



Assemblée générale

A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1
Dist. LIMITEE

26 janvier 2000

FRANÇAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Groupe de travail sur l'arbitrage
Trente-deuxième session
Vienne, 20-31 mars 2000

RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX

Règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement
des litiges commerciaux: conciliation, mesures provisoires ou conservatoires,
forme écrite de la convention d'arbitrage

Rapport du Secrétaire général

Additif

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Page
<i>[Les chapitres I et II ont été publiés sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.108]</i>		
III. PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE	1-40	2
A. Remarques liminaires	1-10	2
B. "Document signé" ou "échange de documents"	11-34	3
C. Convention d'arbitrage "écrite" et commerce électronique	35-40	11
IV. RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS	41-42	13

[Suite du document A/CN.9/WG.II/WP.108]

III. PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE

A. Remarques liminaires

1. En vertu de nombreuses lois nationales, une convention d'arbitrage doit être écrite pour être exécutoire. Cette condition de forme a aussi été insérée dans des textes législatifs internationaux relatifs à l'arbitrage commercial.

2. L'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) définit comme suit la prescription de la forme écrite:

“On entend par ‘convention écrite’ une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.”

3. La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961), énonce au deuxième paragraphe de son article premier, inspiré de l'article II de la Convention de New York, ce qui suit:

“2. Aux fins de la présente Convention, on entend par

a) ‘convention d'arbitrage’, soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis, contrat ou compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télécopieur, et, dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois.”

4. La Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975) reprend aussi, quant au fond, cette prescription de la forme écrite puisque son article premier énonce ce qui suit:

“Est valable une convention des parties dans laquelle celles-ci s'engagent à soumettre à une décision arbitrale tout litige pouvant naître ou déjà né entre elles concernant une opération commerciale. Cette convention est consignée dans un instrument signé par les parties, ou contenue dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télex.”

5. L'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) énonce ce qui suit:

“La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.”

6. Si les parties sont convenues de compromettre mais n'ont pas, ce faisant, respecté la condition de forme légale, l'une d'elles peut contester la compétence du tribunal arbitral, notamment dans les cas suivants:

a) lorsqu'une procédure judiciaire est engagée, que le défendeur demande que les parties se soumettent à l'arbitrage et que le requérant s'oppose à cette demande dans la procédure judiciaire en invoquant la nullité de

la convention d'arbitrage (par exemple, art. 8 de la Loi type de la CNUDCI, art. II-3 de la Convention de New York); b) lorsque, une fois la procédure arbitrale engagée, une partie invoque l'exception d'incompétence du tribunal arbitral (par exemple, art. 16-2 de la Loi type; art. V de la Convention européenne de 1961 sur l'arbitrage commercial international); c) lorsque, une fois la sentence rendue, une partie demande son annulation (par exemple, art. 34-2 a) i) et art. 16-2 de la Loi type); d) lorsqu'une partie demande la reconnaissance ou l'exécution de la sentence et que le défendeur s'y oppose (par exemple, art. 36-1 a) i) et art. 16-2 de la Loi type; art. V-1 a) de la Convention de New York).

7. Les praticiens font régulièrement observer qu'il existe un certain nombre de cas où les parties sont convenues de compromettre (la convention étant prouvée par un écrit) mais où la validité de cette convention est contestée, en raison d'une condition de forme par trop restrictive. La conclusion qui en est souvent tirée est que la définition de la forme écrite, telle qu'elle figure dans les textes législatifs internationaux susmentionnés, n'est pas en phase avec la pratique contractuelle internationale et est préjudiciable à la sécurité juridique et à la prévisibilité des engagements contractés dans le commerce international.

