreement in terms of the procedure for the conduct of their arbitration will be filled by reference to the arbitral law of the seat of the arbitration, or the "*lex arbitri*". This is, in fact, the main legal significance of the choice of the seat.

The tribunal may need to consult the *lex arbitri* in any arbitration when a question of procedure arises that cannot be answered by reference to the parties' agreement.⁸ However, such questions are far more likely to arise where the parties have chosen *ad hoc* arbitration. In *ad hoc* arbitrations many important details of procedure may be left to be determined by the parties and the tribunal in the course of the arbitration.

It is often the case that parties who have not nominated an arbitral institution to administer their dispute will still have chosen a set of rules. Without some common reference point on the procedure, a great many features of the procedure that one

tends to take for granted might have to be worked out in the course of resolving the dispute. This could be awkward for parties who will have begun to consider the way in which the procedural rules might affect their presentation of the claim or defence. In *ad hoc* arbitrations parties often choose the *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules*.⁹

But even where the parties have not chosen a set of rules, by choosing a seat in a country that has adopted the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (the "Model Law"),¹⁰ they will have a *lex arbitri* that very much resembles the UNCITRAL Arbitration Rules. So far, Model Law jurisdictions number only about half of the countries that have joined the New York Convention, but this still provides a broad range of locations from which to choose a seat for an *ad hoc* arbitration that will have a *lex arbitri* with a modern *lex arbitri*. Recent proposals from the UNCITRAL Working Group¹¹ for amendments to the Model Law, and a rapidly growing jurisprudence interpreting the Model Law reported online in digest form on the UNCITRAL website, all help to keep the *lex arbitri* in Model Law jurisdictions at the forefront of international developments. Of course, parties have considerable freedom to customize the process on consent, either in advance, or during the course of the arbitration but, in the countries where it applies, the Model Law ensures that the overall framework will contribute to a fair and efficient arbitration, even where the parties do very little to provide for the arbitral process in their arbitration agreement.

3. Centre Stage or Extreme Left? (The All-important Details)

Even within a particular price range or block of seats, ticket agents will usually confirm the precise location of your seats to ensure that your preferences are accommodated. You may be happier in the fourth row of the balcony at the extreme left but not in the twenty-fourth row at centre stage, or vice-versa. Depending on the circumstances, your preferences for your arbitration even at this level of detail could

still be quite strong. This is particularly true now that the range of potentially suitable seats is expanding to meet the needs of a burgeoning market of "users" of arbitration.

For example, the parties or their representatives may be more comfortable operating within the general framework of a particular legal culture of one region or another—such as where all the parties and their counsel are from civil law jurisdictions and may not feel comfortable with procedures that operate against a backdrop of the common law. Many of the nuts-and-bolts details of matters such as pre-trial disclosure and the examination of witnesses will not have been specified by the rules of a major institution, or by the Model Law, which will tend to require only that each side be given a reasonable opportunity to present its case. These details may have to be determined in the course of the arbitration in accordance with the *lex arbitri*, and so the parties may want to consider whether they will be comfortable with the results.

However, it must be acknowledged that as the traditions of international arbitration grow and develop, even these distinctions are becoming more muted. For example, the International Bar Association's "Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration"¹² are rapidly coming to be accepted as a reasonable compromise between common law and civil law traditions on a range of key procedural questions relating to the presentation of the case before the Tribunal. Where the IBA Rules on Taking Evidence have not specifically been chosen by the parties in advance of the arbitration, tribunals will often seek the parties' endorsement in an early procedural hearing as a way of gaining general consensus on the approach to the aspects of the procedure that it addresses. Still, by their own terms, the IBA Rules on Taking Evidence "are not intended to limit the flexibility that is inherent in, and an advantage of, international arbitration" and the choice of a seat may indicate the parties' general preference for a particular approach to procedure.

