



Assemblée générale

Distr.: Limitée
22 septembre 2000

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail sur l'arbitrage**
Trente-troisième session
Vienne, 20 novembre-1^{er} décembre 2000

Règlement des litiges commerciaux

Règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux: forme écrite de la convention d'arbitrage, mesures provisoires ou conservatoires, conciliation

Rapport du Secrétaire général

Table des matières

	<i>Paragraphe</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-9	3
I. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage	10-51	5
A. Remarques liminaires	10-14	5
B. Disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage	15-26	7
Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage	16-26	8
C. Instrument interprétatif concernant l'article II 2) de la Convention de New York	27-51	12
a) Introduction	27	12
b) Convention de Vienne sur le droit des traités	28-34	13
c) Exemple de recours à un instrument interprétatif	35-41	14
d) Organe compétent pour élaborer un instrument interprétatif	42-48	16

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
e) Avant-projet de déclaration et recommandation éventuelles	18
f) Questions connexes	49-51	19
II. Exécution de mesures provisoires ou conservatoires	52-80	20
A. Remarques liminaires	52-55	20
B. Disposition législative type relative à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires	56-62	21
C. Dispositions supplémentaires éventuelles	63-80	23
III. Conciliation	81-112	28
A. Remarques liminaires	81-86	28
B. Dispositions législatives types relatives à la conciliation	87-112	29
Article premier. Champ d'application	87-90	29
Article 2. [Dispositions générales] [Conduite de la conciliation]	91-92	31
Article 3. Communications entre le conciliateur et les parties	93	32
Article 4. Communication de renseignements	94	32
Article 5. Début de la conciliation	95-96	33
Article 6. Fin de la conciliation	33
Article 7. Prescription	97	34
Article 8. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure	98-100	34
Article 9. Rôle du conciliateur dans d'autres procédures	101	35
Article 10. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	102	36
Article 11. Arbitre faisant office de conciliateur	103-104	36
Article 12. Force exécutoire de la transaction	105-112	37

Introduction

1. Au cours de sa trente et unième session, la Commission avait organisé, le 10 juin 1998, la Journée de la Convention de New York, afin de célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958) ("Convention de New York"). Outre les représentants d'États membres de la Commission et des observateurs, environ 300 invités avaient participé à cette manifestation. La déclaration d'ouverture avait été prononcée par le Secrétaire général. En sus des discours d'anciens participants à la conférence diplomatique ayant adopté la Convention, d'éminents spécialistes de l'arbitrage avaient présenté des exposés sur des questions telles que la promotion de la Convention, son adoption et son application. Des exposés avaient également été présentés sur des questions dépassant la Convention elle-même, par exemple l'interaction entre la Convention et d'autres textes juridiques internationaux relatifs à l'arbitrage commercial international et les problèmes rencontrés dans la pratique mais non traités dans les textes actuels, législatifs ou non, sur l'arbitrage.¹

2. Dans les exposés présentés lors de cette Journée, diverses propositions avaient été faites tendant à soumettre à la Commission certains des problèmes mis en évidence dans la pratique, afin qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et possible qu'elle entreprenne des travaux dans ce domaine. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission, se référant aux débats ayant eu lieu lors de la Journée de la Convention de New York, avait considéré qu'il serait utile d'examiner les travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session, et avait prié le secrétariat d'établir une note qui servirait de base à ses débats.²

3. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie de la note demandée, intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460)³. Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer davantage le droit de l'arbitrage commercial international, elle a 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 *L'exécution des sentences arbitrales en vertu 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 Cette note se fondait sur les idées, suggestions et observations présentées dans différents contextes, notamment la Journée de la Convention de New York (*L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: expérience et perspectives* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.2; Le Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial, Paris, 3-6 mai 1998 (*Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series, N° 9, Kluwer Law International, 1999); et d'autres conférences et réunions internationales telles que la Conférence Freshfields de 1998 de 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 d'étudier, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage.⁴

4. Lorsque la Commission a débattu du sujet, elle n'a pas tranché la question de savoir quelle forme prendraient ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions quant à cette question devraient être prises ultérieurement lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. 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, des règles contractuelles types ou un guide de pratique). Il a été souligné que, même si l'on envisageait un traité international, l'intention n'était pas de modifier la Convention de New York 1958).⁵

5. La Commission a confié la tâche à l'un de ses trois groupes de travail, qu'elle a appelé Groupe de travail sur l'arbitrage, et a décidé que ce dernier devrait examiner en priorité la conciliation,⁶ la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage,⁷ la force exécutoire des mesures conservatoires⁸ et la possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'état d'origine.⁹ Le Groupe de travail sur l'arbitrage (auparavant appelé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux) a commencé ses travaux à sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 20 au 31 mars 2000 (le rapport de cette session est publié sous la cote A/CN.9/468).

6. Le Groupe de travail a envisagé la possibilité d'élaborer des textes harmonisés sur la conciliation, les mesures provisoires ou conservatoires et la forme écrite des conventions d'arbitrage. Il a pris des décisions concernant ces trois thèmes, sur lesquelles le secrétariat a été prié de se fonder pour établir des projets en vue de l'actuelle session du Groupe de travail. Ce dernier a en outre procédé à un premier échange de vues sur d'autres questions qui pourraient être abordées ultérieurement (A/CN.9/468, par. 107 à 114).

7. La Commission, à sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), s'est déclarée satisfaite du travail accompli à ce jour par le Groupe de travail. Il a été fait diverses observations selon lesquelles les travaux sur les points inscrits à l'ordre du jour du Groupe de travail étaient opportuns et nécessaires pour améliorer la sécurité juridique et la prévisibilité dans le recours à l'arbitrage et à la conciliation dans le commerce international. La Commission a noté que le Groupe de travail avait également recensé un certain nombre d'autres sujets ayant différents niveaux de priorité, qu'il avait été proposé d'inclure dans les travaux futurs (A/CN.9/468, par. 107 à 114). La Commission a réaffirmé qu'il

⁴ Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

⁵ Ibid., par. 337 à 376 et 380.

⁶ Ibid., par. 340 à 343.

⁷ Ibid., par. 344 et 345.

⁸ Ibid., par. 371 à 373.

⁹ Ibid., par. 374 à 375.

appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter ces sujets (A/55/17, par. 395).

8. Il a été déclaré à plusieurs reprises que, d'une façon générale, en décidant de la priorité des futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les cas où des décisions judiciaires laissaient subsister une situation juridique incertaine ou non satisfaisante. Les sujets mentionnés au sein de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, étaient la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de New York; les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal d'arbitrage pour ce qui est de ces demandes; la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix; le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York; et le pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts. Il a été noté avec satisfaction qu'en ce qui concerne les 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), le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'état d'origine, on a estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance (A/55/17, par. 396).

9. Le présent document fait suite aux débats sur les trois sujets précités qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail et renferme des projets de dispositions élaborés compte tenu des décisions prises par ce dernier.

I. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage

A. Remarques liminaires

10. Lorsque le Groupe de travail a examiné, à sa trente-deuxième session, la question de la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, il a été noté dans l'ensemble qu'il faudrait élaborer sur cette question des dispositions conformes à la pratique actuelle dans le commerce international. 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 (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 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 lorsque la Convention de New York a été adoptée, 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 (A/CN.9/468, par. 88; il est rendu compte du reste des débats aux paragraphes 89 à 99 de ce document).

11. 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 (A/CN.9/468, par. 99).

12. Le Groupe de travail a également examiné la question de savoir si l'article II-2 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" (A/CN.9/468, par. 100; il est rendu compte de la suite des débats aux paragraphes 101 à 106).

13. 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 (A/CN.9/468, par. 106).

14. Les projets présentés ci-dessous aux sections B et C ont été préparés compte tenu des observations ainsi formulées par le Groupe de travail.

B. Disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage

15. Conformément à la décision du Groupe de travail, le secrétariat a élaboré une disposition législative type modifiant l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.¹⁰

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

[Premier paragraphe inchangé de la Loi type:]

1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

Projet de paragraphe 2 de l'article 7:

2) **La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Aux fins de la présente loi, la "forme écrite" comprend toute forme [variante 1:] à condition que le [texte] [contenu] de la convention d'arbitrage soit accessible pour être consulté ultérieurement, que celle-ci soit ou non signée par les parties [variante 2:] qui [atteste] [constate] l'existence de la convention,¹¹ que celle-ci soit ou non signée par les parties.**

3) **Une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2 si:**

- a) **elle est contenue dans un document établi conjointement par les parties;**
- b) **elle prend la forme d'un échange de communications écrites;**
- c) **elle est contenue dans l'offre ou la contre-fer écrite d'une partie, à condition que le contrat ait été [valablement] conclu par acceptation ou par un fait valant acceptation telle que l'exécution ou le défaut d'objection de l'autre partie;**
- d) **elle est contenue dans une confirmation de contrat, à condition que les termes de ladite confirmation aient été [valablement] acceptés par l'autre partie, soit [expressément] [par référence expresse à la confirmation ou à ses termes] soit dans la mesure prévue par la loi ou l'usage, par défaut d'objection;**

¹⁰ Certains des textes législatifs nationaux qui ont servi à élaborer les projets sont reproduits aux paragraphes 24 à 32 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, 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".

¹¹ La variante 1 est tirée de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, tandis que la variante 2 est inspirée du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

e) elle est contenue dans une communication écrite adressée par un tiers aux deux parties et si la teneur de la communication est réputée faire partie du contrat;

f) elle est contenue dans un échange de conclusions [en demande et en réponse] [sur le fond du litige] dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre;

g) [elle est contenue dans un texte auquel il est fait référence dans un contrat conclu verbalement, à condition que la conclusion de ce type de contrat soit habituelle, [que des conventions d'arbitrage dans de tels contrats soient habituelles] et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.]

4) La référence dans un contrat à un texte contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

Notes

16. Le projet de paragraphe 3 décrit de manière assez détaillée les situations dans lesquelles une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il serait possible d'exprimer l'objectif général du paragraphe 3 en des termes plus succincts et plus généraux comme suit:

3) Une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2 si elle est contenue dans un document transmis d'une partie à l'autre partie ou par un tiers aux deux parties, à condition que la teneur de ce document soit réputée faire partie du contrat conformément à la loi ou à l'usage.

