



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**

Trente-troisième session
New York, 12 juin-7 juillet 2000

**Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa
trente-deuxième session
(Vienne, 20-31 mars 2000)**

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-16	3
II. Délibérations et décisions	17-116	6
A. Conciliation	18-59	6
1. Considérations générales	18-21	6
2. Recevabilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures	22-30	6
3. Rôle du conciliateur dans une procédure arbitrale ou judiciaire	31-37	8
4. Caractère exécutoire des accords de transaction conclus dans une procédure de conciliation	38-40	9
5. Autres questions pouvant se prêter à une harmonisation	41-59	10
a) Admissibilité et opportunité de la conciliation par des arbitres	41-44	10
b) Effet d'une convention de conciliation sur la procédure judiciaire ou arbitrale	45-49	11
c) Effet de la conciliation sur le délai de prescription	50-53	12
d) Communication entre le conciliateur et les parties; révélation d'informations	54-55	12
e) Rôle du conciliateur	56-59	13
B. Force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires	60-79	14
1. Considérations générales	60-66	14
2. Nécessité d'un régime uniforme	67-69	15

Table des matières (*suite*)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
3. Éléments d'une disposition uniforme éventuelle	70-79	16
C. Portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par le tribunal arbitral et procédures d'octroi	80-84	18
D. Proposition relative à l'élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal judiciaire pour appuyer l'arbitrage	85-87	19
E. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage	88-99	20
F. Convention d'arbitrage "écrite" et commerce électronique	100-106	24
G. Questions qui pourraient faire l'objet de travaux futurs	107-114	26
H. Questions diverses	115-116	29

I Introduction

1. Au cours de sa trente et unième session, la Commission a organisé, le 10 juin 1998, la Journée de la Convention de New York pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958). Outre des représentants des États membres de la Commission et des observateurs, quelque 300 invités ont participé à cette commémoration. L'allocution d'ouverture a été prononcée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. En sus des discours prononcés par d'anciens participants à la Conférence diplomatique ayant adopté la Convention, des exposés ont été présentés par d'éminents spécialistes des questions d'arbitrage sur des sujets tels que la promotion de la Convention, son adoption et son application. Des exposés ont également été faits sur des points que la Convention ne traite pas, tels que l'interaction entre cette dernière et d'autres textes juridiques internationaux sur l'arbitrage commercial international, et les problèmes rencontrés dans la pratique mais non traités dans les textes existants sur l'arbitrage, de caractère législatif ou autre.¹

2. Dans les exposés présentés lors de cette Journée, diverses propositions ont été avancées visant à présenter à la Commission certains des problèmes recensés dans la pratique afin qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et possible qu'elle entreprenne des travaux.

3. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission, se reportant aux échanges de vues qui avaient eu lieu lors de la Journée de la Convention de New York, a estimé qu'il serait utile de débattre des travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session en 1999. Elle a prié le secrétariat d'établir une note qui servirait de base à ces débats.²

4. À sa trente-deuxième session, la Commission était saisie de la note demandée, intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (document A/CN.9/460). Cette note était fondée sur les idées, propositions et observations présentées à différentes occasions, telles que la Journée de la Convention de New York, le Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial (Paris, 3-6 mai 1998),³ et d'autres conférences et réunions internationales, comme la Conférence "Freshfields" de 1998.⁴ Elle examinait certains des problèmes et questions notés dans la pratique arbitrale afin que la Commission puisse plus facilement déterminer si elle souhaitait inscrire l'une quelconque de ces questions à son programme de travail.

5. La Commission a accueilli avec intérêt la note du secrétariat et s'est félicitée de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international. Il a été jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de

¹ *Exécution des sentences arbitrales dans le cadre de la Convention de New York: Expérience et perspectives* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.2).

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17 (A/53/17)*, par. 235.

³ *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 9*, Kluwer Law International, 1999.

⁴ Gerold Herrmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" *Arbitration International*, vol. 15 (1999), n° 3, p. 211.

conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règlements et pratiques en matière d'arbitrage.

6. Les sujets possibles examinés par la Commission étaient les suivants:
- a) Conciliation (A/CN.9/460, par. 8 à 19; A/54/17, par. 340 à 343);
 - b) Prescription de la forme écrite (A/CN.9/460, par. 20 à 31; A/54/17, par. 344 à 350);
 - c) Arbitrabilité (A/CN.9/460, par. 32 à 34; A/54/17, par. 351 à 353);
 - d) Immunité de l'État souverain (A/CN.9/460, par. 35 à 50; A/54/17, par. 354 et 355);
 - e) Jonction de plusieurs instances arbitrales (A/CN.9/460, par. 51 à 60; A/54/17, par. 356 et 357);
 - f) Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales (A/CN.9/460, par. 62 à 71; A/54/17, par. 358 et 359);
 - g) Demandes aux fins de compensation (A/CN.9/460, par. 72 à 79; A/54/17, par. 360 et 361);
 - h) Décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets (A/CN.9/460, par. 80 à 91; A/54/17, par. 362 et 363);
 - i) Responsabilité des arbitres (A/CN.9/460, par. 92 à 100; A/54/17, par. 364 à 366);
 - j) Pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts (A/CN.9/460, par. 101 à 106; A/54/17, par. 367 à 369);
 - k) Frais d'arbitrage (A/CN.9/460, par. 107 à 114; A/54/17, par. 370);
 - l) Force exécutoire des mesures provisoires et conservatoires (A/CN.9/460, par. 115 à 127; A/54/17, par. 371 à 373);
 - m) Possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (A/CN.9/460, par. 128 à 144; A/54/17, par. 374 à 376).

7. À divers stades des débats, il a été proposé d'ajouter aux sujets figurant dans le document A/CN.9/460 d'autres sujets que la Commission pourrait utilement examiner à un stade ultérieur approprié (A/54/17, par. 339).

8. La Commission a mené ses débats sans avoir d'idée arrêtée sur la forme définitive que pourraient prendre ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions sur ce point devraient être prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées se préciserait. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d'un texte législatif (par exemple des dispositions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple une règle contractuelle type ou un guide de pratique). On a souligné que, même si l'on envisageait un traité international, l'intention n'était pas de modifier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Il a été estimé que, même si, finalement, aucun nouveau texte uniforme n'était établi, un débat approfondi auquel prendraient part des représentants de tous les grands systèmes juridiques, sociaux et économiques représentés à la Commission – qui pourraient éventuellement faire des suggestions visant à promouvoir une interprétation uniforme – constituerait une contribution utile pour la pratique de l'arbitrage commercial international. Il est rendu compte des débats de la Commission sur ces questions dans le document A/54/17 (par. 337 à 376 et 380).

9. Au terme du débat sur les travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage commercial international, il a été convenu que le Groupe de travail devrait examiner en priorité la conciliation (A/54/17, par. 340 à 343), la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage (A/54/17, par. 344 à 350), la force exécutoire des mesures provisoires ou

conservatoires (A/54/17, par. 371 à 373) et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (A/54/17, par. 374 et 375). Le secrétariat devrait établir, pour la première session du Groupe de travail, les documents nécessaires pour étudier au moins deux, éventuellement trois, de ces quatre sujets. Quant aux autres questions abordées dans le document A/CN.9/460, ainsi que celles proposées lors de la trente-deuxième session de la Commission (A/54/17, par. 339) qui n'ont pas été jugées prioritaires, le Groupe de travail devrait décider du moment et de la manière de les traiter.

10. La Commission a confié la tâche à un groupe de travail devant prendre le nom de "Groupe de travail sur l'arbitrage" et a prié le secrétariat d'établir les documents nécessaires pour cette réunion.

11. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-deuxième session à Vienne du 20 au 31 mars 2000. Ont assisté à la session les représentants des États Membres suivants: Allemagne, Autriche, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Honduras, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Lituanie, Mexique, Nigéria, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan et Thaïlande.

12. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Arabie saoudite, Argentine, Canada, Costa Rica, Cuba, Danemark, Indonésie, Liban, Maroc, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Rwanda, Slovaquie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine et Venezuela.

13. Étaient également représentées par des observateurs les organisations internationales suivantes: Commission économique pour l'Europe; Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international; Chambre de commerce internationale (CCI); Chartered Institute of Arbitrators; Commission de travail sur l'article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain; Conseil international pour l'arbitrage commercial; Cour permanente d'arbitrage; Fédération internationale des institutions d'arbitrage commercial.

14. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique);

Rapporteur: M. V. G. HEDGE (Inde).

15. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.107) et rapport du Secrétaire général intitulé "Règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux: conciliation, mesures provisoires ou conservatoires, forme écrite de la convention d'arbitrage" (A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1).

16. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration éventuelle de textes harmonisés sur la conciliation, les mesures provisoires et conservatoires et la forme écrite des conventions d'arbitrage.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

II. Délibérations et décisions

17. Le Groupe de travail a examiné le point 3 de l'ordre du jour sur la base du rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1). Il est rendu compte des délibérations et conclusions du Groupe de travail sur ce point ci-après.

A. Conciliation

1. Considérations générales

18. Le Groupe de travail a pris note des déclarations selon lesquelles la conciliation ou la médiation étaient utilisées de plus en plus souvent pour régler des litiges commerciaux, que le recours à de telles méthodes non contentieuses de règlement des litiges méritait d'être promu et que les travaux de la Commission dans ce domaine devraient être axés sur cette promotion. Il a été noté que la conciliation, soit était indépendante de toute procédure judiciaire ou arbitrale, soit s'inscrivait dans le cadre d'une telle procédure, ou y était étroitement liée, et que des solutions à retenir devraient tenir compte de ce fait.

19. Il a été dans l'ensemble convenu que le terme "conciliation" devrait être interprété dans un sens large, englobant divers types de procédures dans lesquels une personne ou un groupe de personnes étaient invités par les parties en litige à les aider de manière indépendante et impartiale à arriver à un règlement amiable. Il a été convenu dans l'ensemble que de telles procédures différaient, selon les techniques procédurales utilisées pour faciliter un règlement, et que diverses expressions pouvaient être utilisées pour les désigner, par exemple: "médiation", ou d'autres expressions désignant des méthodes de règlement des litiges non contraignantes.

20. Il a été jugé dans l'ensemble que les décisions quant à la forme du texte qui serait élaboré devraient être prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions envisagées serait plus claire. Toutefois, il a été noté que, pour un certain nombre des questions qu'il était proposé d'examiner dans ce domaine, des dispositions législatives types semblaient être la solution appropriée.

21. Il a été convenu au sein du Groupe de travail que l'applicabilité d'éventuelles règles uniformes devrait être limitée aux questions commerciales. Il a été avancé qu'un moyen approprié de définir quelles questions devaient être considérées comme commerciales était d'adopter une disposition souple, telle que celle qui figurait à la note relative à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

2. Recevabilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures (A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 18 à 28).

