



# Assemblée générale

Distr.: Générale  
11 novembre 2002

Français  
Original: Anglais

## Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-sixième session  
Vienne, 30 juin-11 juillet 2003

### Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002)

#### Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	1-13	2
II. Délibérations et décisions . . . . .	14	4
III. Mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral . . . . .	15-76	4
A. Remarques générales concernant les mesures provisoires ordonnées <i>ex parte</i>	16-27	6
B. Alinéa a) du paragraphe 4 . . . . .	28-33	10
C. Paragraphe 1 . . . . .	34	12
D. Paragraphe 2 . . . . .	35-38	12
E. Paragraphe 3 . . . . .	39-44	13
F. Paragraphe 5 . . . . .	45-48	14
G. Paragraphe 6 . . . . .	49	15
H. Paragraphe 7 . . . . .	50-52	15
I. Alinéa a) du paragraphe 4 ( <i>suite</i> ) . . . . .	53-72	16
J. Alinéa b) du paragraphe 4 . . . . .	73	22
K. Alinéa c) du paragraphe 4 . . . . .	74-75	22
L. Alinéa d) du paragraphe 4 . . . . .	76	23
IV. Mesures provisoires ordonnées par des juridictions étatiques . . . . .	77	23
V. Reconnaissance et exécution des mesures provisoires . . . . .	78-80	24



## I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, elle avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) (dénommée ci-après la "Loi type") et à l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle qu'elle constituait, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage<sup>1</sup>.

2. La Commission avait confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle avait appelé Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) et avait décidé que les points prioritaires que devrait traiter ce dernier seraient la conciliation<sup>2</sup>, la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage<sup>3</sup>, la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires<sup>4</sup> et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine<sup>5</sup>.

3. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle avait pris note de ce rapport avec satisfaction et avait réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les sujets susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Il avait été déclaré à plusieurs reprises que, d'une manière générale, en décidant de la priorité à accorder aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions pour lesquelles les décisions judiciaires laissaient subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés au sein de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter étaient, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (dénommée ci-après la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109 k); les demandes en compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal arbitral pour ce qui est de ces demandes (ibid., par. 107 g); la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix (ibid., par. 108 c); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'exequatur nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York (ibid., par. 109 i); et le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts (ibid., par. 107 j). Il avait été noté avec satisfaction qu'en ce qui concerne les arbitrages "en ligne" (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance avaient lieu au moyen de communications électroniques) (ibid., par. 113), le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (ibid., par. 107 m), on avait estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance<sup>6</sup>.

4. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission avait pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle avait félicité celui-ci des progrès jusqu'alors accomplis concernant les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.
5. À sa trente-cinquième session, tenue à New York du 17 au 28 juin 2002, la Commission a pris note avec satisfaction du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-sixième session (A/CN.9/508). Elle a félicité celui-ci des progrès jusqu'alors accomplis concernant les questions à l'examen, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires. À cette même session, elle a également adopté la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale.
6. S'agissant des questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné un projet de texte modifiant l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74) et que le secrétariat avait été prié d'établir, en tenant compte des débats menés au sein du Groupe de travail, une version révisée des dispositions pour examen à une session ultérieure. Il a aussi été noté que le Groupe de travail examinerait à sa trente-septième session un projet révisé de nouvel article établi par le secrétariat (*ibid.*, par. 83), pour insertion dans la Loi type, sur la question de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral (A/CN.9/508, par. 16).
7. Le Groupe de travail est composé de tous les États membres de la Commission, à savoir:

Allemagne, Argentine, Autriche, Bénin, Brésil, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Fidji, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Maroc, Mexique, Ouganda, Paraguay, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Sierra Leone, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.
8. Ont participé à la trente-septième session du Groupe de travail les États membres suivants: Allemagne, Argentine, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Italie, Japon, Lituanie, Mexique, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.
9. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Algérie, Australie, Croatie, Danemark, Équateur, Finlande, Grèce, Indonésie, Irlande, Liban, Pérou, Philippines, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie, Ukraine, Venezuela et Yémen.
10. Ont également assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes:

a) **Organisations intergouvernementales:** Comité consultatif sur l'article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain, Conférence de La Haye de droit international privé, Cour permanente d'arbitrage et Ligue des États arabes;

b) **Organisations non gouvernementales invitées par la Commission:** Association américaine d'arbitrage, Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Centre d'arbitrage et d'expertise du Rwanda, Centre international de recherches pour le règlement des conflits, Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators, Conseil international pour l'arbitrage commercial, International Law Institute, Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration, London Court of International Arbitration (LCIA) et Moot Alumni Association (MAA).

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

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

*Rapporteur:* M. Prem Kumar MALHOTRA (Inde).

12. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.120);

b) Note du secrétariat: Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.119);

c) Proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121).

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

1. Élection du Bureau.

2. Adoption de l'ordre du jour.

3. Élaboration de textes harmonisés sur les mesures provisoires ou conservatoires.

4. Questions diverses.

5. Adoption du rapport.

## II. Délibérations et décisions

14. Le Groupe de travail a examiné le point 3 de son ordre du jour en se fondant sur la proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121) et sur le document établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point au chapitre III ci-dessous.

## III. Mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral

15. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-sixième session, il avait commencé à débattre du pouvoir d'une juridiction étatique ou d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/508, par. 51 et suiv.) et avait examiné un projet de texte modifiant l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/WG.II/WP.119). Faute de temps, il n'avait pas pu achever à cette session l'examen de la question des

mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral et avait décidé de le poursuivre en se fondant sur une proposition de modification de l'article 17 de la Loi type présentée par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121) tout en tenant compte du projet de texte antérieur figurant dans les documents A/CN.9/508 et A/CN.9/WG.II/WP.119. Le projet de texte examiné par le Groupe de travail (A/CN.9/WG.II/WP.121, dénommé ci-après la "proposition") était libellé comme suit:

- “1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à une autre partie de prendre des mesures provisoires ou conservatoires.
- 2) Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle s'inscrive ou non dans le cadre d'une sentence provisoire, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:
  - a) de préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché, de sorte que la sentence qui sera finalement prononcée puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée;
  - b) de prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures de nature à causer, immédiatement ou sous peu, un dommage de sorte que la sentence qui sera finalement prononcée puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée;
  - c) de constituer une garantie pour l'exécution de la sentence qui sera finalement prononcée, y compris pour le règlement des frais de l'arbitrage; ou
  - d) de préserver des éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.
- 3) Le tribunal arbitral peut ordonner une mesure provisoire ou conservatoire lorsque la partie qui la demande a démontré:
  - a) qu'il y a un besoin urgent d'une telle mesure;
  - b) qu'un préjudice irréparable sera causé si la mesure n'est pas ordonnée, et que ce préjudice l'emporte largement sur celui que subira la partie opposée à la mesure si celle-ci est accordée; et
  - c) qu'il y a une forte possibilité que la partie qui demande la mesure obtienne gain de cause sur le fond du litige.
- 4)
  - a) Le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de réagir lorsque, outre qu'elle satisfait aux conditions posées au paragraphe 3, la partie qui demande la mesure prouve qu'il est nécessaire de procéder ainsi pour que la mesure soit efficace;
  - b) Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe est valable pour une durée maximale de 20 jours, laquelle ne peut être prorogée. Le présent alinéa ne porte pas atteinte au pouvoir du tribunal arbitral d'accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1

après que la partie contre laquelle la mesure est dirigée en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité d'être entendue;

c) Sauf dans la mesure où le tribunal arbitral a déterminé, conformément à l'alinéa a) du paragraphe 4, qu'il est nécessaire, afin d'assurer l'efficacité de la mesure provisoire ou conservatoire, de ne pas en aviser la partie contre laquelle elle est dirigée, cette partie est avisée de la mesure et il lui est donné la possibilité d'être entendue le plus rapidement possible;

d) [Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en application du présent paragraphe est tenue d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes pour déterminer si les conditions posées dans ce paragraphe sont satisfaites.]

5) Le tribunal arbitral peut mettre comme condition au prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire la constitution d'une garantie appropriée par la partie qui demande la mesure.

6) La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire, à compter de la présentation de sa demande, informe sans tarder le tribunal arbitral de tout changement important dans les circonstances sur la base desquelles elle a sollicité, ou le tribunal arbitral a accordé, ladite mesure.

7) Le tribunal arbitral peut à tout moment modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire."

#### **A. Remarques générales concernant les mesures provisoires ordonnées *ex parte***

16. Le Groupe de travail a été invité à concentrer son attention sur une question particulièrement controversée, à savoir la possibilité pour un tribunal arbitral d'ordonner *ex parte* des mesures provisoires ou conservatoires comme prévu au paragraphe 4 de la proposition.

17. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-sixième session, des avis divergents avaient été exprimés sur le point de savoir si, sur le plan des principes, il conviendrait de prévoir dans une version révisée de la Loi type la possibilité pour un tribunal arbitral d'ordonner *ex parte* des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/508, par. 77 à 94). Il a également rappelé qu'un certain nombre de délégations avaient exprimé l'opinion qu'un tel pouvoir devrait être réservé aux juridictions étatiques. Cette opinion a été réaffirmée. D'autres délégations ont estimé que ce pouvoir devrait être accordé à un tribunal arbitral à condition que l'ordonnance rendue *ex parte* ne soit applicable que pendant une durée limitée. D'autres encore ont estimé que, compte tenu du préjudice qu'une telle ordonnance pourrait causer à la partie contre laquelle elle était dirigée, l'octroi d'un tel pouvoir à un tribunal arbitral ne serait acceptable que si des conditions strictes étaient imposées pour éviter tout abus. Selon une opinion largement partagée, même si une disposition sur les mesures *ex parte* était finalement insérée dans une version révisée de l'article 17 de la Loi type, il faudrait y indiquer que des mesures de ce type ne devraient être accordées qu'exceptionnellement.

18. Un exposé concernant l'historique et le contenu de la proposition a été présenté au Groupe de travail. Il a été noté que la proposition partait du principe que le tribunal arbitral devait être habilité à prononcer une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* de durée limitée. Il a été déclaré que, dans deux cas au moins, il serait justifié qu'un tribunal arbitral ordonne des mesures de ce type, malgré le principe fondamental du respect d'une procédure équitable et de l'égalité des parties à l'arbitrage: premièrement, lorsque la partie sollicitant une mesure provisoire nécessaire de toute urgence était disposée à aviser l'autre partie mais n'avait pu le faire pour des raisons pratiques et, deuxièmement – cas plus problématique –, lorsque la partie requérante soutenait qu'il était nécessaire de ne pas notifier la mesure pour que celle-ci soit efficace ou pour éviter qu'elle ne soit neutralisée par l'autre partie. Il a été dit que la question de principe à régler d'emblée était de savoir si le pouvoir d'ordonner *ex parte* des mesures provisoires ou conservatoires devait être accordé non seulement aux juridictions étatiques mais aussi aux tribunaux arbitraux.

19. Il a été dit, en faveur de l'attribution d'un tel pouvoir aux tribunaux arbitraux, que si, de l'avis du Groupe de travail, un tribunal arbitral devait être habilité, pour pouvoir régler des litiges, à ordonner des mesures provisoires en général, il devrait nécessairement avoir la faculté de les ordonner *ex parte* lorsque les circonstances l'exigeaient. On a déclaré que le principal argument contre l'octroi d'un tel pouvoir était la crainte d'abus possibles. Il a été répondu que le risque d'abus était le même, quel que soit l'organe saisi (juridiction étatique ou tribunal arbitral). Il a été reconnu que le pouvoir d'ordonner des mesures *ex parte* devrait être utilisé concurremment avec les dispositions relatives à l'exécution que le Groupe de travail devait encore examiner. Étant donné que le régime d'exécution prévu dans la proposition envisageait qu'une juridiction étatique puisse examiner les circonstances dans lesquelles l'ordonnance *ex parte* avait été rendue, il faudrait, dans certains cas, qu'une partie réussisse à tromper à la fois un tribunal arbitral et une juridiction étatique pour qu'un tel abus se produise. Il a été dit que ce risque était réduit car le fait qu'une juridiction étatique pourrait examiner la mesure constituait une protection appropriée et efficace contre les abus. Il a également été déclaré que l'ordonnance d'un tribunal arbitral ne pourrait pas avoir d'incidence directe sur des tiers et que la partie requérante pourrait se voir imposer l'obligation de constituer une garantie pour réparer tout préjudice causé à la partie visée par la mesure. Il a été signalé que, dans certains États, les juges semblaient favorables à ce que l'on octroie aux tribunaux arbitraux le pouvoir d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires, mais que c'était loin d'être la règle. Toutefois, il a également été signalé que, dans certains systèmes juridiques, une mesure provisoire prononcée *ex parte* serait considérée comme une décision de procédure dont l'exécution ne pourrait être recherchée auprès des juridictions étatiques.

20. Plus précisément, il a été expliqué que le pouvoir général d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* prévu à l'alinéa a) du paragraphe 4 de la proposition était assorti de garde-fous contre les risques d'abus. Ce paragraphe disposait, en son alinéa b), que de telles mesures ne seraient valables que pour une durée maximale de 20 jours et, en son alinéa c), que la partie contre laquelle une mesure de ce type serait dirigée devrait en être avisée et qu'il devrait lui être donné la possibilité d'être entendue le plus rapidement possible. En outre, l'alinéa d) faisait obligation à la partie requérante d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances pertinentes et importantes pour l'aider à se prononcer.

21. Un certain nombre de réserves ont été exprimées au sujet de cette proposition. Premièrement, il a été dit qu'un tel pouvoir pourrait porter atteinte au principe de l'accord des parties, qui constituait le fondement de l'arbitrage. On a émis l'opinion que le fait d'autoriser un tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* était contraire au principe même de l'arbitrage, qui supposait un consensus entre deux parties pour demander à une ou plusieurs personnes de régler leur litige. Il a été dit que l'octroi d'un tel pouvoir à un tribunal arbitral serait contraire à ce que les parties attendaient de l'arbitrage, à savoir que l'égalité entre elles soit respectée et que les pouvoirs du tribunal soient limités. À cet égard, il a été dit que le consensus entre les parties et la confiance dans les arbitres étaient des conditions *sine qua non* du recours à l'arbitrage comme mode de règlement des différends. Il n'était donc pas approprié de mettre sur le même plan les juridictions étatiques et tribunaux arbitraux privés dans le contexte des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. On a noté que le texte initial faisait obligation de prouver que "la partie demandant la mesure a des chances d'obtenir gain de cause sur le fond du litige" (A/CN.9/508, par. 51), tandis que l'alinéa c) du paragraphe 3 de la proposition imposait l'obligation de démontrer qu'il y avait "de fortes chances que la partie qui demande la mesure obtienne gain de cause sur le fond du litige" (A/CN.9/WG.II/WP.121). On a émis l'opinion que le texte initial risquait d'inciter le tribunal arbitral à préjuger le fond de l'affaire et que le libellé de la proposition augmentait ce risque, ce qui pourrait compromettre la confiance dans l'arbitrage et faire douter de l'impartialité du tribunal. Il a été suggéré de supprimer l'alinéa c) du paragraphe 3 afin d'éviter ce problème. Des avis contraires ont été exprimés, et on a fait valoir à l'encontre de cette suppression qu'une telle condition était généralement bien ancrée dans le droit existant régissant le prononcé de mesures provisoires *ex parte* par les juridictions étatiques et qu'elle constituait un garde-fou supplémentaire.

22. Il a été suggéré de n'autoriser le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires *ex parte* que lorsque les parties y avaient expressément consenti, par exemple dans leur convention d'arbitrage, ou en optant pour un règlement d'arbitrage ou une loi de l'arbitrage autorisant une telle pratique. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui. Toutefois, il a été rappelé qu'une suggestion similaire avait suscité des objections à la session précédente du Groupe de travail au motif qu'"il n'était guère réaliste de penser que les parties conviendraient d'une telle règle de procédure, que ce soit avant ou après la survenance du litige" (A/CN.9/508, par. 78). On a souligné qu'il serait sans doute difficile d'obtenir un tel consentement exprès, tout particulièrement lorsqu'une des parties à l'arbitrage était un État ou une entité étatique, ce à quoi on a rétorqué qu'un État partie à une opération avec une personne privée souhaiterait peut-être pouvoir demander des mesures provisoires ou conservatoires. Au lieu d'être soumis au consentement exprès des parties, le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* devait, selon certaines délégations, être susceptible d'exclusion par les parties. À cette fin, il faudrait préciser que le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* visé au paragraphe 4 de la proposition n'était conféré au tribunal qu'en l'absence de convention contraire des parties tout comme le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en général visé au paragraphe 1.

23. D'autres doutes ont été exprimés concernant l'opportunité d'autoriser un tribunal arbitral privé à ordonner des mesures provisoires *ex parte*. On a fait valoir

qu'il serait très difficile de déterminer les garde-fous à mettre en place pour prévenir les abus et que cela pourrait prendre des années. À cet égard, on a souligné que la proposition ne prévoyait pas que la partie requérante devrait systématiquement s'engager à indemniser le défendeur si la mesure *ex parte* s'avérait injustifiée. On a indiqué que, dans de telles circonstances, certains systèmes juridiques devaient autoriser une partie à s'adresser pour obtenir une indemnisation à l'arbitre qui avait ordonné la mesure. On a souligné que cette question ne relevait pas d'une loi sur l'arbitrage. On a par ailleurs fait observer que la proposition n'indiquait pas si la question de l'indemnisation pourrait être soumise à l'arbitrage du même tribunal. Enfin, on a souligné que la proposition ne prenait pas en compte le fait que des tiers pourraient, bien que n'étant pas parties à l'arbitrage, être touchés par la mesure *ex parte*.