17. Le Groupe de travail s'est penché, à sa trente-deuxième session, sur plusieurs exemples classiques de situations où les parties conviennent de la teneur d'un contrat contenant une convention d'arbitrage, avec preuve écrite du contrat, mais où la loi en vigueur, si elle est interprétée de manière restrictive, peut être considérée comme invalidant ou mettant en cause la validité de la convention d'arbitrage. Les parties se trouvent dans ce cas de figure si: a) elles n'ont pas signé un document contenant la convention d'arbitrage (ce qui arrive régulièrement lorsqu'elles ne se trouvent pas au même endroit lors de la conclusion du contrat) et b) la procédure qu'elles ont suivie pour conclure le contrat ne satisfait pas à la condition d'«échange de lettres ou de télégrammes» (art. II-2 de la Convention de New York), si l'on interprète littéralement cette condition. Ces situations sont les suivantes:

a) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé par une partie qui l'envoie par écrit à l'autre partie. Cette dernière exécute ses obligations au titre du contrat mais sans le renvoyer ou sans qu'il y ait un autre "échange" écrit concernant les clauses dudit contrat;

b) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé sur la base d'un texte proposé par une partie, sans que celui-ci soit explicitement accepté par écrit par l'autre partie. Toutefois, cette autre partie fait référence par écrit à ce

contrat dans un courrier, une facture ou une lettre de crédit ultérieurs en mentionnant, par exemple, sa date ou son numéro;

c) Un contrat est conclu par l'intermédiaire d'un courtier qui établit le texte constatant l'objet du contrat et contenant notamment la clause compromissoire, sans qu'il y ait de communications écrites directes entre les parties;

d) Référence est faite, dans une convention verbale, à un ensemble de clauses écrites, pouvant se présenter sous forme de contrat-type, comprenant une clause compromissoire;

e) Connaissances incorporant par référence les termes et conditions de la charte-partie sous-jacente;

f) Un des contrats d'une série de contrats conclus entre les mêmes parties au cours d'une opération n'a pas été attesté par un écrit signé ou n'a pas fait l'objet d'un échange d'écrits, alors que les contrats précédents comportaient des clauses compromissoires valides;

g) Le contrat original contient une clause compromissoire valablement conclue mais cette clause n'apparaît pas dans un additif, un accord de prorogation, de novation ou de transaction relatif au contrat (un tel contrat "subséquent" peut avoir été conclu verbalement ou par écrit);

h) Un connaissance contenant une clause compromissoire qui n'est pas signée par le chargeur ou par le porteur ultérieur;

i) Droits et obligations des tiers au titre des conventions d'arbitrage dans les contrats où une prestation est prévue à leur profit ou en cas de stipulation pour autrui;

j) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage à la suite de la cession ou de la novation du contrat sous-jacent au profit de ce tiers;

k) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage lorsque le tiers exerce des droits par subrogation;

l) Droits et obligations au titre des conventions d'arbitrage lorsque, à la suite de la fusion ou de la scission d'entreprises entraînant la création d'une personne morale différente, les successeurs des parties font valoir leurs droits au titre des contrats.¹²

18. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le projet de disposition type à la lumière de ces situations afin de déterminer si ces dernières sont dûment prises en considération dans ledit projet, dans la mesure où il entend qu'elles le soient.

¹² Ces situations étaient énumérées au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.II/WP.108Add.1. Parmi elles figurait également le cas où un requérant demande un arbitrage contre une entité qui n'était pas initialement partie à la convention d'arbitrage, ou lorsqu'une entité qui n'était pas initialement partie à la convention d'arbitrage demande à s'en prévaloir pour entamer un arbitrage en se fondant, par exemple, sur la théorie du "groupe de sociétés" (ibid., par. 12 m)). Toutefois, le Groupe de travail a considéré que cette situation soulevait des questions difficiles et que l'idée d'une règle harmonisée ne suscitait pas une large acceptation (A/CN.9/468, par. 95).

19. Le cas a) (conclusion du contrat autrement que par l'envoi d'un message) devrait être réglé par les alinéas c) et d) du projet de paragraphe 3. Le cas b) (référence aux clauses du contrat dans la correspondance ultérieure) peut être considéré comme résolu en ce que le projet n'exige pas d'acceptation écrite des clauses du contrat contenant une clause compromissoire (de surcroît, de nombreux tribunaux ont interprété le texte actuel de l'article II de la Convention de New York de sorte qu'une référence, dans la correspondance ultérieure, au texte proposé par l'autre partie vaut acceptation desdites clauses, dont la clause compromissoire). Le cas c) (courtier) relève de l'alinéa e) du projet de paragraphe 3, tandis que le cas d) (référence verbale à des clauses écrites) est traité à l'alinéa g).

20. Quant aux cas f) et g) (un contrat contenant une clause compromissoire est suivi d'un autre contrat, d'un additif, d'un accord de prorogation, de novation ou de transaction), il apparaît que les conclusions des tribunaux dépendent dans une large mesure des circonstances de l'espèce. En particulier, les tribunaux ont cherché des solutions en interprétant le contrat initial et les accords postérieurs et en déterminant si l'intention des parties était que certaines clauses du contrat initial, y compris la clause compromissoire, s'appliquent également à ces accords. Néanmoins, on constate que, indépendamment des circonstances de l'espèce, les tribunaux ont été guidés par leurs idées sur l'arbitrage et sur la question de savoir si l'exigence d'une forme écrite doit être interprétée d'une façon large ou restrictive. Par exemple, lorsqu'il a examiné si un accord verbal postérieur entrainait dans le champ d'application de la clause compromissoire figurant dans le contrat initial, un tribunal a déclaré que, eu égard à la tendance délibérément favorable à l'arbitrage, le litige ne serait exclu de l'arbitrage que dans les cas où l'on pouvait affirmer avec une certitude absolue que les parties n'avaient pas l'intention de l'y soumettre. Dans une espèce similaire où le contrat initial écrit avait été suivi d'un contrat connexe, un autre tribunal a considéré que même s'il devait interpréter l'accord de manière étroite, les éléments de preuve étaient insuffisants pour établir de manière concluante que les parties n'avaient pas l'intention de régler leur différend par l'arbitrage, de sorte que le tribunal s'estimait tenu de soumettre le litige à l'arbitrage. En revanche, lorsqu'il a examiné si un protocole se rapportant à un contrat était régi par la clause compromissoire contenue dans le contrat initial, le tribunal a considéré que la clause ne s'appliquait pas audit protocole car, pour que celle-ci s'impose, les parties devaient exprimer très précisément cette intention. Par ailleurs, la question de savoir si, lorsqu'un litige relatif à un contrat est réglé et que naît un autre litige concernant l'accord de transaction, la clause compromissoire figurant dans le contrat initial s'applique au litige subséquent n'a pas non plus été résolue par les tribunaux de manière uniforme.

21. On peut considérer que cette absence d'uniformité dans les décisions prises pour régler les cas f) et g) pose un problème dans le commerce international. Toutefois, comme ces décisions semblent dépendre largement des circonstances de chaque espèce et de l'interprétation de l'intention des parties, il sera peut-être difficile de concevoir une solution législative qui soit valable et généralement acceptable. Néanmoins, le projet de disposition type peut aider à résoudre certains de ces problèmes, en particulier lorsque les parties avaient l'intention de subordonner le contrat postérieur au contrat antérieur contenant une clause compromissoire mais que le contrat postérieur n'a pas été signé par les deux parties ou n'est pas contenu dans un échange d'écrits.

22. S'agissant des cas i) à l), on part du principe que la convention d'arbitrage a été valablement conclue par deux parties (ou plus), la question étant de savoir si un tiers qui devient ultérieurement partie au contrat, ou est admis à se prévaloir des clauses de ce contrat, devient également partie à la convention d'arbitrage. Un tiers peut devenir partie au contrat, ou accepter les droits et obligations en découlant, moyennant accord entre les parties initiales au contrat (par exemple, lorsqu'un contrat prévoit une prestation au profit d'un tiers, lorsqu'un contrat ou certains droits contractuels sont cédés au profit d'un tiers, lorsqu'un tiers devient partie au contrat par novation ou lorsque, à la suite de la fusion ou de la scission de personnes morales, une nouvelle personne morale est à même d'exercer des droits et d'assumer des obligations). Un tiers peut également devenir partie au contrat par l'effet de la loi, par exemple, lorsqu'un assureur, par subrogation, est admis à exercer des droits de la partie assurée. Ces cas ont été examinés par les tribunaux, qui ont élaboré des solutions en interprétant les règles de droit régissant les transferts de droits et d'obligations contractuels.

23. Lorsque le Groupe de travail a examiné les cas i) à l), il a été suggéré que ces cas ne soient pas traités par une disposition législative type (A/CN.9/468, par. 95). Le Groupe de travail souhaitera peut-être souscrire à cette suggestion. Il pourra souhaiter au contraire approfondir la question en vue de décider s'il convient ou non d'exprimer le principe selon lequel, lorsqu'une personne qui n'est pas partie à un contrat devient (par convention entre les parties au contrat ou par application de la loi) une partie au contrat, ou peut en son nom propre invoquer ou faire exécuter une condition du contrat, toute clause compromissoire figurant dans le contrat s'impose à elle.

Connaissance (cas e) et h))

24. L'utilisation de connaissances pose plusieurs questions quant à la validité d'une convention d'arbitrage. L'une d'elles dépend du point de savoir si le connaissance lui-même comporte une clause compromissoire ou s'il est émis conformément à une charte-partie ce qui, généralement, signifie que le connaissance ne comporte pas de clause compromissoire mais renvoie au contraire, dans des termes divers, aux clauses figurant dans la charte-partie et, notamment, à une clause compromissoire. Le droit (y compris la jurisprudence) n'est pas très bien fixé sur la question de savoir quel type de référence est nécessaire pour que la clause compromissoire soit valablement incorporée dans le connaissance. Par exemple, une référence générale, du type "l'ensemble des termes et conditions découlant de la charte-partie" est parfois jugée suffisante pour incorporer la clause compromissoire, mais ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, cela a été considéré comme insuffisant dans le cas où la clause compromissoire de la charte-partie vise les "différends relatifs à la charte-partie" sans viser expressément les différends nés du connaissance; dans ce cas, une référence plus spécifique a été exigée pour que le texte de la clause compromissoire puisse être "manipulé" afin de couvrir également les différends nés du connaissance. En revanche, une référence générale a été considérée comme suffisante si le libellé de la clause compromissoire figurant dans la charte-partie vise les différends nés de la charte-partie et du connaissance émis en vertu de la charte-partie. Certaines législations nationales ont adopté une disposition particulière sur cette question. Le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer que cette question est dûment traitée par le

projet de paragraphe 4 qui, sur la question de savoir en quoi consiste une référence valable, s'en remet à la loi régissant de manière générale l'incorporation par référence ou à toute disposition particulière concernant l'incorporation dans des connaissements de clauses compromissaires figurant dans des chartes-parties.

