

B. — Rapport du Secrétaire général: la conciliation dans les différends en matière de commerce international [A/CN.9/167*]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-4
I. — NATURE ET CARACTÉRISTIQUES DE LA CONCILIATION	5-22
A. — La conciliation et les autres méthodes de règlement des différends	5-8
B. — Objet et avantages éventuels de la conciliation	9-17
C. — Principes directeurs pour l'élaboration d'un règlement de conciliation	18-22
II. — COMMENTAIRE DU PROJET DE RÈGLEMENT DE CONCILIATION DE LA CNUDCI	23-77
A. — Champ d'application	23-27
Article premier (Champ d'application)	23-27
B. — Ouverture de la procédure de conciliation et nomination du ou des conciliateurs ..	28-46
Article 2 (Nombre de conciliateurs)	28-31
Article 3 (Début de la procédure de conciliation)	32-34
Article 4 (Notification de conciliation)	35-36
Article 5 (Nomination du ou des conciliateurs)	37-40
Article 6 (Demande adressée à l'autorité de nomination)	41-42
Article 7 (Nomination du conciliateur par l'autorité de nomination)	
Article 8 (Notification de la nomination du conciliateur)	43-46
C. — Déroulement de la procédure de conciliation	47-63
Article 9 (Communication de la notification et de la réponse au conciliateur)	47
Article 10 (Représentation et assistance)	48
Article 11 (Rôle du conciliateur)	49-50
Article 12 (Demande de renseignements de la part du conciliateur)	
Article 13 (Communication entre le conciliateur et les parties)	51-52
Article 14 (Assistance administrative)	53-54
Article 15 (Suggestions des parties en vue du règlement du litige)	55
Article 16 (Obligation pour les parties de coopérer)	56
Article 17 (Communication de renseignements)	57-59
Article 18 (Propositions en vue du règlement)	
Article 19 (Accord de règlement)	60-62
Article 20 (Caractère confidentiel)	63
D. — Fin de la procédure de conciliation et frais	64-69
Article 21 (Fin de la procédure de conciliation)	
Article 22 (Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire)	64-67
Article 23 (Frais)	
Article 24 (Honoraires du conciliateur)	
Article 25 (Consignation du montant des frais)	68-69
E. — Exclusions dans les procédures arbitrales ou judiciaires	70-77
Article 26 (Rôle du conciliateur dans une procédure subséquente)	70-72
Article 27 (Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure)	73-77

Introduction

1. A sa onzième session (30 mai - 16 juin 1978), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adopté un nouveau programme de travail¹. L'une des questions prioritaires inscrites au programme, au chapitre de l'arbitrage commercial

international, est "la conciliation dans les différends en matière de commerce international et ses rapports avec l'arbitrage et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI"². La Commission a prié le Secrétaire général de lui présenter, à sa douzième session, un rapport sur cette question³.

2. Le présent rapport a été établi comme suite à cette demande. Il tient compte des résultats des consultations ayant eu lieu entre le Secrétariat et des représentants du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de la Chambre de commerce internationale en septembre 1978

¹ Document officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 17 (A/33/17), par. 69 (Annuaire... 1978, première partie, II, A).

² *Ibid.*, par. 67, c, iv.

³ *Ibid.*, par. 69.

et février 1979. Le professeur Pieter Sanders (Pays-Bas) a travaillé comme consultant auprès du Secrétariat pour l'élaboration du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi qu'il l'avait fait pour le Règlement d'arbitrage.

3. Le chapitre I du présent rapport traite de la nature et des caractéristiques de la conciliation. Il examine l'objet, les avantages et les caractéristiques particulières de la conciliation par rapport à d'autres méthodes de règlement des différends. Cet examen des considérations fondamentales pourrait se révéler utile pour l'élaboration d'un règlement de conciliation.

4. Le chapitre II comporte un commentaire de l'avant-projet de règlement de conciliation de la CNUDCI (A/CN.9/166*), qui est le fruit des consultations mentionnées plus haut. La Commission pourrait, si elle estime que la publication d'un règlement de conciliation de la CNUDCI contribuerait utilement au règlement des différends commerciaux, adopter une procédure identique à celle qui a permis d'adopter le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, c'est-à-dire procéder à une première lecture en plénière, prier le Secrétaire général d'élaborer un projet révisé qui tienne compte des discussions et des décisions de la Commission, procéder à une seconde et dernière lecture puis adopter le règlement à la session suivante. Néanmoins, il semblerait souhaitable que le projet révisé soit communiqué aux gouvernements pour qu'ils présentent leurs observations et que celles-ci soient transmises à la Commission lorsqu'elle examinera le projet révisé.

I. — Nature et caractéristiques de la conciliation

A. — LA CONCILIATION ET LES AUTRES MÉTHODES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS.

5. La conciliation est l'une des nombreuses méthodes de règlement des différends. Elle peut être définie d'une façon générale comme une "procédure permettant de régler à l'amiable un différend, avec l'assistance d'une tierce partie indépendante".

6. L'objectif de la conciliation étant de régler un différend par un accord amiable, elle peut être définie comme une procédure "non judiciaire" et, donc, être distinguée des procédures suivies devant un tribunal ou une cour d'arbitrage dont les décisions sont obligatoires. Alors que l'arbitre ou le juge "statue" sur l'affaire par une sentence arbitrale ou une décision qui s'impose aux parties, le conciliateur se borne à "recommander" ou "suggérer" des modalités possibles de règlement qui ne prennent force obligatoire pour les parties que lorsque celles-ci les ont acceptées. Bien que durant la procédure arbitrale ou la procédure judiciaire les parties aient aussi la possibilité de régler leur différend par une transaction, tel n'est pas l'objectif normal de ces procédures.

* Reproduit dans le présent volume, deuxième partie, III, A, ci-dessus.

