



Assemblée générale

Distr.: Générale
27 janvier 2005

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-huitième session
Vienne, 4-15 juillet 2005

Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-deuxième session

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-9	3
II. Délibérations et décisions	10	5
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	11-69	5
Paragraphe 7	12-27	5
Alinéa a)	28-30	8
Alinéa b)	31	9
Alinéa c)	32-36	9
Alinéa d)	37-42	10
Alinéa e)	43-51	11
Alinéa f)	52-58	13
Alinéa g)	59-64	14
Alinéa h)	65-68	15
Texte explicatif	69	16
IV. Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 <i>bis</i>)	70-89	16



Paragraphe 1	71	16
Paragraphe 2 a) – Chapeau	72-73	16
Alinéa a) i) et ii)	74	17
Alinéa a) iii)	75-76	17
Alinéa a) iv)	77-81	18
Alinéa b) i)	82	19
Alinéa b) ii)	83	19
Paragraphe 3	84	19
Paragraphe 4	85	19
Paragraphe 5	86	19
Paragraphe 6	87-89	20
V. Projet de disposition concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 <i>ter</i>)	90-95	21
VI. Insertion éventuelle de la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels s'appliquerait le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux	96-97	22
VII. Questions diverses	98-100	22

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 (ci-après "la Loi type de la CNUDCI") 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 concernant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (provisoirement numéroté 17 *bis*).

3. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-deuxième session à New York du 10 au 14 janvier 2005. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Liban, Madagascar, Maroc, Mexique, Nigéria, Pakistan, Paraguay, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Serbie-et-Monténégro, Sierra Leone, Singapour, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Uruguay, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

4. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants: Afghanistan, Bolivie, Cap-Vert, Congo, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Finlande, Irlande, Malaisie, Myanmar, Nicaragua, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, République arabe syrienne, Saint-Siège, Sénégal et Ukraine.

5. Y ont également participé les observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Comité consultatif international du coton (CCIC), Comité consultatif sur l'Article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain, Conseil de l'Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté d'États indépendants, Cour permanente d'arbitrage et Union africaine.

6. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Association arabe pour l'arbitrage international, Association européenne des étudiants en droit, 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), Forum for International Commercial Arbitration (FICA),

Global Center for Dispute Resolution Research, International Law Institute (ILI), Inter-Pacific Bar Association (IPBA), Kuala Lumpur Regional Center for Arbitration (KLRCA), London Court of International Arbitration (LCIA), Regional Centre for International Commercial Arbitration (Lagos), School of International Arbitration et Union internationale des avocats (UIA).

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

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

Rapporteur: M. Lawrence BOO (Singapour).

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.133); b) une note du secrétariat contenant une nouvelle version révisée du projet de paragraphe 7 de l'article 17 sur le pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires *ex parte*, établie conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.II/WP.134); et c) une note du secrétariat contenant une version révisée du projet de disposition relative à la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destinée à être insérée dans la Loi type en tant que nouvel article, provisoirement numéroté 17 *bis*) (A/CN.9/WG.II/WP.131); d) une note du secrétariat contenant une proposition de projet de disposition relative au pouvoir des tribunaux d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui de l'arbitrage (destinée à être insérée dans la Loi type en tant que nouvel article, provisoirement numéroté 17 *ter*) (A/CN.9/WG.II/WP.125); e) une note du secrétariat relative à l'insertion d'une référence à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) dans le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (A/CN.9/WG.II/WP.132); et f) le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante et unième session (A/CN.9/569).

9. 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 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (ci-après "la Convention de New York") dans la liste des instruments internationaux auxquels s'appliquerait 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

10. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur le texte figurant dans les notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.125, A/CN.9/WG.II/WP.131 et A/CN.9/WG.II/WP.134). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres III, IV et V ci-dessous. 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 VI et VII 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

11. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante et unième session (Vienne, 13-17 septembre 2004), il avait entrepris d'examiner dans le détail le texte du paragraphe 7 de la version révisée de l'article 17 relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, avant de décider s'il fallait mentionner expressément les injonctions préliminaires dans ce projet d'article (dans le projet d'article 17 et dans le présent rapport, le terme "injonction(s) préliminaire(s) renvoie d'une manière générale aux mesures provisoires accordées *ex parte*). Il a repris ses débats sur le paragraphe 7 et s'est fondé, pour ce faire, sur le texte que le secrétariat a établi en tenant compte de ses précédentes discussions et qui figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.134.

Paragraphe 7

12. La question de savoir s'il fallait insérer ou non une disposition sur les injonctions préliminaires dans le projet d'article 17 a continué de diviser le Groupe de travail.

13. Les partisans de l'insertion ont fait valoir que la pratique arbitrale internationale tirerait avantage de la possibilité donnée aux tribunaux arbitraux de prononcer des injonctions préliminaires pour un certain nombre de raisons, notamment les suivantes:

- Les parties à une procédure arbitrale préféreraient probablement obtenir une injonction préliminaire auprès du tribunal arbitral plutôt que de demander à une juridiction étatique de prononcer une telle injonction;
- Les juridictions étatiques étaient déjà habilitées à accorder des mesures provisoires et les tribunaux arbitraux devaient jouir des mêmes pouvoirs qu'elles dans ce domaine;
- Faute de règles sur les injonctions préliminaires, un tribunal arbitral pouvait ordonner et faire exécuter de telles injonctions et il importait d'insérer le paragraphe 7 car celui-ci offrait une protection appréciable et

donnait des orientations utiles aux États qui souhaitaient adopter une législation sur les injonctions préliminaires.

14. Les opposants à l'insertion du paragraphe 7 ont quant à eux avancé un certain nombre d'arguments, dont les suivants:

- Le paragraphe 7 était contraire au principe de l'égalité de traitement des parties, consacré par l'article 18 de la Loi type, ainsi qu'à la disposition de l'article 36-1 a) ii) de cette même Loi;
- Le Groupe de travail n'était pas parvenu à un consensus sur la question de savoir si la Loi type devait d'une manière générale chercher à établir une parfaite parité entre les pouvoirs des tribunaux arbitraux et ceux des juridictions étatiques, comme en témoignait la divergence d'opinions à propos des injonctions préliminaires.

15. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant la question de savoir si le paragraphe 7 devrait être libellé de façon à ce que les États et/ou les parties à une procédure arbitrale puissent en accepter ou en exclure expressément l'application et celle de savoir si un régime d'exécution judiciaire devrait s'appliquer aux injonctions préliminaires.

Acceptation ou exclusion par les États

16. Selon un avis, il était illogique et inutile d'insérer un mécanisme permettant aux États d'accepter ou d'exclure l'application du paragraphe 7 étant donné que le projet d'instrument revêtait la forme d'une loi type et que, par conséquent, les États étaient libres d'en incorporer ou non les dispositions dans leur droit interne ou de les modifier.