24. À l'appui de la proposition tendant à conférer au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, on a fait valoir que cela apporterait une importante contribution au développement de l'arbitrage international et ferait de ce dernier un mode plus efficace de règlement des litiges. On a déclaré que, si le droit de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* était traditionnellement réservé aux juridictions étatiques, un certain nombre de lois nationales avaient tendance à conférer ce pouvoir aux tribunaux d'arbitrage. Outre les garde-fous déjà prévus dans la proposition, il a été suggéré de faire obligation à la partie requérante de constituer une garantie pour couvrir le dédommagement du préjudice pouvant découler de la mesure *ex parte*. Il a aussi été suggéré d'imposer à la partie requérante une obligation d'indemnisation s'il était ultérieurement établi que la mesure ne se justifiait pas.

25. Le Groupe de travail a poursuivi son débat en partant du principe, largement admis, que des dispositions sur les mesures provisoires *ex parte* ne pourraient être insérées à l'article 17 que si des garde-fous appropriés étaient dressés. Certaines délégations ont indiqué que la proposition pourrait être rendue acceptable si l'on affinaient les garde-fous déjà dressés, par exemple en prévoyant que le tribunal examinerait rapidement, en présence des deux parties, toute contestation élevée par l'autre partie. À cet égard, la disposition prévoyant une durée de validité de 20 jours dans tous les cas a suscité des objections. On a déclaré qu'une telle disposition pourrait être interprétée à tort comme posant une règle concernant la durée de la mesure *ex parte* et non pas comme fixant une limite à ne pas dépasser, et que, dans le monde des affaires, 20 jours pourraient susciter des difficultés excessives, ou que, dans certains pays, ce laps de temps ne suffirait pas pour porter la question devant une juridiction étatique. On a émis l'avis qu'il serait préférable de prévoir que la mesure *ex parte* ne devrait être valable que pendant un laps de temps limité qui serait adapté en fonction des circonstances de l'espèce. On a toutefois objecté qu'une simple référence à un laps de temps raisonnable serait trop vague. On a émis l'avis que la disposition devrait préciser qu'une partie visée par la mesure *ex parte* ne devrait pas avoir à attendre 20 jours avant de pouvoir la contester, mais qu'elle devrait pouvoir être entendue à tout moment après la décision d'accorder la mesure. De plus, le tribunal ayant ordonné la mesure devrait être tenu d'entendre sans tarder la partie contestante, par exemple dans les 48 heures qui suivent le dépôt de la contestation.

26. Pour apaiser les préoccupations exprimées, on a dit que la proposition pourrait être modifiée de manière à confirmer que le tribunal était autorisé à ordonner des

mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* sauf convention contraire des parties. On a aussi signalé que l'alinéa c) du paragraphe 3 de la proposition, qui parlait d'"une forte possibilité" d'obtenir gain de cause sur le fond du litige, se voulait plus neutre que le texte initial, qui faisait référence aux "chances" d'obtenir gain de cause, et visait ainsi à éviter qu'un tribunal arbitral ne se croie invité à préjuger le fond du litige lorsqu'il serait appelé à se prononcer sur des mesures *ex parte*. Il a été convenu que, même s'il fallait revoir le libellé pour mieux prévenir ce risque, le tribunal arbitral devrait néanmoins examiner dans une certaine mesure le fond du litige afin de déterminer s'il devait ou non accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*.

27. Le Groupe de travail est largement convenu qu'une disposition sur les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* pourrait être plus acceptable si les garde-fous étaient renforcés et multipliés. À cet égard, on a estimé que la partie requérante devrait satisfaire à un plus grand nombre de conditions que celles énumérées au paragraphe 3.

## **B. Alinéa a) du paragraphe 4**

28. Le Groupe de travail a procédé à un examen détaillé de l'alinéa a) du paragraphe 4. Même si un certain nombre de délégations continuaient à être opposées à l'idée de conférer au tribunal arbitral le pouvoir d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, le Groupe de travail a décidé de poursuivre l'examen de la proposition. En outre, des questions ont été soulevées concernant le statut de cette dernière étant donné que le Groupe de travail disposait, à sa trente-sixième session, d'un texte révisé sur ce sujet qui variait à certains égards considérablement de la proposition à l'examen. Le Groupe de travail a pris note de ces questions. On a toutefois estimé qu'il serait bon de procéder à un examen détaillé de la proposition afin de cerner les positions sur la question des mesures *ex parte*. Il a été indiqué que la proposition était censée refléter les vues exprimées à la trente-sixième session du Groupe de travail.

29. Trois questions ont été soulevées au sujet de l'alinéa a) du paragraphe 4. Premièrement, comment les parties pourraient exclure l'application du paragraphe 4 dans son ensemble grâce à une clause d'option positive ou d'option négative. Deuxièmement, si les conditions posées au paragraphe 3 devraient aussi s'appliquer dans le cas des mesures *ex parte*. On a émis l'avis que chacune des conditions requises dans le cas de mesures provisoires ou conservatoires *inter partes* devrait aussi s'appliquer dans celui de mesures *ex parte*. Par exemple, en réponse à l'argument selon lequel la condition énoncée à l'alinéa c) du paragraphe 3 (à savoir que la partie requérante ait une "forte possibilité" d'obtenir gain de cause sur le fond) revenait à préjuger le litige et ne devait donc pas s'appliquer à une mesure *ex parte*, il a été affirmé que cette disposition était censée indiquer le seuil requis pour l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires et qu'on pouvait prévenir tout risque de préjugement en remaniant le texte, par exemple, en exigeant l'existence d'une présomption. Il a en outre été déclaré que le caractère d'urgence requis à l'alinéa a) du paragraphe 3 n'était pas nécessaire dans le cas des mesures provisoires ou conservatoires *inter partes*, mais devait être une condition nécessaire dans celui des mesures *ex parte*, où l'urgence ne permettait pas d'aviser l'autre partie. Ce point de vue a été largement partagé.

30. La troisième question soulevée concernant l'alinéa a) du paragraphe 4 était celle des conditions supplémentaires auxquelles il faudrait subordonner l'obtention de mesures *ex parte*. On a estimé qu'en sus des conditions énumérées à l'alinéa c) du paragraphe 3 pour les mesures provisoires ou conservatoires *inter partes*, cinq conditions supplémentaires devaient être exigées pour les mesures *ex parte*. Premièrement, il fallait faire obligation à la partie requérante de constituer une garantie pour indemniser le défendeur si la mesure demandée s'avérait par la suite injustifiée. Deuxièmement, il fallait imposer l'obligation d'indemniser la partie défenderesse, sur la base de la responsabilité objective, du préjudice causé par une mesure indûment accordée. Au sujet de cette deuxième condition, on a noté qu'il serait important que la question de la responsabilité puisse être soumise à l'arbitrage du tribunal ayant accordé la mesure initiale. Toujours à propos de cette deuxième condition, on s'est demandé si le tribunal aurait compétence pour trancher la question de l'indemnisation d'un préjudice résultant d'une mesure *ex parte*, en particulier lorsqu'une telle compétence ne pouvait être déduite d'une convention d'arbitrage rédigée en termes généraux ou lorsque la convention était libellée de façon restrictive. La troisième condition proposée était que la partie requérante puisse démontrer qu'elle n'avait pas d'autre voie de droit et que la mesure *ex parte* était son dernier recours. La quatrième proposition, qui n'était pas à proprement parler une condition, était de commencer l'alinéa a) du paragraphe 4 par des mots tels que "Dans des circonstances exceptionnelles" afin de souligner la nature exceptionnelle des mesures *ex parte*. Enfin, la cinquième condition était que les mesures *ex parte* revêtent un caractère raisonnable et proportionnel.

31. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait élaborer un texte révisé qui tienne compte des vues et des préoccupations qui venaient d'être exprimées. En particulier, le texte révisé devrait reconnaître l'autonomie de la volonté des parties en autorisant celles-ci à convenir d'exclure l'application d'une disposition conférant au tribunal arbitral le pouvoir d'accorder une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte*. Il devrait également indiquer que les conditions posées au paragraphe 3 pour les mesures *inter partes* devaient aussi s'appliquer aux mesures *ex parte*. Il faudrait néanmoins trouver un libellé plus neutre que la formule "une forte possibilité d'obtenir gain de cause" employée à l'alinéa c) de ce paragraphe. Le texte révisé devrait en outre exiger en termes contraignants la constitution d'une garantie par la partie requérante et prévoir que celle-ci serait de plein droit responsable des dommages causés à l'autre partie par une mesure non justifiée. L'étendue de cette responsabilité devrait être déterminée par le même tribunal arbitral.

32. Un certain nombre de délégations se sont portées volontaires pour établir une version révisée de l'alinéa a) du paragraphe 4. Le Groupe de travail a suspendu ses délibérations concernant le paragraphe 4 en attendant de pouvoir examiner cette version révisée (pour la suite du débat, voir par. 53 à 69 ci-dessous).

33. En ce qui concerne les alinéas b) à d), le Groupe de travail a pris note des suggestions ci-après: 1) il faudrait préciser à quel moment le délai de 20 jours commençait à courir; 2) les dispositions concernant les mesures *ex parte* devraient mentionner l'obligation continue pour la partie requérante de tenir le tribunal pleinement informé; 3) le défendeur devrait avoir la possibilité de contester la mesure à bref délai; et 4) il faudrait étudier plus avant la possibilité de lever la mesure lorsque le défendeur constituait une garantie suffisante.