7. L'"assistance d'une tierce partie", deuxième critère énoncé dans la définition ci-dessus, permet de distinguer la conciliation des négociations entre les parties, qui constituent en général un premier temps dans la tentative de règlement d'un différend. Le fait que cette tierce partie soit "indépendante" contribue à différencier la conciliation des négociations entre les parties, qui se déroulent souvent par l'intermédiaire de conseils et de représentants. Ces derniers, qui assistent ou représentent une partie, agissent généralement dans l'intérêt de la partie qui les a mandatés alors que le rôle du conciliateur est neutre, indépendant.

8. On rencontre des conceptions diverses de la conciliation dans les traités multilatéraux ou bilatéraux, les législations nationales ou, plus couramment, les règlements adoptés par certaines associations d'arbitrage ou associations commerciales. Elles vont de l'intervention d'un médiateur à une procédure formelle, structurée, menée par un organe permanent. Afin de déterminer la valeur de chacune de ces conceptions et de choisir celle qui s'applique le mieux aux transactions commerciales, on examinera brièvement l'objet et les avantages éventuels de la conciliation dans le domaine du commerce international.

B. — OBJET ET AVANTAGES ÉVENTUELS DE LA CONCILIATION

9. Lorsqu'un différend surgit en matière commerciale, les parties ont tout intérêt à le régler sans avoir recours à des procédures coûteuses et longues, dont l'issue peut être incertaine. Cela explique, dans une certaine mesure, pourquoi l'arbitrage prend de plus en plus souvent le pas sur les procédures judiciaires; ce peut être aussi une raison de préférer la conciliation à l'action contentieuse.

10. Les avantages que peut présenter la conciliation par rapport à l'arbitrage sont plus difficilement discernables. La conciliation, à la différence de l'arbitrage, n'est pas toujours une méthode de règlement définitif des différends. La tentative de conciliation peut échouer, occasionnant des dépenses et une perte de temps inutiles.

11. Bien que cet inconvénient ne doive pas être sous-estimé, d'autres considérations viennent en contrebalancer les effets. Tout d'abord, on peut supposer que les parties n'entameront une procédure de conciliation que si elles estiment possible de parvenir à un règlement dont chacune acceptera les termes. D'autre part, si, durant la procédure, les parties se rendent compte qu'un accord est impossible, elles abandonneront la conciliation, évitant ainsi des dépenses supplémentaires.

12. Cependant, ces deux considérations, tout comme celles qui seront faites plus loin, ne permettront d'atténuer les inconvénients de la conciliation que si le Règlement de conciliation est élaboré en conséquence, par exemple, s'il stipule que les parties doivent consentir, dès le début, à cette forme de procédure, et s'il permet aux parties de recourir sans trop de difficultés à une autre procédure. D'autres règles devraient permettre de compenser les éventuels inconvénients de la conciliation par rapport aux procédures arbitrales ou judiciaires, par exemple celles

prévoyant une procédure écrite, la nomination d'un conciliateur unique et fixant des délais raisonnablement courts pour la présentation des documents.

13. Un règlement de conciliation élaboré en tenant compte de ces considérations pourrait fort bien encourager les parties à régler leurs différends par ce moyen, d'autant que l'arbitrage des litiges commerciaux internationaux est une procédure de plus en plus coûteuse et longue. Bien que la conciliation ne puisse remplacer dans tous les cas l'arbitrage, on peut la considérer comme une solution de remplacement valable. L'un de ses principaux avantages est qu'il s'agit d'une procédure amiable. En effet, bien que certains hommes d'affaires ne considèrent pas que l'arbitrage obligatoire puisse, en dépit de son caractère contentieux, nuire à leurs relations commerciales, d'autres estimeront qu'une procédure amiable est utile, ou même nécessaire, pour préserver de bonnes relations commerciales.

14. Cette dernière attitude semble prévaloir dans les pays qui, de par leur culture et leurs traditions, préfèrent un règlement amiable à des conditions mutuellement acceptables à une décision imposée par un tiers à l'issue d'une procédure contradictoire. Par exemple, la conciliation est très répandue en Chine, au Japon et dans divers pays africains. De même, dans d'autres régions, la conciliation a la faveur de partenaires commerciaux qui entretiennent des relations de longue date et souhaitent les maintenir, malgré l'existence d'un différend passager et qui par conséquent préfèrent le "conseiller matrimonial" au "juge du divorce", la conciliation au tribunal d'arbitrage ou à une juridiction nationale.

15. De plus, des arguments d'ordre juridique militent en faveur de la conciliation. Le premier est que certaines règles de procédure n'encouragent pas les arbitres et les juges à favoriser les règlements à l'amiable. Même en l'absence de dispositions de ce genre, la volonté d'éviter la compromission ou la partialité peut dissuader le juge ou l'arbitre de proposer une transaction.

16. La conciliation semblerait également préférable du fait que certaines questions ne sont pas susceptibles d'arbitrage au regard de la loi applicable ou parce que les parties n'ont pas la capacité juridique pour se soumettre à l'arbitrage. En outre, l'incertitude quant à la loi applicable peut amener les parties à n'envisager qu'avec réserve une procédure arbitrale ou judiciaire. Bien plus, la conciliation pourrait être particulièrement utile lorsque, par exemple dans des contrats à long terme ou même en dehors de toute relation contractuelle, les problèmes qui se posent sont moins juridiques que techniques. La conciliation, qui met l'accent sur l'accord des parties, a un champ d'application plus large qu'une procédure juridictionnelle dont l'objet est limité à certaines questions régies par des règles bien définies.

17. Même dans des domaines régis par des dispositions législatives, la conciliation peut être préférée pour la simple raison qu'elle réduit l'effet de telles dispositions. Les parties peuvent souhaiter un règlement "dans un esprit de conciliation", qui ne repose pas nécessairement sur une base juridique stricte mais qui correspond davantage à ce qu'elles considèrent comme

étant le résultat juste et raisonnable de concessions réciproques. Les dispositions législatives en vigueur ne peuvent être totalement ignorées, mais il faut laisser aux parties une latitude suffisante pour rechercher un compromis acceptable et définitif, qui ne coïncidera pas nécessairement avec une décision "juridiquement correcte".

