



Assemblée générale

Distr.: Limitée
13 avril 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-neuvième session
New York, 19 juin-7 juillet 2006

Règlement des litiges commerciaux

Forme de la convention d'arbitrage

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-3	2
I. Projet de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage	4	2
1. Projet d'article 7 révisé de la Loi type sur l'arbitrage	4	2
2. Autre proposition	4	3
II. Notes concernant le projet de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage	5-21	3
1. Notes concernant le projet d'article 7 révisé de la Loi type sur l'arbitrage	5-17	3
2. Notes concernant l'autre proposition	18-21	7
III. Modification du paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage	22	7
IV. Texte explicatif	23-24	8



Introduction

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission a décidé que l'une des questions dont le Groupe de travail devrait s'occuper en priorité était la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, énoncée au paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type sur l'arbitrage")¹. Le Groupe de travail a examiné l'élaboration éventuelle d'un texte harmonisé sur l'exigence d'un écrit à ses trente-deuxième (Vienne, 20-31 mars 2000)², trente-troisième (Vienne, 20 novembre-1^{er} décembre 2000)³, trente-quatrième (New York, 21 mai-1^{er} juin 2001)⁴, trente-sixième (New York, 4-8 mars 2002)⁵, quarante-troisième (Vienne, 3-7 octobre 2005)⁶ et quarante-quatrième (New York, 23-27 janvier 2006)⁷ session.

2. Lors de l'examen de la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage à la trente-deuxième session du Groupe de travail, il a été noté dans l'ensemble qu'il faudrait élaborer des dispositions conformes à la pratique actuelle dans le commerce international. Il a également été noté que les tribunaux nationaux adoptaient de plus en plus souvent une interprétation libérale de ces dispositions, conformément à la pratique internationale et aux attentes des parties au commerce international⁸.

3. Il est rappelé également que l'intention du Groupe de travail, en révisant l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, avait été d'actualiser les droits internes sur la question de l'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, tout en préservant la force obligatoire de ces conventions, comme le prévoyait la Convention de New York. À cette fin, deux options avaient été présentées, la première décrivant dans le détail comment il pouvait être satisfait à l'exigence de la forme écrite (le projet d'article 7 révisé), la seconde supprimant purement et simplement cette exigence (l'autre proposition). Plusieurs ont estimé que l'autre proposition et le projet d'article 7 révisé apportaient des réponses utiles aux préoccupations exprimées sur l'exigence de la forme écrite⁹. Il a été suggéré que le projet d'article 7 révisé, tel que modifié par le Groupe de travail, et l'autre proposition soient tous deux soumis aux États comme variantes possibles. Le Groupe de travail a adopté cette proposition à sa quarante-quatrième session¹⁰.

I. Projet de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage

4. Les textes du projet d'article 7 révisé et de l'autre proposition, tels qu'ils ont été adoptés par le Groupe de travail à sa quarante-quatrième session, sont libellés comme suit¹¹.

1. Projet d'article 7 révisé de la Loi type sur l'arbitrage

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

1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un

rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite.
3. Une convention d'arbitrage revêt la forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.
4. Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie.
5. En outre, une convention d'arbitrage est sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.
6. La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

2. Autre proposition

Article 7. Définition de la convention d'arbitrage

Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.

II. Notes concernant le projet de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage

1. Notes concernant le projet d'article 7 révisé de la Loi type sur l'arbitrage

Paragraphe 1

5. Le paragraphe 1 reproduit le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage¹².

Paragraphe 2

6. Le paragraphe 2 reproduit la première phrase du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage et son libellé est compatible avec celui du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York¹³.

