



Assemblée générale

Distr.: Générale
20 décembre 2000

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail sur l'arbitrage
Trente-quatrième session
Vienne, 25 juin-13 juillet 2001

Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-troisième session (Vienne, 20 novembre-1^{er} décembre 2000)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-14	3
I. Délibérations et décisions	15-159	6
II. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage	21-59	7
A. Observations générales	21-22	7
B. Modification proposée à l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage	23-44	8
1. Questions connexes	45-49	13
2. Élaboration d'un projet sur la base des débats au sein du Groupe de travail	50-59	14
III. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York	60-77	18
A. Observations générales	60-61	18
B. Caractère contraignant	62-64	20
C. Forme de l'instrument interprétatif	65-69	21
D. Relation avec le texte modifié de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage	70	22
E. Observations générales sur le contenu de la déclaration	71	22
F. Commentaires paragraphe par paragraphe	72-76	23



G.	Autres prescriptions concernant la forme écrite dans la Convention de New York	77	24
IV.	Disposition législative type relative à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires	78-106	25
A.	Observations générales	78	25
B.	Texte et examen général des projets de propositions.....	79-103	25
C.	Travaux futurs.....	104-106	31
V.	Conciliation	107-159	32
A.	Observations générales	107-110	32
B.	Article premier	111-120	33
C.	Article 2	121-125	35
D.	Articles 3 à 5.....	126-132	37
E.	Articles 6 et 7	133-138	38
F.	Article 8	139-146	40
G.	Article 9	147-153	42
H.	Article 10	154-158	43
I.	Articles 11 et 12	159	44

Introduction

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

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

3. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie de la note demandée, intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460).³ Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type sur l'arbitrage") 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 que constituait la Commission, l'acceptabilité des

¹ *L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: Expérience et perspectives* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.2).

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

³ Cette note se fondait sur les idées, suggestions et observations présentées à différentes occasions, notamment lors de la Journée de la Convention de New York (*L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: Expérience et perspectives* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.2)); du Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial (Paris, 3-6 mai 1998) (*Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 9*, Kluwer Law International, 1999); et d'autres conférences et réunions internationales, telles que la Conférence "Freshfields" de 1998: Gerold Herrmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" *Arbitration International*, vol. 15 (1999), n° 3, p. 211.

idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage.⁴

4. La Commission a mené ses débats sans avoir d'idée arrêtée sur la forme que prendraient en définitive ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions sur ce point devraient être prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d'un texte législatif (par exemple, des dispositions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple, des règles contractuelles types ou un guide de pratique). Il a été souligné que, même si un traité international était envisagé, l'intention n'était pas de modifier la Convention de New York.⁵

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

6. Le Groupe de travail a examiné l'élaboration éventuelle de textes harmonisés sur la conciliation, les mesures provisoires et conservatoires et la forme écrite des conventions d'arbitrage. Sur ces trois sujets, il a pris des décisions sur lesquelles le secrétariat a été prié de se fonder pour établir des projets de textes pour la session en cours du Groupe de travail. En outre, il a procédé à un échange de vues préliminaire sur d'autres sujets qui pourraient être examinés à un stade ultérieur (document A/CN.9/468, par. 107 à 114).

7. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin–7 juillet 2000), la Commission s'est déclarée satisfaite du travail accompli jusque-là par le Groupe de travail. Selon plusieurs avis, les travaux sur les points inscrits à l'ordre du jour du Groupe de travail étaient opportuns et nécessaires pour améliorer la sécurité juridique et la prévisibilité dans le recours à l'arbitrage et à la conciliation dans le commerce international. La Commission a noté que le Groupe de travail avait également recensé un certain nombre d'autres sujets ayant différents niveaux de priorité, qu'il avait été proposé d'inclure dans les travaux futurs (document A/CN.9/468, par. 107 à 114). Elle a réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter ces sujets.

8. Il a été déclaré à plusieurs reprises que, dans l'ensemble, en décidant de la priorité à donner aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions concernant lesquelles des décisions des tribunaux laissaient subsister une situation juridique

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

⁵ *Ibid.*, par. 337 à 376 et 380.

⁶ *Ibid.*, par. 340 à 343.

⁷ *Ibid.*, par. 344 à 350.

⁸ *Ibid.*, par. 371 à 373.

⁹ *Ibid.*, par. 374 et 375.

incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés par la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, étaient la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de New York (A/CN.9/468, par. 109 k); les demandes aux fins de compensation dans des 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 a été noté avec satisfaction qu'en ce qui concernait 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 a estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance.

9. Le Groupe de travail sur l'arbitrage est composé de tous les États membres de la Commission. Les États membres du Groupe de travail énumérés ci-après étaient représentés à la session: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bulgarie, Burkina Faso, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Mexique, Nigéria, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan et Thaïlande.

10. Des observateurs des États suivants ont également assisté à la session: Angola, Arabie saoudite, Canada, Croatie, Danemark, Émirats arabes unis, Équateur, ex-République yougoslave de Macédoine, Grèce, Indonésie, Israël, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Malaisie, Maroc, Panama, Pérou, Philippines, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie, Ukraine et Uruguay.

11. Étaient également représentées par des observateurs les organisations internationales suivantes: Commission économique pour l'Europe de l'ONU (CEE), Comité consultatif juridique afro-asiatique, Comité consultatif sur l'Article 2022 de l'Accord de libre échange nord-américain, Cour permanente d'arbitrage, Asser College Europe, Comité maritime international, Centre d'arbitrage commercial du Conseil de coopération du Golfe, Chambre de commerce internationale (CCI), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Cour d'arbitrage international de Londres, Centre régional pour l'arbitrage commercial international (Lagos), Chartered Institute of Arbitrators.

12. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après:

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

Rapporteur: M. Sani L. MOHAMMED (Nigéria).

13. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.109); rapport du Secrétaire général intitulé

“Règlement des litiges commerciaux: règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux: forme écrite de la convention d’arbitrage, mesures provisoires ou conservatoires, conciliation” (A/CN.9/WG.II/WP.110); et rapport du Secrétaire général intitulé “Travaux futurs envisageables: mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les juridictions étatiques pour appuyer l’arbitrage, portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux, validité de la Convention d’arbitrage” (A/CN.9/WG.II/WP.111).

14. Le Groupe de travail a adopté l’ordre du jour suivant:

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

I. Délibérations et décisions

15. Le Groupe de travail a examiné le point 3 de l’ordre du jour en se fondant sur les rapports du Secrétaire général (A/CN.9/WG.II/WP.110 et A/CN.9/WG.II/WP.111). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres II à V.

16. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d’arbitrage, le Groupe de travail a examiné le projet de disposition législative type modifiant l’article 7-2 de la Loi type sur l’arbitrage (présenté aux paragraphes 15 à 26 du document A/CN.9/WG.II/WP.110) et un groupe de rédaction a élaboré un autre projet révisé afin de le lui soumettre. Après un premier débat sur ce projet, le secrétariat a été prié d’établir des projets de textes, contenant éventuellement différentes variantes, pour examen à la prochaine session, en tenant compte des discussions au sein du Groupe de travail. Ce dernier a également examiné l’avant-projet d’instrument interprétatif concernant l’article II-2 de la Convention de New York (présenté aux paragraphes 27 à 51 du document A/CN.9/WG.II/WP.110) et a prié le secrétariat d’élaborer un projet révisé de cet instrument reflétant les discussions qui se sont déroulées sur ce point. Il est rendu compte des débats sur la question aux paragraphes 21 à 77 ci-après.

17. S’agissant de l’exécution des mesures provisoires ou conservatoires, le Groupe de travail a examiné les dispositions législatives types élaborées par le secrétariat (présentées aux paragraphes 52 à 80 du document A/CN.9/WG.II/WP.110) et, faute de temps, a remis à sa prochaine session l’examen de l’alinéa vi) et des dispositions supplémentaires éventuelles. Il est rendu compte des débats sur ce point aux paragraphes 78 à 103 ci-après.

18. Pour ce qui est de la conciliation, le Groupe de travail a examiné les articles 1, 2, 5, 7, 8, 9 et 10 du projet de dispositions législatives types (présenté aux paragraphes 81 à 111 du document A/CN.9/WG.II/WP.110) et a prié le secrétariat d’élaborer, pour examen à sa prochaine session, des projets révisés de ces articles,

compte tenu des vues exprimées lors des débats. Les articles 3, 4, 6, 11 et 12 n'ont pas été abordés faute de temps. Il est rendu compte des débats sur ce point aux paragraphes 107 à 159 ci-après.

19. Le Groupe de travail s'est également penché sur les trois questions exposées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.111 relatif aux travaux futurs envisageables, à savoir: les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les juridictions étatiques à l'appui de l'arbitrage; la portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux; et la validité de la convention d'arbitrage. Il s'est dit favorable à la réalisation de travaux sur ces trois questions et a prié le secrétariat d'établir, pour une prochaine session, des études et propositions préliminaires. Il est rendu compte des débats sur ce point aux paragraphes 104 à 106 ci-après.

20. La prochaine session du Groupe de travail devrait se tenir du 21 mai au 1^{er} juin 2001 à New York.

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

A. Observations générales

21. Le Groupe de travail a, en premier lieu, noté que les dispositions relatives à la forme des conventions d'arbitrage (énoncées en particulier à l'article II-2 de la Convention de New York et à l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage) n'étaient pas conformes à la pratique actuelle et aux attentes des parties si elles étaient interprétées de manière restrictive. Il a été noté que, si les juridictions étatiques adoptaient de plus en plus souvent une interprétation extensive de ces dispositions, les avis divergeaient quant à leur interprétation appropriée. Ces divergences et le manque d'uniformité dans l'interprétation de ces dispositions posaient, dans le commerce international, un problème qui portait atteinte à la prévisibilité et à la certitude des engagements contractuels internationaux.

22. Le Groupe de travail a rappelé la décision qu'il avait prise à sa trente-deuxième session selon laquelle, pour assurer une interprétation uniforme des conditions de forme qui réponde aux exigences du commerce international, il fallait préparer une version modifiée de l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage en l'accompagnant d'un guide pour son incorporation dans le droit interne et élaborer une déclaration ou une résolution interprétative de l'article II-2 de la Convention de New York reflétant une interprétation large et flexible des conditions de forme. Pour ce qui était de la teneur des dispositions législatives types et de l'instrument interprétatif à élaborer, le Groupe de travail, rappelant l'examen auquel il avait procédé à sa session précédente (A/CN.9/468, par. 99), a confirmé que, pour qu'une convention d'arbitrage soit valablement conclue, on devait établir qu'une telle convention avait été conclue et qu'il existait une preuve écrite des conditions de cette convention.

B. Modification proposée à l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage

23. Le Groupe a ensuite examiné un texte modifiant l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage, présenté et commenté aux paragraphes 15 à 26 du document A/CN.9/WG.II/WP.110. Le projet de texte examiné était le suivant:

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

[Premier paragraphe inchangé de la Loi type:]

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

Projet de paragraphe 2 de l'article 7:

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

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

- a) elle est contenue dans un document établi conjointement par les parties;
- b) elle prend la forme d'un échange de communications écrites;
- c) elle est contenue dans l'offre ou la contre-offre écrite d'une partie, à condition que le contrat ait été [valablement] conclu par acceptation ou par un fait valant acceptation telle que l'exécution ou le défaut d'objection de l'autre partie;
- d) elle est contenue dans une confirmation de contrat, à condition que les termes de ladite confirmation aient été [valablement] acceptés par l'autre partie, soit [expressément] [par référence expresse à la confirmation ou à ses termes] soit, dans la mesure prévue par la loi ou l'usage, par défaut d'objection;
- e) elle est contenue dans une communication écrite adressée par un tiers aux deux parties et si la teneur de la communication est réputée faire partie du contrat;
- f) elle est contenue dans un échange de conclusions [en demande et en réponse] [sur le fond du litige] dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre;
- g) [elle est contenue dans un texte auquel il est fait référence dans un contrat conclu verbalement, à condition que la conclusion de ce

type de contrat soit habituelle, [que des conventions d'arbitrage dans de tels contrats soient habituelles] et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.]

