



Assemblée générale

Distr.: Générale
4 octobre 2004

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-huitième session
Vienne, 4-22 juillet 2005

Projet de rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante et unième session (Vienne, 13-17 septembre 2004)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-10	3
II. Délibérations et décisions	11	4
III. Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires	12-72	5
Paragraphe 7	13-72	7
Remarques générales	13-17	7
Possibilité d'exclure/de choisir l'application de la disposition	18-22	9
Alinéa a)	23-32	11
Alinéa b)	33-38	13
Alinéa c)	39-43	15
Alinéa d)	44-51	15
Alinéa e)	52-61	17
Alinéa f)	62-64	19
Alinéa g)	65	20
Alinéa h)	66-68	20
Débat général et marche à suivre pour les travaux futurs	69-72	21



IV. Insertion éventuelle de la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels s'applique le projet de convention sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux	73-79	22
V. Questions diverses	80	23

I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999, la Commission avait jugé que l'heure était venue, notamment, d'évaluer 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. Elle avait confié la tâche au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) et décidé que les points prioritaires que devrait aborder ce dernier seraient, entre autres, la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires.

2. Le document A/CN.9/WG.II/WP.130 (par. 5 à 17) contient le compte rendu le plus récent des débats que le Groupe de travail a tenus, notamment, sur un projet révisé de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type") relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et sur une proposition de nouvel article à insérer dans la Loi type de la CNUDCI concernant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (provisoirement numéroté 17 *bis*). Le secrétariat avait été prié d'établir une version révisée de ces textes pour que le Groupe de travail les examine à sa quarante et unième session.

3. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante et unième session à Vienne du 13 au 17 septembre 2004. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Italie, Japon, Kenya, Liban, Maroc, Mexique, Nigéria, Pakistan, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Serbie-et-Monténégro, Singapour, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie et Venezuela.

4. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants: Bulgarie, Finlande, Grèce, Iraq, Irlande, Malaisie, Myanmar, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Slovaquie et Yémen.

5. Y ont aussi participé des observateurs des organisations ci-après du système des Nations Unies: Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI).

6. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Comité consultatif sur l'Article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), Conseil de l'Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté d'États indépendants et Cour permanente d'arbitrage.

7. Y ont en outre participé des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), Arab Union of International Arbitration, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), *Association suisse de l'arbitrage* (ASA), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Center for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Conseil international pour

l'arbitrage commercial, Forum for International Commercial Arbitration (FICA), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), London Court of International Arbitration (LCIA), Regional Centre for International Commercial Arbitration (Lagos), School of International Arbitration et *Union des avocats européens*.

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

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

Rapporteur: M. Il Won KANG (République de Corée).

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.130); b) note du secrétariat contenant une version nouvellement révisée d'un projet de disposition sur le pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, établie conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.II/WP.131); c) note du secrétariat concernant une proposition d'insertion d'une référence à la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("la Convention de New York") dans le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (A/CN.9/WG.II/WP.132); et d) rapport du Groupe de travail sur sa quarantième session (A/CN.9/547).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires en vue de leur inclusion dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.
5. Insertion éventuelle de la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels s'applique le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.
6. Questions diverses.
7. Adoption du rapport.

II. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de son ordre du jour en se fondant sur le texte figurant dans la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.131). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point au chapitre III. Le secrétariat a été prié de réviser le texte de certaines dispositions en se fondant sur lesdites délibérations et conclusions. Le Groupe de travail a examiné le point 5 de son ordre du jour en se fondant sur les propositions contenues dans la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.132), ainsi que le point 6. Il est rendu compte

de ses délibérations et conclusions sur ces points aux chapitres IV et V, respectivement.

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

12. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu de reprendre ses débats sur une version révisée d'une disposition relative au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires. Il a examiné le texte d'une version nouvellement révisée de l'article 17 de la Loi type (ci-après "projet d'article 17"), que le secrétariat avait établie en tenant compte de ses discussions et décisions à sa quarantième session (A/CN.9/547, par. 68 à 116). Le texte, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.II/ WP.131, était le suivant:

"1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires.

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

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice [, ou de porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même];

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

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

3. La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral que:

a) Un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle cette mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

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

4. Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur ou à toute autre partie de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure provisoire ou conservatoire.

5. Le demandeur divulgue sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal arbitral a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire.

6. Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire qu'il a accordée, à tout moment, à la demande de l'une quelconque des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative, à condition d'en aviser préalablement les parties.

6 *bis*. Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure n'aurait pas dû être accordée. Le tribunal arbitral peut ordonner le versement de frais et de dommages-intérêts à tout moment pendant la procédure.

7. a) [Sauf convention contraire des parties,] lorsque la divulgation préalable d'une mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure, le demandeur peut former sa demande sans en aviser cette partie et demander une mesure préliminaire [l'enjoignant à préserver le statu quo jusqu'à ce qu'elle se soit manifestée auprès du tribunal arbitral et que celui-ci se soit prononcé sur la demande].

b) Les dispositions des paragraphes [2,] 3, 5, 6 et 6 *bis* du présent article s'appliquent à toute mesure préliminaire que le tribunal arbitral peut accorder en vertu du présent paragraphe.

c) [Le tribunal arbitral peut accorder une mesure préliminaire s'il conclut que la mesure provisoire demandée risque autrement d'être compromise avant que toutes les parties puissent être entendues.]

d) Une fois que le tribunal arbitral a pris une décision concernant une mesure préliminaire, il adresse immédiatement notification à la partie contre laquelle cette mesure préliminaire est dirigée de la demande, de la mesure préliminaire, le cas échéant, et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relatives à la demande [, à moins qu'il ne décide [conformément à l'alinéa i) du présent paragraphe]¹ qu'une telle

¹ Alinéa proposé concernant le report de la notification pour permettre l'exécution par une juridiction étatique:

“(i) Si la notification par le tribunal arbitral risque de compromettre l'exécution de la mesure préliminaire par une juridiction étatique, le tribunal arbitral peut reporter la notification à la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée, de la demande, de la mesure préliminaire et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relatives à la demande. La durée d'un tel report doit être indiquée dans la décision et ne peut dépasser la durée maximale de la mesure préliminaire. À l'expiration de la période fixée pour le report de la notification, le tribunal arbitral avise immédiatement la partie concernée de la demande, de la mesure préliminaire et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relatives à la demande. La possibilité est donnée à la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée de

notification devrait être différée jusqu'à exécution par une juridiction étatique ou expiration de la mesure préliminaire].

e) La partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible et [en tout état de cause] dans un délai ne dépassant pas 48 heures après la notification, ou à toutes [autres] dates et heures [antérieures] appropriées dans les circonstances.

f) Une mesure préliminaire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'a ordonnée, à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie sous la forme d'une mesure provisoire ou conservatoire [ou sous toute autre forme]. Cette confirmation, prorogation, ou modification n'intervient qu'après que la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments.

g) Le tribunal arbitral fait obligation au demandeur de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure préliminaire.

h) Tant que la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée n'a pas présenté ses arguments en vertu de l'alinéa e) ci-dessus, le demandeur a l'obligation d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes pour sa décision d'accorder ou non une mesure préliminaire en vertu de l'alinéa c) ci-dessus."