Despite the trend towards harmonization,



there may be features of the law of the seat of the arbitration that cannot be avoided by the choice of the parties. National laws sometimes contain mandatory rules and rules of public policy from which no derogation is permitted, even in international commercial arbitration. It is important, where possible, not to choose a seat for the arbitration that has mandatory rules that will frustrate the *bona fide* intentions of the parties, either with respect to their underlying agreement or with respect to the resolution of disputes arising from that agreement.

4. Standing Room Only/ Partially Obstructed Seats? (Key Logistical Factors)

Any discussion of the considerations affecting the choice of the place of arbitration would be incomplete without addressing the logistical issues that, although mundane from the perspective of the theory of arbitration, can be critical to ensuring efficiency and containing costs. You may be able to live with the crick in your neck that you get from sitting in the very front row, or you may have the stamina to stand through a four-hour opera, if these are the only 'seats' available. But it may curtail your enjoyment of the experience. As for the logistical implications of the choice of the place of arbitration, it is unwise to overlook them when planning for dispute resolution, as the effectiveness of the advocacy may be affected by the general comfort of those engaged in the process. It is true that you may become so absorbed in the action on stage as to forget that you are peering around a column to see it, or that you had to climb past ten other patrons to reach your seats, these kinds of things can have a considerable bearing on your comfort level, and, in ar-

bitrations, such details can sometimes have a subtle impact on the results.

In international commercial arbitration you will want to be mindful of the likely location of the parties and the witnesses in the event of a dispute, and of the cost of transporting them to the hearing. Similar considerations apply to the counsel and the persons who might be chosen as arbitrators. Will they find the seat accessible and comfortable to work in? While it is commonplace to hold hearings in places other than the seat where this is more convenient, this can usually be done only on consent. And so it is important not to create an incentive to intransigence. Where the hearings must be held in the seat, choosing a city with an international airport can make a huge difference to the cost of convening a hearing involving three arbitrators, two or more counsel, the parties and the witnesses. At the other end of the spectrum, a poorly chosen seat can pre-empt the parties' choices of counsel or arbitrators due to visa restrictions or local regulations prohibiting certain classes of persons from serving as counsel or arbitrators.


It may also be worth advertising to the general cost of accommodations and other associated expenses as the varying from one country to another and from one city to another within a country can contribute significantly to mounting costs, without enhancing the fairness of the process or the quality of the results. Some cities are notoriously expensive for accommodations and hearing space. In others, the climate or local travel logistics may reduce the length of the hearing day. Still others may not facilitate reliable communications with home

offices elsewhere in the world. And it is worth saying that a generally congenial environment can have a subtle effect on the amenability of the parties and counsel to cooperate in the process of resolving the dispute. As with most things in international commercial arbitration, the most important considerations can often be those of practical significance under the circumstances.

5. Choosing the Seat that's Right for You

All in all, the prospects for choosing a seat that meets your client's needs in international commercial arbitration have improved dramatically in recent years. The range of options for places in which you can obtain a binding result following a fair procedure is increasing significantly. These days, the reasons for investigating the choice of seat relate more to maximizing the benefits small and large, legal and logistical, of the options available. Still, the considerations mentioned in this paper are worth investigating, if only to be confident of having avoided any unexpected pitfalls and to be assured of a congenial context in which to resolve any disputes that might arise.

Professor Janet Walker teaches Conflict of Laws and International Arbitration at Osgoode Hall Law School and she is a member of the Canadian Panel of Arbitrators of the International Chamber of Commerce, the Arbitration Roundtable of Toronto and Arbitralwomen. A version of this paper was presented at the CBA International Section Conference "Few Barriers or New Barriers" in Ottawa in 2002. For other papers see

<http://research.osgoode.yorku.ca/walker>. 

1 The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958 ("The New York Convention"). The full text of the New York Convention may be found on the UNCITRAL website at <http://www.uncitral.org/en-index.htm>, under "Adopted Texts."

2 Or that has adopted the UNCITRAL Model Law, see below at note 10.

3 Article V, New York Convention; Article 34, UNCITRAL Model Law.

4 Although some have since withdrawn it. A complete and current listing of the status of the Convention, including the dates for signature, ratification and entry into force for member states and the reservations and other factors affecting states' membership may be found on the UNCITRAL website <http://www.uncitral.org/en-index.htm>, under "Status of Texts".