22. Des déclarations générales ont été faites selon lesquelles il faudrait préserver la confidentialité des informations présentées par les parties durant la conciliation. Il a été noté que la confidentialité pouvait poser des problèmes dans différents contextes: a) dans les circonstances visées à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI; b) en tant qu'obligation générale imposée au conciliateur et aux parties de garder confidentielles toutes les questions relatives à la procédure de conciliation (une telle obligation est énoncée à l'article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI); et c) dans les cas où une partie donne des informations au conciliateur à la condition expresse qu'elles restent confidentielles et que le conciliateur (conformément à l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI) ne les divulgue pas à l'autre partie. Le débat au sein du Groupe de travail a été axé sur les cas visés à l'alinéa a) ci-dessus, qui étaient traités à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Il n'y a pas eu de débat ni de

décision prise à propos de l'élaboration d'une règle uniforme énonçant une obligation générale de garder confidentielles les questions liées à la procédure de conciliation (article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI). (Pour ce qui est des informations données par une partie au conciliateur à la condition expresse qu'elles restent confidentielles, voir ci-après, par. 54 et 55).

23. Il a été convenu que l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI constituait une bonne base pour la rédaction d'une disposition législative type sur la recevabilité de certains moyens de preuve oraux et écrits dans les procédures judiciaires ou arbitrales. Il ne faisait aucun doute au sein du Groupe de travail que la disposition qui serait élaborée serait soumise à l'autonomie des parties.

24. Afin d'éviter d'élaborer une disposition législative type trop détaillée, il a été proposé de ne pas énumérer les types de faits auxquels s'appliquerait la disposition, mais plutôt d'employer un libellé plus général, se fondant sur la loi nationale applicable régissant la recevabilité. Toutefois, on a craint qu'une telle approche ne soit pas suffisamment certaine, notamment parce que la loi applicable en matière de preuve ne serait peut-être elle-même pas suffisamment claire, ou parce que les parties ne la connaîtraient peut-être pas bien.

25. Il a été jugé que la disposition type qui serait élaborée devrait traiter des cas où les parties étaient convenues d'une règle telle que celle qui figure à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI (et donner ainsi un cadre législatif à cette convention), ainsi que des cas où les parties entamaient une conciliation sans être convenues d'une telle règle. Dans les deux cas, a-t-on déclaré, la règle uniforme devrait avoir pour objet d'éviter que certains faits (notamment ceux qui sont mentionnés à l'article 20 du Règlement de conciliation) ne "rejaillissent" sur une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Pour ce qui est des cas où les parties n'étaient pas convenues d'une règle telle que l'article 20 du Règlement de conciliation, il a été proposé que la disposition type énonce qu'il était implicite dans la convention de conciliation que les parties s'engageaient à ne pas invoquer dans une procédure arbitrale ou judiciaire ultérieure des éléments de preuve concernant des faits du type de ceux qui seraient spécifiés dans ladite disposition. Afin de veiller à ce que les tribunaux et les tribunaux arbitraux donnent effet à cette convention implicite, il a été proposé de disposer également que ces éléments de preuve ne seraient pas recevables et que la divulgation de ces faits ne serait pas ordonnée par le tribunal arbitral ou judiciaire. À cet égard, il a également été proposé que la disposition type traite des cas où ce n'était pas une partie à la conciliation, mais un tiers, par exemple le sous-traitant d'une partie, qui tentait d'invoquer dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure des avis, admissions ou propositions faits pendant la procédure de conciliation.

26. Il a été proposé de préciser dans la disposition type qu'elle s'appliquerait aux faits qui y seraient spécifiés, qu'ils soient ou non portés sur un document.

27. Pour les cas où des éléments de preuve seraient présentés en contravention à la disposition législative à élaborer, il a été jugé que le tribunal judiciaire ou arbitral devrait ordonner que ces éléments de preuve ne soient pas recevables et soient ignorés. D'autres sanctions seraient sans doute possibles si une partie contrevenait à la disposition législative concernant l'exclusion de certains éléments de preuve, conformément à la loi applicable, mais la disposition type ne devait pas nécessairement traiter de ces sanctions.

28. Il a été noté que toute solution retenue devrait être suffisamment souple pour traiter comme il convient des différents cas où les parties pourraient prendre part à une procédure de conciliation, notamment ceux où les parties tentaient d'arriver à un règlement par la conciliation durant une procédure judiciaire ou arbitrale.

29. Il a été noté qu'une partie pouvait tenter de présenter, durant une procédure judiciaire ou arbitrale, des éléments de preuve irrecevables relatifs à des propositions ou avis déjà présentés par cette partie elle-même durant une procédure de conciliation antérieure et mentionner également les propositions ou avis présentés durant la conciliation par l'autre partie. Il a été jugé que les dispositions types qui seraient élaborées devraient être suffisamment larges pour englober ces cas.

30. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer pour sa prochaine session des projets de dispositions législatives fondés sur l'examen de cette question par le Groupe de travail.

3. Rôle du conciliateur dans une procédure arbitrale ou judiciaire

(A/CN.9/WG.II.108 par. 29 à 33)

31. Sur la question de savoir si une personne qui a rempli les fonctions de conciliateur peut ultérieurement être nommée arbitre, représenter une partie dans un arbitrage ou être citée comme témoin, il a été généralement convenu que l'article 19 du Règlement de conciliation de la CNUDCI constituait un bon point de départ pour l'examen d'une éventuelle disposition législative. On a fait observer que certains États établissaient une distinction claire entre les processus de conciliation et d'arbitrage et l'on a exprimé la crainte que, si le conciliateur pouvait ultérieurement remplir les fonctions d'arbitre, les parties soient moins enclines à faire preuve de franchise dans la conciliation et à échanger des informations, ce qui pourrait compromettre le succès de cette procédure. Dans d'autres États, la distinction entre les processus de conciliation et d'arbitrage n'était pas aussi nette.

32. Il a été proposé, d'entrée de jeu, de traiter séparément les rôles mentionnés à l'article 19 (arbitre, représentant ou conseil et témoin) puisque chacun appelait des considérations différentes. On a aussi fait valoir que, si certaines de ces questions pourraient être traitées de manière appropriée dans une disposition législative, d'autres auraient davantage leur place dans un code de conduite ou de déontologie, par exemple. Selon un avis, s'agissant de la fonction de représentant, la position générale devrait être que le conciliateur ne peut pas représenter une partie, sauf convention contraire des parties. Cette position encouragerait des échanges francs entre les parties et protégerait la confidentialité et l'intégrité des procédures de conciliation et d'arbitrage. Des considérations déontologiques pourraient également entrer en jeu dans ce domaine.

33. Pour ce qui était de la comparution du conciliateur comme témoin, il a été proposé que la position générale soit d'interdire aux parties ou à d'autres personnes d'exiger une telle comparution, bien que des exceptions puissent être nécessaires, comme par exemple, dans les procédures d'exécution de l'accord de transaction où il était allégué que cet accord avait été obtenu frauduleusement. À cet égard, toutefois, on a fait observer que la fraude pouvait avoir un caractère civil ou pénal et soulever des problèmes relevant du droit national. Toutes exceptions à la règle générale devraient être examinées avec soin. Il a aussi été noté, s'agissant des témoins, que les considérations pouvaient être différentes selon que ces derniers comparaissent dans une procédure arbitrale ou judiciaire. En outre, on s'est inquiété, d'une part, de savoir dans quelle mesure les parties pourraient convenir d'exclure un témoin de procédures subséquentes, arbitrales ou judiciaires, et d'autre part, de savoir si un engagement de la part du conciliateur de ne pas comparaître comme témoin serait effectif en toutes circonstances.

34. Pour ce qui était de la nomination du conciliateur comme arbitre, il a été proposé de l'interdire également sauf si les parties en convenaient autrement. Il a été noté, toutefois,

que dans certains cas les raisons devant amener le conciliateur à refuser de remplir les fonctions d'arbitre pourraient être d'ordre déontologique.

35. Une règle disposant que, sauf convention contraire entre les parties, le conciliateur ne peut pas remplir ces fonctions, a bénéficié d'un appui général. On a fait observer que l'élaboration d'une disposition législative dans ce sens présenterait l'avantage de garantir que la convention entre les parties aurait plein effet et serait respectée par toutes les parties et institutions concernées, y compris l'autorité de nomination et un tribunal. L'élaboration d'une règle prévoyant que les parties seraient réputées avoir convenu que le conciliateur ne devrait pas remplir ces fonctions a également bénéficié d'un certain appui.

36. Une autre question a été soulevée concernant l'extension des restrictions imposées au conciliateur à des affaires portant sur des contrats connexes ou d'autres litiges découlant du même contrat, point qui est examiné au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.II/WP.108. On a fait valoir qu'il s'agissait là d'un sujet très complexe qui posait de difficiles problèmes quant à la manière de définir la relation entre les différents contrats et litiges. On a fait observer qu'il serait nécessaire d'examiner chaque cas d'espèce pour déterminer, par exemple, dans quelle mesure un litige soulevait des questions relatives au contrat principal et dans quelle mesure le conciliateur était tenu d'examiner des questions relatives de manière essentielle à ce contrat. Selon une autre opinion, les questions soulevées dans ce domaine pourraient être traitées de façon plus appropriée dans les règles de publicité ou les codes de déontologie. Certaines délégations se sont déclarées en faveur de l'omission de cette question dans des règles législatives mais, de l'avis général, il conviendrait de demander au secrétariat de l'étudier plus à fond afin de voir si l'on pouvait trouver une formulation générale appropriée.

37. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'une disposition fondée sur l'article 19 devrait être rédigée, compte tenu de ses délibérations.

4. Caractère exécutoire des accords de transaction conclus dans une procédure de conciliation (A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 34 à 42)

38. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si un accord conclu pendant une conciliation devrait être traité comme un titre exécutoire équivalent, ou analogue, à une sentence arbitrale. Les opinions sur cette question ont divergé. Selon un avis, il était souhaitable d'accroître l'intérêt pour la conciliation et donc de donner à l'accord de transaction les effets d'un titre exécutoire. Un certain nombre d'États avaient adopté une législation à cet effet et il a été jugé souhaitable de tenir compte de leur expérience positive et de rédiger une disposition type harmonisée à l'intention d'autres États pouvant souhaiter l'appliquer.

39. Selon une autre opinion, bien qu'il fût souhaitable de promouvoir le recours à la conciliation, il n'était pas possible d'élaborer une règle uniforme qui fonctionne et la question devrait donc être réglée par chaque État dans sa propre législation. Il serait difficile, a-t-on déclaré, de faire une distinction dans une disposition législative entre les accords de transaction devant être considérés comme des titres exécutoires et ceux qui ne devraient pas bénéficier d'un tel traitement spécial. On a également jugé inapproprié de mettre sur le même plan les accords conclus dans le cadre d'une conciliation et les sentences arbitrales en raison des différences fondamentales qui existaient entre l'arbitrage et la conciliation. De plus, de l'avis de certaines délégations, il était inutile de traiter les accords conclus dans une conciliation comme des titres exécutoires puisque dans de nombreux États il y avait des moyens simples de donner force exécutoire à un accord entre des parties (par exemple en transformant l'accord en acte notarié ou en obtenant une

sanction judiciaire). En outre, si les parties souhaitaient donner force exécutoire à leur accord de transaction, il leur était souvent assez facile d'engager une procédure arbitrale ayant pour seul but de transformer cet accord en sentence arbitrale d'accord parties. En réponse à ces arguments, on a fait valoir que ces possibilités n'existaient pas dans certains pays ou entraînaient des difficultés que des parties à des opérations internationales pourraient souhaiter éviter. Par ailleurs, il arrivait que les parties n'exploitent pas ces possibilités au moment de l'accord de transaction et que la nécessité de faire exécuter celui-ci n'apparaisse qu'ultérieurement lorsqu'une partie refusait de respecter ses engagements. On a aussi fait observer qu'il existait déjà dans un certain nombre d'États des lois qui considéraient les accords conclus à l'occasion d'une conciliation comme des titres exécutoires, et qui fonctionnaient de façon satisfaisante.