C. — PRINCIPES DIRECTEURS POUR L'ÉLABORATION D'UN RÈGLEMENT DE CONCILIATION

18. Il s'ensuit que les avantages éventuels de la conciliation ne pourront se matérialiser que si les règles de procédure correspondent aux besoins et à l'attente des parties. Etant donné la diversité des techniques envisageables, il semble nécessaire de poser clairement les concepts de base et les principes à appliquer. En effet, ceux-ci ont une incidence non seulement sur les aspects procéduraux de la conciliation, mais également sur des questions de fond comme l'effet obligatoire de la soumission d'un litige à la conciliation, le caractère confidentiel de la procédure et les liens entre la conciliation et les autres procédures de règlement.

19. L'objet de la conciliation, qui est de parvenir à un règlement amiable, est évidemment une considération primordiale pour l'élaboration d'un règlement de conciliation. Il est donc nécessaire que les parties gardent, autant que possible, toute liberté d'action pour entamer une procédure de conciliation, adapter la procédure à leur cas particulier et mettre un terme à toute tentative de conciliation qui semblerait inutile.

20. Un autre principe important est de faire de la conciliation une voie de règlement attrayante en prévoyant une procédure rapide et peu coûteuse. Les délais nécessaires pour certaines étapes de la procédure devraient être relativement courts, sans que les caractéristiques particulières des différends internationaux soient négligées pour autant. Par-dessus tout, la procédure normale devrait prévoir un conciliateur unique, tout en laissant aux parties la faculté d'opter pour trois conciliateurs.

21. Il est souhaitable que cette procédure reste souple; aussi convient-il de laisser au conciliateur une marge d'action raisonnable. Il faut donner au conciliateur chargé par les parties de diriger la procédure les moyens de s'acquitter de cette tâche sans se heurter à des règles trop contraignantes. Son rôle étant essentiellement d'assister les parties, il doit les consulter même sur des points de procédure et tenir compte, autant que possible, de leur avis.

22. Pour mettre en œuvre ces principes directeurs relativement libéraux, il faut davantage qu'un bref ensemble de règles stipulant en substance que les parties et le conciliateur peuvent agir comme ils le jugent bon. Il semble souhaitable d'élaborer des dispositions détaillées, ayant valeur d'orientation et de recommandation. Etant donné que les principes énoncés ci-dessus peuvent partiellement s'opposer, il convient d'en évaluer et d'en équilibrer les conséquences à l'égard de chaque disposition.

II. — Commentaire du Projet de règlement de conciliation de la CNUDCI*

A. — CHAMP D'APPLICATION

Article premier (Champ d'application)

23. De nombreux règlements de conciliation actuellement en vigueur ne sont applicables qu'à certaines parties, à certains domaines ou à certaines matières. Par exemple, ils exigent qu'au moins l'une des parties soit membre d'une certaine chambre de commerce ou association professionnelle, ressortissant d'un certain Etat, ou partie à une certaine convention. Leur champ d'application peut également être limité aux litiges survenus dans une certaine région ou relevant de la compétence d'un certain tribunal d'arbitrage ou organe analogue.

24. Il va sans dire que de telles restrictions n'auraient pas leur place dans un règlement de conciliation de la CNUDCI qui, comme le Règlement d'arbitrage, doit être universellement applicable. Aussi, l'article premier ne contient-il aucune disposition limitant l'application du règlement à certaines catégories de personnes, à certains domaines ou à certaines matières. Le paragraphe 2 prévoit le recours à la conciliation même dans le cas de litiges découlant de liens juridiques non contractuels. Cela va dans le sens de ce qui a déjà été dit plus haut (voir par. 16), à savoir que la conciliation est susceptible de couvrir un domaine plus vaste que toute procédure judiciaire du fait qu'on peut y avoir recours pour tous les types de litige qui peuvent être réglés par voie d'accord entre les parties. Si l'on souhaite indiquer le principal domaine d'application, à savoir les "litiges commerciaux internationaux", on pourrait le faire dans un préambule ou dans la résolution recommandant l'adoption du règlement de conciliation, comme on l'a fait pour le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (résolution 31/98 de l'Assemblée générale).

25. Le paragraphe 3 de l'article premier, en autorisant les modifications, souligne le caractère non obligatoire du règlement, qui a plutôt valeur de directive ou de recommandation. Il permet aux parties d'adapter le règlement en fonction de leurs besoins particuliers, si elles estiment qu'en l'espèce il n'est pas satisfaisant à tous égards. Il convient également de noter qu'en sus de la règle générale énoncée au paragraphe 3, la possibilité de modifier le règlement par voie d'accord est mentionnée dans certaines autres dispositions (par exemple aux articles 20 et 26) de façon à souligner l'autonomie des parties dans ces contextes particuliers.

26. En s'inspirant du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, on pourrait envisager d'ajouter au paragraphe 1 de l'article premier, dans une note de bas de page, un libellé type de clause de conciliation qui pourrait être le suivant:

"Libellé type de clause de conciliation"

"Dans le cas d'un litige né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat, les parties s'efforceront de régler le litige à l'amiable conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur.

Note. — Les parties voudront peut-être ajouter la clause suivante:

"L'autorité de nomination sera . . ."