5 The ICC Arbitration Rules can be found at www.iccwbo.org

6 The LCIA Arbitration Rules can be found at www.lcia.org

7 The ICDR Rules can be found at www.adr.org/icdr

8 And, indeed, mandatory provisions of the *lex arbitri* may override the parties' consensual arrangements for the way in which the arbitration will be conducted, especially where this relates to the extent of court involvement in the arbitral process.

9 United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (UNGA Res 31/98, adopted December 15, 1976). The full text of the UNCITRAL Arbitration Rules may be found on the UNCITRAL website at <http://www.uncitral.org/en-index.htm>, under "Adopted Texts." The Working Group on International Commercial Arbitration is currently reviewing and updating the Rules.

10 The full text of the UNCITRAL Model Law may be found on the UNCITRAL website at <http://www.uncitral.org/en-index.htm>, under "Adopted Texts" together with the 2006 amendments and a list of the jurisdictions that have adopted it. The Model Law has been adopted in every Canadian jurisdiction.

11 The reports of the UNCITRAL Working Group on International Commercial Arbitration can be found at <http://www.uncitral.org/en-index.htm>

12 The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration can be downloaded as a "Book" by the Arbitration and ADR Committee (Committee D of the Section on Business Law) in the "Reading Room" of the International Bar Association's website at www.ibanet.org/general/FindDocuments.asp



Arbitrages internationaux: choisir les meilleurs sièges

— Professeur Janet Walker, Osgoode Hall Law School

Les conversations qui débutent par: «j'ai des billets pour le match de ce soir» évoluent souvent vers la question de savoir où se situent les sièges. Les billets vous permettent de rentrer, mais si vous êtes assis à un bon endroit, vous profiterez mieux du spectacle. C'est la même chose avec l'arbitrage international. Il est donc surprenant de constater que le choix du siège de l'arbitrage est rarement planifié. Et c'est d'autant plus surprenant si l'on considère les avantages que vous pouvez en tirer, sans coûts additionnels, simplement en examinant les options. Dans cet article, nous examinerons les facteurs clés à considérer dans le choix du siège de l'arbitrage et dans quelle mesure un choix judicieux peut améliorer l'expérience du processus arbitral de même que les résultats.

1. Agents Autorisés? (La Convention de New York)

Pour commencer, posez-vous la question suivante: achèteriez-vous des billets dans la rue à quelqu'un d'anonyme portant des lunettes noires et un imperméable froissé? Si ce n'est pas le cas, alors vous devriez prendre le même soin à vous assurer que le siège de l'arbitrage sera dans un pays partie à la Convention de New York.¹ Les arbitrages peuvent être menés à peu près partout, mais la meilleure façon d'obtenir un résultat efficace et contraignant, c'est de choisir un siège dans l'un des 140 pays parties (ou plus) de la Convention de New York.

Lorsque la sentence a été rendue dans un État qui est partie à la Convention de New York², elle ne peut être annulée à la demande d'un tribunal du pays où la sentence a été rendue que dans des cas limités dont les critères sont énumérés dans la Convention.³ Les sentences contestées avec succès devant les tribunaux du siège de l'arbitrage peuvent se voir refuser ailleurs une reconnaissance. Toutefois, les sentences émanant de pays partie à la Convention de New York sont exécutoires dans les autres pays parties à cette même Convention sous réserve d'un nombre limité d'exceptions énoncées dans la Convention.

La Convention de New York ne requiert pas nécessairement des États membres qu'ils limitent la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères aux sentences prononcées dans d'autres États partie à cette même Convention, mais la première des deux réserves autorisées par la Convention a cet effet (la réserve de réciprocité), et plus de la moitié des États membres l'ont invoquée.⁴

Le choix du siège de l'arbitrage dans un des pays partie de la Convention de New York permet non seulement d'avoir la certitude que la sentence aura force exécutoire dans les 140 pays parties, mais contribue également à ce que la convention d'arbitrage soit respectée et à ce que votre client ne soit pas assigné devant une juridiction nationale. Lorsque vous achetez votre billet pour un événement, la dernière chose que vous voulez est de vous voir aiguillé vers un spectacle parallèle. Dans les arbitrages, ceci peut être particulièrement important si l'une des principales raisons pour laquelle vous avez eu recours à l'arbitrage est d'éviter les tribunaux locaux.