40. Après un débat, l'opinion qui a prévalu a été qu'il serait prématuré de décider de ne pas établir la règle uniforme proposée, et le secrétariat a donc été prié d'élaborer des projets de dispositions, comportant éventuellement des variantes, que le Groupe de travail examinerait à sa prochaine session. Ces dispositions devraient porter sur l'exécution d'un accord, quel que soit le pays dans lequel cet accord a été conclu. Plusieurs suggestions ont été faites concernant l'établissement de ces projets. Il a été notamment proposé que l'accord de transaction soit rédigé par écrit ou sous une forme équivalant à l'écrit et qu'il soit signé ou authentifié par les parties et le conciliateur. Selon une autre proposition, l'accord devrait être soumis aux dispositions législatives régissant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Selon une autre suggestion encore, au lieu de soumettre les accords de transaction conclus dans une conciliation aux dispositions relatives aux sentences arbitrales, il conviendrait d'établir une disposition spéciale les concernant; les articles 35 et 36 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international constituaient un bon modèle à cet égard. Lors de l'examen de cette dernière, il a été proposé d'adapter l'article 36 de la Loi type aux caractéristiques des accords de transaction en limitant les motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'un accord de transaction à l'incapacité d'une partie ou à une violation de l'ordre public. Un autre motif invoqué a été la non-arbitrabilité du différend. Certains ont estimé que la procédure d'exécution d'un accord de transaction devrait relever de la loi de l'État concerné.

5. Autres questions pouvant se prêter à une harmonisation

a) Admissibilité et opportunité de la conciliation par des arbitres (A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 44 à 48)

41. Le Groupe de travail a noté que les avis étaient très divers sur le point de savoir s'il était souhaitable qu'un arbitre fasse office de conciliateur dans une procédure arbitrale et qu'il serait donc difficile d'arriver à une solution commune. Selon un avis, il fallait établir une distinction entre le cas où un arbitre recommandait le recours à un conciliateur afin d'arriver à un règlement et le cas où l'arbitre s'acquittait lui-même de cette fonction. S'il fallait encourager l'arbitre à recommander le recours à un conciliateur, car il était le mieux à même de décider si une telle mesure serait appropriée et aurait des chances de succès, il n'était pas souhaitable que l'arbitre fasse office de conciliateur, car des compétences et qualités différentes étaient requises pour ces deux fonctions. Il a également été avancé qu'une telle pratique pourrait poser des problèmes de procédure, par exemple lorsqu'un arbitre faisant fonction de conciliateur recommandait un règlement qui était ensuite rejeté, car cette personne devrait alors arbitrer le litige. Il a été répondu à ces objections que, dans

les juridictions et institutions où cette pratique était autorisée, il ne semblait pas qu'elle ait entravé le processus de règlement des litiges.

42. Selon un autre avis, l'arbitre devrait être autorisé à faire office de conciliateur et, en vertu de la loi d'un certain nombre de pays, il avait en fait le devoir de tenter de procéder à une conciliation en cas de litige soumis à l'arbitrage. Il a été jugé que, l'arbitre étant le mieux à même de connaître les faits et les circonstances de l'espèce, l'option la plus économique était qu'il fasse office de conciliateur, plutôt que de renvoyer les parties à un conciliateur étranger à la procédure arbitrale qui ne connaîtrait pas aussi bien l'affaire et devrait la reprendre depuis le début.

43. On a noté qu'il y avait une autre distinction à établir entre le cas où un arbitre prenait l'initiative d'une conciliation et celui où les parties lui demandaient d'agir ainsi. Selon un avis, l'accent devrait être mis sur l'autonomie des parties et l'arbitre ne devrait être autorisé à faire office de conciliateur que lorsque les parties en convenaient.

44. Sur le point de savoir s'il ne serait souhaitable d'élaborer une disposition législative à ce propos, selon un avis, les travaux de la Commission ne devraient pas avoir pour objet d'unifier les pratiques en matière d'arbitrage et de conciliation et aucune règle uniforme ne devrait donc être élaborée. Toutefois, selon un autre avis, il serait utile d'élaborer une règle uniforme dont l'objet serait de reconnaître l'autonomie des parties et de préciser qu'il n'était pas incompatible avec le rôle du tribunal arbitral de poser la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en convenaient, de participer aux efforts en vue d'arriver à un règlement amiable. Il a été convenu que le secrétariat élaborerait un projet de dispositions de cet ordre, peut-être accompagné de variantes.

b) Effet d'une convention de conciliation sur la procédure judiciaire ou arbitrale (A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 49 à 52)

45. Le Groupe de travail a étudié si, lorsque les parties convenaient de résoudre un litige par la conciliation (par opposition à une procédure arbitrale ou judiciaire), il était souhaitable que la loi considère cette convention comme liant les parties, c'est-à-dire qu'une partie ne serait pas libre d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire avant de s'être acquittée de son engagement à suivre une procédure de conciliation.

46. Un certain appui a été exprimé en faveur de l'avis selon lequel, vu que la conciliation était considérée comme une des méthodes préférées de règlement des litiges, la loi devrait traiter les conventions de conciliation comme liant les parties; il faudrait donc élaborer une disposition uniforme à cet effet.

47. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, la conciliation devrait être considérée comme un processus volontaire, en ce sens que les parties ne devraient être tenues de suivre une procédure de conciliation que si et dans la mesure où elles estimaient qu'il y avait des chances d'arriver à un règlement. Toute notion selon laquelle il faudrait "paralyser" une procédure arbitrale ou judiciaire tant que les parties n'étaient pas passées par la conciliation, susciterait certainement plus d'inconvénients que d'avantages; il ne faudrait donc pas élaborer de règle uniforme aux termes de laquelle les conventions de conciliation seraient considérées comme liant les parties. Conformément à ces avis, il a été avancé qu'aucune disposition uniforme n'était nécessaire, car les règlements de conciliation (par exemple l'article 15 du Règlement de conciliation de la CNUDCI) autorisaient en général une partie à mettre fin à une procédure de conciliation. Selon une autre suggestion, il serait peut-être utile d'énoncer une disposition législative uniforme qui préciserait qu'une partie est libre de mettre fin à la procédure de conciliation. Selon un avis, une disposition

uniforme devrait préciser que si, durant la procédure de conciliation, une partie entamait une procédure arbitrale ou judiciaire, cet acte serait réputé mettre fin à la procédure de conciliation.

48. Certains participants ont appuyé une disposition qui reconnaîtrait la validité d'une convention expresse des parties limitant leur liberté d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire tant qu'elles ne se seraient pas conformées à leur obligation de conciliation.

49. Après un débat, le secrétariat a été prié d'élaborer des variantes d'une disposition uniforme tenant compte des avis du Groupe de travail.

c) **Effet de la conciliation sur le délai de prescription**

(A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 53 à 55)

50. Le Groupe de travail a étudié s'il serait souhaitable d'élaborer une règle uniforme disposant que l'ouverture d'une procédure de conciliation interromprait le cours des délais de prescription concernant l'affaire faisant l'objet de la conciliation.

51. L'élaboration d'une telle disposition a reçu un certain appui. Il a été jugé que la situation qui découlerait d'une telle disposition serait préférable à celle où une partie était obligée d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, uniquement pour préserver ses droits. Il était souhaitable d'élaborer une telle disposition, car elle permettrait de promouvoir le recours à la conciliation et protégerait les intérêts légitimes des parties qui y recouraient.

52. Toutefois, tout en exprimant leur sympathie pour les objectifs de la disposition proposée, certains ont émis des doutes quant à sa faisabilité, notamment pour les raisons suivantes: il serait difficile de définir le moment où la procédure de conciliation commençait, moment qui déclenchait l'interruption du cours du délai de prescription; il serait difficile aussi de définir le moment où elle s'achevait, moment où le délai de prescription recommençait à courir; la disposition uniforme proposée aurait des incidences sur les règles nationales de procédure (dont certaines étaient de caractère impératif) et il s'agissait là d'un domaine où les États étaient moins disposés à accepter des concepts unifiés que dans le cas des règles de fond; et il serait nécessaire de déterminer la relation entre la disposition uniforme proposée et les traités internationaux régissant la prescription.

53. Après un débat et compte tenu des difficultés que susciterait l'élaboration d'une disposition largement acceptable sur la question à l'examen, le Groupe de travail a estimé qu'il serait bon d'étudier la question plus avant. Il a été jugé que la règle serait plus facilement acceptable si le délai de prescription était suspendu du fait de la procédure de conciliation et continuerait de courir après la fin de cette procédure. Le secrétariat a été prié d'élaborer un projet, accompagné peut-être de variantes, qui serait examiné par le Groupe de travail à sa session suivante.

d) **Communication entre le conciliateur et les parties: révélation d'informations** (A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 56 à 60)

54. Le Groupe de travail a étudié s'il serait souhaitable d'élaborer une disposition uniforme précisant qu'il était conforme aux principes de l'égalité entre les parties a) que le conciliateur rencontre, soit les parties ensemble, soit chacune des parties séparément et b) que le conciliateur ne divulgue pas à toutes les parties les renseignements qui lui étaient communiqués par une partie à la condition expresse qu'ils restent confidentiels. Il a été noté que cette manière de procéder était expressément traitée aux articles 9 et 10 du

Règlement de conciliation de la CNUDCI. Selon un avis, les dispositions d'une Loi type devraient être plus souples que l'article 10 afin de ne pas empêcher les conciliateurs d'avoir recours à divers procédés utiles dans la pratique.

55. Il a été convenu au sein du Groupe de travail qu'une disposition dans ce sens serait utile car elle préciserait de manière opportune le caractère souple du processus de conciliation et éliminerait tout doute quant au caractère approprié de procédures telles que celles qui faisaient l'objet des articles 9 et 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Le secrétariat a été prié d'élaborer des projets de dispositions pour la prochaine session du Groupe de travail en prenant pour point de départ les articles 9 et 10 du Règlement de conciliation.

e) **Rôle du conciliateur** (A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 61 et 62)

56. Il a été convenu au sein du Groupe de travail qu'il serait utile d'élaborer une disposition uniforme énonçant les principes directeurs d'une procédure de conciliation. Une telle disposition générale contribuerait à harmoniser les normes de conciliation et aiderait également à définir les procédures de conciliation auxquelles seraient applicables d'autres dispositions uniformes sur la conciliation qu'élaborerait la Commission. Il a été convenu que l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI constituerait un bon point de départ pour l'élaboration du projet de disposition uniforme.

