



Assemblée générale

Distr.: Générale
12 avril 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-cinquième session
New York, 17-28 juin 2002

Projet de rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-13	2
I. Délibérations et décisions	14-17	5
II. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage	18-50	6
A. Disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage ..	18-39	6
B. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères	40-50	12
III. Mesures provisoires ou conservatoires	51-94	15

* La parution tardive du présent document tient au fait que le Groupe de travail a décidé d'adopter la fin du rapport (par. 77 à 94) en procédant à un échange de courriels après la clôture de la session.



Introduction

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore davantage le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait 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 à l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage¹.

2. La Commission avait confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle avait appelé "Groupe de travail sur l'arbitrage" et avait décidé que les points prioritaires que devrait traiter ce dernier seraient la conciliation², la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage³, la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires⁴ et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine⁵.

3. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle avait pris note du rapport avec satisfaction et avait réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les sujets susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Il avait été déclaré à plusieurs reprises que, d'une manière générale, en décidant de la priorité à accorder aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions sur lesquelles les décisions judiciaires laissaient subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. 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 comme tels, étaient la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (dénommée ci-après "La Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109 k); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal arbitral pour ce qui est de ces demandes (ibid., par. 107 g); la liberté des parties d'être représentées dans une procédure arbitrale par des personnes de leur choix (ibid., par. 108 c); 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 de 1958 (par. 109 i); et le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts (ibid., par. 107 j)). Il avait 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) (ibid., par. 113), 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 (ibid., par. 107 m)), on avait 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 tendance⁶.

4. À sa trente-quatrième session, tenue à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001, la Commission avait pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle avait félicité celui-ci des progrès accomplis jusqu'alors en ce qui concerne les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. S'agissant de la conciliation, la Commission avait noté que le Groupe de travail avait examiné les articles 1^{er} à 16 du projet de dispositions législatives types (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1). De l'avis général, on pouvait escompter que le Groupe de travail achèverait les travaux relatifs à ce projet à sa session suivante. La Commission avait prié le Groupe de travail de poursuivre l'examen de ces dispositions à titre prioritaire, de sorte que l'instrument lui soit présenté sous la forme d'un projet de loi type pour examen et adoption à sa trente-cinquième session en 2002⁷. À sa trente-cinquième session (Vienne, 19-30 novembre 2001), le Groupe de travail avait adopté la version finale du projet de dispositions sous la forme d'un projet de loi type sur la conciliation commerciale internationale. Le rapport de cette session était publié sous la cote A/CN.9/506. Le Groupe de travail avait noté que le projet de loi type, ainsi que le projet de guide pour l'incorporation et l'utilisation, seraient transmis aux États membres et aux observateurs afin que ceux-ci puissent formuler leurs remarques, et présentés pour examen et adoption à la Commission à la trente-cinquième session de cette dernière.

6. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, la Commission avait noté que le Groupe de travail avait examiné le projet de disposition législative type modifiant le paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 13 et 14) et un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (ibid., par. 16). Faisant écho à un avis déjà exprimé lors de la trente-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/487, par. 30), on s'était demandé si une simple référence à des conditions d'arbitrage ou à un règlement d'arbitrage type disponible sous forme écrite remplissait la condition de la forme écrite. Il avait été déclaré qu'une référence de ce genre ne devait pas être considérée comme remplissant la condition de l'écrit, du fait que le texte auquel il était fait référence n'était pas la convention d'arbitrage elle-même, mais un ensemble de règles de procédure à suivre pour l'exercice de cet arbitrage (c'est-à-dire un texte qui le plus souvent existerait avant la convention et résulterait de l'action de personnes qui n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage elle-même). Il avait été souligné que, dans la plupart des cas concrets, c'était à la convention par laquelle les parties s'engageaient à recourir à l'arbitrage qu'il fallait imposer une forme susceptible de faciliter la preuve ultérieure de l'intention des parties. En réponse à cette préoccupation, on avait fait valoir que, si le Groupe de travail ne devait pas perdre de vue l'importance de la certitude quant à l'intention des parties de recourir à l'arbitrage, il importait aussi d'œuvrer à faciliter une interprétation plus souple de la prescription stricte de la forme écrite contenue dans la Convention de New York, afin de ne pas décevoir l'attente des parties qui avaient opté pour l'arbitrage, point de vue qui reflétait le sentiment général. À cet égard, la Commission avait pris note de la possibilité pour le Groupe de travail d'examiner plus avant la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de New York.

7. En ce qui concerne les questions liées aux mesures provisoires ou conservatoires, la Commission avait noté que le Groupe de travail avait examiné un projet de texte visant à modifier l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, ainsi que le texte du paragraphe 1 a) i) d'un projet de nouvel article à ajouter à la Loi type, établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 18). Le Groupe de travail avait été prié de poursuivre ses travaux sur la base du projet de dispositions révisé devant être établi par le secrétariat.

8. Le Groupe de travail sur l'arbitrage était composé de tous les États membres de la Commission. Ont participé à la session les États membres suivants: Allemagne, Autriche, Brésil, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Ouganda, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède et Thaïlande.

9. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Argentine, Australie, Bangladesh, Bélarus, Croatie, Chypre, Égypte, Finlande, Iraq, Irlande, Malte, Nigéria, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Suisse, Turquie et Venezuela.

10. Ont également assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes: Cour centraméricaine de justice, Conférence de La Haye de droit international privé, Comité consultatif international du coton, Comité consultatif sur l'Article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain, Cour permanente d'arbitrage, *American Bar Association*, Comité maritime international, Fédération bancaire latino-américaine, Centre mondial pour la recherche sur la résolution des conflits, Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Chambre de commerce internationale (CCI), Institut de droit international, *Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration*, *London Court of International Arbitration* (LCIA), *Queen Mary (University of London) School of International Arbitration*, Union internationale des avocats, *Chartered Institute of Arbitrators* et Centre États-Unis-Mexique de règlement des conflits.

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

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

Rapporteur: M. Koichi MIKI (Japon).

12. Le Groupe de travail était saisi de l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.117) et de deux notes du secrétariat, l'une sur la forme écrite de la convention d'arbitrage (A/CN.9/WG.II/WP.118) et l'autre sur les mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.119).

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

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

5. Adoption du rapport.

I. Délibérations et décisions

14. Le Groupe de travail a examiné le point 3 de l'ordre du jour en se fondant sur les documents établis par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.118 et 119). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres II et III ci-dessous. Le secrétariat a été prié d'établir, en se fondant sur les débats au sein du Groupe de travail, un projet de dispositions révisé pour la poursuite des travaux à un stade ultérieur.

15. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, le Groupe de travail a examiné le projet de disposition législative type modifiant l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (A/CN.9/WG.II/WP.118, par. 9). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de cette disposition, en tenant compte des discussions menées au sein du Groupe de travail, pour examen à une session ultérieure. Le Groupe de travail a également examiné un projet d'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York (ibid., par. 25 et 26). Il a reconnu qu'il ne pouvait, à ce stade, parvenir à un consensus sur la question de savoir s'il convenait d'élaborer un protocole modifiant cette convention ou un instrument interprétatif, et que ces deux possibilités devaient rester ouvertes et être réexaminées par lui ou par la Commission ultérieurement. Le Groupe de travail est convenu qu'en attendant, il serait utile de fournir des indications sur l'interprétation et l'application de la règle de la forme écrite énoncée dans la Convention de New York afin d'assurer une plus grande uniformité. Le guide pour l'incorporation dans le droit interne du projet de nouvel article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, que le secrétariat a été prié d'élaborer pour examen ultérieur par le Groupe de travail, pourrait être particulièrement utile à cette fin. Il pourrait en effet servir de "passerelle" entre les nouvelles dispositions et la Convention de New York, en attendant que le Groupe de travail ait pris une décision définitive sur la meilleure façon de traiter la question de l'application de l'article II-2 de la Convention.

16. Pour ce qui est des mesures provisoires ou conservatoires, le Groupe de travail a examiné un projet de texte modifiant l'article 17 de la Loi type (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée des dispositions, en tenant compte des débats menés au sein du Groupe de travail, pour examen à une session ultérieure. Faute de temps, le projet révisé d'un nouvel article établi par le secrétariat, pour insertion dans la Loi type, sur la question de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral (ibid., par. 83) n'a pu être examiné par le Groupe de travail.

17. Il a été noté que, sous réserve d'une décision que la Commission devrait prendre à sa session suivante, le Groupe de travail devrait tenir sa trente-septième session du 7 au 11 octobre 2002 à Vienne.