25. Un autre problème pourrait résulter de la pratique consistant à faire signer les connaissements uniquement par le transporteur et non par l'autre partie contractante (l'expéditeur/chargeur). Dans le cadre du droit existant, cette question a été réglée de différentes manières, en considérant par exemple que des clauses compromissaires figurant dans des connaissements lient le chargeur, parce qu'elles sont censées constituer des cas *sui generis* qui ne requièrent pas un message écrit ou une signature du chargeur; parce que l'exigence d'un écrit est interprétée de manière extensive de manière à couvrir les pratiques d'émission de connaissements; ou parce que le chargeur (en préparant et en donnant au transporteur certaines informations écrites à insérer dans le connaissement, pour ce qui est en particulier de la description des marchandises, ou en remplissant le formulaire vierge d'un connaissement qui comporte une clause compromissoire), est réputé avoir transmis une communication écrite au transporteur, qui, à son tour, signe le connaissement et le remet au chargeur. En tout état de cause, le Groupe de travail peut considérer que cette question est dûment traitée par le projet de paragraphe 3) c).

26. Une autre question concernant les connaissements est celle de savoir si le destinataire (qui n'est pas la partie contractante au moment de l'émission du connaissement) se trouve lié par la clause compromissoire figurant dans le connaissement du fait d'une transmission ou d'un endossement valable du connaissement.¹³ Bien que de nombreux tribunaux aient conclu (en s'appuyant ou non sur une législation spécifique) que le destinataire est lié par la clause compromissoire figurant dans le connaissement, certains refusent une telle conclusion. Même si le destinataire se trouve lié par la clause compromissoire inscrite dans le connaissement, il peut y avoir des doutes quant au moment exact où il se trouve ainsi lié (par exemple, le moment où il a reçu ou exigé du transporteur la livraison des marchandises). Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager cette question comme un problème particulier analogue à ceux examinés ci-dessus aux paragraphes 22 et 23, qui s'enracine dans le droit des transports et considérer que, si une solution quelconque devait être adoptée, elle ne devrait pas empiéter sur le droit régissant le transfert de droits et d'obligations contractuels à des tiers.

C. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York

a) Introduction

27. Comme il a déjà été noté au paragraphe 11, le Groupe de travail a estimé que, pour atteindre l'objectif d'une interprétation uniforme de la prescription de forme

¹³ Cette question peut se conjuguer à un problème d'incorporation par référence dans le cas où le connaissement renvoie aux termes et conditions de la charte-partie, y compris la clause compromissoire, la question étant alors de savoir si le destinataire (qui n'a peut-être pas connaissance de la clause compromissoire) se trouve lié par une telle clause du fait de l'endossement du connaissement; cette question est traitée, par exemple, à l'article 22-2 des Règles de Hambourg.

qui réponde aux besoins du commerce international, il serait également possible d'adopter une déclaration ou une résolution relative à l'interprétation de la Convention de New York reflétant la manière dont la prescription de forme est généralement entendue. 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 au moyen d'une déclaration ou d'une résolution, et notamment les incidences de cette solution en matière de droit international (A/CN.9/468, par. 93). Le texte ci-après a été élaboré en vue de faciliter l'examen de la meilleure approche à adopter.

b) Convention de Vienne sur le droit des traités

28. La Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (la "Convention de Vienne") définit plusieurs méthodes permettant de déterminer le sens d'une disposition conventionnelle. L'article 31, intitulé "Règle générale d'interprétation", se lit ainsi:

"1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

- a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
- b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

- a) *de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;*
- b) *de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;*
- c) *de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. (italiques ajoutés)*

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties."

29. L'article 32, intitulé "Moyens complémentaires d'interprétation", se lit ainsi:

"Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

- a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable."

30. Il semble qu'un instrument interprétatif susceptible d'être examiné par le Groupe de travail pourrait se fonder sur l'article 31-3 b) de la Convention de Vienne, étant donné que la nécessité de préciser l'interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York résulte des transformations des techniques de

communication et des pratiques commerciales, ainsi que d'un recours accru à l'arbitrage commercial et d'une meilleure acceptation de celui-ci dans le commerce international.

31. Une autre possibilité consisterait à fonder l'instrument sur un accord ultérieur entre les États parties à la Convention de New York (comme cela est envisagé à l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne). Il semble toutefois que, dans ce cas, chaque État partie serait tenu d'exprimer individuellement son accord, ce qui, compte tenu de la durée du processus, risquerait d'entraîner une période d'incertitude quant à l'interprétation correcte de la Convention.

32. Comme il est dit aux paragraphes 1 et 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne, le contexte du traité ainsi que son objet et son but sont également pertinents aux fins de l'interprétation. Une indication de ce contexte et de l'objet et du but peut être trouvée dans la résolution figurant dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international au cours de laquelle a été conclue la Convention de New York. Aux termes de cette résolution, l'objectif de la Convention est de contribuer "à faire de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé...".

33. La suite de la résolution adoptée par la Conférence se lit ainsi:

"Elle considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage, on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé, prend note des travaux déjà accomplis dans ce domaine par diverses organisations² et suggère, pour compléter les efforts de ces organisations, que l'on s'attache dûment à définir les sujets qui se prêtent à des lois types d'arbitrage et à prendre d'autres mesures qui encouragent la mise au point de ces lois;"

[note:]² Par exemple, l'Institut international pour l'unification du droit privé et le Conseil interaméricain de juristes."

(Résolution de la Conférence reproduite dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international – 10 juin 1958)

34. La résolution, dont l'adoption a été concomitante de l'ouverture à la signature de la Convention, rappelle que la Conférence a été "chargée d'adopter une convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et d'examiner les autres mesures que l'on pourrait prendre pour faire de l'arbitrage un moyen plus efficace de règlement des litiges de droit privé".

c) Exemple de recours à un instrument interprétatif

35. À titre d'exemple et de précédent du recours à un instrument interprétatif d'une convention, on peut citer la déclaration et la recommandation formulées par la quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé relatives à la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

36. Dans le rapport explicatif publié par la Conférence de La Haye, il est dit ce qui suit:

"En général, au début des années 50, il n'existait pas, en droit interne, une réglementation particulière portant sur les ventes aux consommateurs;

celles-ci étaient soumises aux règles applicables à l'ensemble des contrats. Par conséquent, il parut inutile, à l'époque, de créer un régime particulier pour déterminer la loi applicable aux ventes aux consommateurs. La Convention de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ne régleme donc que le choix de la loi applicable aux "ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels", sans faire de distinction entre les ventes aux consommateurs et les autres ventes.

À partir des années 60, le traitement des ventes aux consommateurs subit, en droit interne, une transformation radicale dans de nombreux pays; en particulier, il était accordé à l'acheteur une protection plus étendue contre de nombreux procédés abusifs ou risques spéciaux."¹⁴

37. On jugeait en particulier que les règles de la Convention sur le choix de la loi applicable ne faisaient pas une place suffisante à la politique de protection que pouvait, par exemple, prévoir le droit interne du pays de la résidence habituelle du consommateur. Dans ce contexte, il a été d'abord proposé d'élaborer un protocole à la Convention de 1955 permettant aux États parties à la Convention de faire une réserve aux fins de ne pas appliquer la Convention aux ventes aux consommateurs, ou excluant ces ventes du champ d'application de la Convention.¹⁵ Toutefois, comme il est indiqué dans le rapport explicatif:

"On s'était aperçu que le projet de Protocole non seulement soulevait de délicats problèmes de droit international public, mais posait aussi à la Conférence une question de politique générale, celle de savoir si l'on pouvait et, dans ce cas de quelle manière, adapter des Conventions de La Haye en vigueur pour qu'elles puissent prendre en considération les nouveaux problèmes qui se posent et les modifications fondamentales qui se dégagent dans le développement d'un domaine du droit."¹⁶

38. Après d'amples débats, la quatorzième session n'adopta pas un protocole à la Convention de 1955. Par contre, elle adopta une décision relative aux ventes aux consommateurs sous la forme d'une déclaration et d'une recommandation, qui sont reproduites au paragraphe 41 ci-dessous.

39. Comme il est noté dans le rapport explicatif:

"Sur un plan juridique, la nature précise ainsi que les effets de la déclaration peuvent donner lieu à plusieurs interprétations. Néanmoins, la quatorzième session arriva à la conclusion que cette déclaration représentait la solution la plus valable, en même temps que la plus pratique, au problème de l'adaptation de la Convention aux changements intervenus dans le dernier quart du siècle dans la réglementation matérielle des contrats de vente aux consommateurs."¹⁷

¹⁴ Rapport explicatif de M. Arthur Taylor von Mehren, Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la quatorzième session 6 au 25 octobre 1980, Tome II, Ventes aux consommateurs*, édités par le Bureau permanent de la Conférence, 1982, p. 182.

¹⁵ *Ibid.*, p. 183.

¹⁶ *Ibid.*, p. 184.

¹⁷ *Ibid.*, p. 186.

40. Dans le but de réunir et de diffuser les informations sur les mesures prises conformément à la déclaration, la recommandation suggère d'en informer le Bureau permanent de la Conférence de La Haye.¹⁸

41. Le texte de la déclaration et de la recommandation se lit ainsi:

"Déclaration et recommandation relatives au domaine de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, conclue le 15 juin 1955:

I - DÉCLARATION

Les États présents à la quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé,

Conscients de l'existence aujourd'hui, dans beaucoup de pays, de mesures de protection des consommateurs,

Constatant que les intérêts des consommateurs n'ont pas été pris en considération lorsque la *Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* a été négociée,

Reconnaissant le souhait de certains États qui ont ratifié cette Convention de voir régir les ventes aux consommateurs par des règles particulières sur la loi applicable,

Déclarent que la *Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* ne met pas obstacle à l'application par les États parties de règles particulières sur la loi applicable aux ventes aux consommateurs.

II - RECOMMANDATION

La Conférence recommande aux États parties à la *Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, qui soumettraient les ventes aux consommateurs à des règles particulières sur la loi applicable, d'en informer le Bureau permanent."¹⁹

d) Organe compétent pour élaborer un instrument interprétatif

42. Le Groupe de travail, lorsqu'il a envisagé la possibilité d'élaborer un instrument interprétatif relatif à l'article II-2 de la Convention de New York, n'a pas approfondi la question de savoir quels organes seraient éventuellement compétents pour élaborer un tel instrument.

43. On pourrait tout d'abord envisager que cet instrument soit établi par les États parties à la Convention de New York. Un tel instrument interprétatif qui ferait l'objet d'un accord entre les États parties relèverait du champ d'application de l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne.

¹⁸ Ibid., p. 187.

¹⁹ Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la quatorzième session 6 au 25 octobre 1980, Tome I, Matières diverses*, p. 62.

44. Une autre solution serait que la Commission élabore un instrument interprétatif dont il serait éventuellement pris note par la suite dans une résolution de l'Assemblée générale.