57. Les suggestions suivantes ont été faites à propos de la teneur de cette disposition: ajouter la facilitation du commerce international parmi les objectifs de la conciliation; faire référence à l'"éthique" dans le libellé qui serait repris du paragraphe 2 de l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI; supprimer la référence aux "droits et obligations des parties" car, dans la conciliation, à la différence de l'arbitrage, un règlement peut être recherché sur des bases autres que les droits et obligations légaux (par exemple, les intérêts commerciaux des parties); et inclure une référence à la "loi" dans le libellé qui reprendrait le paragraphe 2 de l'article 7, afin d'éviter l'interprétation selon laquelle la loi applicable ne serait pas pertinente dans la recherche d'un règlement.

58. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer un projet de disposition s'inspirant de l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Pour ce qui est des modifications qu'il était proposé d'apporter au texte fondé sur l'article 7, le Groupe de travail n'a pas pris de position tranchée, mais il a été jugé dans l'ensemble qu'il serait préférable de ne pas s'écarter quant au fond de cet article qui avait passé l'épreuve de la pratique, était largement utilisé comme modèle dans des textes non législatifs et législatifs et était considéré comme une expression appropriée de l'essence même de la procédure de conciliation.

59. Le Groupe de travail a examiné d'autres questions qui pourraient être incluses dans des dispositions uniformes sur la conciliation. Diverses questions ont été soulevées qui, de l'avis du Groupe de travail, mériteraient d'être examinées et traitées plus avant. Il faudrait notamment s'efforcer de préciser le champ d'application des dispositions uniformes, l'accent étant mis en particulier sur la nature de la convention de conciliation et la définition générale de cette notion; la mesure dans laquelle la convention de conciliation pourrait être considérée comme liant les parties; des questions de procédure telles que la sélection du conciliateur, la date, le moment et le lieu de la conciliation, l'échange de documents avant la conciliation, la fin de la conciliation et la responsabilité des conciliateurs; des questions propres aux conciliations ad hoc, par opposition aux conciliations administrées par une institution ou soumises à une institution; et la nécessité d'un préambule aux dispositions uniformes en vue de promouvoir leur utilisation dans le

règlement des litiges commerciaux internationaux, ainsi que les principes et questions à inclure dans ce préambule. Il a également été avancé que le Groupe de travail pourrait envisager d'élaborer un code de déontologie pour les conciliateurs, afin de renforcer la confiance dans le processus de conciliation, en sélectionnant des questions tirées des meilleurs usages en la matière et en énonçant clairement des normes pratiques. Le secrétariat a été prié d'examiner plus avant ces questions, sur la base des débats au sein du Groupe de travail et d'élaborer des documents qui seraient examinés lors d'une session future du Groupe de travail.

B. Force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 63 à 101)

1. Considérations générales

60. Tous les membres du Groupe de travail ont reconnu que les mesures provisoires ou conservatoires étaient de plus en plus utilisées dans la pratique de l'arbitrage commercial international et que l'efficacité de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends commerciaux dépendait de la possibilité de faire exécuter de telles mesures. Dans certains cas, la sentence prononcée en faveur d'une partie n'était utile que si cette dernière avait pu faire exécuter la mesure provisoire ou conservatoire visant à faciliter ultérieurement l'exécution de la sentence.

61. Il a été noté que dans de nombreux systèmes juridiques une partie à une procédure arbitrale pouvait demander des mesures provisoires ou conservatoires soit au tribunal arbitral soit à une juridiction étatique et, de l'avis général, il ne faisait aucun doute que ces deux possibilités devaient être conservées. On a par ailleurs fait observer que dans certains États il n'existait pas de réglementation appropriée dans ce domaine.

62. On a fait observer que les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux étaient souvent associées à une demande de cautionnement approprié afin de protéger une des parties ou les deux contre un usage abusif de ces mesures. Un tel cautionnement a été jugé essentiel pour le bon fonctionnement des mesures et il a été convenu d'en tenir compte dans les dispositions uniformes à établir.

63. Il a en particulier été proposé d'élaborer un régime général couvrant l'adoption de mesures provisoires ou conservatoires par des juridictions étatiques nationales ou étrangères avant la constitution du tribunal arbitral et, si une partie le souhaitait, par une juridiction étatique ou le tribunal arbitral après la constitution de ce dernier (voir ci-dessous par. 85 à 87)

64. On a en outre fait observer que les mesures provisoires ou conservatoires avaient un caractère temporaire étant donné qu'elles pouvaient, après avoir été ordonnées par un tribunal arbitral, être réexaminées ou modifiées si les circonstances de l'espèce ou les progrès de la procédure arbitrale l'exigeaient. Il conviendrait de tenir compte de cette caractéristique importante dans toute future disposition uniforme. Il faudrait également tenir compte du fait que les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral ne pouvaient viser que la partie ou les parties liées par la convention d'arbitrage et non des tiers. D'un autre côté, on a fait observer que, même si une mesure provisoire ou conservatoire ne visait pas directement des tiers, elle pouvait néanmoins avoir des incidences sur ceux qui détenaient, par exemple, des fonds ou d'autres actifs de la partie concernée étant donné que ces tiers pouvaient être contraints de prendre des mesures concernant ces actifs en raison de l'ordonnance visant directement la partie.

65. On a noté que dans certains États le tribunal arbitral pouvait ordonner à une partie de verser à l'autre partie une provision ("interim payment" ou un "interim partial payment") (à condition qu'il ne fasse aucun doute que le montant de cette provision était effectivement dû), dont il serait tenu compte dans la sentence finale. De l'avis général, de telles mesures ne devaient pas être assimilées aux mesures provisoires ou conservatoires examinées par le Groupe de travail, ni constituer l'objet d'une des dispositions uniformes envisagées.

66. À plusieurs moments du débat sur la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires, des délégations ont évoqué le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner ces mesures, l'étendue de ce pouvoir et les procédures d'octroi appliquées. Compte tenu du fait qu'une disposition législative type traitant de cette question figurait à l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, il a été reconnu que la question de la force exécutoire devrait être examinée séparément de celle du pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures et des questions de procédures connexes. (Voir ci-après, par. 80 à 84, pour l'examen de la portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par un tribunal arbitral et les conditions de leur octroi.)

2. Nécessité d'un régime uniforme

67. La proposition tendant à élaborer un régime législatif régissant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux (document A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 76) a bénéficié de l'appui de tous les membres du Groupe de travail. Il a été généralement considéré que ce régime devrait s'appliquer à l'exécution des mesures ordonnées dans les arbitrages ayant lieu dans l'État ou cette exécution était demandée ainsi qu'en dehors de cet État (ibid., par. 92).

68. Il a été noté qu'un certain nombre d'États avaient adopté des dispositions législatives portant sur l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires par les juridictions étatiques et il a été jugé souhaitable que la Commission établisse un régime harmonisé et largement acceptable.

69. Pendant le débat, référence a souvent été faite au paragraphe 63 du document A/CN.9/WG.II/WP.108, qui établit une distinction entre trois groupes de mesures, à savoir: a) les mesures visant à faciliter l'instance arbitrale, b) les mesures visant à empêcher une perte ou un dommage et à préserver un état de choses jusqu'au règlement du litige et c) les mesures visant à faciliter l'exécution ultérieure de la sentence. Notant qu'il s'agissait là d'une des classifications possibles et que la liste d'exemples donnée pour chaque catégorie n'était pas exhaustive, on a fait observer que c'était pour les mesures de la catégorie c) (saisie de biens corporels, ordre de ne pas enlever l'objet du litige de la juridiction ou ordre de verser une provision, par exemple) qu'un mécanisme d'exécution était le plus nécessaire ou encore pour certaines des mesures de la catégorie b) (ordre de poursuivre l'exécution d'un contrat pendant la procédure arbitrale ou ordre de ne pas faire jusqu'au prononcé de la sentence, par exemple). Quant aux mesures de la catégorie a), il a été noté que puisque le tribunal arbitral pouvait "tirer des conclusions négatives" de l'inexécution par la partie visée d'une mesure ordonnée ou en tenir compte dans sa décision finale sur les frais de la procédure arbitrale, l'intervention d'une juridiction étatique était moins nécessaire. Toutefois, le Groupe de travail n'a émis aucun avis définitif à ce stade du débat sur la question de savoir si, et de quelle manière, ces différences entre les mesures conservatoires ou provisoires devraient influencer sur l'élaboration du futur régime d'exécution.

3. Éléments d'une disposition uniforme éventuelle

70. Divers avis ont été exprimés sur la question de savoir s'il fallait laisser à la juridiction étatique à laquelle était demandée l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire une certaine latitude pour prendre sa décision et, dans l'affirmative, quelles devraient être les limites de cette latitude. Selon une opinion, la juridiction étatique ne devrait avoir aucune latitude, ce qui allait dans le sens de l'obligation qui lui était faite d'exécuter une sentence arbitrale si les conditions des articles 35 et 36 de la Loi type de la CNUDCI (ou les articles IV et V de la Convention de New York de 1958) étaient remplies. Selon une autre opinion, qui a bénéficié d'un appui considérable, le régime énoncé aux articles 35 et 36 de la Loi type de la CNUDCI était trop rigide et ne tenait pas compte des caractéristiques particulières des mesures provisoires ou conservatoires qui les distinguaient des sentences arbitrales et qui appelaient donc l'intégration d'une certaine souplesse dans le régime uniforme envisagé. Ces caractéristiques étaient les suivantes: nature temporaire des mesures, qui faisait qu'elles pouvaient être modifiées ou annulées; nécessité de les adapter aux procédures d'exécution du tribunal d'exécution; possibilité d'incidences sur les intérêts des tiers; et possibilité d'octroi *ex parte* (à savoir sur requête d'une partie sans que l'autre partie concernée soit entendue) avec obligation d'entendre ensuite les deux parties.

71. Un large consensus s'est dégagé au sein du Groupe de travail sur la nécessité de partir du principe que la juridiction étatique ne devait pas répéter le processus de décision du tribunal arbitral ayant conduit à l'octroi de la mesure; en particulier, elle ne devrait pas revenir sur les constatations de faits du tribunal arbitral ou réexaminer la mesure quant au fond. La latitude donnée devrait porter uniquement sur les aspects procéduraux de l'exécution. À cet égard, on a déclaré qu'il était souvent difficile de déterminer si une question portait sur la forme ou sur le fond et que la distinction donnait souvent lieu à débats; il était donc souhaitable d'éviter de faire une telle distinction et le régime d'exécution des mesures provisoires ou conservatoires devait donc suivre au plus près le régime d'exécution des sentences. Selon une autre opinion, il fallait étroitement délimiter la latitude sur les questions de procédure de façon à ce que l'exécution ne se trouve pas retardée et que la juridiction étatique ne répète pas le processus de décision suivi par le tribunal arbitral. Selon une autre opinion encore, il était difficile de décrire précisément les conditions d'exécution et la disposition législative devrait donc être libellée en des termes suffisamment généraux.