8. Certains pays (comme il est indiqué de façon plus détaillée aux paragraphes 29 à 32 ci-dessous) ont traité le problème en élargissant la définition de l'écrit dans leur législation. C'est certes là une façon de surmonter les difficultés qu'engendre le caractère obsolète de la condition de forme, mais c'est aussi en créer d'autres en raison de la disparité de ces lois, qui offrent des solutions différentes. Le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer que cette disparité, qui pourrait s'accroître à l'avenir, rend d'autant plus souhaitable la recherche de solutions internationales harmonisées. Entre-temps, l'application d'une définition qui est demeurée inchangée dans les textes législatifs internationaux ainsi que dans de nombreuses lois nationales continue d'avoir des conséquences regrettables. Ainsi, des parties qui pensent pouvoir engager une procédure arbitrale se trouvent dans l'impossibilité de le faire. Par ailleurs, les juridictions étatiques doivent, pour obtenir des résultats qu'elles jugent appropriés en l'espèce, interpréter avec une souplesse parfois extrême la définition de l'écrit. En outre, des difficultés peuvent surgir dans le cas de sentences rendues sur la base de lois donnant une définition plus large de l'écrit mais dont l'exécution est demandée dans un pays qui applique une définition plus étroite.

9. Compte tenu de ce qui précède, il a été proposé de rechercher des solutions qui permettraient, d'une part, de respecter le principe selon lequel le règlement d'un litige par l'arbitrage n'est possible que par convention des parties et, d'autre part, de valider les pratiques contractuelles légitimes et d'éviter les problèmes et les incertitudes dans la pratique de l'arbitrage.

10. La section B examine tout d'abord des cas classiques dans lesquels le fait qu'une convention d'arbitrage doive être "signée" par les deux parties ou "contenue dans un échange de lettres" peut entraîner des problèmes et des incertitudes. La section C, qui a trait aux travaux de la Commission dans le domaine du commerce électronique, traite de la manière d'interpréter la prescription de l'écrit lorsque les parties utilisent, pour convenir de compromettre, des moyens de communication électroniques.

B. "Document signé" ou "échange de documents"

11. On trouvera ci-après plusieurs exemples de situations classiques où les parties conviennent de la teneur d'un contrat contenant une convention d'arbitrage, avec preuve écrite du contrat, mais où la loi en vigueur (telle qu'elle figure dans les textes internationaux cités aux paragraphes 2 à 5) peut être interprétée comme invalidant ou mettant en cause la validité de la convention d'arbitrage. Les parties se trouvent dans ce cas de figure si: a) elles n'ont pas signé un document contenant la convention d'arbitrage (ce qui arrive régulièrement lorsqu'elles ne se trouvent pas au même endroit lors de la conclusion du contrat) et b) la procédure qu'elles ont suivie pour conclure le contrat ne satisfait pas à la condition d'"échange de lettres ou de télégrammes" (art. II-2 de la Convention de New York), si l'on interprète littéralement cette condition.

12. Ces situations sont les suivantes:

a) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé par une partie qui l'envoie par écrit à l'autre partie. Cette dernière exécute ses obligations au titre du contrat mais sans le renvoyer ou sans qu'il y ait un autre "échange" écrit concernant les clauses dudit contrat;

b) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé sur la base d'un texte proposé par une partie, sans que celui-ci soit explicitement accepté par écrit par l'autre partie. Toutefois, cette autre partie fait référence par écrit à ce contrat dans un courrier, une facture ou une lettre de crédit ultérieurs en mentionnant, 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) Référence est faite, dans une convention verbale, à un ensemble de clauses écrites, pouvant se présenter sous forme de contrat-type, comprenant une clause compromissoire;

e) Connaissances 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 valablement conclue mais cette clause n'apparaît pas dans un additif, un accord de prorogation, de novation ou de transaction relatif au contrat (un tel contrat "subséquent" peut avoir été conclu verbalement ou par écrit);

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

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

j) 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;

k) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage lorsque le tiers exerce des droits par subrogation;

