



Assemblée générale

Distr.: Générale
8 décembre 2003**

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-septième session
New York, 14 juin-2 juillet 2004

Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-neuvième session (Vienne, 10-14 novembre 2003)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-17	3
II. Résumé des délibérations et décisions.....	18	6
III. Texte révisé du projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires	19-92	7
Paragraphe 1.....	20	9
Paragraphe 2.....	21-27	9
Alinéas a) et b).....	22-25	9
Alinéa c).....	26	11
Alinéa d).....	27	11
Paragraphe 3.....	28-32	11
Alinéa a).....	29-30	12
Alinéa b).....	31-32	12
Paragraphe 4.....	33-34	13

* Version électronique modifiée pour des raisons techniques.

** Le présent document est soumis tardivement en raison du manque de ressources en personnel au secrétariat.



Paragraphe 5.....	35-43	13
Paragraphe 6.....	44-48	16
Paragraphe 7.....	49-92	17
Alinéa a).....	52-54	18
Alinéa a) i).....	55	19
Alinéa a) ii).....	56	19
Alinéa a) iii).....	57-58	19
Alinéa b).....	59-62	19
Alinéa b) i).....	63-68	20
Alinéa b) ii).....	69-70	22
Alinéa c).....	71-73	22
Alinéa d).....	74-82	23
Alinéa e).....	83-87	25
Alinéa f).....	88-92	26
IV. Texte révisé du projet d'article 17 <i>bis</i> de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires.....	93-112	28
Paragraphe 1.....	95-102	30
Paragraphe 2.....	103	32
Alinéa a).....	104	32
Alinéa a) i).....	105-112	32

I. 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 le droit de l'arbitrage commercial international, elle avait jugé, dans l'ensemble, que le moment était venu 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 conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle qu'elle constituait, 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 II (Arbitrage)" et avait décidé que les points prioritaires devant être traités par 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 de ce 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 pour lesquelles les décisions judiciaires laissaient subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés à la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pourraient présenter étaient, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (dénommée ci-après la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109 k); les demandes en 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 (ibid., 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, en 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 pour les progrès jusqu'alors accomplis concernant 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 conciliation⁷.

5. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et a pris note avec satisfaction du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-sixième session (A/CN.9/508). Elle a félicité celui-ci des progrès jusqu'ici accomplis concernant les questions à l'examen, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires.

6. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, la Commission a 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.118, par. 9) et un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 l'article II de la Convention de New York (ibid., par. 25 et 26). Elle a noté que le Groupe de travail n'était pas parvenu à un consensus sur le point de savoir s'il fallait élaborer un protocole modifiant la Convention de New York ou un instrument l'interprétant et que ces deux possibilités devaient rester ouvertes pour être ultérieurement examinées par le Groupe de travail ou par elle. La Commission a pris note de la décision du Groupe de travail de donner des orientations pour 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 avait été prié d'élaborer pour examen ultérieur par le Groupe de travail, pourrait être particulièrement utile à cette fin, car il servirait 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 du paragraphe 2 de l'article II de la Convention (A/CN.9/508, par. 15). La Commission a estimé que les États membres et les États observateurs qui participaient aux délibérations du Groupe de travail devraient avoir suffisamment de temps pour des consultations sur ces importantes questions, y compris la possibilité 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, comme elle l'avait noté à sa trente-quatrième session. La Commission a considéré qu'à cette fin il serait sans doute préférable que le Groupe de travail repousse ses délibérations relatives à la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et à la Convention de New York.

7. S'agissant des questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné un projet de texte modifiant l'article 17 de la Loi type (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74) et que le secrétariat avait été prié d'établir, en tenant compte des débats menés au sein du Groupe de travail, une version révisée des dispositions pour examen à une session

ultérieure. Il a aussi été noté que le Groupe de travail examinerait à sa trente-septième session un projet révisé de 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) (A/CN.9/508, par. 16)⁸.

8. À sa trente-septième session, tenue à Vienne du 7 au 11 octobre 2002, le Groupe de travail a examiné la question des mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral en se fondant sur une proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121) et une note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119). Il a également eu un bref échange de vues sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires en se fondant sur une note du secrétariat. À cet égard, une autre proposition d'ordre rédactionnel a été présentée par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/523, par. 14, 78 et 79).

9. À sa trente-huitième session, tenue à New York du 12 au 16 mai 2003, le Groupe de travail a examiné la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral ainsi qu'un projet de disposition habilitant la juridiction étatique à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires pour appuyer l'arbitrage. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée contenant les diverses variantes dont a débattu le Groupe de travail.

10. À sa trente-sixième session, tenue à Vienne du 30 juin au 11 juillet 2003, la Commission est convenue que le Groupe de travail ne pourrait probablement pas avoir achevé d'examiner tous les sujets, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et les diverses questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires, avant sa trente-septième session en 2004. Elle comptait que le Groupe de travail accorderait un certain degré de priorité aux mesures provisoires ou conservatoires et a pris note de l'avis selon lequel la question des mesures provisoires *ex parte*, qui – elle l'a reconnu – restait controversée, ne devait pas retarder la progression des travaux sur ce sujet⁹.

11. Le Groupe de travail sur l'arbitrage, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-neuvième session à Vienne du 10 au 14 novembre 2003. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail suivants: Allemagne, Autriche, Brésil, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Thaïlande et Uruguay.

12. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Albanie, Algérie, Argentine, Australie, Chypre, Costa Rica, Croatie, Cuba, Danemark, Finlande, Irlande, Koweït, Liban, Nigéria, Pakistan, Panama, Pérou, Pologne, Qatar, République de Corée, Slovaquie, Suisse, Turquie, Ukraine, Venezuela, Yémen et Zimbabwe.

13. Ont également assisté à la session les observateurs des organisations intergouvernementales suivantes: Conférence de La Haye de droit international privé (CODIP), Union internationale du Notariat Latin (UINL), Comité consultatif sur l'Article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain et Cour permanente d'arbitrage (CPA).

14. Des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, qui avaient été invitées par la Commission ont aussi assisté à la session: Association américaine d'arbitrage (AAA), Arab Union of International Arbitration, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Center for International Legal Studies, Conseil des Barreaux de l'Union Européenne (CCBE), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), Moot Alumni Association, Regional Centre for Arbitration Kuala Lumpur, School of International Arbitration, The Chartered Institute of Arbitrators, Club of Arbitrators et Association européenne des étudiants en droit (ELSA).

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

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

Rapporteur: M^{me} Vilawan MANGKLATANAKUL (Thaïlande).

16. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.124); b) note du secrétariat contenant le texte révisé d'un projet de disposition sur le pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.123); c) un projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires nouvellement révisé comme suite aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/WG.II/WP.125); d) rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-septième et trente-huitième sessions (A/CN.9/523 et 524).

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

1. Calendrier des séances.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires pour insertion dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

II. Résumé des délibérations et décisions

18. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de son ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.123 et 125). Un compte rendu de ses délibérations et conclusions sur ce point figure aux chapitres III et IV ci-dessous. Le secrétariat a été prié de réviser le texte de certaines dispositions en se fondant sur lesdites délibérations et conclusions.

III. Texte révisé du projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires

19. Le texte du projet d'article 17 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, accorder des mesures provisoires ou conservatoires.

2) Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché [, de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée];

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures de nature à causer, immédiatement ou sous peu un préjudice [, de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée];

c) De fournir un moyen préliminaire de constituer en garantie des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

[d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.]

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

a) Un préjudice irréparable sera causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira la partie touchée par la mesure si celle-ci est accordée; et

b) Il y a une possibilité raisonnable de voir le demandeur obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

4) [Sous réserve des dispositions de l'alinéa b) ii) du paragraphe 7,] [Sauf dans les cas où la constitution d'une garantie est obligatoire en vertu de l'alinéa b) ii) du paragraphe 7,] le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire.

5) 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].

6) Le demandeur doit, à compter de la présentation de la demande, informer sans tarder le tribunal arbitral de tout changement important des circonstances sur la base desquelles elle a sollicité, ou le tribunal arbitral a accordé, ladite mesure.

7) a) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut [, exceptionnellement,] accorder une mesure provisoire ou conservatoire, sans aviser la partie [contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure], lorsque:

i) Il y a un besoin urgent de prendre cette mesure;

ii) Les circonstances énoncées au paragraphe 3 sont réunies; et

iii) Le demandeur montre qu'il est nécessaire de procéder de cette façon pour éviter que la mesure ne soit compromise avant qu'elle soit accordée;

b) Le demandeur:

i) Est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure à la partie [contre laquelle elle est dirigée] [touchée par la mesure] [dans la mesure appropriée, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande]; et

ii) Constitue une garantie sous la forme que le tribunal arbitral jugera appropriée [, en vue de couvrir tous les dommages et tous les frais visés à l'alinéa i,] [comme condition de l'octroi d'une mesure au titre du présent paragraphe];

[c) [Afin d'éviter tout doute,] le tribunal arbitral est compétent, entre autres, pour statuer sur toutes les questions soulevées par les dispositions [de l'alinéa b)] ci-dessus ou se rapportant à elles;]

[d) La partie [contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est ordonnée] [touchée par la mesure accordée] en vertu du présent paragraphe reçoit notification de la mesure et a la possibilité d'être entendue par le tribunal arbitral [dès qu'il n'est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin de garantir l'efficacité de la mesure] [dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances];]

[e) Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe est valable pour une durée maximale de vingt jours] [à compter de la date à laquelle le tribunal ordonne cette mesure], laquelle ne peut être prolongée. Le présent alinéa ne porte pas atteinte au pouvoir du tribunal arbitral d'accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 après que la partie [contre laquelle la mesure a été ordonnée] [touchée par la mesure] en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité d'être entendue;]

[f) Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe est tenue d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et

importantes lorsqu'il détermine si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies;]"

Paragraphe 1

20. Le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

Exhaustivité de la liste des fonctions caractéristiques des mesures provisoires ou conservatoires

21. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-septième session, il avait convenu qu'il faudrait faire ressortir très clairement que la liste de mesures provisoires ou conservatoires donnée dans les divers alinéas n'était pas exhaustive (A/CN.9/508, par. 71). Il a noté que la liste remaniée semblait exhaustive et a entrepris d'examiner si tous les motifs concevables qui pourraient justifier une mesure provisoire ou conservatoire étaient couverts par la formulation actuelle. Il a été proposé d'ajouter un alinéa pour prévoir la possibilité de l'accord par un tribunal arbitral d'une mesure provisoire ou conservatoire dans des circonstances exceptionnelles non actuellement couvertes par le paragraphe 2. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui, mais il a été largement estimé que l'ajout proposé n'était pas nécessaire. Il a été rappelé que le paragraphe, dans sa version précédente, tentait d'énumérer tous les types de mesures provisoires ou conservatoires, alors que la version actuelle énonçait dans les grandes lignes des catégories génériques décrivant les fonctions ou finalités de diverses mesures provisoires ou conservatoires sans se concentrer sur des mesures particulières. La version actuelle offrait par conséquent une approche souple couvrant toutes les circonstances possibles dans lesquelles une mesure provisoire ou conservatoire pourrait être sollicitée. Il a également été souligné qu'une liste générique exhaustive était préférable, car elle clarifiait les attributions du tribunal arbitral et pourrait peut-être donner aux juridictions étatiques une tranquillité d'esprit au moment de la reconnaissance ou de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que, dans la mesure où toutes les finalités des mesures provisoires ou conservatoires étaient génériquement couvertes par la liste révisée figurant au paragraphe 2, il n'était plus nécessaire de préciser que cette liste n'était pas exhaustive.

Alinéas a) et b)

"[de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée]"

22. Il a été proposé de supprimer le texte entre crochets figurant aux alinéas a) et b), à savoir "de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée". À l'appui de cette proposition, il a été avancé que le paragraphe 2 présentait davantage la définition d'une mesure provisoire ou conservatoire que les conditions requises pour ordonner une telle mesure, énoncées au paragraphe 3 du projet d'article. Il a été dit que le fait de conserver le texte entre crochets figurant aux alinéas a) et b) pourrait être interprété comme imposant une condition supplémentaire à remplir pour qu'une mesure provisoire ou conservatoire puisse

être accordée. En outre, il a été dit qu'il pourrait exister des circonstances dans lesquelles une mesure provisoire ou conservatoire pourrait être sollicitée à des fins autres que pour qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée, par exemple dans le cas d'une partie qui solliciterait une mesure provisoire ou conservatoire empêchant une partie d'aggraver le différend en engageant une procédure dans un autre for. Le Groupe de travail a décidé qu'il fallait supprimer le texte entre crochets figurant aux alinéas a) et b).

“de préserver ou de rétablir le statu quo”

23. Il a été proposé de fusionner les alinéas a) et b), car la nécessité de préserver ou de rétablir le statu quo ne devrait être considérée que comme une sous-catégorie d'un ensemble plus vaste de circonstances dans lesquelles une mesure provisoire ou conservatoire serait nécessaire pour empêcher que la partie qui sollicite cette mesure ne subisse un préjudice. Une question plus fondamentale a été soulevée, à savoir: la présentation ou le rétablissement du statu quo devrait-il être considéré comme une fonction naturelle d'un tribunal arbitral en l'absence de l'une quelconque des circonstances couvertes par l'alinéa b)? Cependant, il a été fermement estimé qu'il était nécessaire de conserver l'alinéa a), qui énonçait le concept de préservation du statu quo, car ce concept était bien établi et compris dans de nombreux systèmes comme une des finalités d'une mesure provisoire ou conservatoire.

“immédiatement ou sous peu un préjudice”

24. Selon un avis, si le Groupe de travail décidait de supprimer le texte entre crochets figurant à l'alinéa b), il en résulterait une définition très large renvoyant à un “préjudice” sans aucune indication quant à sa nature ou à la personne lésée. Il a été avancé que cela pourrait conduire des tribunaux arbitraux à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires qui ne seraient pas confirmées par des juridictions étatiques, et susciter devant la juridiction chargée d'exécuter la sentence des différends quant au préjudice requis. Après un débat, cependant, le Groupe de travail a convenu qu'il existait indubitablement un chevauchement entre les alinéas a) et b), mais que le maintien des deux risquait peu de créer un tort et pourrait même être jugé particulièrement utile dans certains systèmes juridiques.

25. On s'est demandé par ailleurs si les mots “de nature à causer, immédiatement ou sous peu un préjudice” à l'alinéa b) étaient appropriés ou s'ils risquaient de poser des problèmes de preuve étant donné que, lorsqu'une mesure provisoire ou conservatoire était sollicitée, on disposait souvent de faits insuffisants pour prouver qu'à moins qu'une mesure particulière soit prise ou au contraire ne soit pas prise, un préjudice serait inévitablement causé. Il a été émis l'idée qu'un texte du genre “qui seraient susceptibles de causer” ou “qui pourraient causer” pourrait résoudre ce problème. Plusieurs délégations ont déclaré craindre qu'une telle formulation n'abaisse trop le seuil d'obtention d'une mesure provisoire ou conservatoire et ne confère au tribunal arbitral une liberté d'appréciation excessive pour l'octroi d'une telle mesure. Après un débat, cependant, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait remplacer les mots “de nature à causer” par un texte du genre “susceptibles de causer”.

Alinéa c)

26. Des éclaircissements ont été demandés quant à la signification de l'alinéa c) et, en particulier, quant à l'utilisation du membre de phrase "constituer en garantie des biens" qui, a-t-on déclaré, risquait d'être incorrectement compris comme impliquant l'apport d'une garantie ou provision légale. Le Groupe de travail a confirmé que ce membre de phrase ne renvoyait qu'à la constitution en garantie de biens et ne devait pas être interprété comme impliquant l'apport d'une garantie ou provision légale dans tous les cas. De manière générale, il a confirmé que l'intention de l'alinéa c) était de renvoyer à la sauvegarde de biens. Il a pris note de la proposition tendant à ce que le groupe de rédaction qui sera établi à un stade ultérieur par le secrétariat pour harmoniser les différentes versions linguistiques étudie la possibilité d'utiliser un libellé du genre "sauvegarder des biens" au lieu de "constituer en garantie des biens". Il a également pris note d'une proposition tendant à supprimer de l'alinéa c) le mot "préliminaire", jugé inutile et ambigu.

Alinéa d)

27. Le Groupe de travail a rappelé que l'alinéa d) de la version révisée n'avait pas été examiné à la trente-septième session. Il a été convenu de conserver en substance le texte figurant à l'alinéa d) et d'omettre les crochets. Malgré un avis selon lequel dans certains systèmes juridiques, l'alinéa d) était superflu, le texte a été jugé important, la sauvegarde d'éléments de preuve n'étant pas nécessairement traitée de manière suffisante par toutes les règles nationales de procédure civile.

Paragraphe 3

“[démontrer] [montrer] [prouver] [établir]”

28. Il a été rappelé qu'à la trente-huitième session du Groupe de travail, on avait exprimé la crainte que le verbe "démontrer" employé dans le chapeau de ce paragraphe ne signifie qu'une norme de preuve stricte serait appliquée. Il a été rappelé qu'un débat analogue avait eu lieu à la trente-septième session du Groupe de travail et que les verbes "montrer", "prouver" et "établir" avaient également été suggérés, mais qu'aucune décision n'avait été prise à cet égard (A/CN.9/508, par. 58). À la session en cours, il a été décidé de remanier le membre de phrase liminaire du paragraphe 3 afin de mieux montrer que l'intention du Groupe de travail était d'employer un terme neutre pour désigner la norme de preuve. Il a été proposé un libellé tel que celui-ci: "La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal que:". Cette proposition a été largement appuyée. On a également proposé comme autre solution le libellé ci-après: "La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire apporte la preuve que:". Selon un point de vue, une formule telle que "Le tribunal arbitral est convaincu que" serait encore plus neutre. Il a été répondu qu'il était certes souhaitable que la *norme* de preuve soit formulée en termes neutres mais que cette disposition devait indiquer clairement que la *charge* de convaincre le tribunal arbitral de l'existence de conditions justifiant l'octroi d'une mesure provisoire devrait être assumée par le demandeur. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé d'utiliser le libellé suivant: "Le demandeur convainc le tribunal que".

Alinéa a)

“préjudice irréparable”

29. Des questions ont été posées au sujet de l'utilisation du terme “préjudice irréparable”. Il a été dit que, dans le domaine commercial, la plupart des préjudices pouvaient faire l'objet d'une réparation financière et que le terme “préjudice irréparable” risquait d'être trop étroit. Il a été proposé d'employer à la place, pour qualifier le préjudice, les mots “important”, “exceptionnel” ou “considérable”. Il a toutefois été signalé que la notion de “préjudice irréparable” était bien connue dans de nombreux systèmes juridiques et était un critère courant pour l'octroi d'une mesure provisoire. Les mesures provisoires ou conservatoires étaient une forme exceptionnelle de réparation dans le cas où les dommages-intérêts pouvaient ne pas constituer une solution adéquate. Le Groupe de travail est convenu de conserver ce libellé, en lui adjoignant éventuellement une note dans le guide accompagnant la Loi type afin d'expliquer le sens du terme “préjudice irréparable”. Il a cependant été reconnu que la notion de préjudice irréparable pouvait donner lieu à diverses interprétations. De l'avis de certaines délégations, ce terme ne devrait être utilisé que pour désigner un préjudice véritablement irréparable tel que la perte d'une œuvre d'art inestimable. Pour d'autres délégations, il pouvait désigner des types particulièrement graves de préjudice qui serait plus important que le préjudice prévisible que subirait la partie contre laquelle la mesure provisoire était demandée si cette mesure était effectivement accordée. Le Groupe de travail a noté qu'il pourrait être nécessaire de revenir sur cette question à un stade ultérieur.