Paragraphe 3

7. Le paragraphe 3 donne une définition de la prescription de la forme écrite¹⁴.

– *Remarques générales*

8. Le paragraphe 3 du projet d'article 7 révisé vise à préciser au moyen d'une définition comment satisfaire à l'exigence de l'écrit. À sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006), le Groupe de travail s'est demandé si l'objectif de l'exigence de la forme écrite était d'attester le consentement des parties à recourir à l'arbitrage ou la teneur de la convention d'arbitrage¹⁵. Après discussion, le Groupe de travail a généralement estimé qu'il fallait conserver la trace, non de la rencontre des volontés des parties ni d'autres informations sur la formation de la convention, mais du contenu ou des termes de la convention même, et que, par conséquent, il serait indiqué de faire référence à la teneur de la convention d'arbitrage dans le texte du paragraphe 3¹⁶. À ce propos, il a été souligné que le paragraphe 3 contenait la définition de la forme de la convention d'arbitrage et que la question de savoir si les parties s'étaient véritablement accordées pour recourir à l'arbitrage était une question de fond qui devrait être régie par la législation nationale.

9. Peut-être faudrait-il rappeler que l'intention du Groupe de travail était de faire en sorte que la disposition révisée relative à la définition de la forme de la convention d'arbitrage couvre un grand nombre de situations, notamment les cas suivants: contrats de sauvetage ou d'assistance maritime conclus oralement par radio, avec une référence à une formule de contrat type préexistante contenant une clause compromissoire, telle que la formule "Open Form" de Lloyd's; contrats dont la conclusion résultait de l'accomplissement d'un acte ou d'un comportement (par exemple, une vente de marchandises conformément à l'article 18 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises), avec une référence à une formule type contenant une clause compromissoire, telle que les formules établies par la Grain and Food Trade Association (GAFTA); et contrats conclus oralement mais confirmés ensuite par écrit. Le cas d'une simple référence dans un contrat oral à un règlement d'arbitrage ou à une loi régissant la procédure arbitrale si les parties n'étaient convenues d'aucune règle de procédure n'est pas censé être visé par ce paragraphe.

10. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait peut-être nécessaire de clarifier davantage, dans tout texte explicatif accompagnant cette disposition, comme un guide pour l'incorporation et l'application, les cas concrets visés par le paragraphe 3¹⁷. La Commission souhaitera peut-être examiner le projet d'article 7 révisé à la lumière des situations concrètes exposées ci-après afin de déterminer si le texte les couvre de façon satisfaisante, dans la mesure où elle entend qu'il les couvre.

– *Cas concrets*

11. À sa trente-deuxième session¹⁸ (Vienne, 20-31 mars 2000), le Groupe de travail a examiné plusieurs exemples typiques de situations où les parties étaient convenues de la teneur d'un contrat contenant une convention d'arbitrage, avec preuve écrite du contrat, mais où la loi en vigueur, si elle était interprétée de manière restrictive, pouvait être considérée comme invalidant ou mettant en cause la validité de la convention d'arbitrage¹⁹.

12. Dans les situations a) à h) exposées ci-après, les parties ont conclu un contrat contenant une clause compromissoire dont la forme ne répondait toutefois pas à la condition légale:

a) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé dès lors qu'une partie envoie des clauses écrites à une autre partie, et que cette dernière exécute ses obligations découlant du contrat sans répondre ou sans qu'il y ait un autre "échange" écrit concernant les clauses dudit contrat;

b) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé dès lors qu'un texte est proposé par une partie, et que l'autre partie, sans l'accepter explicitement par écrit, fait référence par écrit à un contrat dans un courrier, une facture ou une lettre de crédit ultérieurs en indiquant, par exemple, sa date ou son numéro;

c) Un contrat est conclu par l'intermédiaire d'un courtier qui établit le texte constatant l'objet du contrat et contenant notamment la clause compromissoire, sans qu'il y ait de communications écrites directes entre les parties;

d) Une référence est faite, dans une convention verbale, à un ensemble de clauses écrites, pouvant se présenter sous forme de contrat type contenant une clause compromissoire;

e) Connaissements incorporant par référence les termes et conditions de la charte-partie sous-jacente;

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

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

h) Un connaissance contenant une clause compromissoire qui n'est pas signée par le chargeur ou par le porteur ultérieur.