45. S'agissant de la compétence de la Commission pour interpréter la Convention de New York, elle pourrait être fondée sur le texte de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale qui a institué la CNUDCI.²⁰ Par cette résolution, l'Assemblée générale a créé la Commission "ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international..." (résolution 2205 (XXI), sect. I).

46. Dans la résolution 2205 (XXI), il est dit, au paragraphe 8 de la section II:

"La Commission encourage l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international:

a) En coordonnant les activités des organisations qui s'occupent de ces questions et en les encourageant à coopérer entre elles;

b) En favorisant une participation plus large aux conventions internationales existantes et une acceptation plus générale des lois types et lois uniformes existantes;

c) En préparant de nouvelles conventions internationales et des lois types et lois uniformes nouvelles ou en encourageant l'adoption de tels instruments, ainsi qu'en encourageant la codification et une acceptation plus générale des termes, règles, usages et pratiques du commerce international, en collaboration chaque fois que cela est approprié avec les organisations qui s'occupent de ces questions;

d) *En recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international;*

e) En rassemblant et en diffusant des informations sur les législations nationales et sur l'évolution juridique moderne, y compris celle de la jurisprudence, dans le domaine du droit commercial international;

f) En établissant et en maintenant une étroite collaboration avec la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement;

g) En assurant la liaison avec d'autres organes des Nations Unies et des institutions spécialisées qui s'intéressent au commerce international;

h) En prenant toutes autres mesures qu'elle juge utiles à l'accomplissement de ses fonctions." *(italiques ajoutés).*

47. L'Assemblée générale a plusieurs fois reconnu dans ses résolutions le rôle d'organe de coordination que joue la Commission dans le domaine du droit commercial international. La plus récente résolution de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission (54/103 du 17 janvier 2000) "réaffirme que la

²⁰ Voir Création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale (17 décembre 1966), reproduite dans *CNUDCI: La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Nations Unies, numéro de vente: F.86.V.8 (1986), p. 55.

Commission, en tant que principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine".

48. À supposer que la CNUDCI soit considérée comme l'organe compétent pour élaborer cet instrument, l'avant-projet joint vise à stimuler les débats sur la forme et le contenu souhaitables d'un instrument interprétatif.

e) Avant-projet de déclaration et recommandation éventuelles

[Recommandation] relative à l'interprétation de l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Rappelant la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

Consciente du fait que la composition de la Commission tient dûment compte de la représentation adéquate des principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que des pays développés et des pays en voie de développement,

Consciente également de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

Convaincue que l'adoption généralisée de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été une contribution essentielle au progrès de la légalité, en particulier dans le domaine du commerce international,

Notant que conformément à l'article II-1 de la Convention, "Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage"; et notant en outre que, conformément à l'article II-2 de la Convention, "On entend par convention écrite une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes",

Notant également que la Convention a été élaborée compte tenu de pratiques commerciales internationales et de techniques de communication en usage à l'époque, et que l'évolution de ces techniques dans le commerce international s'est faite parallèlement au développement du commerce électronique,

Constatant en outre l'accroissement du recours à l'arbitrage commercial international et de son acceptation dans le commerce international,

Rappelant que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, notamment,

que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé...",

Considérant que le but de la Convention, tel qu'il est exprimé dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, à savoir faire de l'arbitrage un moyen plus efficace de règlement des litiges de droit privé, exige que l'interprétation de la Convention tienne compte des transformations des techniques de communication et des pratiques commerciales,

Tenant compte du fait que des instruments juridiques internationaux adoptés ultérieurement comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique reflètent l'opinion de la Commission et de la communauté internationale selon laquelle la législation relative au commerce et à l'arbitrage devrait tenir compte des nouvelles méthodes de communication et pratiques commerciales,

Convaincue que l'interprétation uniforme de l'expression "convention écrite" est nécessaire pour améliorer la prévisibilité des transactions commerciales internationales,

Recommande aux gouvernements d'interpréter la définition d'une "convention écrite" figurant à l'article II-2 de la Convention comme désignant [...] *[Il est proposé que le dispositif du texte à insérer ici s'inspire en substance du texte révisé du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage commercial international tel qu'il est examiné aux paragraphes 15 à 26 ci-dessus.]*

f) Questions connexes

49. Il peut être rappelé que d'autres dispositions de la Convention de New York, ainsi que d'autres conventions relatives à l'arbitrage commercial international, comportent des prescriptions supplémentaires quant à la forme écrite qui, si elles ne sont pas interprétées conformément aux décisions du Groupe de travail concernant la révision des dispositions relatives à l'exigence d'un écrit, risquent de faire obstacle à l'utilisation de moyens modernes de communication dans l'arbitrage commercial international.

50. Parmi ces prescriptions de forme, on trouve par exemple l'obligation de fournir des originaux de la convention d'arbitrage et de la sentence, qui figure à l'article IV de la Convention de New York, ainsi que la disposition de l'article 4 de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975) qui prévoit que l'exécution de la sentence est ordonnée de la même manière que celle de décisions rendues par des juridictions de droit commun nationales ou étrangères, conformément aux lois de procédure de pays où elle doit être exécutée et aux dispositions des traités internationaux. De même, l'article 35 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, inspiré de l'article IV de la Convention de New York, prévoit que la partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme, ainsi que l'original de la convention d'arbitrage ou une copie certifiée conforme. Lorsqu'il examinera les projets relatifs à la prescription de la forme écrite pour une convention d'arbitrage, le Groupe de travail souhaitera peut-être rechercher les moyens de répercuter l'interprétation modifiée de la prescription de la forme écrite (art. 7-2 de la Loi type et art. II-2 de la Convention de New York)

sur l'interprétation des dispositions prescrivant que la partie qui demande l'exécution d'une sentence fournisse l'original de la convention d'arbitrage ou une copie certifiée conforme.

51. À la trente-deuxième session du Groupe de travail, l'idée a été émise que, pour traiter la question du commerce électronique, il ne fallait 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 formes 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 (A/CN.9/468, par. 105). Il peut être noté à cet égard que le Groupe de travail sur le commerce électronique doit en principe examiner la question de savoir comment faire en sorte que l'interprétation des traités régissant le commerce international tienne compte de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le secrétariat rendra compte de cet examen au Groupe de travail sur l'arbitrage.

II. Exécution de mesures provisoires ou conservatoires

A. Remarques liminaires

52. La proposition tendant à élaborer un régime législatif régissant l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des tribunaux arbitraux a bénéficié d'un appui général au sein du Groupe de travail (document A/CN.9/468, par. 67). Il a été généralement considéré que ce régime devrait s'appliquer à l'exécution de mesures ordonnées dans le cadre d'arbitrages ayant lieu dans l'État où cette exécution était demandée ainsi qu'en dehors de cet État. Il a été noté qu'un certain nombre d'États avaient adopté des dispositions législatives portant sur l'exécution par les tribunaux des mesures provisoires ou conservatoires et il a été jugé souhaitable que la Commission établisse un régime harmonisé et largement acceptable (*ibid.*, par. 68).

53. Pour l'examen général des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral et le débat relatif à l'opportunité d'élaborer des dispositions législatives relatives à leur force exécutoire, il convient de se reporter aux paragraphes 63 à 101 du document de travail A/CN.9/WG.II/WP.108 établi pour la trente-deuxième session du Groupe de travail.

54. Les considérations échangées à la trente-deuxième session du Groupe de travail sur cette question sont résumées dans le document A/CN.9/468, aux paragraphes 60 à 79. En conclusion, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir des projets de dispositions fondés sur les délibérations du Groupe de travail, aux fins d'examen à une session ultérieure.

55. Il peut être noté qu'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 envisagées seraient rédigées sous forme de loi type (A/CN.9/468, par. 78). Compte tenu de ce débat, les projets présentés ci-après pourraient constituer les éléments d'une disposition législative type susceptible d'être ajoutée à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

B. Disposition législative type relative à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires

Variante 1

Une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17, quel que soit le pays où elle a été ordonnée, est exécutée, sur requête adressée par la partie intéressée au tribunal compétent du présent État, sauf dans les cas où

- i) Un tribunal a déjà été saisi d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire correspondante;**
- ii) La convention d'arbitrage visée à l'article 7 n'est pas valable;**
- iii) La partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits [relativement à la mesure provisoire ou conservatoire];²¹**
- iv) La mesure provisoire ou conservatoire a été annulée ou modifiée par le tribunal arbitral;**
- v) Le tribunal ou un tribunal arbitral du présent État n'aurait pas pu ordonner le type de mesure provisoire ou conservatoire dont l'exécution est demandée²² [ou la mesure provisoire ou conservatoire est manifestement disproportionnée]; ou**
- vi) La reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire serait contraire à l'ordre public du présent État.**

²¹ "Étant donné que des mesures provisoires ou conservatoires sont généralement ordonnées avant que les parties aient présenté leurs arguments quant au fond du différend, il est proposé que les mots "il lui a été impossible de faire valoir ses droits" soient réputés viser la nécessité et la teneur de la mesure provisoire ou conservatoire considérée. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner l'opportunité de préciser cette interprétation par un libellé du type "il lui a été impossible de faire valoir ses droits relativement à la mesure provisoire ou conservatoire".

²² Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les considérations de principe relatives aux types de mesures provisoires ou conservatoires que peut ordonner un tribunal arbitral ou un tribunal sont nécessairement les mêmes que les considérations de principe qui sous-tendent la disposition relative à l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, en particulier lorsque la mesure a été ordonnée à l'étranger. Par exemple, il pourrait être justifié de restreindre la portée de mesures provisoires ou conservatoires parce que certains types de mesures provisoires ou conservatoires sont moins nécessaires (par exemple, parce que les parties peuvent atteindre l'objectif d'une mesure particulière par d'autres moyens, y compris par l'intermédiaire du système judiciaire). Si les considérations de principe ne sont pas les mêmes, l'alinéa v) pourrait devoir être remanié afin d'élargir éventuellement la portée des mesures susceptibles d'être exécutées par rapport à celles que pourrait ordonner un tribunal de l'État adoptant à l'appui d'un arbitrage ou par un tribunal arbitral de l'État adoptant.

Notes

56. Cette disposition législative type est fondée sur le chapitre VIII de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (art. 35 et 36), qui traite de l'exécution des sentences arbitrales (voir en particulier A/CN.9/468, par. 70 à 73).

57. Parmi les systèmes juridiques qui ont incorporé la Loi type, plusieurs y ont ajouté des dispositions prévoyant que le chapitre VIII de la Loi type s'applique à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral en vertu de l'article 17 de la Loi type (ou prévoyant qu'une mesure provisoire ou conservatoire est traitée, aux fins de l'exécution, comme une sentence). Le débat sur cette question est relaté au paragraphe 70 du document A/CN.9/468. Il a été généralement estimé que cette approche était trop rigide et ne tenait pas compte des particularités des mesures provisoires et conservatoires, qui distinguaient celles-ci des sentences arbitrales. Compte tenu de ce point de vue, la disposition type présentée ci-dessus se fonde sur l'article 36, adapté aux mesures provisoires ou conservatoires.