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

m) Lorsqu'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".¹

13. Face à ces situations, les tribunaux rendent des décisions différentes qui traduisent souvent leur attitude générale vis-à-vis de l'arbitrage. Dans de nombreux cas, ils ont pu faire en sorte que les parties respectent leur convention, en faisant parfois preuve, à cette fin, de créativité dans leur interprétation des textes. Ainsi, certains ont fait une lecture de l'article II de la Convention de New York dans laquelle les termes "an arbitral clause in a contract" sont considérés comme séparés du membre de phrase "arbitration agreements, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams". En coupant le paragraphe en deux, ils ont pu assouplir les exigences de l'article II afin de rendre exécutoires des clauses compromissoires insérées dans des contrats qui n'avaient pas été signés par les deux parties ou qui n'étaient pas contenues dans un échange de lettres ou de télégrammes.

14. Outre le fait que les interprétations de l'article II diffèrent et ne sont pas largement acceptées, on a noté que, dans la jurisprudence actuelle, une clause compromissoire figurant dans un écrit (par exemple une offre de contrat ou une confirmation de vente ou d'achat) répond à la condition de forme énoncée à l'article II-2 de la Convention de New York uniquement si: a) l'écrit est signé par les deux parties; b) un double est renvoyé, signé ou non; ou c) l'écrit est accepté par le renvoi d'une communication écrite de la partie qui l'a reçu à la partie qui l'a envoyé. On a souvent fait observer que ces conditions étaient trop restrictives et n'étaient plus compatibles avec la pratique du commerce international. Il est arrivé à diverses reprises que l'effet juridique d'une clause compromissoire soit dénié dans une procédure judiciaire au motif que les faits de la cause n'entraient pas dans le cadre de l'article II-2 de la Convention. En outre, on peut imaginer que, dans de nombreux cas, l'étroitesse de la définition a découragé toute tentative d'arbitrage.

15. Après analyse, on peut estimer, que les cas exposés au paragraphe 12 découlent de différentes situations sous-jacentes. Dans les cas a) à h) les parties ont conclu un contrat contenant une clause compromissoire dont la forme ne répondait toutefois pas à la condition légale. Dans la mesure où ces cas entraînent des conséquences non souhaitables, il faudrait les traiter en assouplissant la condition de forme légale.

16. Les cas i) à m) sont différents dans la mesure où on peut estimer que la clause compromissoire a été conclue valablement par certaines des parties. La question 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. Les pays ont adopté, vis-à-vis des droits des tiers et de la dévolution de droits et d'intérêts au titre de contrats, des attitudes différentes qui peuvent donner des résultats différents. Par exemple, certains seraient disposés à accepter la théorie du groupe de sociétés, alors que d'autres l'ont rejetée. Ces différences, issues du droit des contrats, montrent que si les cas exposés aux alinéas i) à m) appellent une modification des dispositions législatives, il ne faudrait pas pour autant empiéter sur le droit qui régit le transfert des droits et des obligations contractuels à des tiers.

¹ La théorie du groupe de sociétés a été utilisée pour faire bénéficier une société mère ou une filiale d'une convention d'arbitrage qui n'avait pas été signée par elle mais par d'autres membres du groupe. Les conditions à respecter peuvent être résumées comme suit: 1) la société juridiquement distincte qui est incluse dans la convention d'arbitrage doit faire partie d'un groupe de sociétés qui constitue une réalité économique unique, 2) la société doit avoir participé activement à la conclusion et à l'exécution du contrat et 3) toutes les parties à la procédure doivent consentir à l'inclusion de la société dans la convention d'arbitrage. Cette théorie est appliquée dans un certain nombre d'arbitrages (par exemple ceux qui ont lieu sous les auspices de la Chambre de commerce internationale) et est approuvée par certains tribunaux.