72. En examinant les points de vue susmentionnés, le Groupe de travail a envisagé différentes manières de rédiger la disposition uniforme. Cette disposition pourrait, par exemple, être basée sur les articles 35 et 36 de la Loi type de la CNUDCI, l'avantage étant que ce régime était connu et avait fait ses preuves. On a également fait observer que des ordonnances de mesures provisoires ou conservatoires, quel que soit le nom qu'on leur donne, différaient des sentences définitives. C'est pourquoi les articles 35 et 36 ne constituaient pas une base appropriée pour mettre en place un régime d'exécution des mesures provisoires ou conservatoires étant donné qu'ils concernaient un régime d'exécution des sentences arbitrales. On a fait valoir toutefois, en réponse à cet argument, que dans la pratique les mesures provisoires ou conservatoires prenaient des formes et des appellations différentes, dont celle de sentences provisoires (voir par exemple les articles 26-2 et 32-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) et qu'il ne faudrait pas tenir compte de la forme pour déterminer si les articles 35 et 36 constituaient une base adéquate pour un régime d'exécution. Une deuxième possibilité serait de ne pas énumérer, dans la disposition uniforme, les motifs que pourrait invoquer la juridiction étatique pour refuser d'exécuter une mesure provisoire ou conservatoire mais d'y traiter des questions telles que

la possibilité pour la juridiction étatique de reformuler la mesure; la possibilité, pour cette même juridiction d'annuler ou de modifier, sur requête, sa propre décision d'exécution de la mesure; l'obligation pour la partie ayant obtenu l'exécution d'indemniser l'autre partie s'il s'avère que la mesure était dès le début non fondée; et la possibilité de présenter une telle demande d'indemnisation dans la procédure arbitrale en cours. Une troisième démarche, enfin, consisterait à formuler une disposition générale qui indiquerait uniquement que, si la partie n'exécute pas volontairement la mesure provisoire ou exécutoire, il peut être demandé à la juridiction étatique compétente d'imposer cette exécution. Une telle disposition générale pourrait être complétée par des dispositions concernant la loi que doit appliquer la juridiction étatique et la provision que doit verser une partie. Les trois démarches étaient déjà appliquées dans les législations nationales, a-t-on noté et l'on pourrait s'en inspirer pour la future disposition uniforme. Il a été fait observer en particulier que la deuxième ou la troisième démarche pourrait être appliquée par exemple en ajoutant à l'article 17 de la Loi type une disposition générale prévoyant qu'une juridiction étatique devrait faire exécuter la mesure provisoire ou conservatoire imposée par le tribunal arbitral; les articles 35 et 36 demeureraient applicables uniquement à l'exécution de la sentence définitive.

73. Il a été déclaré que quelle que soit la solution retenue, elle devait être efficace et il était souhaitable, dans la mesure où un des facteurs devait être la souplesse, de réduire au minimum les possibilités de retard. On a estimé qu'en donnant une latitude à la juridiction étatique, on ouvrait la porte aux controverses et aux retards. Cette dernière considération justifiait davantage encore l'adoption du régime des articles 35 et 36 de la Loi type de la CNUDCI. Mais, on a fait valoir, en réponse à cet argument, que la souplesse et la latitude étaient souhaitables, à condition que ces critères soient correctement définis, et que la souplesse n'augmentait pas nécessairement les risques de retard; en outre, on pouvait arguer que l'article 36 de la Loi type pouvait aussi entraîner des retards, par exemple lorsque la partie objectait que la convention d'arbitrage n'était pas valable, que la nomination d'un arbitre ou la procédure arbitrale n'avait pas fait l'objet d'une notification appropriée ou que la composition du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'était pas conforme à la convention des parties ou à la loi du pays où l'arbitrage avait lieu (art. 36-1 a) i), ii), ou iv) de la Loi type).

74. Lors du débat sur la manière de tenir compte du caractère temporaire des mesures provisoires ou conservatoires (les circonstances ayant justifié l'octroi d'une mesure particulière pouvant changer entre le moment où le tribunal arbitral l'a ordonné et celui où la juridiction étatique examine la demande d'exécution ou même après), dans le régime d'exécution de ces mesures, il a été noté que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale traitait la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère, dont le statut pouvait également changer avec le temps et que l'on pourrait s'inspirer de certaines des solutions trouvées dans cette Loi type pour concevoir le régime d'exécution des mesures provisoires ou conservatoires. Les dispositions pertinentes de cette Loi étaient les articles 17-4, 18 et éventuellement 22-2.

75. Le Groupe de travail a examiné, à titre préliminaire, la question de savoir si seule la partie intéressée devrait demander l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire ou si le tribunal arbitral devait également jouer un rôle à cet égard. Selon une opinion, il ne faudrait pas mettre le tribunal arbitral dans une situation où il devrait s'adresser à une juridiction étatique nationale pour obtenir l'exécution d'une mesure qu'il a ordonnée; en d'autres termes, c'était à la partie intéressée qu'il incombait entièrement de faire exécuter une mesure. Selon un autre avis, toutefois, il serait utile que le tribunal arbitral continue à jouer un rôle dans l'exécution de la mesure qu'il a octroyée, par exemple en prévoyant

que l'exécution puisse être demandée avec son autorisation ou qu'il ait lui-même la possibilité, mais non l'obligation, de demander l'exécution.

76. On a fait observé que la Convention internationale sur la saisie conservatoire des navires (1999) traitait des mesures provisoires ou conservatoires et de leur exécution et que certaines des solutions trouvées dans cette Convention, en particulier à l'article 7, pourraient servir de modèle pour les dispositions uniformes que devait établir le Groupe de travail.

77. Quelque soit le régime envisagé, il ne devrait pas, a-t-on fait valoir, imposer, pour l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires octroyées en dehors de l'État du tribunal d'exécution, des conditions plus onéreuses ou des droits ou frais plus élevés que ceux qui étaient imposés pour l'exécution des mesures octroyées dans cet État (voir art. III de la Convention de New York).

78. Étant donné le caractère préliminaire des débats, le Groupe de travail n'a pas pris de décision sur la question de savoir si le régime harmonisé d'exécution des mesures provisoires ou conservatoires devrait prendre la forme d'une convention internationale ou d'une loi type. Tout en prenant note de l'opinion selon laquelle une convention serait préférable, il a considéré que cette décision devrait être prise à un stade ultérieur. L'hypothèse retenue malgré tout pendant la majeure partie du débat a été que les solutions trouvées seraient rédigées sous forme de loi type.

79. Le secrétariat a été prié d'établir des projets de dispositions fondés sur les délibérations du Groupe de travail aux fins d'examen à une session ultérieure.

C. Portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par le tribunal arbitral et procédures d'octroi (A.CN.9/WG.II/WP.108, par. 102 à 108)

80. Le Groupe de travail a étudié s'il serait souhaitable et possible d'élaborer un texte non législatif harmonisé sur la portée des mesures provisoires ou conservatoires qu'un tribunal arbitral peut ordonner et sur les règles procédurales en la matière.

81. Un large appui a été exprimé en faveur de l'élaboration d'un texte non législatif, par exemple des principes directeurs ou des notes, qui étudieraient des questions telles que les types de mesures provisoires conservatoires qu'un tribunal arbitral pourrait ordonner ou le pouvoir d'ordonner de telles mesures, ainsi que des principes directeurs sur la manière d'exercer ce pouvoir ou les conditions ou les circonstances dans lesquelles de telles mesures peuvent être ordonnées. Il a été proposé que de tels principes directeurs soient d'une large portée et englobent toutes les mesures provisoires ou conservatoires mentionnées au paragraphe 63 du document A.CN.9/WG.II/WP.108 (c'est-à-dire a) les mesures visant à faciliter la procédure arbitrale; b) les mesures visant à éviter une perte ou un dommage et préserver un état de choses jusqu'au règlement du litige; et c) les mesures visant à faciliter l'exécution ultérieure de la sentence). Il a été ajouté que ces principes directeurs seraient particulièrement utiles pour les mesures pour lesquelles un exequatur était le plus souvent requis.

82. Il a été noté que des principes directeurs précisant la manière dont serait exercé le pouvoir des tribunaux arbitraux d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires favoriseraient l'acceptation par les États de dispositions législatives uniformes sur l'exécution de telles mesures, dispositions que le Groupe de travail avait décidé d'élaborer (voir ci-dessus, par. 67). Toutefois, il a été noté que ces dispositions législatives uniformes seraient élaborées et appliquées indépendamment du futur texte non législatif traitant des

mesures provisoires ou conservatoires qui pourraient être ordonnées par un tribunal arbitral et des règles procédurales en la matière.

83. Il a été proposé que, lors de l'élaboration du texte envisagé, il soit tenu compte des liens entre les mesures provisoires pouvant être ordonnées par un tribunal judiciaire et celles pouvant l'être par le tribunal arbitral (par exemple, il faudrait déterminer si une partie peut demander une mesure provisoire à un tribunal judiciaire après que le tribunal arbitral a été constitué et peut lui-même ordonner la mesure requise, ou si une partie, après avoir sans succès demandé au tribunal arbitral d'ordonner une mesure provisoire, peut se tourner à cette fin vers un tribunal judiciaire).

84. Il a été convenu que le secrétariat devrait élaborer un document qui analyse les règles et les pratiques relatives aux mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux et donne des éléments qui pourraient être incorporés dans le futur texte non législatif harmonisé. Le Groupe de travail était bien conscient que les informations requises pour l'élaboration de ce document n'étaient pas aisément disponibles et il a donc prié les États et les organisations internationales participant aux travaux du Groupe de travail, ainsi que les experts intéressés à ses travaux d'envoyer au secrétariat des informations pertinentes (par exemple, règlements d'arbitrage, écrits d'universitaires et de praticiens et exemples de textes de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées, omettant le nom des parties et toutes autres informations confidentielles).

D. Proposition relative à l'élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal judiciaire pour appuyer l'arbitrage

85. Dans le cadre du débat sur les mesures provisoires pouvant être ordonnées par un tribunal arbitral (voir ci-dessus, par. 80 à 84), il a été proposé que le Groupe de travail envisage d'élaborer des règles uniformes pour les cas où une partie à une convention d'arbitrage se tournait vers un tribunal judiciaire pour lui demander d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Il a été noté qu'il était particulièrement important pour les parties de pouvoir solliciter l'assistance d'un tribunal judiciaire avant que le tribunal arbitral n'ait été constitué, mais que, même après la constitution de ce tribunal arbitral, une partie pouvait avoir de bonnes raisons de solliciter l'assistance d'un tribunal judiciaire. Il a été ajouté que de telles demandes pouvaient être présentées aux tribunaux de l'État du lieu de l'arbitrage ou de tout autre État.