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

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

18. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

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

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.

2) La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La ‘forme écrite’ comprend toute forme qui atteste [de façon tangible] l'existence de la convention ou est [de toute autre manière] accessible en tant que message de données pour être consultée ultérieurement.

[3] Le terme ‘message de données’ désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.]

4) Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite si la clause compromissoire ou les conditions d'arbitrage ou tout règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence dans la convention d'arbitrage sont sous forme écrite, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite.

5) En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

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

[7] Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions, constituent la convention d'arbitrage.]”

Paragraphe 1

19. On a fait observer que le paragraphe 1, qui reprenait tel quel le texte du paragraphe 1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la “Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage”) visait, dans sa deuxième phrase, deux types de convention d'arbitrage: la convention prenant la forme d'une clause compromissoire insérée dans un contrat et celle prenant la forme d'une convention séparée. On a estimé que la disposition elle-même ne prêtait pas à controverse. Il a

néanmoins été suggéré que le Groupe de travail revoie et, si nécessaire, révise la rédaction actuelle de la deuxième phrase afin de l'aligner sur le fond du paragraphe 4. On a dit, en particulier, que le paragraphe 4 établissait implicitement une distinction entre la convention d'arbitrage, d'une part, et les conditions d'arbitrage ou le règlement qui régirait l'arbitrage, d'autre part. Le paragraphe 4 semblait ainsi viser des situations qui ne cadraient pas exactement avec l'un ou l'autre des types de convention d'arbitrage mentionnés au paragraphe 1.

20. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 1 sur le fond et, ayant pris note des observations qui avaient été faites à son sujet, a décidé de revenir sur la question après l'examen du paragraphe 4.

Paragraphe 2

21. Le Groupe de travail a examiné diverses observations et propositions, portant sur le fond et sur la forme, concernant le paragraphe 2. Les observations faites sur le fond concernaient essentiellement le rapport entre les notions d'"attestation de l'existence" (dans la version anglaise "*record*"), et de "message de données" ainsi que l'interaction entre les paragraphes 2, 3 et 4. Les observations portant sur la forme concernaient essentiellement le remaniement de la disposition de façon qu'il ressorte sans la moindre ambiguïté que les conventions d'arbitrage pouvaient être valablement conclues autrement que sous la forme de documents sur papier, par exemple au moyen de communications électroniques.

22. Le Groupe de travail a noté que lorsque la notion d'"attestation de l'existence" ("*record*") avait été retenue au paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, on ne se préoccupait pas spécialement de faciliter le recours aux moyens électroniques de communication. Le texte du projet de paragraphe 2 avait donc été élaboré sur la base de dispositions de deux textes plus récents de la CNUDCI: le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, qui dispose que "[u]n engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement [dans la version anglaise "*record*"] complet du texte dudit engagement [...]", et le paragraphe 1 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui dispose que "[l]orsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement".

23. Le Groupe de travail a ensuite longuement examiné la distinction conceptuelle entre les notions de "*record*" ("attestation de l'existence" ou "enregistrement") et de "message de données" et l'opportunité de les combiner dans une seule et même disposition. Il est convenu que la notion d'"attestation de l'existence", utilisée au paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, devait être retenue sans qu'on la restreigne en ajoutant les mots "de façon tangible". Certains intervenants étaient d'avis que le terme "*record*" tout seul (qu'il faudrait alors traduire en français par "enregistrement" pouvait suffire, puisqu'il était suffisamment large pour englober les "messages de données", en particulier s'il était associé à la définition d'une forme "de toute autre manière accessible pour être consultée ultérieurement". Pour d'autres intervenants, en revanche, le terme "*record*" risquait de susciter des problèmes de traduction dans les diverses langues officielles et de créer des difficultés dans les systèmes juridiques dans lesquels des notions telles que celles de "*record*" ("enregistrement") ou de "*business record*"

(“enregistrement commercial”) n’étaient pas courantes en droit commercial. L’opinion qui a prévalu a été qu’il importait de combiner la notion traditionnelle de “*record*” ou “enregistrement” et la notion plus nouvelle de “message de données” afin qu’il ressorte clairement que les enregistrements autres que les documents sur papier traditionnels pouvaient aussi servir à attester l’existence d’une convention d’arbitrage.

24. Le membre de phrase “accessible pour être consultée ultérieurement”, a été jugé superflu par certains intervenants. L’opinion qui l’a emporté a toutefois été qu’il était essentiel dans le contexte du paragraphe 2, puisqu’il énonçait les conditions dans lesquelles tout message, y compris un message de données, pouvait satisfaire l’exigence de la forme écrite posée dans la Loi type.

25. Ayant convenu qu’il fallait mentionner, au paragraphe 2, à la fois la notion de “*record*” et le “message de données”, le Groupe de travail est passé à l’examen de diverses propositions de libellé. L’une d’entre elles était la suivante: “Les termes “écrit” ou “forme écrite” englobent toute forme enregistrée par tout moyen [, de façon à pouvoir être consultée ultérieurement]. Le Groupe de travail est finalement convenu qu’il fallait retenir pour la deuxième phrase du paragraphe 2 une formulation du type: “Le terme ‘forme écrite’ désigne toute forme – y compris sans restriction un message de données – qui fournit un enregistrement de la convention ou est autrement accessible pour être consultable ultérieurement”.

Paragraphe 3

26. Le Groupe de travail a estimé qu’une définition du terme “message de données” était nécessaire puisque celui-ci apparaissait au paragraphe 2 et a décidé de retenir la disposition énoncée au paragraphe 3 en supprimant les crochets.

Paragraphes 4 et 6

27. De l’avis général, l’un des principaux objectifs d’une révision de l’article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage devait être de reconnaître la validité formelle des conventions d’arbitrage qui prenaient naissance dans certaines situations de fait dans lesquelles, selon certains tribunaux ou commentateurs, la condition de forme énoncée dans le texte actuel du paragraphe 2 de l’article 7 de la Loi type n’était pas satisfaite. Parmi ces situations, le Groupe de travail a axé son attention sur les suivantes: a) un contrat de sauvetage ou d’assistance maritime conclu oralement par radio, avec une référence à une formule de contrat type préexistante contenant une clause compromissoire, telle que la formule “Open Form” de Lloyd’s; b) un contrat dont la conclusion résulte de l’accomplissement d’un acte ou d’un comportement (par exemple une vente de marchandises conformément à l’article 18 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises), avec une référence à une formule type contenant une clause compromissoire, telle que les formules établies par la Grain and Food Trade Association (GAFTA); c) un contrat conclu oralement mais confirmé ensuite par écrit ou autrement lié à un document écrit contenant une clause compromissoire, comme les conditions générales de vente ou d’achat établies unilatéralement par une partie et communiquées à l’autre partie; et d) un contrat purement oral. Sur le plan des principes, il a été convenu par une large majorité que dans les cas visés aux alinéas a) à c), la référence à un document contractuel écrit contenant une clause compromissoire, ou un autre lien avec un tel document, devrait

suffire à établir la validité formelle de la convention d'arbitrage. Il a également été convenu qu'une convention d'arbitrage purement orale ne devrait pas être considérée comme valable au regard de la Loi type. À cet égard, un certain nombre de délégations ont fait observer que la simple référence dans un contrat oral à un règlement d'arbitrage ne devrait pas être considérée comme suffisante pour satisfaire l'exigence de la forme écrite, puisqu'une série de règles de procédure ne saurait à elle seule équivaloir à un document contractuel contenant une clause compromissoire. Néanmoins, pour certaines délégations, une telle référence dans un contrat oral à un règlement d'arbitrage devait être considérée comme suffisant à constater l'existence et le contenu de la convention d'arbitrage, en particulier lorsque le règlement d'arbitrage comportait une clause compromissoire type.

28. On s'est demandé si le principe susmentionné ressortait suffisamment du paragraphe 4. On a fait observer que la formulation "l'exigence de l'écrit [...] est satisfaite si la clause compromissoire [...] [est] sous forme écrite" était tautologique. On a en outre déclaré que la référence aux "conditions d'arbitrage" n'était pas claire et qu'il risquait d'y avoir un défaut de concordance entre le paragraphe 4 et le paragraphe 1. S'agissant du membre de phrase "tout règlement d'arbitrage [auquel] il est fait référence dans la convention d'arbitrage", on a objecté qu'il ne prenait pas suffisamment en compte le fait qu'il fallait que la convention d'arbitrage soit suffisamment manifeste pour réduire au minimum le risque de voir une partie entraînée dans une procédure d'arbitrage contre son gré. On s'est aussi demandé si le paragraphe 4 pouvait raisonnablement être considéré comme compatible avec les dispositions de la Convention de New York.