Approches législatives possibles

17. Un des moyens de résoudre les difficultés susmentionnées serait d'actualiser les dispositions de la Convention de New York relatives à la forme de la clause compromissoire. Lorsque la Commission a examiné cette question, diverses opinions ont été exprimées quant à la manière de procéder (A/54/17, par. 344 et 347). Selon un avis, les questions relatives à la forme de la clause compromissoire devraient être traitées par le biais d'un protocole additionnel à la Convention de New York. On a expliqué que le remaniement du paragraphe 2 de l'article II-2 ou la promotion d'une interprétation uniforme n'étaient possibles que par l'élaboration de dispositions ayant la force nécessaire, soit des dispositions conventionnelles de même nature que celles de la Convention de New York. Si certains intervenants se sont rangés à cet avis, d'autres ont craint qu'une tentative de révision de la Convention de New York ne compromette les excellents résultats obtenus au cours de plus de quarante années de reconnaissance et d'application internationales des sentences arbitrales étrangères grâce à l'acceptation de la Convention dans le monde entier. En réponse à cette crainte, on a toutefois fait remarquer que c'était précisément le succès de la Convention de New York et son statut de norme mondiale qui devraient permettre à la CNUDCI d'entreprendre un remaniement limité si cela était nécessaire pour adapter le texte à l'évolution des réalités commerciales et pour faire en sorte que la Convention conserve, ou reprenne, la place centrale qui est la sienne dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

18. Une autre possibilité serait d'élaborer une convention séparée en vue de traiter les cas qui échappent au champ d'application de la Convention de New York, y compris les cas où la convention d'arbitrage ne satisfait pas à la condition de forme établie à l'article II. Lorsqu'elle a été examinée par la Commission (A/54/17, par. 349), cette possibilité a bénéficié d'un certain appui. Mais, a-t-on aussi argué, l'expérience montrait que l'adoption et la ratification d'une nouvelle convention par un grand nombre de pays pouvaient prendre de nombreuses années et il y aurait dans l'intervalle une absence d'uniformité peu souhaitable. On a également indiqué que la solution proposée pourrait être particulièrement appropriée pour traiter plusieurs des cas concrets mentionnés plus haut, qui posaient de graves problèmes au regard de la Convention de New York. Toutefois, pour un certain nombre de ces cas (par exemple le transfert de droits ou d'obligations à des tiers non signataires), on a jugé dans l'ensemble que les problèmes en jeu relevaient de questions générales relatives à la teneur et à la validité de l'opération sous-jacente. On a par conséquent émis des doutes quant à l'opportunité et à la possibilité de tenter de régler ces problèmes par le biais d'un ensemble de dispositions visant avant tout la formation de la convention d'arbitrage.

19. Une autre possibilité serait de se servir de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international pour interpréter la Convention de New York. Une telle solution améliorerait la situation en ce sens, par exemple, que l'article 7-2 de la Loi type serait utilisé pour préciser l'effet d'une référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire ou de reconnaître l'effet de l'utilisation de moyens de télécommunication électroniques pour la conclusion d'une convention d'arbitrage. Toutefois, étant donné les difficultés qu'a entraînées dans la pratique la condition selon laquelle la convention d'arbitrage doit être contenue dans "un échange de" messages, il pourrait être nécessaire de modifier le texte actuel de la Loi type. Dans ce cas, diverses approches pourraient être envisagées (voir ci-dessous, par. 29 à 32).

20. S'il envisage la possibilité de modifier la Loi type comme moyen d'interpréter l'article II-2 de la Convention de New York (sans modifier cette dernière), le Groupe de travail voudra peut-être considérer également que les législations nationales peuvent fonctionner dans le contexte de la disposition législative plus favorable que constitue l'article VII de la Convention. Selon le paragraphe 1 de cet article,

"1. Les dispositions de la présente Convention ne [...] privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée."

21. Selon cet article, on peut considérer que, si la loi du pays où la sentence doit être exécutée (ou la loi applicable à la convention d'arbitrage) contient une condition de forme moins stricte que la Convention, la partie intéressée peut se prévaloir de la loi de ce pays. Cette interprétation serait conforme à l'objectif de la Convention, qui est de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères, et qui peut être atteint en supprimant dans les lois nationales les conditions de reconnaissance et d'exécution qui sont plus strictes que celles de la Convention, tout en laissant intactes les dispositions qui accordent des droits spéciaux ou plus favorables à une partie cherchant à se prévaloir d'une sentence.