2. Orchestre ou Balcon? Arbitrage institutionnel vs arbitrage ad hoc et la *lex arbitri*)

À un niveau plus subtil il y a d'autres raisons de prêter attention au choix du siège. Comme pour le choix de l'orchestre ou du balcon à un spectacle, le choix entre l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage ad hoc peut influencer sur la procédure arbitrale et la manière dont cette dernière est établie. Si l'obtention d'une sentence exécutoire est un objectif principal, alors la confiance en la procédure suivie pour atteindre ce résultat est certainement importante.

On peut donner confiance à la procédure qui sera adoptée par le tribunal en désignant une importante institution arbitrale pour administrer l'arbitrage, telle que la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI)⁵, ou la *London Court of International Arbitration* (LCIA)⁶, ou l'*Internatio-*

nal Center for Dispute Resolution (ICDR)⁷. Ces grandes institutions arbitrales réglementent toute une série de questions d'organisation comme la nomination et la récusation des arbitres, les frais du tribunal, et le prononcé de la sentence. Le choix d'une importante organisation pour administrer le processus permet de combler le vide créé par les parties qui ont choisi de restreindre l'accès aux juridictions nationales.

Nommer une organisation qui a développé un cadre procédural pour l'arbitrage commercial international et qui a l'expérience de l'administration des arbitrages internationaux permet d'éviter de longues et coûteuses requêtes judiciaires et ainsi permet d'avancer dans le déroulement de la procédure. Lorsque par exemple dans un arbitrage institutionnel l'une des parties est récalcitrante et ne coopère pas par à la nomination du ou des l'arbitre (s), les règles de l'organisation d'arbitrage peuvent prévoir une nomination d'un arbitre par l'institution elle-même. Des dispositions similaires existent pour faire face aux demandes de récusation et à l'éventualité d'une vacance; en outre les règles des grandes organisations arbitrales incluent la question des mesures conservatoires, de l'arbitrage multipartite, de la conciliation, ainsi que d'autres procédures plus complexes. De plus, en éliminant ainsi la nécessité d'avoir recours à des juridictions nationales, l'administration des arbitrages par les grandes institutions permet de maintenir la confidentialité de l'affaire, ce qui peut aussi avoir été une importante raison de choisir l'arbitrage.

Le nombre d'endroits où un arbitrage peut être administré par de grandes institutions est en constante augmentation. La CCI, la LCIA et l'ICDR sont en train de créer de nouveaux bureaux dans les grands centres afin de fournir un meilleur soutien aux arbitrages, et développent des locaux à travers le monde dans un grand nombre de centres d'affaires. Ces changements reflètent la croissance rapide des institutions arbitrales locales et régionales dans les principaux centres d'affaires. Par consé-



quent, il est non seulement de plus en plus courant de choisir des endroits autres que Paris, Londres ou New York, où les bureaux principaux des grandes institutions sont installés, mais aussi, en localisant l'arbitrage dans un important centre d'affaires, il est souvent possible de choisir entre les grandes institutions et d'autres institutions arbitrales régionales ou locales.

Les parties qui choisissent de ne pas faire appel aux services d'une institution d'arbitrage pour gérer le processus et, à la place, d'avoir un arbitrage *ad hoc*, devront prendre un soin particulier dans le choix du siège de l'arbitrage. En effet, toute lacune procédurale dans l'accord des parties⁸ pour la conduite de leur arbitrage sera comblée en référence au droit arbitral du siège de l'arbitrage, ou de la «*lex arbitri*». Il s'agit, en fait, de la principale implication juridique résultant du choix du siège de l'arbitrage.