“sera causé”

30. Il a été rappelé que, lors de l'examen du paragraphe 2, il avait été convenu d'éviter, dans ce projet de disposition, de créer des problèmes de preuve dus au fait que, au moment où une mesure provisoire était demandée, on ne disposait souvent pas d'éléments suffisants pour apporter la preuve qu'un préjudice serait inévitablement causé à moins que l'on prenne une mesure ou que l'on s'abstienne de la prendre. Pour cette raison, les mots “de nature à causer” au paragraphe 2 avaient été remplacés par les mots “susceptibles de causer” (voir par. 25). Pour une raison analogue, il a été décidé de remplacer, à l'alinéa a) du paragraphe 3, les mots “sera causé” par un libellé tel que “sera probablement causé”.

Alinéa b)

“voir la partie requérante obtenir gain de cause”

31. Il a été proposé d'apporter une modification similaire à l'alinéa b) en remplaçant le membre de phrase “de voir la partie requérante obtenir gain de cause”, par une formule telle que: “que la partie requérante obtienne probablement gain de cause”. À l'issue d'un débat, il a été convenu que la modification proposée était inutile étant donné que le membre de phrase “Il y a une possibilité raisonnable” figurant au début de l'alinéa donnait la souplesse nécessaire.

“étant entendu qu’aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d’appréciation du tribunal arbitral lorsqu’il prendra une décision ultérieure quelconque”

32. Le Groupe de travail s’est demandé si cette clause restrictive devait être maintenue. Afin de simplifier le texte, il a été proposé de la supprimer et de l’insérer dans un guide explicatif de la Loi type. Il a toutefois été largement estimé que la Loi type devait elle-même guider les arbitres et leur donner le niveau d’assurance nécessaire lorsqu’ils étaient appelés à ordonner une mesure provisoire ou conservatoire. À l’issue d’un débat, il a été convenu de maintenir quant au fond cette clause restrictive.

Paragraphe 4

33. Ce paragraphe part du principe que, pour les mesures *inter partes*, la possibilité d’exiger une garantie devrait être laissée à l’appréciation du tribunal arbitral (A/CN.9/523, par. 46). Afin d’indiquer clairement que le paragraphe n’avait pas pour objet de donner la possibilité d’échapper à l’obligation de constituer une garantie pour des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, deux variantes avaient été proposées entre crochets dans le texte révisé.

34. Le Groupe de travail a examiné le texte du paragraphe 4 et est convenu que le libellé entre crochets était inutile et devrait être supprimé car le reste du paragraphe indiquait clairement que le tribunal arbitral conservait le droit, en toutes circonstances, de subordonner l’octroi d’une mesure provisoire ou conservatoire à la constitution d’une garantie.

Paragraphe 5

“modifier ou annuler”

35. Il a été proposé, dans un but d’exhaustivité et pour améliorer la cohérence entre les projets d’articles 17 et 17 *bis*, de remplacer les mots “modifier ou annuler” par “modifier, suspendre ou annuler”. Le Groupe de travail a accepté cette proposition.

“[sur la base d’informations supplémentaires ou d’un changement de circonstances]”

36. Alors que le maintien des mots figurant entre crochets (“[sur la base d’informations supplémentaires ou d’un changement de circonstances]”) a bénéficié d’un certain appui, selon un avis largement partagé, ces mots étaient superflus. On a fait valoir, entre autres raisons de les supprimer, que les arbitres expliquent généralement, dans le texte de leur décision, le raisonnement qu’ils ont suivi lorsqu’ils ont décidé d’accorder une mesure provisoire ou conservatoire. Ils risquaient aussi, a-t-on avancé, d’être abusivement interprétés comme restreignant indûment la liberté d’appréciation des arbitres lorsqu’ils prennent la décision d’accorder une mesure provisoire ou conservatoire. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu’il fallait supprimer les mots figurant entre crochets.

Modification d'une mesure provisoire ou conservatoire à l'initiative du tribunal arbitral

37. Des vues divergentes ont été exprimées quant au fait de savoir si une mesure provisoire ou conservatoire pouvait être modifiée ou annulée seulement à la demande d'une partie ou si cette modification ou annulation pouvait être ordonnée par le tribunal agissant de son propre chef. Selon un avis, le texte du projet d'article 17 devrait faire ressortir très clairement que le tribunal ne peut agir qu'à la demande d'une partie. Il a été déclaré qu'une partie qui avait sollicité et obtenu une mesure provisoire ou conservatoire était en droit d'escompter que ladite mesure produise les effets voulus pendant la durée voulue. Partant, une mesure provisoire ou conservatoire accordée à la demande d'une partie ne pouvait être annulée qu'à sa demande. Plus généralement, il a été déclaré qu'une telle règle était nécessaire pour respecter la nature consensuelle de l'arbitrage tel qu'il est compris dans de nombreux pays. Il a été souligné que dans le cas où un tribunal arbitral déciderait de son propre chef d'annuler une mesure provisoire ou conservatoire accordée à la demande d'une partie, cela pourrait être considéré comme protégeant indûment les intérêts de l'autre partie, rompant ainsi avec l'impartialité qui devrait être rigoureusement observée par le tribunal arbitral.

38. Selon un avis contraire, cependant, une certaine liberté d'appréciation était nécessaire pour permettre au tribunal arbitral de corriger les conséquences graves d'une mesure provisoire ou conservatoire, en particulier lorsque cette mesure paraissait avoir été accordée de manière erronée ou frauduleuse. Il a été souligné qu'on pouvait trouver un précédent utile au paragraphe 2 de l'article 33 de la Loi type qui disposait, s'agissant des sentences prononcées sur le fond, que "Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence".

39. Afin de concilier les différentes opinions concernant la question, il a été proposé d'inverser l'ordre des paragraphes 5 et 6. Il a été indiqué qu'en plaçant le paragraphe 6 avant le paragraphe 5, on soulignerait de façon appropriée l'obligation faite aux parties d'informer le tribunal arbitral de tout changement des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire ou conservatoire avait été accordée. Le Groupe de travail a, dans l'ensemble, accepté cette proposition. En outre, différentes propositions ont été avancées pour améliorer le texte actuel du paragraphe 5. Il a notamment été proposé d'autoriser le tribunal arbitral à modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire de son propre chef lorsqu'un tel pouvoir lui avait été expressément conféré par convention préalable des parties. Le Groupe de travail a pris note de cette proposition. Il a, par ailleurs, été proposé de remplacer le texte actuel du paragraphe 5 par le texte suivant:

"Le tribunal arbitral peut modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire à tout moment à la demande de l'une quelconque des parties ou de son propre chef à condition d'en notifier préalablement les parties."

40. Le texte proposé a bénéficié d'un large soutien. Il a été proposé, cependant, pour ne pas laisser trop de liberté d'appréciation au tribunal arbitral agissant de sa propre initiative, que le paragraphe 5 établisse clairement que si, dans des circonstances normales, une mesure provisoire ou conservatoire ne peut être annulée ou modifiée qu'à la demande d'une partie, des circonstances particulières pouvaient

autoriser le tribunal arbitral à modifier ou annuler de son propre chef une mesure provisoire ou conservatoire. À cet effet, il a été proposé de remplacer, dans le texte proposé, “ou de son propre chef à condition d’en notifier préalablement les parties” par les mots “ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition d’en notifier préalablement les parties”. Selon un avis, une référence à des “circonstances exceptionnelles” risquerait d’être trop restrictive. Il a été émis l’idée qu’un libellé plus général du type “sur la base d’informations supplémentaires ou d’un changement de circonstances” (voir par. 36) pourrait être préférable. Après un débat, cependant, le Groupe de travail a décidé qu’il faudrait renuméroter le paragraphe 5 en paragraphe 6, dont le texte serait le suivant:

“Le tribunal arbitral peut modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire à tout moment à la demande de l’une quelconque des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition d’en notifier préalablement les parties.”

41. On s’est inquiété de ce que le texte révisé du paragraphe puisse être abusivement interprété comme établissant le droit, pour le tribunal arbitral, d’annuler ou de modifier des mesures provisoires ou conservatoires accordées par un autre tribunal ou par une juridiction étatique. De l’avis général, il faudrait modifier encore la disposition afin de préciser que le tribunal arbitral, qu’il ait agi à la demande d’une partie ou de son propre chef, ne peut modifier ou annuler que les mesures provisoires ou conservatoires qu’il a lui-même ordonnées. Le secrétariat a été prié de prendre en compte la communauté de vues qui s’est dégagée au sein du Groupe de travail lorsqu’il établira une version révisée afin que le Groupe l’examine à sa prochaine session.

Cas où un défendeur conteste la compétence du tribunal arbitral

42. Une question a été posée au sujet de l’effet du paragraphe 5 concernant le pouvoir du tribunal arbitral de modifier une mesure provisoire qu’il a déjà prononcée au cas où un défendeur ne reconnaîtrait pas sa compétence. Il a été déclaré que cette question amenait également à s’interroger sur la situation d’un défendeur qui ne reconnaissait pas la compétence du tribunal arbitral sur le fond du litige, mais qui souhaitait s’opposer à une mesure provisoire ou la faire modifier. Il a été largement estimé qu’en pareil cas, il ne faudrait pas considérer que le défendeur avait cessé de contester la compétence du tribunal arbitral uniquement du fait qu’il s’était présenté devant celui-ci en rapport avec cette mesure provisoire. Afin de traduire ce principe dans le projet d’article 17, il a été proposé le texte suivant:

“6 *bis*

a) Lorsqu’une partie contre laquelle une telle demande est présentée ou une mesure provisoire est prononcée conteste ou n’accepte pas la compétence du tribunal arbitral sur [le fond de] la réclamation formée contre lui [dans le cadre de la procédure d’arbitrage], cette partie peut

i) s’opposer à la demande, ou

ii) demander au tribunal d’exercer son pouvoir [de modifier etc.] en vertu du paragraphe 5,

sans pour autant accepter ou renoncer à contester la compétence du tribunal arbitral sur [le fond de] la réclamation.

b) En pareil cas, le tribunal arbitral peut exercer son pouvoir [de modifier etc.] en vertu du paragraphe 5 nonobstant le fait qu'aucune demande [à cet effet] n'a été soumise par la partie contre laquelle la mesure provisoire a été prononcée."