17. Selon un autre avis, en revanche, il fallait étudier la possibilité d'insérer un mécanisme d'exclusion afin de donner des orientations aux États qui doutaient de l'utilité des injonctions préliminaires. Ce mécanisme pourrait prendre la forme d'une note accompagnant le paragraphe 7, qui s'inspirerait de l'article 35-2 de la Loi type et serait libellée à peu près comme suit: "Le paragraphe 7 a pour objet de définir la procédure applicable aux injonctions préliminaires. Il ne serait pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un État décide de ne pas insérer ce paragraphe".

Acceptation ou exclusion par les parties

18. L'insertion d'un mécanisme d'acceptation a été considérée comme une solution souhaitable et en particulier a été fortement approuvée par les délégations opposées aux injonctions préliminaires. Il a été également souligné qu'une telle approche donnait un fondement juridique aux injonctions préliminaires en tant que manifestation de la volonté des parties. De plus, pour apaiser la crainte qu'un mécanisme d'acceptation aboutisse à ce qu'aucune injonction préliminaire ne soit prononcée dans la pratique, il a été dit que, dans certains cas, les règlements d'arbitrage appliqués par des institutions arbitrales prévoyaient le droit d'ordonner des mesures provisoires *ex parte* et que ces règlements pouvaient être incorporés dans les clauses compromissoires conclues par les parties à des opérations commerciales. Il a toutefois été admis que, si ces règlements n'étaient pas

incorporés, le mécanisme d'acceptation ferait qu'aucune injonction préliminaire ne pourrait être prononcée dans la plupart des cas.

19. L'idée de prévoir un mécanisme d'exclusion pour les parties a été appuyée, car elle a été jugée davantage conforme à l'économie actuelle de la Loi type, qui contenait plusieurs règles supplétives de ce type s'appliquant sauf convention contraire des parties. On a fait observer en outre que si des dispositions permettant l'exclusion étaient communément utilisées dans les codes et d'autres textes de loi des pays de droit romain, ce n'était pas le cas des dispositions relatives à l'acceptation. On a également estimé que l'exclusion allait davantage dans le sens des efforts déployés par le Groupe de travail à ses précédentes sessions pour reconnaître les injonctions préliminaires à condition que des protections appropriées soient prévues pour prévenir tout abus.

Exécution

20. Il a été rappelé que le paragraphe 6 du projet d'article 17 *bis* (voir A/CN.9/WG.II/WP.131) contenait une disposition sur la mise à exécution d'une injonction préliminaire par les juridictions étatiques. Il a été largement estimé que les opposants aux injonctions préliminaires pourraient mieux accepter l'insertion du paragraphe 7 dans le projet d'article 17 si aucune disposition n'était prévue pour la mise à exécution de ces injonctions par les juridictions étatiques étant entendu qu'en général les parties à un arbitrage respectaient les décisions du tribunal arbitral.

Propositions

21. Plusieurs propositions ont été formulées pour la structure du paragraphe 7.

22. Tout d'abord il a été proposé, afin que le texte révisé rencontre l'agrément des délégations, de prévoir un mécanisme d'acceptation pour les parties et, parallèlement, de supprimer le paragraphe 6 de l'article 17 *bis* relatif à l'exécution d'une injonction préliminaire. Il a toutefois été fait observer que l'insertion d'une disposition sur l'exécution des injonctions préliminaires au paragraphe 6 de l'article 17 *bis* serait plus acceptable si le mécanisme d'acceptation était retenu et si les parties autorisaient le tribunal arbitral à appliquer les injonctions préliminaires.

23. Pour aplanir les vastes divergences de vues entre les partisans d'un mécanisme d'acceptation et les opposants à un tel mécanisme, il a été proposé par ailleurs de supprimer les formules "sauf convention contraire des parties" et "si les parties en sont expressément convenues" et d'insérer dans des notes accompagnant le paragraphe 7 les explications suivantes:

- Les institutions arbitrales avaient le loisir de fixer leurs propres règles et les parties étaient libres de convenir d'autres dispositions;
- Le paragraphe 7 avait pour objet de définir la procédure applicable aux injonctions préliminaires et il n'était pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un État décide:
 - De ne pas insérer ce paragraphe;
 - De ne l'appliquer que lorsque les parties en convenaient;
 - De ne pas l'appliquer si les parties en convenaient autrement; ou

- De fixer des conditions moins strictes que celles énoncées dans ce paragraphe.

24. Toujours dans le but d'éliminer les vastes divergences d'opinions concernant l'insertion d'un mécanisme d'acceptation ou d'exclusion, il a aussi été proposé, dans le cas où le Groupe de travail conviendrait de laisser aux parties la possibilité d'exclure l'application du paragraphe 7, d'accompagner l'alinéa a) de ce paragraphe d'une note indiquant qu'il ne serait pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un État décide de choisir le mécanisme d'acceptation pour les parties.

25. Les propositions offrant divers choix possibles dans une note ont bénéficié d'un certain soutien. Il a toutefois été signalé que l'énumération de toutes les solutions possibles dans une note accompagnant le paragraphe 7 irait à l'encontre de l'objectif d'harmonisation de la législation et ne permettrait pas de donner des orientations claires aux États sur ce point.

26. Une autre proposition encore était que le paragraphe 7 indique qu'une injonction préliminaire revêtait le caractère d'ordonnance de procédure (et non celui de sentence). Il a été déclaré que cette précision permettrait de distinguer les injonctions préliminaires des mesures provisoires ou conservatoires qui, aux termes de l'article 17-2, pouvaient prendre la forme d'une sentence ou une autre forme. Ainsi, les règles d'exécution prévues à l'article 17 *bis* ne s'appliqueraient qu'aux mesures provisoires ou conservatoires.

27. Après discussion, le Groupe de travail, malgré ces vastes divergences d'opinions, est convenu d'insérer le texte révisé du paragraphe 7 dans le projet d'article 17, étant entendu que ce paragraphe s'appliquerait sauf convention contraire des parties, qu'il devrait être clairement indiqué que les injonctions préliminaires avaient le caractère d'ordonnance de procédure et non celui de sentence, qu'aucune procédure d'exécution ne serait prévue à l'article 17 *bis* pour les injonctions préliminaires, et qu'aucune note ne serait ajoutée.

Alinéa a)

Mécanisme d'exclusion

28. Conformément à sa décision de donner aux parties la possibilité d'exclure l'application du paragraphe 7 (voir par. 27 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu de conserver la formule "sauf convention contraire des parties" et de supprimer les mots "si les parties en sont expressément convenues".

"ne rien faire"

29. Il a été proposé de remplacer les mots "ne rien faire qui compromette" par "ne pas compromettre" afin de bien montrer qu'une injonction préliminaire pourrait être destinée non seulement à empêcher une partie d'agir mais également à l'obliger à prendre une mesure, par exemple, pour éviter que des biens ne soient détériorés ou les protéger contre une autre menace. Il a été estimé que cette proposition pourrait rendre la distinction entre injonctions préliminaires et mesures provisoires plus difficile à établir. Après un débat, cette proposition a été adoptée.