13. Les situations a) à d) ci-après renvoient à des cas où l'on peut supposer que la clause compromissoire a été conclue valablement par certaines des parties. La question centrale est de savoir si cette clause s'impose à un tiers devenant ultérieurement partie au contrat ou ayant certains droits et certaines obligations découlant du contrat:

- a) Droits et obligations des tiers au titre des conventions d'arbitrage dans les contrats où une prestation est prévue à leur profit ou en cas de stipulation pour autrui;
- b) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage à la suite de la cession ou de la novation du contrat sous-jacent au profit de ce tiers;
- c) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage lorsque le tiers exerce des droits par subrogation;
- d) Droits et obligations au titre des conventions d'arbitrage lorsque, à la suite de la fusion ou de la scission d'entreprises entraînant la création d'une personne morale différente, les successeurs des parties font valoir leurs droits au titre des contrats.

14. On pourra peut-être noter que le Groupe de travail a considéré que le fait que la conclusion verbale de certains types de contrats, dans certains domaines d'activité, ou les conventions d'arbitrage, dans certains types de contrat, pouvaient être des pratiques courantes, tenait plus aux conditions de fond permettant de constater qu'une convention d'arbitrage avait été conclue qu'à la forme d'une telle convention. Comme il était souhaitable de limiter la disposition type aux questions de forme et de ne pas y aborder les conditions de fond concernant la validité des conventions d'arbitrage, il a été estimé que la question de savoir ce qui était habituel et comment la convention entre les parties avait été conclue n'entraînait pas dans le champ d'application de cette disposition²⁰.

Paragraphe 4

15. Le libellé du paragraphe 4 est compatible avec celui du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ("la Convention sur les contrats électroniques") et les définitions de "communication électronique" et de "message de données" reproduisent celles qui figurent aux alinéas b) et c) de l'article 4 de cette convention²¹.

Paragraphe 5

16. Les dispositions du paragraphe 5 ont été incorporées dans le paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, et le Groupe de travail a décidé de conserver ce paragraphe²².

Paragraphe 6

17. Le Groupe de travail a rappelé que l'un des principaux objectifs du paragraphe 6 était de confirmer la validité formelle des conventions d'arbitrage incorporées par référence. Par exemple, des parties pourraient conclure, du fait de l'accomplissement d'un acte, un contrat dont les termes ont été établis dans une formule type ne contenant pas de clause compromissoire, mais éventuellement une référence à un document contenant une telle clause²³. Le Groupe de travail est convenu que, sur le plan des principes, la référence à un document contractuel écrit contenant une clause compromissoire, ou un autre lien avec un tel document, devrait

suffire à établir la validité formelle de la convention d'arbitrage, et que la législation interne ou une autre loi applicable devrait déterminer si la référence était telle qu'elle faisait de la clause une partie du contrat ou de la convention d'arbitrage séparée, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée avaient été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite²⁴.

2. Notes concernant l'autre proposition

18. L'autre proposition omettait totalement l'exigence de l'écrit. Ses dispositions prévoyaient la reconnaissance de la validité des conventions d'arbitrage conclues verbalement. À l'appui de cette autre proposition, on a fait valoir que de nombreuses lois nationales énonçaient, pour la forme des conventions d'arbitrage, des conditions qui pouvaient être considérées comme dépassées. Il a été noté que, dans plusieurs pays qui avaient supprimé l'exigence de la forme écrite pour les conventions d'arbitrage, les conventions d'arbitrage verbales étaient rarement utilisées et que leur validité n'avait pas donné lieu à des litiges importants²⁵.

19. Il a été estimé que cette autre proposition établissait un régime plus favorable pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales que celui prévu dans la Convention de New York et que, par conséquent, selon le "principe de la loi la plus favorable" prévu à l'article VII de cette Convention, la Loi type sur l'arbitrage s'appliquerait en lieu et place de l'article II de la Convention.

20. Le nouveau texte proposé a été jugé utile pour mettre en évidence les problèmes soulevés par l'exigence de la forme écrite. Cependant, la suppression de cette exigence et de toute référence à l'"écrit" pourrait être source d'insécurité juridique²⁶.

21. La Commission voudra peut-être envisager de retenir l'autre proposition et, dans ce cas, examiner les différentes possibilités de présentation du projet d'article 7 révisé et de l'autre proposition dans la Loi type sur l'arbitrage.