43. Le Groupe de travail a pris note de cette proposition. On a largement estimé toutefois que, tel qu'il avait été modifié afin de prévoir la possibilité d'une modification ou d'une annulation de la mesure provisoire à l'initiative du tribunal arbitral dans des circonstances exceptionnelles (voir plus haut les paragraphes 40 et 41), le paragraphe tenait suffisamment compte de la préoccupation exprimée ci-dessus.

Paragraphe 6

Numérotation des paragraphes

44. Pour les raisons indiquées lors de l'examen du paragraphe 5 (par. 39), le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 6 deviendrait le paragraphe 5 et vice-versa.

Communication d'informations aux deux parties

45. On s'est déclaré préoccupé par le fait que le paragraphe 6 n'obligeait pas le demandeur à informer l'autre partie de tout changement important des circonstances. Le Groupe de travail a noté qu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 24 de la Loi type, "toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie". De même, l'article 18 de la Loi type dispose que "les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits". On a exprimé la crainte que le fait de répéter ces principes dans le projet de paragraphe 6 ne pose des problèmes et on a dit qu'il serait préférable de traiter cette question dans un commentaire de la Loi type. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu que, malgré les obligations énoncées aux articles 24-3 et 18 de la Loi type, il serait utile d'exiger expressément dans le paragraphe 6 que toutes les informations fournies au tribunal arbitral par une partie en application dudit paragraphe soient également communiquées à l'autre partie.

"À compter de la présentation de la demande"

46. Il a été proposé de supprimer les mots "à compter de la présentation de la demande" car le moment à partir duquel commençait le devoir d'information était évident d'après le reste du paragraphe, à savoir les mots "sur la base desquelles elle a sollicité ... la suspension de ladite mesure". Il a été suggéré en outre, afin de mentionner plus clairement le devoir d'information, de remplacer le mot "sollicité" par "demandé". Le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "à compter de la présentation de la demande" et de remplacer le mot "sollicité" par le mot "demandé".

“*changement des circonstances*”

47. Il a été dit que, par souci de cohérence, le membre de phrase “sur la base d’informations supplémentaires ou d’un changement de circonstances”, utilisé dans la disposition concernant le pouvoir du tribunal arbitral de modifier ou d’annuler une mesure provisoire ou conservatoire, devrait être harmonisé avec le membre de phrase “de tout changement important des circonstances” utilisé dans la disposition concernant le devoir du demandeur d’informer le tribunal arbitral. Toutefois, on a rappelé à ce propos que le membre de phrase “sur la base d’informations supplémentaires ou d’un changement de circonstances” avait été supprimé par le Groupe de travail (voir par. 36).

“*Responsabilité du demandeur*”

48. On s’est déclaré préoccupé par le fait qu’à la différence de l’alinéa 7 b), qui imposait à la partie requérant une mesure *ex parte* l’obligation de constituer une garantie pour couvrir les dommages-intérêts pouvant résulter de cette mesure, il n’existait aucune disposition concernant la responsabilité pour des mesures provisoires ou conservatoires *inter partes* qui se révélaient ultérieurement injustifiées. Le Groupe de travail est convenu de reporter à un stade ultérieur de ses travaux l’examen de la question de la responsabilité pour des mesures provisoires injustifiées prononcées dans le cadre d’une procédure *inter partes*.

Paragraphe 7

Remarques générales

49. Il a été rappelé que la possibilité de prévoir une disposition concernant le pouvoir d’un tribunal arbitral d’ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* avait été largement débattue à la trente-septième session du Groupe de travail et que des points de vue opposés avaient été exprimés sur le point de savoir si une telle disposition devait être insérée dans le projet d’article 17 (A/CN.9/523, par. 16 à 27). Il a également été rappelé qu’à sa trente-sixième session, la Commission avait pris note de l’opinion selon laquelle la question des mesures provisoires ou conservatoires prononcées *ex parte*, qui, elle l’avait reconnu, restait controversée, ne devrait pas retarder l’élaboration du projet d’article 17 (A/58/17, par. 203).

50. On s’est fermement opposé à ce que le texte du paragraphe 7 soit examiné avant qu’il n’ait d’abord été débattu de la question de savoir si, sur le plan des principes, il serait opportun de prévoir dans une version révisée de la Loi type que des mesures provisoires puissent être prononcées *ex parte* par un tribunal arbitral. Toutefois, il a été rappelé qu’à la trente-septième session du Groupe de travail, il avait été largement convenu qu’une disposition sur les mesures provisoires ou conservatoires prononcées *ex parte* pourrait être plus acceptable si les garde-fous étaient renforcés et multipliés (A/CN.9/523, par. 27). Sur cette base, le Groupe de travail a décidé de procéder à l’examen du paragraphe 7 puis d’étudier la question de savoir si, sur le plan des principes, il convenait de maintenir, dans le projet d’article 17, une disposition concernant les mesures provisoires prononcées *ex parte*.

51. On a proposé, pour couvrir la question des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, d’ajouter au paragraphe 7 a) un libellé tel que : “Le présent

alinéa est sans préjudice des immunités dont jouissent les États ou leurs divers organes en vertu du droit international en ce qui concerne les mesures conservatoires”.

Alinéa a)

Clause d’option positive ou négative

52. Telle que la disposition est actuellement rédigée, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires “sauf convention contraire des parties”. Il a été proposé de remplacer ce membre de phrase par “si les parties en sont expressément convenues”, libellé davantage susceptible de préserver la nature consensuelle de l’arbitrage. Cette formule, par laquelle les parties acceptaient expressément une disposition autorisant que des mesures provisoires soient prononcées *ex parte*, était, a-t-on estimé, davantage conforme aux attentes des parties à une procédure d’arbitrage, étant donné que les dispositions *ex parte* n’étaient pas expressément prévues par un grand nombre de lois nationales relatives à l’arbitrage. Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion, qui a reçu un certain appui. Il a été dit que d’après l’expérience acquise par un grand centre d’arbitrage international sur de nombreuses années les parties ne demandaient jamais que des mesures provisoires soient prononcées *ex parte*.

“exceptionnellement”

53. Des points de vue divergents ont été exprimés sur le point de savoir si le mot “exceptionnellement” apparaissant entre crochets devrait être conservé. Il a été dit que ce mot était superflu et devrait être supprimé étant donné que les alinéas a) i) à iii) ne mentionnaient que des circonstances exceptionnelles. Comme autre solution, il a été proposé de le conserver mais de préciser dans le texte qu’il désignait les circonstances mentionnées aux alinéas a) i) à iii). Une telle précision était nécessaire afin d’éviter qu’il ne soit interprété à tort comme subordonnant l’octroi d’une mesure provisoire *ex parte* à une condition supplémentaire venant s’ajouter à celles déjà mentionnées aux alinéas a) i) à iii). Selon une opinion contraire, ce mot devrait être conservé afin de souligner que la mesure *ex parte* ne devrait être accordée que dans des circonstances vraiment exceptionnelles. On a fait valoir à l’appui de ce point de vue que les circonstances mentionnées à l’alinéa a) n’étaient pas nécessairement exceptionnelles. Le Groupe de travail n’est pas parvenu à un consensus sur cette question et a décidé de conserver le mot “exceptionnellement” entre crochets en vue de la poursuite des débats à une session ultérieure.

“[contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure]”

54. Le Groupe de travail est convenu que la variante “contre laquelle cette mesure est dirigée” était préférable à la variante “touchée par cette mesure”. Cette dernière était ambiguë étant donné le nombre important de parties susceptibles d’être “touchées” par une mesure provisoire. Il a été dit que, compte tenu de cette décision, il pourrait être nécessaire de revoir le texte du paragraphe 3 a) et d’autres parties du projet d’article 17 afin d’en assurer, si nécessaire, la cohérence sur le plan terminologique.

Alinéa a) i)

55. Le Groupe de travail a jugé l'alinéa a) i) généralement acceptable quant au fond.

Alinéa a) ii)

56. Le Groupe de travail a décidé de remplacer le mot "circonstances" par le mot "conditions" afin de mieux rendre compte de la nature de la liste figurant au paragraphe 3. Selon un point de vue, l'alinéa a) ii), qui mentionnait uniquement "les circonstances énoncées au paragraphe 3", pouvait être interprété à tort comme signifiant que les paragraphes 5 et 6 ne s'appliquaient pas aux mesures provisoires prononcées *ex parte*. Il a été rappelé que l'alinéa a) ii) avait été inséré dans le texte afin qu'il n'y ait aucun doute sur le fait que toutes les conditions à satisfaire pour qu'une mesure provisoire *inter partes* soit prononcée devaient également s'appliquer à une mesure provisoire prononcée *ex parte*. Si le fait d'insister une nouvelle fois sur ce point faisait planer des doutes quant à l'applicabilité des autres paragraphes, alors l'alinéa a) ii) devrait être supprimé. Le Groupe de travail n'a pris aucune décision définitive concernant cette question et a noté qu'il pourrait être nécessaire de l'examiner plus avant à un stade ultérieur.

Alinéa a) iii)

57. Il a été suggéré d'harmoniser le membre de phrase "le demandeur montre" avec le libellé modifié convenu pour le chapeau du paragraphe 3, à savoir "la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral" (voir par. 28). Cette proposition a suscité certaines objections au motif qu'une norme de preuve plus élevée devrait être exigée pour les mesures provisoires *ex parte*. Le Groupe de travail n'a pris aucune décision définitive concernant cette question et a noté qu'il pourrait être nécessaire d'en poursuivre l'examen ultérieurement.