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

Paragraphe 1

24. Le Groupe de travail est convenu de ne pas modifier le paragraphe 1.

Paragraphe 2

25. La variante 2 a reçu un certain appui, car elle était concise et bien comprise et avait déjà été mise à l'épreuve, puisqu'elle figurait à l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage. Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, il faudrait élaborer à partir de la variante 1 une disposition s'inspirant des articles 2 a) et 6-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, et ce pour les raisons suivantes: la Loi type sur le commerce électronique exprimait l'avis le plus récent de la Commission sur la manière de traiter des questions liées au commerce électronique; il était souhaitable de préserver autant que possible l'harmonie entre cette loi type et la Loi type sur l'arbitrage; et la variante 1 donnait des orientations plus claires que la variante 2. Ayant pris cette décision, le Groupe de travail a noté que les variantes 1 et 2 se fondaient indiscutablement sur la même approche et qu'en adoptant la variante 1, il n'avait pas l'intention d'arriver à un résultat différent de celui qui aurait été obtenu avec la variante 2.

26. S'agissant des mots "texte" et "contenu" placés entre crochets dans la variante 1, on devrait, selon un avis, retenir le mot "texte", car il était plus neutre (en ce sens qu'il ne laissait pas entendre qu'une partie devrait avoir connaissance de la teneur des dispositions de la convention d'arbitrage) et plus courant dans la terminologie législative. Toutefois, selon un autre avis, le mot "contenu" était préférable, car il exprimait mieux l'idée du caractère non formaliste de la conclusion d'une convention d'arbitrage et englobait la forme électronique. Considérant qu'aucun de ces mots n'était entièrement satisfaisant, le Groupe de travail a envisagé diverses solutions. L'une d'elles consistait à remplacer la notion de texte/contenu par la notion d'"information", qui était utilisée dans la Loi type sur le commerce électronique. Une autre solution était de supprimer dans la variante 1 les mots "à condition que le [texte] [contenu] de la convention d'arbitrage soit". Une autre encore consistait à conserver la première phrase du paragraphe 2 et à déplacer sa seconde phrase au paragraphe 3 qui se lirait comme suit: "Une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2 si elle est sous une forme accessible pour être consultée ultérieurement". On pouvait également fusionner la deuxième phrase du paragraphe 2 et le paragraphe 3 en utilisant l'expression "toute forme qui atteste l'existence de la convention [accessible pour être consultée ultérieurement], que celle-ci soit ou non signée par les parties". Ce fusionnement de la deuxième phrase modifiée du paragraphe 2 et du paragraphe 3 a suscité des critiques. Il a été noté que le paragraphe 2 définissait la forme de la convention d'arbitrage en général et n'avait donc pas sa place au paragraphe 3, qui présentait des exemples de types particuliers de pratiques contractuelles. En outre, la notion de "forme qui atteste l'existence" (laquelle

n'impliquait pas un échange de messages) ne faisait pas apparaître de manière appropriée que des conventions d'arbitrage étaient souvent conclues par l'envoi de messages. La Loi type sur le commerce électronique, afin d'éviter cette interprétation étroite, recourait dans son article 6 à la notion de "message de données", qui était définie à l'article 2 a) comme une "information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie". Il a été noté que ces considérations et la terminologie utilisée dans la Loi type sur le commerce électronique militaient en faveur de l'emploi du terme "information". Selon une autre suggestion encore, il faudrait utiliser une expression telle que "toute forme de communication permettant d'attester l'existence de la convention d'arbitrage par un enregistrement [électronique ou autre]". À l'issue du débat, il a été unanimement convenu de ne pas employer les mots "texte" et "contenu".

27. Il a également été proposé d'ajouter au projet de disposition l'expression "afin d'éviter tout doute" pour bien montrer que cette disposition n'avait pas pour objet de modifier l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage mais seulement de le préciser de manière à tenir compte de la pratique actuelle et de l'interprétation donnée par de nombreux tribunaux du libellé de cet article.

Paragraphe 3

28. Le Groupe de travail a engagé un débat général sur l'opportunité d'énumérer au paragraphe 3 les cas dans lesquels une convention d'arbitrage satisfaisait à la condition énoncée au paragraphe 2. Selon un avis, une telle énumération n'était pas souhaitable car elle pourrait se révéler limitative et créer des incertitudes quant aux cas qui n'étaient pas expressément mentionnés. Il était donc préférable de conserver le principe général énoncé au paragraphe 2 dans la disposition type, et d'énumérer les cas à viser dans un guide pour l'incorporation. Selon l'avis contraire, pour harmoniser les interprétations du texte actuel de l'article II-2 de la Convention de New York et de l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage, il était souhaitable de donner aux juges et aux arbitres des lignes directrices plus concrètes et, donc, de conserver telle quelle l'approche adoptée au paragraphe 3.

29. Sans résoudre la question de la structure et du niveau de généralité des paragraphes 2 et 3 à ce stade des débats, le Groupe de travail a examiné les alinéas du paragraphe 3 afin de déterminer si les cas qui y étaient mentionnés devaient être visés par la disposition législative type à élaborer.

Alinéas a) et b)

30. Il a été noté que les cas énoncés aux alinéas a) et b) étaient expressément visés par l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage et qu'il ne faisait aucun doute qu'ils devaient être incorporés dans la disposition type. Il a été convenu que, dans le cas visé à l'alinéa a), la signature des parties n'était pas nécessaire; pour plus de clarté, il a été proposé de l'indiquer expressément dans cet alinéa. Les mots "document établi conjointement" ont été jugés trop vagues car l'on pouvait se demander quelles devaient être les modalités d'établissement d'un document et quelles étaient les implications de l'adverbe "conjointement". Il a été proposé de les remplacer par "document convenu".

Alinéa c)

31. Il a été convenu que, lorsque le contrat était conclu tacitement de la manière décrite à l'alinéa c), une clause compromissoire contenue dans ce contrat devrait avoir force obligatoire.

32. Il a été proposé d'inclure dans l'alinéa c) des mots tels que "dans la mesure prévue par la loi ou l'usage" (qui figuraient à l'alinéa d)) pour indiquer que les législations nationales prévoyaient les conditions dans lesquelles l'exécution et le défaut d'objection à une offre de contrat rendaient le contrat valable et que ces conditions et usages n'étaient pas uniformes.

33. Il a été proposé de supprimer le mot "valablement" au motif qu'il était inutile ou qu'il soulevait des points de fait et de droit qui étaient sans rapport avec la condition de forme et parce qu'il pourrait donner lieu à des controverses inutiles. Après un débat, il a été décidé de supprimer ce mot et proposé d'ajouter l'expression telle que "dans la mesure prévue par la loi ou l'usage".

34. On a fait observer que le projet de disposition tentait de traiter à la fois la forme requise pour assurer la validité d'une convention d'arbitrage et la question de savoir si les conditions de fond pour la conclusion du contrat et la convention d'arbitrage étaient satisfaites. Il a été généralement considéré que cette disposition avait pour objectif de résoudre la question de la forme et que l'on devrait, dans la mesure du possible, éviter d'y aborder les conditions de fond concernant la validité des conventions.

Alinéa d)

35. En réponse à des questions, il a été expliqué que la notion de confirmation de contrat renvoyait aux cas dans lesquels les parties négociaient un contrat oralement, l'une d'entre elles communiquant ensuite à l'autre par écrit les clauses du contrat, qui prenaient alors force obligatoire pour les deux s'il n'y était pas fait objection. En se fondant sur cette notion, il était possible, dans certains systèmes juridiques, de rendre obligatoire une clause contractuelle figurant dans une confirmation de contrat même si cette confirmation ne reprenait pas dans le détail les clauses convenues oralement. On a fait observer que la notion de confirmation de contrat était inconnue dans de nombreux systèmes juridiques, qu'elle était ambiguë en ce qui concernait les situations visées et que, si l'on entendait l'inclure dans la disposition type, il faudrait l'explicitement. On a fait valoir que si ce type de conclusion d'un contrat était possible en vertu de certaines législations, il ne devrait pas y avoir en principe d'objection au fait de considérer comme valable une clause compromissoire contenue dans une confirmation de contrat. Il a été proposé de remplacer l'expression "confirmation de contrat" par "une communication confirmant les clauses du contrat".

36. S'agissant de l'expression "la loi ou l'usage", on a jugé que la relation entre les deux notions n'était pas claire et que la façon dont l'usage devrait être démontré ne l'était pas davantage. Il a donc été proposé de supprimer le mot "usage". Sans prendre de décision sur le maintien ou la suppression de ces termes, le Groupe de travail a estimé que, si l'on conservait la référence à la loi applicable (ou à l'usage) à l'alinéa d), il faudrait également l'inclure à l'alinéa c).

Alinéa e)

37. Il a été convenu que le fait que la communication écrite contenant une convention d'arbitrage soit adressée uniquement par un tiers (tel qu'un courtier) devrait rendre cette convention valable et que ce cas de figure devrait être visé par la disposition type.

Alinéa f)

38. Le principe général sous-tendant l'alinéa f) a recueilli l'assentiment général. S'agissant des variantes entre crochets, les mots "conclusions sur le fond du litige" étaient, selon un avis, préférables car il était ainsi reconnu que l'allégation de l'existence d'une convention d'arbitrage pouvait être contenue non seulement dans des conclusions en demande et en réponse mais également dans d'autres actes de procédure telles qu'une notification d'arbitrage. Selon l'avis contraire, les mots "conclusions en demande et en réponse" étaient à préférer car une convention d'arbitrage devrait être réputée avoir été conclue uniquement lorsque l'on pouvait raisonnablement considérer que le destinataire d'un acte de procédure l'avait soigneusement examiné et y avait répondu. Or, une telle considération existait concernant les conclusions en demande et en réponse mais pas nécessairement pour d'autres actes de procédure.

Alinéa g)

39. Selon plusieurs délégations, il serait excessif de considérer une référence verbale à un texte contenant une clause compromissoire comme une convention d'arbitrage écrite (comme il est prévu à l'alinéa g)) car le lien entre la référence et les clauses écrites de la convention d'arbitrage était trop ténu. Il a donc été proposé de supprimer cet alinéa.

40. Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, la disposition législative type devrait reconnaître l'existence de diverses pratiques contractuelles dans lesquelles les conventions d'arbitrage orales étaient conclues par référence aux clauses écrites d'une convention d'arbitrage et que, dans de tels cas, les parties pouvaient légitimement considérer qu'il y avait convention d'arbitrage ayant force obligatoire. Compte tenu de cet avis, le principe énoncé à l'alinéa g) a été largement appuyé.

41. Il a été proposé de soumettre l'application de la disposition à une condition, à savoir que la forme orale de la conclusion d'une convention d'arbitrage soit habituelle dans le commerce international, à peu près de la même manière que pour les clauses relatives à la prorogation de la compétence à l'article 17 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 1968). Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, il faudrait supprimer l'adjectif "habituel" dans le projet de disposition. La réponse à la question de savoir ce que recouvrait cet adjectif était incertaine, prêtait à controverse et allait à l'encontre de la tendance à une "déformalisation" des conventions d'arbitrage. En outre, les conditions selon lesquelles la conclusion verbale de certains types de contrats ou les conventions d'arbitrage dans certains types de contrat devaient être habituelles relevait davantage du fond (pour déterminer si une convention d'arbitrage avait été conclue) que de la forme. Puisqu'il était souhaitable de limiter la disposition type aux questions de forme et de ne pas y aborder les conditions de fond concernant la validité des conventions d'arbitrage, la question de savoir ce qui était habituel et

comment la convention entre les parties avait été conclue n'entraînait pas dans le champ d'application de cette disposition. Dans la mesure où le guide pour l'incorporation préciserait que toutes conditions de fond concernant l'usage étaient régies par la législation en dehors de la disposition type, il a été proposé d'y indiquer également que les États n'avaient pas à inclure de telles conditions dans la loi.

Paragraphe 4 (et sa relation avec l'alinéa g) du paragraphe 3)

42. Le principe énoncé au paragraphe 4 a recueilli l'assentiment général. L'alinéa g) du paragraphe 3 et le paragraphe 4 portaient, a-t-on noté, sur deux cas analogues, la différence étant qu'à l'alinéa g) la référence aux clauses écrites d'une convention d'arbitrage (ou à un écrit contenant ces clauses) était verbale alors qu'au paragraphe 4 la référence devait être écrite. Après l'adoption, quant au fond, de l'alinéa g) du paragraphe 3 et du paragraphe 4, il a été proposé de fondre les deux dispositions en une seule libellée comme suit: la référence dans un contrat, conclu sous quelque forme que ce soit, à un texte contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

43. Une réserve a été émise à propos de ces propositions, à savoir que le paragraphe 4 énonçait un principe général (applicable lorsque les parties concluaient un contrat par écrit), qui se limitait à préciser l'exigence de l'écrit énoncée à l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage, alors que l'alinéa g) du paragraphe 3 se rapportait à un cas particulier (tel qu'un contrat de sauvetage en mer) où les parties, en concluant un contrat oral ayant force obligatoire, faisaient verbalement référence à un texte qui contenait une clause compromissoire; or, en regroupant les deux dispositions, on faisait du cas particulier visé à l'alinéa g) du paragraphe 3 un principe généralement applicable. Compte tenu de cette observation, il a été proposé de laisser les deux dispositions séparées.