27. Si les parties souhaitent combiner cette clause avec une référence à l'arbitrage dans le cas où la conciliation échouerait, elles doivent tenir compte du fait que la clause compromissoire risque d'avoir une portée plus restreinte (voir, par exemple, la clause compromissoire type de la Chambre de commerce internationale: "Tous différends découlant du présent contrat . . .", libellé qui exclut sans doute les différends accessoires comme ceux portant sur le rattrapage de retards dans les contrats à long terme). Cette différence de portée sera toutefois évitée si les parties choisissent le libellé type de clause compromissoire recommandé dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

B. — OUVERTURE DE LA PROCÉDURE DE CONCILIATION ET NOMINATION DU OU DES CONCILIEATEURS

Article 2 (Nombre de conciliateurs)

28. L'article 2 prévoit un seul conciliateur, à moins que les parties ne préfèrent en nommer trois. Le conciliateur étant essentiellement chargé d'aider les parties à trouver les termes d'un règlement acceptable, un conciliateur unique devrait normalement suffire. En outre, un conciliateur unique sera sans doute mieux à même de mener la procédure de façon informelle et d'avoir des entretiens confidentiels avec l'une des parties ou les deux parties (comme cela est prévu à l'article 17). Enfin, si la préférence est donnée à la formule du conciliateur unique, c'est avant tout pour que la procédure soit peu coûteuse et rapide, ce qui contribuerait à faire de la conciliation une méthode de règlement viable et attrayante et réduirait les inconvénients en cas d'échec.

29. Dans certaines circonstances, il se peut que plusieurs conciliateurs soient nécessaires. Il est possible, par exemple, qu'un litige complexe exige des compétences dans divers domaines, ou qu'il soit parfois difficile de trouver un conciliateur qui connaisse suffisamment bien la législation et les usages commerciaux de divers pays avec lesquels la transaction internationale en cause est susceptible d'avoir un lien.

30. Dans ces cas et dans d'autres, les parties peuvent convenir, conformément aux dispositions de l'article 2, d'avoir recours à trois conciliateurs, ce dont il est tenu compte dans les articles pertinents qui suivent (par exemple ceux qui traitent de la procédure de nomination et des frais). Aucune disposition n'a été prise pour permettre la conciliation par deux conciliateurs, cette procédure se rapprochant de la négociation entre les parties avec l'assistance de leur conseil ou de leurs

* Le texte du projet de règlement de conciliation de la CNUDCI figure au document A/CN.9/166, reproduit dans le présent volume, deuxième partie, III, A, ci-dessus.

représentants. Une commission de conciliation composée de deux conciliateurs, chacun d'entre eux étant nommé par l'une des parties, ne posséderait pas les qualités qu'on attend d'un bon conciliateur, à savoir l'impartialité, l'indépendance et l'aptitude à considérer l'objet du litige sans aucun préjugé. Le règlement garantit cet élément essentiel pour que la conciliation soit un succès, un troisième conciliateur (le conciliateur-président) étant ajouté aux deux conciliateurs nommés par les parties, dans les cas où une commission de conciliation composée de trois conciliateurs est jugée souhaitable.

31. Le règlement ne contient aucune disposition expresse en ce qui concerne la manière dont certaines décisions sont prises lorsque la procédure de conciliation est menée par trois conciliateurs. Étant donné que dans ce cas deux des conciliateurs sont nommés par les parties elles-mêmes, c'est normalement au conciliateur-président qu'il incombe, après avoir consulté les deux conciliateurs nommés par les parties, de proposer un règlement et de prendre une décision. Toutefois, le règlement ne comporte aucune disposition à cet égard, de façon à donner aux trois conciliateurs la liberté de mener la procédure comme ils le jugent bon dans les circonstances de l'espèce.

Article 3 (Début de la procédure de conciliation)

32. L'article 3, en particulier le paragraphe 3, part du principe que l'existence d'une clause contractuelle prévoyant que les litiges seront soumis à la conciliation ne suffit pas en soi pour déclencher une procédure de conciliation. Lorsqu'un litige survient, il faut que l'une des parties demande la conciliation et que l'autre partie y consente. Contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'arbitrage, la procédure de conciliation ne peut être engagée que si les deux parties sont encore disposées, lorsque survient le litige, à rechercher une solution amiable. Presque tous les règlements de conciliation en vigueur tiennent compte de ce trait particulier de la conciliation; même lorsque, à titre exceptionnel, une procédure de conciliation "obligatoire" est prévue avant l'arbitrage, on aboutit dans la pratique au même résultat en ce sens que si l'une des parties refuse la conciliation, on considère que celle-ci a échoué, ce qui permet d'engager la procédure arbitrale.

33. En conséquence, il n'y a pas de procédure de conciliation si la partie à laquelle une notification a été communiquée refuse la conciliation ou ne répond pas dans le délai spécifié. Si elle donne son consentement, la date à laquelle commence la procédure est celle qui est prévue à l'alinéa *a* du paragraphe 3. Cette disposition revêt une importance particulière du fait que les parties ne peuvent engager une procédure arbitrale ou judiciaire pendant la procédure de conciliation (voir l'article 22 ci-après).

34. Il est proposé que la notification de conciliation soit communiquée par écrit, comme le prévoit le paragraphe 1 de l'article 3, bien que l'une des parties puisse très bien demander oralement à l'autre partie si elle est disposée à recourir à la conciliation. Il semble préférable d'exiger la forme écrite, qui introduit plus de clarté et facilite l'administration de la preuve. En outre, une notification écrite contribue à souligner le sérieux et le

caractère définitif de la demande en tant que point de départ du délai dans lequel la procédure de conciliation doit être engagée. Il importe également que la notification soit écrite puisque le paragraphe 1 de l'article 6 et l'article 9 prévoient qu'une copie doit en être adressée à l'autorité de nomination et au conciliateur. Enfin, il est raisonnable d'exiger la forme écrite en raison des indications que la notification doit contenir aux termes de l'article 4.

Article 4 (Notification de conciliation)

35. Les indications énumérées dans cet article visent à identifier les points litigieux et leur contexte, les suggestions figurant aux paragraphes 2 et 3 visent à faciliter et à accélérer la mise en route de la procédure. Le principal destinataire de la notification est l'autre partie qui a besoin de savoir, pour prendre sa propre décision, quel est l'objet de la conciliation proposée. Le deuxième destinataire est le conciliateur auquel une copie de la notification (et une copie de la réponse) doivent être adressées dès qu'il a été nommé (voir l'article 9 ci-après). La notification et la réponse fournissent des renseignements généraux qui peuvent par la suite être complétés, sur la demande du conciliateur, conformément aux dispositions de l'article 12.