29. Afin de répondre aux préoccupations exposées ci-dessus, on a proposé pour le paragraphe 4 une nouvelle formulation du type: "Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite si: a) la convention d'arbitrage par elle-même est sous forme écrite; ou b) les parties ont conclu un contrat valable qui contient notamment, directement ou par référence, une clause écrite prévoyant l'arbitrage". On a aussi proposé de reformuler le paragraphe 4 comme suit: "Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite si la clause compromissoire est sous forme écrite, même si le contrat a été conclu verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite".

30. Néanmoins, selon un avis largement partagé, c'était au paragraphe 6 et non pas au paragraphe 4 qu'il convenait d'insérer une disposition venant appuyer la position de principe mentionnée ci-dessus. On a, toutefois, émis une mise en garde contre la tentation de réviser le texte du paragraphe 6, qui figurait déjà à l'article 7 de la Loi type et qui était généralement interprété comme visant la situation dans laquelle le contrat sous-jacent ne mentionnait pas l'arbitrage mais incorporait par référence un autre document, tel qu'une formule type, qui contenait une clause compromissoire. On a déclaré que la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, sur laquelle était fondé le paragraphe 6, n'était actuellement pas interprétée comme affaiblissant la prescription de la forme écrite de la convention d'arbitrage.

31. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait supprimer le paragraphe 4 et retenir pour le paragraphe 6 une formulation du type: "Afin d'éviter tout doute, la référence dans un contrat ou dans une convention d'arbitrage séparée à un écrit contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à

condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat ou de la convention d'arbitrage séparée, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite." Il a également été convenu que le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la disposition législative type devrait comporter des explications détaillées concernant la signification et l'interprétation recommandée du texte révisé du paragraphe 6.

Paragraphe 5

32. On a émis l'avis que le paragraphe 5 devrait, pour plusieurs raisons, être supprimé. En premier lieu, la référence à un "échange de conclusions en demande et en réponse" était vague et risquait d'être trompeuse étant donné que, par exemple, il était souvent fait référence à l'existence d'une convention d'arbitrage à un stade précoce de la procédure arbitrale, notamment dans une notification d'arbitrage au sens de l'article 3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En deuxième lieu, on a fait observer que la question traitée dans ce paragraphe l'était déjà aux articles 4 et 16-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, de sorte qu'une nouvelle disposition n'était pas nécessaire. En dernier lieu, on a émis l'avis que la portée du paragraphe était trop étroite puisque celui-ci visait uniquement le cas dans lequel une partie alléguait expressément l'existence d'une convention d'arbitrage, et laissait de côté les situations, pourtant fréquentes, dans lesquelles la partie se contentait de soumettre ses conclusions au tribunal arbitral sans expressément alléguer l'existence d'une convention d'arbitrage.

33. À l'appui de la suppression du paragraphe 5, on a également fait valoir qu'il traitait essentiellement de la renonciation par une partie au droit de contester la compétence du tribunal arbitral, et non pas de la formation de la convention d'arbitrage elle-même. De ce fait, ce paragraphe n'avait pas sa place dans le projet d'article 7. En tout état de cause, s'il devait être maintenu, on a suggéré au moins de le modifier en adoptant une formulation du type: "Les parties sont réputées avoir conclu une convention d'arbitrage valable s'il n'est pas excipé en temps opportun de l'incompétence du tribunal arbitral".

34. L'opinion qui l'a emporté a toutefois été qu'il fallait conserver le paragraphe 5. On a fait valoir que l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage visait une situation différente de celle envisagée dans le projet de paragraphe, lequel, a-t-on dit, viendrait utilement compléter la Loi type. L'article 4 de la Loi type ne traitait pas de l'existence de la convention d'arbitrage, mais uniquement de la renonciation d'une partie au droit d'exciper du non-respect présumé de dispositions de la Loi auxquelles les parties pouvaient déroger ou de toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage – renonciation qui était réputée être intervenue si la partie en question poursuivait l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il était prévu un délai à cet effet, dans ledit délai. Le projet de paragraphe 5 était nécessaire puisqu'en raison de l'étroitesse de sa portée, l'article 4 de la Loi type ne pouvait être interprété comme permettant de voir dans un échange de conclusions en demande et en réponse une présomption positive de l'existence d'une convention d'arbitrage, en l'absence de preuve tangible.

35. On a aussi fait observer qu'il y avait un précédent: l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ("la Convention de Washington") qui, dans la

pratique, avait été interprété comme impliquant que, dans certaines circonstances, la notification d'arbitrage soumise par un investisseur étranger au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements permettait de se passer d'une convention d'arbitrage spéciale.

Paragraphe 7

36. On a rappelé que le paragraphe 7 avait été placé entre crochets en attendant que le Groupe de travail ait examiné plus avant le point de savoir si la question qui y était traitée devrait faire l'objet d'une disposition à insérer à l'article 7 ou dans une version révisée de l'article 35. On a aussi rappelé que le paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type était calqué sur l'article IV de la Convention de New York. Tout écart par rapport au texte actuel de l'article 35 impliquerait donc qu'il faudrait soit œuvrer à obtenir un amendement de la Convention de New York, soit trouver les moyens de parvenir à une interprétation uniforme et en même temps novatrice de l'article IV de cette convention.

37. On a émis l'avis qu'il serait préférable que la question qui faisait l'objet du paragraphe 7 soit traitée dans une version révisée de l'article 35 de la Loi type et de l'article IV de la Convention de New York. On a déclaré que, s'agissant de cette question, le principe était que la partie qui demandait l'exécution d'une sentence devait supporter la charge de la preuve concernant l'existence et le contenu de la convention d'arbitrage. Ce principe resterait inchangé même si on renonçait à exiger que la convention d'arbitrage soit soumise sous la forme d'un document original écrit. Il a donc été suggéré de supprimer au paragraphe 2 de l'article 35 toute référence à la convention d'arbitrage. L'article IV de la Convention de New York devrait être modifié en conséquence.

38. On s'est prononcé en faveur du principe susmentionné. On a en outre fait observer que la modification suggérée de l'article 35 présenterait l'avantage d'éviter la nécessité pour la partie qui demandait l'exécution de produire les "conditions d'arbitrage" ou tout autre document qui risquait d'inciter les juridictions étatiques à remettre en question l'existence de la convention d'arbitrage en l'absence de contestation des conclusions du tribunal arbitral, ce qui pourrait retarder inutilement l'exécution.

39. On a néanmoins objecté, à l'encontre de la modification proposée de l'article 35, que celle-ci rendrait inévitable une révision de l'article IV de la Convention de New York, ce qui préjugerait du résultat du débat prévu concernant l'opportunité d'entreprendre des travaux en vue de l'élaboration d'un protocole à la Convention de New York (voir ci-après les paragraphes 42 à 50). Comme solution de rechange, on a proposé de supprimer le paragraphe 7 et d'ajouter à la fin du paragraphe 6 une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Dans un tel cas, l'écrit contenant la clause compromissoire constitue la convention d'arbitrage aux fins de l'article 35". Les tenants de cette proposition ont déclaré qu'une telle phrase était compatible avec la Convention de New York. Après un débat, le Groupe de travail a adopté la proposition.

B. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

40. On a rappelé qu'à sa trente-quatrième session, le Groupe de travail avait étudié un avant-projet d'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après dénommée la "Convention de New York") et prié le secrétariat d'établir et de lui soumettre à une session ultérieure un projet révisé de cet instrument tenant compte des avis exprimés lors de ses débats (A/CN.9/487, par. 18).

41. À la présente session, le Groupe de travail s'est fondé pour l'examen de la question sur le texte du projet de déclaration qu'il avait adopté à sa trente-quatrième session (A/CN.9/487, par. 63). Ce texte était le suivant:

“Déclaration 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,

[1] *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,

[2] *Consciente* du fait que la Commission couvre les principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que les pays développés et les pays en développement,

[3] *Rappelant* les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la 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,

[4] *Consciente* 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,

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

[6] *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...?',

[7] *Préoccupée* par les différences d'interprétation de l'article II-2 de la Convention, qui sont dues en partie à des différences de formulation dans les cinq textes de la Convention qui font également foi,

[8] *Soucieuse* d'encourager une interprétation uniforme de la Convention compte tenu de l'évolution des nouvelles technologies de la communication et du commerce électronique,

[9] *Convaincue* que l'interprétation uniforme du terme 'convention écrite' est nécessaire pour renforcer la sécurité des opérations commerciales internationales,

[10] *Considérant* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de son caractère international et de la nécessité de promouvoir son application uniforme,

[11] *Tenant compte* 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,

[12] *[Recommande] [Déclare]* que la définition du terme 'convention écrite' figurant à l'article II-2 de la Convention [soit] [devrait être] interprétée comme englobant [libellé inspiré du texte révisé de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international]".