30. Selon un avis, l'alinéa a) pourrait être interprété à tort comme autorisant le tribunal arbitral à enjoindre uniquement aux parties, en termes généraux, de ne pas compromettre la mesure provisoire. Il a été convenu qu'il était loisible au tribunal

arbitral de prononcer une injonction préliminaire appropriée et conforme aux circonstances de l'espèce, chose qu'il fallait clairement indiquer dans tout texte explicatif se rapportant à cette disposition.

Alinéa b)

31. La proposition d'insérer les mots "relatives aux mesures provisoires" et "également" respectivement avant et après "article" a été approuvée car ces mots montraient clairement que l'alinéa b) avait pour objet de rendre les obligations énoncées aux paragraphes 3, 4, 5, 6 et 6 *bis* applicables aux injonctions préliminaires.

Alinéa c)

Pouvoir du tribunal arbitral d'accorder une injonction préliminaire

32. À titre de remarque générale concernant l'économie du paragraphe 7, il a été dit que, si le tribunal arbitral était expressément habilité à accorder des mesures provisoires au paragraphe 1 du projet d'article 17, aucune disposition équivalente n'était prévue en ce qui concerne les injonctions préliminaires. Il a donc été proposé de modifier l'alinéa c) de sorte que ce droit soit expressément conféré au tribunal arbitral et, à cette fin, de remplacer "ne peut prononcer une injonction préliminaire que" par "peut prononcer une injonction préliminaire" et le mot "s'il" par "à condition qu'il". Cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

"des motifs raisonnables de craindre"

33. Il a été suggéré de reformuler l'alinéa c) pour faire ressortir le caractère exceptionnel d'une injonction préliminaire en ne permettant au tribunal de la prononcer que lorsqu'il existait des motifs impérieux de craindre que la mesure provisoire demandée ne soit compromise avant que toutes les parties aient pu être entendues.

34. Il a été rappelé au Groupe de travail que la définition du critère que devait appliquer un tribunal arbitral pour décider de prononcer ou non une injonction préliminaire avait été débattue à une session antérieure (voir A/CN.9/569, par. 39 à 43) et que l'on s'était inquiété de l'utilisation de critères imprécis. Il a été déclaré que le fait de subordonner le prononcé d'une injonction préliminaire à l'existence de motifs impérieux pourrait créer une situation dans laquelle il serait difficile à un tribunal arbitral soit de prononcer l'injonction soit de la lever. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le texte tel quel et éventuellement de le simplifier en remplaçant les mots "des motifs raisonnables de craindre" par "des craintes raisonnables".

définition du risque

35. Il a été dit que le risque défini à l'alinéa c), à savoir que la mesure soit compromise avant que toutes les parties aient pu être entendues, n'incluait pas le risque de divulgation de l'injonction préliminaire à la partie visée. Il a donc été proposé de modifier l'alinéa pour mieux rendre compte de ce risque. En conséquence, il a été suggéré de supprimer les mots "avant que toutes les parties puissent être entendues". Il a été dit, à cet égard, que le texte d'une version antérieure du paragraphe 7 a), reproduit au paragraphe 4 du document

A/CN.9/WG.II/WP.131 et au paragraphe 12 du document A/CN.9/569, à savoir “lorsque la divulgation préalable d’une mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure”, était préférable. Le secrétariat a été prié de tenir compte de ce point de vue lors de la préparation d’un projet révisé de cette disposition.

36. Pour rendre compte de la décision selon laquelle une injonction préliminaire pouvait revêtir uniquement la forme d’une ordonnance de procédure et non celle d’une sentence (voir ci-dessus, par. 27), le Groupe de travail est convenu d’insérer après les mots “une injonction préliminaire” un libellé du type “sous la forme d’une ordonnance de procédure”. Il a toutefois été fait observer qu’une ordonnance de procédure se distinguait d’une mesure provisoire non seulement par la forme, mais également sur le fond, étant donné que les décisions de procédure n’étaient susceptibles d’exécution ni dans le cadre de la Convention de New York ni dans celui de l’article 36 de la Loi type. Le secrétariat a été prié d’examiner s’il était possible de trouver un libellé approprié qui mette en évidence le caractère procédural d’une injonction préliminaire sans toutefois laisser entendre que ce type d’injonction devait être rendu sous une forme procédurale particulière.

Alinéa d)

Communication des informations

37. Il a été déclaré que l’obligation de notifier à la partie visée par l’injonction préliminaire toutes les communications entre le demandeur et le tribunal arbitral relatives à la demande pouvait être aisément remplie en ce qui concerne les communications écrites. On voyait en revanche moins bien comment cette obligation serait satisfaite pour les communications orales. Devant cette préoccupation, il a été proposé d’ajouter à la fin de l’alinéa d) un libellé du type “y compris une transcription *in extenso* de toute communication orale” ou “y compris un compte rendu de toute discussion orale”. À cela, il a été répondu que l’ajout proposé risquait de créer une obligation trop lourde, notamment lorsqu’une injonction préliminaire était demandée dans l’urgence et qu’il n’était pas possible d’établir des comptes rendus *in extenso*. Afin d’assurer une plus grande souplesse, il a été suggéré de préciser que le tribunal arbitral était tenu non seulement de divulguer l’existence de communications orales, mais également d’en indiquer leur contenu. Cette solution, a-t-on estimé, laissait au tribunal arbitral une certaine marge d’appréciation pour déterminer comment s’acquitter au mieux de son obligation d’information énoncée à l’alinéa d). Le secrétariat a été prié d’élaborer un texte approprié reprenant cette proposition.

“une décision concernant l’injonction préliminaire”

38. Il a été proposé de remplacer les mots “décision concernant l’injonction préliminaire” par “décision concernant une demande d’injonction préliminaire” pour aligner l’alinéa d) sur l’alinéa a), qui faisait référence à “une demande d’injonction préliminaire”. Le secrétariat a été prié de tenir compte de cette proposition lorsqu’il reverrait le projet de texte.

“la partie visée par cette injonction”

39. Il a été déclaré que, comme une décision pouvait être favorable ou défavorable au prononcé d’une injonction préliminaire, il valait peut-être mieux parler de “la partie contre laquelle l’injonction préliminaire est demandée” ou “requis” plutôt que de “la partie visée par cette injonction”. Cette proposition a été adoptée.

Notification

40. Le Groupe de travail a rappelé qu’à sa quarante et unième session (voir A/CN.9/569, par. 44) il avait pris le parti – fermement appuyé – de laisser ouverte la question de savoir à qui devait incomber l’obligation de communiquer les documents et informations mentionnés à l’alinéa d). Cependant, après discussion, il a estimé que, dans sa rédaction actuelle, cet alinéa était ambigu et qu’il était préférable d’indiquer que l’obligation de notifier à l’autre partie ces documents et informations incombait au tribunal arbitral saisi de la demande. Cette proposition a été adoptée.