58. Il a été proposé de déplacer le membre de phrase "le demandeur montre", ou tout libellé dont il pourrait être convenu, pour l'insérer dans le chapeau de l'alinéa a) du paragraphe 7, afin qu'il apparaisse clairement qu'il s'applique à tous les éléments de cet alinéa et non uniquement à l'alinéa a) iii). Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion.

Alinéa b)

Remarques générales

59. Il a été rappelé qu'à la trente-septième session du Groupe de travail, il avait été convenu que le texte révisé devrait exiger en termes contraignants la constitution d'une garantie par le demandeur et prévoir que celle-ci serait de plein droit responsable des dommages causés à l'autre partie par une mesure non justifiée (A/CN.9/523, par. 31).

60. On a demandé si une disposition générale sur la responsabilité devrait s'appliquer non seulement aux mesures provisoires prononcées *ex parte* mais aussi à celles prononcées *inter partes*. Il a été dit, en faveur de l'élaboration d'une telle disposition générale, que dans l'un ou l'autre cas, il pourrait finalement être établi que la mesure avait été injustifiée et préjudiciable à la partie défenderesse. Toutefois, la proposition selon laquelle l'alinéa b) i) devrait s'appliquer d'une

manière générale à la fois aux mesures *ex parte* et aux mesures *inter partes* a rencontré une certaine opposition. Il a été dit que la responsabilité de plein droit imposée par l'alinéa b) i) était appropriée compte tenu de la nature d'une mesure *ex parte* et des risques inhérents à une telle procédure. Il a été signalé toutefois que la question des déclarations inexactes ou des fautes dans le contexte du régime *inter partes* pouvait être traitée par le droit processuel national. À titre d'observation générale, il a été déclaré que l'alinéa b) i) devrait uniquement établir les principes fondamentaux d'un régime de responsabilité, sans traiter en détail des questions de fond couvertes par le droit national. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu qu'à sa session suivante, il poursuivrait ses travaux sur la base à la fois du paragraphe 7 b) i) concernant la responsabilité de la partie demandant une mesure *ex parte* et d'un nouveau paragraphe (numéroté provisoirement 6 *bis*) qui devrait être le pendant de l'alinéa 7 b) i) pour les mesures *inter partes*.

61. On a estimé qu'il était nécessaire, afin de préparer la poursuite des débats sur ce sujet, d'entreprendre des recherches supplémentaires sur les régimes de responsabilité dans le contexte des lois nationales relatives aux mesures provisoires ou conservatoires. On a émis des réserves quant à l'utilité de telles recherches étant donné qu'il n'existait guère de lois relatives à l'arbitrage qui prévoyaient un régime de responsabilité dans le contexte des mesures provisoires ou conservatoires et que le droit processuel civil applicable aux juridictions étatiques ne comportait peut-être pas de règles pouvant être adéquatement transposées aux procédures d'arbitrage. Néanmoins, après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il pourrait être utile, pour l'examen de cette question, de disposer d'informations supplémentaires concernant le droit national applicable en la matière. Les délégations ont été invitées à fournir de telles informations au secrétariat d'ici la mi-décembre 2003 afin que celles-ci puissent être traduites et distribuées pour la session suivante du Groupe de travail.

62. S'agissant de la rédaction, il a été suggéré de ne pas faire figurer les alinéas b) i) et ii) dans un même paragraphe, car ils traitaient de questions différentes, à savoir la responsabilité et la constitution d'une garantie. Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion.

Alinéa b) i)

Frais

63. Des points de vue divergents ont été exprimés quant à la nécessité de mentionner les frais. Il a été dit que cet alinéa ne devrait porter que sur les dommages car il avait pour objet de faire en sorte que la partie défenderesse obtienne réparation, sous certaines conditions, d'un préjudice occasionné par une mesure provisoire *ex parte*. On a attiré l'attention du Groupe de travail sur le risque que comportait l'utilisation du mot "frais", auquel on pouvait donner un sens très large dans certains ordres juridiques et étroit dans d'autres, et qui pouvait être interprété de différentes façons (on pouvait considérer par exemple qu'il englobait les dépens, y compris les frais d'avocat, ou les frais liés à la mise en œuvre de la mesure). Il a été dit que le mot "frais" devrait être interprété de façon restrictive et remplacé par le mot "dépenses". Toutefois, il a été proposé de le conserver car il était défini dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Dommages

64. On s'est dit préoccupé par le fait que, dans le texte actuel, le terme "dommages" n'était pas suffisamment défini et pouvait englober les dommages tant directs qu'indirects causés par la mesure provisoire. On a estimé qu'il serait peut-être préférable de définir plus clairement l'étendue des dommages devant être couverts. Des points de vue divergents ont été exprimés sur la question de savoir s'il fallait retenir une définition large (comportant des sauvegardes appropriées) ou plus limitée (restreignant l'application de la règle aux dommages directs).

65. Le Groupe de travail a examiné les circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts pourraient être exigibles pour une mesure *ex parte*. Il a été demandé si par le simple fait de solliciter une telle mesure le demandeur serait tenu responsable des dommages causés, que cette mesure se révèle justifiée ou non ou que le demandeur ait ou non commis une faute. Il a été répondu – et ce sentiment a été largement partagé – qu'indépendamment de la question de savoir si la règle relative à la responsabilité du demandeur était fondée sur la notion de faute ou non, le fait de demander une mesure provisoire *ex parte* ne devrait pas être considéré en soi comme la cause d'un dommage à réparer. Selon un point de vue, il faudrait laisser au droit national le soin de traiter la question des dommages. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, le demandeur ne devrait être responsable que s'il était finalement établi que la mesure était injustifiée. On s'est interrogé sur le sens à donner au mot "injustifiée" et sur le point de savoir si une mesure pouvait être considérée comme "injustifiée" en soi ou compte tenu de la décision sur le fond. On a affirmé avec force à cet égard que la décision finale sur le fond ne devrait pas constituer un facteur essentiel pour déterminer si la mesure provisoire était justifiée ou non.

66. Il a été suggéré de déterminer le moment à partir duquel la réparation pourrait être obtenue. On a souligné que des dommages pourraient être subis avant que la sentence définitive ne soit rendue. À cet égard, il a été dit que, pour renforcer les sauvegardes dont est assorti le régime des mesures *ex parte*, il faudrait mentionner dans le texte révisé la possibilité pour le défendeur de demander réparation dès que la mesure provisoire *ex parte* a été accordée par le tribunal arbitral et d'obtenir immédiatement des dommages-intérêts. On a aussi fait observer que les dommages-intérêts accordés en réparation de mesures *ex parte* ne porteraient que sur la période pendant laquelle la mesure était en vigueur à titre *ex parte*.

“[contre laquelle elle est dirigée] [touchée par la mesure]”

67. On s'est déclaré favorable au maintien du premier membre de phrase entre crochets par souci de cohérence terminologique avec le paragraphe 3 et le paragraphe 7 a). Toutefois, on a estimé qu'à l'alinéa b) i) du paragraphe 7, il pourrait être préférable de conserver le deuxième membre de phrase entre crochets ("touchée par la mesure"), car cela donnerait à une partie autre que celle contre laquelle la mesure était dirigée la possibilité de demander des dommages-intérêts. On a ajouté qu'en l'occurrence, les mots "la partie touchée par la mesure" pourraient être remplacés par les mots "toute partie touchée par la mesure". On a expliqué qu'une formule établissant le principe d'une garantie donnée par le demandeur assurerait aux arbitres une protection adéquate au cas où un tiers subirait des dommages du fait de la mesure provisoire *ex parte* et demanderait réparation.

En réponse à ces propositions, il a été rappelé qu'un tribunal arbitral n'aurait pas compétence à l'égard de tiers non liés par la convention d'arbitrage.

“[dans la mesure appropriée, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande]”

68. Des points de vue divergents ont été exprimés quant à la nécessité de conserver le dernier membre de phrase apparaissant entre crochets à l'alinéa b) i). Il a été dit que les mots “dans la mesure appropriée” devraient être gardés afin d'indiquer que la mesure provisoire est légitime. Selon d'autres points de vue, le texte entre crochets n'était pas nécessaire car il n'apportait aucun élément nouveau. Par conséquent, il devrait être remplacé par une disposition donnant la possibilité au défendeur de demander réparation dès que la mesure provisoire *ex parte* a été accordée par le tribunal arbitral. Le Groupe de travail a pris note de ces vues.

Alinéa b) ii)

69. Le Groupe de travail est convenu que la constitution d'une garantie devrait être obligatoire dans le contexte des mesures provisoires *ex parte*. Il a été souligné que, par souci de cohérence, le libellé de cet alinéa devrait être aligné sur celui du paragraphe 4 concernant la constitution d'une garantie dans le contexte des mesures provisoires *inter partes*, si ce n'est que les mots “peut faire obligation” pourraient être remplacés par les mots “fait obligation”.

70. Afin de renforcer les sauvegardes nécessaires dans le contexte des mesures provisoires *ex parte*, il a été suggéré de subordonner l'octroi d'une telle mesure à l'application de l'alinéa b) ii).

Alinéa c)

71. Selon une opinion, cet alinéa était inutile étant donné que la compétence du tribunal arbitral était implicitement établie par l'alinéa b) i) du paragraphe 7. Cependant, selon l'opinion qui a prévalu, il était utile et devrait être conservé. Il a été convenu que, si l'on faisait figurer dans le projet d'article 17 à la fois l'alinéa b) i) et une disposition générale relative à la responsabilité, il faudrait indiquer clairement que l'alinéa c) s'appliquait à la fois aux mesures *inter partes* et aux mesures *ex parte*.