44. Selon l'avis qui a largement prévalu, toutefois, le but de l'alinéa g) du paragraphe 3, quant au fond, était de traiter un large éventail de pratiques contractuelles dans lesquelles les parties se référaient verbalement aux clauses écrites d'une convention d'arbitrage (ceci directement ou indirectement par référence à des écrits contenant de telles clauses) et les deux dispositions devraient donc être regroupées.

1. Questions connexes

45. Ayant terminé l'examen du projet de disposition, le Groupe de travail s'est penché sur les cas énoncés au paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.II/WP.110, qui n'étaient pas visés par le projet de disposition type tel qu'il prenait forme au fil du débat afin de déterminer si des mesures devaient être prises à leur propos.

46. Les cas examinés étaient ceux qui étaient décrits aux alinéas f) et g) du paragraphe 17:

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

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

47. Il a été noté que, dans les cas décrits aux alinéas f) et g) du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.II/WP.110, les juridictions étatiques avaient cherché des solutions en interprétant le contrat initial et les conventions ultérieures et en déterminant si l'intention des parties était que certaines clauses du contrat initial, y compris la convention d'arbitrage, devaient être reprises dans la convention ultérieure ou connexe. Toutefois, le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble que, dans de tels cas, le résultat dépendait des circonstances de l'espèce et de l'interprétation de la volonté des parties et qu'il ne serait pas possible d'adopter une solution générale de caractère législatif. Néanmoins, on a estimé qu'il pourrait être utile d'inclure, dans un guide pour l'incorporation, une déclaration indiquant que les circonstances de l'espèce, les usages, les pratiques et l'attente des parties devraient être pris en compte pour interpréter chaque cas particulier et pour déterminer la volonté des parties. Il a également été noté que la libéralisation des conditions de forme envisagée par le Groupe de travail contribuerait à clarifier certaines des incertitudes que suscitaient ces cas.

48. Le Groupe de travail a ensuite abordé les cas décrits aux alinéas i) et l) du paragraphe 17:

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

...

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

49. À ce propos, le Groupe de travail a également examiné le cas où un connaissance était cédé à un porteur ultérieur et s'est demandé si le porteur était alors lié par la clause compromissoire figurant dans ledit connaissance. Il a été noté que, dans de nombreux États, le transfert de droits et obligations contractuels d'une partie à une autre entraînait également en principe le transfert de la convention d'arbitrage applicable à ces droits et obligations. Néanmoins, il a été noté qu'une interprétation restrictive d'une disposition telle que l'article II-2 de la Convention de New York pourrait faire obstacle au principe selon lequel la convention d'arbitrage devait suivre le contrat dont elle faisait partie. Certains se sont prononcés en faveur de l'élaboration d'une disposition législative type qui traiterait de manière générale de ces cas (document A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 23). Toutefois, le Groupe de travail n'a pas pris position et a décidé de réexaminer cette question à un stade ultérieur.

2. Élaboration d'un projet sur la base des débats au sein du Groupe de travail

50. Ayant conclu son examen du projet de disposition présenté par le secrétariat, le Groupe de travail a prié un groupe de rédaction informel, composé de participants

intéressés, d'élaborer, compte tenu des débats au sein du Groupe de travail, un projet qui servirait de base aux discussions ultérieures.

51. Le groupe de rédaction a été prié d'élaborer une version courte et une longue, dont chacune aborderait tous les cas de figure visés aux paragraphes 2 et 3 de l'article 7 tel que présenté au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.II/WP.110. Il a été indiqué que huit États et une organisation non gouvernementale avaient participé aux travaux du groupe de rédaction. Ce dernier a mis au point non seulement une version courte et une longue mais également une version intermédiaire. Il a été noté que les trois versions se voulaient identiques quant au fond mais étaient plus ou moins détaillées.

52. Le texte élaboré par le groupe de rédaction était le suivant:

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

Version courte

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

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La forme écrite comprend toute forme accessible pour être consultable ultérieurement.

3. Afin d'éviter tout doute, lorsque, en vertu de la loi ou des règles de droit applicables, une convention d'arbitrage ou un contrat peuvent être conclus sous une forme autre que la forme écrite, l'exigence de l'écrit est satisfaite lorsqu'une convention d'arbitrage ou un contrat ainsi conclus font référence à des conditions d'arbitrage écrites.

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

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

Version intermédiaire

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

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La forme écrite comprend toute forme qui atteste l'existence de la convention ou est de toute autre manière accessible pour être consultable ultérieurement, y compris les messages de données électroniques, optiques ou autres.

3. Afin d'éviter tout doute, lorsque, en vertu de la loi ou des règles de droit applicables, un contrat ou une convention d'arbitrage visés au paragraphe 1 ci-dessus peuvent être conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite, l'exigence de l'écrit est satisfaite lorsque les conditions d'arbitrage sont sous forme écrite, que le contrat ou la convention d'arbitrage aient ou non été ainsi conclus, ou qu'ils aient ou non été signés par les parties.
4. En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.
5. La référence dans un contrat à une clause compromissoire ne figurant pas dans le contrat constitue une convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.
6. Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions constituent la convention d'arbitrage."

Version longue

- “1. Une ‘convention d'arbitrage’ est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.
2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La forme écrite comprend toute forme qui atteste l'existence de la convention ou est de toute autre manière accessible pour être consultable ultérieurement, y compris les messages de données électroniques, optiques ou autres.
3. Afin d'éviter tout doute, lorsque, en vertu de la loi ou des règles de droit applicables, un contrat ou une convention d'arbitrage visés au paragraphe 1 ci-dessus peuvent être conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite, l'exigence de l'écrit est satisfaite lorsque les conditions d'arbitrage sont sous forme écrite, que le contrat ou la convention d'arbitrage aient ou non été ainsi conclus ou qu'ils aient ou non été signés par les parties.
4. En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.
5. La référence dans un contrat à une clause compromissoire ne figurant pas dans le contrat constitue une convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.
6. Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions constituent la convention d'arbitrage.

7. Les circonstances dans lesquelles est satisfaite l'exigence d'une convention d'arbitrage sous forme écrite en application du présent article sont notamment, mais non exclusivement, les suivantes: [Le secrétariat établira un texte fondé sur les débats du Groupe de travail.]”

53. Il a été noté que le projet de disposition avait pour objet de préciser que l'exigence de l'écrit était satisfaite si les conditions d'arbitrage (à distinguer des actes valant acceptation par les parties de compromettre) étaient sous forme écrite même si le contrat dont la convention d'arbitrage faisait partie, ou la convention d'arbitrage elle-même, avaient été conclus, dans la mesure autorisée par la loi ou les règles de droit applicables, sous une forme autre que la forme écrite, notamment verbalement ou du fait d'un comportement donné. Il a également été noté que ce projet de disposition type (à l'exception du paragraphe 4, qui avait une finalité particulière dans le cadre d'une procédure arbitrale) avait pour objet de traiter des questions de forme et non des questions de fond liées à la manière dont étaient conclus les contrats et les conventions d'arbitrage. Le projet abordait tous les cas visés aux paragraphes 2 et 3, à l'exception de ceux qui avaient été exclus par le Groupe de travail.

54. Le niveau de détail retenu pour la version intermédiaire a reçu un certain appui. Toutefois, le Groupe de travail n'a pas débattu de manière approfondie de la version ou combinaison de versions qu'il faudrait retenir ou des exemples de cas dans lesquels étaient remplies les conditions énoncées dans le projet de disposition, non plus que de la question de savoir si la disposition type devrait inclure les exemples envisagés au paragraphe 7 de la version longue.

55. Il a été noté que le cas traité au paragraphe 5 des versions intermédiaire et longue entrait déjà dans le champ d'application du paragraphe 3; il a été expliqué qu'on l'avait inclus dans le projet parce qu'il était traité quant au fond à l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage et que son exclusion pourrait susciter des questions.

56. Pour ce qui était du projet de paragraphe 2, on a estimé qu'il faudrait autant que possible se conformer au libellé de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

57. Selon certains avis, le libellé du paragraphe 3 n'était pas clair. Il a en outre été jugé que l'expression “afin d'éviter tout doute” n'était pas courante dans divers systèmes juridiques, qu'elle n'était pas nécessaire et qu'elle pourrait être insérée dans le guide pour l'incorporation. Il a été expliqué que cette expression avait pour but de préciser que le projet ne visait pas à modifier les conditions énoncées à l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage (ou à l'article II de la Convention de New York) mais uniquement à expliciter ces conditions. Pour ce qui était de l'expression “loi ou règles de droit applicables”, il a été jugé que, si la distinction entre “loi” et “règles de droit” était appropriée s'agissant de la loi applicable au fond du différend (par exemple à l'article 28 de la Loi type sur l'arbitrage), on pouvait douter qu'elle le soit dans le cas d'une disposition sur la forme sous laquelle un contrat ou une convention d'arbitrage pourrait être conclu.

58. Il a été proposé de supprimer le projet de paragraphe 5 des versions intermédiaire et longue car il n'était pas nécessaire. Selon un autre avis, la disposition type devrait faire référence aux usages et, si possible, également aux habitudes des parties, de la même manière que l'article 17 de la Convention

concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 1968).

59. Le secrétariat a été prié d'élaborer, sur la base des débats au sein du Groupe de travail, des projets de textes, comportant si possible des variantes, pour examen lors de la prochaine session.

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

A. Observations générales

60. Il a été rappelé qu'à sa précédente session le Groupe de travail avait examiné les différences d'interprétation par les juridictions étatiques de la prescription de la forme écrite énoncée à l'article II-2 de la Convention de New York. Selon l'avis qui avait prévalu à cette session, comme le fait de modifier formellement la Convention de New York ou d'y adjoindre un protocole risquait d'aggraver le manque d'harmonie actuel dans l'interprétation de cette disposition et que l'adoption d'un tel protocole ou d'une telle modification par un certain nombre de pays prendrait de nombreuses années et, entre-temps, créerait davantage d'incertitudes, cette solution n'était pas pratique. Estimant que des lignes directrices sur la manière d'interpréter ce paragraphe permettraient d'assurer une interprétation uniforme répondant aux exigences du commerce international, le Groupe de travail a décidé qu'on pourrait étudier plus avant l'élaboration d'une déclaration ou d'une résolution interprétative relative à la Convention de New York qui refléterait une interprétation large des conditions de forme et ainsi déterminer quelle serait la meilleure solution. Les déclarations faisant état des difficultés inhérentes à la modification de la Convention ou à l'élaboration d'un protocole et préconisant une forme quelconque d'instrument interprétatif, ont généralement été réitérées à l'actuelle session du Groupe de travail (voir également le document A/CN.9/468, par. 88 à 99).

61. Le texte de l'avant-projet d'instrument interprétatif examiné par le Groupe de travail était le suivant:¹⁰

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

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

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

[2] *Consciente* du fait que la composition de la Commission tient dûment compte de la représentation adéquate des principaux systèmes économiques et

¹⁰ Les paragraphes du texte précédemment reproduit dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110 ont été numérotés pour plus de clarté.

juridiques du monde, ainsi que des pays développés et des pays en développement,

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

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

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

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

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

[8] *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, notamment, que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé...",

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

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

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

[12] *Recommande* aux gouvernements d'interpréter la définition d'une "convention écrite" figurant à l'article II-2 de la Convention comme désignant [...] *[Il est proposé que le dispositif du texte à insérer ici s'inspire en substance du texte révisé du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage commercial international tel qu'il est examiné aux paragraphes 23 à 27 ci-dessus.]*"

B. Caractère contraignant

62. Le Groupe de travail a tout d'abord échangé des vues sur le caractère contraignant du projet d'instrument interprétatif. Comme, en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 1969), un instrument interprétatif établi par une instance et non par les États Parties à la Convention de New York ne serait pas considéré comme faisant juridiquement autorité, on a craint qu'un tel instrument n'ait aucun effet juridique contraignant en droit international et, partant, ait peu de chance d'être appliqué par ceux qui étaient chargés d'interpréter la Convention. Selon un avis, le fait qu'un instrument interprétatif du type proposé soit non contraignant incitait à se demander si celui-ci contribuerait dans la pratique à assurer une interprétation uniforme de la Convention. À l'appui de cet avis, on a fait observer, à titre de comparaison, que la déclaration de la Conférence de La Haye interprétant certains aspects de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (La Haye, 1955) avait eu peu d'effets pratiques. On a toutefois noté que cette déclaration était différente de l'instrument proposé en ce qu'elle était destinée aux législateurs et visait à les informer qu'ils pouvaient prendre des mesures pour protéger les consommateurs mais que leur décision de ne pas en prendre serait sans incidence sur le régime juridique existant.