42. Étant donné les progrès réalisés à la présente session concernant le projet de version révisée de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, le Groupe de travail a décidé qu'il serait utile de réexaminer les diverses options disponibles pour parer aux difficultés auxquelles avait donné lieu dans la pratique l'application de l'article II-2 de la Convention de New York avant de passer à l'examen du projet de texte révisé de l'instrument interprétatif. Sur ce point, il y avait essentiellement deux thèses, qui sont récapitulées ci-après.

43. Pour certains membres, il était tout à fait clair qu'un instrument interprétatif ne saurait suffire pour remédier aux difficultés d'ordre pratique et au défaut d'harmonisation actuel dans l'application de l'article II-2 de la Convention de New York, et que le Groupe de travail devait s'attacher à élaborer un protocole modifiant la Convention de New York. On a fait valoir qu'un instrument interprétatif du type de celui qui était envisagé n'aurait pas force obligatoire en droit international et qu'il était donc peu probable qu'il soit suivi par ceux qui étaient chargés d'interpréter la Convention de New York. On a fait observer que le fait qu'un instrument interprétatif du type de l'instrument proposé n'aurait pas force obligatoire autorisait à douter qu'il déboucherait dans la pratique sur une interprétation uniforme de la Convention de New York.

44. On a également déclaré que le défaut d'harmonisation qui risquait de résulter de l'existence, du moins pendant un certain temps, de deux groupes d'États parties à la Convention de New York, à savoir ceux qui n'auraient adhéré qu'à la Convention sous sa forme initiale et ceux qui auraient également adhéré au protocole portant modification de la Convention, n'était pas un argument convaincant à l'encontre de l'élaboration d'un tel protocole. En fait, a-t-on souligné, le défaut d'harmonisation existait déjà dans l'application de l'article II-2 de la Convention de New York, et un instrument interprétatif dénué de force obligatoire ne permettrait pas d'y remédier. Un protocole modifiant l'article II, et éventuellement l'article IV de la Convention

de New York, était nécessaire à l'uniformisation de l'interprétation et de l'application de la Convention.

45. Un autre argument, fondé sur la distinction entre la modification d'un texte existant et l'explicitation de l'interprétation qu'il convenait de donner à ce texte, a été avancé. Il n'était pas opportun de recourir à un instrument interprétatif pour déclarer que l'article II-2 de la Convention devait être interprété comme ayant la même signification que la version révisée de l'article 7 de la Loi type sur laquelle travaillait actuellement le Groupe de travail. On a fait valoir que le projet de disposition législative qu'examinait le Groupe de travail différait considérablement de l'article II-2 en ce que, par exemple, en vertu de la disposition législative type, une convention passée oralement qui renvoyait à des conditions d'arbitrage établies par écrit serait considérée comme valable, alors qu'en vertu de l'article II-2 de la Convention de New York, tel qu'il était interprété dans de nombreux systèmes juridiques, cela ne serait pas le cas. À cet égard, certains intervenants ont déclaré qu'on ne pouvait compter, pour assurer l'uniformité de l'application de l'exigence de la forme écrite posée à l'article II-2 de la Convention, sur la disposition énoncée à l'article VII de la Convention de New York, qui autorisait, dans la pratique, l'application, dans un État partie à la Convention, à l'appui d'une convention d'arbitrage ou d'une sentence arbitrale, de dispositions plus favorables de sa propre législation ou de traités qu'il avait conclus.

46. La thèse opposée, qui a également recueilli un fort appui, était qu'un amendement formel de la Convention de New York ou l'élaboration d'un protocole à cette convention risquait d'exacerber le défaut d'harmonisation actuel au niveau de l'interprétation, car l'adoption d'un tel protocole ou d'un tel amendement par de nombreux États n'interviendrait qu'au bout d'un nombre d'années considérable, et il y aurait, entre-temps, encore plus d'incertitude. Pour un certain nombre de délégations, cette approche était donc tout à fait irréaliste. Vu son succès manifeste, qu'attestait le nombre sans précédent de ratifications, la Convention de New York pouvait, à juste titre, être considérée comme le fondement de l'arbitrage commercial international, ce qui en soi exigeait qu'on fasse preuve de la plus grande prudence si l'on envisageait de modifier en quoi que ce soit le texte de la Convention. On a fait valoir qu'étant donné le caractère souverain des conférences diplomatiques, la prudence serait encore plus de mise si une telle conférence devait être appelée à examiner des propositions d'amendement qui ne seraient pas limitées au cadre étroit des amendements actuellement examinés par le Groupe de travail. Il fallait mettre soigneusement en balance les résultats positifs au niveau du renforcement de la sécurité juridique que l'on pouvait attendre dans le cadre relativement étroit de l'article II-2 de la Convention de New York et le risque incalculable d'une réouverture du débat sur l'ensemble de la Convention.

47. On a aussi avancé que l'élaboration d'un protocole portant modification de la Convention de New York risquait en outre de remettre en cause l'interprétation extensive de l'article II-2 de la Convention de New York qui était déjà donnée dans certains pays. En engageant des travaux en vue d'une modification de la Convention de New York, on risquait de donner à penser que le texte ne pouvait immédiatement être compris comme autorisant l'interprétation qui cadrerait avec le projet de version révisée de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage qu'élaborait actuellement le Groupe de travail. En revanche, l'apport d'éclaircissements par le biais d'un instrument interprétatif était, a-t-on dit, une bonne façon de reconnaître

que l'article II-2 de la Convention de New York se prêtait à diverses interprétations; la Commission, dont l'avis aurait sans doute du poids dans de nombreux pays, pourrait recommander une interprétation extensive.

48. On a en outre souligné que les difficultés inhérentes à une modification de la Convention de New York ou à l'élaboration d'un protocole avaient fait l'objet de longs débats à des sessions antérieures du Groupe de travail et, qu'en raison de ces difficultés, celui-ci avait décidé de se concentrer sur l'élaboration d'un instrument interprétatif.

49. Le Groupe de travail a longuement examiné les divers arguments qui avaient été présentés à l'appui des deux thèses. Il a reconnu qu'il ne pouvait, au stade actuel, parvenir à un consensus sur le point de savoir s'il convenait d'élaborer un protocole portant modification de la Convention de New York ou un instrument interprétatif, et qu'il fallait ménager au Groupe de travail ou à la Commission la possibilité de réexaminer les deux options et de trancher à un stade ultérieur. Dans l'intervalle, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile d'offrir des directives concernant l'interprétation et l'application de l'exigence de la forme écrite posée dans des dispositions de la Convention de New York, en vue de parvenir à plus d'uniformité. Le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la version révisée de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, que le secrétariat avait été prié d'élaborer et de soumettre ultérieurement à l'examen du Groupe de travail, pourrait utilement contribuer à atteindre ce résultat en établissant une "passerelle" entre les nouvelles dispositions et la Convention de New York, en attendant que le Groupe de travail ait pris une décision finale concernant la meilleure manière de traiter la question de l'application de l'article II-2 de la Convention.

50. Bien qu'aucun membre ne se soit opposé à cette façon de procéder, on a fait valoir que le simple fait de chercher à régler la question dans un guide pour l'incorporation dans le droit interne de la nouvelle version de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage semblait préjuger la question de l'éventuelle élaboration d'un protocole portant modification de la Convention de New York. Soulever des questions ayant trait à la Convention de New York dans un guide pour l'incorporation dans le droit interne, c'est-à-dire dans un texte secondaire, ayant une valeur juridique douteuse, concernant une nouvelle disposition de la Loi type, qui n'avait elle-même pas force obligatoire, serait contre-productif. On a déclaré qu'il serait préférable de laisser complètement de côté les questions soulevées par l'interprétation de l'exigence de la forme écrite posée par des dispositions de la Convention de New York. Le Groupe de travail a pris note de ces observations.

III. Mesures provisoires ou conservatoires

51. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur le projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, qui comportait une définition des mesures provisoires ou conservatoires ainsi que des dispositions supplémentaires sur les mesures ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire. Le texte qu'a examiné le Groupe de travail était le suivant:

"1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure

provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire [en ce qui concerne l'objet du litige].