Paragraphe 7

Remarques générales

13. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarantième session (New York, 23-27 février 2004), il n'avait pas examiné le texte du paragraphe 7 du projet d'article 17 faute de temps. Il a été noté que la Commission, à sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004), avait rappelé que la question des mesures *ex parte*, qui – elle en convenait – demeurait une question importante et un point controversé, ne devait pas retarder la progression des travaux de révision de la Loi type. Elle avait toutefois constaté que le Groupe de travail n'avait pas consacré beaucoup de temps à l'examen de cette question à ses dernières sessions et exprimé l'espoir qu'il parviendrait à un consensus sur ce point à sa prochaine session, sur la base d'un projet révisé devant être établi par le secrétariat (A/59/17, par. 58).

14. Le Groupe de travail a également rappelé qu'il avait déjà débattu de la question de l'insertion d'une disposition sur les mesures *ex parte* (voir A/CN.9/468, par. 70; A/CN.9/485, par. 89 à 94; A/CN.9/487, par. 69 à 76; A/CN.9/508, par. 77 à 79; A/CN.9/523, par. 15 à 76; A/CN.9/545, par. 49 à 92 et A/CN.9/547, par. 109 à 116).

15. Il a aussi été rappelé qu'une disposition autorisant un tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires *ex parte* devait son origine en partie au fait que la

présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible et [en tout état de cause] au plus tard dans un délai ne dépassant pas 48 heures après la notification ou à toutes [autres] dates et heures [antérieures] appropriées dans les circonstances.]"

nécessité d'un élément de surprise avait été admis dans certains cas, à savoir lorsqu'il se pouvait que la partie touchée tente de priver la mesure de sa substance en intervenant pour la rendre sans objet ou inexécutable (A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 69). Il a été ajouté que les juridictions étatiques octroyaient très fréquemment des mesures *ex parte* et que le fait que celles-ci soient rarement demandées dans le cadre de l'arbitrage tenait peut-être en partie à l'absence de règles légales favorisant ce type de mesures. La suppression de cette disposition, a-t-on estimé, contraindrait les parties ayant opté pour un règlement extrajudiciaire de leur litige à saisir quand même les juridictions étatiques pour des questions de mesures *ex parte*.

16. On s'est déclaré opposé à l'insertion d'une disposition sur les mesures *ex parte*. Il a été dit qu'une telle disposition allait à l'encontre des principes de confiance et de consensus qui présidaient à l'arbitrage international et était contraire au principe de l'équité et de l'égalité de traitement des parties à la procédure arbitrale. On a dit aussi qu'une telle disposition serait extrêmement difficile à concilier avec les dispositions actuelles de la Loi type, notamment l'article 18 (aux termes duquel les parties devaient être traitées sur un pied d'égalité et avoir toute possibilité de faire valoir leurs droits), l'article 24-3 (qui exigeait que tous les documents soient communiqués aux deux parties) et l'article 36-1 a) ii) (qui autorisait une juridiction étatique à refuser de reconnaître ou de faire exécuter une sentence si une partie n'avait pas pu faire valoir ses droits). Il a en outre été estimé que le paragraphe 7 compliquait les choses et pouvait empêcher certains pays d'incorporer la Loi type dans leur droit interne, dans la mesure où les mesures *ex parte* pouvaient être considérées dans ces pays comme contraires à l'ordre public, aux règles constitutionnelles ou aux traités internationaux. On a fait observer que, dans les pays où les mesures *ex parte* seraient acceptables, elles pouvaient être demandées conformément à un arrangement contractuel en l'absence de législation spécifique. De ce point de vue, l'insertion d'une disposition telle que le paragraphe 7 risquait même d'être considérée comme limitant l'autonomie des parties. Enfin, il a été dit que, dans les pays où les mesures *ex parte* étaient rares, voire inconnues, il serait peut-être difficile pour les juridictions étatiques de faire exécuter des mesures provisoires ordonnées *ex parte* par un tribunal arbitral.

17. En réponse, des arguments supplémentaires ont été avancés en faveur d'une disposition reconnaissant les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. Il a été dit que le droit à une procédure régulière et l'égalité de traitement des parties en litige étaient des principes essentiels pour la plupart des systèmes de justice, mais que des pratiques *ex parte* s'étaient néanmoins développées dans ces derniers parce qu'il avait été admis que, dans certains cas, on ne pouvait éviter l'injustice venant de ce qu'une partie faisait échouer la procédure arbitrale qu'en recourant à une procédure *ex parte*. Afin d'apaiser les préoccupations suscitées par les mesures *ex parte*, les juridictions étatiques avaient conçu des garde-fous sévères. Il a été souligné que le paragraphe 7 tenait compte de ces précédents dans les procédures engagées devant les juridictions étatiques et prévoyait des mesures de protection strictes, en limitant rigoureusement la durée des mesures *ex parte*, en exigeant que la possibilité soit donnée à la partie visée par la mesure *ex parte* d'être entendue le plus rapidement possible, et en obligeant le demandeur à constituer une garantie et à divulguer tous les faits. Il a été rappelé cependant que, si les procédures *ex parte* étaient acceptables dans le cas des juridictions étatiques compte tenu de leur caractère public, il serait sans doute moins acceptable de créer un mécanisme parallèle pour les tribunaux arbitraux. On a également craint que les tentatives de

mettre exactement sur le même plan les tribunaux arbitraux et les juridictions étatiques ne soient contre-productives et ne compromettent le développement de l'arbitrage commercial international dans certains pays.

Possibilité d'exclure/de choisir l'application de la disposition

18 Afin de rapprocher les vues divergentes exprimées ci-dessus, le Groupe de travail a examiné si la Loi type devrait ou non traiter la question des mesures *ex parte* en énonçant une disposition que les parties pourraient choisir d'exclure ou d'appliquer.

19. La formule "Sauf convention contraire des parties" figurant entre crochets au début du paragraphe 7 illustre la solution consistant à autoriser les parties à "exclure" la disposition. Un certain soutien a été exprimé en faveur de cette solution car elle reflétait davantage le caractère contractuel de l'arbitrage. Il a été dit que cette solution était plus conforme à l'approche législative adoptée dans d'autres dispositions de la Loi type et qu'il était très inhabituel dans la tradition législative observée par de nombreux pays d'autoriser les parties à choisir l'application d'une disposition. Il a également été dit que le fait de laisser aux parties le soin de trancher la question des mesures *ex parte* ne favoriserait pas l'uniformité sur ce point.

20. Toutefois, un certain nombre de délégations se sont déclarées favorables à ce que les parties puissent "choisir l'application" de la disposition sur les mesures *ex parte* et ont proposé de faire commencer cette disposition par une formule du type "Si les parties en ont ainsi expressément convenu" ou "Si les parties habilite le tribunal arbitral à cette fin". On a fait valoir que cette solution était plus susceptible de préserver le caractère contractuel de l'arbitrage en limitant la possibilité d'une application automatique de la disposition relative aux mesures *ex parte*. Il a également été estimé que le fait de permettre aux parties d'exclure l'application de la disposition pourrait susciter des objections dans certains pays pour des motifs d'ordre public.

21. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus à ce stade sur la question de savoir si la disposition devrait autoriser les parties à exclure ou à choisir l'application du régime *ex parte*. L'avis selon lequel il était peut-être impossible de traiter la question au moyen d'une règle harmonisée a été appuyé. Il fallait peut-être, par conséquent, laisser aux législateurs des États incorporant la Loi type le soin de trancher la question. Concernant la présentation du paragraphe 7 sous la forme d'une disposition facultative, il a été dit qu'on trouverait des précédents dans la note relative à l'article 35-2 de la Loi type ou dans la note accompagnant l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale.

22. Avant de décider s'il faudrait mentionner expressément les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* dans une version révisée de l'article 17 de la Loi type et, dans l'affirmative, de quelle façon, le Groupe de travail a entrepris d'examiner dans le détail le texte du paragraphe 7 du projet d'article 17 tel qu'il figurait dans la note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.131). Au cours de ses délibérations, il a aussi examiné un texte proposé par une délégation comme variante possible du projet d'article 17. Faute de temps, il n'en a examiné que le paragraphe 7. Le texte proposé complet était le suivant:

“1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d’une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires ou les modifier.

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

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s’abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice;

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l’exécution d’une sentence ultérieure; ou

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

3. Excepté en ce qui concerne la mesure visée à l’alinéa d) du paragraphe 2, la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral que:

a) Un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l’octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n’est pas ordonnée, et qu’un tel préjudice l’emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle cette mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

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

4. Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur ou à toute autre partie de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure provisoire ou conservatoire.

5. Si le tribunal arbitral le lui ordonne, le demandeur divulgue sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire.

6. (supprimé)

6 *bis*. Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu’en l’espèce la mesure était injustifiée. Le tribunal peut ordonner le versement de frais et de dommages-intérêts à tout moment pendant la procédure.

7. a) Sauf convention contraire des parties, une partie demandant une mesure provisoire ou conservatoire peut former sa demande sans en aviser l’autre partie et demander également une mesure préliminaire nécessaire pour

empêcher que la mesure provisoire ou conservatoire demandée ne soit compromise.

b) Les dispositions des paragraphes [2,] 3, 4, 5, 6 et 6 *bis* du présent article s'appliquent à toute mesure préliminaire que le tribunal arbitral peut accorder en vertu du présent paragraphe.

c) [Le tribunal arbitral peut accorder une mesure préliminaire s'il conclut que la mesure provisoire demandée risque autrement d'être compromise avant que toutes les parties puissent être entendues.]

d) Une fois que le tribunal arbitral a pris une décision concernant une mesure préliminaire, il adresse immédiatement notification à la partie contre laquelle cette mesure préliminaire est dirigée de la demande, de la mesure préliminaire, le cas échéant, et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relatives à la demande, à moins qu'il ne décide qu'une telle notification devrait être différée jusqu'à exécution par une juridiction étatique ou expiration de la mesure préliminaire.

e) La partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible. Dans les 48 heures ou tout autre laps de temps court suivant l'expiration du délai accordé à l'autre partie pour présenter ses arguments, le tribunal arbitral décide s'il doit confirmer, proroger ou modifier une mesure préliminaire.

f) Une mesure préliminaire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'a ordonnée, à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie sous la forme d'une mesure provisoire ou conservatoire [ou sous toute autre forme].

g) (supprimé)

h) (supprimé)"

Alinéa a)

"[Sauf convention contraire des parties]"

23. Le Groupe de travail est convenu de ne pas aborder la question de savoir s'il fallait ou non insérer les mots "[Sauf convention contraire des parties]" avant d'avoir fini d'examiner le paragraphe 7.

Nature des mesures préliminaires

24. Des doutes ont été exprimés quant à savoir si le concept de "mesure préliminaire" devait ou non être considéré comme un sous-ensemble de celui, plus large, de "mesure provisoire". On a fait valoir que, si ces deux concepts relevaient de la même catégorie juridique, la distinction établie entre eux risquait d'être jugée artificielle et de créer des difficultés dans l'application et dans la pratique. Il a été dit que, si les mesures provisoires étaient censées avoir la même nature et le même effet que les mesures préliminaires, il serait alors peut-être préférable, pour éviter toute confusion, d'utiliser le même terme pour les deux concepts.

25. Pour montrer que les mesures préliminaires et les mesures provisoires avaient la même nature juridique, on a fait observer que les renvois dans le paragraphe 7 b) aux paragraphes 2, 3, 5, 6 et 6 *bis* rendaient la définition et le régime juridique des mesures provisoires applicables aux mesures préliminaires. Il a été expliqué que la définition des mesures provisoires au paragraphe 2 était si large qu'une mesure préliminaire entrerait nécessairement dans son champ.

Objet, fonction et régime juridique des mesures préliminaires

26. Il a été précisé que, même si les mesures préliminaires pouvaient être considérées comme un sous-ensemble des mesures provisoires, elles pouvaient se distinguer d'autres mesures provisoires par leur objet plus limité, car elles visaient uniquement à empêcher que la mesure provisoire demandée ne soit compromise. Un autre élément distinctif était que la mesure préliminaire n'avait pour fonction que d'enjoindre à une partie de préserver le statu quo jusqu'à ce qu'elle se soit manifestée auprès du tribunal arbitral et que ce dernier se soit prononcé sur la demande de mesure provisoire. La mesure préliminaire se distinguait également par son régime juridique, qui la soumettait à des délais plus stricts que ceux prévus pour les autres mesures provisoires. Pour résumer les particularités des mesures préliminaires, il a été dit que ces mesures n'étaient en fait qu'un dispositif transitoire qui s'appliquait jusqu'à ce que les deux parties puissent être entendues à propos d'une mesure provisoire demandée.

Versions remaniées proposées pour l'alinéa a)

27. Afin de bien faire la distinction entre mesures provisoires et mesures préliminaires et de limiter davantage les fins auxquelles ces dernières pouvaient être utilisées, la variante ci-après – qui a reçu un écho favorable – a été proposée pour l'alinéa a):

“Sauf convention contraire des parties, une partie demandant une mesure provisoire ou conservatoire peut former sa demande sans en aviser l'autre partie et demander également une mesure préliminaire nécessaire pour empêcher que la mesure provisoire ou conservatoire demandée ne soit compromise.”

28. On a fait valoir que cette variante avait plus de chances de rallier tous les suffrages car elle fixait apparemment des conditions plus strictes, en limitant la possibilité d'accorder une mesure préliminaire aux situations dans lesquelles le tribunal arbitral considérait qu'une mesure *ex parte* était nécessaire pour empêcher que la mesure provisoire ou conservatoire ne soit compromise. Il a été dit qu'en ne mentionnant pas le maintien du statu quo, la nouvelle variante offrait une plus grande souplesse au tribunal arbitral. On a également estimé qu'elle constituait une amélioration par rapport au projet de texte précédent, car elle précisait bien les différences entre mesure provisoire et mesure préliminaire.