63. Aux difficultés liées au caractère non contraignant d'un tel instrument s'ajoutait, a-t-on estimé, la difficulté de garantir que ceux qui étaient chargés d'appliquer l'instrument en interprétant la Convention seraient dûment informés de son existence. En outre, comme l'instrument ne donnait que des lignes directrices sur la manière d'interpréter la Convention, l'interprétation souhaitée pouvait uniquement être encouragée et non imposée. Un autre problème évoqué était l'existence d'une jurisprudence dans laquelle l'interprétation de l'article II de la Convention de New York différait de celle susceptible d'être énoncée dans l'instrument, bien qu'il existe également une jurisprudence allant dans le sens de cette interprétation.

64. En réponse à ces préoccupations, il a été déclaré – avis qui a bénéficié d'un large appui – que l'instrument pouvait certes n'être pas juridiquement contraignant mais que son élaboration par une instance multinationale représentative et autorisée, telle que la Commission ou l'Assemblée générale des Nations Unies, pouvait avoir une grande influence sur la façon dont la Convention de New York devait être interprétée. On s'est référé à d'autres instruments non contraignants dans le domaine de l'arbitrage commercial international, tels que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures

arbitrales, dont l'influence s'était révélée considérable. Il a également été noté qu'un tel instrument fournirait une interprétation autorisée, qui serait très utile aux praticiens cherchant à convaincre les tribunaux concernant l'interprétation de la Convention.

C. Forme de l'instrument interprétatif

65. S'agissant de la forme que devrait revêtir un éventuel instrument interprétatif, on a fait observer qu'il fallait établir une distinction claire entre la modification d'un texte existant et une clarification de son interprétation. Selon un avis, une modification de la Convention de New York risquait de laisser entendre que le texte ne pouvait être entendu comme susceptible d'une interprétation extensive. En revanche, une clarification de l'interprétation supposerait qu'il y ait différentes interprétations possibles et que "pour éviter tout doute" le texte devrait être interprété de manière large. En outre, on a estimé que, si un instrument interprétatif ne visait pas à modifier un instrument multilatéral (ce qui, même si cela était possible en vertu des dispositions de cet instrument international, exigerait un texte législatif) mais proposait simplement une interprétation particulière, la question de la forme pourrait revêtir une importance moindre. On s'est dit favorable à la solution consistant à élaborer un instrument donnant des précisions sur l'interprétation pour "éviter tout doute".

66. S'agissant de savoir si l'instrument devrait être une déclaration ou une recommandation, on a généralement opté pour une déclaration interprétative. Selon un avis, une recommandation pourrait poser des problèmes lorsqu'il s'agirait de déterminer à quelle partie elle devrait être destinée. On a fait observer, par exemple, que l'instrument pourrait être adressé aux États ou aux gouvernements mais que, généralement, ni les uns ni les autres n'étaient directement chargés d'interpréter cet instrument, cette tâche incombant aux tribunaux et aux juges. On a également estimé qu'une recommandation adressée aux États les invitant à adopter une interprétation particulière aurait peu d'effet à moins qu'elle n'indique également les dispositions qu'ils pourraient prendre pour ce faire.

67. Il a également été estimé que l'instrument pouvait être adressé aux législateurs, bien que l'on ait reconnu qu'une telle option ne conviendrait que si le but visé était la modification de la loi, telle que celle proposée pour l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, et non une interprétation plus large dans le cadre des dispositions existantes de la Convention de New York. Il a été noté que la Commission avait déjà adressé des recommandations aux législateurs, telles que la recommandation de 1985 sur la valeur juridique des enregistrements informatiques (reproduite dans l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XVI: 1985, par. 354 à 360) et le paragraphe 5 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.¹¹

¹¹ "En outre, au niveau international, la Loi type [sur le commerce électronique] peut servir, dans certains cas, d'outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles. Entre les États parties à de tels instruments internationaux, l'adoption de la Loi type comme règle d'interprétation pourrait être un moyen de reconnaître le commerce

68. Une autre possibilité était d'adresser l'instrument directement aux tribunaux et aux juges chargés d'interpréter la Convention de New York. On s'est demandé si les tribunaux suivraient une recommandation non contraignante, mais il a été noté qu'une déclaration interprétative pourrait être considérée, dans certains systèmes juridiques, comme un équivalent fonctionnel de la doctrine ou de la jurisprudence. Selon une autre proposition concernant la forme de l'instrument, ce dernier ne devrait être adressé à aucune partie en particulier et devrait simplement se présenter sous la forme d'un accord sur l'interprétation ou d'une déclaration de consensus faite éventuellement "pour clarification". On a craint que cette possibilité ne soit limitée par le lien entre l'interprétation souhaitée et les dispositions existantes de la Convention et qu'elle ne soit pas prise en compte dans certains pays uniquement parce qu'elle n'était pas destinée à ceux chargés d'interpréter la Convention.

69. Après un débat, le Groupe de travail a noté que, si de l'avis général l'instrument devait revêtir la forme d'une déclaration interprétative devant être élaborée par la Commission, aucun accord par contre ne s'était dégagé sur la question de savoir si cette déclaration devait être adressée à une instance particulière, par exemple aux organes législatifs ou aux législateurs ou aux tribunaux.

D. Relation avec le texte modifié de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage

70. Au fil du débat sur la forme de l'instrument proposé, le Groupe de travail s'est rendu compte qu'il fallait aussi examiner la relation entre cet instrument et l'amendement de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage. Il a été reconnu que l'adoption de cet amendement serait un moyen efficace d'assurer une interprétation large de la condition de forme, quoiqu'uniquement dans les pays adoptant la Loi type, mais qu'on ne pourrait toutefois pas régler ainsi la question de la Convention. On a fait observer cependant que l'on parviendrait mieux à atteindre l'objectif visé en entreprenant à la fois d'élaborer l'instrument interprétatif et de modifier la Loi type. On a toutefois exprimé la crainte que le fait de baser le dispositif d'une déclaration interprétative sur le projet de modification de l'article 7 de la Loi type ne soit perçu par certains comme allant au-delà de la prescription de la forme écrite énoncée à l'article II-2 de la Convention de New York. On a estimé, à cet égard, que le Groupe de travail devait déterminer si la modification de l'article 7 de la Loi type dont il devait décider devrait être incorporée exactement sous la même forme dans l'instrument interprétatif.

E. Observations générales sur le contenu de la déclaration

71. Selon un avis, la déclaration interprétative devrait énoncer clairement que l'article II-2 devait être interprété de manière extensive et donner les motifs de cette interprétation, à savoir que la technologie avait évolué depuis l'élaboration de la Convention de New York en 1958 et que des instruments ultérieurs reconnaissaient d'autres formes d'écrit, en particulier dans le commerce électronique. Le dispositif du texte, à savoir le paragraphe 12, devrait être expressément libellé sous la forme

électronique et permettrait d'éviter de devoir négocier un protocole à l'instrument international concerné."

d'une déclaration de consensus, afin d'éviter le plus possible que l'on puisse croire à tort que la déclaration constituait une modification plutôt qu'une clarification des interprétations existantes. Il a été noté par ailleurs qu'il serait utile d'inclure dans le corps de la déclaration une justification s'inspirant de l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.¹²

F. Commentaires paragraphe par paragraphe

72. Un certain nombre de changements de forme ont été proposés: au paragraphe 2, le membre de phrase "la composition de la Commission tient dûment compte de la représentation adéquate des" ne reflétait pas exactement la manière dont la Commission était composée et devrait donc être remplacé par les mots "la Commission couvre les"; au paragraphe 10, le mot "nouvelles" devrait être remplacé par "en évolution"; au paragraphe 11, le mot "améliorer" devrait être remplacé par un terme tel que "renforcer" ou "assurer".

73. Il a été proposé d'ajouter dans le préambule un texte explicatif supplémentaire afin de donner davantage de précisions sur la genèse de la Convention de New York, en particulier sur sa relation avec l'Assemblée générale, et justifier la compétence de la Commission pour élaborer une déclaration interprétative. À cet égard, il a été noté qu'il pourrait être fait référence au fait que la Commission était le "principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international" (résolution 54/103 du 17 janvier 2000) et qu'elle était composée compte dûment tenu du principe d'une répartition géographique équitable, ce qui assurait une représentation adéquate des différentes régions du monde et des principaux systèmes économiques et juridiques.

74. Afin de présenter plus logiquement l'élaboration de la Convention de New York, puis les faits subséquents et son application dans la pratique, il a été proposé de placer les paragraphes 6 et 7 avant le paragraphe 5. Selon un autre avis, il fallait supprimer les paragraphes 6 et 7, car ils impliquaient une évolution à la fois des techniques de communication et de l'interprétation par rapport à l'intention initiale de l'article II-2 et pourraient aller à l'encontre de l'idée de clarification de l'interprétation. D'un autre côté, il a été déclaré que, puisque, selon certains observateurs, il serait peut-être impossible de prendre en considération les changements proposés dans le libellé existant, la déclaration interprétative devrait indiquer les raisons pour lesquelles il était nécessaire d'adapter l'interprétation de la Convention de New York afin de tenir compte des progrès technologiques récents. Par ailleurs, puisque le problème que l'on cherchait à régler n'avait pas trait à un manque d'uniformité dans l'interprétation, il faudrait supprimer également le paragraphe 8. Il a été proposé, dans un esprit de compromis, d'inclure dans le projet de texte un libellé indiquant que la déclaration visait à résoudre la question des "différences d'interprétation ayant résulté des transformations des méthodes de communication et des formes de commerce...". Il a été noté toutefois que, s'il était évident que les techniques de communication avaient progressé depuis l'élaboration

¹² L'article 3 est libellé comme suit:

"1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire."

de la Convention de New York, il était moins évident que les pratiques commerciales aient fondamentalement changé elles aussi. Ce qui avait changé en revanche était l'interprétation de ces pratiques, par exemple les conditions requises pour qu'une convention d'arbitrage soit valablement conclue. Il a donc été proposé de supprimer, dans le projet de déclaration interprétative, les références aux transformations des pratiques commerciales. Le débat sur ce point n'a abouti à aucune décision définitive.

75. S'agissant du paragraphe 10, on a fait observer que la référence à l'évolution de la situation pourrait engendrer des doutes quant à l'interprétation large que certains pays donnaient actuellement à l'article II-2 et que ce paragraphe devrait donc être supprimé. En outre, puisque le paragraphe 11 justifiait suffisamment, par lui-même, l'élaboration d'une déclaration interprétative, la suppression du paragraphe 10 ne posait pas de problème. On a fait valoir, cependant, que le paragraphe 10 établissait une base importante concernant le champ d'application de l'article II-2, du fait, en particulier, que le projet d'amendement de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage s'inspirait de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, texte conçu spécifiquement pour tenir compte des nouvelles technologies. Il a été noté par ailleurs que le paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.II/WP.110 contenait des éléments auxquels on pourrait utilement se référer dans des projets ultérieurs de la déclaration interprétative.¹³ Ce point de vue a été appuyé.

76. Après un débat, le secrétariat a été prié d'élaborer un projet révisé d'instrument interprétatif tenant compte des échanges de vues au sein du Groupe de travail.