Le tribunal devra consulter la *lex arbitri* pour tout arbitrage où une question de procédure se pose et qui ne peut trouver réponse en se référant à l'accord entre les parties. Et ces questions se posent plus souvent lorsque les parties ont choisi un arbitrage *ad hoc*. Dans l'arbitrage *ad hoc*, de nombreux et importants détails procéduraux peuvent être déterminés par les parties et le tribunal dans le cadre de l'arbitrage.

Il arrive souvent que les parties choisissent un ensemble de règles, même si elles n'ont pas désigné une institution d'arbitrage pour administrer leur différend. Sans un certain nombre de références procédurales communes, certains éléments de la procédure que l'on a tendance à prendre pour acquis devront être mis au point dans le courant du règlement du différend. Cela peut être gênant pour les parties qui auront commencé à examiner la manière dont les règles de procédure pourraient affecter leur demande ou leur défense. Dans l'arbitrage *ad hoc*, les parties choisissent souvent le règlement d'arbitrage de la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)*⁹.

Mais, la *lex arbitri* ressemblera beaucoup

au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI si les parties choisissent le siège de l'arbitrage dans un pays ayant adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international «Loi type»¹⁰, même lorsqu'elles n'ont pas choisi un ensemble de règles. Jusqu'à présent, les juridictions auxquelles s'appliquent la Loi type ne comptent environ que la moitié des pays qui ont adhéré à la Convention de New York. Ainsi le siège d'un arbitrage ad hoc auquel s'appliquera une *lex arbitri* moderne peut être choisi dans un bon nombre d'endroits. Les récentes propositions du Groupe de travail de la CNUDCI¹¹ pour les amendements à la Loi type et la croissance rapide de la jurisprudence interprétant la Loi type présentées en ligne sur le site Internet de la CNUDCI, contribuent à maintenir la *lex arbitri* des juridictions où la loi type s'applique, à l'avant-garde des développements internationaux. Avant ou pendant l'arbitrage, les parties disposent bien entendu d'une grande liberté pour personnaliser le processus de consentement, mais dans les pays où elle s'applique, la loi type permet de s'assurer que le cadre global contribuera à un arbitrage équitable et efficace, même lorsque les parties ne font pas grand chose pour définir la procédure d'arbitrage dans leur convention d'arbitrage.

3. Au centre de la scène ou à l'extrême gauche? (Ensemble d'importants détails)

Afin de vous satisfaire, les agents de la billetterie confirmeront généralement l'emplacement précis de vos places dans la fourchette de prix ou le bloc de sièges choisi. Vous serez peut-être plus heureux dans la quatrième rangée du balcon à l'extrême gauche, mais pas dans le vingt-quatrième rang au centre de la scène, ou vice-versa. Selon le cas, vos préférences en ce qui concerne votre arbitrage peuvent être assez marquées, même dans le détail. Cela est particulièrement vrai maintenant que, pour répondre aux besoins des «utilisateurs» de l'arbitrage, s'élargit le choix des sièges possibles d'un arbitrage dans un marché en plein essor

Les parties, ou leurs représentants, peuvent préférer fonctionner dans le cadre général

d'une culture juridique de telle ou telle région lorsque, par exemple, toutes les parties et leurs avocats sont de juridictions de droit civil et ne se sentent pas à l'aise dans un contexte de common law. De nombreux détails clés tels que la présentation de la preuve avant le procès et l'interrogatoire des témoins ne sont pas précisés dans les règles des grandes organisations ou dans la loi type, qui exigent seulement que chaque partie puisse présenter ses arguments. Ces détails devront peut-être être précisés durant l'arbitrage, conformément à la *lex arbitri* et les parties vont peut-être vouloir vérifier si l'interprétation leur convient.