72. On a exprimé la crainte qu'une demande puisse être présentée par le défendeur en application de l'alinéa b) i) bien après que la sentence définitive a été rendue. Il a été suggéré de préciser dans cet alinéa que le tribunal arbitral n'était compétent que tant qu'il n'avait pas rendu sa sentence. En réponse à cette préoccupation, il a été rappelé qu'aux termes de l'article 32-3 de la Loi type, “le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve des dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34”. Toutefois, étant donné qu'une demande présentée en application de l'alinéa b) i) pouvait être considérée comme une nouvelle demande, on a estimé que l'alinéa c) était nécessaire. Comme il n'y avait aucun doute sur le fait que le tribunal arbitral était compétent pour statuer sur la question de la constitution d'une garantie en application de l'alinéa b) ii), il a été suggéré de limiter à l'alinéa b) i) l'application de l'alinéa c). Le texte suivant a été proposé comme variante pour l'alinéa c): “Une partie peut présenter une demande en application de l'alinéa b) i) et ce à tout

moment pendant la procédure d'arbitrage". Le Groupe de travail a pris note du texte proposé et a décidé de l'examiner plus avant à sa session suivante, avec le texte actuel de l'alinéa c).

73. Il a été proposé de supprimer les mots "Afin d'éviter tout doute". Mais, on a exprimé la crainte qu'il en résulte des incertitudes quant à l'existence d'une autorité arbitrale en vertu de l'alinéa b), en particulier dans les ordres juridiques où l'alinéa c) ne serait pas promulgué. Il a été dit que le libellé très général de l'alinéa c), notamment l'emploi des mots "entre autres", réduisait le risque d'erreur d'interprétation de cette disposition, dont le sens pourrait être explicité davantage dans un commentaire de l'article 17. Partant, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "Afin d'éviter tout doute" figurant au début de l'alinéa. Le secrétariat a été prié d'établir un texte révisé tenant compte des points de vue exprimés et des suggestions formulées.

Alinéa d)

74. Il a été souligné que l'alinéa d) était essentiel au régime global s'appliquant aux mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. Il a été avancé que, puisqu'une mesure *ex parte* pouvait avoir un effet sur des parties autres que la partie contre laquelle elle était ordonnée, le deuxième texte entre crochets tiendrait mieux compte de cette situation si l'on remplaçait, au début, les mots "La partie" par les mots "Toute partie". Le Groupe de travail a cependant convenu que, dans l'intérêt de la cohérence avec le libellé convenu pour le sous-alinéa b) i), il faudrait conserver le premier texte entre crochets ("contre laquelle elle est ordonnée") dans une future version de cette disposition.

75. En ce qui concerne le deuxième ensemble de libellés entre crochets ("[dès qu'il n'est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin de garantir l'efficacité de la mesure] [dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances]"), divers avis ont été exprimés. Selon un avis, le premier de ces libellés renvoyait à l'envoi d'une notification au défendeur, tandis que le second était censé renvoyer à la possibilité qu'a le défendeur d'être entendu. Il a été proposé, étant donné que les deux textes avaient des fonctions différentes, de les conserver tous les deux, mais de modifier l'ordre en libellant l'alinéa comme suit:

"La partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est ordonnée en vertu du présent paragraphe en reçoit notification dès qu'il n'est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin de garantir l'efficacité de la mesure et à la possibilité d'être entendue par le tribunal arbitral dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances."

76. En réponse, il a été déclaré que le membre de phrase "dès qu'il n'est plus nécessaire" était ambigu et qu'il était difficile de savoir si le jugement correspondant devait être porté par le demandeur ou par le tribunal arbitral. Il a été rappelé que ce libellé n'avait été introduit que pour faire face à la situation dans laquelle le demandeur sollicitait l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire *ex parte*. Il a donc été proposé de remanier l'alinéa comme suit:

"La partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est ordonnée en reçoit immédiatement notification et à la possibilité d'être

entendue par le tribunal arbitral dans les plus brefs délais et, en tout état de cause, dans un délai ne dépassant pas quarante-huit heures après la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances.”

77. Cette proposition a bénéficié d’un certain appui, car elle introduisait de la souplesse et donnait au tribunal une certaine liberté d’appréciation quant au moment où le défendeur devait être entendu, mais on s’est inquiété de ce qu’elle n’indiquait pas assez clairement le moment précis où la notification devait être adressée.

78. Il a été jugé essentiel de clarifier la question, la notification étant une première étape fondamentale pour convertir une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* en une mesure *inter partes*. Il a été proposé de modifier l’alinéa d) pour disposer que la partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire était ordonnée devrait en être avisée dès que le tribunal arbitral l’avait ordonnée. Après cette notification, le défendeur devrait avoir la possibilité d’avancer ses arguments par écrit et, à sa demande, d’être entendu par le tribunal arbitral. On a argué que cette approche évitait d’avoir à renvoyer à l’un ou l’autre des délais mentionnés dans les deux derniers textes entre crochets de l’alinéa d). Cette proposition a été contestée au motif qu’en avisant le défendeur dès le prononcé de la mesure, on risquait de supprimer l’élément de surprise requis pour rendre des mesures *ex parte* efficaces et de n’avoir pas le temps de chercher à la faire exécuter auprès d’une juridiction étatique.

79. Des réserves ont été exprimées quant à l’inclusion d’un délai de quarante-huit heures ou de tout autre délai précis, qui pourrait se révéler trop rigide et inadéquat selon les circonstances. Il a été souligné par ailleurs que le fait d’introduire un libellé permettant au tribunal d’envisager toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances pouvait conférer une souplesse appropriée, mais risquait aussi de rendre illogique le maintien, dans la même disposition, d’une référence à un délai fixe. Selon un avis largement partagé, cependant, l’inclusion d’un délai fixe servait deux objectifs, à savoir souligner que la possibilité d’être entendu était urgente, et appeler l’attention du tribunal arbitral sur le fait qu’il devait être prêt à se réunir de nouveau pour accorder au défendeur la possibilité d’être entendu.

80. Il a été avancé qu’il faudrait peut-être modifier les mots “possibilité d’être entendue” pour englober à la fois l’audition et une soumission écrite du défendeur. Il a été convenu de les remplacer par “possibilité de présenter ses arguments”.

81. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que ses délibérations concernant l’alinéa d) devraient se poursuivre à sa prochaine session sur la base du texte reproduit au paragraphe 76 (sous réserve du remplacement des mots “possibilité d’être entendue” par les mots “possibilité de présenter ses arguments devant”) et de la variante suivante:

“Toute partie touchée par la mesure provisoire ou conservatoire accordée en vertu du présent paragraphe en reçoit immédiatement notification et a la possibilité d’être entendue par le tribunal arbitral dans les [quarante-huit] heures de cette notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances.”

82. À la clôture du débat, il a été rappelé au Groupe de travail qu’il devrait se pencher de nouveau sur la rédaction de l’alinéa d) lorsqu’il examinerait la question

de savoir s'il faudrait autoriser l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte*.

Alinéa e)

83. Le Groupe de travail a envisagé diverses améliorations du libellé actuel de l'alinéa e). Il a été convenu que le texte pouvait être simplifié et inclure un libellé tel que "expire après vingt jours" au lieu de "est valable pour une durée maximale de vingt jours". Il a également été convenu que la référence au "paragraphe 1" était inappropriée. En ce qui concerne le second ensemble de variantes entre crochets, il a été émis une préférence pour la première formulation, à savoir "à compter de la date à laquelle le tribunal ordonne cette mesure". En effet, il serait difficile de déterminer la date à laquelle une mesure prenait effet à l'encontre de l'autre partie, comme le proposait la seconde variante. Conformément à sa décision antérieure concernant le texte équivalent du sous-alinéa b) i), le Groupe de travail a décidé de conserver le texte "contre laquelle la mesure a été ordonnée" de préférence à "touchée par la mesure".

84. Il a été avancé que la seconde phrase de l'alinéa e) était inutile. Il a été souligné, cependant, que la dernière phrase prévoyait effectivement la conversion d'une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* en une mesure provisoire ou conservatoire *inter partes* après que la partie contre laquelle elle a été ordonnée en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité de présenter ses arguments. Il faudrait clarifier le moment où une mesure se convertit d'*ex parte* en *inter partes*. Il a été avancé, à des fins de clarification, que l'on pourrait simplifier l'alinéa en adoptant un libellé tel que le suivant:

"Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après vingt jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'ordonne, à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie après que la partie contre laquelle elle a été ordonnée en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité de présenter ses arguments."

Après un débat, il a été décidé que cette formulation remplacerait l'alinéa e).

85. Il a été observé que l'on avait rédigé l'alinéa en ayant à l'esprit des ordonnances de procédure, comme le montrent les mots "confirmer, proroger ou modifier", alors qu'en fait, il était prévu qu'il puisse aussi s'appliquer à des mesures provisoires ou conservatoires revêtant la forme de sentences.

86. Il a été avancé que l'alinéa e) pourrait aussi faire obligation au demandeur de fournir au défendeur les éléments sur lesquels se fondait la demande. À l'appui de cette proposition, il a été déclaré qu'étant donné l'obligation d'informer figurant à l'alinéa f), l'introduction d'une obligation de fournir les éléments sur lesquels se fondaient la demande et la mesure accordée améliorerait le fonctionnement dudit alinéa. Bien que cette proposition ait été jugée utile, il a été noté que le paragraphe 3 de l'article 24 obligeait déjà à communiquer à l'autre partie les informations fournies au tribunal arbitral. Or, le Groupe de travail devrait éviter de surcharger le texte du projet révisé en y répétant des éléments de procédure déjà prévus dans la Loi type, et que la question pourrait être traitée dans tout guide accompagnant la Loi type. En réponse, il a été déclaré qu'il importait d'énoncer de nouveau à l'alinéa e) l'obligation de communiquer à l'autre partie les informations fournies au tribunal arbitral car, dans une situation *ex parte*, la mesure pourrait avoir été prononcée sans

qu'aucun document n'ait été fourni au tribunal. Il a été avancé que, bien que le paragraphe 3 de l'article 24 de la Loi type puisse être interprété comme englobant les communications orales, il fallait néanmoins introduire cette obligation, l'article pouvant être interprété de façon restrictive. En réponse, on a dit qu'il ne fallait pas laisser entendre qu'un tribunal serait tenu de faire un compte rendu de la procédure orale pour chaque demande *ex parte*.