G. Autres prescriptions concernant la forme écrite dans la Convention de New York

77. Ayant terminé l'examen de l'avant-projet d'instrument interprétatif, le Groupe de travail s'est penché sur d'autres prescriptions de la forme écrite et conditions de forme figurant dans la Convention de New York. Il a été rappelé que d'autres dispositions de la Convention de New York, ainsi que d'autres conventions relatives à l'arbitrage commercial international, contenaient des prescriptions supplémentaires concernant la forme écrite qui, si elles n'étaient pas interprétées conformément aux décisions du Groupe de travail concernant la modification des dispositions relatives à l'exigence d'un écrit, risquaient d'entraver l'utilisation de moyens modernes de communication dans l'arbitrage commercial international. Il a été noté, à cet égard, que le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique devait poursuivre ses travaux afin de déterminer comment faire en sorte que l'interprétation des traités régissant le commerce international tienne compte de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

¹³ Le passage pertinent du paragraphe 10 est libellé comme suit:

“Il a également été noté que les tribunaux nationaux adoptaient de plus en plus souvent une interprétation libérale de ces dispositions, conformément à la pratique internationale et aux attentes des parties au commerce international. Il a toutefois été noté qu'il subsistait certains doutes, ou que les avis divergeaient, sur l'interprétation appropriée de ces dispositions.”

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

A. Observations générales

78. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné, à titre préliminaire, la question de la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires à sa précédente session (document A/CN.9/468, par. 60 à 79) et qu'à cette occasion il avait été généralement reconnu non seulement que les mesures provisoires ou conservatoires étaient de plus en plus utilisées dans la pratique de l'arbitrage commercial international mais également que l'efficacité de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends commerciaux dépendait de la possibilité de faire exécuter de telles mesures (par. 60). La proposition tendant à élaborer un régime législatif type, harmonisé et largement acceptable, régissant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux avait bénéficié d'un appui général.

B. Texte et examen général des projets de propositions

79. Le Groupe de travail était saisi des deux projets de propositions ci-après présentés par le secrétariat dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110 (après les paragraphes 55 et 57):

Variante 1

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

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

Variante 2

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

Observations générales

80. Il a été noté que la variante 1, qui revenait à dire “la juridiction étatique ordonne l’exécution, sauf si...”, visait à établir une obligation d’exécution si les conditions prescrites étaient remplies, tandis que la variante 2 consistait à dire “la juridiction étatique peut ordonner l’exécution...”, ce qui exprimait un certain pouvoir d’appréciation. Il a en outre été précisé que la variante 1 s’inspirait de l’article 36 de la Loi type sur l’arbitrage (et de l’article V de la Convention de New York) mais avait été adaptée aux mesures provisoires ou conservatoires qui, de par leur nature, différaient des sentences définitives.

81. La variante 2 a été accueillie favorablement pour diverses raisons. Tout d’abord, le fait d’investir la juridiction étatique du pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non l’exequatur était davantage conforme au caractère temporaire de ces mesures ; ensuite, cette option faciliterait probablement les choses dans les pays plutôt opposés à la possibilité d’une action en exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral; enfin, il était difficile de garantir que les motifs appropriés de refus d’accorder l’exequatur étaient dûment énumérés. Nonobstant ces avis, on a généralement estimé que le pouvoir discrétionnaire qu’impliquait la variante 2 risquait de déboucher sur un manque d’uniformité de l’interprétation et, partant, de compromettre les efforts d’harmonisation. Par ailleurs, en faisant obligation aux juridictions étatiques d’accorder l’exequatur, on pouvait finalement accroître l’efficacité des mesures provisoires ou conservatoires.

82. Le Groupe de travail a examiné la manière de définir les mesures provisoires ou conservatoires devant être visées par la disposition législative type. Selon certaines délégations, cette définition devrait être formulée en termes généraux, comme à l’article 17 de la Loi type sur l’arbitrage et à l’article 26 du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI. En outre, dans la mesure où une liste d’exemples devait être insérée, elle devait être illustrative et non limitative. Selon un autre avis, une telle définition pourrait être plus claire si elle indiquait les décisions ne devant pas être visées, telles que les sentences ordonnant un paiement anticipé (qui constituaient des décisions finales réglant en partie le litige dans la mesure où il ne faisait aucun doute que le paiement était dû) ou les décisions de procédure. On pouvait considérer, a-t-on noté, que certaines mesures provisoires ou conservatoires concernant les éléments de preuve étaient visées par l’article 27 de la Loi type sur l’arbitrage et qu’il était nécessaire de préciser le lien entre ce dernier et le projet de disposition type. La proposition tendant à ne pas définir les mesures provisoires ou conservatoires mais plutôt à renvoyer à la loi de l’État d’exécution pour une telle définition n’a reçu aucun appui.

83. Il a été noté que, dans la pratique, les arbitres rendaient des décisions sur les mesures provisoires ou conservatoires sous différentes formes et différentes appellations, telles que des ordonnances ou des sentences provisoires. Parfois, on appelait une décision ordonnance (par opposition à sentence) pour empêcher qu’elle soit contestée devant une juridiction étatique, alors qu’on la nommait sentence afin qu’elle puisse être traitée comme telle. On a fait observer, toutefois, que des

différences d'appellation n'entraînaient pas nécessairement des différences de traitement des mesures provisoires ou conservatoires par les juridictions étatiques et que la disposition type devrait donc s'appliquer à ces mesures quelle que soit l'appellation qui leur était donnée par le tribunal arbitral. Si l'on souhaitait laisser à ce dernier une certaine liberté pour ce qui était de décider si une partie pouvait demander à une juridiction étatique l'exécution d'une mesure, on pouvait le faire en disposant que l'exécution pouvait être demandée uniquement avec l'approbation du tribunal arbitral (d'une manière similaire à l'article 27 de la Loi type sur l'arbitrage).

Variante 1

84. Tous les membres du Groupe de travail ont approuvé la suggestion tendant à ce que la disposition type soit structurée et rédigée de manière à faire ressortir clairement les motifs de refus de l'exécution qui devaient être pris en considération sur demande du défendeur et ceux que la juridiction étatique devait prendre en considération de son propre chef. On a fait observer que la distinction était claire à l'article 36 de la Loi type sur l'arbitrage (et à l'article V de la Convention de New York) et qu'il faudrait en reprendre la structure dans la disposition type.

85. Par souci de cohérence avec l'article 36 de la Loi type et l'article V de la Convention de New York, il a été proposé d'employer dans le chapeau les mots "l'exécution d'une ... ne peut être refusée que" au lieu de "est exécutée ... sauf dans les cas où". On a fait valoir, à l'encontre de cette proposition, que le mot "may" dans la version anglaise de l'article V de la Convention de New York avait donné lieu à des interprétations différentes (dans certains systèmes juridiques il était interprété comme permettant une certaine marge d'appréciation pour l'autorisation de l'exécution même s'il existait un motif de refus, en particulier si ce motif était sans importance et n'influaient pas sur le fond de la sentence, alors que dans d'autres systèmes juridiques, l'expression "may be refused only" (peut être refusée uniquement) était comprise uniquement comme limitant les motifs pour lesquels l'exécution pouvait être refusée). Selon une autre proposition, la disposition pourrait être libellée comme suit: "est exécutée ... mais le tribunal peut, selon son appréciation, refuser l'exécution dans l'un des cas ci-après ...". Cette proposition a rencontré une certaine opposition (parce que l'on a considéré que la juridiction étatique devrait pouvoir se fonder sur d'autres motifs ne figurant pas dans la disposition pour refuser l'exécution ou parce que l'existence d'un motif énoncé dans la disposition devrait entraîner automatiquement un refus d'exécution), mais, selon l'avis qui a prévalu, elle constituait une bonne base pour les débats futurs. Dans la mesure où il était impossible de s'entendre sur un régime unique (en particulier lorsque le droit interne prévoyait un régime qui était plus favorable que celui de la disposition type), il a été proposé d'utiliser la technique de la note explicative (telle que celle qui était apposée au paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage) pour indiquer que le choix par un État de conditions moins strictes n'irait pas à l'encontre de la tentative d'harmonisation que représentait la disposition type.

Variante 1, alinéa i)

86. Il a été noté que l'alinéa i) visait le cas dans lequel une juridiction étatique était saisie d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire alors que cette juridiction (ou une autre) examinait (ou avait déjà rejeté) une

demande concernant la même mesure ou une mesure analogue. Pour améliorer la formulation, il a été proposé de remplacer l'adjectif "correspondante" par les mots "identique ou similaire". Une proposition tendant à se fonder uniquement sur le principe de la "chose jugée" en cas de concomitance de plusieurs demandes de mesures provisoires ou conservatoires n'a bénéficié d'aucun soutien. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat d'examiner divers cas possibles où une coordination pourrait être nécessaire et de préparer un projet, comportant si possible des variantes. Il a été considéré que la disposition type devrait traiter uniquement de la coordination au sein de l'État adoptant et ne devrait pas tenter d'établir un régime transnational.

Variante 1, alinéa ii)

87. Il a été proposé de supprimer cet alinéa car, au moment de la demande d'exécution, le tribunal arbitral était déjà constitué et c'était à lui qu'il incombait de décider de toute question concernant sa compétence. En outre, il était probable que des allégations de non-validité de la convention d'arbitrage visaient uniquement à retarder l'exécution. Par ailleurs, le motif de refus allait de soi et pouvait être invoqué, même s'il ne figurait pas expressément dans la liste.

88. Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, il fallait conserver la teneur de cet alinéa étant entendu (ce qui devrait être indiqué dans le guide pour l'incorporation ou éventuellement dans la disposition elle-même) que la juridiction étatique devrait se limiter à évaluer à première vue la validité de la convention d'arbitrage, laissant ainsi au tribunal arbitral (dont la décision était en tout état de cause soumise au contrôle de la juridiction étatique conformément, par exemple, à l'article 16 de la Loi type sur l'arbitrage) le soin de procéder à un examen approfondi de la question. En outre, si la disposition type devait autoriser le demandeur à requérir l'exécution sans que la mesure provisoire ou conservatoire ait été notifiée au défendeur (voir ci-après par. 90 à 94), ce dernier devrait pouvoir soulever la question de la validité de la convention d'arbitrage devant une juridiction étatique dans le cadre d'une opposition à l'exécution de la mesure (puisque ce serait la première possibilité de le faire). On se trouverait dans une situation analogue si le défendeur avait refusé de participer à l'arbitrage (jusqu'au moment de la demande d'exécution) parce qu'il était convaincu que le tribunal arbitral n'était pas compétent.

Variante 1, alinéa iii)

89. Il a été souligné que l'alinéa iii) visait deux situations distinctes, à savoir: celle où la partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire était invoquée n'avait pas été dûment avisée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale dans son ensemble et celle où la partie n'avait pas pu faire valoir ses droits relativement à une mesure provisoire ou conservatoire ordonnée dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

90. Le fait d'autoriser l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire a suscité des objections au motif que de telles mesures ne pouvaient être exécutées en vertu de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale (Bruxelles, 1968). Il a été répondu que cette convention ne traitait que des décisions étrangères et qu'il ne faudrait établir aucune distinction entre l'exécution des mesures nationales et l'exécution des mesures

étrangères. On a aussi noté, toujours à l'encontre de l'exécution de telles mesures, que celles-ci ne pouvaient être ordonnées dans la pratique suivie, par exemple, par d'importantes institutions internationales d'arbitrage s'il n'y avait pas notification (soit par signification de la demande de mesure, soit par signification de la mesure elle-même au défendeur avant toute demande d'exécution adressée à une juridiction étatique). Cette objection était fondée sur l'importance essentielle pour l'arbitrage du principe de l'égalité de traitement des parties énoncé à l'article 18 de la Loi type sur l'arbitrage.

91. On a dans l'ensemble reconnu la nécessité de préserver un élément de surprise, afin d'assurer l'efficacité de certaines mesures provisoires ou conservatoires (de manière à empêcher, par exemple, la destruction de preuves ou, plus généralement, de faire face aux situations où une mesure urgente était requise). Il a été estimé que, pour répondre aux objections fondées sur le principe de l'égalité de traitement des parties, on pourrait disposer que la validité de mesures ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire serait limitée à une période donnée, à l'expiration de laquelle le défendeur devrait pouvoir faire valoir pleinement ses droits avant qu'une décision ne soit prise sur le maintien ou le retrait de la mesure. Cette procédure en deux étapes, qui combinerait une phase non contradictoire et une phase ultérieure contradictoire, a reçu un certain appui. Il a été noté qu'une telle procédure (que la phase contradictoire ait lieu devant le tribunal arbitral, la juridiction étatique ou les deux) pourrait contrebalancer les risques potentiels tenant au fait que des mesures provisoires ou conservatoires soient ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

92. Afin d'assurer l'égalité de traitement des parties et de tenir compte de l'impact important que pourrait avoir sur le défendeur une mesure provisoire ou conservatoire ordonnée dans le cadre d'une procédure non contradictoire, il a été proposé que l'exécution de la mesure soit précédée d'une sorte d'examen judiciaire, ou bien que l'octroi d'une contre-garantie soit envisagé. Selon une autre proposition, on pourrait traiter ces questions de manière appropriée à l'alinéa vi) en se fondant sur le principe d'ordre public; toutefois, selon l'avis qui a prévalu, cette proposition n'était pas acceptable, car elle mettait trop l'accent sur l'exception d'ordre public.