41. Il a été proposé de préciser que l’obligation du tribunal arbitral de communiquer les documents et informations à la partie contre laquelle l’injonction préliminaire était demandée s’appliquait, que le tribunal accepte ou refuse de prononcer une telle injonction. Le Groupe de travail a confirmé cette obligation et l’avis a été émis que la formulation actuelle l’exprimait de manière satisfaisante. Le Groupe de travail a toutefois pris note de la proposition, selon laquelle des éclaircissements supplémentaires pourraient être envisagés dans le contexte de tout texte explicatif sur l’article 17 susceptible d’être élaboré ultérieurement.

[“, sauf si le tribunal... si celle-ci intervient avant”]

42. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le texte entre crochets figurant à la fin de l’alinéa d) conformément à sa décision antérieure (voir ci-dessus, par. 27) de ne prévoir aucune disposition sur la mise à exécution des injonctions préliminaires par les juridictions étatiques dans la Loi type.

Alinéa e)*Variante A et B*

43. Le Groupe de travail a examiné les variantes A et B et s’est interrogé sur l’opportunité de fixer un délai pour que le défendeur présente ses arguments. Les deux variantes ont été appuyées.

44. La variante A, qui donnait 48 heures au défendeur pour faire valoir ses arguments, avait l’avantage, selon certaines délégations, de fixer une limite temporelle, ce qui substituait une garantie fondamentale, et de laisser ainsi clairement entendre au tribunal arbitral qu’il fallait agir rapidement. Elle a également été jugée souple, car elle permettait à la partie visée par l’injonction préliminaire de demander un autre délai. D’un point de vue rédactionnel, on a estimé qu’il vaudrait mieux exprimer le délai en “jours” conformément à la présentation adoptée dans la Loi type et non en “heures”.

45. La variante B, qui n’établissait aucune limite dans le temps que ce soit en heures ou en jours, a été appuyée au motif qu’il était inutile de fixer un délai puisque la partie visée par l’injonction demanderait dans la plupart des cas à être

entendue par le tribunal arbitral le plus rapidement possible. De plus, on a exprimé la crainte que, si un tel délai était fixé, le tribunal arbitral ne soit pas en mesure de prononcer une injonction préliminaire simplement parce qu'il ne pouvait, pour des raisons pratiques, entendre la partie visée par l'injonction dans les 48 heures imparties.

46. Il a été proposé de fusionner les variantes A et B à peu près comme suit: "dès que possible et, si faire se peut, dans les 48 heures après réception de la notification ou dans tout délai plus long demandé par la partie contre laquelle l'injonction préliminaire a été prononcée". Selon un avis, ce projet de texte était trop détaillé et risquait d'aboutir à une réglementation excessive de la question.

47. Une autre proposition était de reformuler l'alinéa e) de manière que le soin de fixer un délai plus long ne revienne pas au défendeur mais que le tribunal arbitral conserve le pouvoir de fixer un délai plus long qu'il pourrait juger approprié. Il a cependant été fait observer que les mots "dès que possible" laissaient déjà au tribunal arbitral une marge d'appréciation pour fixer un délai plus long même si le défendeur ne lui en faisait pas la demande.

48. Une autre proposition encore était d'établir une distinction entre l'obligation du tribunal arbitral et celle de la partie visée par l'injonction, en donnant à cette dernière la possibilité de présenter ses arguments "dès que possible" et en ajoutant un texte du type "le tribunal arbitral doit se prononcer aussi rapidement que possible compte tenu des circonstances".

49. Il a été dit que même lorsque aucune injonction préliminaire n'était prononcée, le défendeur pourrait néanmoins vouloir être entendu par le tribunal arbitral. Il fallait donc prévoir cette possibilité à l'alinéa e), en remplaçant les mots "la partie visée par l'injonction préliminaire" par "la partie contre laquelle l'injonction préliminaire est demandée". Il a été répondu que si un tribunal arbitral décidait de ne pas prononcer d'injonction préliminaire contre la partie concernée, cette dernière pourrait néanmoins se tourner vers lui à un stade ultérieur de la procédure, y compris lorsque celui-ci entendrait les deux parties sur une mesure provisoire.

50. Après débat, il a été décidé de libeller l'alinéa e) à peu près comme suit: "Le tribunal arbitral donne à la partie visée par l'injonction préliminaire la possibilité de présenter ses arguments dès que possible. Il se prononce aussi rapidement que nécessaire compte tenu des circonstances". Un commentaire ou une note explicative se rapportant à l'article 17, qui pourrait être rédigé à un stade ultérieur, pourrait mentionner à titre d'exemple un délai de deux jours afin d'indiquer l'intention de la disposition.

Notification

51. Il a été demandé si la notification mentionnée dans les variantes A et B était celle que le tribunal arbitral devait adresser conformément à l'alinéa d) ou s'il s'agissait d'une autre notification, donnée à un autre moment, par le tribunal arbitral à la partie visée par l'injonction préliminaire afin que cette dernière fasse valoir ses arguments. Selon un avis, on pouvait indiquer plus clairement à quel moment la notification devait être adressée, en disposant que le tribunal arbitral devrait donner la possibilité à cette partie de présenter ses arguments au même moment où il lui adressait la notification conformément à l'alinéa d). Il a donc été proposé d'ajouter,

au début de l'alinéa e), l'adverbe "concomitamment". Cette proposition a été acceptée.

Alinéa f)

Période de 20 jours

52. En réponse à une question, il a été précisé que la période de 20 jours mentionnée à l'alinéa f) devait s'entendre comme commençant à courir à compter de la date à laquelle l'injonction préliminaire était prononcée et non à compter de la date à laquelle elle était demandée. Il a en outre été expliqué que l'alinéa avait pour objet de fixer la durée de validité de l'injonction préliminaire, laquelle expirait automatiquement après 20 jours. Toutefois, pendant cette durée, le tribunal arbitral pouvait décider, après avoir donné à la partie visée par l'injonction, la possibilité d'être entendue, de confirmer, de proroger ou de modifier celle-ci sous la forme d'une mesure provisoire ou conservatoire *inter partes*, qui ne serait pas assujettie à ce délai de 20 jours.

53. Afin de renforcer l'obligation du tribunal d'examiner rapidement la demande d'injonction préliminaire dans le délai le plus bref possible, il a été proposé de modifier l'alinéa f) comme suit: "Le tribunal arbitral confirme, proroge ou modifie l'injonction préliminaire ou y met fin, dans un délai de 48 heures si faire se peut, après que la partie visée par l'injonction a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments." Le texte proposé a été jugé insuffisamment souple.

Économie de l'alinéa f)

54. On a exprimé la crainte que la référence, dans la première phrase de l'alinéa f), à la notion de mesure provisoire ou conservatoire ne crée la confusion, car le paragraphe 7 visait à définir uniquement le régime s'appliquant aux injonctions préliminaires. Il a été fait observer que le délai de 20 jours fixé dans cet alinéa risquait, dans la plupart des cas, d'être trop court pour permettre à un tribunal arbitral d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire confirmant, prorogeant ou modifiant l'injonction prononcée.