86. Il a été noté que, dans un certain nombre d'États, il n'existait pas de dispositions traitant du pouvoir des tribunaux judiciaires d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en faveur de parties à une convention d'arbitrage; de ce fait, dans certains États, les tribunaux judiciaires n'étaient pas disposés à ordonner de telles mesures, alors que, dans d'autres, on ne pouvait déterminer avec certitude si, et dans quelles circonstances, une telle assistance des tribunaux était possible. Il a été noté que, si le Groupe de travail décidait d'élaborer des dispositions uniformes sur cette question, les principes de l'Association de droit international sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international (reproduites au paragraphe 108 du document A/CN.9/WG.II/WP.108), ainsi que les travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de ces principes seraient utiles lors de l'examen de la teneur des règles uniformes envisagées.

87. Le Groupe de travail a pris note de la proposition et décidé de l'examiner lors d'une session future.

E. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 1 à 40)

88. Il a été noté dans l'ensemble qu'il faudrait élaborer des dispositions conformes à la pratique actuelle dans le commerce international, en ce qui concerne la prescription de la forme écrite. En effet, à certains égards, cette pratique n'était plus en harmonie avec les principes énoncés au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York de 1958 (et dans d'autres textes législatifs internationaux inspirés de cet article) si on les interprétait étroitement. Il a également été noté que les tribunaux nationaux adoptaient de plus en plus souvent une interprétation libérale de ces dispositions, conformément à la pratique internationale et aux attentes des parties au commerce international. Il a toutefois été noté qu'il subsistait certains doutes, ou que les avis divergeaient, sur l'interprétation appropriée de ces dispositions, ce qui posait un problème dans le commerce international car cela portait atteinte à la prévisibilité et à la certitude des engagements contractuels internationaux. Il a en outre été noté que la pratique actuelle en matière d'arbitrage différait de ce qu'elle était en 1958, car l'arbitrage était maintenant largement accepté pour le règlement des litiges commerciaux internationaux et pouvait être considéré comme une pratique habituelle, et non une exception exigeant des parties un examen approfondi avant de décider de recourir à une procédure autre que la soumission de leur litige à un tribunal judiciaire.

89. Il a été noté que, dans de nombreux pays, la convention d'arbitrage devait être sous forme écrite pour différentes raisons, notamment les suivantes: attester la conclusion de la convention; permettre l'identification des parties à cette convention; et avertir de l'importance de la renonciation au droit de recourir aux tribunaux judiciaires. Selon un avis, vu l'importance de ces fonctions, il faudrait continuer d'exiger une interprétation stricte de ce qui constituait la forme écrite. Il a été répondu que, du fait du développement de la pratique arbitrale depuis 1958, l'arbitrage était maintenant la méthode préférée, voire usuelle, de règlement des litiges commerciaux internationaux et que cette fonction d'avertissement n'était plus aussi importante qu'auparavant.

90. Il a également été noté qu'un certain nombre de pays n'exigeaient pas que la convention d'arbitrage soit conclue par écrit pour être valide, ce qui ne créait pas de problèmes lorsqu'il s'agissait de prouver l'existence d'une convention d'arbitrage, car ces preuves pouvaient être produites sous toute forme suffisante pour prouver l'existence d'un contrat en vertu du droit général. Afin de tenir compte, non seulement de l'évolution actuelle de la pratique arbitrale, mais aussi de son évolution future probable, on a estimé qu'il serait approprié d'envisager de supprimer la prescription de la forme écrite et d'aligner la pratique en matière de conventions d'arbitrage sur celle des contrats en général. Selon un autre avis, il serait peut-être possible de se concentrer sur les cas où la convention pouvait être considérée comme ayant été conclue, par exemple, lorsqu'il y avait une convention écrite, lorsqu'une convention était attestée par tout autre moyen énoncé à l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique; lorsque la convention avait été conclue conformément à un usage reconnu par les parties; ou lorsqu'elle avait été conclue conformément à un usage dont les parties avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance, car il se rattachait à l'activité particulière qu'exerçaient les parties.

91. Pour ce qui est de la manière d'assurer une interprétation moderne et uniforme de la prescription de la forme écrite, diverses suggestions ont été faites. Selon un avis, il faudrait élaborer une disposition législative type, fondée sur l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, afin de préciser l'interprétation de

l'exigence d'un écrit de manière à éviter tout doute, car cet article constituait une norme internationale largement acceptée, sur la base de laquelle une pratique considérable s'était développée. Il a été proposé que la disposition législative type s'inspire peut-être d'une approche plus générale, par exemple celle qui avait été retenue à l'article 178-1 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé, à l'article 1021 de la Loi sur l'arbitrage des Pays-Bas, ou de l'approche un peu plus détaillée retenue à l'article 1031 de la Loi allemande sur l'arbitrage de 1997, ou à l'article 5 de la Loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 (ces dispositions législatives nationales sont reproduites aux paragraphes 29 à 31 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1). Selon une autre suggestion, se fondant sur l'impact de cette question sur le commerce électronique, il fallait promouvoir l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui avait l'avantage de traiter de la question de l'écrit dans un cadre plus large que celui des conventions d'arbitrage (pour l'examen de cette question, voir ci-après les paragraphes 100 à 106). Selon un autre avis encore, aucune nouvelle disposition n'était nécessaire, car l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international suffisait à énoncer une norme moderne. En encourageant l'adoption et l'interprétation uniforme de la Loi type, on arriverait, en temps voulu, au niveau requis d'uniformité internationale.

92. Notant qu'il était nécessaire que l'article II-2 de la Convention de New York soit interprété en fonction de la norme moderne souhaitée, pour ce qui est des prescriptions de forme, le Groupe de travail a étudié comment arriver au mieux à cet objectif. Divers avis ont été exprimés sur la question. Selon un avis, il fallait élaborer un protocole modifiant les termes de l'article II de la Convention de New York. Selon un autre avis, en modifiant la Convention de New York, on risquerait d'aggraver le manque d'harmonie actuel. Il a été noté que la Convention avait été largement adoptée et fonctionnait extrêmement bien; qu'en envisageant de modifier la prescription de la forme écrite figurant dans la Convention, on risquerait d'inciter certains à suggérer de modifier d'autres dispositions qui devraient être laissées en l'état; et que l'adoption d'un protocole par un certain nombre de pays risquerait de prendre un nombre important d'années, ce qui, entre-temps, créerait davantage d'incertitudes, car deux régimes différents seraient applicables.

93. Selon une suggestion différente, il faudrait adopter une déclaration ou une résolution relative à l'interprétation de la Convention, indiquant, pour éviter les doutes éventuels, que l'article II-2 de la Convention visait certaines situations ou devait avoir un certain effet. Il a été noté que cet instrument ne serait certes pas officiellement adopté en tant que traité par les États parties à la Convention, mais qu'il aurait sans doute une grande force de persuasion et pourrait être considéré comme contribuant à l'interprétation de la Convention, conformément aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Une approche similaire avait été adoptée pour d'autres conventions, telles que la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980) et la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (La Haye, 1955). Pour ce qui est de l'organe qui adopterait une telle déclaration, il a été avancé que la CNUDCI, en tant que principale instance juridique du système des Nations Unies pour le développement du droit commercial international, dont les travaux dans le domaine de l'arbitrage étaient universellement reconnus, serait l'instance appropriée à cette fin. Une autre solution serait que les États parties à la Convention de New York adoptent cette déclaration. On a craint qu'une telle approche ne suscite des incertitudes quant au statut des États n'ayant pas accepté cette déclaration et quant à l'application éventuelle du principe de la réciprocité entre États. Il a également été avancé qu'une déclaration ou recommandation ne lierait pas les tribunaux nationaux et qu'il ne serait pas certain qu'elle serait universellement appliquée, même si la CNUDCI en promouvait l'adoption.

94. Selon une autre solution encore, il faudrait promouvoir une interprétation libérale de la Convention de New York, en suivant l'approche adoptée par certains tribunaux judiciaires, mentionnée à la note 9 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, selon laquelle l'exigence de l'écrit figurant dans la Convention de New York doit être interprétée au regard de la Loi type ultérieure de la CNUDCI, dont les auteurs ont voulu adapter le régime de la Convention aux besoins actuels, sans devoir le modifier. Il a aussi été suggéré d'élaborer un guide pratique ou des notes qui pourraient préconiser l'utilisation de l'article 7 de la Loi type en tant qu'outil d'interprétation, susceptible de préciser l'application de l'article II-2, comme il est indiqué aux paragraphes 33 et 34 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1.

95. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues pour déterminer si les cas énumérés au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 seraient régis par les dispositions des lois nationales traitant des conditions de forme des conventions d'arbitrage en particulier dans les États qui n'avaient pas adopté la Loi type. Des avis divergents ont été exprimés et il est apparu clairement que tous les États n'avaient pas la même position. Il a été noté que la réponse à cette question pouvait différer, selon qu'il s'agisse de l'exécution d'une sentence nationale ou d'une sentence étrangère, à laquelle la Convention de New York serait applicable. Les cas a) à h), qui traitaient de la question de l'écrit et d'un échange, et donc de la manifestation de la volonté des parties, pouvaient être distingués, a-t-on déclaré, des cas i) à l), qui portaient sur des questions étrangères aux conditions de forme et relevaient de la loi régissant la manière dont les droits et obligations qu'assumait valablement une partie (y compris ceux qui découlaient d'une convention d'arbitrage) étaient transférés à des tiers, ou étaient élargis à des tiers. Le débat a fait apparaître que, dans certains États, les cas a) à h) seraient en général subordonnés aux exigences de la loi nationale relative à la forme des conventions d'arbitrage, alors que, dans d'autres, certains de ces cas n'y seraient pas, ou peut-être pas, subordonnés. Par exemple, les cas a) et d) n'étaient pas inclus dans certains États ayant adopté une interprétation plus restrictive de l'exigence de l'écrit. Dans certains cas, il fallait déterminer l'intention des parties et on ne pouvait pas donner de réponse générale claire. Il a été noté que le cas c) serait parfois inclus, si le courtier était réputé représenter les deux parties à la Convention, mais ne le serait pas s'il ne représentait pas les deux parties. Pour ce qui est des connaissements (qui étaient normalement signés par le capitaine seulement), il a été indiqué qu'ils étaient en général considérés par les parties prenantes au secteur des transports maritimes comme preuves de l'existence de conventions d'arbitrage valides et contraignantes, ou qu'ils étaient, malgré certains doutes, considérés comme valides *sui generis*. Il a été suggéré que les cas i) à l), qui soulevaient des questions liées à la cession, à la subrogation, à l'incorporation par référence et au droit de tiers, ne soient pas traités par le Groupe de travail. On a dans l'ensemble considéré que le cas m) posait des questions difficiles et ne suscitait pas une large acceptation.