### C. Paragraphe 1

34. On a fait observer que le paragraphe 1 tel qu'il était reformulé dans le document A/CN.9/WG.II/WP.121 était semblable au texte précédemment examiné par le Groupe de travail (A/CN.9/508, par. 51 à 54). Ce dernier a jugé le paragraphe remanié généralement acceptable sur le fond. Sur un point de rédaction, on a fait remarquer que le membre de phrase "ordonner à une autre partie de prendre des mesures provisoires ou conservatoires" risquait de limiter indûment la portée de la disposition. On a suggéré de le remplacer par les mots "accorder des mesures provisoires ou conservatoires". Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion.

### D. Paragraphe 2

35. On a expliqué que le paragraphe 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.121 était une version remaniée pour l'établissement de laquelle il avait été tenu compte des débats qui avaient eu lieu à la précédente session du Groupe de travail (A/CN.9/508, par. 51 et 64 à 76).

36. On a objecté que la référence à la notion de "sentence provisoire" allait à l'encontre de l'opinion qui avait prévalu à la session précédente du Groupe de travail, selon laquelle il ne fallait pas qualifier la sentence de "partielle" ou de "provisoire" (voir A/CN.9/508, par. 66). La notion de mesure temporaire "s'inscrivant dans le cadre" d'une sentence a aussi suscité des doutes. On a émis l'avis qu'une rédaction du type de celle précédemment examinée par le Groupe de travail ("Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence arbitrale ou une autre forme") était préférable. Cet avis a été dans l'ensemble partagé.

37. Le débat a porté essentiellement sur l'alinéa c). On a émis l'avis que cet alinéa, même s'il était fondé sur l'approche précédemment adoptée par le Groupe de travail ("une mesure donnant un moyen préliminaire d'assurer ou de faciliter l'exécution de la sentence": voir A/CN.9/508, par. 74), étendait considérablement, et peut-être indûment, la portée de la disposition. En particulier, la référence à "une garantie ... pour le règlement des frais de l'arbitrage" a été critiquée au motif qu'elle pourrait être interprétée à tort comme autorisant le tribunal arbitral à ordonner, non seulement à un demandeur ou à un défendeur ayant formé une demande reconventionnelle mais également à un simple défendeur, la constitution d'une garantie aux fins du règlement des frais de l'arbitrage, ce qui irait à l'encontre des principes de droit établis dans un certain nombre de pays. On a répondu que la consignation du montant des frais pouvait être demandée à n'importe quelle partie, conformément, par exemple, à l'article 41 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ce à quoi on a répliqué qu'une nette distinction devait être établie entre 1) la question de savoir quelle partie supporterait au bout du compte les frais de la procédure d'arbitrage, 2) la question de savoir de quelle partie on pouvait exiger qu'elle consigne une somme à valoir sur les frais, par exemple conformément à l'article 41 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, et 3) la question de savoir quelle partie devait constituer un dépôt de garantie couvrant les frais, par exemple conformément à l'article 25.2 du Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (Règlement d'arbitrage de la LCIA). On a fait observer que si la consignation d'une somme à valoir sur les frais était normalement exigée des

deux parties afin que le tribunal arbitral dispose des fonds voulus pour mener à bien la procédure, l'idée d'un dépôt de garantie était souvent associée au mal-fondé apparent de la demande. Un tel dépôt ne pouvait être exigé que du demandeur et ne devait en aucun cas être imposé au défendeur, lequel ne pouvait être tenu de constituer un dépôt de garantie simplement pour se défendre. Selon un avis largement partagé, la disposition ne devait pas traiter en termes généraux des frais d'arbitrage, mais devait se limiter à garantir l'exécution de la sentence. De nombreux membres du Groupe de travail se sont dits favorables à la suppression des mots "y compris pour le règlement des frais de l'arbitrage". On a fait observer que, d'après l'article 38 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et divers autres règlements, une sentence pouvait porter sur les "frais". Après un débat, le Groupe de travail a décidé de remplacer l'ensemble de l'alinéa c) par un libellé du type "de fournir un moyen préliminaire de constituer en garantie des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence".

38. À la fin du débat, on a rappelé qu'à sa session précédente, le Groupe de travail était convenu qu'il fallait faire ressortir très clairement que la liste de mesures provisoires donnée dans les divers alinéas ne devait pas être considérée comme exhaustive (A/CN.9/508, par. 71). Or, a-t-on fait observer, dans le paragraphe 2 remanié, la liste était présentée comme exhaustive. En réponse, on a expliqué que la version remaniée du paragraphe 2 ne donnait plus une liste des diverses mesures provisoires que pouvait accorder un tribunal arbitral, mais parlait de "toute mesure temporaire", de sorte que la formulation n'était pas limitative. En outre, la disposition énumérait les diverses fins auxquelles une mesure provisoire pouvait être accordée. Dès lors que toutes ces fins étaient couvertes par la liste révisée, il n'était plus nécessaire de rendre la liste non exhaustive. Bien que cette explication ait dans l'ensemble été acceptée, le Groupe de travail a décidé de procéder à de plus amples consultations avant de décider si tous les motifs concevables pouvant justifier l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire étaient couverts par l'actuelle formulation. Il a été convenu que le débat sur cette question serait rouvert à une prochaine session.

### **E. Paragraphe 3**

39. On a expliqué qu'il avait été tenu compte pour l'établissement de la version révisée du paragraphe 3 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.121 des débats qui avaient eu lieu à la précédente session du Groupe de travail (A/CN.9/508, par. 51 et 55 à 58).

40. On a fait observer que le verbe "démontrer" utilisé dans le membre de phrase liminaire du paragraphe risquait d'impliquer qu'un critère strict d'établissement de la preuve serait appliqué. On a rappelé qu'un débat analogue avait eu lieu à la session précédente du Groupe de travail et que les verbes "montrer", "démontrer", "établir" et "démontrer" avaient été suggérés, sans que celui-ci ne prenne de décision à cet égard (A/CN.9/508, par. 58). Le Groupe de travail a décidé que tous ces verbes devraient être insérés entre crochets afin que la discussion puisse se poursuivre à un stade ultérieur.

41. De l'avis général, l'alinéa a) devait être déplacé du paragraphe 3 au paragraphe 4. Il a été convenu que le besoin urgent de la mesure ne devait pas être

un critère applicable aux mesures provisoires ou conservatoires en général mais un critère nécessaire pour l'octroi d'une mesure provisoire *ex parte*.

42. S'agissant de l'alinéa b), deux suggestions ont été faites sur des points de rédaction, à savoir remplacer les mots "la partie opposée à la mesure" par les mots "la partie touchée par la mesure", d'une part, et les mots "et que ce préjudice" par les mots "et qu'un tel préjudice", d'autre part. Ces deux suggestions ont bénéficié de l'appui général. On a fait observer que les mots "préjudice irréparable" utilisés à l'alinéa b) du paragraphe 3 pouvaient entraîner une confusion avec le "dommage" susceptible d'être causé "immédiatement ou sous peu" visé à l'alinéa b) du paragraphe 2, ce qui ferait courir le risque que les critères énoncés au paragraphe 3 ne soient interprétés comme s'appliquant uniquement aux mesures accordées aux fins de l'alinéa b) du paragraphe 2. Le Groupe de travail a pris note de ce point de vue.

43. En ce qui concerne l'alinéa c), il a été généralement convenu que les mots "il y a une forte possibilité" pouvaient facilement être interprétés à tort comme obligeant le tribunal arbitral à préjuger le fond de l'affaire. Il a été convenu qu'il fallait faire très clairement ressortir qu'il s'agissait uniquement, à l'alinéa c), de déterminer si la demande était sérieuse, sans préjuger en aucune façon des conclusions auxquelles parviendrait le tribunal arbitral à un stade ultérieur. On a estimé qu'un libellé du type "qu'il y a une possibilité raisonnable que la partie qui demande la mesure obtienne gain de cause sur le fond, étant entendu que la décision prise sur ce point sera sans incidence sur les décisions ultérieures du tribunal" exprimerait de façon plus adéquate le seuil visé dans cette disposition. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui.

44. Le secrétariat a été prié de prendre en compte les suggestions, opinions et préoccupations exposées ci-dessus lorsqu'il établirait une nouvelle version du projet de disposition.

## **F. Paragraphe 5**

45. Dans le cadre de la discussion concernant le paragraphe 5, une suggestion a été faite à propos de la structure de l'article. Il a été déclaré que, dans la mesure où ils étaient censés s'appliquer aux mesures provisoires en général et pas seulement aux mesures susceptibles d'être accordées *ex parte* conformément au paragraphe 4, les paragraphes 5 à 7 devraient être déplacés et insérés avant le paragraphe 4. Le Groupe de travail dans son ensemble a jugé cette suggestion raisonnable.