55. Afin de dissiper toute confusion à propos de l'objet de l'alinéa f), il a été suggéré de poser clairement le principe selon lequel une injonction préliminaire ne devait pas avoir une durée de vie supérieure à 20 jours, étant entendu toutefois que certaines mesures accordées dans cette injonction pouvaient être incorporées dans une mesure provisoire ou conservatoire *inter partes*. Il a donc été proposé d'invertir les deux phrases de l'alinéa f) comme suit: "Une injonction préliminaire rendue en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire ou conservatoire qui confirme, proroge, ou modifie l'injonction préliminaire, après que la partie visée par cette injonction a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments". Cette proposition a été favorablement accueillie.

56. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur le fait que le texte révisé qui serait éventuellement élaboré ne devait pas être interprété comme autorisant le tribunal arbitral à prononcer une injonction préliminaire dont la durée de vie dépasserait 20 jours, sauf si cette injonction était transformée en mesure provisoire

inter partes. On a estimé que le mot “toutefois”, employé dans la deuxième phrase de la proposition, risquait d’être interprété comme une dérogation au principe énoncé dans la première phrase qui limitait la durée d’une injonction à 20 jours.

57. Afin de renforcer l’obligation du tribunal arbitral, il a été proposé de remplacer les mots “peut prononcer” figurant après “ce dernier” par “prononce”. Il a également été proposé de remplacer les mots “qui confirme, proroge” par “qui adopte”, pour mieux faire ressortir que l’injonction préliminaire devait être transformée en mesure provisoire *inter partes*.

58. À l’issue de son débat, le Groupe de travail a adopté la version révisée ci-après de l’alinéa f): “Une injonction préliminaire rendue en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire ou conservatoire qui adopte ou modifie l’injonction préliminaire, après que la partie visée par cette injonction a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments”.

Alinéa g)

La garantie comme condition suspensive

59. Il a été suggéré de reformuler l’alinéa g) pour y indiquer que le tribunal arbitral devrait subordonner le prononcé d’une injonction préliminaire à la constitution, par le demandeur, d’une garantie appropriée.

60. Des inquiétudes ont cependant été exprimées quant au fait d’énoncer une règle aussi rigide, qui risquait de susciter des difficultés dans la pratique. Le Groupe de travail a rappelé qu’il avait débattu de la question de la constitution d’une garantie par le demandeur à ses précédentes sessions (voir A/CN.9/569, par. 35 à 38, et A/CN.9/545, par. 69 et 70) et était convenu qu’afin de renforcer la protection nécessaire dans le cadre des injonctions préliminaires, l’alinéa g) devrait faire obligation au tribunal arbitral d’examiner la question de la garantie, mais que la décision d’exiger ou non une telle garantie devrait être laissée à l’appréciation de ce dernier.

Moment où la garantie pourrait être exigée

61. Le Groupe de travail a rappelé qu’à sa quarante et unième session, on s’était inquiété de l’absence d’indication claire du moment où une garantie pouvait être exigée (voir A/CN.9/569, par. 38). Cette imprécision a été jugée appropriée car elle laissait au tribunal arbitral une certaine latitude pour trancher la question, par exemple dans les cas où une partie pouvait avoir besoin de plus de temps, et s’en voyait accorder, pour constituer une garantie mais où l’injonction préliminaire était nécessaire immédiatement.

“garantie appropriée”

62. Il a été dit que les mots “garantie appropriée” et “inapproprié” employés à l’alinéa g) étaient source de confusion. En réponse, il a été proposé de supprimer l’adjectif “appropriée” ou de le remplacer par “adéquate”.

“sauf s’il le juge inapproprié ou inutile”

63. Il a été suggéré de supprimer également le membre de phrase final “sauf s’il le juge inapproprié ou inutile”, car il permettait expressément à un tribunal arbitral de décider de ne pas demander de garantie, ce à quoi on a objecté que, dans certains cas exceptionnels, il ne serait pas possible d’exiger une garantie, par exemple, lorsque le demandeur n’avait pas de biens lui permettant d’en constituer une en raison de mesures prises par le défendeur.

64. Le Groupe de travail est convenu de conserver le texte de l’alinéa g), en supprimant l’adjectif “appropriée”.

Alinéa h)

Renvois aux alinéas c) et e)

65. Il a été proposé – et cette proposition a été acceptée par le Groupe de travail – de supprimer les renvois aux alinéas c) et e) car ils n’étaient plus nécessaires.

Relation entre l’alinéa h) et le paragraphe 5 de l’article 17

66. Il a été demandé si l’obligation énoncée à l’alinéa h) n’était pas redondante compte tenu de l’obligation de divulgation figurant au paragraphe 5 du projet d’article 17. En réponse, il a été expliqué que les deux obligations différaient: la seconde concernait la révélation de tout changement important des circonstances tandis que la première visait la divulgation de tous les faits, y compris ceux qui n’étaient pas la demande d’injonction préliminaire. On a expliqué que la raison de la divulgation figurant au paragraphe 5 du projet d’article 17 était que, dans le cas d’une injonction préliminaire, le tribunal arbitral n’avait pas la possibilité d’entendre les deux parties et qu’il fallait par conséquent imposer au demandeur une obligation supplémentaire de révéler des faits qui n’étaient peut-être pas favorables à sa cause, mais qui étaient utiles au tribunal pour sa décision.

“visée”

67. Il a été proposé de remplacer les mots “la partie visée par l’injonction préliminaire” par “la partie contre laquelle l’injonction préliminaire a été demandée” pour bien montrer que l’obligation de divulgation imposée au demandeur s’appliquait dès l’instant où la demande d’injonction préliminaire était présentée par ce dernier et non à compter du moment où le tribunal arbitral se prononçait sur cette demande. Cette proposition a été acceptée.

Note accompagnant l’alinéa h)

68. Il a été rappelé que la note accompagnant l’alinéa h) avait été insérée pour tenir compte du fait que, dans de nombreuses législations nationales, l’obligation faite à une partie de présenter des informations qui lui étaient défavorables n’était pas admise et était contraire aux principes généraux du droit procédural (A/CN.9/569, par. 68). Le Groupe de travail est convenu de supprimer cette note car elle était inutile et la référence aux “exigences moins strictes” était difficile à manier en ce qui concerne une obligation de divulgation.

Texte explicatif

69. À la fin de l'examen du projet d'article 17-7, des échanges de vues ont eu lieu sur le point de savoir si les nouvelles dispositions que le Groupe de travail était en train d'élaborer en vue de les ajouter à la Loi type devraient être accompagnées d'un texte explicatif et, dans l'affirmative, quelle forme ce texte pourrait revêtir. Le Groupe de travail est provisoirement convenu que des explications devraient être fournies afin de faciliter l'incorporation et l'application de ces nouvelles dispositions. Étant donné que celles-ci pourraient être intégrées à la Loi type et que cette dernière était accompagnée d'une "Note explicative du secrétariat de la CNUDCI" dans la publication des Nations Unies où elle était reproduite (numéro de vente: F.95.V.18), il a également été convenu que les explications portant sur les nouvelles dispositions types pourraient figurer dans une version révisée de cette note explicative ou sous une autre forme.