Variante 2

Le tribunal peut, sur requête adressée par la partie intéressée, ordonner l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17, quel que soit le pays où elle a été ordonnée.

Notes

58. La variante 1, qui revient à dire "le tribunal ordonne l'exécution, sauf si ...", vise à établir une obligation d'exécution si les conditions prescrites sont remplies, tandis que la variante 2 consiste à dire "le tribunal peut ordonner l'exécution ...", ce qui exprime un certain pouvoir d'appréciation. On pourrait toutefois considérer que même la variante 1 comporte une certaine marge d'appréciation, résultant par exemple de la disposition entre crochets de l'alinéa v), selon laquelle le tribunal apprécierait si la mesure provisoire ou conservatoire est manifestement disproportionnée et, dans ce cas, devrait refuser l'exécution.

59. Pour décider quelle approche adopter, le Groupe de travail pourra souhaiter examiner en quoi devrait consister le pouvoir d'appréciation prévu dans la variante 2. Il est proposé que ce pouvoir soit limité au refus de faire exécuter la mesure provisoire ou conservatoire (par exemple si le tribunal considère cette mesure comme gravement ou manifestement disproportionnée ou inutile) et, en particulier, qu'il n'implique pas la liberté de rendre une ordonnance d'exécution dont la teneur s'écarterait de celle de la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral (par exemple, si la mesure provisoire consiste dans l'ordre donné à une partie de fournir à l'autre partie une caution d'un certain montant au titre des frais, le tribunal ne serait pas habilité à rendre une ordonnance d'exécution pour une caution d'un moindre montant).

60. On peut estimer qu'en autorisant le tribunal à rendre une ordonnance d'exécution qui s'écarte de la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral, on risque d'entraîner le tribunal dans une appréciation du bien-fondé de la décision, ce qui supposerait qu'il puisse ou doive répéter le

processus de prise de décisions qui s'est déjà déroulé devant le tribunal arbitral. Cela signifierait, de fait, que le tribunal ne ferait pas exécuter la mesure ordonnée par le tribunal arbitral, mais ordonnerait sa propre mesure. En vue de l'examen de la question, il peut être rappelé qu'il y a eu un large accord au sein du Groupe de travail pour considérer que le régime uniforme devait partir du principe que le tribunal ne devrait pas reprendre le processus de décision du tribunal arbitral et qu'en particulier, il ne devrait pas revenir sur les constatations de fait du tribunal arbitral ou réexaminer la mesure quant au fond (A/CN.9/468, par. 71). (Pour un examen de la reformulation de la mesure à des fins de procédure, voir ci-dessous par. 71 et 72).

61. Conformément au point de vue généralement exprimé au sein du Groupe de travail, les deux variantes prévoient la possibilité de faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire "quel que soit le pays où elle a été ordonnée" (voir A/CN.9/468, par. 67 et A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 92).

62. De nombreuses législations nationales relatives à l'arbitrage ont adopté le principe selon lequel la partie peut décider, soit de demander au tribunal arbitral d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire, soit de saisir un tribunal de la même demande. On peut considérer qu'un tel principe, largement considéré comme adapté à l'arbitrage commercial international, est consacré par les articles 9 et 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Compte tenu de ce principe, cependant, une partie pourrait, après avoir obtenu une mesure provisoire ou conservatoire du tribunal arbitral, saisir un tribunal aux fins d'obtenir substantiellement la même mesure et, parallèlement, saisir un tribunal d'une demande d'exécution de la mesure ordonnée par le tribunal arbitral. Cette succession d'actions peut aboutir à une situation inconfortable où le tribunal doit examiner deux demandes de mesures conservatoires et où deux décisions risquent par la suite d'être rendues. Afin d'éviter une telle situation, il existe dans une législation nationale une disposition prévoyant que le tribunal peut autoriser l'exécution d'une mesure, sauf si un tribunal a déjà été saisi d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire correspondante. Une telle disposition (reprise dans la variante 1, à l'alinéa i)) pourrait aussi être éventuellement incluse dans une disposition fondée sur la variante 2.

C. Dispositions supplémentaires éventuelles

63. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner si l'une quelconque des questions ci-dessous mentionnées doit être traitée dans la disposition législative type, quelle que soit la variante qui sera adoptée en définitive.

Obligation d'informer le tribunal de toute modification éventuelle concernant la mesure provisoire ou conservatoire

64. De par sa nature, une mesure provisoire ou conservatoire peut être modifiée ou annulée par le tribunal arbitral avant le prononcé de la sentence et, en tout état de cause, elle prendra fin dès le prononcé de la sentence. Peut-être faudrait-il donc examiner si la loi devrait obliger la partie qui demande l'exécution à informer le tribunal de tels changements éventuels. L'objectif d'une telle obligation d'information (qui devrait exister au moment de la demande d'exécution et se

poursuivre ensuite) serait de permettre au tribunal de modifier ou de rapporter l'ordonnance d'exécution. Le projet de texte ci-après, inspiré des articles 18 et 22-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, est présenté en vue de faciliter le débat:

À compter de la présentation de la demande d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire, la partie informe rapidement le tribunal de toute décision du tribunal arbitral modifiant ou annulant ladite mesure. Le tribunal peut, à la demande de la partie touchée par la mesure, modifier ou rapporter l'ordonnance d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire.

Demande d'exécution avec l'autorisation du tribunal arbitral

65. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'énoncer dans le projet de disposition que la partie intéressée peut demander l'exécution "avec l'approbation du tribunal arbitral". Une telle disposition aurait pour but de donner au tribunal qui ordonne l'exécution une garantie supplémentaire que les circonstances n'ont pas changé et que la mesure est toujours considérée comme nécessaire par le tribunal arbitral, tout en évitant de placer celui-ci dans une situation où il devrait saisir un tribunal national pour obtenir l'exécution (A/CN.9/468, par. 75).

Conditions supplémentaires attachées à une ordonnance d'exécution

66. Le Groupe de travail pourra examiner si les dispositions législatives types devraient prévoir la possibilité, pour le tribunal, de subordonner une ordonnance d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire à des conditions qu'il juge appropriées (par exemple, quant à une caution à fournir par la partie qui demande l'exécution).

67. Des mesures provisoires ou conservatoires sont souvent assorties d'injonctions ou de conditions (qu'elles soient ordonnées par un tribunal arbitral ou par un tribunal). La question est alors de savoir si, après que le tribunal arbitral a ordonné la mesure (en la subordonnant à toutes injonctions ou conditions qu'il juge appropriées, le tribunal doit s'engager dans le processus de décision pour déterminer s'il convient d'assortir l'ordonnance d'exécution d'une éventuelle injonction ou condition. On pourrait estimer qu'une règle habilitant le tribunal à assortir de conditions des ordonnances d'exécution va à l'encontre des principes affirmés par le Groupe de travail (visés ci-dessus, au par. 60) selon lesquels le régime uniforme ne devrait pas permettre au tribunal de reprendre le processus de décision du tribunal arbitral.

Demande d'exécution concomitante d'une contestation de la compétence du tribunal arbitral

68. Il se peut, lorsqu'une partie demande l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, que l'autre partie ait soulevé une exception d'incompétence du tribunal arbitral ou que, après que celui-ci a affirmé sa compétence, la question de la compétence soit contestée devant le tribunal. Cette situation est traitée à l'article 16 de la Loi type. Dans ce cas, le tribunal saisi d'une demande d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire se prononcerait sur un point sur lequel il pourrait être ultérieurement conclu que le tribunal arbitral n'a pas compétence. Cela pourrait inciter le tribunal à s'abstenir de statuer sur l'exécution de la mesure

provisoire ou conservatoire jusqu'à ce que la question de la compétence ait été élucidée. Toutefois, le sursis à statuer pourrait en fait encourager l'autre partie à exciper de l'incompétence du tribunal arbitral dans le seul but de retarder l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire, même si l'exception a peu de chance d'aboutir. Dans ces conditions, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner une disposition, inspirée de l'article 36-2 de la Loi type de la CNUDCI, qui se lirait à peu près ainsi:

S'il a été demandé à un tribunal de statuer sur la décision du tribunal arbitral affirmant sa compétence, le tribunal saisi d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Mesures *ex parte*

69. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner comment des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* (c'est-à-dire des mesures ordonnées par le tribunal arbitral sans que l'autre partie ait été entendue) devraient être traitées. Il a été dit que ce type de mesures peut être approprié dans les cas où un élément de surprise est nécessaire, c'est-à-dire lorsqu'il se peut que la partie touchée tente de priver la mesure de sa substance en intervenant pour rendre la mesure sans objet ou inexécutable. Par exemple, lorsqu'une mesure provisoire ou conservatoire est demandée afin d'empêcher une partie de transférer des avoirs hors de la juridiction, la partie pourrait précisément transférer ces avoirs entre le moment où elle apprend l'existence de la demande et celui où la mesure est ordonnée; ainsi, la partie peut effectivement faire échec à la mesure sans l'enfreindre techniquement.

70. Le Groupe de travail estimera peut-être que les dispositions législatives types ne devraient pas traiter des conditions dans lesquelles un tribunal arbitral pourrait ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. On peut toutefois se demander si, au moment où le tribunal est saisi d'une demande d'exécution d'une mesure, l'autre partie devrait en avoir été avisée et avoir eu la possibilité de s'y conformer spontanément (ou de demander qu'elle soit rapportée ou modifiée). On peut considérer que la fonction de surprise est suffisamment préservée si la partie touchée est avisée de la mesure par le tribunal arbitral une fois qu'il l'a ordonnée (dans le cadre d'une telle notification, le tribunal arbitral peut, par exemple, inviter la partie à exécuter la mesure ou à la contester dans le nombre de jours fixé par lui). Si tel est le cas, la question est de savoir ce que devrait faire le tribunal si, au moment où il est saisi d'une demande d'exécution, la partie touchée n'a pas été avisée de la mesure. On pourrait envisager que le tribunal refuse l'exécution, ou qu'il sursoie à statuer sur l'exécution jusqu'à ce la partie touchée ait eu la possibilité d'exécuter spontanément la mesure ou de faire valoir ses moyens.