29. D'un point de vue rédactionnel, il a été proposé de remplacer les mots “une mesure préliminaire nécessaire” par “toute mesure préliminaire éventuellement nécessaire”. Une autre proposition rédactionnelle a été faite en réponse à la question de savoir si l'absence de notification valait à la fois pour la mesure provisoire et la mesure préliminaire. Pour faire ressortir très clairement que l'autre partie n'était avisée ni de la demande de mesure provisoire ni de la demande de mesure

préliminaire, on a proposé de déplacer les mots “sans en aviser l’autre partie” à la fin de l’alinéa a). Ces propositions ont recueilli un certain soutien.

30. Il a été dit que l’alinéa a) était censé refléter une pratique existante, qui consistait pour les arbitres à aviser une partie d’une demande de mesure provisoire tout en lui ordonnant (on parlait parfois dans ce cas de “stop order”), de ne rien faire qui puisse modifier la situation des parties jusqu’à ce qu’elles aient toutes deux été entendues. Afin de limiter encore la fonction des mesures préliminaires de manière à tenir compte de cette pratique, il a été proposé de libeller l’alinéa a) à peu près comme suit:

“Sauf convention contraire des parties, une partie demandant une mesure provisoire ou conservatoire peut former sa demande sans en aviser l’autre partie et demander également une mesure préliminaire enjoignant à l’autre partie de ne rien faire qui compromette la mesure provisoire ou conservatoire demandée.”

31. Bien que certaines délégations l’aient jugée trop restrictive, cette proposition a bénéficié d’un large soutien, car elle pouvait rapprocher les vues divergentes exprimées à propos des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. Il a aussi été fait observer que le libellé proposé serait particulièrement utile pour établir une distinction entre l’objet limité d’une mesure préliminaire et les fonctions plus générales des mesures provisoires. En réponse à plusieurs questions, il a été expliqué que les mots “enjoignant à l’autre partie de ne rien faire qui compromette la mesure provisoire ou conservatoire” ne signifiaient pas que la partie était uniquement tenue de s’abstenir de tout acte mais devaient être interprétés de manière large comme désignant également une obligation d’agir. Il a en outre été signalé que le terme “order”, dans la version anglaise, ne devait pas être interprété comme imposant des conditions particulières quant à la forme que devrait revêtir une mesure préliminaire.

32. À l’issue de son débat, le Groupe de travail a adopté la variante proposée aux paragraphes 30 et 31, sous réserve de ses délibérations futures concernant l’emplacement du paragraphe 7 et sa formulation de sorte que les parties puissent éventuellement en exclure ou en choisir l’application.

Alinéa b)

Renvois aux paragraphes 2, 3, 5, 6 et 6 bis

33. On a exprimé la crainte que les renvois aux paragraphes 2, 3, 5, 6 et 6 *bis* ne soient interprétés comme soumettant les mesures provisoires et les mesures préliminaires à un seul et même régime. À cela, il a été répondu que les renvois aux paragraphes 3, 5, 6 et 6 *bis* étaient destinés à imposer les mêmes limites et conditions qui s’appliquaient aux mesures provisoires et ne devaient pas être interprétés comme assimilant une mesure préliminaire à d’autres mesures provisoires.

34. Étant donné qu’il était convenu de circonscrire les mesures préliminaires de manière plus stricte (voir par. 30 à 32), le Groupe de travail a décidé, après discussion, de supprimer le renvoi au paragraphe 2. Il est également convenu de conserver les renvois aux paragraphes 3, 5, 6 et 6 *bis*.

Renvoi possible au paragraphe 4

35. Il a été proposé que l'alinéa b) renvoie au paragraphe 4, lequel disposait que le tribunal arbitral "pouvait" exiger la constitution d'une garantie lorsqu'une mesure provisoire était demandée. Il a également été proposé de supprimer par voie de conséquence l'alinéa g) (qui faisait obligation au tribunal arbitral d'exiger du demandeur la constitution d'une garantie en liaison avec le prononcé d'une mesure préliminaire). Il a été rappelé que le Groupe de travail avait, lors de débats antérieurs, conclu que la constitution d'une garantie appropriée devait être impérativement exigée pour l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* (voir A/CN.9/545, par. 69). Un certain soutien a été exprimé en faveur du maintien de cette exigence impérative étant donné que la constitution d'une garantie était l'une des principales mesures de protection dans une situation *ex parte*.

36. On a craint toutefois que, dans certains cas, il ne soit pas possible d'exiger la constitution d'une garantie, par exemple lorsqu'un demandeur était insolvable en raison de mesures prises par le défendeur ou lorsque la réparation d'un dommage déjà causé était ordonnée. Il a été répondu que l'alinéa g) était déjà censé tenir compte de ces préoccupations car il parlait de garantie "appropriée".

37. Toutefois, l'idée qu'il serait préférable de laisser au tribunal arbitral une certaine marge d'appréciation lorsqu'il était amené à trancher la question de la garantie a été fermement appuyée. À cette fin, il a été proposé de modifier l'alinéa g) de sorte à obliger le tribunal arbitral à examiner la question de la garantie, tout en laissant cependant la décision d'exiger ou non la constitution d'une telle garantie à son appréciation. On s'est toutefois inquiété des conséquences éventuelles du non-respect de cette obligation par le tribunal arbitral. Pour apaiser ces préoccupations, il a été proposé de ne pas insérer à l'alinéa b) de renvoi au paragraphe 4, mais d'ajouter plutôt à la fin de l'alinéa g) les mots suivants: "sauf s'il est convaincu qu'il y a des raisons particulières de ne pas le faire". Cette proposition a été très favorablement accueillie sur le fond. Sur le plan rédactionnel, il a été demandé si l'adjectif "particulières" devrait être employé au risque de laisser entendre qu'il faudrait présenter au tribunal arbitral des motifs spécifiques prédéfinis. En réponse, il a été proposé d'utiliser éventuellement une formule du type "à moins qu'il ne le juge inapproprié ou inutile". Le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée de l'alinéa g) qui tienne compte de cette discussion.

38. On a noté avec préoccupation que le moment où la garantie pouvait être exigée n'était pas clairement défini. On s'est en outre inquiété du fait que le Groupe de travail n'avait pas à ce jour prêté suffisamment attention à la relation entre l'alinéa g) et les dispositions relatives à l'exécution figurant dans le projet d'article 17 *bis*. Il a été rappelé que cette question avait précédemment fait l'objet de discussions au sein du Groupe de travail mais que ce dernier n'avait pas examiné pleinement l'impact de la décision d'un tribunal arbitral d'exiger la constitution d'une garantie ni la mesure dans laquelle celle-ci serait prise en compte dans une procédure judiciaire d'*exequatur* engagée par la suite (pour les débats antérieurs voir A/CN.9/524, par. 72 à 75). Il a été convenu qu'il faudrait peut-être étudier plus avant cette question à un stade ultérieur.

Alinéa c)

39. Le Groupe de travail a examiné ensuite l'alinéa c). Il a été suggéré que cet alinéa soit supprimé car il n'était qu'une redite de l'alinéa a). Selon une autre proposition, dans la mesure où l'alinéa c) donnait des orientations qui pouvaient être utiles aux arbitres, son contenu pourrait être intégré à un texte explicatif visant à préciser le sens de l'alinéa a).