IV. Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 bis)

70. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 17 *bis*, tel qu'il est reproduit au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.II/WP.131.

Paragraphe 1

71. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 sans modification.

Paragraphe 2 a) – Chapeau

72. Il a été proposé de modifier le chapeau du paragraphe 2 a) afin de permettre à la partie contre laquelle la mesure était invoquée et aux tiers intéressés de demander à une juridiction étatique de refuser de reconnaître ou de faire exécuter cette mesure. À cet effet, il a été proposé d'ajouter dans le chapeau du paragraphe 2 a), après les mots "À la demande", les mots "ou au nom". Afin de dissiper une crainte selon laquelle les mots "au nom de", qui pouvaient être interprétés comme s'appliquant aux seuls représentants des parties et non aux tiers, et risquaient de ne pas répondre entièrement à la question de la protection des droits des tiers, il a également été proposé d'insérer la formulation suivante dans le paragraphe 2): "Rien dans la présente disposition ne diminue le droit de tout tiers intéressé d'invoquer toutes les exceptions dont il dispose en vertu de la loi appliquée par la juridiction étatique". Il a été fait objection à ces propositions au motif que les projets d'article 17 et 17 *bis* traitaient uniquement des parties à l'arbitrage et non des tiers, et que la modification proposée rendrait la disposition inutilement complexe. Néanmoins, compte tenu du fait que, dans la pratique, des tiers (par exemple, la personne ayant la garde des biens d'une partie contre laquelle une mesure provisoire était dirigée) pouvaient être concernés par l'exécution d'une telle mesure, il a été décidé de revenir le cas échéant sur cette question lors de l'examen du projet d'article 17 *ter*.

Charge de la preuve

73. On s'est déclaré préoccupé par le fait que le paragraphe 2 a) ne spécifiait pas qui devrait apporter la preuve à la juridiction étatique que soit une question de fond se posait à propos d'un motif de refus, soit ce refus était justifié. Il a été déclaré que la façon d'aborder la question de la charge de la preuve était différente de celle retenue dans l'article 36-1 a) de la Loi type. Il a été dit en outre que si le Groupe de travail décidait de ne pas modifier le chapeau du paragraphe 2 a) dans un souci de cohérence avec l'article 36-1 a), des explications appropriées devraient être fournies afin d'éviter la confusion ou des interprétations divergentes s'agissant de savoir qui devrait supporter la charge de la preuve. Il a été répondu que le chapeau du paragraphe 2 a) traduisait le fait que le Groupe de travail avait décidé à ses sessions précédentes de ne pas prévoir de disposition concernant l'attribution de la charge de la preuve et qu'il fallait s'en remettre pour cette question au droit interne applicable (A/CN.9/524, par. 35 et 36, 42, 58 et 60).

Alinéa a) i) et ii)

*"[Qu'une question de fond se pose à propos de l'un quelconque des motifs de refus]
[Que ce refus est justifié par les motifs]"*

74. Il a été rappelé que le premier passage entre crochets avait été ajouté afin de tenir compte du point de vue selon lequel les motifs énumérés au paragraphe 2 a) i) étaient difficiles à évaluer de façon définitive au stade préliminaire auquel une mesure provisoire serait prononcée. Il a été souligné que le libellé de ce premier passage, offrait une certaine souplesse, car il était possible que la décision de la juridiction étatique concernant l'exécution de la mesure provisoire doive être réexaminée au stade final de la procédure. À l'opposé, on a estimé que le deuxième passage entre crochets plaçait la barre plus haut pour la justification du refus et soulignait plus clairement que la reconnaissance et l'exécution devraient être la règle plutôt que l'exception. Sur cette base, le Groupe de travail est convenu de conserver le deuxième passage entre crochets et de fusionner les alinéas i) et ii) comme suit: "que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) i), ii), iii) ou iv); ou".

Alinéa a) iii)

75. Il a été proposé de supprimer le sous-alinéa iii) compte tenu d'une décision antérieure du Groupe de travail selon laquelle la constitution d'une garantie en vertu du projet d'article 17-4 ne serait pas automatiquement une condition suspensive de l'octroi d'une mesure provisoire et que le projet d'article 17 bis-5 permettait déjà aux juridictions étatiques d'enjoindre au demandeur de constituer une garantie appropriée. Toutefois, il a été largement estimé que cette disposition devait être conservée car elle constituait une protection importante pour la partie contre laquelle la mesure était dirigée. Il a été noté en outre que le sous-alinéa iii) restait nécessaire car le projet d'article 17 bis-5 ne s'appliquait que si le tribunal arbitral n'avait pas pris de décision concernant la constitution d'une garantie, alors que le sous-alinéa iii) visait les cas où une telle décision avait été prise par le tribunal mais n'avait pas été respectée.

76. Il a été souligné que le sous-alinéa iii) visait uniquement le cas où l'obligation de constituer une garantie appropriée n'avait pas été satisfaite mais ne rendait pas

pleinement compte du fait que le tribunal arbitral était libre de ne pas exiger la constitution d'une garantie ou qu'une garantie pouvait avoir été requise mais que sa constitution avait été différée. Afin de mieux prendre en considération ces situations, il a été proposé d'apporter au sous-alinéa iii) une modification consistant soit à remplacer les mots "l'obligation" par "toute obligation", soit à remplacer les mots "Que l'obligation de constituer une garantie appropriée" par "Que l'injonction du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie". Il a été suggéré de remplacer dans cette proposition le mot "injonction" par "décision" afin de tenir compte de la possibilité de régler la question de la garantie par une sentence. Après débat, ces propositions ont été adoptées quant au fond et le secrétariat a été prié d'établir un texte révisé.

Alinéa a) iv)

77. Il a été proposé de supprimer l'alinéa iv) parce qu'il était inutile de traiter de la question de la suspension ou de l'annulation d'une mesure provisoire par un tribunal arbitral, étant donné qu'aucun motif ne pouvait être invoqué en faveur de la reconnaissance ou de l'exécution d'une telle mesure. En outre, il a été déclaré qu'il était inutile de prévoir une disposition particulière concernant la suspension ou l'annulation d'une mesure provisoire par une juridiction étatique étant donné qu'une telle suspension ou annulation ne serait peut-être pas autorisée dans de nombreux systèmes juridiques. Cette proposition n'a pas été appuyée.

[ou conformément à la loi duquel, cette mesure a été accordée] [a lieu l'arbitrage]

78. Le Groupe de travail a examiné les passages entre crochets proposés dans le projet d'alinéa iv). On a fait observer que le libellé du premier passage entre crochets était similaire à ceux de l'article 36-1 a) v) de la Loi type et de l'article V de la Convention de New York, lesquels avaient donné lieu à des interprétations divergentes par les juridictions étatiques, en particulier sur le point de savoir si le mot "loi" désignait le droit procédural ou le droit substantiel de l'État concerné. Toutefois, il a été jugé préférable de conserver un libellé uniforme.