36. Le cas échéant, la notification doit également être adressée à l'autorité de nomination conformément aux dispositions de l'article 6. Entre autres choses, la notification et la réponse, en sus des suggestions qui peuvent être formulées par l'une ou l'autre des parties au sujet des qualifications professionnelles du conciliateur, permettent à l'autorité de nomination de choisir un conciliateur qui convienne compte tenu de la nature du litige, des compétences nécessaires, de la nationalité et du lieu où les parties ont leur établissement.

Article 5 (Nomination du ou des conciliateurs)

37. L'article 5 consacre, en substance, le principe de l'autonomie des parties en ce qui concerne la nomination du conciliateur. De façon à aider les parties, il énonce certaines dispositions supplémentaires applicables en cas de "conciliation *ad hoc*", tentée indépendamment d'une institution particulière.

38. Le paragraphe 1 traite de la nomination d'un conciliateur unique. Il prévoit le recours à une autorité de nomination choisie d'un commun accord par les parties, si les parties ne sont pas convenues, dans le délai prescrit, du nom du conciliateur.

39. Le paragraphe 2 indique la procédure de nomination dans le cas où les parties sont convenues d'avoir recours à trois conciliateurs. Pour les raisons indiquées ci-dessus (voir le paragraphe 31), il prévoit, outre les deux conciliateurs nommés par les parties, un conciliateur-président indépendant. De nouveau, il prévoit le recours à une autorité de nomination choisie d'un commun accord par les parties, si un accord au sujet de la nomination du conciliateur-président n'est pas intervenu à temps.

40. Le paragraphe 3 prévoit un "dernier recours" pour les cas exceptionnels dans lesquels les parties ne sont pas convenues d'une autorité de nomination ou encore lorsque l'autorité de nomination n'a pas nommé le conciliateur dans le délai prescrit. La procédure recom-

mandée consiste alors à prier un tiers ("X") de désigner une autorité de nomination. La Commission devra décider à quelle personne ou à quelle institution il convient de confier cette fonction.

Article 6 (Demande adressée à l'autorité de nomination)

41. L'article 6 décrit la procédure à suivre pour obtenir le concours de l'autorité de nomination choisie d'un commun accord par les parties ou, exceptionnellement, désignée par "X", conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 5. La demande doit être accompagnée d'une copie de la notification ainsi que d'une copie de la réponse, pour les raisons qui ont déjà été indiquées (voir le paragraphe 36 ci-dessus).

42. Il est exigé qu'une copie de la demande soit adressée à l'autre partie pour deux raisons: d'une part, celle-ci est ainsi informée qu'une nouvelle démarche a été faite pour engager la procédure de conciliation; d'autre part, elle a ainsi, comme l'auteur de la demande, la possibilité de faire des suggestions au sujet des qualifications professionnelles du conciliateur, notamment en ce qui concerne certaines compétences particulières ou certaines connaissances dans un domaine donné.

Article 7 (Nomination du conciliateur par l'autorité de nomination)

Article 8 (Notification de la nomination du conciliateur)

43. Les articles 7 et 8 décrivent ce que l'autorité de nomination doit faire à l'occasion de la nomination du conciliateur unique ou du conciliateur-président, selon le cas. En premier lieu, l'autorité de nomination confirme aux parties, par télégramme ou télex, la réception de la demande. Le recours à ces moyens de communication vise à ce que les parties soient rapidement informées de la réception de la demande, tout doute étant ainsi dissipé en ce qui concerne, par exemple, l'existence ou la disponibilité de l'institution ou de la personne choisie comme autorité de nomination. La confirmation peut également servir pour calculer le délai prévu au paragraphe 3 de l'article 5.

44. L'autorité de nomination procède alors à la nomination, en utilisant le système des listes, qui est emprunté au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (voir le paragraphe 3 de l'article 6). Ce mode de sélection consacre dans une large mesure le principe de l'autonomie des parties, puisqu'il accorde une grande importance à l'approbation par les parties des candidats figurant sur la liste, ainsi qu'à leurs objections ou préférences.

45. Le paragraphe 3 de l'article 7 énumère certaines considérations susceptibles de guider l'autorité de nomination dans son choix. Il s'agit avant tout de veiller à ce que la personne retenue soit indépendante et impartiale, ce qui est essentiel pour que la procédure de conciliation aboutisse. L'une de ces considérations est le fait qu'il peut être souhaitable de nommer un conciliateur "neutre" d'une nationalité différente de celle des parties. Cette disposition n'est pas formulée comme une règle rigide (comme c'est le cas dans certains règlements de conciliation), car il est possible qu'il convienne, dans

certaines circonstances, de nommer un conciliateur possédant la nationalité de l'une des parties.

46. Une autre considération importante est la qualification professionnelle, à quoi on pourrait ajouter l'aptitude à jouer le rôle de médiateur, qu'il ne faut pas confondre avec l'aptitude à trancher une affaire. Les qualifications que doit posséder un bon conciliateur ne sont pas nécessairement les mêmes que celles qui sont exigées d'un arbitre ou d'un juge.

C. — DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE
DE CONCILIATION

Article 9 (Communication de la notification et de la réponse au conciliateur)

47. La dernière tâche incombant à l'autorité de nomination est de notifier aux parties le nom et l'adresse du conciliateur (conformément aux dispositions de l'article 8) et de communiquer au conciliateur une copie de la notification de conciliation et une copie de la réponse, pour les raisons qui ont déjà été indiquées (voir par. 35 ci-dessus). Lorsque le conciliateur n'a pas été nommé par une autorité de nomination, mais par les parties elles-mêmes, c'est bien entendu aux parties qu'il incombe de communiquer au conciliateur une copie de la notification et de la réponse.