Toutefois, il faut reconnaître qu'avec le développement des traditions d'arbitrage international ces distinctions sont de moins en moins fréquentes. Ainsi les règles de présentation de la preuve dans l'arbitrage international de l'*International Bar Association*¹² sont considérées de plus en plus comme un compromis raisonnable entre les traditions de common law et de droit civil en ce qui concerne une série de questions procédurales clés relatives à la présentation de la cause devant le Tribunal. Lorsque les règles de l'IBA concernant la preuve n'ont pas été expressément choisies par les parties avant l'arbitrage, les tribunaux vont souvent chercher le consentement des parties au début de l'audience de procédure dans un avenant, afin d'obtenir un consensus général sur l'approche aux questions de procédure dont il traite. Pourtant les termes mêmes des règles de l'IBA sur la présentation de la preuve «ne cherchent pas à limiter la flexibilité qui est inhérente à l'arbitrage international, et l'un de ses avantages» et le choix du siège de l'arbitrage peut indiquer la préférence générale des parties pour une approche procédurale particulière.

Malgré une tendance à l'harmonisation, il peut y avoir des éléments de la loi du siège de l'arbitrage qui ne peuvent être mis de côté par choix des parties. Les législations nationales contiennent parfois des règles obligatoires et des règles de politique publiques auxquelles les parties ne peuvent déroger, même dans un arbitrage commercial international. Lorsque cela est possi-



ble, Il est important, de ne pas choisir le siège de l'arbitrage qui a des règles obligatoires allant à l'encontre des intentions *bona fide* des parties, que ce soit leur entente tacite ou la manière de résoudre les différends à cet accord.

4. Siège debout/sièges avec visibilité réduite? (Questions clé de logistique)

Toute discussion sur le choix du siège de l'arbitrage serait incomplète si l'on ne traitait pas des problèmes logistiques qui, même s'ils peuvent paraître insignifiants du point de vue de la théorie de l'arbitrage, peuvent être très importants pour en assurer l'efficacité et en contrôler les coûts. Lorsque vous êtes assis au premier rang, vous pouvez peut-être ne pas être dérangé par la barre qui est juste derrière votre tête si c'est le seul endroit disponible de même que vous avez peut-être la résistance pour rester debout lors d'un opéra de quatre heures. Mais votre plaisir peut en être diminué. Ainsi, en ce qui concerne les conséquences logistiques découlant du choix du lieu de l'arbitrage, il serait imprudent de les négliger au moment de la planification du règlement des différends, car l'efficacité du déroulement de l'arbitrage peut être affecté par le confort général de ceux qui sont engagés dans le processus. Il est vrai que si vous êtes très absorbé dans l'action qui se déroule sur la scène, vous oublierez peut-être la colonne qui vous obstrue partiellement la vue, ou que vous avez eu à enjamber une dizaine de spectateurs pour atteindre vos places. Mais ces choses peuvent avoir un grand impact sur votre niveau de confort, et, dans les arbitrages, ces détails peuvent parfois avoir une influence subtile sur les résultats.

Dans un arbitrage commercial internatio-

nal, vous voudrez être conscient de l'emplacement probable des parties et des témoins en cas de différend ou du coût de leur transport à l'audience. Des considérations similaires s'appliquent à l'avocat et aux personnes qui pourront être choisies comme arbitres. Vont-ils trouver l'endroit accessible et confortable pour travailler? Même s'il est monnaie courante de tenir des audiences dans d'autres lieux que le siège quand cela est plus pratique, cela ne peut se faire que par consentement. Et c'est pourquoi il est important de ne pas encourager l'intransigeance. Lorsque les audiences doivent avoir lieu dans le siège de l'arbitrage, le choix d'une ville avec un aéroport international peut faire une énorme différence en ce qui concerne les coûts de la convocation d'une audition réunissant trois arbitres, deux ou plusieurs avocats, les parties et les témoins. À l'autre extrême, un endroit mal choisi peut limiter les parties dans le choix d'un avocat ou d'arbitres en raison de restrictions en matière de visas ou d'une réglementation locale interdisant certaines catégories de personnes d'exercer la fonction de conseil ou d'arbitre.