22. Il convient de noter, toutefois, que l'application de conditions de forme moins restrictives par le biais de l'article VII-1 de la Convention serait plus ou moins acceptable selon que l'on considérerait que son article II-2 établit une condition de forme maximale (laissant ainsi les États libres d'adopter une condition moins stricte) ou que la Convention établit une condition de forme unifiée que doivent respecter les conventions d'arbitrage. Il convient aussi de noter que, selon certains, l'article VII-1 ne peut être invoqué pour reconnaître des dispositions nationales plus favorables sur la condition de forme que si le mécanisme d'exécution de la Convention de New York est remplacé par la loi nationale sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères (qu'il s'agisse d'une loi écrite ou de la jurisprudence). On considère parfois que ce n'est que lorsqu'existe un tel régime d'exécution national que ce régime peut, par le biais de l'article VII-1, remplacer celui de la Convention. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la validité et les conséquences de ces considérations. Il voudra peut-être aussi déterminer si celles qui ont trait à l'article VII devraient être prises en compte dans la rédaction d'éventuels amendements à la Loi type visant à établir un régime qui fonctionnera en harmonie avec la Convention de New York.

23. Lorsque la Commission a examiné la possibilité d'élaborer une législation type pour remplacer l'article II de la Convention de New York en se fondant sur l'article VII de cette même Convention (A/54/17, par. 348), il a été proposé d'élaborer, outre cette législation type, des principes directeurs ou d'autres textes n'ayant pas force obligatoire à l'intention des tribunaux qui les utiliseraient comme des conseils donnés par la communauté internationale pour l'application de la Convention de New York. On a également 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 électronique² et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.³ 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.

Teneur possible de dispositions uniformes

24. En ce qui concerne la teneur de dispositions législatives uniformes, une des approches, qui irait dans le sens de l'évolution récente de la législation dans un certain nombre de pays, consisterait à inclure une liste

² 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."

³ 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."

d'instruments ou de cas concrets où des conventions d'arbitrage seraient validées malgré l'absence d'un échange de documents. Une telle liste pourrait être formulée de manière à inclure les instruments et les cas énumérés au paragraphe 12 ci-dessus. Ce type d'approche offre l'avantage de fournir une solution claire et adaptée aux problèmes recensés, mais on court le risque que les dispositions ne couvrent pas tous les cas qui devraient être visés et ne satisfassent pas complètement aux pratiques et aux besoins qui apparaissent dans le commerce.

25. Une solution un peu plus large consisterait à valider les conventions d'arbitrage écrites même si elles n'ont pas été conclues par un échange de documents. On pourrait envisager un libellé analogue à celui d'une proposition formulée lors de l'élaboration de l'article 7-2 de la Loi type, à savoir la suivante:

“Cependant, il y a également convention d'arbitrage lorsque, dans son offre, sa contre-offre ou sa confirmation de contrat écrites, une partie à un contrat se réfère à des conditions générales – ou utilise une formule de contrat ou un contrat type – contenant une clause compromissoire et que l'autre partie n'émet pas d'objection, à condition que la législation applicable admette la formation de contrats de cette manière”.⁴

Cette proposition avait été rejetée à l'époque “car elle soulevait de difficiles problèmes d'interprétation”,⁵ mais l'on pourrait considérer que l'idée sous-jacente demeure valide.