96. Le Groupe de travail a également étudié si l'article II-2 de la Convention de New York pouvait être interprété comme régissant tous les cas énumérés au paragraphe 12. Comme pour les dispositions des lois nationales, les avis exprimés au sein du Groupe de travail ont divergé à propos de ces différents cas et sur le point de savoir si la Convention serait interprétée comme les régissant tous. Il a été noté que ces avis étaient quelque peu incertains, car les cas envisagés étaient décrits de manière trop générale pour permettre des réponses claires; néanmoins, le débat a fait apparaître, soit que l'on pouvait douter que la Convention de New York devait être interprétée comme régissant tous les cas énumérés au paragraphe 12, soit qu'il n'y avait pas d'accord général à ce propos. En outre, on ne savait pas bien si les questions énumérées au paragraphe 12 se posaient souvent dans la pratique et à quel point elles pouvaient être considérées comme urgentes.

97. Selon certaines déclarations faites au sein du Groupe de travail, il existait dans la pratique des tribunaux une tendance à une interprétation plus libérale et plus moderne de l'article II-2 de la Convention. En Angleterre, par exemple, l'expression (en anglais) "The term 'agreement in writing' shall include" (sans soulignement dans le texte original), figurant à l'article II-2 de la Convention, était interprétée comme indiquant que la liste des formes mentionnées dans cet article n'était pas exhaustive et pouvait être élargie. Selon cette interprétation, la plupart des cas énumérés au paragraphe 12 seraient régis par la Convention. Toutefois, le champ d'application de cette disposition n'était pas illimité. En tant que condition de forme minimum, la Loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 prescrivait une certaine forme écrite dans le cas de la convention d'arbitrage – les termes de la convention d'arbitrage devaient être énoncés par écrit, même si la partie consentait à ces termes autrement que par un écrit, par exemple par accord verbal ou par un commencement d'exécution du contrat. Selon un avis, le Groupe de travail devrait étudier, non pas si les cas énumérés au paragraphe 12 étaient régis par la Convention, mais plutôt si l'article II-2 pouvait être considéré comme une disposition exhaustive et, dans le cas contraire, quelle devrait être la condition de forme minimum pour qu'une convention d'arbitrage soit régie par la Convention. Selon une interprétation différente de l'article II-2, celui-ci fournissait une règle uniforme applicable aux types de cas qu'il était prévu de soumettre à la Convention et (si des conditions plus restrictives que celles qui étaient énoncées à l'article II-2 n'étaient pas permises par la Convention) les conditions moins restrictives que celles qui étaient énoncées à l'article II-2 n'étaient pas régies par la Convention. Selon cet avis, tous les cas énumérés au paragraphe 12 ne seraient pas régis par l'article II-2. Il a été noté à la fin du débat que la question de savoir si l'article II-2 établissait une règle uniforme ou une norme minimale restait controversée.

98. Après un débat, aucun accord ne s'est dégagé sur le point de savoir si l'article II-2 de la Convention de New York serait interprété comme englobant les cas particuliers énumérés au paragraphe 12. Toutefois, le Groupe de travail a étudié la question de savoir si ces cas devraient être subordonnés à la prescription de la forme écrite et de quelle manière on pouvait atteindre cet objectif. On a estimé dans l'ensemble que les pratiques contractuelles et le rôle de l'arbitrage commercial international exigeaient qu'en principe, tous les cas énumérés au paragraphe 12 (à l'exception possible du cas des "groupes de sociétés" mentionné à l'alinéa m)) soient inclus comme répondant à la prescription de la forme écrite, à condition qu'il y ait accord quant au fond entre les parties (ou qu'une partie soit ultérieurement liée par la convention d'arbitrage), ainsi qu'une preuve écrite de cet accord, ce qui ne revenait toutefois pas à exiger un document signé des deux parties ou un échange de messages entre les parties. Il a été jugé que cette approche serait conforme aux deux considérations à la base des conditions de forme de la convention d'arbitrage, à savoir: a) qu'il y ait une preuve suffisante de la volonté mutuelle de recourir à l'arbitrage et donc d'exclure la compétence des tribunaux judiciaires et b) qu'il existait un écrit quelconque concernant l'arbitrage et que par conséquent les parties aient été avisées (ou averties) qu'elles excluaient la compétence des tribunaux judiciaires. À ce propos, il a été noté que, lorsqu'elles convenaient de recourir à l'arbitrage, les parties avaient pour objectif d'éviter le recours à quelque tribunal judiciaire que ce soit et que, dans la plupart des cas multinationaux, il serait difficile de déterminer quel était le tribunal dont la compétence était exclue; de ce fait, a-t-on déclaré, la fonction d'avertissement dans le commerce international, vu l'importance croissante de l'arbitrage, perdait de son importance.

99. Après un débat, le Groupe de travail a estimé que l'on pourrait atteindre l'objectif d'une interprétation uniforme des conditions de forme répondant aux exigences du commerce international: en élaborant une disposition législative type précisant, pour éviter tout doute, le champ d'application de l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur

l'arbitrage commercial international; en élaborant un guide faisant l'historique et décrivant l'objet de la disposition législative type; et en adoptant une déclaration ou une résolution relative à l'interprétation de la Convention de New York, reflétant une interprétation plus large des conditions de forme. Pour ce qui est de la teneur de la disposition législative type et de l'instrument interprétatif à élaborer, le Groupe de travail a estimé que, pour qu'une convention d'arbitrage soit valablement conclue, il fallait qu'il soit établi qu'il y avait eu accord compromissaire et qu'il existait une attestation écrite de cet accord. Il a été noté qu'il faudrait étudier plus avant la question de savoir comment arriver au mieux à une interprétation uniforme de la Convention de New York au moyen d'une déclaration ou d'une résolution, et notamment les incidences de cette solution en matière de droit international public.

F. Convention d'arbitrage "écrite" et commerce électronique
(A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 35 à 40)

100. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York devait être interprété de manière extensive afin d'englober les communications par des moyens électroniques, tels que définis à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. On a rappelé que le Guide pour l'incorporation de cette loi, instrument adopté par la Commission, avait pour objet de préciser la relation entre la Loi type sur le commerce électronique et des instruments internationaux tels que la Convention de New York et d'autres instruments de droit commercial. Le paragraphe 5 de ce guide indique que la Loi type sur le commerce électronique "peut servir, dans certains cas, d'outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles". Il a été noté par ailleurs que l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage commercial international validait expressément l'emploi de tout moyen de télécommunications "qui atteste l'existence" de la convention d'arbitrage, ce qui couvrirait la télécopie ainsi que la plupart des utilisations les plus courantes du courrier électronique ou de l'échange de données informatisées.

101. Les membres du Groupe de travail ont décidé d'un commun accord que, pour promouvoir le recours aux moyens de communication électroniques dans le commerce international et laisser les parties libres de convenir du recours à l'arbitrage dans le domaine du commerce électronique, il fallait considérer que l'article II-2 de la Convention de New York englobait l'utilisation des moyens électroniques de communication tels que définis à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique sans qu'il soit nécessaire d'y apporter un amendement. Il a été considéré par ailleurs qu'il faudrait interpréter de la même manière d'autres conventions se rapportant à l'arbitrage international telles que la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961) et la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975). Des membres s'étant demandé si la CNUDCI était bien l'instance appropriée pour traiter cette question à l'égard de toutes ces conventions, il a été décidé de l'étudier et de rechercher une solution optimale en consultation avec les organisations à l'initiative desquelles ces conventions avaient été élaborées.

102. S'agissant de la manière d'actualiser l'interprétation, le Groupe de travail a formulé un certain nombre de propositions. Il a été suggéré d'une part d'utiliser à cet effet la Loi type sur le commerce électronique, comme indiqué dans le Guide sur son incorporation. On a toutefois craint que cette démarche ait des effets limités car la Loi type était certes

appliquée dans un nombre croissant de pays, mais elle n'avait pas été universellement adoptée. En outre, étant donné la souplesse de cette forme d'instrument, la Loi type pourrait être incorporée de différentes manières, ce qui ne permettrait pas de parvenir à l'interprétation uniforme souhaitée.

103. Selon une deuxième proposition, la CNUDCI ou peut-être les États parties aux conventions pourraient adopter une déclaration confirmant l'interprétation souhaitée. À l'appui d'une déclaration, on a rappelé que le Groupe de travail avait déjà envisagé et identifié cette forme d'instrument comme moyen potentiellement utile de traiter l'interprétation de la prescription de la forme écrite à l'article II-2 (voir ci-dessus, par. 93). Il a été proposé d'appliquer la même mesure aux communications électroniques, mais on s'est demandé si les deux déclarations devraient être liées. Pour les mêmes raisons que celles invoquées concernant la prescription de la forme écrite, toute déclaration de ce type devrait, a-t-on déclaré, être rédigée en tenant compte du fait que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pouvait servir, par elle-même, d'instrument d'interprétation des conventions et que, par conséquent, il faudrait inclure dans cette déclaration les termes "Pour éviter tout doute ..." (voir ci-dessus, par. 91).

104. Selon une troisième proposition, il faudrait rechercher une solution dans un contexte plus large (l'idée avait été avancée et examinée par la Commission à sa trente-deuxième session (A/54/17/par. 316)), en établissant un protocole général visant à modifier les régimes juridiques des traités multilatéraux pour faciliter le recours accru au commerce électronique, comme il a été noté au paragraphe 39 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1. Cette proposition n'a bénéficié que d'un appui limité. Le Groupe de travail a été d'avis qu'il fallait procéder à d'autres études avant de pouvoir prendre une décision sur la nature de l'instrument à adopter; la possibilité de rédiger un commentaire a aussi été évoquée.

105. Au terme du débat sur la question de savoir s'il était souhaitable que l'article II-2 de la Convention de New York (et les dispositions pertinentes d'autres conventions suivant ce modèle) valide les communications électroniques, des craintes ont été exprimées quant aux conséquences possibles d'une limitation de l'instrument interprétatif proposé à la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage. D'autres dispositions de la Convention de New York (ainsi que d'autres conventions sur l'arbitrage commercial international) contenaient d'autres prescriptions relatives à la forme écrite qui, si elles n'étaient pas interprétées de manière à y inclure les moyens électroniques de communication, risqueraient d'entraver la facilitation du commerce électronique. Il s'agissait notamment de l'obligation de fournir les originaux de convention d'arbitrage et de sentence à l'article IV de la Convention de New York. Selon une opinion, il faudrait, pour traiter la question du commerce électronique, ne pas se limiter à la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage mais étudier aussi, lorsque l'on considérait les mesures à prendre concernant cette prescription, d'autres conditions de forme énoncées dans les instruments qui régissaient l'arbitrage commercial international. On a également fait valoir qu'en traitant ces questions séparément, on risquait d'encourager une prolifération de déclarations interprétatives sur des points que l'on voudrait peut-être, plus tard, clarifier.

106. Après un débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat de préparer un projet d'instrument qui confirmerait que l'article II-2 de la Convention de New York devrait être interprété comme englobant les communications électroniques telles que définies à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Pour la rédaction de cet instrument, le secrétariat devrait étudier les autres prescriptions de forme figurant dans la Convention de New York et établir des projets appropriés propres à faciliter le

débat au sein du Groupe de travail sur la manière de traiter d'autres prescriptions relatives à la forme écrite.