2) La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire devrait prouver:

- a) qu'il y a un besoin urgent de prendre la mesure demandée;
- b) qu'elle subira un préjudice grave si la mesure provisoire ou conservatoire n'est pas ordonnée; et
- c) que la partie demandant la mesure a des chances d'obtenir gain de cause sur le fond du litige auquel ladite mesure se rapporte.

3) Le tribunal arbitral peut exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée au titre de cette mesure.

4) Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire [, qu'elle prenne la forme d'une sentence arbitrale ou une autre forme,] ordonnée par le tribunal arbitral en attendant que soit rendue la sentence qui tranchera définitivement le litige. Aux fins du présent article, l'expression 'mesure provisoire ou conservatoire' désigne:

Variante 1

- a) une mesure destinée à préserver le statu quo en attendant que les questions litigieuses soient tranchées;
- b) une mesure destinée à bloquer à un stade préliminaire des biens qui pourront ensuite servir à exécuter une sentence; ou
- c) une mesure de restriction du comportement d'un défendeur destinée à empêcher un dommage actuel ou imminent.

Variante 2

- a) une mesure visant à éviter ou à réduire au minimum le préjudice, la perte ou le dommage; ou
- b) une mesure visant à faciliter l'exécution ultérieure d'une sentence.

5) Le tribunal arbitral peut, lorsque cela est nécessaire pour assurer l'efficacité d'une mesure provisoire ou conservatoire, accorder une mesure [pendant une période ne dépassant pas [...] jours] [sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée] [avant que celle-ci ait eu la possibilité de réagir] uniquement lorsque:

- a) cela est nécessaire pour assurer l'efficacité de la mesure;
- b) la partie demandant la mesure verse à ce titre une provision appropriée;
- c) la partie demandant la mesure peut en démontrer l'urgente nécessité; et
- d) [les considérations d'équité en faveur de cette mesure l'emporteraient].

[6] La partie contre laquelle est ordonnée la mesure visée au paragraphe 5 est avisée de la mesure et il lui est donné la possibilité d'être entendue le plus rapidement possible.]

7) Une mesure accordée en vertu du paragraphe 5 peut être prolongée ou modifiée après que la partie contre laquelle elle a été ordonnée a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité de réagir.

[8] Une mesure provisoire ou conservatoire peut être modifiée ou annulée [à la demande d'une partie] si les circonstances mentionnées au paragraphe 2 ont changé après le prononcé de cette mesure.]

[9] La partie qui a demandé le prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire doit, à compter de la présentation de cette demande, informer le tribunal rapidement de tout changement important dans les circonstances mentionnées au paragraphe 2.]”

Paragraphe 1

52. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à supprimer le membre de phrase entre crochets. Ce membre de phrase se prêtait, a-t-on dit, à une interprétation restrictive, par exemple, s'il était compris comme signifiant que le tribunal arbitral pouvait uniquement ordonner des mesures provisoires ou conservatoires qui étaient directement liées aux avoirs litigieux. En réponse à cette proposition, on a fait valoir qu'un membre de phrase analogue figurait à l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et que le membre de phrase entre crochets devait donc être conservé dans le projet d'article 17 par souci de cohérence. On a fait observer que, dans le contexte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ce membre de phrase était censé faire l'objet d'une interprétation extensive, et que, dans la pratique, il n'avait pas fait obstacle à l'exercice par les tribunaux arbitraux de leur pouvoir d'ordonner les mesures provisoires ou conservatoires voulues dans les cas d'espèces. Il fallait donc conserver le membre de phrase figurant entre crochets au paragraphe 1.

53. Néanmoins, l'opinion qui a prévalu a été que le membre de phrase entre crochets devait être supprimé car il risquait de restreindre indûment le pouvoir du tribunal arbitral de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires (par exemple, il pourrait être considéré comme n'englobant pas les mesures visant à geler des avoirs qui, à strictement parler, ne faisaient pas l'objet du litige).

54. Le Groupe de travail a, toutefois, souligné que la suppression de ce membre de phrase ne devait pas être interprétée comme indiquant que le libellé actuel de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage et le libellé de l'article 26 du Règlement d'arbitrage excluaient les mesures qui n'étaient pas directement liées aux biens litigieux.

Paragraphe 2

55. La structure et la teneur du paragraphe 2 ont, de l'avis général, été jugées satisfaisantes. Diverses observations et suggestions ont été faites en vue d'en améliorer le libellé. S'agissant du membre de phrase liminaire, on s'est demandé s'il devait être libellé en termes d'obligations s'imposant à la partie qui demandait la mesure provisoire ou conservatoire. Comme solution de rechange possible, on a

proposé de formuler la disposition en termes de critères à appliquer par le tribunal arbitral lorsqu'il était appelé à prendre une décision sur une demande de mesure provisoire ou conservatoire. On a proposé, par ailleurs, de formuler la disposition de façon plus neutre, en disant, par exemple, qu'une mesure provisoire ou conservatoire ne pouvait être accordée que si certaines conditions étaient satisfaites. Le Groupe de travail est convenu qu'il lui faudrait sans doute réexaminer ces diverses solutions à une session ultérieure. De l'avis général, il fallait retenir une formulation plus impérative en remplaçant "devrait" par "doit". Quant au mot "prouver", on a fait observer que la disposition ne devait pas empiéter sur les diverses règles de preuve qui pouvaient être appliquées dans des systèmes juridiques différents ou au sein d'un même système juridique. On a aussi émis l'avis qu'avoir à "rapporter la preuve" risquait d'être trop lourd pour la partie qui demandait une mesure provisoire ou conservatoire. Afin d'éviter une référence à la notion de "preuve", on a proposé de remplacer le mot "prouver" par des mots tels que "établir", "démontrer" ou "montrer".

56. En ce qui concerne l'alinéa b), un avis largement partagé était que la disposition devait permettre de peser "le pour et le contre", c'est-à-dire de mettre en balance l'étendue du préjudice qui serait subi par la partie qui demandait la mesure provisoire ou conservatoire si elle n'était pas accordée et l'étendue du préjudice que la mesure causerait à la partie qui s'y opposait si elle était accordée. On a en outre estimé que l'approche quantitative que supposait l'expression "préjudice grave" risquait de créer des incertitudes quant à l'étendue du préjudice permettant de considérer que celui-ci était suffisamment "grave" pour justifier certaines mesures provisoires ou conservatoires. On a suggéré d'adopter une approche plus qualitative en utilisant l'expression "préjudice irréparable".

57. S'agissant de l'alinéa c), on a suggéré de remplacer les mots "a des chances" par les mots "a de fortes chances". À la fin du débat, on a soulevé la question de savoir si des mesures provisoires ou conservatoires devaient pouvoir être prononcées dans les cas où les exigences posées aux alinéas a), b) et c) entraînent en conflit. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait revenir, à une session ultérieure, sur la question de savoir si les dispositions de ces trois alinéas devaient ou non être cumulatives.

58. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le secrétariat devrait prendre en compte le texte ci-après, ainsi que d'autres variantes possibles, lorsqu'il élaborerait une version révisée du paragraphe 2 aux fins de la poursuite du débat à une session ultérieure:

"2) *Variante A*

La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire doit [montrer] [démontrer] [prouver] [établir] que:

Variante B

Le tribunal arbitral ne prononce une mesure provisoire ou conservatoire que s'il estime que:

Variante C

Une mesure provisoire ou conservatoire ne peut être ordonnée que si:

a) *Variante X*

il y a [besoin] [un besoin urgent] de prendre la mesure demandée;

Variante Y

la mesure provisoire ou conservatoire demandée est nécessaire dans les circonstances particulières de l'espèce;

- b) la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire [subira] [risque de subir] un dommage irréparable si celle-ci n'est pas ordonnée et ce dommage dépasse largement celui que [subirait] [risque] éventuellement de subir la partie qui s'oppose à la mesure provisoire ou conservatoire si celle-ci était ordonnée; [et] [ou]
- c) il y a de fortes chances que la partie demandant la mesure obtienne gain de cause sur le fond du [litige] [de l'affaire principale].”

*Paragraphe 3**“Le tribunal arbitral peut exiger”*

59. On a émis l'avis que le versement d'une provision, ou la fourniture d'une autre forme de garantie, devrait être obligatoire de façon à assurer une protection suffisante à la partie contre laquelle des mesures provisoires ou conservatoires pourraient être prononcées et à réduire le risque de demandes abusives.