87. Il a été déclaré que le paragraphe pourrait aussi mieux préciser à qui il incombait de demander le maintien de l'ordonnance, et qu'il importait donc de décider si une mesure initialement ordonnée *ex parte* était maintenue dans un contexte *inter partes* ou si une nouvelle mesure *inter partes* remplaçait la mesure *ex parte* initiale. Il a été avancé que cette démarche devrait incomber à la partie qui bénéficie de la mesure. Mais on a mis en garde contre l'inclusion de diverses questions de procédure qui risqueraient de surcharger inutilement la disposition. Le secrétariat a été prié d'envisager la possibilité d'exprimer la notion selon laquelle c'est à la partie qui bénéficie de la mesure qu'il devrait incomber de solliciter son maintien au-delà de vingt jours.

Alinéa f)

Remarques générales

88. On a dit que le libellé actuel, qui se réfère à l'obligation d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est "susceptible de juger pertinentes et importantes lorsqu'il détermine si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies" était ambigu et difficile à appliquer dans la pratique, car il supposait que le demandeur anticipe le raisonnement subjectif du tribunal arbitral. Un appui a été exprimé en faveur de la suppression de l'alinéa f). Cependant, l'opinion qui a prévalu a été que cet alinéa devait être conservé car il constituait un garde-fou indispensable et une condition essentielle de l'acceptabilité de mesures provisoires *ex parte*. Dans ce contexte, on a rappelé que l'alinéa était inspiré de la règle en vigueur dans certains pays, selon laquelle un conseil a l'obligation spéciale d'informer le tribunal de toutes les questions, y compris celles qui lui sont défavorables. Cependant, on a aussi rappelé que dans de nombreux systèmes juridiques cette obligation spéciale n'existait pas.

Place de l'alinéa f)

89. Des opinions divergentes ont été exprimées quant à l'endroit où devait figurer cette disposition. Selon un avis, il serait préférable, étant donné que l'alinéa imposait une obligation au demandeur, de le déplacer pour en faire le premier sous-alinéa de l'alinéa b). Les obligations du demandeur seraient alors les suivantes: informer le tribunal arbitral, constituer une garantie et être responsable de tous les dommages et de tous les frais causés au défendeur. L'opinion qui a prévalu a été que l'alinéa devait conserver sa place actuelle, car il concluait le paragraphe relatif aux mesures *ex parte* en énonçant une obligation qui renvoyait à divers alinéas dudit paragraphe.

Sanction

90. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-septième session, il avait été suggéré d'établir, dans une nouvelle version remaniée, un lien clair entre

l'obligation d'informer le tribunal arbitral d'un changement de circonstances et le régime de responsabilité applicable à la partie requérante (A/CN.9/523, par. 49 et 76). Il a été convenu que les conséquences du non-respect de l'obligation d'informer devaient être fixées par le régime général prévu au paragraphe 7 (y compris l'annulation ou la responsabilité lorsque la mesure provisoire est injustifiée) et par les règles juridiques de fond applicables.

Propositions de remaniement

91. On a jugé compréhensible l'inquiétude selon laquelle l'alinéa, dans sa formulation actuelle, semblait exiger du demandeur qu'il lise dans les pensées du tribunal arbitral. Un certain nombre de suggestions visant à lever les ambiguïtés du libellé actuel ont été faites. Il a ainsi été proposé de remplacer le membre de phrase "est tenue d'informer" par "informe sans tarder". Cependant, on a fait observer que les mots "sans tarder" étaient plus appropriés dans le cadre d'une obligation continue d'informer de tout changement de circonstances. On a aussi proposé de remplacer l'ensemble du paragraphe par un texte libellé comme suit: "La partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe informe le tribunal arbitral de toutes les circonstances importantes dont elle a connaissance et des éléments défavorables à sa cause". On a fait valoir que cette proposition était préférable au texte actuel car elle ne dépendait pas de l'opinion subjective du tribunal arbitral et traitait aussi de la connaissance que détenait la partie au moment où elle formulait la demande. Mais on a objecté qu'elle ne pourrait être bien appliquée et comprise que par les États qui ont un régime accusatoire, par opposition à un régime inquisitoire. On a ajouté que le mot "importantes" risquait d'exclure certaines informations qui pourraient être utiles au tribunal arbitral. De même, on a dit que cette proposition créait des incertitudes supplémentaires quant à l'étendue de l'obligation, car elle n'indiquait pas clairement ce qui constituerait des informations défavorables au demandeur. Elle pourrait en outre être interprétée comme recouvrant les éléments défavorables à la demande qui pouvaient apparaître lors de l'examen du fond. Il a été proposé que le Groupe de travail recherche une formulation plus souple afin d'encourager une pleine et franche communication des informations pertinentes et importantes.

92. On a proposé de remplacer le texte du paragraphe par un libellé du type: "Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe informe sans tarder le tribunal arbitral de toutes les circonstances pertinentes et importantes qui lui permettront de déterminer si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies". Cette proposition a recueilli un certain appui. On a suggéré, pour qu'il apparaisse clairement que le tribunal arbitral avait toute liberté d'ordonner ou non une mesure provisoire ou conservatoire, de remplacer le membre de phrase "si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies" par "s'il doit ordonner la mesure demandée". Selon un autre avis, l'obligation "d'informer le tribunal arbitral" était peut-être trop restrictive, et il serait peut-être préférable d'adopter un libellé tel que "de présenter au tribunal". Selon un autre avis encore, il faudrait s'efforcer d'introduire dans le texte proposé une partie de la souplesse qui caractérisait le libellé original de l'alinéa f). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de cet alinéa qui tienne compte des propositions exprimées.

IV. Texte révisé du projet d'article 17 *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires

93. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu, après avoir achevé l'examen du paragraphe 7, de reprendre le débat général sur le point de savoir si l'inclusion d'une disposition relative aux mesures provisoires *ex parte* était ou non acceptable (voir par. 50). Il a toutefois été décidé que ce débat aurait lieu après l'examen des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires.

94. Le Groupe de travail est passé à l'examen du projet d'article 17 *bis*, libellé comme suit:

“1) Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral qui satisfait aux exigences de l'article 17 est reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est mise à exécution sur demande (formée par écrit) auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article*.

2) La juridiction étatique peut refuser de reconnaître [et] [ou] de faire exécuter une mesure provisoire uniquement:

a) Si à la demande d'une partie contre laquelle cette mesure est invoquée, elle constate:

i) *Variante 1*: qu'il se pose, quant à la compétence du tribunal arbitral, une question de fond [[de nature à rendre la reconnaissance ou l'exécution inappropriée] [de nature à rendre la mesure provisoire inexécutoire]] [et qu'aucune garantie appropriée n'a été ordonnée par le tribunal arbitral concernant cette mesure provisoire];

Variante 2: qu'une question de fond se pose à propos de l'un quelconque des motifs de refus exposés à l'article 36-1 a) i), iii) ou iv);
ou

ii) *Variante 1*: que cette partie n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale [, auquel cas la juridiction étatique peut suspendre la procédure d'exécution [jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral] [jusqu'à ce que les parties aient eu la possibilité d'être entendues par le tribunal arbitral] [jusqu'à ce que les parties aient été dûment informées]];

Variante 2: que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

* Les conditions énoncées dans cet article visent à limiter le nombre de cas où la juridiction étatique peut refuser l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires. L'harmonisation que les dispositions types cherchent à réaliser ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre de cas plus réduit.

iii) *Variante 1*: que cette partie n'a pas pu faire valoir ses arguments relativement à la mesure provisoire [, auquel cas la juridiction étatique [peut suspendre] [suspend] la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]; ou

Variante 2: que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

iv) que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue par le tribunal arbitral ou par une décision d'une juridiction étatique compétente; ou

b) Si la juridiction étatique constate:

i) que la mesure provisoire sollicitée est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles qui lui sont applicables, à moins qu'elle ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) *Variante 1*: que la reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire serait contraire à l'ordre public reconnu par la juridiction étatique.

Variante 2: que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) qui s'appliquent à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

3) Toute décision prise par la juridiction étatique sur l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 2 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire.

4) La partie qui demande ou a obtenu l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire informe sans retard la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure.

5) *Variante A*: La juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner à l'autre partie de constituer une garantie pour frais adéquate [à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie] [à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie, sauf si la juridiction étatique détermine que cette mesure est inappropriée et/ou insuffisante compte tenu des circonstances].

Variante B: La juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner la constitution d'une garantie pour frais.

Variante C: Lorsqu'elle exerce ce pouvoir, la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas la mesure provisoire ou conservatoire quant au fond.

Variante D: La juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut seulement ordonner la constitution d'une garantie pour frais lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

6) Le paragraphe 2 a) ii) ne s'applique pas

Variante X: à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été informée, à condition que la mesure ordonnée ait été assortie d'un délai de validité ne dépassant pas [30] jours et que son exécution soit demandée avant l'expiration de ce délai.

Variante Y: à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été informée, à condition que le tribunal arbitral la confirme après que l'autre partie a eu la possibilité de faire valoir ses arguments à son sujet.

Variante Z: si le tribunal arbitral décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation que, compte tenu des circonstances visées à l'article 17-2, la mesure provisoire ou conservatoire ne peut être efficace que si l'ordonnance d'exécution est rendue par la juridiction étatique sans que la partie contre laquelle la mesure est invoquée en soit informée."

Paragraphe 1

95. En réponse à une question concernant le sens des mots "Sauf indication contraire du tribunal arbitral", il a été rappelé au Groupe de travail que ces mots avaient été inclus conformément à une décision prise précédemment, à savoir qu'un tribunal arbitral devrait être en mesure d'indiquer, lorsqu'il ordonnait une mesure provisoire, que cette dernière n'était pas susceptible de faire l'objet d'une demande d'exécution sur décision d'une juridiction étatique (A/CN.9/524, par. 26 et 34).