G. Questions qui pourraient faire l'objet de travaux futurs

(A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 42)

107. Ayant achevé son examen des questions présentées dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1, le Groupe de travail a procédé à un échange de vues et d'informations sur d'autres questions relatives à l'arbitrage qui, de l'avis de la Commission, pourraient faire l'objet de travaux futurs et que cette dernière avait examinées à sa trente-deuxième session. La liste complète de ces questions (reproduite au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.II/WP.108) qui incluait les trois questions examinées en profondeur durant la session en cours du Groupe de travail, était la suivante:

- a) Conciliation (A/CN.9/460, par. 8 à 19; A/54/17, par. 340 à 343);
- b) Prescription de la forme écrite (A/CN.9/460, par. 20 à 31; A/54/17, par. 344 à 350);
- c) Arbitrabilité (A/CN.9/460, par. 32 à 34; A/54/17, par. 351 à 353);
- d) Immunité de l'État souverain (A/CN.9/460, par. 35 à 50; A/54/17, par. 354 et 355);
- e) Jonction de plusieurs instances arbitrales (A/CN.9/460, par. 51 à 60; A/54/17, par. 356 et 357);
- f) Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales (A/CN.9/460, par. 62 à 71; A/54/17, par. 358 et 359);
- g) Demandes aux fins de compensation (A/CN.9/460, par. 72 à 79; A/54/17, par. 360 et 361);
- h) Décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets (A/CN.9/460, par. 80 à 91; A/54/17, par. 362 et 363);
- i) Responsabilité des arbitres (A/CN.9/460, par. 92 à 100; A/54/17, par. 364 à 366);
- j) Pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts (A/CN.9/460, par. 101 à 106; A/54/17, par. 367 à 369);
- k) Frais d'arbitrage (A/CN.9/460, par. 107 à 114; A/54/17, par. 370);
- l) Force exécutoire des mesures provisoires et conservatoires (A/CN.9/460, par. 115 à 127; A/54/17, par. 371 à 373);
- m) Possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (A/CN.9/460, par. 128 à 144; A/54/17, par. 374 à 376).

108. Parmi les questions examinées figuraient également celles qui sont mentionnées au paragraphe 339 du rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/54/17):

- a) Lacunes laissées par les parties dans leurs contrats et comblement de ces lacunes par un tiers ou un tribunal arbitral sur la base d'une autorisation donnée par les parties;

b) Changement de circonstances après la conclusion d'un contrat et possibilité pour les parties de charger un tiers ou un tribunal arbitral d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances;

c) Liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix et restrictions apportées à cette liberté sur la base, par exemple, de la nationalité, ou de l'appartenance à une association professionnelle;

d) Questions liées à l'interprétation de dispositions législatives telles que l'article II-3 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ou l'article 8-1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international) qui, dans la pratique, aboutit à des résultats divergents, notamment pour ce qui est des pouvoirs dont dispose le tribunal judiciaire i) pour décider de renvoyer ou non les parties à l'arbitrage, ii) pour déterminer si la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée, et iii) lorsque le défendeur fait valoir qu'une procédure arbitrale est en cours ou qu'une sentence arbitrale a été rendue;

e) Questions liées aux cas où une demande de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger a été présentée, mais où le défendeur invoque à titre d'exception i) l'existence d'une convention d'arbitrage, ou ii) le fait qu'une procédure arbitrale est en cours, ou iii) le fait qu'une sentence arbitrale a été rendue sur la même question. Il a été noté que ces cas n'étaient en général pas régis par les traités relatifs à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Des problèmes se posaient en particulier lorsque le traité applicable était conçu pour faciliter la reconnaissance et l'exécution des jugements, mais ne permettait pas de refuser la reconnaissance ou l'exécution au motif que le litige ayant fait l'objet du jugement entrainé dans le champ d'application d'une convention d'arbitrage, était examiné dans une procédure arbitrale en cours, ou avait fait l'objet d'une sentence arbitrale.

109. Un certain nombre d'autres questions relatives à la Convention de New York, proposées par des spécialistes de l'arbitrage et qui pourraient être examinées par le Groupe de travail, ont aussi été évoquées:

a) Signification et effet d'une sentence non nationale, à savoir une sentence qui n'est pas considérée comme une sentence nationale dans l'État où sa reconnaissance et son exécution sont demandées (par. 1 de l'article premier, deuxième phrase);

b) Classification des termes "sentence arbitrale" au sens de la Convention. Couvraient-ils, par exemple, les sentences d'accord parties; les sentences découlant de traités; les sentences a-nationales; les décisions ayant le caractère d'une sentence dans des procédures apparentées à l'arbitrage, telles que l'*arbitrato irrituale*;

c) Détermination de la loi applicable à l'arbitrabilité en vertu du paragraphe 1 de l'article II;

d) Champ d'application du paragraphe 3 de l'article II concernant l'exécution de la convention d'arbitrage;

e) Loi applicable aux conventions pouvant être "caduques, inopérantes ou non susceptibles d'être appliquées" en vertu du paragraphe 3 de l'article II;

f) Compatibilité entre les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique et les conventions d'arbitrage régies par la Convention;

g) Conditions et procédure d'exécution énoncées à l'article III, lorsque la législation d'exécution contient des solutions divergentes;

- h) Délai de prescription pour l'exécution d'une sentence au titre de la Convention lorsque la législation d'exécution prévoit une fois encore différents délais;
- i) Pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V;
- j) Signification et effet de la suspension d'une sentence arbitrale dans le pays d'origine (art. V-I e); et
- k) Signification et effet de la disposition relative au droit le plus favorable (art. VII-1).

110. Il a été noté qu'un certain nombre de ces sujets supplémentaires éventuels pourraient recouper des sujets déjà examinés ou évoqués par la Commission mais qu'ils étaient mentionnés en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter pour le Groupe de travail qui souhaiterait peut-être les examiner plus à fond. Les points g) et h) (par. 109 ci-dessus) constituaient le sujet du projet entrepris conjointement par la CNUDCI et le Comité D de l'Association internationale du barreau visant à suivre l'application, dans les lois nationales, de la Convention de New York (A/54/17, par. 331 et 332).

111. Le Groupe de travail a exprimé, à titre préliminaire et provisoire, un intérêt particulier pour un certain nombre des points énoncés aux paragraphes 108 et 109 ci-dessus. Le secrétariat pourrait, a-t-il été considéré, entamer des travaux préparatoires sur les points a), b), d), et e) du paragraphe 108, étant donné leur très grande importance pratique. Le point d), en particulier, entraînait des incertitudes et, potentiellement, des retards dans un certain nombre d'États. S'agissant du point e), il a été noté que l'article II-3 de la Convention de New York laissait certains tribunaux dans l'incertitude quant à la manière de procéder, ce qui entraînait des disparités et des incohérences; ainsi, certains tribunaux, lorsqu'ils examinaient une demande de renvoi des parties à l'arbitrage (par exemple en vertu du paragraphe 3 de l'article II de la Convention de New York), suivaient l'esprit de la Convention et se limitaient à déterminer si la convention d'arbitrage était à première vue valable (et s'il constatait que tel était le cas, renvoyait l'affaire devant le tribunal arbitral) alors que d'autres examinaient eux-mêmes la validité de la convention d'arbitrage et rendaient une décision définitive. On a fait valoir qu'en apportant des éclaircissements en la matière, on pourrait mieux définir l'interaction entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux arbitraux dans les questions d'arbitrage. Des délégations se sont également déclarées favorables à l'examen des points a), b) et e) du paragraphe 109 ci-dessus.

112. Un intérêt réitéré a été exprimé pour certains des points énoncés au paragraphe 107 ci-dessus, que la Commission avait déjà examinés et auxquels elle avait accordé la priorité. S'agissant du point m) (possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine), auquel la Commission avait accordé la priorité, il a été déclaré que l'on n'avait pas suffisamment tenu compte du fait, lorsqu'il avait été décidé de l'examiner plus avant que, dans la pratique, cette question ne devait pas poser beaucoup de problèmes et que les cas cités à ce propos ne devaient pas être considérés comme des précédents. On a toutefois fait valoir que (comme il était noté au paragraphe 109 i)), ce point reouvrait un nombre plus grand de questions, telles que le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un motif de refus (comme un vice de procédure mineur ou un vice n'ayant pas d'incidences sur l'issue de l'arbitrage). Les autres points énumérés au paragraphe 107 ayant suscité un intérêt au sein du Groupe de travail étaient les suivants: e) jonction de plusieurs instances arbitrales; f) obligation de confidentialité, tant pour l'arbitrage que pour la conciliation; g) compétence concernant les demandes aux fins de compensation; h) décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets; j) pouvoir du

tribunal arbitral d'accorder des intérêts et éventuellement autres questions relatives aux intérêts; et k) frais d'arbitrage.

113. Rappelant la discussion sur le recours accru au commerce électronique et la question de savoir si les messages électroniques respectaient les prescriptions de forme pour les conventions d'arbitrage et d'autres prescriptions de forme (voir ci-dessus par. 100 à 106), le Groupe de travail a pris note des déclarations selon lesquelles il serait utile d'examiner les incidences des arbitrages "en ligne", à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance avaient lieu au moyen de communications électroniques.

114. Le secrétariat a été prié de tenir compte des vues exprimées dans le Groupe de travail pour établir la documentation que celui-ci examinerait à ses sessions futures. Pour faciliter ce travail préparatoire, il a été demandé aux États et aux organisations internationales intéressés de fournir des éléments d'information sur des affaires judiciaires ou des arbitrages ainsi que des exemples de dispositions de lois nationales qui aideraient le secrétariat à établir cette documentation.

H. Questions diverses

115. Des représentants du Groupe consultatif CEE/ONU pour la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961) de la Commission économique pour l'Europe de l'ONU ont informé le Groupe de travail de la réunion du Groupe consultatif tenue les 17 et 18 février 2000 à Vienne, au cours de laquelle le Groupe est parvenu à la conclusion que la Convention a) restait utile; b) était d'une utilité plus large que celle des conventions en vigueur (en particulier en tant qu'ensemble de normes minimales à observer dans le cadre de l'arbitrage international); et c) pourrait être encore plus utile, pour les États contractants existants ou potentiels, si elle était mise à jour. À sa réunion du mois de février, le Groupe de travail a décidé de modifier l'article IV de la Convention et l'Arrangement relatif à l'application de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international. Aucun consensus ne s'est dégagé sur la question de savoir si d'autres modifications devaient être apportées à la Convention. La Commission s'est félicitée du rapport et a exprimé le souhait que les travaux que pourrait entreprendre la Commission économique pour l'Europe ne feraient pas double emploi avec ceux menés à l'échelle mondiale par la CNUDCI.

116. Le Groupe de travail s'est également félicité du projet de la Commission économique pour l'Europe de fournir, dans le cadre de l'Initiative de coopération pour l'Europe du Sud-Est, des conseils et une assistance en vue de favoriser le bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international dans les États membres de l'Initiative.