79. Pour assurer la cohérence entre le projet d'article 17 *bis*-2 iv) et l'article 36-1 a) v) de la Loi type, il a été proposé comme autre solution de conserver les deux passages entre crochets mais d'en inverser l'ordre. Après débat, cette proposition a été adoptée.

set aside

80. Pour s'aligner sur le texte de l'article 36, il a été proposé d'ajouter dans la version anglaise, après le mot "suspended", les mots "set aside", au motif que, dans certains États, ce mot avait un sens différent de celui du mot "termination". Il a été répondu que l'objectif du projet d'article 17 *bis* était de fixer des règles pour la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et non de faire pendant à l'article 34 de la Loi type. Afin d'éviter de devoir ajouter une telle mention, il a été proposé de supprimer les mots "ou, lorsqu'elle y est habilitée, par la juridiction étatique de l'État dans lequel, [ou conformément à la loi duquel, cette mesure a été accordée] [a lieu l'arbitrage]". Le Groupe de travail a pris note de ces deux propositions.

Disposition supplémentaire

81. Il a été proposé d'ajouter une disposition traitant expressément des cas où la loi du lieu de l'arbitrage, ou la loi en vertu de laquelle la mesure provisoire avait été accordée, ne permettait pas l'octroi d'une telle mesure par un tribunal arbitral, ou encore les cas où les parties avaient exclu que le tribunal arbitral puisse octroyer une mesure provisoire. Le texte suivant a été proposé pour cette nouvelle disposition: "que le tribunal arbitral n'avait pas compétence pour accorder une mesure provisoire ou conservatoire". Il a été dit cependant que ces cas étaient déjà couverts par le renvoi à l'article 36-1 iii) figurant dans le projet d'article 17 *bis*-2 a) i). Cette proposition n'a pas été adoptée.

Alinéa b) i)

82. Il a été proposé de supprimer les mots "par la loi" car ils pouvaient être interprétés à tort comme signifiant qu'une juridiction pouvait agir sur le fondement d'une loi autre que celle dont elle tirait ses pouvoirs. Le Groupe de travail a accepté cette proposition.

Alinéa b) ii)

83. Le Groupe de travail a adopté tel quel l'alinéa b) ii) quant au fond.

Paragraphe 3

84. Il a été proposé d'ajouter la phrase suivante au paragraphe 3: "Si l'un quelconque des faits visés au paragraphe 2 est invoqué à l'encontre de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire accordée par un tribunal arbitral, rien n'empêche la juridiction étatique saisie de la demande d'exécution ni aucune autre juridiction étatique d'octroyer, conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés par la loi qui s'applique à elle, des mesures identiques en substance à celles ordonnées par le tribunal arbitral". Il a été déclaré qu'il était nécessaire d'ajouter une disposition allant dans le sens du libellé proposé afin de préserver les cas où, en vertu de la loi existante, une juridiction étatique pouvait prononcer sa propre mesure provisoire au lieu de faire exécuter celle prononcée par le tribunal arbitral et d'éviter que cette juridiction ne soit confrontée aux conditions plus restrictives résultant de la deuxième phrase du paragraphe 3. Afin d'empêcher une partie de demander à une juridiction étatique l'octroi d'une mesure provisoire qu'elle ne pouvait pas obtenir du tribunal arbitral, il a également été proposé d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe 3: "Rien n'empêche une juridiction étatique d'octroyer, sous réserve des lois qui s'appliquent à elle, des mesures identiques en substance à celles ordonnées par le tribunal arbitral". Comme autre solution, il a été suggéré d'insérer le libellé proposé dans un commentaire du projet d'article 17 *bis*. Le Groupe de travail a pris note de cette proposition et a décidé de l'examiner plus avant dans le contexte du projet d'article 17 *ter*.

Paragraphe 4

85. Le Groupe de travail a adopté tel quel le paragraphe 4 quant au fond.

Paragraphe 5

86. Afin de préciser que l'on souhaitait que la juridiction étatique puisse, si elle le jugeait approprié, enjoindre à un demandeur de constituer une garantie lorsque le tribunal arbitral ne l'avait pas déjà fait ou lorsqu'une telle injonction était nécessaire pour protéger les droits de tiers, il a été suggéré de reformuler le paragraphe 5 de manière à ce qu'il se lise à peu près comme suit: "La juridiction de l'État où la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, enjoindre au demandeur de constituer une garantie adéquate, si le tribunal arbitral n'a pas déjà pris de décision concernant la garantie ou lorsqu'une telle injonction est nécessaire pour protéger les droits de tiers." Il a également été proposé d'ajouter l'adjectif "expresse" après le mot "décision" afin d'indiquer que le tribunal arbitral devait examiner expressément la situation même si en fin de compte il n'exigeait pas la constitution d'une garantie. Il a également été suggéré de remplacer les mots "enjoindre au demandeur de constituer" par "exiger que le demandeur constitue" et les mots "une telle injonction" par "une telle décision" afin d'éviter de limiter l'effet de cette disposition aux décisions de procédure. Le secrétariat a été prié de tenir compte de ces propositions lors de l'élaboration d'une version révisée du projet de paragraphe 5.

Paragraphe 6

Injonctions préliminaires et exécution

87. Tenant compte du fait qu'il avait décidé antérieurement qu'une injonction préliminaire ne serait pas susceptible d'exécution par les juridictions étatiques, le Groupe de travail est convenu de supprimer le projet de paragraphe 6. Il a ensuite entrepris d'examiner la question de savoir s'il fallait ou non indiquer expressément dans le projet d'article 17 *bis* que celui-ci ne s'appliquait pas aux injonctions préliminaires. On a exprimé la crainte que le fait d'indiquer expressément que les injonctions préliminaires n'étaient pas susceptibles d'exécution pourrait avoir un effet négatif sur ces injonctions (dans la mesure où cela pourrait mettre en doute leur nature contraignante) et, par conséquent, on a estimé qu'il serait peut-être préférable d'indiquer simplement que l'article 17 *bis* s'appliquait uniquement aux mesures provisoires *inter partes*.

88. On a émis l'opinion qu'une telle déclaration expresse était inutile étant donné que le projet d'article 17 *bis*-2 a) ii) permettait déjà de refuser l'exécution sur la base des motifs énoncés à l'article 36-1 b) ii) où il était notamment fait mention du cas où la partie contre laquelle la mesure était prononcée avait été dans l'impossibilité "de faire valoir ses droits". Il a été répondu que le fait qu'une injonction préliminaire ne serait pas susceptible d'exécution devrait être mentionné expressément et non pas découler d'une application opaque des projets de dispositions. En outre, il a été noté que tant l'article 36 que le projet d'article 17 *bis* accordaient à la juridiction étatique le pouvoir discrétionnaire de refuser l'exécution et que, par conséquent, celle-ci aurait toujours la possibilité d'ordonner l'exécution d'une injonction préliminaire.