Possibilité de reformuler la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral

71. Il est prévu dans une législation nationale que le tribunal, aux fins de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, peut remanier ou reformuler la mesure, le cas échéant. Si le Groupe de travail devait souscrire à une conception de ce type, il pourrait juger nécessaire de définir la portée d'une reformulation ou d'un remaniement éventuel. Il est proposé de ne prévoir la possibilité de remanier

ou de reformuler la mesure que pour rendre la mesure exécutoire conformément aux règles de procédure du tribunal, en excluant toute latitude de celui-ci pour changer la teneur de la mesure. Si le tribunal estime que la mesure, en raison de sa teneur, n'est pas susceptible d'exécution, il devrait refuser l'exécution sans modifier la mesure.

72. Les circonstances dans lesquelles il pourrait être souhaitable d'autoriser une reformulation de la mesure peuvent être, par exemple, celles où la mesure, telle que formulée par le tribunal arbitral, ne correspond pas aux règles d'exécution du tribunal. Ainsi, le tribunal saisi de la demande d'exécution peut être tenu de respecter des règles ou pratiques de procédure en ce qui concerne certaines mentions particulières de l'ordonnance d'exécution ou la manière dont l'exécution doit être menée à bien, ce qui peut exiger une reformulation de la mesure pour la mettre en conformité avec ces règles et pratiques de procédure. Un autre exemple pourrait être constitué par une mesure provisoire imposant à une partie de remettre certains documents à l'autre partie. La loi du pays d'exécution pourrait comporter des règles protégeant le secret de la vie privée et le secret professionnel qui obligeraient le tribunal à exclure de l'exécution de la mesure les documents visés par ces règles.

Obligation pour le tribunal de ne pas remettre en cause les conclusions du tribunal arbitral.

73. Certains systèmes juridiques qui laissent à une partie le choix de solliciter une mesure provisoire ou conservatoire, soit du tribunal arbitral, soit d'un tribunal national (voir ci-dessus par. 62), ont adopté une disposition prévoyant que "lorsqu'une partie saisit un tribunal d'une demande de mesure conservatoire ou de toute autre mesure provisoire et qu'un tribunal arbitral s'est déjà prononcé sur toute question relative à la demande, le tribunal, aux fins de la demande, est lié par la décision ou toute constatation de fait liée à la décision". Une disposition analogue prévoit que "lorsqu'il examine une demande de mesure provisoire ou conservatoire, le tribunal est lié par toute constatation de fait du tribunal arbitral, y compris la probable validité de la demande qui fait l'objet de la sentence ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire que le tribunal arbitral a déjà prononcée dans la procédure considérée, sous réserve que cette sentence provisoire soit conforme à l'ordre public".

74. Ces clauses de législations nationales ne traitent pas, à proprement parler, de l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral; elles visent plutôt le pouvoir du tribunal d'ordonner ses propres mesures provisoires ou conservatoires mais prévoient que, ce faisant, le tribunal considère comme acquises certaines constatations du tribunal arbitral. Il conviendra peut-être d'examiner si l'idée sous-jacente pourrait être adaptée à la disposition à l'examen au sein du Groupe de travail relative à l'exécution; par exemple, s'il est reconnu un certain pouvoir d'appréciation au tribunal pour faire exécuter des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral, il pourrait aussi être prévu que le tribunal ne devrait pas revenir sur certaines constatations du tribunal arbitral (par exemple quant à l'urgence et à la nécessité de la mesure, y compris le fait que le requérant subirait un préjudice grave et irréparable si la mesure n'était pas ordonnée).

Possibilité de refuser l'exécution d'une mesure parce que le tribunal arbitral n'était pas compétent pour l'ordonner

75. Une autre question que le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner est celle de savoir si le tribunal devrait refuser l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire si le tribunal arbitral, conformément à la convention des parties ou en vertu de la loi régissant la procédure arbitrale, n'avait pas compétence pour l'ordonner. Par exemple, selon certaines législations nationales, le tribunal arbitral n'est pas compétent pour ordonner des mesures conservatoires ou certains types de mesures (par exemple, la saisie de biens) ou il ne peut ordonner des mesures que s'il y est habilité par la convention des parties.

76. Si la compétence du tribunal arbitral pour ordonner la mesure doit faire partie des conditions expresses posées à l'exécution, il faudrait se demander s'il convient de présumer sa compétence, sauf preuve contraire. Une autre question peut être celle de savoir si, dans le cas d'une exécution transfrontière (c'est-à-dire lorsque le tribunal est saisi d'une demande d'exécution d'une mesure ordonnée au cours d'une procédure arbitrale dans un pays étranger), la compétence du tribunal arbitral doit être appréciée par rapport à la loi du lieu de l'arbitrage, du lieu de l'état d'exécution ou en fonction de ces deux législations.

Appel contre une décision d'un tribunal ordonnant l'exécution

77. L'urgence étant souvent un élément déterminant des mesures provisoires ou conservatoires, on peut se demander si la disposition législative type (ou le guide pour son incorporation) devrait recommander de restreindre le droit de faire appel d'une décision du tribunal autorisant l'exécution de la mesure (par exemple, en interdisant tout appel ou en subordonnant l'appel à une autorisation).

Portée des mesures susceptibles d'exécution

78. Il peut être rappelé que, dans le cadre du Groupe de travail, trois groupes de mesures provisoires ou conservatoires ont souvent été mentionnés: a) mesures destinées à faciliter la conduite de la procédure arbitrale, b) mesures visant à empêcher une perte ou un dommage et à préserver un état de choses jusqu'au règlement du litige, et c) mesures destinées à faciliter l'exécution ultérieure de la sentence (toutes ces mesures sont décrites plus précisément dans le document A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 63). Tout en notant que cette classification constituait une possibilité parmi d'autres, et que les exemples de mesures donnés dans chaque catégorie n'étaient pas exhaustifs, il a été souligné que la nécessité d'un mécanisme d'exécution concernait surtout les mesures de la catégorie c) (par exemple, saisie de biens, ordre de ne pas transférer l'objet du différend hors de la juridiction ou de fournir une sûreté) et certaines des mesures de la catégorie b) (par exemple, ordre de poursuivre l'exécution d'un contrat pendant la procédure arbitrale ou de s'abstenir de toute action jusqu'au prononcé de la sentence). S'agissant des mesures de la catégorie a), il a été noté que, dès lors que le tribunal arbitral pouvait "tirer des conclusions négatives" de l'inobservation de la mesure par la partie, ou tenir compte de cette inobservation lors de sa décision définitive sur les frais de la procédure arbitrale, l'intervention d'un tribunal pour faire exécuter la mesure 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 provisoires ou conservatoires devraient influencer sur l'élaboration du futur régime d'exécution (document A/CN.9/468, par. 69).

79. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité de décrire ou de définir la portée des mesures auxquelles la disposition législative type devrait s'appliquer. À cet égard, il peut être considéré que, l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international contenant déjà une référence générale aux mesures provisoires que peut ordonner un tribunal arbitral, il n'y a pas lieu d'ajouter une autre description dans les dispositions relatives à l'exécution de ces mesures.

80. Le Groupe de travail pourra aussi souhaiter examiner les rapports entre certaines mesures provisoires ou conservatoires visées par les projets de dispositions types en cours d'élaboration (en particulier les mesures destinées à la conservation ou à la garde de la preuve) et l'article 27 de la Loi type de la CNUDCI qui traite de l'assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves.

III. Conciliation

A. Remarques liminaires

81. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail a décidé d'élaborer des règles uniformes concernant les procédures dans lesquelles une personne ou un groupe de personnes sont invités par les parties en litige à les aider de manière indépendante et impartiale à parvenir à un règlement amiable (procédures de conciliation). Les délibérations du Groupe de travail sont relatées dans le document A/CN.9/468, aux paragraphes 18 à 59.

82. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision définitive quant à la forme ultime que prendraient les règles uniformes. Toutefois, dans la logique des débats préliminaires au sein du Groupe de travail (A/CN.9/468, par. 20), le secrétariat a établi les projets sous la forme de dispositions législatives types. Il a été généralement convenu au sein du Groupe de travail que l'applicabilité d'éventuelles règles uniformes devrait être limitée aux questions commerciales (ibid., par. 21).

83. Il peut être noté que, outre le mot "conciliation", d'autres termes sont employés dans la pratique, comme "médiation" et "évaluation impartiale". Ces termes sont souvent employés indifféremment. Dans d'autres cas, il est fait une distinction en fonction des formes et techniques procédurales employées. Il reste que, même si un sens particulier est attaché à un terme, l'usage n'est pas cohérent. Par exemple, selon une distinction, la médiation impliquerait une participation active du tiers dans le processus destiné à amener les parties à un règlement concerté, tandis que la conciliation serait un processus au cours duquel le conciliateur ne serait qu'un modérateur du dialogue entre les parties en litige. Selon une autre distinction, un conciliateur assumerait un rôle actif, notamment en exprimant un avis quant aux forces et faiblesses relatives des dossiers présentés par les parties et en faisant des propositions ou des recommandations quant à la teneur d'un éventuel règlement, tandis qu'un médiateur s'abstiendrait en principe de recourir à des méthodes d'évaluation et faciliterait au contraire un dialogue entre les parties de façon à ce que les parties elles-mêmes formulent et concluent un règlement. Ces différentes voies ou approches procédurales, même si elles peuvent être théoriquement distinguées, constituent dans la pratique une panoplie de techniques qui peuvent être choisies, conjuguées et adaptées suivant les attentes des

parties. En fonction des parties, le médiateur ou le conciliateur pourra devoir recourir à plusieurs techniques différentes afin de parvenir à un règlement.

84. Compte tenu du fait que la terminologie n'est pas fixée, le terme "conciliation" a été employé dans le projet pour viser une large notion englobant différents types de procédures dans lesquelles les parties au litige sont aidées par une personne indépendante et impartiale pour tenter de parvenir à règlement.

85. Le projet d'article 2-1 des dispositions législatives types vise à exprimer cette conception large de la conciliation. Cela pourra être précisé dans un texte explicatif joint aux règles uniformes (un "guide pour l'incorporation", suivant la pratique de la Commission), que le Groupe de travail pourrait décider d'élaborer parallèlement aux dispositions législatives types.

86. Les projets de dispositions législatives types présentés ci-dessous ont été établis conformément aux délibérations et décisions du Groupe de travail. Après les avoir examinés, le Groupe de travail souhaitera peut-être charger le secrétariat d'élaborer un projet révisé en vue de la trente-quatrième session du Groupe de travail (New York, 21 mai-1^{er} juin 2001).