40. Selon d'autres opinions, cependant, il fallait conserver l'alinéa c) dans le corps du paragraphe 7. Il a été dit que l'alinéa a) traitait de la procédure à suivre par une partie lorsqu'elle demandait une mesure préliminaire, alors que l'alinéa c) traitait cette question du point de vue des pouvoirs du tribunal arbitral et donnait des orientations sur les aspects que celui-ci devait prendre en compte lorsqu'il accordait une telle mesure. On pouvait ainsi considérer que l'alinéa c) appuyait et renforçait l'alinéa a).

41. Afin de souligner le caractère exceptionnel des mesures préliminaires et de faire en sorte que l'alinéa c) complète l'alinéa a) au lieu de le répéter, il a été proposé de remplacer l'alinéa c) par le texte ci-après: "Le tribunal arbitral ne peut accorder une mesure préliminaire à moins qu'il conclue qu'il existe des raisons de craindre que la mesure provisoire demandée sera autrement compromise avant que toutes les parties puissent être entendues". On a appuyé cette proposition, en faisant valoir qu'elle faisait bien ressortir les circonstances exceptionnelles requises pour justifier l'octroi d'une mesure préliminaire. Il a été suggéré, pour mettre davantage l'accent sur les graves conséquences d'une mesure préliminaire, de remplacer les mots "des raisons de craindre" (dont on estimait qu'ils étaient imprécis et avaient un sens trop large) par "une forte probabilité" ou "des motifs raisonnables de craindre". À cet égard, il a été proposé que le projet de disposition porte non seulement sur le risque que la mesure soit compromise, mais aussi sur le bien-fondé de la mesure.

42. On s'est inquiété de ce qu'un texte exigeant des arbitres qu'ils appliquent des critères tels que "une forte probabilité" ou "des motifs raisonnables de craindre", risquait d'aboutir à des résultats incertains et de ne pas donner les orientations simples dont avaient besoin, en particulier, les arbitres moins expérimentés. Le Groupe de travail a pris note de cette préoccupation.

43. Selon un autre avis, l'alinéa c) serait peut-être plus utile s'il était exprimé à la forme affirmative plutôt que négative. Sur un point de rédaction, il a été proposé de remplacer "conclut" par "considère" et de supprimer le mot "autrement", qui était superflu. Il a été suggéré de remanier l'alinéa c) à peu près comme suit: "Le tribunal arbitral ne peut accorder une mesure préliminaire que s'il considère qu'il existe des motifs raisonnables de craindre que la mesure provisoire demandée ne soit compromise avant que toutes les parties puissent être entendues". Après un débat, le Groupe de travail a adopté cette proposition sur le fond.

Alinéa d)*Notification*

44. Le Groupe de travail a concentré son attention sur la première partie de l'alinéa d) qui n'était pas placée entre crochets. Étant donné que, dans certains cas, il serait difficile au tribunal arbitral d'aviser la partie contre laquelle la mesure préliminaire était dirigée, il a été suggéré que, conformément à l'approche adoptée

dans d'autres dispositions de la Loi type, la question de savoir qui devait donner notification reste ouverte. Par exemple, l'article 24-2 de la Loi type disposait que les parties "recevront suffisamment longtemps à l'avance notification", sans préciser qui donnerait cette notification. Il a été dit que cette approche permettrait au tribunal arbitral d'enjoindre au demandeur de donner notification. Le Groupe de travail est convenu que l'alinéa d) devrait donner cette latitude au tribunal arbitral.

45. Il a été dit que l'alinéa d) exigeait qu'il soit donné notification de la demande de mesure préliminaire, mais ne prévoyait pas expressément la même obligation pour la demande de mesure provisoire. Il a été proposé, même si cette demande était peut-être déjà visée par les mots "toutes autres communications", d'insérer les termes "de la demande de mesure provisoire" après la première occurrence du mot "demande" à l'alinéa d) afin de dissiper tout doute à cet égard. Le Groupe de travail a adopté cette proposition sur le fond et a prié le secrétariat de remanier l'alinéa c) en conséquence.

Report de la notification et exequatur

46. Le Groupe de travail s'est ensuite penché sur la possibilité, prévue dans le texte entre crochets figurant à la fin de l'alinéa d), de reporter la notification jusqu'à ce que la juridiction étatique ait donné force exécutoire à la mesure préliminaire.

47. Il a été dit que l'insertion de ce texte entraînerait l'instauration, entre la partie demandant la mesure préliminaire et le tribunal arbitral, d'un dialogue continu dont serait exclue l'autre partie et contraindrait le tribunal à proroger épisodiquement un tel report. On a fait valoir que la confiance dans la procédure arbitrale serait entamée par un texte qui ferait fi du droit à une procédure régulière en autorisant un tribunal arbitral à prendre une décision durable contre une partie sans l'avoir d'abord entendue. Il a été répondu que la question était d'empêcher que la mesure provisoire demandée ne soit compromise et qu'en tout état de cause l'alinéa f) limiterait la durée maximale du report de la notification à 20 jours. Quant à l'opinion selon laquelle l'insertion du texte entre crochets entamerait la confiance dans l'arbitrage, on a souligné qu'il arrivait souvent, dans le cours d'un arbitrage, que les arbitres prennent des décisions allant à l'encontre des souhaits de l'une ou l'autre partie, par exemple lorsqu'ils définissent leur mission et fixaient des délais. L'avis a été exprimé que la confiance dans l'arbitrage venait de ce qu'il permettait d'empêcher qu'une partie obtienne un avantage indu, et non d'éviter des décisions mal accueillies. Il a été rétorqué que ces exemples étaient mal choisis car ces questions étaient réglées entre les parties si bien que le droit à une procédure régulière était préservé.

48. On a également été d'avis que le fait d'exiger d'un tribunal arbitral qu'il prenne en compte la nécessité d'un *exequatur* présupposait une culture de coopération entre les tribunaux arbitraux et les juridictions étatiques, culture qui n'existait pas dans tous les pays. Il a été fait observer que, lorsque l'*exequatur* d'une mesure préliminaire semblait nécessaire (à savoir, lorsqu'un élément de surprise était indispensable pour empêcher que la mesure provisoire demandée ne soit compromise) il serait plus logique et plus pratique que le demandeur saisisse directement la juridiction étatique compétente pour obtenir une mesure préliminaire plutôt que de prolonger la phase unilatérale devant le tribunal arbitral. À cela on a rétorqué que, dans certains arbitrages complexes, il serait plus judicieux que les parties demandent une mesure préliminaire au tribunal arbitral qui connaissait déjà

l'affaire. Il a également été dit qu'en tout état de cause le choix de saisir une juridiction étatique ou un tribunal arbitral pour demander le prononcé d'une mesure préliminaire devrait être laissé aux parties.