Article 10 (Représentation et assistance)

48. Cet article est calqué sur l'article 4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il autorise les parties à se faire représenter ou assister par des tiers, ce qui revêt un intérêt particulier du point de vue pratique dans un contexte international. Le conciliateur et l'autre partie doivent alors en être informés à l'avance de façon à éviter toute surprise. Il convient également que soit précisé si la désignation est faite aux fins de représentation ou d'assistance, car selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre, les personnes désignées n'auront pas les mêmes pouvoirs, en particulier en ce qui concerne la formulation et l'acceptation de propositions en vue d'un règlement.

Article 11 (Rôle du conciliateur)

49. L'article 11 indique quelle est la fonction fondamentale du conciliateur et énonce des directives générales à son intention. Son principal rôle est d'aider les parties à parvenir à un règlement amiable du litige. Le paragraphe 2 souligne que, compte dûment tenu des désirs des parties et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement (voir les paragraphes 19 et 20 ci-dessus), le conciliateur peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié.

50. Le paragraphe 3 fournit une liste indicative des considérations dont le conciliateur doit tenir compte en aidant les parties à parvenir à un règlement. Il fait ressortir l'avantage potentiel de la conciliation mentionné précédemment, à savoir que le règlement sera atteint "dans un esprit de conciliation" par voie d'accord entre les parties (voir le paragraphe 17 ci-dessus). Ainsi la loi applicable au litige quant au fond n'est pas le seul facteur décisif, mais est mentionnée comme un facteur parmi d'autres. Néanmoins, les règles juridiques pertinentes

peuvent guider le conciliateur et les parties dans la recherche d'une solution juste et équitable. Cela vaut en particulier en ce qui concerne les propositions de règlement formulées par le conciliateur qu'une partie a des difficultés à accepter parce qu'elle pouvait s'attendre à tirer plus d'avantages d'une décision (d'un tribunal judiciaire ou arbitral) fondée sur des considérations strictement juridiques.

Article 12 (Demande de renseignements de la part du conciliateur)

Article 13 (Communication entre le conciliateur et les parties)

51. Les articles 12 et 13 décrivent en détail les pouvoirs procéduraux conférés au conciliateur pour lui permettre de remplir son rôle. Le pouvoir qu'il a de demander des renseignements aux parties est renforcé par les dispositions de l'article 16, en vertu desquelles les parties sont tenues de se conformer aux demandes que leur fait le conciliateur. L'article 13 laisse au conciliateur le choix entre une grande variété de modalités pour mener la procédure. Sa liberté de choix n'est limitée qu'en ce qui concerne le lieu où doivent se passer les rencontres avec les parties. Sur ce point il est lié par l'accord des parties et doit tenir compte de toutes suggestions formulées par ces dernières.

52. Il convient de noter que le projet de règlement de conciliation de la CNUDCI ne confère pas au conciliateur le pouvoir de désigner, de sa propre initiative, un expert pour l'aider. Cette solution a été retenue compte tenu de la nature de la conciliation qui est une procédure de règlement amiable avec l'aide d'un tiers et parce que les parties ne doivent pas encourir des frais qui risquent d'être élevés sans y avoir préalablement consenti.

Article 14 (Assistance administrative)

53. De nombreux tribunaux d'arbitrage, chambres de commerce, associations professionnelles et organes similaires mettent une assistance administrative à la disposition des parties qui désirent avoir recours à la conciliation. En conséquence, leurs règlements prévoient diverses fonctions administratives qui vont tout simplement de l'acheminement et de l'enregistrement des communications à la tenue de listes de conciliateurs et à la prise de décisions en ce qui concerne la procédure, les frais et la nomination du conciliateur.

54. Il ne semble pas souhaitable d'établir des liens trop étroits entre la procédure de conciliation et un organe qui peut par la suite être appelé à intervenir dans l'arbitrage du même différend. Néanmoins, la fourniture d'une assistance strictement administrative, comme cela est prévu à l'article 14, peut s'avérer utile. Une telle assistance pourrait comprendre l'enregistrement et l'acheminement des communications, la fourniture de services de traduction et d'interprétation et la prise de dispositions pour les rencontres.

Article 15 (Suggestions des parties en vue du règlement du litige)

55. L'article 15 vise à favoriser un règlement amiable fondé sur les suggestions des parties. Ces suggestions

aideront le conciliateur à formuler des propositions de règlement raisonnables ainsi que les termes d'un règlement éventuel comme cela est prévu à l'article 19. Les parties peuvent faire des suggestions de leur propre initiative ou sur l'invitation du conciliateur. Le mot "inviter" indique qu'il ne s'agit pas d'une "demande" à laquelle les parties doivent se conformer en vertu de l'article 16.

Article 16 (Obligation pour les parties de coopérer)

56. L'article 16 renforce le pouvoir qu'a le conciliateur de demander des renseignements en obligeant les parties à s'efforcer de bonne foi de se conformer aux demandes que leur fait ce dernier. Cette disposition est libellée de façon assez souple, car le succès de la procédure de conciliation dépend en fin de compte de la volonté et de l'attitude des parties.

Article 17 (Communication de renseignements)

57. La question du caractère confidentiel de la procédure de conciliation revêt deux aspects: d'une part, le fait qu'il est souhaitable que le contenu de la procédure ne soit pas divulgué à l'extérieur (voir art. 20), et, d'autre part, la question de la communication à une partie des renseignements émanant de l'autre partie, qui fait l'objet de l'article 17. Sur ce dernier point, il s'agit essentiellement de savoir si le conciliateur doit communiquer à l'une des parties tous les renseignements dont l'autre lui a fait part ou dans quelle mesure il doit les considérer comme confidentiels.

58. Ceux des règlements de conciliation en vigueur qui traitent de ce problème délicat le font de façons très diverses, selon la conception de la conciliation et du rôle du conciliateur sur laquelle ils sont fondés. Lorsque le conciliateur est considéré comme un médiateur assurant en quelque sorte les fonctions de messenger et dont la tâche est de rapprocher les parties, il serait déplacé qu'il ne communique pas les renseignements qu'il a reçus, sauf peut-être dans le cas où l'une des parties a formulé des propositions en vue d'un règlement en précisant qu'elle ne voulait pas qu'elles soient divulguées. Néanmoins, lorsque le conciliateur a un rôle plus actif à jouer, il semble justifié que l'obligation du secret soit plus stricte.