89. Il a été noté qu'un tel risque était accru par le fait que la note accompagnant l'article 17 *bis*-1 autorisait un État à retenir un nombre de cas plus réduit où l'exécution pouvait être refusée. Pour cette raison, il a été convenu d'une manière générale qu'il serait préférable d'écarter expressément tout doute sur ce point. À cet

effet, il a été décidé que le secrétariat élabore, en vue de son insertion dans l'article 17 *bis*, un projet de paragraphe énonçant le principe que les injonctions préliminaires n'étaient pas susceptibles d'exécution par les juridictions étatiques, en ayant à l'esprit des formulations qui ne portaient pas atteinte à la nature contraignante des injonctions préliminaires.

V. **Projet de disposition concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *ter*)**

90. Le Groupe de travail a examiné ensuite deux variantes proposées pour le texte concernant le pouvoir d'une juridiction étatique d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (figurant au paragraphe 42 du document A/CN.9/WG.II/WP.125).

Variantes 1 et 2

91. Selon un point de vue, la variante 1 accordait à une juridiction étatique un pouvoir plus souple d'ordonner des mesures provisoires en lui permettant de se référer à ses propres règles et procédures, alors que la variante 2 exigeait que ce pouvoir soit exercé "conformément aux dispositions énoncées à l'article 17". Pour cette raison, on a déclaré préférer la variante 1.

Relation entre les articles 17 bis et 17 ter

92. Il a été proposé de remanier le début du texte de la variante 1 de manière à ce qu'il se lise comme suit: "Sous réserve des dispositions de l'article 17 *bis*, la juridiction étatique dispose", afin de préciser qu'une juridiction étatique ne devrait pas connaître d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire lorsque cette mesure avait déjà été refusée par un tribunal arbitral. Toutefois, il a été déclaré qu'une juridiction étatique ne pouvait être empêchée d'examiner une affaire *de novo* lorsqu'une partie le demandait, même si elle avait déjà pris une décision en vertu du projet d'article 17 *bis*.

Relation entre le projet d'article 17 ter et l'article 9 de la Loi type

93. S'agissant de la relation entre l'article 9 et l'article 17 *ter*, il a été noté que le domaine d'application de l'article 9 et celui de l'article 17 *ter* n'étaient pas les mêmes, l'article 9 traitant du droit des tiers de demander une mesure provisoire ou conservatoire à une juridiction étatique, tandis que l'article 17 *ter* donne expressément aux juridictions étatiques le pouvoir de prononcer de telles mesures à l'appui d'un arbitrage.

Tiers

94. Il a également été proposé qu'un membre de phrase tel que celui-ci soit ajouté à la fin de la deuxième phrase de la variante 1: "à condition que les restrictions de

l'article 17 *bis* ne s'appliquent pas aux objections invoquées par des tiers à l'encontre de ces mesures ". Bien que le Groupe de travail ait convenu que la question des tiers mériterait une analyse plus approfondie, cette proposition n'a pas été appuyée. En tout état de cause, il a été généralement estimé que la question de la protection des tiers serait mieux abordée dans le projet d'article 17 *bis* plutôt que dans le projet d'article 17 *ter* (voir ci-dessus, par. 72).

95. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'adopter la variante 1 de l'article 17 *ter* telle qu'elle figure au paragraphe 42 du document A/CN.9/WG.II/WP.125.

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

96. Le Groupe de travail a rappelé ses précédents débats relatifs 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 de communications électroniques dans la formation et l'exécution des contrats internationaux (A/CN.9/569, par. 73). 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. Différentes opinions, craintes et interrogations exprimées lors de la précédente session du Groupe de travail ont été réitérées (A/CN.9/569, par. 75, 76 et 78). On a souligné que l'insertion dans le projet de convention d'une référence à la Convention de New York ne devait pas nuire aux délibérations que le Groupe de travail pourrait devoir mener à l'avenir au sujet des questions soulevées par l'interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York.

97. Pour ce qui est du libellé détaillé des dispositions du projet de convention qui influeraient sur l'interprétation de la Convention de New York, les propositions émises lors de la précédente session ont également été réitérées (A/CN.9/569, par. 77). Il a notamment été fait remarquer qu'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 a également été dit qu'il serait peut-être nécessaire de clarifier en quels termes le projet de convention établirait l'équivalent fonctionnel d'un original dûment authentifié ou d'une "copie certifiée conforme" au sens de l'alinéa a) du paragraphe 1) de l'article IV de la Convention de New York. Les délégations ont été invitées à se consulter et à remettre leurs commentaires au secrétariat en vue de l'élaboration des délibérations que mènera la Commission à sa trente-huitième session (prévue à Vienne du 4 au 15 juillet 2005), durant laquelle le projet de convention doit être finalisé.

VII. Questions diverses

98. Pour ce qui est de ses délibérations futures, le Groupe de travail a rappelé que, outre les questions relatives au projet d'article 17 *bis* identifiées à sa session en cours (voir ci-dessus, par. 70 à 89), il devrait examiner les propositions faites lors de sa précédente session concernant les paragraphes 1 à 6 *bis* du projet d'article 17 (voir A/CN.9/569, par. 22). Il a également été rappelé que certaines questions soulevées au sujet du projet d'article 17 *bis*, dans la note du secrétariat, notamment au paragraphe 51 du document A/CN.9/WG.II/WP.131, restaient en suspens. En vue de finaliser son examen des projets d'articles 17, 17 *bis* et 17 *ter* ainsi que ses travaux sur le projet d'article 7 de la Loi type et l'interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York, le Groupe de travail est convenu de demander à la Commission de lui allouer du temps pour deux sessions supplémentaires avant la trente-neuvième session de la Commission (2006), au cours de laquelle celle-ci devrait examiner et adopter ces projets de dispositions. Il a été noté que, sous réserve de l'approbation de la Commission, la quarante-troisième session du Groupe de travail se tiendrait à Vienne du 3 au 7 octobre 2005.

99. Pour ce qui est de la relation entre la version actuelle de la Loi type et les projets d'articles révisés, le secrétariat a été prié de se pencher sur la question de la forme sous laquelle les dispositions actuelles et révisées pourraient être présentées, et de soumettre d'éventuelles variantes que le Groupe de travail examinerait à une session future.

100. Le Groupe de travail a pris note de suggestions selon lesquelles, lors de la planification de ses travaux futurs, il pourrait penser en priorité aux questions d'arbitrabilité notamment à l'arbitrabilité des litiges internes aux entreprises, mais aussi par exemple à l'arbitrabilité dans les domaines des biens immeubles, de l'insolvabilité ou de la concurrence déloyale. Selon une autre suggestion, il faudrait qu'il se penche sur les questions soulevées par la résolution en ligne des conflits ainsi que sur l'éventuelle révision du règlement d'arbitrage de la CNUDCI. D'autres suggestions pourraient également être formulées lors des sessions futures. Le secrétariat a été invité à examiner si certaines de ces questions pourraient servir de base à des propositions spécifiques à soumettre au Groupe de travail lors d'une session future.