60. L'opinion qui l'a emporté a toutefois été que, même s'il était la norme lorsque des mesures provisoires ou conservatoires étaient prononcées, le versement d'une provision ne devait pas être rendu obligatoire. On a souligné à cet égard que, dans certains systèmes juridiques, la question de savoir si une provision devait ou non être versée ne serait pas tranchée par le tribunal arbitral mais par l'autorité compétente en matière d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire. On a aussi déclaré que, dans la pratique, il pouvait se présenter des situations dans lesquelles la partie qui demandait la mesure provisoire ou conservatoire pourrait difficilement verser une provision appropriée, par exemple si ses disponibilités avaient été amoindries par l'autre partie. Sur le plan des principes, on a estimé qu'il serait préférable de laisser au tribunal arbitral toute latitude sur cette question.

61. On a proposé d'ajouter, par souci de clarté, à la fin du paragraphe un libellé du type “si celle-ci risque de causer un préjudice à la partie contre laquelle elle est demandée”. Cette proposition n'a cependant pas été suffisamment soutenue, le Groupe de travail ayant estimé que le versement d'une provision n'avait pas uniquement pour objet d'assurer une protection contre le dommage qui pourrait résulter de la mesure provisoire ou conservatoire.

“Toute partie”

62. On a demandé quelle signification avaient exactement les mots “toute partie” dans le projet de paragraphe. Pour certains intervenants, cette formulation était trop vague et ils ont suggéré de la remplacer par une formulation plus précise telle que “la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire”. Le Groupe de travail n'était, toutefois, pas favorable au remplacement de ces deux mots, estimant qu'ils offraient la souplesse suffisante pour englober, par exemple, la fourniture d'autres garanties par la partie contre laquelle la mesure était demandée afin d'éviter que celle-ci ne soit prononcée.

63. Sous réserve de modifications visant à assurer la cohérence entre les diverses versions linguistiques, le Groupe de travail a donc adopté le projet de paragraphe

sur le fond. Il a été suggéré que le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la disposition législative type rende compte des débats récapitulés ci-dessus.

Paragraphe 4

64. On a suggéré, dans la mesure où le paragraphe 4 définissait la portée des mesures provisoires ou conservatoires, de le placer immédiatement après le paragraphe 1. Le Groupe de travail a adopté cette suggestion.

“[, qu'elle prenne la forme d'une sentence arbitrale ou une autre forme,]”

65. S'agissant du fond du projet de paragraphe, le Groupe de travail a commencé par l'examen d'une proposition tendant à supprimer tout le membre de phrase figurant entre crochets dans le chapeau. À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que ce membre de phrase n'était pas nécessaire puisque l'éventail possible des mesures qu'il visait était déjà couvert par les mots “toute mesure temporaire”. Le Groupe de travail ne s'est néanmoins pas rallié à cette proposition, estimant que le membre de phrase en question avait son utilité dans la mesure où il précisait que, selon les circonstances et les pays, les mesures provisoires ou conservatoires pouvaient être prononcées sous diverses formes. Il est ensuite passé à l'examen des propositions de modification de ce membre de phrase.

66. L'une de ces propositions était de remplacer le terme “sentence arbitrale” par les mots “sentence partielle ou provisoire”. À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que le terme “sentence arbitrale” était souvent compris comme renvoyant à la sentence définitive mettant fin à la procédure d'arbitrage, alors qu'une décision ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire, même si elle prenait la forme d'une sentence, était en fait une décision interlocutoire. La proposition a recueilli un certain appui, bien que la plupart des intervenants aient objecté que les mots “sentence partielle” renvoyaient généralement à une sentence définitive qui réglait uniquement une partie du litige; ces mots ne convenaient donc pas dans le cas de mesures provisoires ou conservatoires. Des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si les mots “sentence interlocutoire” conviendraient dans le cas de tous les types de mesures provisoires ou conservatoires pouvant être prononcées sous la forme d'une sentence. Après un débat, la préférence du Groupe de travail est allée à la suppression pure et simple du mot “arbitrale”, sans autre qualification de la nature de la sentence.

67. On a également proposé de supprimer les mots “ou une autre forme” après les mots “sentence arbitrale”. Cette suppression se justifiait, a-t-on dit, dans l'intérêt du respect d'une procédure régulière et du bon déroulement de la procédure d'arbitrage. Telle qu'elle était actuellement libellée, la disposition envisageait le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires sous une forme autre que celle d'une sentence formelle, ce qui pouvait être source de problèmes puisque, dans certains systèmes juridiques, seules les sentences formelles, par opposition à une quelconque ordonnance ou décision de procédure du tribunal arbitral, étaient soumises à l'examen de la juridiction étatique dans le cadre des procédures d'annulation ou d'exécution. Si la disposition autorisait le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires autrement que dans une sentence formelle, la partie contre laquelle la mesure était demandée risquait de se voir privée de droits dont elle aurait autrement pu se prévaloir en vertu de la loi applicable, par exemple celui de contester la validité ou la force exécutoire de la sentence arbitrale. C'était, a-t-on

dit, la raison pour laquelle certains des pays qui avaient incorporé la Loi type de la CNUDCI dans leur droit interne avaient expressément prévu que les mesures provisoires ou conservatoires devaient être prononcées dans une sentence formelle.

68. La majorité des membres du Groupe de travail n'était, toutefois, pas favorable à la suppression des mots "ou une autre forme". On a dit qu'il n'était pas opportun que le projet de paragraphe soit trop directif en ce qui concerne la forme que devait prendre la mesure provisoire ou conservatoire. Le fait qu'il n'exigeait pas que de telles mesures soient prononcées dans une sentence formelle ne pouvait, a-t-on dit, être considéré comme compromettant les voies de recours ou autres moyens légaux à la disposition de la partie contre laquelle la mesure était ordonnée. On a fait observer, à cet égard, que la réponse à la question de savoir si la décision d'un tribunal arbitral d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire constituait une "sentence" aux fins des règles de l'État du for en matière d'annulation ou d'exécution ne dépendait ni du nom ni de la forme donnée à cette décision. Cette question était réglée par la loi nationale applicable. Le projet de disposition législative type ne devait pas, a-t-on dit, empiéter sur le pouvoir de la juridiction étatique compétente de qualifier une telle décision de sentence, quel que soit la forme ou le nom qui lui avait été donné par le tribunal arbitral. À cet égard, on a déclaré que la question de savoir si une mesure provisoire ou conservatoire, qu'elle soit ou non qualifiée de "sentence", était susceptible d'annulation sur le fondement de l'article 34 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage devrait sans doute être examinée plus avant dans le cadre des débats qui auraient lieu ultérieurement sur l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires.

"en attendant que soit rendue la sentence"

69. Les mesures provisoires ou conservatoires pouvant être demandées ou prononcées à différents stades de la procédure d'arbitrage, il a été suggéré de remplacer les mots "en attendant que soit rendue la sentence" par une formule telle que "à tout moment avant le prononcé de la sentence". Le Groupe de travail a accepté cette suggestion.

Variante 1 et 2

70. On a déclaré que puisque les listes de mesures que donnaient les deux variantes pouvaient uniquement avoir un caractère indicatif et non pas exhaustif, il serait préférable qu'elles figurent dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne et non pas dans le corps même de la disposition. Le Groupe de travail a été invité, à cet égard, à examiner le point de savoir si les variantes 1 et 2 s'excluaient mutuellement ou si elles pourraient utilement être fusionnées de façon à n'avoir qu'une seule liste.

71. Le Groupe de travail a néanmoins estimé qu'il serait utile de dresser dans le projet de paragraphe une liste, même non exhaustive, des types de mesures qui pourraient être ordonnées par un tribunal arbitral, au lieu de se contenter d'inclure une telle indication dans la partie pertinente du guide pour l'incorporation dans le droit interne. Il est convenu que la partie liminaire du paragraphe 4 devrait faire ressortir très clairement que la liste de mesures provisoires ou conservatoires donnée dans les divers alinéas n'était pas exhaustive.

72. À cet égard, bien que certains membres se soient prononcés pour la formulation plus générale de la variante 2, la préférence d'une grande majorité des

membres du Groupe de travail est allée à l'approche plus descriptive suivie dans la variante 1.

Alinéa a)

73. Même si, de l'avis général, cet alinéa était satisfaisant sur le fond, on a estimé qu'une mesure provisoire ou conservatoire pouvait avoir pour objet, non seulement de maintenir mais aussi de rétablir le statu quo. Il a été convenu que le libellé de l'alinéa a) devrait être remanié en conséquence.

Alinéa b)

74. Une large majorité a estimé qu'il fallait remanier l'alinéa b) en adoptant une formule du type "une mesure prévoyant un moyen préliminaire d'assurer ou de faciliter l'exécution de la sentence".