46. Étant généralement admis que la constitution d'une garantie devrait être obligatoire pour les mesures *ex parte*, le Groupe de travail a étudié le lien entre le paragraphe 5 et le paragraphe 4. On a craint que, dans sa rédaction actuelle, le paragraphe 5 ne permette d'échapper à l'obligation de fournir une garantie pour les mesures demandées au titre du paragraphe 4, car il partait du principe que, pour les mesures *inter partes*, l'exigence d'une telle garantie devrait être laissée à la discrétion du tribunal arbitral. Afin d'apaiser cette crainte, on a proposé d'indiquer que le paragraphe 5 devrait s'entendre sous réserve du paragraphe 4. Il a également été proposé de fusionner le paragraphe 5 et la disposition devant être ajoutée sur ce point au paragraphe 4. Le Groupe de travail a pris note de ces propositions.

47. Il a été proposé que le paragraphe 5 permette à la partie touchée par une mesure provisoire (accordée *ex parte* ou *inter partes*) d'obtenir la mainlevée de cette mesure contre constitution d'une contre-garantie appropriée. On a suggéré d'insérer dans le paragraphe 5 le libellé ci-après: "La partie contre laquelle une mesure provisoire est dirigée peut choisir de fournir une garantie équivalente s'il y a lieu, à condition que cette substitution n'implique pas une modification substantielle de l'objet pour lequel ladite mesure a été accordée". Cette suggestion n'a apparemment pas bénéficié d'un appui suffisant au sein du Groupe de travail. Il a été rappelé à ce dernier que le paragraphe 7 conférait au tribunal un large pouvoir d'appréciation pour modifier ou annuler des mesures provisoires ou conservatoires à tout moment, si bien que la proposition concernant la contre-garantie pouvait en fait être traitée dans le cadre de ce paragraphe.

48. Il a été proposé de remplacer, au paragraphe 5, les mots "la partie qui demande la mesure" par "toute partie", par souci d'harmonisation avec la terminologie employée à l'article 17 de la Loi type. On a répondu qu'en règle générale c'était de la partie demandant la mesure provisoire qu'il fallait exiger une garantie. Il a été proposé d'employer les mots "la partie qui demande la mesure ou toute autre partie, à l'exception de la partie contre laquelle la mesure provisoire a été accordée". On a toutefois fait remarquer que, même si les mots "toute partie" étaient employés, le texte du paragraphe 5 n'en ferait pas moins référence à l'obligation de fournir une garantie "comme condition au prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire", ladite garantie ne risquant donc pas d'être demandée au défendeur. On a fait valoir, en faveur de l'insertion des mots "toute partie", que le tribunal disposerait ainsi d'un pouvoir d'appréciation pour tenir compte de certaines situations survenant dans des arbitrages pluripartites, par exemple de la situation où il y aurait plusieurs demandeurs qui bénéficieraient chacun de la mesure provisoire, alors que celle-ci n'aurait été demandée que par un seul d'entre eux ne disposant d'aucun bien. Dans ce cas, le tribunal aurait la liberté d'exiger une garantie des autres demandeurs. En outre, l'insertion des mots "toute partie" permettrait de tenir compte du cas où une partie fournissait une contre-garantie. Le Groupe de travail a exprimé une préférence pour la formule "partie qui demande la mesure et toute autre partie".

## **G. Paragraphe 6**

49. Il a été dit que, s'il était convenu d'insérer les mots "ou toute autre partie" au paragraphe 5, il faudrait en faire autant au paragraphe 6. On a estimé que cet ajout pourrait toutefois donner lieu à des litiges supplémentaires entre les parties. On a fait observer que, si le paragraphe 6 imposait l'obligation d'informer le tribunal arbitral de tout changement important dans les circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire avait été accordée, aucune sanction n'était prévue en cas d'inexécution. Il a été convenu, en réponse, que ce point pouvait fort bien être traité dans le cadre du paragraphe 7. En conséquence, il a été décidé de ne pas modifier le texte du paragraphe 6.

## **H. Paragraphe 7**

50. La disposition proposée a bénéficié d'un certain soutien, du fait qu'elle était libellée en termes généraux et ne réglementait pas la question de manière excessive.

Il a été demandé si cette disposition visait également une mesure provisoire ou conservatoire ayant déjà été appliquée par une juridiction étatique. On s'est également demandé s'il faudrait revoir la disposition pour préciser que le tribunal arbitral aurait le pouvoir de modifier ou d'annuler une mesure provisoire ou conservatoire soit d'office, soit à la demande d'une autre partie. Il a été dit que, si le tribunal arbitral pouvait agir d'office, il faudrait peut-être indiquer que ce dernier serait tenu d'aviser la partie ayant demandé la mesure de sa modification ou de son annulation.

51. En outre, on ne voyait pas bien si le pouvoir de modifier ou d'annuler une mesure provisoire devait être reconnu uniquement lorsqu'il n'était plus satisfait aux conditions d'octroi de ladite mesure ou si le tribunal devait disposer sur ce point d'un plein pouvoir discrétionnaire. Certains se sont dits opposés à l'idée d'autoriser le tribunal arbitral à agir sans y avoir été invité par les parties et sans les avoir entendues. À cet égard, il a été rappelé que, lorsque la modification ou l'annulation d'une mesure causait un préjudice à une partie, rien n'indiquait qui serait responsable d'un tel préjudice. De ce fait, a-t-on dit, il ne devrait être possible de modifier ou d'annuler une mesure qu'à la demande des parties. Certains ont exprimé leur désaccord, estimant que cette condition semblait compliquer les choses car on ne voyait pas bien si cette demande devait être présentée par une ou toutes les parties. On a également estimé que le tribunal arbitral ne devait pouvoir modifier ou annuler une mesure qu'en cas de changement dans les circonstances.

52. Il a été proposé d'ajouter, à la fin du paragraphe 7, le texte ci-après tenant compte des arguments exposés ci-dessus: "à la demande d'une partie ou d'office, après avoir entendu les parties". Il a été dit toutefois que le pouvoir de modifier ou d'annuler une mesure provisoire ne devrait pas être limité. On a fait observer que, compte tenu du caractère extraordinaire de ces mesures, si un tribunal avait le pouvoir de les accorder, il devrait aussi pouvoir les modifier ou les annuler. Il a été déclaré en outre que, le paragraphe 7 étant apparemment censé s'appliquer également aux mesures *ex parte*, les circonstances susceptibles d'inciter l'arbitre à annuler ou à modifier une mesure pourraient survenir au stade non contradictoire de la procédure et que, par conséquent, l'obligation d'informer les parties risquerait de rendre la mesure inefficace. On a dit qu'il serait peut-être nécessaire d'examiner plus avant s'il fallait établir ou non une distinction entre mesures *inter partes* et mesures *ex parte*. Si tel était le cas, il faudrait éventuellement élaborer une disposition distincte pour ces dernières. Il a été décidé de ne pas modifier le texte du paragraphe 7.

## **I. Alinéa a) du paragraphe 4 (suite)**

53. Afin de faciliter la poursuite du débat sur le paragraphe 4, un certain nombre de délégations ont établi un texte révisé qui a été soumis au Groupe de travail. Ce texte révisé prenait en compte les vues et les préoccupations exprimées à l'occasion de l'examen, à une séance précédente, de l'alinéa a) du paragraphe 4 (voir plus haut, par. 28 à 32). Le Groupe de travail a repris ses délibérations sur l'alinéa a) du paragraphe 4 en se fondant sur le projet de texte suivant (ci-après appelé "alinéa a) du paragraphe 4 remanié"):

"4. a) Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire sans qu'elle ait été notifiée à la partie

contre laquelle elle est dirigée ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de répliquer, à condition que:

- i) la partie requérante démontre qu'il est nécessaire d'agir sans notification [pour garantir l'efficacité de la mesure] [parce que la mesure serait compromise s'il en était donné notification]; et
- ii) la mesure correspond à un besoin urgent; et
- iii) un préjudice irréparable résulte de l'absence d'une telle mesure, et que ce préjudice l'emporte largement sur celui que subira la partie touchée par la mesure si celle-ci est accordée; et
- iv) il y ait une [possibilité substantielle] [perspective raisonnable] de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond], [étant entendu que toute décision qui pourra être prise sur cette question ne préjugera aucunement des décisions ultérieures du tribunal]; et
- v) la partie requérante soit responsable [de plein droit] de tous les frais et de toutes les pertes causés par la mesure à la partie contre laquelle elle est dirigée [compte tenu de la façon dont il sera finalement statué au fond sur les demandes]; et
- vi) la partie requérante fournisse [une garantie] [un cautionnement, lui-même garanti comme le tribunal arbitral le jugera approprié] [une sûreté sous la forme qui pourra être décidée par le tribunal], [en vue de couvrir tous les frais et toutes les pertes que la partie contre laquelle la mesure est dirigée pourra subir du fait de la mesure ordonnée] [en vue de couvrir tous les frais et toutes les pertes visés à l'alinéa v) ci-dessus].

Paragraphe supplémentaire

Le tribunal arbitral aura compétence notamment pour statuer sur toutes les questions qui découlent des sous-alinéas v) et vi) ci-dessus ou qui y sont liées.”