93. On a également examiné la mesure dans laquelle la juridiction étatique serait habilitée à évaluer une mesure ordonnée comme suite à une procédure non contradictoire avant de la faire exécuter. Selon un avis, cette évaluation pourrait être distinguée de l'examen de la validité de la convention d'arbitrage, qui était effectué de manière indépendante tandis que, dans le cas de mesures provisoires, le défendeur devrait avoir la possibilité de faire valoir ses droits. Selon un avis différent, lors de l'évaluation d'une mesure ordonnée comme suite à une procédure non contradictoire, une juridiction étatique devrait, dans toute la mesure possible, ne pas revenir sur la décision du tribunal arbitral.

94. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que l'on ne pourrait arriver à un accord sur une solution particulière durant la session en cours. Le secrétariat a été prié d'élaborer une disposition révisée qui tiendrait compte des divers avis exprimés, afin de préserver à la fois l'élément de surprise et le principe de l'égalité de traitement des parties.

Variante 1, alinéa iv)

95. Il a été noté qu'à la base, l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire supposait que cette mesure était toujours en vigueur, telle qu'initialement ordonnée, et que l'alinéa iv) avait pour objet de traiter la question de savoir comment la juridiction étatique chargée de l'exécution de la mesure pouvait obtenir la certitude que ladite mesure était toujours en vigueur. Il a été noté que deux solutions pouvaient être envisagées: la première consisterait à faire obligation à la partie demandant l'exécution d'informer la juridiction étatique de tout changement pouvant être intervenu à la suite de l'octroi de la mesure; la seconde consisterait à disposer que la demande d'exécution doit être soumise au tribunal arbitral et approuvée par lui.

96. Le Groupe de travail a jugé acceptable, quant au fond, la règle telle que rédigée, avec l'ajout d'une référence à la suspension de la mesure provisoire ou conservatoire comme autre motif possible de refus d'exécution.

Variante 1, alinéa v)

97. Il a été souligné que l'alinéa v) énonçait deux motifs de nature très différente.

98. Pour ce qui était du premier, à savoir le refus parce que la juridiction étatique ou un tribunal arbitral de l'État n'aurait pas pu ordonner le type de mesure dont l'exécution était demandée, divers avis ont été exprimés.

99. Il a été noté qu'il n'était pas nécessaire de considérer quelles mesures provisoires ou conservatoires les tribunaux arbitraux nationaux pourraient ordonner, mais plutôt quelles étaient celles qui seraient exécutoires en vertu de la loi de l'État d'exécution, puisque c'est sur l'exécution que l'accent était mis. Il a donc été proposé de supprimer la référence au tribunal arbitral. Pour ce qui était de la forme, il a été proposé de supprimer les mots "du présent État" car, dans de nombreux cas, l'exécution était demandée dans un pays autre que celui où la mesure provisoire ou conservatoire avait été accordée et aucune relation particulière n'était requise entre le pays où était établi le tribunal arbitral, le pays dont la loi était appliquée et celui où l'exécution était demandée. Une proposition tendant à remplacer les mots "n'aurait pas pu ordonner" par les mots "n'aurait pas ordonné" a suscité des objections, au motif qu'elle risquerait d'être source d'incertitude quant au type d'examen auquel la juridiction étatique serait censée procéder.

100. Certains ont estimé que la disposition telle qu'elle était rédigée risquait d'avoir des résultats différents selon les pays. Vu les différences entre les mesures pouvant être ordonnées selon les systèmes juridiques, il a été jugé que le fait qu'une juridiction étatique ne puisse ordonner une mesure particulière n'était pas un motif suffisant pour refuser l'exécution d'une mesure similaire ordonnée dans un autre pays. Selon un avis contraire, on ne saurait attendre d'une juridiction étatique qu'elle fasse exécuter une mesure qu'elle-même ne pourrait ordonner car, dans un tel cas, il n'y aurait pas de mécanisme d'exécution d'une telle mesure, qui resterait donc sans effet. Il a été noté que l'on pourrait résoudre partiellement le problème des mesures "inconnues" en donnant à la juridiction étatique la possibilité de reformuler la mesure, en disposant par exemple ce qui suit: "à moins que la juridiction étatique ne puisse reformuler la mesure provisoire ou conservatoire conformément à ses pouvoirs et ses règles de procédure" (il a été noté que la question d'une éventuelle reformulation était traitée aux paragraphes 71 et 72 du

document A/CN.9/WG.II/WP.110 à propos des dispositions supplémentaires éventuelles). Une autre suggestion tendant à supprimer cette disposition, dans la mesure où elle était déjà traitée à l'alinéa vi), n'a pas reçu d'appui.

101. Afin de tenir compte des avis exprimés au sein du Groupe de travail, certaines variantes ont été proposées: rédiger la disposition comme suit: "si le type de mesure provisoire ou conservatoire ne peut être exécuté dans la limite des pouvoirs de la juridiction étatique tels que définis dans les règles de procédure"; ou inclure le libellé suivant: "l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire peut être refusée dans la mesure où elle est incompatible avec les pouvoirs en matière de procédure conférés à la juridiction étatique par les règles de procédure". En dépit des incertitudes quant à la meilleure solution possible, on a reconnu dans l'ensemble que la disposition se fondait sur un principe acceptable et raisonnable et devrait donc être conservée. L'idée d'habiliter une juridiction étatique à reformuler la mesure conformément à ses pouvoirs en matière de procédure a également bénéficié d'un large appui. Le secrétariat a été prié de revoir cette disposition en proposant des variantes et, éventuellement, de préciser les types de situations qui entreraient dans son champ d'application. On a présenté un certain nombre d'exemples de mesures provisoires ou conservatoires qui n'entreraient peut-être pas dans les attributions d'une juridiction étatique donnée, à savoir les amendes, les ordonnances d'immobilisation ne portant pas sur la totalité des biens d'une partie, les injonctions faisant obligation à une partie de construire quelque chose et, en général, les ordonnances pour lesquelles une juridiction étatique ne disposait pas de moyens d'exécution.

102. Pour ce qui était de la partie de la disposition relative à la disproportionnalité, le Groupe de travail est convenu de ne pas l'inclure.

Alinéa vi) et dispositions supplémentaires éventuelles

103. Faute de temps, il a été convenu de reporter l'examen des autres projets de dispositions figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110, y compris l'alinéa vi) de la variante 1, à la prochaine session du Groupe de travail.

C. Travaux futurs

104. À sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000), le Groupe de travail a procédé à un échange de vues et d'informations sur un certain nombre de questions relatives à l'arbitrage jugées susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Certaines de ces questions ont été évoquées au cours des délibérations du Groupe de travail, d'autres avaient déjà été examinées par la Commission à sa trente-deuxième session (voir document A/CN.9/468, par. 107 et 108) et d'autres encore avaient été proposées par des spécialistes de l'arbitrage (voir document A/CN.9/468, par. 109).

105. À l'actuelle session, le Groupe de travail a examiné le document A/CN.9/WG.II/WP.111, qui décrivait les travaux préparatoires du secrétariat sur trois de ces questions, à savoir:

a) les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique à l'appui de l'arbitrage (afin d'élaborer des règles uniformes destinées aux juridictions étatiques lorsqu'elles ordonnent de telles mesures) (par. 2 à 29);

b) la portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux (afin d'élaborer un texte de caractère pratique, dont les tribunaux arbitraux s'inspireraient lorsqu'une partie demanderait que soient ordonnées des mesures provisoires ou conservatoires) (par. 30 à 32); et

c) la validité de la convention d'arbitrage (étude des règles uniformes sur le lien entre le principe selon lequel "le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage" (art. 16-1 de la Loi type sur l'arbitrage) et l'étendue des pouvoirs dont dispose la juridiction étatique pour décider de renvoyer ou non les parties à l'arbitrage lorsque le défendeur, dans le cadre de la procédure judiciaire, invoque une convention d'arbitrage et que le demandeur allègue la nullité de cette dernière (par. 33)).

106. Les travaux futurs envisagés sur les trois questions ont bénéficié d'un large appui. Il a été déclaré que, forte du succès de certains de ses textes comme le Règlement d'arbitrage, la Loi type sur l'arbitrage et l'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales, la Commission pourrait encore accroître l'efficacité des procédures d'arbitrage dans le commerce international. Si les points a) et c) touchaient à la procédure judiciaire, domaine dans lequel l'harmonisation avait toujours été difficile, une plus grande certitude sur le plan juridique était jugée souhaitable pour assurer le bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international. Quant au point b), on a estimé que le texte à élaborer devrait analyser les pratiques en matière d'arbitrage, analyse qui serait utile en soi et pourrait aboutir à un texte revêtant la forme d'un guide pratique non contraignant. Il a été noté qu'en particulier les travaux sur le point b) ainsi que sur les deux autres points devraient s'appuyer sur de nombreuses informations pratiques et que le secrétariat se mettrait en contact avec les institutions d'arbitrage et les gouvernements afin de recueillir ces informations. Le Groupe de travail a invité les gouvernements et les institutions concernées à communiquer les informations nécessaires au secrétariat. Bien que, selon certains avis, le rang de priorité le plus élevé doive être accordé au point a), le Groupe de travail n'a pris aucune décision concernant l'ordre de priorité des différents points et a prié le secrétariat d'établir, pour une prochaine session, des études et propositions préliminaires.

V. Conciliation

A. Observations générales

107. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa précédente session, on avait constaté le recours de plus en plus fréquent à la conciliation pour régler les litiges commerciaux et que l'élaboration d'un projet de dispositions sur ce point avait été très favorablement accueillie. Il a ensuite procédé à un échange de vues sur les dispositions législatives types proposées aux paragraphes 87 à 112 du document A/CN.9/WG.II/WP.110.

108. On a fait observer qu'outre le mot "conciliation", d'autres termes étaient employés dans la pratique, comme "médiation" et "évaluation impartiale", souvent indifféremment. Dans d'autres cas, une distinction était faite en fonction des formes

ou des techniques procédurales employées. Il restait que, même si un sens particulier était attaché à un terme, l'usage n'était pas cohérent.

109. Le Groupe de travail s'est donc rangé à l'avis selon lequel, faute de terminologie figée, le terme "conciliation" serait employé dans le projet pour désigner une notion large englobant différents types de procédures dans lesquelles les parties au litige étaient aidées par une personne indépendante et impartiale pour tenter de parvenir à un règlement.

110. Le Groupe de travail a procédé à un échange général de vues sur la forme que les dispositions devraient revêtir mais a décidé de ne pas se prononcer définitivement sur la question, tant que les dispositions de fond n'auraient pas été finalisées. Si certaines délégations étaient favorables à l'élaboration d'une loi type, il a été généralement convenu qu'en attendant le Groupe de travail partirait du principe qu'il s'agirait de dispositions législatives types.

B. Article premier

111. Le texte du projet d'article premier examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Article premier. Champ d'application

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

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

2. Une conciliation est internationale si:

- a) les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou
- b) un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:
 - i) le lieu où doivent se tenir les rencontres avec le conciliateur [si ce lieu est stipulé dans la convention de conciliation ou déterminé en vertu de cette convention];
 - ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit; ou

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

3. Aux fins du présent article:

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

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

Caractère facultatif du projet de dispositions

112. Le Groupe de travail est généralement convenu de partir du principe que les dispositions seraient facultatives. De ce fait, on s'est déclaré favorable au maintien du membre de phrase "sauf convention contraire des parties". Toutefois, la question de savoir s'il conviendrait d'insérer une disposition permettant aux parties d'exclure l'application du régime type n'a pas été définitivement réglée. Il a néanmoins été noté que le caractère plus ou moins facultatif des différentes dispositions proposées devrait être examiné à mesure que les travaux sur les dispositions de fond avanceraient (voir également ci-dessous le paragraphe 142).