B. Dispositions législatives types relatives à la conciliation

Article premier. Champ d'application

[Sauf convention contraire des parties,] les présentes dispositions législatives s'appliquent à la conciliation dans des transactions de caractère commercial*

*** Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.**

Notes

87. Caractère facultatif des dispositions législatives types. Le Groupe de travail n'a pas pris de position générale sur le point de savoir si toutes les dispositions législatives types relatives à la conciliation auraient un caractère facultatif ou si l'une quelconque des dispositions serait censée être applicable nonobstant toute convention contraire des parties. Le Groupe de travail pourra souhaiter étudier cette question en examinant les projets de dispositions. Si l'ensemble des dispositions types est censé avoir un caractère facultatif, cela pourrait être exprimé par une

formule générale, du type "sauf convention contraire des parties" qui serait ajoutée dans le projet d'article premier tel que présenté ci-dessus.

88. Note de bas de page relative au terme "commercial". 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 figure à la note relative à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/468, par. 21). Une autre solution consisterait à expliquer l'acceptation large donnée au terme "commercial" dans un guide pour l'incorporation des dispositions législatives types.

89. Caractère international, ou international et interne. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner si les dispositions législatives types devraient s'appliquer à la conciliation de manière générale, que celle-ci soit ou non considérée comme internationale, ou exclusivement à la conciliation internationale. S'il est décidé que les dispositions devraient s'appliquer exclusivement à la conciliation internationale, une disposition définissant le sens du terme "international" (sur le modèle de l'article 1-3 de la Loi type de la CNUCID sur l'arbitrage) pourrait se lire à peu près comme suit:

2) Une conciliation est internationale si:

a) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:

i) Le lieu où doivent se tenir les rencontres avec le conciliateur²³ [si ce lieu est stipulé dans la convention de conciliation ou déterminé en vertu de cette convention];

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit; ou

c) Les parties sont convenues [expressément] que l'objet de la convention de conciliation a des liens avec plus d'un pays.

3) Aux fins du présent article:

²³ L'expression "le lieu où doivent se tenir les rencontres avec le conciliateur" est empruntée à l'article 9-2 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Pour tenir compte des cas où les parties communiquent avec le conciliateur par des moyens électroniques sans qu'une rencontre soit envisagée, l'établissement ou la résidence habituelle du conciliateur pourrait constituer un critère supplémentaire à ajouter à l'alinéa b).

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

90. Applicabilité des dispositions législatives types. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le projet d'article devrait comporter d'autres dispositions définissant l'applicabilité des dispositions législatives types. Les critères éventuels d'applicabilité pourraient être, par exemple, le fait que la procédure de conciliation a lieu dans un État qui a incorporé les dispositions législatives types (ou que les rencontres avec le conciliateur doivent avoir lieu dans l'État adoptant), que l'une des parties a un établissement dans l'État, ou que les parties sont convenues d'appliquer la loi de l'État adoptant. En outre, compte tenu du recours accru aux communications électroniques et aux réunions-téléphone pour le règlement de litiges commerciaux, il pourrait être opportun d'inclure d'autres critères comme la convention des parties quant au lieu réputé être le lieu de la conciliation, le siège de l'organisation qui facilite ou administre le processus (comme un centre de médiation ou de conciliation) et l'établissement ou la résidence du conciliateur ou de la personne présidant la commission de conciliation.

Article 2. [Dispositions générales] [Conduite de la conciliation]

1) Le conciliateur ou un groupe de conciliateurs aide les parties, d'une manière indépendante et impartiale, dans leurs efforts pour parvenir à un règlement concerté du litige.

2) Les parties déterminent [par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base] le choix du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, le mode de conduite de la conciliation et d'autres aspects de la procédure de conciliation.²⁴

3) [Sous réserve de la convention des parties] [En l'absence de convention des parties] le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des désirs que les parties peuvent avoir exprimés, [y compris toute demande d'une partie tendant à ce que le conciliateur procède à des auditions,] et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.

²⁴ On pourrait aussi envisager une disposition (un peu plus détaillée) qui se lirait ainsi: 2) Les parties déterminent, [par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base], le choix du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, le moment et le lieu de la procédure de conciliation, les modes de communication entre le conciliateur ou le groupe de conciliateurs et les parties, toute assistance administrative destinée à faciliter la conduite de la conciliation et d'autres aspects de la procédure de conciliation.

4) Le conciliateur est guidé par les principes d'objectivité, d'équité et de justice. [Sous réserve de la convention des parties, le conciliateur peut tenir compte, entre autres, des droits et des obligations des parties, des usages dans la branche de commerce considérés et des circonstances du litige, y compris les habitudes commerciales qui se sont établies entre les parties.]

[5) Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.]

Notes

91. Le projet d'article 2 a été établi pour faire suite à l'avis du Groupe de travail selon lequel 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 les dispositions législatives types relatives à la conciliation. 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 (A/CN.9/468, par. 56 à 59; voir en particulier les paragraphes 57 et 58 pour d'éventuelles modifications du projet d'article).

92. Paragraphes 4 et 5. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, au paragraphe 4, le texte entre crochets est nécessaire. Compte tenu des différents modes d'approche de la conciliation, l'axe du processus ne sera pas toujours le même: par exemple, les droits et obligations des parties ou les habitudes commerciales établies jouent effectivement un rôle important dans maintes procédures de conciliation, mais il y a aussi de nombreux cas où le conciliateur s'abstient d'évaluer les droits et obligations de caractère contractuel, et où la solution est recherchée dans une modification de ces droits et obligations ou dans de futures pratiques commerciales. Pour exprimer cette diversité, le texte emploie la formule "le conciliateur *peut* tenir compte". Toutefois, en raison de l'emploi du mot "peut", qui risque d'être source d'imprécision, il pourrait être envisagé de reporter la description de la teneur du processus de décision dans un guide pour l'incorporation. Pour des raisons analogues, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le paragraphe 5 est nécessaire. Si l'on estime que la possibilité de faire des propositions en vue du règlement existerait incontestablement sans la disposition, celle-ci peut être supprimée, notamment parce que s'abstenir de faire des propositions sur la manière de régler les litiges est souvent considéré comme la meilleure pratique.

Article 3. Communications entre le conciliateur et les parties

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément.

Note

93. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, par. 54 et 55. Il se peut que des rencontres séparées entre le conciliateur et les parties soient une pratique si courante que le conciliateur soit censé avoir toute latitude pour y

recourir, sous réserve de toute restriction expresse convenue par les parties. L'objet de cette disposition est de supprimer toute incertitude sur cette question.

Article 4. Communication de renseignements

[Variante 1:] Lorsque le conciliateur ou le groupe de conciliateurs reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler le contenu à l'autre partie afin que celle-ci soit en mesure de lui présenter toute explication qu'elle juge utile. Toutefois, [les parties peuvent convenir d'autres dispositions, notamment prévoir que] le conciliateur ou le groupe de conciliateurs ne doit pas dévoiler une information reçue d'une partie lorsque celle-ci fournit l'information au conciliateur ou au groupe de conciliateurs sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle.

[Variante 2:] Sous réserve de la convention des parties, aucun élément communiqué en privé par une partie au conciliateur ou au groupe de conciliateurs à propos du litige ne peut être dévoilé à l'autre partie sans le consentement exprès de la partie qui a fourni l'information.

Note

94. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, par. 54 et 55.

Article 5. Début de la conciliation²⁵

La procédure de conciliation à l'égard d'un litige particulier débute à la date à laquelle une invitation [écrite] à la conciliation de ce litige faite par une partie est acceptée [par écrit] par l'autre partie.

Notes

95. Le Groupe de travail pourrait examiner s'il serait acceptable, s'agissant de la question du début (et de la fin) d'une conciliation, de s'en remettre au jugement de toute instance saisie à cet effet (comme un tribunal), en fonction des faits et circonstances d'espèce, sans réglementer cette question dans les dispositions législatives types. Il peut cependant être souhaitable de fixer une date certaine à laquelle débute la procédure de conciliation si cette procédure a une incidence sur le délai de prescription.

96. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner s'il serait utile d'inclure dans le projet d'article une disposition relative à l'absence de réponse à l'invitation à la conciliation. Une telle disposition, inspirée de l'article 2-4 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, pourrait se lire ainsi: Si la partie qui prend l'initiative de la conciliation n'a pas reçu de réponse dans les [30] jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou après l'expiration de toute autre délai spécifié dans ce document, elle peut choisir de considérer le défaut de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation.

²⁵ Cf. article 2 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

Article 6. Fin de la conciliation²⁶

La procédure de conciliation prend fin:

- a) par la signature de l'accord de transaction par les parties, à la date de l'accord;
- b) par une déclaration écrite du conciliateur, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;
- c) par une déclaration écrite adressée au conciliateur par les parties en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou
- d) par une déclaration écrite adressée par une partie à l'autre partie et si un conciliateur a été nommé à ce dernier, en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration.

Article 7. Prescription²⁷

- 1) [*Variante 1:*] Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir. [*Variante 2:*] Aux fins de l'interruption du délai de prescription, le début de la procédure de conciliation est réputé constituer un acte qui interrompt le cours de la prescription.
- 2) Lorsque la procédure de conciliation s'est terminée sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription est réputé avoir continué de courir. Si dans ce cas, le délai de prescription est expiré ou doit expirer dans moins de [six mois], le demandeur bénéficie d'un nouveau délai de [six mois] à partir de la fin de la procédure de conciliation.

Note

97. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, par. 50 à 53.

Article 8. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure

- 1) Sauf convention contraire des parties, une partie qui a participé à la procédure de conciliation [ou un tiers]²⁸ ne peut invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation:

²⁶ Cf. article 15 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

²⁷ Cf. articles 13 et 17 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, modifiée par le Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises.

²⁸ Il a été proposé au sein du Groupe de travail 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; A/CN.9/468, par. 25.

- a) **Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation à l'égard [des questions en litige ou] d'une solution éventuelle du litige;**
 - b) **Les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;**
 - c) **Les propositions présentées par le conciliateur;**
 - d) **Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur.**
- 2) **La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par le tribunal arbitral ou par le tribunal [que la procédure arbitrale ou judiciaire se rapporte ou non au litige soumis à la procédure de conciliation].**
- 3) **Lorsque des éléments de preuve ont été présentés en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral ou le tribunal traitent ces éléments de preuve comme irrecevables.²⁹**

Notes

98. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, par. 22 à 30.

99. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il serait utile de préciser, dans la disposition type ou ailleurs, que toute information admissible à titre de preuve ne devient pas irrecevable du seul fait qu'elle est mentionnée au cours d'une conciliation. Seules certaines déclarations faites au cours d'une procédure de conciliation (points de vue exprimés, faits admis par une partie, propositions et indications de la volonté de conclure un accord de transaction) sont irrecevables, et non tout élément de preuve sous-jacent à la déclaration. Ainsi, des moyens de preuve employés dans le cadre d'une conciliation constituent des moyens de preuve admissibles dans toute autre procédure ultérieure, comme si la procédure de conciliation n'avait pas eu lieu.