#### **Membre de phrase liminaire de l'alinéa a) du paragraphe 4 remanié**

54. Sur des points de rédaction, il a été suggéré d'ajouter après les mots “Sauf convention contraire” les mots “des parties” et de supprimer le mot “et” figurant à la fin de chacun des sous-alinéas de l'alinéa a), sauf à l'avant-dernier sous-alinéa. Ces suggestions n'ont suscité aucune objection.

55. Sur le fond, on a relevé une anomalie: alors que l'alinéa a) mentionnait non seulement la situation dans laquelle une mesure provisoire ou conservatoire était demandée en l'absence de notification mais aussi celle dans laquelle la mesure était notifiée sans que la partie défenderesse ait eu la possibilité de répliquer, le sous-alinéa i) ne semblait pas englober cette deuxième situation.

#### **Sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa a) du paragraphe 4 remanié**

56. On a noté que, telle qu'elle était remaniée, la disposition exigeait que la partie requérante “démontre” qu'il était nécessaire d'agir sans notification. Il a été suggéré, compte tenu des préoccupations concernant le critère d'établissement de la preuve à satisfaire, de remanier ce sous-alinéa comme suit: “le tribunal ait la

conviction qu'il est nécessaire de procéder *ex parte*". Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui. Il a néanmoins été rappelé qu'à sa session précédente, le Groupe de travail avait décidé d'envisager des termes tels que "établir", "démontrer" ou "montrer", qui étaient considérés comme préférables à une formulation exigeant que soit rapportée "la preuve" de la nécessité d'agir sans notification (A/CN.9/508, par. 55). Le Groupe de travail est convenu que le secrétariat devrait prendre en compte toutes les suggestions ci-dessus lorsqu'il élaborerait une version révisée pour la poursuite du débat à un stade ultérieur.

57. S'agissant des deux variantes entre crochets figurant au sous-alinéa i), on a fait valoir, à l'appui de la première, qu'elle avait le mérite d'être de large portée et que son libellé cadrerait avec d'autres dispositions. On a émis l'avis qu'il serait peut-être préférable de parler, dans cette variante, d'éviter de rendre la mesure "inutilement inefficace". Dans l'ensemble, une préférence a été manifestée pour une formulation fondée sur la deuxième variante entre crochets. Toutefois, on a émis l'avis que, dans la version anglaise, le mot "*frustrated*" serait sans doute préférable au mot "*defeated*".

58. On a fait valoir que le sous-alinéa i) pourrait être purement et simplement supprimé car la notion d'urgence exprimée au sous-alinéa ii) constituait une base suffisante pour permettre au tribunal d'agir. On a cependant objecté que le besoin urgent visé au sous-alinéa ii) et l'idée qu'il fallait éviter de compromettre l'efficacité de la mesure exposée au sous-alinéa i) étaient l'un et l'autre nécessaires pour une mesure *ex parte*. L'inclusion de ces deux éléments a bénéficié d'un large appui. On a noté que si l'on posait comme seule condition l'urgence de la mesure, on ne verrait pas bien pourquoi celle-ci devait être demandée *ex parte*. On a déclaré que le sous-alinéa i) exprimait la véritable raison d'être d'une requête *ex parte*, à savoir qu'en notifiant la mesure, on la priverait totalement de son objet.

59. Compte tenu des observations qui ont été faites, il a été suggéré de modifier comme suit le membre de phrase liminaire et les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa a) du paragraphe 4 remanié:

"4 a) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire sans qu'elle ait été notifiée à la partie contre laquelle elle est dirigée ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de répliquer lorsque la partie requérante montre qu'il est nécessaire de procéder ainsi pour faire en sorte que [la mesure soit efficace] [l'utilité de la mesure ne soit pas compromise avant même que celle-ci ait été accordée], à condition que:

i) la mesure corresponde à un besoin urgent; et".

60. Selon un avis largement partagé, la première partie du nouveau membre de phrase liminaire révisé traitait de façon adéquate d'une situation véritablement *ex parte*, à savoir celle dans laquelle un tribunal arbitral décidait d'accorder la mesure sans en aviser l'autre partie. Toutefois, le membre de phrase "ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de répliquer" ne correspondait pas à un véritable scénario *ex parte*, puisque dans ce cas de figure, la partie défenderesse avait déjà été avisée. On a émis l'avis que le membre de phrase liminaire devrait traiter uniquement du cas dans lequel il était approprié d'agir sans notification. Si le Groupe de travail voulait couvrir le deuxième scénario, il faudrait réfléchir à nouveau à la structure du paragraphe. Il a été reconnu que le membre de phrase "ou avant que celle-ci ait eu la

possibilité de répliquer” était destiné à couvrir la situation dans laquelle la partie défenderesse avait été avisée mais n’avait pas eu le temps de répliquer, ou n’avait pas pu le faire, ou encore n’avait pas voulu répliquer et pouvait ainsi compromettre l’octroi d’une mesure provisoire. On a fait valoir – point de vue qui a été appuyé – que cette situation était en fait couverte de façon satisfaisante par les mots “peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire sans qu’elle ait été notifiée à la partie contre laquelle elle est dirigée” et par les règles supplétives. Il a été convenu que les mots “ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de répliquer” devaient être supprimés, l’idée étant que le texte couvrait suffisamment la situation dans laquelle la partie défenderesse avait été avisée mais soit n’avait pas répliqué soit n’avait pas pu le faire.

61. La première variante entre crochets figurant dans le membre de phrase liminaire révisé (“[la mesure soit efficace]”) a bénéficié d’un certain appui, mais une nette préférence a été manifestée pour la deuxième variante (“[l’utilité de la mesure ne soit pas compromise avant même que celle-ci ait été accordée]”) au motif qu’elle correspondait mieux à la condition qui devait être satisfaite pour l’octroi d’une mesure *ex parte*.

#### **Sous-alinéa iii) de l’alinéa a) du paragraphe 4 remanié**

62. Il a été convenu qu’il fallait supprimer le sous-alinéa iii) dans la mesure où il faisait double emploi avec l’alinéa c) du paragraphe 3 qui énonçait les conditions devant s’appliquer à la fois aux mesures *inter partes* et aux mesures *ex parte*. Il a été rappelé au Groupe de travail qu’une référence à la nécessité de satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe 3 devrait être ajoutée au membre de phrase liminaire de l’alinéa a) du paragraphe 4 remanié.

63. On a proposé de modifier le membre de phrase liminaire en l’exprimant sous la forme d’une condition, en disant par exemple “si le tribunal arbitral accorde une mesure provisoire ou conservatoire” afin de faire mieux ressortir le caractère exceptionnel des situations dans lesquelles une mesure provisoire serait demandée *ex parte*. Cette proposition n’a pas été appuyée.

#### **Sous-alinéa iv) de l’alinéa a) du paragraphe 4 remanié**

64. Le Groupe de travail a examiné les deux variantes entre crochets aux termes desquelles il faudrait qu’il y ait soit une “[possibilité substantielle]” soit une “[perspective raisonnable]” de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond. Bien que chacune de ces variantes ait bénéficié d’un certain appui, aucune – selon l’opinion qui a prévalu – ne répondait adéquatement aux préoccupations antérieurement exprimées (voir par. 26 plus haut), à savoir qu’un tel libellé semblait inviter le tribunal arbitral à préjuger le litige, à un stade très précoce de la procédure arbitrale, et que cela pourrait nuire à la neutralité des arbitres ou à l’idée que s’en faisaient les parties. Il a été suggéré que le Groupe de travail envisage un texte qui offre une protection contre les requêtes *ex parte* futiles sans pour autant obliger le tribunal arbitral à se prononcer sur le fond. Il a été proposé à cet effet d’indiquer à l’alinéa iv) que le tribunal arbitral devrait simplement déterminer, compte tenu de tous les faits dont il avait connaissance, qu’une mesure provisoire ou conservatoire était appropriée. Une autre solution proposée était de réviser cet alinéa de manière à indiquer qu’il devait y avoir “une possibilité raisonnable de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu’aucune décision prise à cet égard

n'influera sur aucune autre décision ultérieure du tribunal arbitral". Selon une autre proposition encore, on pourrait utiliser un libellé plus neutre et plus objectif, contenant des exemples, qui n'impliquerait pas que le tribunal arbitral devrait préjuger l'affaire, tel que le suivant: "qu'une question importante appelle une décision". Il a également été suggéré que l'alinéa commence par les mots "il y ait au moins une possibilité raisonnable" et non par "il y ait une possibilité raisonnable" et que, dans la version anglaise, les mots "will succeed on the merits" soient remplacés par "may succeed on the merits". À l'issue d'un débat, il a été suggéré de réviser le texte comme suit: "qu'il y ait une possibilité raisonnable de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard n'influera sur aucune décision ultérieure du tribunal arbitral". Le secrétariat a été prié d'établir le texte révisé de cette disposition, qui deviendrait le nouveau paragraphe 3 d) pour tenir compte du fait que le paragraphe 3 a) avait été intégré au paragraphe 4 a).