Alinéa c)

75. De l'avis général, la portée de la disposition devait être élargie de façon qu'elle couvre également les cas dans lesquels la mesure provisoire ou conservatoire avait pour objet non pas d'interdire mais de prescrire un comportement. Dans le même ordre d'idées, on a estimé que la disposition ne devait pas viser uniquement les mesures ordonnées à l'encontre du défendeur mais aussi celles qui visaient d'autres parties. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait adopter pour l'alinéa c) une formulation du type: "une mesure destinée à interdire ou à ordonner un comportement à toute partie afin d'empêcher un dommage actuel ou imminent".

Nouvel alinéa d) proposé

76. Afin de faciliter le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires destinées à empêcher la destruction d'éléments de preuve, il a été suggéré d'inclure dans la liste indicative figurant au paragraphe 4 "une mesure destinée à fournir un moyen préliminaire de sauvegarder les éléments de preuve". Le Groupe de travail a accepté cette suggestion.

Paragraphe 5

77. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si, sur le plan des principes, il serait souhaitable de prévoir dans la version révisée de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage la possibilité pour un tribunal arbitral d'ordonner non contradictoirement des mesures provisoires ou conservatoires. Selon une opinion – comme cela était le cas dans les lois sur l'arbitrage en vigueur dans un certain nombre de pays – la possibilité d'ordonner non contradictoirement une mesure provisoire ou conservatoire devait être réservée exclusivement aux juridictions étatiques. On a déclaré que le principe, énoncé à l'article 18 de la Loi type, selon lequel les parties devaient être traitées sur un pied d'égalité devant le tribunal arbitral et chacune d'elles devait avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, ne devait souffrir aucune exception. En ménageant la possibilité pour le tribunal arbitral de prononcer des mesures non contradictoirement, on ouvrait, a-t-on dit, la porte à des pratiques dilatoires et inéquitables qui devaient être évitées. On a également souligné que des mesures provisoires ou contradictoires prononcées non contradictoirement pouvaient avoir un effet préjudiciable pour des tiers. Nombreux

ont cependant été ceux qui ont fait valoir que le principe selon lequel les parties devaient être traitées sur un pied d'égalité et avoir toute possibilité de faire valoir leurs droits s'appliquait aussi dans le cas de la justice étatique et n'étaient, dans bien des pays, pas considérés comme une raison suffisante pour refuser la possibilité d'ordonner non contradictoirement des mesures dans des circonstances exceptionnelles. L'opinion qui l'a emporté a été que l'introduction dans la Loi type d'une disposition traitant de telles mesures viendrait utilement compléter le texte actuel et répondrait aux besoins de l'arbitrage.

78. Diverses suggestions ont été faites en vue de limiter la possibilité de demandes abusives de mesures provisoires ou conservatoires hors procédure contradictoire. L'une d'entre elles, inspirée des règles appliquées par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), était de subordonner le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner non contradictoirement des mesures provisoires ou conservatoires à un accord préalablement conclu à cet effet par les parties. On a répliqué que, dans le contexte plus général de l'arbitrage commercial, il n'était guère réaliste de penser que les parties conviendraient d'une telle règle de procédure, que ce soit avant ou après la survenance du litige. On a aussi proposé de prévoir que seules les mesures provisoires ou conservatoires destinées à maintenir le statu quo en attendant que la question en litige ait été tranchée puissent être ordonnées non contradictoirement par le tribunal arbitral. À l'encontre de cette proposition, on a fait valoir qu'elle ne couvrirait pas la situation dans laquelle la mesure provisoire ou conservatoire était destinée à rétablir une situation modifiée par le comportement agressif d'une partie. Selon une autre proposition, les mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement ne devaient être acceptables que dans le cas où il était impossible d'aviser l'autre partie. Selon une autre proposition encore, qui a recueilli l'appui d'un certain nombre de délégations, le texte révisé de l'article 17 de la Loi type devait faire à toute partie qui demandait que soit prononcée, hors procédure contradictoire, une mesure provisoire ou conservatoire l'obligation d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances – y compris celles qui militaient à l'encontre de sa position – que celui-ci était susceptible de juger pertinentes et importantes pour décider si les conditions posées au paragraphe 5 étaient satisfaites. Cette obligation a été qualifiée de “divulgarion intégrale et honnête”, et l'on a indiqué que c'était là une notion déjà connue dans certains systèmes juridiques. Les délégations représentant d'autres systèmes juridiques ont toutefois émis des doutes sur le point de savoir si l'obligation proposée serait entièrement couverte par la notion plus largement reconnue de “bonne foi”. On s'est aussi demandé si une telle obligation était acceptable dans la mesure où elle exigeait qu'une partie agisse à l'encontre de ses propres intérêts. Des questions ont également été soulevées concernant la teneur exacte de l'obligation et les conséquences qui pourraient découler d'un manquement à cette dernière par la partie ayant demandé la mesure provisoire ou conservatoire. On a répondu qu'il faudrait sans doute étudier plus avant la question de ces conséquences, qui pourraient inclure l'annulation de la mesure ou le versement de dommages et intérêts si celle-ci avait été obtenue de façon irrégulière.

79. En vue également de limiter les effets négatifs éventuels de mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement, on a aussi proposé de restreindre ou d'exclure la possibilité d'obtenir l'*exequatur* de la justice étatique. On a déclaré qu'il vaudrait la peine d'explorer la possibilité de subordonner, dans le cas d'une mesure provisoire ou conservatoire initialement

prononcée non contradictoirement, l'*exequatur* à la confirmation ultérieure de la mesure par le tribunal arbitral une fois que celui-ci aurait entendu les arguments des deux parties. On s'est aussi prononcé en faveur d'une disposition faisant du caractère non contradictoire d'une mesure provisoire ou conservatoire un motif possible de refus de l'*exequatur*. On a toutefois objecté qu'on pouvait douter que des mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement par un tribunal arbitral présentent encore un quelconque intérêt pour les praticiens si le texte révisé de la Loi type les rendaient non exécutoires. À cet égard, on a souligné que dans certains pays où la justice étatique aurait du mal à réagir rapidement face à une demande de mesure provisoire ou conservatoire devant être prononcée non contradictoirement, il serait capital d'établir le caractère exécutoire d'une telle mesure si elle était prononcée par un tribunal arbitral. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à une conclusion concernant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement. Il a été convenu qu'il faudrait revenir sur la question dans le contexte du débat général concernant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires.

Membre de phrase liminaire du projet de paragraphe 5

80. Passant au libellé du paragraphe 5, le Groupe de travail a examiné la définition des mesures provisoires ou conservatoires hors procédure contradictoire visées dans le membre de phrase liminaire de ce paragraphe. On a proposé d'insérer au début du membre de phrase les mots "Dans des circonstances exceptionnelles". Même si, de l'avis général, le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires hors procédure contradictoire ne devait être envisagé que dans des circonstances exceptionnellement urgentes, on a émis des doutes sur le point de savoir si l'insertion de ces mots serait suffisante pour fournir un critère objectif. Du point de vue de la forme, on a fait observer que les mots "lorsque cela est nécessaire pour assurer l'efficacité d'une mesure provisoire ou conservatoire" faisaient double emploi avec la disposition énoncée à l'alinéa a) et devaient donc être supprimés.

81. S'agissant des mots "[pendant une période ne dépassant pas [...] jours]", on a émis l'avis que la question de la durée de la mesure devrait être laissée à la discrétion du tribunal arbitral. Selon un autre point de vue, il serait préférable de traiter la question de la durée au paragraphe 6, dans le contexte d'une limitation du délai ménagé pour aviser le défendeur de la mesure provisoire ou conservatoire. L'opinion qui l'a emporté a, toutefois, été que la durée de toute mesure provisoire ou conservatoire prononcée non contradictoirement devait être limitée et que les mots en question devaient être maintenus. On a émis l'avis que la limitation de la durée d'une mesure provisoire ou conservatoire accordée en application du paragraphe 5 ne devait pas porter atteinte au pouvoir qui était reconnu au tribunal arbitral, au paragraphe 2, d'accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire une fois que la partie contre laquelle elle était prononcée en avait été avisée et une fois que la possibilité lui avait été donnée de faire valoir ses moyens.

82. En ce qui concerne les variantes figurant entre crochets ([sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée] [avant que celle-ci ait eu la possibilité de réagir]), une certaine préférence a été exprimée en faveur de la formulation plus descriptive "avant que la partie contre laquelle elle est ordonnée ait eu la possibilité de réagir". On a suggéré de combiner les deux formules de façon à prendre en

compte la situation dans laquelle le demandeur ne pouvait aviser le défendeur, par exemple lorsque celui-ci ne pouvait être localisé à temps, par opposition à la situation dans laquelle le demandeur choisissait de ne pas aviser le défendeur afin de ne pas compromettre l'efficacité de la mesure, par exemple s'il pouvait s'attendre à ce que le défendeur transfère les avoirs dans un autre pays.