100. L'établissement du principe de confidentialité pour certains types d'informations dans le projet d'article 8 vise à encourager la sincérité des parties au cours de la conciliation. Pour y parvenir, il faut que les parties puissent s'engager dans la conciliation en toute connaissance de cause quant à la portée de la règle et à son application. Toutefois, comme il est noté au paragraphe 33 du document A/CN.9/468, il peut y avoir des cas où certains faits seraient irrecevables à titre de preuve en vertu du projet d'article 8, mais où des raisons d'ordre public obligeraient à passer outre à cette règle. Ce type de situation exceptionnelle peut se produire par exemple dans les cas suivants: lorsqu'il est nécessaire de révéler des menaces d'atteintes corporelles ou matérielles formulées par un participant; lorsqu'un participant tente d'utiliser la conciliation pour organiser ou commettre une infraction; lorsque des éléments de preuve sont nécessaires pour établir ou réfuter une allégation de faute professionnelle fondée sur le comportement au cours d'une conciliation; lorsque des moyens de preuve sont nécessaires dans le cadre d'une procédure où sont invoquées la fraude ou la contrainte pour remettre en cause la

²⁹ A/CN.9/468, par. 27.

validité ou la force exécutoire d'un accord de transaction conclu par les parties; lorsque des déclarations faites au cours d'une procédure de conciliation témoignent d'une menace importante contre la santé ou la sécurité publiques. S'il semble que, dans de tels cas, il serait passé outre à la règle de confidentialité des preuves énoncée dans le projet d'article 8, que l'exception soit ou non prévue dans la disposition législative type, la question est de savoir si, pour des raisons de clarté et afin de lever tout doute éventuel, de telles exceptions devraient être prévues dans les dispositions législatives types ou s'il faudrait s'en remettre à la loi applicable relative à l'admissibilité des preuves pour régler ces exceptions lorsqu'elles se présentent.

Article 9. Rôle du conciliateur dans d'autres procédures

- a) Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut remplir les fonctions d'arbitre,³⁰ de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation.**
- b) Le témoignage du conciliateur concernant les faits visés à l'article 8-1 n'est pas recevable dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation.**
- c) Les paragraphes 1 et 2 sont également applicables à un autre litige né du même contrat ou d'une autre contrat faisant partie d'une unique transaction commerciale.³¹**

Note

101. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, par. 31 à 37.

Article 10. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

[Variante 1] **Les parties ne peuvent entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige soumis à la procédure de conciliation, étant entendu toutefois qu'une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque, à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits.**

[Variante 2] **Les parties peuvent convenir de n'entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale judiciaire relative à un litige soumis à la procédure de conciliation. Toutefois, une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire si, à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits [et si la partie avise l'autre partie de son**

³⁰ Il peut être noté que les règles existantes régissant le comportement des arbitres visent la question de savoir si, et dans quelles conditions, une personne qui a rempli les fonctions de conciliateur peut accepter d'être désignée comme arbitre. Néanmoins, le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer qu'il est souhaitable de viser les arbitres dans l'alinéa a) pour établir de manière indubitable que les parties sont libres, par convention, de désigner un conciliateur en tant qu'arbitre.

³¹ A/CN.9/468, par. 36.

intention d'entamer la procédure]. L'engagement d'une telle procédure par la partie n'est pas réputé en soi mettre fin à la procédure de conciliation.

[Variante 3] **Dans la mesure où les parties se sont expressément engagées à n'entamer [pendant un certain délai ou tant que la procédure de conciliation est en cours] aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal ou le tribunal arbitral tant que le délai n'est pas expiré ou que la procédure de conciliation n'est pas terminée.³²**

Note

102. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, par. 45 à 49.

Article 11. Arbitre faisant office de conciliateur

Il n'est pas incompatible avec les fonctions d'un arbitre que celui-ci pose la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en conviennent, participe aux efforts en vue de parvenir à un règlement concerté.

Notes

103. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, par. 41 à 44.

104. Comme il a été noté par la Commission lors de l'élaboration du texte qui a été plus tard adopté sous le non d'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (en particulier son paragraphe 47), les attitudes et les pratiques divergent sur la question de savoir si, et dans l'affirmative de quelle manière, il est opportun qu'un arbitre évoque la possibilité d'un règlement par accord des parties et si l'arbitre pourrait jouer, dans une certaine mesure, le rôle de conciliateur.³³ De plus, certaines règles relatives à l'arbitrage (y compris des codes

³² A/CN.9/468, par. 48.

³³ Dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-septième session (1994), document A/49/17 (reproduit dans l'annuaire de la CNUDCI, vol. XXV: 1994), il est indiqué:

"143. Des opinions divergentes ont été exprimées sur la question de savoir s'il était opportun que le tribunal arbitral soulève, de sa propre initiative, la question de la possibilité de s'entendre pour régler le différend et sur la manière dont le tribunal pourrait participer à toute négociation à ce sujet. On a fait observer que dans certains systèmes juridiques, le fait de s'informer des possibilités de règlement par accord entre les parties était incompatible avec la fonction d'arbitre; de plus, a-t-on déclaré, une telle demande pourrait altérer le climat de la procédure, placer une partie dans la situation peu confortable d'avoir à refuser le règlement, soulever des doutes quant à l'impartialité des arbitres, et, en cas d'échec de la conciliation, augmenter, selon toute vraisemblance, le nombre d'exceptions à la sentence arbitrale.

144. Plusieurs déclarations ont fait état de systèmes juridiques prévoyant une disposition autorisant le tribunal arbitral à s'informer de la possibilité de régler le différend par accord des parties et considérant qu'une telle procédure était acceptable et parfois même souhaitable, sous réserve qu'elle soit faite de manière à ne pas compromettre l'impartialité du tribunal.

145. Dans les cas où les parties demandaient, de leur propre initiative, au tribunal arbitral de les aider à parvenir à un règlement, il a été estimé que les rôles de conciliateur et d'arbitre étaient difficilement compatibles et qu'il était donc approprié que les arbitres refusent de jouer le rôle de conciliateur, ou soient réservés dans leurs réponses à une telle initiative. Selon un autre avis, les avantages d'un règlement justifiaient que le tribunal, sans jamais se départir de son impartialité, réponde positivement à de telles demandes".

de déontologie régissant le comportement des arbitres) comportent des dispositions applicables aux arbitres qui font office de conciliateurs. Compte tenu de ces divergences, le Groupe de travail pourrait éventuellement juger préférable de ne pas formuler de disposition uniforme sur la question et de s'en remettre aux règles et pratiques de l'arbitrage.

Article 12. Force exécutoire de la transaction

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction obligatoire est signé par les parties et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est exécutoire [l'État adoptant insère ici les dispositions précises relatives à la force exécutoire de telles transactions].

Notes

105. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, par. 38 à 40

106. Les solutions législatives relatives à la force exécutoire d'accords de transaction conclus dans le cadre d'une procédure de conciliation sont très différentes. Certains États n'ont aucune disposition particulière relative à la force exécutoire de tels accords, lesquels seraient donc soumis au même régime d'exécution que tout contrat entre les parties. Ce principe a été réaffirmé dans certaines législations relatives à la conciliation.

107. Toutefois, certaines lois prévoient une procédure accélérée d'exécution de tels accords de transaction. L'institution d'une telle procédure est habituellement justifiée par la volonté d'encourager le recours à la conciliation et d'éviter des situations où, pour obtenir un jugement puis l'exécution, l'action risque de durer des mois ou des années.

108. Plusieurs législations comportent des dispositions prévoyant qu'un accord de transaction écrit est traité comme une sentence rendue par un tribunal arbitral et a le même effet qu'une sentence arbitrale définitive, sous réserve que le résultat de la conciliation soit consigné par écrit et signé par le conciliateur ou les conciliateurs et les parties ou leurs représentants.

109. Suivant une autre approche qu'a adoptée une législation nationale, l'accord de transaction est censé constituer un titre exécutoire, et les droits, créances et obligations consignés dans l'accord de transaction qui ont un caractère certain et explicite et qui sont susceptibles d'exécution sont exécutoires conformément aux dispositions relatives à l'exécution des décisions judiciaires. Il faut toutefois noter que cette disposition s'applique aux procédures de conciliation administrées par des institutions agréées où les conciliateurs sont nommés sur une liste tenue par un organe officiel.

110. Dans d'autres législations, il est prévu que les accords de transaction sont traités comme des sentences, mais que ces accords "peuvent, sur autorisation du tribunal" être exécutés de la même manière qu'un jugement, ce qui semble laisser une marge d'appréciation au tribunal pour faire exécuter l'accord.

111. Il existe aussi un projet de solution législative dont les éléments sont notamment les suivants: une partie qui conclut un accord de transaction peut, avec le consentement de toutes les parties à cet accord, saisir un tribunal aux fins

d'obtenir un jugement conforme à l'accord de transaction, à condition i) qu'une requête soit déposée au tribunal, dans un nombre de jours déterminé après la signature de l'accord; ii) que toutes les parties ayant signé l'accord soient dûment avisées dans un nombre de jours déterminé après le dépôt de la requête; et iii) que, dans un nombre de jours déterminé après la réception de cet avis, aucune partie à l'accord n'ait soumis d'objection au tribunal. Si le tribunal est saisi d'une objection, il peut dans certains cas, notamment lorsque l'intérêt de la justice l'exige, rejeter la requête, sous réserve, le cas échéant, de tous droits contractuels ou voies de recours disponibles par ailleurs.

112. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il serait souhaitable et possible d'élaborer une disposition législative type qui serait universellement acceptable et, dans l'affirmative, quelle devrait être la teneur de la règle uniforme. On pourrait en revanche considérer que, compte tenu de la diversité des approches, le projet d'article 12 ne devrait pas prévoir une solution uniforme, les diverses solutions possibles étant au contraire envisagées dans le guide pour l'incorporation que le Groupe de travail souhaitera peut-être adopter parallèlement aux dispositions législatives types. Le guide pour l'incorporation pourrait d'une part présenter des solutions comme celles ci-dessus mentionnées et, d'autre part, indiquer les mécanismes qui, dans certaines législations nationales, permettent éventuellement une exécution accélérée des accords de transaction (par exemple si l'accord de transaction fait l'objet d'un acte notarié, est authentifié par un juge ou consigné par les conseils des parties). Le guide pourrait également mentionner la solution consistant à habiliter les parties qui ont réglé un litige par voie d'accord à désigner un tribunal arbitral expressément chargé de rendre une sentence d'accord partie fondée sur l'accord de transaction. Cette faculté expresse pourrait être nécessaire lorsque la loi applicable à la procédure arbitrale n'autorise pas l'engagement d'une telle procédure en l'absence de litige entre les parties.