#### **Sous-alinéa v) de l'alinéa a) du paragraphe 4 remanié**

65. Il a été fait observer que cette disposition offrait à la partie défenderesse une protection supplémentaire contre les frais et les pertes causés par une mesure *ex parte*. Cette protection serait opérante une fois qu'il aurait été statué définitivement sur le fond. On a rappelé qu'il avait été convenu que, s'agissant d'une mesure provisoire ou conservatoire *inter partes*, la responsabilité de la partie requérante ne serait pas traitée par cette disposition mais que l'on s'en remettrait pour cela à une autre loi. Selon une opinion largement partagée, il était plus logique de parler de "dommages et de frais" que de "frais et de pertes". Il a été suggéré de préciser que le mot "frais" couvrait les "frais d'arbitrage causés par la mesure provisoire". On a jugé préoccupant tout texte donnant à penser que la responsabilité pour les frais et pertes résultant d'une mesure provisoire *ex parte* devrait dépendre de l'issue finale du litige. Il a été dit que la question de savoir si une partie requérante répondrait de ces pertes ou dommages devrait être laissée à l'appréciation du tribunal arbitral mais être dissociée de la décision finale sur le fond. À cet égard, il a été dit que, même si une partie requérante obtenait finalement gain de cause dans le cadre de la procédure d'arbitrage, elle pourrait néanmoins être tenue responsable des pertes ou dommages dus à une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* qui avait été jugée injustifiée. Il a été suggéré, afin d'accorder au tribunal arbitral une certaine souplesse et un large pouvoir d'appréciation, d'envisager de faire figurer dans le futur texte révisé de la disposition, un libellé tel que: "dans la mesure appropriée, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, y compris la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande". Selon une autre suggestion, il faudrait tenir compte dans le texte révisé de l'approche suivie au paragraphe 17.1.3 du Projet de principes fondamentaux et de règles relatifs à la procédure civile transnationale établi par l'American Law Institute et Unidroit, telle qu'elle était décrite au paragraphe 69 du document A/CN.9/WG.II/WP.119.

66. Il a été suggéré de supprimer les mots "de plein droit" compte tenu du fait que "la responsabilité de plein droit" était une notion technique qui n'était pas comprise dans tous les États et qu'il était souhaitable d'élaborer une disposition souple. Il a également été suggéré de remplacer "soit" par "puisse être". La première suggestion a été jugée acceptable d'une manière générale mais la seconde n'a pas été retenue. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il devait garder présente à l'esprit la finalité de

la disposition lorsqu'il en remaniait le texte. Il a été dit qu'il fallait analyser cette disposition en fonction de l'objectif consistant à faire assumer à la partie requérante la responsabilité des dommages causés par une mesure *ex parte* qui avait été jugée injustifiée. Il a été dit qu'il faudrait peut-être songer davantage à déterminer le point de départ de la responsabilité, à savoir si la disposition devait couvrir les cas où la partie requérante avait agi de façon négligente ou frauduleuse, ou si elle s'appliquait également à la situation où le tribunal arbitral avait agi par erreur.

67. Il a été convenu que les mots "dans la mesure appropriée, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande" seraient ajoutés entre crochets dans la future version révisée de la disposition en vue de la poursuite des débats.

#### **Sous-alinéa vi) de l'alinéa a) du paragraphe 4 remanié**

68. On s'est interrogé sur la nuance entre les mots "garantie", "cautionnement" et "sûreté" proposés comme variantes. On s'est déclaré favorable au maintien du mot "garantie", mais on a fait observer que le mot "*security*" avait été utilisé à l'article 17 de la Loi type et traduit par "garantie" dans certaines versions linguistiques. Selon une opinion largement partagée, la nouvelle disposition ne devrait pas s'écarter inutilement du libellé utilisé dans la Loi type. On a exprimé une préférence pour un libellé tel que: "une sûreté sous la forme que le tribunal arbitral jugera appropriée".

69. En ce qui concerne les mots "tous les frais et toutes les pertes", le libellé à l'alinéa vi) devait, selon une opinion largement partagée, être le pendant de celui utilisé à l'alinéa v). On a souligné la nécessité d'indiquer clairement dans ces deux dispositions que celles-ci ne s'appliquaient qu'aux frais d'arbitrage liés à la mesure provisoire et aux dommages subis par la partie défenderesse en se conformant à cette mesure. On s'est prononcé d'une manière générale en faveur de l'utilisation à l'alinéa vi) d'un libellé tel que: "en vue de couvrir tous les dommages et tous les frais d'arbitrage visés à l'alinéa v) ci-dessus".

#### **Paragraphe supplémentaire**

70. Il a été suggéré d'ajouter au début du paragraphe supplémentaire proposé les mots "Afin d'éviter tout doute". Bien que cette suggestion ait bénéficié d'un certain appui, il a été signalé qu'un tel libellé n'avait généralement pas sa place dans un texte législatif. En outre, il a été souligné que, dans de nombreux pays, ce paragraphe n'aurait pas pour effet de dissiper un doute mais de donner au tribunal arbitral une compétence plus étendue que celle qui lui avait été conférée par les parties dans la convention d'arbitrage. Il a été décidé d'ajouter entre crochets les mots "Afin d'éviter tout doute" au début du paragraphe supplémentaire en vue de la poursuite des débats à une session ultérieure.

71. On a estimé qu'en élaborant une disposition étendant la compétence du tribunal arbitral dans le contexte de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées sur requête *ex parte*, le Groupe de travail devait éviter de donner l'impression qu'une telle disposition devrait être interprétée *a contrario* dans le contexte des mesures provisoires *inter partes*.

72. Le renvoi au sous-alinéa v) a été jugé utile d'une manière générale, mais on s'est demandé si un renvoi au sous-alinéa vi) était nécessaire. Il a été souligné que

le paragraphe 5 donnait déjà compétence au tribunal arbitral pour ce qui est des questions concernant les sûretés. Le Groupe de travail a pris note de cette observation. Les renvois aux sous-alinéas v) et vi) ont été placés entre crochets en vue de la poursuite des débats à une session ultérieure.

#### **J. Alinéa b) du paragraphe 4**

73. Le Groupe de travail est passé ensuite à l'examen de l'alinéa b) du paragraphe 4 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.121. Il a été rappelé que l'on avait déjà exprimé la crainte (voir par. 25 plus haut) qu'en mentionnant un délai, par exemple de 20 jours, on établisse une règle supplétive au lieu de fixer un délai maximum pendant lequel la partie faisant l'objet d'une mesure devrait avoir la possibilité d'être entendue. Les objections qui avaient été formulées précédemment à l'encontre de la fixation d'un délai déterminé ont été réitérées. Il a été souligné que, dans sa rédaction actuelle, cette disposition ne permettrait peut-être pas d'éviter qu'une mesure provisoire soit prolongée dans la pratique par une nouvelle demande visant à obtenir une mesure de même type après l'expiration du délai de 20 jours. Selon une opinion largement partagée, cet alinéa visait à rétablir l'équilibre de la procédure arbitrale lorsqu'une mesure *ex parte* avait été accordée en donnant à la partie qui en faisait l'objet la possibilité d'être entendue et de faire procéder au réexamen de cette mesure le plus vite possible. On a exprimé la crainte que, tel qu'il était libellé, l'alinéa b) n'atteigne pas cet objectif car il visait principalement à restreindre la durée de la mesure *ex parte* à 20 jours. Il a été déclaré que l'objectif consistant à rétablir l'équilibre de la procédure arbitrale était traité par l'alinéa c). À cet égard, on a estimé d'une manière générale que l'ordre des alinéas b) et c) pourrait être inversé. Le secrétariat a été invité à établir une version révisée du projet de disposition en tenant compte de la discussion ci-dessus. On a également demandé qu'il soit précisé si l'alinéa b) s'appliquait uniquement aux mesures provisoires *ex parte* ou s'il visait toutes les mesures provisoires du fait qu'il renvoyait au paragraphe 1.

#### **K. Alinéa c) du paragraphe 4**

74. Le Groupe de travail a ensuite examiné la nouvelle version ci-après de l'alinéa c) établie sur la base des observations antérieures (voir plus haut par. 33): "La partie contre laquelle la mesure provisoire est dirigée en reçoit notification et se voit donner la possibilité d'être entendue dès qu'il n'est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin d'en garantir l'efficacité".

75. Divers points de vue ont été exprimés en ce qui concerne le fond de cette proposition. Selon une opinion, à la place des mots "la possibilité d'être entendue", il faudrait faire mention du "droit" de la partie à être entendue afin d'indiquer clairement qu'un tribunal arbitral ayant prononcé une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* devrait s'attendre à être saisi à bref délai par la partie contre laquelle cette mesure était dirigée. Selon un autre point de vue, la mention de "l'efficacité" de la mesure devrait peut-être être reconsidérée pour tenir compte des délibérations antérieures concernant le paragraphe 4 a) i) (voir plus haut par. 56 à 61). Selon un autre point de vue encore, cette disposition devrait fixer un délai dans lequel le tribunal arbitral devrait entendre la partie touchée par la mesure

provisoire. Il a été suggéré d'inclure le libellé suivant à l'alinéa c): "cette partie reçoit notification de la mesure et a [la possibilité] [le droit] d'être entendue par le tribunal arbitral [dès qu'il n'est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin de garantir l'efficacité de la mesure] [dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances]". Le secrétariat a été invité à remanier la disposition en tenant compte de la discussion ci-dessus. Il a été suggéré d'envisager ultérieurement de déterminer si l'alinéa c) devrait s'appliquer uniquement aux mesures provisoires ordonnées *ex parte* ou de manière plus générale à tous les types de mesures provisoires.