59. C'est cette deuxième conception du rôle du conciliateur qui a été retenue à l'article 17 qui, en règle générale, laisse au conciliateur le soin de décider dans quelle mesure il convient ou non qu'il divulgue les renseignements. Il semble raisonnable de lui conférer des pouvoirs discrétionnaires en la matière étant donné que c'est lui qui est le mieux à même de déterminer les mesures qu'il y a lieu de prendre pour parvenir à un règlement amiable. Toutefois, ces pouvoirs discrétionnaires sont limités dans la mesure où une partie indique expressément qu'elle lui fait part de certains renseignements à titre confidentiel.

Article 18 (Propositions en vue du règlement)

Article 19 (Accord de règlement)

60. Les articles 18 et 19 indiquent dans leurs grandes lignes les procédures susceptibles de faire aboutir la

tentative de conciliation. L'article 18 prévoit que le conciliateur peut faire des propositions en vue du règlement du litige; de façon à conserver à la procédure un caractère informel, il peut faire ces propositions oralement et n'est pas tenu de les accompagner d'une déclaration explicative.

61. Le paragraphe 1 de l'article 19 invite le conciliateur à formuler les termes d'un règlement éventuel lorsque la procédure est suffisamment avancée. Si les parties acceptent les termes de ce règlement, elles rédigent un accord de règlement, éventuellement avec l'aide du conciliateur, ou elles peuvent, si elles le désirent, confier au conciliateur le soin de rédiger ledit accord. Si un accord écrit de règlement est exigé, ce n'est pas seulement pour que les parties puissent le signer, mais également pour éviter toute incertitude ou tout différend au sujet des termes exacts du règlement. Ce document doit contenir uniquement les termes du règlement et ne rend pas compte de la procédure (comme l'exigent certains règlements en vigueur dans le cadre d'une procédure de conciliation plus formelle).

62. Conformément au paragraphe 3, l'accord de règlement devient obligatoire pour les parties dès que celles-ci l'ont signé. Il déploie les mêmes effets juridiques que tout autre accord ou contrat liant les parties. Mais sa force exécutoire n'est pas égale à celle d'une "sentence arbitrale rendue d'accord partie" (comme cela est prévu dans au moins un règlement de conciliation). Le point de savoir si les parties pourraient néanmoins le faire reconnaître et appliquer facilement en l'invoquant comme accord des parties dans une procédure d'arbitrage dépend des règles d'arbitrage et du droit applicable.

Article 20 (Caractère confidentiel)

63. L'article 20 traite du deuxième aspect du caractère confidentiel de la procédure visé plus haut (voir par. 57). Sous réserve d'un accord entre les parties ou des exigences de la législation, il interdit de divulguer à autrui toute question touchant la procédure de conciliation. Le fait que le caractère confidentiel de la procédure soit ainsi garanti devrait favoriser un règlement amiable entre les parties dans le cadre d'une procédure informelle menée avec l'assistance d'un tiers. Toutefois, certains règlements de conciliation en vigueur autorisent une certaine publicité et encouragent parfois des communications à certains organes, dans le but, par exemple, d'exercer une influence extérieure sur les parties pour que celles-ci acceptent une proposition de règlement.

D. — FIN DE LA PROCÉDURE DE CONCILIATION ET FRAIS

Article 21 (Fin de la procédure de conciliation)

Article 22 (Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire)

64. L'article 21 indique les diverses manières par lesquelles il peut être mis fin à la procédure de conciliation ainsi que la date à laquelle la procédure prend effectivement fin. Dans l'intérêt général des parties et du conciliateur, il importe que la durée de la procédure soit clairement définie; ceux-ci savent ainsi exactement

jusqu'à quel point leur comportement est régi par le règlement de conciliation. L'importance particulière de l'article 21 apparaît lorsqu'on le rapproche de la règle énoncée à l'article 22, qui interdit le recours à une procédure arbitrale ou judiciaire tant que dure la procédure de conciliation.

65. Les articles 21 et 22 traitent de la délicate question de savoir si le recours à la conciliation a un effet obligatoire et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. Les règlements en vigueur varient à cet égard, les plus libéraux permettant à l'une ou l'autre des parties de mettre fin à tout moment à la procédure, avec effet immédiat, alors que d'autres imposent divers types d'obligations, par exemple celle de participer à la procédure pendant une période prédéterminée ou jusqu'à ce qu'une proposition de règlement ait été rejetée.

66. La règle énoncée aux articles 21 et 22 s'inspire du principe de la liberté absolue des parties et du caractère volontaire de la conciliation. Elle est également fondée sur la conviction que si l'on contraint les parties à continuer à participer à la procédure, et, à plus forte raison, si on veut avoir recours à la conciliation alors que l'une des parties se montre passive ou crée des difficultés, on n'aboutira pas à un véritable règlement.

67. L'article 21 permet donc non seulement aux deux parties agissant d'un commun accord mais également à l'une ou l'autre des parties agissant individuellement de mettre fin à la procédure de conciliation. Celle-ci peut en outre prendre fin par une déclaration du conciliateur, si celui-ci juge que l'effort de conciliation a échoué, et par la signature de l'accord de règlement.