83. S'agissant des conditions qui devaient être remplies pour qu'une mesure provisoire ou conservatoire puisse être prononcée non contradictoirement, l'opinion générale a été que les mesures visées au paragraphe 5 devaient remplir au moins toutes les conditions prévues au paragraphe 2 pour l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire.

Alinéa a)

84. De l'avis général, l'alinéa a) était acceptable sur le fond. On a toutefois fait observer que l'idée de la nécessité d'"assurer l'efficacité" de la mesure n'était pas suffisamment précise. On a suggéré de dire à la place "cela est nécessaire pour garantir que l'exécution de la mesure ne sera pas entravée".

Alinéa b)

85. Le versement par la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire d'une provision appropriée a été jugé essentiel par un certain nombre de délégations pour éviter les requêtes abusives. On s'est toutefois demandé s'il fallait faire de l'existence d'une telle provision une condition obligatoire pour permettre le prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire hors procédure contradictoire ou si la question devait être laissée à la discrétion du tribunal arbitral.

Alinéa c)

86. On a déclaré que même si l'urgente nécessité de la mesure devait être le facteur déterminant pour envisager le prononcé de celle-ci hors procédure contradictoire, l'alinéa c) du paragraphe 5 risquait de faire double emploi avec l'alinéa a) du paragraphe 2. Si l'urgence devait être retenue comme critère général au paragraphe 2, elle ne devait plus être mentionnée au paragraphe 5, sauf si on la qualifiait afin de fournir un critère distinct pour les mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement.

Alinéa d)

87. Compte tenu de ses débats antérieurs concernant le paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu que l'alinéa d) était superflu et devait être supprimé.

88. Afin de prendre en compte certaines des opinions et préoccupations exposées ci-dessus, diverses propositions ont été faites en vue de simplifier le texte du paragraphe 5. L'une des formulations proposées était la suivante: "Dès réception d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire, le tribunal arbitral est habilité à prendre toute mesure qu'il juge nécessaire afin d'assurer l'efficacité de la mesure provisoire ou conservatoire au cas où elle serait accordée". On a également proposé le texte ci-après: "Le tribunal arbitral peut, lorsque les conditions posées au paragraphe 2 sont satisfaites et que cela est nécessaire pour assurer l'efficacité d'une mesure provisoire ou conservatoire, accorder la mesure avant que la partie

contre laquelle elle est prononcée ait eu la possibilité de réagir”. Il a aussi été proposé de remanier le paragraphe 5 et le reste de l’article 17 comme suit:

“Paragraphe 5

[Dans des circonstances exceptionnelles,] le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire pendant une période ne dépassant pas [... jours], sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de réagir, lorsque:

- a) les conditions posées au paragraphe 2 sont satisfaites; et
- b) il estime [, et l’indique dans une conclusion écrite,] qu’il est nécessaire de procéder ainsi pour assurer l’efficacité de la mesure.

Nouveau paragraphe 6

La partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en application du paragraphe 5 est tenue d’informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances, y compris celles qui militent à l’encontre de sa position, que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes pour déterminer si les conditions posées dans ce paragraphe sont satisfaites.

Au début de l’actuel paragraphe 6, qui devra être renuméroté, ajouter le texte suivant:

À moins que le tribunal arbitral détermine, conformément à l’alinéa b) du paragraphe 5, qu’il est nécessaire, afin d’en assurer l’efficacité, d’ordonner la mesure sans en aviser la partie contre laquelle elle est dirigée, cette partie ...

Texte remanié de l’actuel paragraphe 7, qui devra être renuméroté:

La limitation de la durée d’une mesure provisoire ou conservatoire accordée conformément au paragraphe 5 ne porte pas atteinte au pouvoir, reconnu au tribunal arbitral au paragraphe 2, d’accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire une fois que la partie contre laquelle elle est dirigée en a été avisée et qu’il lui a été donné la possibilité de réagir.

L’actuel paragraphe 3 devrait être déplacé et inséré ici s’il y a consensus pour laisser le versement d’une provision à la discrétion du tribunal arbitral dans tous les cas, que la mesure soit ou non prononcée hors procédure contradictoire.

Texte remanié de l’actuel paragraphe 8, qui devra être renuméroté:

Le tribunal arbitral peut modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire à tout moment sur la base d’informations supplémentaires ou d’un changement de circonstances.

Texte remanié de l’actuel paragraphe 9, qui devra être renuméroté:

Remplacer le mot “tribunal” par les mots “tribunal arbitral”

Supprimer les mots “mentionnées au paragraphe 2” *et les remplacer* par les mots “sur la base desquelles la mesure provisoire ou conservatoire a été demandée ou le tribunal arbitral l’a accordée”

Proposition concernant l’exequatur:

La juridiction étatique devant laquelle la reconnaissance ou l’exécution d’une sentence ou décision ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire rendue en application du paragraphe 5 de l’article 17 est demandée [ne doit pas] [n’a pas à] refuser la reconnaissance ou l’exécution pour les motifs exposés au paragraphe 1 a) ii) de l’article 36 si elle détermine qu’il est nécessaire pour assurer l’efficacité de la mesure de ne pas en aviser la partie contre laquelle elle est dirigée.”

89. Les trois propositions ont recueilli un certain appui. Le débat a porté essentiellement sur la proposition de remaniement du paragraphe 5 et sur le nouveau paragraphe 6 suggéré dans le cadre de la dernière proposition. Faute de temps, le Groupe de travail n’a pu examiner le reste de cette proposition.

90. En ce qui concerne les mots: [, et l’indique dans une conclusion écrite], on s’est demandé si l’intention était simplement de préciser que la décision du tribunal arbitral devait être motivée (auquel cas, le membre de phrase était probablement superflu), ou si elle était d’imposer au tribunal arbitral l’obligation d’indiquer séparément par écrit les raisons pour lesquelles il jugeait nécessaire de prononcer la mesure hors procédure contradictoire (auquel cas, l’obligation pourrait être considérée comme excessivement lourde). On a répondu qu’il était essentiel de faire en sorte que le tribunal arbitral explique par écrit les raisons pour lesquelles il jugeait nécessaire de prononcer la mesure hors procédure contradictoire.

91. On a déclaré qu’il fallait limiter la durée de toute mesure provisoire ou contradictoire ordonnée non contradictoirement. Étant donné qu’il serait difficile de parvenir à un consensus sur une durée précise, on a suggéré d’inclure un membre de phrase du type “pendant une durée limitée” devant être déterminée par le tribunal arbitral. Une telle formule serait sans doute suffisante. On a émis l’avis que dans le cas des mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement, le versement d’une provision appropriée par la partie ayant demandé la mesure devait être obligatoire, d’autant plus qu’on pouvait se demander si une demande de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé au défendeur par ladite mesure constituerait une nouvelle demande ou s’inscrirait dans le cadre de l’arbitrage. On a dit qu’il faudrait répondre à cette question dans le contexte de la révision de la Loi type.

92. On a suggéré d’inverser l’ordre des nouveaux alinéas a) et b).

93. En ce qui concerne le nouveau paragraphe 6 proposé, on a suggéré de supprimer les mots “y compris celles militant à l’encontre de sa position”. On a par ailleurs suggéré de retenir une formulation du type “toutes les circonstances dont la partie qui demande la mesure provisoire ou conservatoire avait ou aurait dû avoir connaissance”. On a fait valoir que ce libellé permettrait d’éviter les ambiguïtés et les incertitudes qu’on pourrait voir dans la formule “circonstances [...] que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes pour déterminer si les conditions posées dans ce paragraphe sont satisfaites”.

94. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à une conclusion sur la question traitée au paragraphe 5. Il a prié le secrétariat d'établir un projet de texte révisé, éventuellement assorti de variantes, qui tienne compte des diverses opinions, préoccupations et propositions exprimées à la présente session.

Notes

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17), par. 337.*

² *Ibid.*, par. 340 à 343.

³ *Ibid.*, par. 344 à 350.

⁴ *Ibid.*, par. 371 à 373.

⁵ *Ibid.*, par. 374 et 375.

⁶ *Ibid.*, cinquante-cinquième session, *Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 396.

⁷ *Ibid.*, cinquante-sixième session, *Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 309 à 315.