Définition du mot "commercial"

113. Le Groupe de travail s'est demandé si le projet de dispositions devrait être limité aux litiges commerciaux.

114. On a estimé qu'il était difficile d'établir une distinction entre les litiges commerciaux et les litiges non commerciaux et qu'il était prématuré de fixer ainsi une limite au stade actuel des délibérations du Groupe de travail, car le contenu du texte final des dispositions serait un élément déterminant à cet égard. L'idée selon laquelle le Groupe de travail devrait partir du principe que les dispositions types s'appliqueraient uniquement aux transactions de nature commerciale a néanmoins bénéficié d'un large appui. À ce propos, l'emploi d'une note, telle qu'elle figure dans le projet de texte, pour exprimer cette restriction a été très favorablement accueilli.

115. Une autre solution a été proposée, à savoir prendre pour modèle la note *** se rapportant à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (qui envisageait l'application la plus large possible de la Loi type tout en prévoyant certaines exceptions) pour permettre aux États adoptants, s'ils le souhaitaient, d'élargir le champ d'application des dispositions législatives types sur la conciliation tout en ayant la possibilité d'exclure certains types de transactions.

116. On a par ailleurs estimé que l'expression "transactions de caractère commercial" employée dans le projet d'article premier était trop restrictive et que son interprétation pourrait varier selon les législations nationales. Afin de résoudre ce problème, il a été proposé de remplacer le mot "transactions" par "activités" conformément à la terminologie utilisée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Cette proposition a toutefois suscité des objections au motif que le mot "transaction" laissait entendre qu'une convention était nécessaire.

Caractère international ou international et interne

117. Le Groupe de travail a noté que l'adoption du régime type serait sans doute facilitée si les dispositions n'étaient applicables qu'à la conciliation internationale. Toutefois, il réexaminerait l'utilité des dispositions législatives dans un contexte interne une fois que le texte aurait été finalisé quant au fond. Il a également été noté qu'indépendamment de la décision que prendrait le Groupe de travail concernant la portée des dispositions, tout État pouvait choisir d'adopter ces dernières pour les conciliations tant internes qu'internationales, comme certains l'avaient déjà fait pour la Loi type sur l'arbitrage.

118. Il a été suggéré de restreindre la définition du terme "international" au libellé de l'article 1-2 a), mais le Groupe de travail a jugé qu'il était nécessaire de disposer de critères additionnels pour englober un grand nombre de cas et s'assurer que certains cas puissent être considérés comme internationaux, même si les deux parties au différend avaient leur établissement dans un même État. Une autre raison militait en faveur du maintien de la définition plus large du terme "international": le projet actuel était similaire, quant à son champ d'application, au paragraphe 3 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage et il était important, comme un arbitrage pouvait intervenir après la conciliation, d'avoir une définition similaire dans les dispositions relatives à la conciliation. À l'appui de l'avis selon lequel le projet devrait conserver une définition souple du terme "international", il a été proposé que le Groupe de travail envisage d'inclure dans le champ d'application des dispositions types toutes les situations comportant un "élément d'extranéité".

119. Le Groupe de travail a également étudié si les projets d'articles devraient comporter d'autres dispositions précisant quand les dispositions législatives types s'appliqueraient. En principe, on s'est déclaré favorable à ce que le régime type soit applicable si la procédure de conciliation avait lieu dans un État ayant adopté les dispositions types. Toutefois, il a été noté que, dans certains cas, il était difficile de déterminer le lieu de la conciliation, par exemple, lorsque les participants communiquaient par des moyens électroniques, sans se rencontrer effectivement dans un État. On s'est demandé si le lieu de la conciliation constituait le critère approprié, lorsque ce lieu était choisi pour de simples raisons d'opportunité, sans qu'il ait nécessairement un lien avec le différend ou les parties.

120. Il a également été noté que certains projets de dispositions avaient trait aux effets d'une procédure de conciliation dans des États autres que l'État adoptant et semblaient traiter des effets d'une telle procédure non seulement dans ce dernier mais également dans d'autres États (par exemple, l'article 7 sur la prescription et l'article 8 sur la recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure). On a estimé qu'il faudrait en tenir compte lorsque l'on rédigerait la disposition relative à l'application des dispositions types (voir également ci-dessous le paragraphe 134).

C. Article 2

121. Le texte du projet d'article 2 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

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

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

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

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

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

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

122. Il a été suggéré de placer le paragraphe 2 dans un article distinct et d'aligner le reste de la disposition sur l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

123. Durant le débat, il a été proposé (et le Groupe de travail en est convenu) que les actuels projets d'article 2-2 et d'article premier soient développés et transformés en des dispositions séparées qui devraient, suivant en cela la structure du Règlement de conciliation de la CNUDCI, porter sur les éléments suivants: définition de la conciliation, champ d'application des dispositions types, début de la procédure de conciliation, nombre et nomination des conciliateurs et rôle des conciliateurs, y compris les principes devant présider à la conduite de la conciliation.

124. Lors de l'examen des éléments à insérer dans la définition de la conciliation, il a été proposé de tenir compte de la convention des parties, de l'existence d'un différend, de l'intention des parties d'arriver à un règlement amiable et de la participation d'un tiers ou de tiers impartiaux et indépendants ayant pour rôle d'aider les parties à tenter d'arriver à un règlement amiable. Ces éléments permettaient d'établir une distinction entre la conciliation et, d'une part, l'arbitrage ayant force obligatoire et, d'autre part, les négociations entre les parties ou les représentants des parties. Selon le libellé proposé, la conciliation devait être considérée comme un processus dans lequel un tiers, ou des tiers, aidaient des parties souhaitant toutes deux une telle assistance à arriver, par consentement mutuel, à un règlement amiable de leur différend. Selon un avis, certaines formes de conciliation pouvaient ne pas faire intervenir de tiers, mais de l'avis général, de tels cas n'entreraient pas dans le champ d'application des dispositions types.

125. Il a été noté que le texte, tel qu'il était actuellement libellé, ne prévoyait aucune conséquence si un conciliateur n'agissait pas de manière impartiale. On a reconnu que, dans un tel cas, toute partie était libre de mettre fin à la procédure de conciliation. Il a toutefois été demandé si les dispositions législatives types ne cesseraient pas alors de s'appliquer. S'il a été en général convenu qu'un manque d'impartialité du conciliateur n'entraînerait pas l'inapplicabilité de dispositions telles que celles relatives à la confidentialité et à la recevabilité des moyens de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, il a été jugé nécessaire de revoir ce texte, afin de veiller à ce que cette interprétation découle des dispositions types.

D. Articles 3 à 5

126. Le texte des projets d'articles 3, 4 et 5 soumis au Groupe de travail pour examen était le suivant (il faut noter toutefois que les articles 3 et 4 n'ont pas été examinés durant la session):

“Article 3. Communications entre le conciliateur et les parties

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

Article 4. Communication de renseignements

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

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

Article 5. Début de la conciliation

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

127. Selon certaines délégations, il serait utile de préciser quand une conciliation était supposée avoir débuté, notamment aux fins des projets d'article 7 (qui traitait de l'effet de la conciliation sur la prescription) et d'article 8 (qui traitait de la recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure). Le Groupe de travail a certes noté que l'application d'un certain nombre de dispositions dépendait du projet d'article 5, mais il a procédé à l'examen de ce dernier sans préjudice de la décision qui serait prise à propos des articles suivants.

128. En premier lieu, il a été proposé que le projet d'article 5 s'applique, que la convention de conciliation ait été conclue avant ou après la survenance du différend.

129. Selon un avis largement partagé, le projet d'article 5 était une disposition utile qu'il faudrait conserver et à laquelle il convenait d'ajouter un libellé indiquant que, si une partie ne recevait pas de réponse à une invitation à la conciliation, l'offre de conciliation serait alors supposée avoir pris fin. Il a été admis que la disposition devrait se fonder sur l'article 2-4 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

130. Il a été noté que les parties, lorsqu'elles convenaient d'entamer une conciliation, pouvaient le faire à l'initiative de l'une d'elles, en application de la convention qu'elles avaient conclue ou comme suite à une proposition ou une décision d'une juridiction étatique ou d'un organisme officiel compétent et que le projet d'article 5 devrait être compatible avec ces différentes situations et harmonisé, quant au fond, avec le projet d'article 10 (Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire) et, en particulier, à la variante 3 de cet article. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'étudier divers exemples de décisions ou de demandes de juridictions étatiques ou d'organismes relatives à l'ouverture d'une procédure de conciliation et a prié les gouvernements de soumettre de tels exemples au secrétariat.

131. Afin d'éviter toute incertitude lorsque la convention de conciliation était conclue autrement que par écrit, le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble qu'il faudrait supprimer, à l'article 5, la référence expresse à la forme écrite. Toutefois, vu qu'il pouvait avoir notamment pour effet d'interrompre le délai de prescription, il serait utile, à des fins de preuve, que le commencement de la conciliation puisse être attesté par écrit, y compris par des formes équivalant à l'écrit.

132. Il a été proposé que le projet d'article 5 soit modifié de manière à ce qu'il soit applicable sauf convention contraire des parties et il a été noté qu'il fallait encore décider si le principe de la liberté des parties devrait être énoncé en termes généraux au début du projet de dispositions types ou en termes plus précis à l'article 5.

E. Articles 6 et 7

133. Le texte des projets d'articles 6 et 7 soumis au Groupe de travail pour examen était le suivant (on notera toutefois que l'article 6 n'a pas été examiné durant la session):

“Article 6. Fin de la conciliation

La procédure de conciliation prend fin:

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

Article 7. Prescription

1. [Variante 1:] Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir. [Variante 2:] Aux fins de l'interruption du délai de prescription, le début de la procédure de conciliation est réputé constituer un acte qui interrompt le cours de la prescription.

2. Lorsque la procédure de conciliation s'est terminée sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription est réputé avoir continué de courir. Si dans ce cas, le délai de prescription est expiré ou doit expirer dans moins de [six mois], le demandeur bénéficie d'un nouveau délai de [six mois] à partir de la fin de la procédure de conciliation."

134. Des questions ont été posées à propos des effets du projet d'article 7 dans des États autres que les États adoptants. L'idéal serait, a-t-on estimé, que les dispositions types produisent des effets non seulement dans l'État où avait lieu la conciliation, mais également dans d'autres États. Il a toutefois été noté qu'elles pourraient et devraient certes traiter de l'interruption du délai de prescription dans l'État adoptant suite à une conciliation entamée dans ledit État ou dans un État étranger, mais qu'elles ne pourraient régir l'interruption de ce délai dans un État étranger. Il a été proposé de modifier le libellé du projet d'article 7 afin d'accroître les probabilités qu'un État étranger reconnaisse la conciliation engagée dans l'État adoptant comme motif d'interruption du délai de prescription. Selon un avis, une des solutions possibles était d'élaborer une disposition selon laquelle il serait supposé que les parties étaient convenues de ne pas invoquer le délai de prescription applicable.

135. On a évoqué certaines des difficultés qui se poseraient pour assurer une application universelle de l'article 7 afin de justifier sa suppression. Il a par ailleurs été déclaré que la question de la prescription devait être régie par des règles autres que les dispositions types sur la conciliation. On a également avancé que le projet d'article 7 n'était pas indispensable pour protéger les droits du demandeur, car le projet d'article 10 disposait expressément qu'une partie pouvait entamer une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque, "à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits". Il a été ajouté que les parties étaient libres de convenir de prolonger le délai de prescription et qu'il n'était donc pas véritablement nécessaire que celui-ci cesse de courir. (Il a toutefois été répondu que de telles conventions entre les parties n'étaient pas autorisées dans tous les systèmes juridiques). On a en outre avancé, en faveur d'une suppression de cet article, que, dans la pratique, les parties entamaient souvent une procédure judiciaire uniquement pour éviter de perdre leurs droits du fait de l'expiration du délai de prescription et qu'une telle pratique n'entravait pas la procédure de conciliation. On a également noté que, vu la complexité du texte et les incertitudes sur le point de savoir s'il produirait les effets voulus dans la juridiction compétente, on risquerait d'introduire un certain formalisme dans une procédure par ailleurs informelle. On a aussi fait remarquer que le projet d'article 7 semblait, de manière inappropriée, mettre sur le même plan, pour ce qui était du délai de prescription, la procédure de conciliation et une procédure judiciaire ou arbitrale; cette comparaison a été contestée, en raison de la différence fondamentale entre le caractère purement volontaire de la conciliation et le caractère impératif de l'aboutissement d'une procédure judiciaire ou arbitrale. Toujours à l'encontre du projet d'article 7, il a été avancé que celui-ci risquerait

d'entraver l'acceptation des dispositions types dans leur ensemble, car les États pourraient hésiter à adopter un texte traitant d'une question qui, dans nombre d'entre eux, touchait à l'ordre public.