#### **L. Alinéa d) du paragraphe 4**

76. Le Groupe de travail est passé à l'examen de l'alinéa d) du paragraphe 4 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.121. On a exprimé l'opinion que, dans sa rédaction actuelle, cet alinéa n'était d'aucune utilité et devait être supprimé. Il a aussi été dit qu'il serait essentiel que cette disposition prévoie un délai dans lequel la partie requérante devrait informer le tribunal arbitral d'un changement de circonstances. Il a été également souligné que cette disposition devrait prévoir une sanction en cas de non-respect de l'obligation qui y était énoncée. Il a été suggéré en outre d'établir dans une future version remaniée un lien clair entre l'obligation d'informer le tribunal arbitral d'un changement de circonstances et le régime de responsabilité applicable à la partie requérante. Le secrétariat a été prié de tenir compte des suggestions ci-dessus lorsqu'il établirait une version révisée de la disposition en vue de la poursuite des débats à la session suivante.

#### **IV. Mesures provisoires ordonnées par des juridictions étatiques**

77. Le Groupe de travail a entendu un bref échange de vues concernant le traitement possible, dans le contexte de la révision de l'article 17 de la Loi type, des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des juridictions étatiques (voir A/CN.9/WG.II/WP.119). Un appui a été manifesté pour le principe général selon lequel les règles régissant les mesures ordonnées par des juridictions étatiques devraient suivre d'aussi près que possible celles applicables aux mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral. Toutefois, selon un avis largement partagé, il serait trop ambitieux de chercher à harmoniser, par le biais d'un instrument international, les règles applicables aux mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des juridictions étatiques à l'appui de l'arbitrage. À titre d'illustration, on a déclaré qu'il serait extrêmement difficile de concilier les règles concernant les mesures provisoires ordonnées par une juridiction étatique à l'appui d'un arbitrage avec le principe, applicable dans certains pays, selon lequel une juridiction étatique n'avait compétence pour prononcer des mesures provisoires que si une instance sur le fond de l'affaire était en cours devant elle. Il a été décidé de reprendre l'examen de cette question à une session ultérieure.

## V. Reconnaissance et exécution des mesures provisoires

78. Le Groupe de travail a brièvement examiné la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires en se fondant sur le texte figurant dans la note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119). Ce texte était rédigé comme suit:

“Exécution de mesures provisoires ou conservatoires

1) Sur demande d'une partie intéressée, formée avec l'approbation du tribunal arbitral, la juridiction étatique compétente refuse de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17, quel que soit le pays dans lequel celle-ci a été ordonnée, si:\*

a) la partie contre laquelle la mesure est invoquée fournit la preuve que:

i) [*Variante 1*] la convention d'arbitrage visée à l'article 7 n'est pas valable [*Variante 2*] la convention d'arbitrage visée à l'article 7 semble ne pas être valable, auquel cas la juridiction étatique pourra renvoyer la question de la [compétence du tribunal arbitral] [validité de la convention d'arbitrage] au tribunal arbitral qui tranchera conformément à l'article 16 de la présente Loi];

ii) la partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est invoquée n'a pas été dûment avisée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale [, auquel cas la juridiction étatique pourra suspendre la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]; ou

iii) la partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est invoquée n'a pas pu faire valoir ses arguments relativement à la mesure provisoire ou conservatoire [, auquel cas la juridiction étatique pourra suspendre la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]; ou

iv) la mesure provisoire ou conservatoire a été annulée, suspendue ou modifiée par le tribunal arbitral.

b) la juridiction étatique constate que:

i) la mesure sollicitée est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles de procédure, à moins qu'elle décide de la reformuler autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter; ou

ii) la reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire serait contraire à l'ordre public du présent État.

2) Sur demande d'une partie intéressée, formée avec l'approbation du tribunal arbitral, la juridiction étatique compétente peut, selon son appréciation, refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17, quel que soit le pays dans lequel celle-ci a été ordonnée, si la partie contre laquelle la mesure est invoquée fournit la preuve qu'une juridiction étatique a été saisie d'une demande de mesure

identique ou similaire dans le présent État, que cette juridiction ait ou non pris une décision au sujet de la demande.

3) La partie qui cherche à faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire informe rapidement la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure.

4) En reformulant la mesure provisoire ou conservatoire en vertu du paragraphe 1) b) i), la juridiction étatique n'en modifie pas la teneur.

5) Le paragraphe 1) a) iii) ne s'applique pas

*[Variante 1]* à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été avisée, à condition que la mesure ordonnée ait été assortie d'un délai de validité ne dépassant pas [30] jours et que son exécution soit demandée avant l'expiration de ce délai.

*[Variante 2]* à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été avisée, à condition que le tribunal arbitral la confirme après que l'autre partie a eu la possibilité de faire valoir ses arguments à son sujet.

*[Variante 3]* si le tribunal arbitral décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que, compte tenu des circonstances visées à l'article 17 2), la mesure provisoire ou conservatoire ne peut être efficace que si l'ordonnance d'exequatur est rendue par la juridiction étatique sans que la partie contre laquelle la mesure est invoquée en soit avisée.

---

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

79. Une version plus simple d'une éventuelle disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires, dont le texte est reproduit ci-après, a été proposée par une délégation:

"1) Les mesures provisoires ou conservatoires prononcées et ayant effet conformément à l'article 17, quel que soit le pays dans lequel elles ont été prononcées, et qu'elles s'inscrivent ou non dans le cadre d'une sentence provisoire, sont reconnues comme étant obligatoires et, sur demande adressée par écrit à la juridiction étatique compétente, sont exécutées sous réserve des dispositions des articles 35 et 36, sauf disposition contraire du présent article. Toute décision rendue sur l'un des motifs exposés à l'article 36 au sujet d'une telle demande ne vaut qu'aux fins de cette dernière.

2) a) La reconnaissance ou l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ne peut être refusée au motif que la partie contre laquelle celles-ci sont dirigées n'a pas été avisée de la procédure concernant la demande de telles mesures ou au motif qu'il ne lui a pas été donné la possibilité d'être entendue, si

i) le tribunal arbitral a conclu qu'il est nécessaire de procéder de cette manière afin d'assurer l'efficacité de la mesure; et

ii) la juridiction étatique arrive à la même conclusion.

b) La juridiction étatique peut subordonner la poursuite de la reconnaissance ou de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire prononcée sans que la partie contre laquelle elle est dirigée en ait été avisée ou ait eu la possibilité d'être entendue à toutes conditions qu'elle pourra prescrire concernant la notification de la mesure ou la possibilité pour la partie en question d'être entendue.

3) La juridiction étatique peut reformuler la mesure provisoire ou conservatoire dans la mesure nécessaire pour la mettre en conformité avec son droit procédural, à condition de ne pas modifier la mesure sur le fond.

4) Tant qu'il n'a pas été statué sur une demande de reconnaissance ou d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, ou qu'est en vigueur une ordonnance reconnaissant les mesures provisoires ou conservatoires ou en enjoignant l'exécution, la partie qui demande, ou qui a obtenu, l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire doit informer sans retard la juridiction étatique de toute modification, suspension ou annulation de la mesure."

80. Les auteurs de cette proposition ont expliqué que celle-ci reposait sur les cinq principes suivants: 1) le cadre juridique pour l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires devait être semblable au cadre existant pour l'exécution des sentences arbitrales; 2) la décision concernant l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire ne devait avoir aucun effet contraignant sur la suite de l'arbitrage; 3) lorsqu'une mesure *ex parte* avait été prononcée, il devait être pleinement donné aux juridictions étatiques la possibilité de vérifier que le prononcé d'une telle mesure se justifiait; 4) les parties ne devaient pas être tenues d'obtenir l'autorisation du tribunal arbitral avant de pouvoir former devant une juridiction étatique une demande d'exécution de la mesure provisoire; et 5) dans les cas où une demande d'exécution était formée devant plusieurs juridictions étatiques, celles-ci devaient être libres de déterminer quelle était la meilleure façon de procéder. À la fin du débat, on a souligné qu'il serait essentiel que le Groupe de travail décide de la forme sous laquelle pourrait être prononcée une mesure provisoire. En particulier, il faudrait décider si la mesure devrait revêtir la forme d'une sentence arbitrale ou celle d'une ordonnance de procédure. Il a été décidé que la discussion serait poursuivie à une session ultérieure sur la base des deux textes proposés.

#### Notes

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

<sup>2</sup> *Ibid.*, par. 340 à 343.

<sup>3</sup> *Ibid.*, par. 344 à 350.

<sup>4</sup> *Ibid.*, par. 371 à 373.

<sup>5</sup> *Ibid.*, par. 374 et 375.

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