Il peut également être utile de faire attention aux coûts généraux de l'hébergement et autres dépenses connexes car elles varient d'un pays à l'autre et d'une ville à l'autre et peuvent contribuer de manière significative à l'augmentation des coûts, sans pour autant améliorer l'équité du processus ou de la qualité des résultats. Certaines villes sont connues pour les coûts élevés de leur hébergement et leurs espaces d'audition. Dans certains pays, le climat ou la logistique locale de voyage peut réduire la durée de la journée d'audience. Dans d'autres il peut ne pas y avoir de communications

fiables avec les bureaux ailleurs dans le monde. Enfin, il convient de noter qu'un environnement agréable peut avoir un effet subtil sur la volonté des parties et des avocats de coopérer dans le processus de règlement du différend. Comme c'est généralement le cas dans l'arbitrage commercial international, les considérations pratiques sont souvent les plus importantes.

5. Choisir un siège pour l'arbitrage qui est le bon pour vous

Il y a de plus en plus d'endroits disponibles que vous pouvez choisir comme siège d'un arbitrage commercial international qui répond aux besoins de votre client. Vous pouvez obtenir une sentence exécutoire à la suite d'une procédure équitable dans un nombre grandissant d'endroits. À l'heure actuelle, il est important de bien choisir le siège d'un arbitrage afin de maximiser les avantages importants et moins importants, légaux et logistiques, des options disponibles. Et les questions soulevées dans le présent document sont intéressantes car elles permettent d'éviter toute mauvaise surprise et d'assurer un environnement propice à la résolution des différends qui pourraient naître.

Professeur Janet Walker enseigne à la Faculté de droit de Osgoode Hall: Conflict of Laws and International Arbitration. Elle est membre du Comité canadien des arbitres de la Chambre de commerce internationale, de l'Arbitration Roundtable de Toronto et d'Arbitralwomen. Elle a présenté une version de cet article à la section des conférences internationales de l'ABC "Few Barriers or New Barriers" à Ottawa en 2002. Autres recherches:

<http://research.osgoode.yorku.ca/walker> 🌱

1 La convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales du 10 juin 1958 ("La Convention de New York"). Le texte complet de la Convention de New York peut être trouvé sur le site internet de la CNUDCI à <http://www.uncitral.org/unicentral/fr-index.htm>, sous "textes avalisés."

2 Ou qui a adopté le Loi type de la CNUDCI, voir ci-dessous note 11.

3 Article V, Convention de New York; Article 34, Loi type de la CNUDCI.

4 Bien que certains se soient retirés depuis. On peut trouver une liste complète des États partis à la Convention ainsi que les dates de signature, de ratification et d'entrée en vigueur ainsi que les facteurs qui les affectent sur le site internet du CNUDCI

5 Les règles d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale se trouvent à www.iccwbo.org

6 Les règles d'arbitrage de la LCIA se trouvent à www.lcia.org

7 Les règles de l'ICDR se trouvent à www.adr.org/icdr

8 Les dispositions obligatoires de la *lex arbitri* peuvent en effet avoir prééminence sur les accords consensuels des parties quant à la manière dont l'arbitrage se déroule, spécialement sur l'étendue de l'implication de la Cour dans le processus d'arbitrage.

9 Le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (UNGA Res 31/98, adopté Décembre 15, 1976). Le texte complet des règles d'arbitrage de la CNUDCI se trouve sur le site de la CNUDCI <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>, sous «textes avalisés.» Le groupe de travail révisé et met à jour en ce moment les règles.

10 Le texte complet de la Loi type de la CNUDCI se trouve sur le site de la CNUDCI à <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>, sous «textes avalisés» ainsi que les amendements de 2006 et une liste des juridictions qui ont adopté la Loi type. La Loi type a été adoptée par toutes les juridictions canadiennes.

11 Les rapports du Groupe de travail sur l'arbitrage commercial international se trouvent à <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>

12 Les règles de présentation de la preuve dans l'arbitrage international de l'IBA peuvent être téléchargées en anglais en livre par le comité d'arbitrage et d'ADR (Committee D of the Section on Business Law) dans la "Reading Room" du site internet de l'International Bar Association à www.ibanet.org/general/FindDocuments.asp