III. Modification du paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage

22. Le paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage, qui s'inspire de l'article IV de la Convention de New York, prévoit que la partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme. Lors de l'examen des projets de texte relatifs à l'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, le Groupe de travail a estimé qu'il fallait veiller à rendre compte d'une interprétation modifiée de cette exigence (paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage et paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York) dans le paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage en le modifiant comme suit²⁷:

Paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage

La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction dûment certifiée dans cette langue.

IV. Texte explicatif

23. À sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006), le Groupe de travail est convenu que le texte explicatif concernant les dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage pourrait s'inspirer de la note explicative existante pour la Loi type et que ce texte pourrait remplacer les actuels paragraphes 18, 19 et autres paragraphes concernés de ladite note. Le secrétariat a été prié en outre de fournir aux États adoptants des informations plus détaillées sur la forme de la convention d'arbitrage dans un guide pour l'incorporation et l'application des dispositions révisées²⁸. La Commission voudra peut-être donner des orientations plus détaillées sur la question.

24. Lorsque la Commission a examiné la possibilité d'élaborer une législation type, on a émis l'idée que toute loi type susceptible d'être élaborée sur la forme de la convention d'arbitrage pourrait comporter une disposition s'inspirant de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui vise à faciliter l'interprétation par référence à des principes internationalement acceptés. Des dispositions analogues figurent dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique²⁹ et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale³⁰. Il a été dit qu'un tel commentaire non contraignant ajouté par la Commission à la disposition législative type pourrait accélérer le processus d'harmonisation du droit et son interprétation. La Commission voudra peut-être décider s'il y a lieu d'inclure une telle disposition³¹.

Notes

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17)*, par. 344 à 350 et par. 380.

² A/CN.9/468, par. 88 à 106.

³ A/CN.9/485, par. 21 à 59.

⁴ A/CN.9/487, par. 22 à 41.

⁵ A/CN.9/508, par. 18 à 39.

⁶ A/CN.9/589, par. 108 à 112.

⁷ A/CN.9/592, par. 46 à 81.

⁸ A/CN.9/468, par. 88.

⁹ A/CN.9/589, par. 110 à 112.

¹⁰ A/CN.9/592, par. 74.

¹¹ *Ibid.*, par. 46 à 75 et annexe II.

¹² *Ibid.*, par. 49.

- ¹³ Ibid., par. 50 à 59.
- ¹⁴ Ibid., par. 59.
- ¹⁵ Ibid., par. 57.
- ¹⁶ Ibid., par. 61 et 62.
- ¹⁷ Ibid., par. 62.
- ¹⁸ A/CN.9/468, par. 95; A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 12 et A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 16 à 26.
- ¹⁹ Ces situations étaient énumérées au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 et aux paragraphes 16 à 26 du document A/CN.9/WG.II/WP.110. Parmi elles figurait également le cas où un requérant demande un arbitrage contre une entité qui n'était pas initialement partie à la convention d'arbitrage, ou lorsqu'une entité qui n'était pas initialement partie à la convention d'arbitrage demande à s'en prévaloir pour entamer un arbitrage en se fondant, par exemple, sur la théorie du "groupe de sociétés" (ibid., par. 12 m)). Toutefois, le Groupe de travail a considéré que cette situation soulevait des questions difficiles et que l'idée d'une règle harmonisée ne suscitait pas une large acceptation (A/CN.9/468, par. 95).
- ²⁰ A/CN.9/485, par. 39 à 41 et A/CN.9/592, par. 72.
- ²¹ A/CN.9/592, par. 64.
- ²² Ibid., par. 65 à 68.
- ²³ Ibid., par. 69.
- ²⁴ Ibid., et A/CN.9/508, par. 27 à 31.
- ²⁵ A/CN.9/592, par. 47.
- ²⁶ A/CN.9/589, par. 110.
- ²⁷ A/CN.9/592, par. 76 à 80 et annexe II.
- ²⁸ Ibid., par. 81.
- ²⁹ Article 3:
- "1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.
2. Les questions concernant les matières régies par la présente loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire."
- ³⁰ Article 8:
- "Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi."
- ³¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 348 et A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 23.