49. Il a été noté que l'alinéa i) du paragraphe 7, qui figurait actuellement dans une note de page se rapportant à l'alinéa d), énonçait une procédure détaillée pour le report de la notification devant permettre à une juridiction étatique de donner force exécutoire à la mesure préliminaire. Un certain nombre de délégations ont estimé que cette disposition entraînait trop dans les détails, lesquels, a-t-on dit, ne se prêtaient pas aisément à une harmonisation au moyen d'une législation uniforme, étaient inutilement complexes, risquaient d'enfermer les arbitres dans un cadre procédural qui s'inspirait de manière trop rigide des règles de procédure suivies par certaines juridictions étatiques et ne tenaient peut-être pas suffisamment compte de tous les aspects pratiques que pouvait comporter l'interaction entre juridictions étatiques et tribunaux arbitraux. Selon l'opinion qui l'a emporté, il fallait simplifier la procédure de report de la notification. À cette fin, il a été convenu de supprimer le renvoi à l'alinéa i) figurant dans l'alinéa d) ainsi que l'alinéa i) lui-même.

50. Sur le plan rédactionnel, il a été proposé de remplacer les mots "jusqu'à exécution par une juridiction étatique ou expiration de la mesure préliminaire", qui figuraient à la fin du texte entre crochets par "jusqu'à ce que la juridiction étatique décide de donner ou non force exécutoire à la mesure préliminaire ou jusqu'à expiration de la mesure". Toujours sur le plan rédactionnel, il a aussi été proposé, pour faire ressortir clairement que le report devrait être aussi bref que possible, d'ajouter à la fin de l'alinéa d) une formule du type: "si celle-ci intervient avant". Le Groupe de travail a pris note de ces propositions.

51. Après discussion, le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur la question de savoir si le projet révisé d'article 17 devrait aborder la question de l'*exequatur* des mesures préliminaires. Il a été décidé de conserver tel quel le texte entre crochets à la fin de l'alinéa d), sous réserve de supprimer le renvoi à l'alinéa i), pour la suite des débats à une prochaine session. Le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée de l'alinéa d) qui tienne compte des débats du Groupe de travail. Il a été rappelé à ce dernier, à l'issue de ses délibérations, que la suppression de toutes les dispositions traitant de l'*exequatur* des mesures préliminaires rendrait probablement le texte du paragraphe 7 dans son ensemble, y compris la formule permettant aux parties d'en exclure l'application, plus acceptable pour un certain nombre de délégations.

Alinéa e)

52. On a rappelé que l'alinéa e) traitait de la possibilité pour le défendeur de présenter ses arguments après avoir reçu notification du tribunal arbitral et fixait un délai correspondant. L'alinéa précisait que ce délai devait être le plus court possible et, en tout état de cause, ne pas excéder 48 heures après que la notification avait été donnée au défendeur.

53. Il a été proposé, pour indiquer clairement que le tribunal arbitral avait l'obligation de donner au défendeur la possibilité de présenter ses arguments, de remanier le début de l'alinéa à peu près comme suit, en mettant le tribunal comme sujet: "Le tribunal arbitral donne à la partie contre laquelle la mesure préliminaire

est dirigée la possibilité de présenter ses arguments...”. Le Groupe de travail a adopté cette proposition.

54. On s’est inquiété de ce que le délai de 48 heures prévu ne soit pas suffisant, étant donné qu’un défendeur pourrait avoir besoin de plus de temps pour préparer et présenter ses arguments. En réponse, on a expliqué que le fait que soit donnée à “la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée la possibilité de présenter ses arguments” avait pour objet d’établir le droit de cette partie à être entendue, et non de l’obliger à réagir dans les 48 heures.

55. Diverses propositions ont été faites à des fins de clarification et pour éviter que la disposition ne soit interprétée à tort comme créant une obligation pour le défendeur de réagir dans les 48 heures. Selon l’une d’elles, la disposition devrait accorder un délai plus souple au défendeur pour présenter ses arguments en disant simplement “le plus rapidement possible”. Dans le même ordre d’idées, on a proposé de remplacer les mots “le plus rapidement possible” par “dès qu’elle pourra le faire”. Selon une autre proposition, il faudrait modifier la référence au délai de 48 heures ou tout autre laps de temps court de sorte à parler plutôt du délai dans lequel le tribunal arbitral devait statuer sur la mesure après avoir entendu le défendeur. Si l’on combinait ces diverses propositions, l’alinéa e) serait libellé à peu près comme suit: “Le tribunal arbitral donne à la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée la possibilité de lui présenter ses arguments dès qu’elle pourra le faire. Dans les 48 heures ou tout autre laps de temps court suivant l’expiration du délai accordé à cette partie pour présenter ses arguments, le tribunal arbitral décide s’il doit confirmer, proroger ou modifier une mesure préliminaire”.

56. Sur un point de rédaction, il a été suggéré de remplacer les mots “confirmer, proroger ou modifier une mesure préliminaire” figurant dans la nouvelle version proposée de l’alinéa e) par “confirmer, proroger ou modifier la mesure préliminaire sous la forme d’une mesure provisoire ou l’annuler”, de sorte que tous les cas de figure soient pris en compte. On a également proposé, en vue d’éviter tout risque de confusion entre le fait d’être entendu à propos de la mesure préliminaire et l’audience sur le fond de la demande sous-jacente de mesure provisoire, d’insérer, après “de présenter ses arguments”, le membre de phrase “en vue de l’annulation de la mesure préliminaire”.

57. On a fait observer que cette nouvelle version proposée de l’alinéa e) assouplissait le délai dans lequel le défendeur devait présenter ses arguments. On s’est toutefois inquiété de ce que la suppression du délai de 48 heures prévu à l’origine privait cette partie d’une garantie fondamentale. Pour apaiser cette crainte, on a proposé d’insérer les mots “en principe dans les 48 heures” à la fin de la première phrase de la version remaniée. Bien que cette inquiétude ait été largement partagée, l’avis a également été exprimé que l’expression “en principe” n’était généralement pas employée dans les textes législatifs et qu’il faudrait trouver une autre formule, éventuellement inspirée du texte original de l’alinéa e) ou faisant référence au délai approprié “compte tenu des circonstances”.

58. Une autre inquiétude suscitée par la nouvelle version proposée de l’alinéa e) était que, une fois que le tribunal arbitral avait entendu le défendeur, la mesure préliminaire devenait obsolète et le régime des mesures provisoires devait alors s’appliquer. Après un débat, les auteurs de la version remaniée ont décidé de retirer la seconde phrase. Cependant, on a fait observer que la suppression de cette phrase

risquait de créer un vide car on ne savait pas exactement ce qu'il advenait de la mesure préliminaire après que la partie avait eu la possibilité de présenter ses arguments.

59. Il a également été proposé de remanier l'alinéa e) comme suit: "Le tribunal arbitral donne à la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée la possibilité de présenter ses arguments au plus tard dans les 48 heures après la notification ou dans un dans un délai plus long si cette partie le lui demande". On a expliqué que cette proposition avait pour objet de prévoir expressément un délai plus long et d'autoriser expressément le défendeur à le demander au lieu de laisser au seul tribunal arbitral le soin de trancher cette question en fonction des circonstances.

60. Il a été fait remarquer que l'alinéa e) n'indiquait pas ce qu'il advenait lorsqu'une partie cherchait intentionnellement à retarder la présentation de ses arguments au tribunal arbitral en vue de tirer profit de la durée de 20 jours des mesures préliminaires pour faire échouer la demande de mesure provisoire ou conservatoire. En réponse, on a fait valoir que cette question ne devait pas faire l'objet de règles trop contraignantes et que la disposition devait viser à offrir au tribunal arbitral une procédure souple pour traiter ce cas.