136. Toutefois, à l'appui du maintien de cet article, il a été jugé que, d'un point de vue pratique, celui-ci offrait une solution simple et utile dans un grand nombre de cas et rendait la conciliation plus attrayante en préservant les droits des parties sans les inciter à entamer une procédure contradictoire (supposant des frais de justice qui auraient pu être évités). Il a également été noté que cette disposition était particulièrement utile lorsque le délai de prescription était bref, ce qui était le plus souvent le cas, par exemple dans les différends découlant de contrats de transport.

137. Après un débat approfondi, le Groupe de travail a estimé qu'il serait prématuré de supprimer cette disposition avant d'avoir examiné dans le détail comment elle pourrait être améliorée, de manière à être largement acceptable. Aucune décision n'a été prise sur le point de savoir si cette disposition, au cas où elle serait retenue, devrait figurer dans le corps même du texte, ou être présentée dans une note de bas de page ou dans un guide pour l'incorporation des dispositions types, en tant que suggestion adressée aux États désireux de l'adopter. Vu ces considérations, il a été convenu que l'article 7 serait placé entre crochets et figurerait dans le projet révisé.

138. Pour ce qui était du fond, la variante 1 du paragraphe 1 a reçu un très large appui. Quant au paragraphe 2, il a été noté que la procédure de conciliation pouvait influencer sur le délai de prescription essentiellement de trois manières. Premièrement, après avoir été interrompu du fait de l'ouverture de la procédure de conciliation, le délai de prescription recommencerait à courir depuis le début. Deuxièmement, si la conciliation se terminait sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription serait réputé avoir continué de courir, comme s'il n'y avait pas eu de conciliation (auquel cas il y aurait un délai de grâce de [six mois] si, entre-temps, le délai de prescription avait expiré ou avait moins de [six mois] à courir). Cette approche avait été retenue dans le projet d'article 7-2 dont était saisi le Groupe de travail et s'inspirait de l'article 17 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974). Troisièmement, durant la conciliation, le délai de prescription serait interrompu et recommencerait de courir dès que la conciliation s'achèverait sans résultat. Parmi ces trois possibilités, la dernière (appelée également solution de l'"horloge d'échecs" ou, dans certains systèmes juridiques, "suspension") a reçu un appui considérable.

F. Article 8

139. Le texte du projet d'article 8 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

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

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

a) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation à l'égard [des questions en litige ou] d'une solution éventuelle du litige;

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

140. Tous les membres du Groupe de travail ont appuyé le principe général qui sous-tendait le projet d'article 8, à savoir faciliter la communication entre les parties pendant la procédure de conciliation sans crainte que, lorsque celle-ci échouait et que les parties engageaient une procédure judiciaire ou arbitrale, certaines informations (en particulier celles qui étaient énumérées aux alinéas a) à d)) soient utilisées dans cette procédure. On a rappelé que cette disposition était inspirée de l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Il a été noté toutefois qu'elle était libellée sous forme d'une interdiction légale alors que l'article 20 l'était sous forme d'engagement contractuel des parties de ne pas invoquer certains éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire.

141. Il a été généralement convenu que le projet de disposition devrait être interprété de telle manière que les éléments de preuve qui étaient recevables ne deviennent pas irrecevables du seul fait qu'ils étaient utilisés dans la conciliation (document A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 99). Il a été proposé d'inclure une telle précision dans le texte même ou dans le guide pour l'incorporation. Celle-ci pourrait aussi faire ressortir le fait que la disposition type ne traitait pas la question générale de la recevabilité des éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire.

142. Il a été convenu que la disposition devrait être soumise à l'autonomie des parties, mais aucune décision n'a été prise quant à la question de savoir s'il fallait énoncer ce point de manière générale dans les dispositions législatives types ou dans cette disposition en particulier. Il a été déclaré, toutefois, que pour faciliter l'application du régime uniforme par les praticiens la technique adoptée devrait être claire (voir également le paragraphe 112 ci-dessus).

143. Il a été proposé de préciser que le terme “tiers” au paragraphe 1 ne visait pas une partie à la procédure de conciliation mais une personne qui n'y était pas partie et qui était à même d'utiliser comme moyens de preuve des vues, faits admis, propositions et autres éléments mentionnés aux alinéas a) à d) du paragraphe 1. Les mots “des questions en litige ou” à l'alinéa a) ont été laissés entre crochets en attendant de pouvoir déterminer si l'élargissement de la portée de cette disposition qu'ils entraînaient était approprié, n'était pas trop important et était suffisamment clair. Il a été proposé de supprimer les alinéas b), c) et d) du paragraphe 1 et de conserver uniquement l'alinéa a), qui devrait être libellé sous forme de règle générale, afin de simplifier la disposition. Le Groupe de travail n'a pas adopté cette proposition, préférant la précision et la clarté plus grandes du texte actuel. Il a été proposé d'inclure également une référence à une invitation à la conciliation ou à une

déclaration indiquant que la conciliation a échoué de façon à ce qu'il soit bien clair que ni l'une ni l'autre ne pouvaient être invoquées ou utilisées d'autre manière.

144. Selon un avis, il fallait supprimer les paragraphes 2 et 3 parce qu'ils traitaient du droit de la preuve dans les procédures judiciaires et arbitrales et que la législation sur la conciliation n'avait pas à empiéter sur le droit procédural. Toutefois, le Groupe de travail a considéré que ces paragraphes étaient nécessaires dans la mesure où ils clarifiaient et renforçaient le paragraphe 1 et parce que l'utilité pratique du paragraphe 1 pour les parties exigeait une disposition expresse adressée aux juridictions étatiques et aux tribunaux arbitraux. Si l'on décidait de conserver ces paragraphes, il faudrait, a-t-on estimé, prévoir également une réserve libellée par exemple comme suit: "sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire". Il a été souligné toutefois qu'une telle exception pourrait infirmer la règle. De nombreux membres du Groupe de travail ont approuvé les différentes exceptions d'ordre public mentionnées au paragraphe 100 du document A/CN.9/WG.II/WP.110.

145. Le paragraphe 1, selon l'interprétation qui en a été faite, visait les éléments de preuve concernant les faits et d'autres informations énumérés aux alinéas a) à d), que ceux-ci soient sous forme écrite ou sous toute autre forme. Aucune décision n'a été prise concernant la question de savoir si cette interprétation découlait clairement de la disposition ou s'il serait utile d'inclure dans cette dernière une précision sur ce point.

146. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si les dispositions types devraient comporter une règle établissant une obligation générale pour le conciliateur et les parties de respecter le caractère confidentiel de toutes les questions relatives à la conciliation sur le modèle de l'article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. L'inclusion d'une telle disposition n'a bénéficié d'aucun appui, notamment pour les raisons suivantes: la règle devrait énoncer un certain nombre d'exceptions, ce qui en compliquerait l'élaboration; une obligation légale de ce type entraînerait une responsabilité en cas de violation, ce qui poserait un certain nombre de problèmes de fond difficiles à résoudre dans les dispositions types; enfin, une telle disposition n'était pas nécessaire puisque les parties pouvaient convenir d'une obligation de confidentialité quand et comme elles le souhaitaient, par exemple en convenant d'engager une conciliation conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI.

G. Article 9

147. Le texte du projet d'article 9 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

“Article 9. Rôle du conciliateur dans d'autres procédures

a) Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut remplir les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation.

b) Le témoignage du conciliateur concernant les faits visés à l'article 8-1 n'est pas recevable dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation.

c) Les paragraphes 1 et 2 sont également applicables à un autre litige né du même contrat ou d'un autre contrat faisant partie d'une unique transaction commerciale."

148. S'agissant de la forme, on a proposé de remplacer les lettres a), b) et c) par les numéros 1, 2 et 3 pour que l'article soit conforme à la structure générale du document.

149. Il a été proposé soit de supprimer les mots "sauf convention contraire des parties" de façon à ce que la disposition n'autorise en aucun cas un conciliateur à agir en qualité de représentant ou de conseil d'une partie, soit de ne pas traiter, dans les dispositions types, les cas où le conciliateur remplissait une telle fonction. Selon une proposition connexe, il ne fallait pas laisser uniquement aux parties le soin de décider si le conciliateur pouvait remplir la fonction d'arbitre car on risquerait ainsi de compromettre l'intégrité du processus d'arbitrage et de créer des problèmes pour l'exécution de la sentence. Toutefois, le Groupe de travail a considéré que l'approche retenue dans le libellé actuel du paragraphe 1, à savoir soumettre la disposition à l'autonomie des parties, était appropriée. En effet, les parties devraient conserver toute liberté concernant cette question. S'agissant de la désignation du conciliateur comme arbitre, il était entendu qu'en convenant que le conciliateur remplirait les fonctions d'arbitre, les parties renonceraient à toute objection pouvant découler de cette convention.

150. Il a été proposé de remplacer, à l'alinéa a), les mots "au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation" par les mots "au litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation", sur le modèle de l'alinéa b).

151. Selon un avis, la règle énoncée à l'alinéa a) devrait être étendue aux conciliateurs remplissant la fonction de juge. On a noté que, dans certains pays, cette question ne serait pas soumise à l'autonomie des parties. Selon l'avis qui a prévalu, elle n'entraîne pas dans le champ d'application du régime uniforme et devrait être réglée entièrement par d'autres lois du pays adoptant.

152. Selon un avis, la portée de l'interdiction énoncée à l'alinéa b) était trop restreinte en ce que, par exemple, elle n'incluait pas le témoignage d'un conciliateur selon lequel une partie aurait agi de mauvaise foi pendant la conciliation. Elle devrait donc être élargie. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur cette question à une future session.

153. S'agissant de l'alinéa c), il a été largement estimé qu'il faudrait préciser le type de contrats visés dans le membre de phrase "un autre contrat faisant partie d'une unique transaction commerciale". Le Groupe de travail a donc prié le secrétariat de revoir cette disposition.

H. Article 10

154. Le texte du projet d'article 10 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Article 10. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

[Variante 1] **Les parties ne peuvent entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige soumis**

à la procédure de conciliation, étant entendu toutefois qu'une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque, à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits.

[Variante 2] Les parties peuvent convenir de n'entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige soumis à la procédure de conciliation. Toutefois, une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire si, à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits [et si la partie avise l'autre partie de son intention d'entamer la procédure]. L'engagement d'une telle procédure par la partie n'est pas réputé en soi mettre fin à la procédure de conciliation.

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

155. On a fait observer que le projet d'article 10 visait à rendre l'idée qu'il fallait empêcher les parties d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire tant que la conciliation n'était pas terminée et que les diverses variantes représentaient différentes manières d'exprimer cette idée.

156. Il a été proposé de reformuler le projet d'article 10 de manière à y faire figurer les éléments suivants: l'obligation pour les parties de ne pas entamer une procédure judiciaire ou arbitrale; l'effet donné à cette obligation par une juridiction étatique ou un tribunal arbitral; le fait qu'une procédure judiciaire ou arbitrale ne doit être entamée que pour sauvegarder des droits; le fait que l'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être réputée en soi mettre fin à la procédure de conciliation.

157. La variante 2 a été celle qui a remporté le moins de suffrages car elle se limitait à reconnaître le droit des parties de convenir de ne pas entamer une procédure arbitrale ou judiciaire et n'offrait aucune solution en l'absence d'une telle convention. Les variantes 1 ou 3, ou éventuellement une combinaison des deux, ont été préférées car elles offraient une solution simple et il a été décidé qu'elles constituaient la meilleure base pour un débat futur.

158. Il a été proposé, pour la reformulation du projet d'article 10, de tenir compte de la nécessité de déterminer si cette disposition devrait également traiter la question de savoir si une partie était libre, malgré l'existence d'une convention de conciliation, de s'adresser à une autorité de nomination afin de constituer un tribunal arbitral.

I. Articles 11 et 12

159. Le texte des projets d'articles 11 et 12 soumis au Groupe de travail pour examen était le suivant (il convient de noter toutefois que ces articles n'ont pas été examinés à la session faute de temps et qu'ils le seront à la prochaine):

“Article 11. Arbitre faisant office de conciliateur

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

Article 12. Force exécutoire de la transaction

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