Article 23 (Frais)

Article 24 (Honoraires du conciliateur)

Article 25 (Consignation du montant des frais)

68. Les articles 23 à 25 ont trait à la fixation des frais de conciliation et à la consignation du montant desdits frais. Ces dispositions s'inspirent de celles adoptées dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (art. 38 à 41), modifiées pour tenir compte de la nature propre de la procédure de conciliation. Par exemple, les frais de conciliation n'englobent les frais encourus pour une expertise que si cette expertise a été demandée par le conciliateur après consultation avec les parties (art. 23, par. 1, b; à comparer avec l'article 38, a, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Cette disposition reflète le fait, déjà mentionné plus haut, que le conciliateur ne dispose que de pouvoirs limités pour désigner des experts (voir le paragraphe 52 ci-dessus; à comparer avec l'article 27, par. 1, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

69. Une autre différence est la nette distinction établie entre le conciliateur unique ou le conciliateur-président (dont les honoraires sont compris dans les frais de conciliation) et les deux conciliateurs nommés par les parties (dont les honoraires sont normalement exclus du calcul des frais, en raison des liens étroits qu'ils entretiennent avec les parties). En outre, dans une procédure de conciliation, quelle qu'en soit l'issue, il n'y a pas de partie "gagnante" ni de partie "perdante". Les frais sont donc répartis également entre les parties

(art. 23, par. 2), alors que les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie qui succombe (voir art. 40, par. 1, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Il se peut, toutefois, que des circonstances particulières exigent une répartition différente des frais de conciliation. C'est une question dont les parties peuvent elles-mêmes convenir, le cas échéant en en faisant un élément du règlement global du litige consigné dans l'accord de règlement.

E. — EXCLUSIONS DANS LES PROCÉDURES ARBITRALES OU JUDICIAIRES

Article 26 (Rôle du conciliateur dans une procédure subséquente)

70. L'article 26 interdit au conciliateur de remplir certaines fonctions dans une procédure arbitrale ou judiciaire subséquente portant sur le même litige, dont le déroulement ou l'issue pourrait être influencé par ses activités antérieures en qualité de conciliateur. De cette manière, la crainte de désavantages ultérieurs ne vient pas contrarier la procédure de conciliation. Le cas où l'incompatibilité serait la plus évidente serait celui où le conciliateur serait appelé à remplir les fonctions d'arbitre une fois que la procédure de conciliation aurait échoué. Dans ce cas, l'intégrité et l'impartialité que l'on attend d'un arbitre pourraient être compromises, du fait, par exemple, qu'il a connaissance de ce que l'une des parties a admis ou suggéré au cours de la procédure de conciliation ou qu'il a lui-même avancé des propositions de règlement concernant une règle juridique sur laquelle il est à nouveau appelé à se prononcer.

71. Si la plupart des règlements de conciliation prévoient que le conciliateur ne pourra pas par la suite remplir les fonctions d'arbitre (parfois en exigeant que le conciliateur signe un engagement sur ce point lorsqu'il est nommé), il semble également raisonnable d'interdire au conciliateur de remplir les fonctions de représentant ou de conseil ou encore de témoigner. En effet, même si ce que le conciliateur a appris au cours de la procédure de conciliation a peu de chance d'influencer son comportement à l'égard des parties, il convient de ne laisser planer aucun doute, si faible soit-il, à ce sujet.

72. En outre, les parties peuvent toujours convenir de laisser le conciliateur remplir ces fonctions, la règle énoncée à l'article 26 n'ayant d'autre but que d'assurer leur protection. C'est ce qu'elles feront sans doute, par exemple, si le fait que le conciliateur connaît bien le litige est considéré comme un avantage et non pas comme un inconvénient ou si la tentative de conciliation a échoué assez rapidement, sans que le conciliateur y ait beaucoup participé.

Article 27 (Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure)

73. L'article 27 vise les mêmes fins que l'article 26, à savoir faire en sorte que les négociations menées dans un esprit de conciliation ne soient pas contrariées par la crainte de désavantages ultérieurs. L'article 26 traite de l'aspect personnel puisqu'il restreint le rôle susceptible d'être joué par la suite par le conciliateur, alors que l'article 27 a trait aux renseignements de fond ou aux vues exprimées au cours de la procédure de conciliation. Il tente d'apporter une réponse à une question difficile, celle de savoir dans quelle mesure ces renseignements doivent être déclarés irrecevables dans d'autres procédures parce que susceptibles de désavantager l'une des parties.

74. La plupart des règlements de conciliation en vigueur, s'ils ne les passent totalement sous silence, traitent de ce problème en termes plutôt vagues du genre: "rien de ce qui a été révélé à l'occasion de la procédure de conciliation ne portera en aucune manière préjudice aux droits de l'une quelconque des parties, que ce soit devant un tribunal d'arbitrage ou un tribunal judiciaire". Ce libellé semble trop restrictif dans la mesure où il n'y a pas que les effets de la divulgation sur les droits des parties qui soient en jeu; la divulgation peut entraîner d'autres désavantages pour une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire.

75. D'un autre côté, cette règle semble trop large dans la mesure où elle englobe "tout ce qui a été révélé", ce qui recouvre, par exemple, les renseignements figurant dans une expertise ou un rapport établi après examen de marchandises qui n'existent plus au moment où l'autre procédure a lieu. Dans ce cas, il semblerait raisonnable et même nécessaire que ces éléments de preuve soient recevables dans l'autre procédure.

76. L'article 27 vise donc à définir certaines catégories de renseignements qui ne seraient pas recevables dans une autre procédure. Compte tenu de l'objectif visé, il confère un caractère confidentiel à divers types de renseignements ou à diverses déclarations faites par les parties dans le but de parvenir à un accord de règlement. Tous les éléments indiqués ont ceci de commun qu'ils risquent de porter préjudice à l'une ou l'autre des parties, ce qui justifie qu'ils soient déclarés irrecevables dans une autre procédure.

77. En conclusion, il convient de noter qu'à deux égards la portée de l'article 27 est plus vaste que celle de l'article 26. En effet, il ne vise pas uniquement les procédures subséquentes ni, ce qui est encore plus important du point de vue pratique, les procédures ayant trait au litige qui a été soumis à la procédure de conciliation. Cette portée plus vaste semble se justifier, car il se peut qu'un certain aspect juridique ou un certain fait qui a été admis ou qui entre dans une proposition de règlement soit pertinent dans un autre contexte faisant l'objet d'une autre procédure, peut-être contemporaine de la procédure de conciliation.