61. Après un débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du projet d'alinéa e) rendant compte des préoccupations, propositions et suggestions ci-dessus.

Alinéa f)

62. Il a été suggéré de supprimer la deuxième phrase de l'alinéa f) dont le contenu se trouvait déjà reflété au paragraphe 6, qui s'appliquait à une mesure préliminaire en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 7. Il a été convenu que cette deuxième phrase pouvait de ce fait être supprimée. On a toutefois signalé qu'il serait peut-être important de conserver une référence à la "prorogation" de la mesure préliminaire, car ce terme n'était pas expressément mentionné au paragraphe 6. Il a été répondu que le mot "modification" sous-entendait le droit pour le tribunal arbitral de proroger la mesure préliminaire. On a toutefois estimé qu'il faudrait apporter au paragraphe 6 de plus amples éclaircissements sur la possibilité de proroger une mesure provisoire.

63. En ce qui concerne la première phrase de l'alinéa f), il a été proposé de supprimer la deuxième partie commençant par "à moins qu'il". On a fait valoir que ce membre de phrase n'était pas nécessaire, risquait de créer une confusion entre la mesure provisoire et la mesure préliminaire et pouvait être contraire au principe selon lequel une mesure préliminaire avait une durée de vie fixe de 20 jours. On a cependant fait observer que, sans ce membre de phrase, il risquait d'y avoir un décalage entre le moment où la mesure préliminaire expirait et celui où la mesure provisoire prenait effet, ce qui pouvait être le cas, par exemple, s'il fallait plus de 20 jours pour rendre exécutoire une mesure préliminaire. Il a été dit, en réponse, qu'il serait peut-être nécessaire de préciser à l'alinéa f) que la prorogation d'une mesure préliminaire impliquerait sa conversion en mesure provisoire. On a proposé, pour apporter cette précision, de remplacer les mots "à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie sous la forme d'une mesure provisoire ou conservatoire [ou sous toute autre forme]" par une nouvelle phrase qui serait libellée à peu près

comme suit: “Le tribunal arbitral peut convertir la mesure préliminaire en mesure provisoire”. Ce point de vue a recueilli un certain soutien. Il a toutefois été estimé qu’il serait peut-être plus simple de dire que le tribunal pouvait prononcer une mesure provisoire qui reprenait tout ou partie du contenu d’une mesure préliminaire.

64. Pour bien insister sur le fait qu’un tribunal arbitral ne pouvait proroger la phase *ex parte* de la procédure au-delà de la limite de 20 jours (que l’on a qualifiée de “date butoir” pour illustrer l’avis selon lequel une mesure préliminaire ne pouvait être prorogée au-delà de cette limite que sous la forme d’une mesure provisoire *inter partes*), il a été proposé de remanier l’alinéa f) comme suit: “En tout état de cause, une mesure préliminaire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l’a prononcée”. Cette proposition a bénéficié d’un certain soutien. Le secrétariat a été prié de tenir compte des propositions et suggestions ci-dessus lorsqu’il élaborerait une version révisée de l’alinéa f) que le Groupe de travail examinerait à un stade ultérieur.

Alinéa g)

65. Le Groupe de travail est convenu, lors de son débat sur l’alinéa b) (voir ci-dessus, par. 35 à 38), de modifier l’alinéa g) en ajoutant à la fin de ce dernier un texte du type: “à moins qu’il ne le juge inapproprié ou inutile”.

Alinéa h)

66. Il a été rappelé que l’alinéa h) était inspiré de la règle en vigueur dans certains pays, selon laquelle un avocat avait une obligation spéciale d’informer la juridiction étatique de toutes les questions, y compris celles qui lui étaient défavorables, et que cette règle était considérée comme une garantie fondamentale et une condition essentielle de l’acceptabilité des mesures provisoires *ex parte* (pour les débats antérieurs, voir A/CN.9/545, par. 88). Il a toutefois été dit que l’alinéa h) répétait une obligation qui était déjà énoncée au paragraphe 5, lequel, conformément à l’alinéa b) du paragraphe 7, figurait dans la liste des dispositions s’appliquant au paragraphe 7.

67. Selon un avis, les deux dispositions se distinguaient probablement par le fait que l’alinéa h) énonçait une obligation continue de divulgation, ce que ne faisait pas le paragraphe 5. Il a donc été proposé à propos du paragraphe 5 de remplacer les mots “Le demandeur divulgue sans tarder” par “Le demandeur a l’obligation continue de divulguer”, ce à quoi il a été répondu que, dans sa rédaction actuelle, le paragraphe 5 instaurait déjà une obligation continue.

68. Il a été dit que l’alinéa h) établissait une obligation plus large en exigeant que le demandeur révèle toutes les circonstances que le tribunal arbitral était susceptible de juger pertinentes pour sa décision, que celles-ci aient ou non un lien avec la demande, alors que le paragraphe 5 ne faisait référence qu’aux changements importants des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire avait été demandée ou accordée. Il a été ajouté que le paragraphe 5 traitait des changements importants de circonstances après l’octroi de la mesure provisoire, alors que l’alinéa h) énonçait l’obligation d’informer le tribunal arbitral jusqu’à ce que le défendeur ait fait valoir ses arguments. Étant donné ces différences entre les deux dispositions, le Groupe de travail est convenu de conserver l’alinéa h) de sorte que le demandeur soit impérativement tenu de révéler tous les éléments jusqu’à ce que

l'autre partie ait été entendue. Toutefois, compte tenu du fait que, dans de nombreuses législations nationales, l'obligation faite à une partie de présenter des arguments qui lui étaient défavorables était inconnue ou contraire aux principes généraux du droit procédural, il a été proposé d'étudier éventuellement plus avant la possibilité d'insérer une note de bas de page s'inspirant de l'approche adoptée à l'article 35-2 de la Loi type. Le secrétariat a été invité à prendre note de cette proposition lorsqu'il élaborerait une révision révisée de l'alinéa h) pour que le Groupe de travail l'examine à un stade ultérieur.

Débat général et marche à suivre pour les travaux futurs

69. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas examiné les paragraphes 1 à 6 *bis* du projet d'article 17 (voir ci-dessus, par. 12). On a indiqué qu'il serait nécessaire de rouvrir le débat sur ces projets de dispositions, y compris les propositions de variantes possibles (voir ci-dessus, par. 22) à une session future. Après avoir examiné chacune des dispositions du paragraphe 7, le Groupe de travail est revenu sur son débat général afin de déterminer si une version révisée de l'article 17 devrait chercher à établir un régime juridique pour les mesures provisoires prononcées *ex parte* par un tribunal arbitral et, dans l'affirmative, quelle forme pourrait revêtir un tel régime. Il a été rappelé qu'en l'absence de consensus pour reconnaître ces mesures *ex parte* par le biais de dispositions types qui étaient décrites, par certaines délégations, comme potentiellement préjudiciables à la Loi type et à l'arbitrage commercial en général, la possibilité de ne pas traiter du tout de ces mesures devait rester ouverte. Un autre motif invoqué pour ne pas reconnaître les mesures *ex parte* dans l'arbitrage commercial était le fait qu'un régime comme celui prévu au paragraphe 7 pourrait être particulièrement difficile à appliquer pour les non-juristes (également appelés "arbitres non professionnels"). L'espoir a été exprimé que, même si le Groupe de travail ne parvenait pas à un consensus sur un régime juridique applicable aux mesures provisoires *ex parte*, un certain nombre d'options pourraient au moins être décrites dans le texte révisé de la Loi type à l'intention des législateurs nationaux et d'autres utilisateurs de cet instrument. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, aucun effort ne devait être épargné pour préserver les progrès accomplis par le Groupe de travail à la session en cours pour parvenir à s'entendre unanimement sur une reconnaissance limitée des mesures *ex parte* sous la forme de mesures préliminaires.

70. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du paragraphe 7, en exposant différentes options qu'il faudrait peut-être prendre en considération lors de la finalisation de dispositions législatives types visant à assurer cette reconnaissance limitée des mesures *ex parte*. Il a été convenu en particulier qu'il faudrait peut-être envisager différentes variantes pour le texte suivant les quatre approches ci-après susceptibles d'être adoptées à propos du paragraphe 7: possibilité pour les parties d'opter pour le paragraphe; ou de l'exclure; et possibilité pour l'État adoptant d'opter pour le paragraphe; ou de l'exclure (voir ci-dessus, par. 18 à 21). À cet égard, il a été souligné que, lors de l'élaboration d'une version révisée, les aspects ci-après devraient éventuellement être pris en compte: une disposition qui serait insérée dans un ensemble de règles similaires au paragraphe 7 pour permettre aux parties de choisir l'application desdites règles devrait préserver la liberté des parties de conclure des accords contenant d'autres règles juridiques sur les mesures provisoires *ex parte*; une telle disposition devrait préciser si elle donnait la possibilité aux parties de déroger aux

dispositions de la Loi type concernant l'égalité entre parties et le droit des parties d'être entendues; il faudrait également préciser les conséquences de telles dérogations en ce qui concerne les articles 34 et 36 de la Loi type; dans le cas où une disposition de ce type serait élaborée pour les législateurs nationaux, il faudrait peut-être indiquer si, en l'absence de dispositions spécifiques concernant les mesures provisoires *ex parte*, le texte devrait être interprété comme autorisant ou n'autorisant pas les tribunaux arbitraux à prononcer de telles mesures.

71. Il a été également convenu que le Groupe de travail devrait examiner plus avant si la possibilité de demander l'*exequatur* des mesures préliminaires devrait ou non être prévue et, dans l'affirmative, si des règles détaillées pourraient être énoncées à ce sujet dans le projet d'article 17 *bis*.

72. Le Groupe de travail a noté qu'à sa prochaine session prévue à New York du 10 au 14 janvier 2005, il devrait décider si quelques-uns au moins des projets d'articles de la Loi type actuellement inscrits à son programme de travail (à savoir les projets d'articles 7, 17, 17 *bis* et 17 *ter*) ainsi que les conclusions de ses travaux sur l'interprétation des conditions de forme prescrites par la Convention de New York pour la Convention d'arbitrage pourraient être présentés à la Commission pour examen final et adoption à sa trente-huitième session (Vienne, 4-22 juillet 2005).

IV. Insertion éventuelle de la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels s'applique le projet de convention sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux

73. Le Groupe de travail a entendu une brève introduction au projet de convention en cours d'élaboration par le Groupe de travail IV, sa relation avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et son objectif, qui est de fournir un régime uniforme pour l'utilisation des communications électroniques dans la formation et l'exécution des contrats internationaux.

74. On s'est déclaré favorable dans l'ensemble à l'insertion dans le projet de convention d'une référence à la Convention de New York, qui devrait apporter la clarté nécessaire en ce qui concerne la prescription de la forme écrite mentionnée à l'article II-2 et les autres prescriptions concernant les communications écrites dans le texte de la Convention de New York. Selon un avis largement partagé, une autre raison impérieuse de mentionner la Convention de New York dans le projet de convention serait d'éviter certaines des difficultés que l'on pouvait prévoir si la Convention de New York elle-même devait être modifiée.

75. Une crainte générale a été que si l'on faisait référence à la Convention de New York dans le projet de convention, on risquait d'avoir deux groupes d'États, selon que ceux qui étaient parties à la Convention de New York avaient ou non ratifié aussi le projet de convention. En réponse, on a fait observer que, bien qu'il soit peut-être nécessaire d'examiner plus avant la relation entre les deux instruments, l'utilisation à grande échelle de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, dont s'inspirait le projet de convention, avait déjà créé une situation dans laquelle il était possible de faire une distinction entre les États parties

à la Convention de New York en fonction de leur adoption éventuelle de la Loi type et de l'impact de cette adoption au regard de l'article VII de la Convention de New York.

76. Il était entendu que l'insertion dans le projet d'instrument d'une référence à la Convention de New York n'apporterait pas de solution à toutes les questions soulevées par l'interprétation de l'article II-2 de cette Convention. Il était entendu aussi qu'une telle insertion n'aurait pas d'effet négatif sur les délibérations futures qu'il pourrait être nécessaire au Groupe de travail de tenir à cet égard.

77. Pour ce qui est du libellé détaillé des dispositions du projet de convention qui influencerait sur l'interprétation de la Convention de New York, un certain nombre de remarques ont été faites. Selon l'une d'elles, il faudrait examiner avec soin le champ d'application du projet de convention tel qu'il figure à l'alinéa 4 de son article premier à la lumière des variantes A et B. Selon une autre remarque, les exclusions prévues, entre autres, aux alinéas c) et g) du projet d'article 2 étaient peut-être formulées de manière trop générale pour être vraiment conciliables avec la Convention de New York. Selon une autre remarque encore, il faudrait indiquer clairement si la notion de "contrat", telle qu'elle est employée dans le projet de convention, englobait une convention d'arbitrage. Il serait peut-être nécessaire aussi de se montrer plus précis pour ce qui est de l'application du projet de convention non seulement à la formation mais aussi à l'exécution du contrat. L'avis a été exprimé que, tandis que l'article IV-1 de la Convention de New York permettait l'utilisation d'une "copie réunissant les conditions requises pour son authenticité" pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, cette notion n'était peut-être pas traitée de façon satisfaisante dans le projet de convention.

78. Il a été demandé si la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 10 du projet de convention, selon laquelle une communication électronique est présumée être reçue par le destinataire lorsqu'elle entre "dans un système d'information de ce destinataire" couvrait de façon satisfaisante le type de communications échangées aux fins d'une convention d'arbitrage.

79. Le Groupe de travail est convenu qu'une étroite coordination avec le Groupe de travail IV était nécessaire et que les questions ci-dessus pourraient être examinées plus avant à sa prochaine session. Les délégations ont été encouragées à avoir des consultations et à communiquer leurs observations au secrétariat pour la préparations des délibérations futures des deux groupes.

V. Questions diverses

80. Le Groupe de travail a pris note d'une proposition selon laquelle, lors de la planification de ses travaux futurs, il pourrait examiner en priorité les questions relatives à la résolution en ligne des conflits et à la révision éventuelle des Règles d'arbitrage de la CNUDCI.