"formée par écrit"

96. Il a été proposé de supprimer les mots "formée par écrit" figurant entre crochets. Cette proposition a été acceptée.

Note de bas de page accompagnant le paragraphe 1

97. Le Groupe de travail a estimé que la note de bas de page accompagnant le paragraphe 1 était généralement acceptable quant au fond.

"qui satisfait aux exigences de l'article 17"

98. Le Groupe de travail a rappelé que le paragraphe 1 du texte révisé du projet d'article 17 *bis* contenait une formule plus générale que celle qui était employée dans une version antérieure, à savoir que les mots "mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17" avaient été remplacés par les mots "une ordonnance ou une sentence prescrivant des mesures provisoires rendue par un tribunal arbitral, qui satisfait aux exigences de l'article 17". Il a été rappelé que le but de cette formule était d'exiger qu'une mesure provisoire dont l'exécution était demandée remplisse les conditions énoncées dans le projet d'article 17, qu'elle ait ou non été ordonnée dans un pays ayant incorporé la Loi type (A/CN.9/524, par. 32). On a fait valoir, à l'appui de l'insertion au paragraphe 1 d'une référence aux exigences de l'article 17, qu'une telle référence inciterait le tribunal arbitral à se conformer de manière plus stricte aux conditions définies dans cet article.

99. Il a toutefois été fait observer que la référence aux exigences de l'article 17 était inutile, car elle introduisait une ambiguïté et l'on a exprimé la crainte que le texte actuel ne soit interprété par une juridiction étatique ordonnant l'*exequatur* comme l'obligeant à examiner *de novo* la question de savoir si la mesure provisoire satisfaisait ou non aux exigences de l'article 17. Pour éviter une telle interprétation, il a été proposé d'adopter une formulation telle que la suivante: "une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral, en application de l'article 17 ou de normes analogues pour l'essentiel à celles de l'article 17, est reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur demande auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article".

100. Bien que la crainte susmentionnée ait été partagée par un certain nombre de délégations, on a fait observer que la formulation proposée risquait de soulever deux problèmes différents. Premièrement, la référence à des "normes analogues pour l'essentiel à celles de l'article 17" pourrait être interprétée comme ajoutant une glose non intentionnelle à la définition des mesures provisoires ou conservatoires. Deuxièmement, on a estimé qu'il était inapproprié d'établir un lien entre l'article 17 et l'article 17 *bis* lorsque l'on faisait une comparaison avec l'approche adoptée dans la Convention de New York pour l'exécution et la reconnaissance des sentences. Dans la Convention de New York, le terme "sentence" n'était pas défini, de sorte que le régime de reconnaissance et d'exécution s'appliquait quelle que soit l'origine de la sentence. Or, une référence, dans le paragraphe 1 de l'article 17 *bis*, à l'article 17, pourrait limiter la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires aux pays qui avaient adopté l'article 17 de Loi type. On a fait valoir que cela irait à l'encontre du penchant du Groupe de travail en faveur de l'exécution pour les mesures provisoires, et compromettrait également l'harmonisation de ce sujet. Dans ces conditions, il a été suggéré que l'article 17 *bis* s'applique à toutes les mesures provisoires ou conservatoires, qu'elles satisfassent ou non aux exigences de l'article 17. En outre, la référence à l'article 17 était, en tout état de cause, inappropriée, car elle ne renvoyait pas seulement à la définition d'une mesure provisoire, mais incluait également les conditions auxquelles un tribunal arbitral pourrait accorder une telle mesure.

101. Il a été noté que l'insertion des mots "qui satisfait aux exigences de l'article 17" pourrait avoir pour effet de créer un motif supplémentaire et caché de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire. Il a été dit que, si le Groupe de travail avait l'intention d'inclure un tel motif, il serait préférable de placer ces termes au paragraphe 2. Cette suggestion a recueilli un certain appui. Il a toutefois été noté que, si une telle suggestion était retenue, cela signifierait que la partie contre laquelle la mesure provisoire était prononcée aurait la charge de prouver que cette mesure ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 17.

102. Pour tenir compte de cette question, il a été proposé de supprimer les termes "qui satisfait aux exigences de l'article 17" et d'ajouter un autre motif pour lequel la juridiction étatique pourrait refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire au titre du paragraphe 2. Après un débat, le Groupe de travail a adopté cette proposition.

Paragraphe 2

Chapeau

103. Par souci de cohérence avec l'article 36 de la Loi type, le Groupe de travail est convenu de supprimer du chapeau du paragraphe 2 le mot "et" figurant entre crochets et de conserver le mot "ou". Il a adopté le chapeau du paragraphe 2 sans autre commentaire.

Alinéa a)

Chapeau

104. Il a été suggéré de supprimer le membre de phrase "à la demande d'une partie contre laquelle cette mesure est invoquée", car la juridiction étatique pourrait avoir la conviction, au simple examen de l'affaire, qu'il existait un motif de non-exécution. En outre, cette suppression couvrirait le cas où la partie contre laquelle la mesure a été invoquée ne comparait pas.

Alinéa a) i)

105. Entre les deux variantes figurant dans le projet d'alinéa, une préférence a été exprimée en faveur du maintien de la variante 2. Il a toutefois été suggéré d'en supprimer la référence à l'article 36-1 a) i) de la Loi type, car elle inviterait la juridiction étatique à s'enquérir de la validité de la compétence du tribunal arbitral à un moment où la procédure arbitrale était encore en cours. En réponse, on a fait valoir que le paragraphe 3 de l'article 17 *bis* protégeait contre ce risque en limitant toute décision prise par la juridiction étatique sur l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 2 à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire. Il a été suggéré d'examiner une autre solution, à savoir une référence générale à l'article 36 plutôt qu'à des paragraphes particuliers. Dans ce cas, il faudrait peut-être envisager de supprimer l'alinéa a) iv), qui était peut-être déjà couvert par l'article 36-1 a) v). On a aussi fait remarquer que la décision finale d'adopter la variante 2 ne pourrait être prise qu'une fois que le Groupe de travail aurait examiné la synthèse des diverses références à l'article 36 de la Loi type figurant dans la version actuelle du paragraphe 2.

106. On a dit que, du fait qu'il y avait accord sur le maintien de la variante 2, la question de la charge de la preuve devrait être revue. À cet égard, on a noté que contrairement à l'alinéa 2 a), qui ne précisait pas à qui incombait cette charge, l'article 36-1 a) disposait que c'était à la partie contre laquelle la mesure provisoire était invoquée qu'elle incombait.

Motif supplémentaire de refuser la reconnaissance et l'exécution

107. À la suite de la suggestion de supprimer du paragraphe 1 la référence à l'article 17 et d'ajouter un autre motif pour lequel la juridiction étatique pourrait refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire (voir par. 99), il a été proposé d'ajouter à la fin du paragraphe 2 un nouvel alinéa libellé comme suit: "v) La juridiction étatique a la conviction que le tribunal a été empêché de prononcer une mesure provisoire [par l'accord des parties ou par la loi impérative du pays où l'arbitrage a lieu]." On a proposé un autre libellé, qui pourrait se lire comme suit: "v) La juridiction étatique a la conviction que le tribunal arbitral n'a

pas été autorisé à prononcer la mesure provisoire [soit par l'accord des parties, soit par la loi du lieu de l'arbitrage]". On a dit que la seconde proposition constituait une amélioration par rapport à la première car elle reconnaissait qu'un arbitre n'avait pas le pouvoir inhérent d'ordonner des mesures provisoires et que ce pouvoir ne pouvait procéder que de l'accord des parties ou de la loi applicable.

108. On a fait observer que le texte entre crochets, dans le nouvel alinéa proposé, était déjà couvert par l'article 36-1 a) iii) et que, pour cette raison, il devrait probablement être supprimé. Pour ce qui est de la référence à la loi applicable au siège du tribunal arbitral, on a déclaré que, par exemple, il serait difficile pour un juge de faire exécuter une mesure provisoire lorsque la loi du pays où l'arbitrage avait lieu ne permettait pas une telle procédure, malgré un accord contraire des parties. On a indiqué qu'il ne faudrait pas faire référence, dans la proposition révisée, à l'accord des parties ou à la loi applicable, le soin de trancher la question devant être laissé à la juridiction étatique.

109. On s'est demandé s'il était approprié de faire référence au pays dans lequel l'arbitrage avait lieu et s'il n'était pas préférable de faire référence au pays où la reconnaissance et l'exécution étaient recherchées. On a noté toutefois que l'article 36-1 a) iv) mentionnait "la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu" et que, par souci de cohérence, il faudrait peut-être conserver cette formulation. En réponse, on a dit que la référence à la loi du pays "où l'arbitrage a eu lieu" n'était peut-être pas appropriée, étant donné que l'objectif était de couvrir la *lex arbitri* et que les arbitres ne seraient peut-être pas physiquement présents sur le territoire dont le droit régissait l'arbitrage. Partant, on a suggéré qu'il serait peut-être plus approprié de parler de la "loi régissant la procédure arbitrale".

110. S'agissant de la proposition d'ajouter un motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution, on a exprimé l'avis qu'une telle disposition était inutile car l'article 36 traitait déjà cette question de manière adéquate.

111. Si le régime de reconnaissance et d'exécution tel que défini à l'article 17 *bis* était approprié pour des mesures *inter partes*, on a estimé que son application à des mesures *ex parte* devrait peut-être être revue.

112. Le Groupe de travail est convenu qu'il devrait poursuivre le débat sur le projet d'article 17 *bis* à sa prochaine session. Le secrétariat a été prié d'élaborer un projet révisé en tenant compte des divers avis et suggestions exprimés ci-dessus.

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. 312 à 314.

⁸ *Ibid.*, cinquante-septième session, *Supplément n° 17 (A/57/17)*, par. 182 à 184.

⁹ *Ibid.*, cinquante-huitième session, *Supplément n° 17 (A/58/17)*, par. 203.