26. Pendant l'élaboration de la Loi type, la Norvège avait formulé, dans le cadre des observations écrites présentées par les gouvernements au sujet du projet de texte, une proposition dans laquelle elle faisait observer que les connaissements, qui généralement ne sont pas signés par le chargeur, contiennent fréquemment des clauses compromissoires. Pourtant, ces clauses sont généralement considérées comme opposables au chargeur et aux porteurs ultérieurs du connaissement. Afin de clarifier le statut de telles conventions d'arbitrage, elle avait proposé un libellé qui visait les connaissements ainsi que d'autres conventions d'arbitrage écrites signées par une partie uniquement. Cette proposition consistait à ajouter à l'article 7 de la Loi type la phrase suivante:

“Si un connaissement ou un autre document, signé d'une seule partie, établit l'existence d'un contrat, d'une clause compromissoire dans le document, ou d'une référence dans le document à un autre document contenant une clause compromissoire, ce connaissement ou ce document sont réputés constituer une convention écrite.”⁶

⁴ Document A/CN.9/WG.II/WP.37, projet d'article 3, reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XIV: 1983, deuxième partie, III, B. 1.

⁵ Document A/CN.9/232, par. 45, reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XIV: 1983, deuxième partie, III, A.

⁶ Document A/CN.9/263 (Compilation analytique des observations présentée par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international), observations relatives au paragraphe 5 de l'article 7 (Norvège), reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XVI: 1985, deuxième partie, I, A.

27. Cette proposition a été examinée à la dix-huitième session de la Commission en 1985, session à laquelle le texte de la Loi type a été finalisé.⁷ Elle n'a finalement pas été retenue mais on a noté, lors du débat, qu'un grand nombre d'orateurs s'y étaient déclarés favorables.⁸

28. Diverses lois nationales récemment adoptées prévoient une définition plus large que celle qui figure dans la Loi type de la CNUDCI. Elles sont reproduites ici à titre d'exemples pour stimuler le débat et servir éventuellement de sources d'inspiration dans la recherche de solutions harmonisées acceptables.

29. En Suisse, l'article 178 de la Loi fédérale sur le droit international privé adopte une approche générale:

“1. Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte.

2. Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.”

30. Au Pays-Bas, l'article 1021 de la loi sur l'arbitrage de 1986 énonce ce qui suit:

“La convention d'arbitrage est prouvée par un instrument écrit. À cette fin, un instrument écrit qui prévoit l'arbitrage ou qui renvoie à des conditions types prévoyant l'arbitrage est suffisant, à condition que cet instrument soit expressément ou implicitement accepté par l'autre partie ou en son nom.”

31. La loi sur l'arbitrage adoptée par l'Allemagne en 1997 adopte une approche un peu plus détaillée; l'article 1031 énonce ce qui suit:

“1. La convention d'arbitrage est contenue, soit dans un document signé par les parties, soit dans un échange de lettres, de télécopies, de télégrammes ou d'autres moyens de télécommunication qui en attestent l'existence.

2. La condition de forme énoncée au paragraphe 1 est réputée avoir été respectée si la convention d'arbitrage est contenue dans un document transmis d'une partie à l'autre partie ou par un tiers aux deux parties et – si aucune objection n'a été soulevée en temps voulu – la teneur de ce document est réputée faire partie du contrat conformément à l'usage courant.

3. La référence, dans un contrat respectant la condition de forme énoncée au paragraphe 1 ou 2, à un document contenant une clause compromissoire constitue une convention d'arbitrage à condition que cette référence soit telle qu'elle intègre cette clause dans le contrat.

4. Une convention d'arbitrage est également conclue par l'établissement d'un connaissance, si ce dernier contient une référence expresse à une clause compromissoire figurant dans une charte-partie.

⁷ Comptes rendus analytiques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les séances consacrées à l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 311^e séance, reproduits dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XVI: 1985, troisième partie, II.

⁸ Ibid., par. 48.

5. Les conventions d'arbitrage auxquelles est partie un consommateur doivent figurer dans un document qui a été signé personnellement par les parties. Un tel document ne peut contenir de conventions autres que celles faisant référence à la procédure d'arbitrage; cette condition ne s'applique pas en cas de certificat notarié. Un consommateur est une personne physique qui, pour ce qui est de la transaction en litige, agit à des fins qui peuvent être considérées comme ne faisant pas partie de son activité professionnelle, commerciale ou indépendante ("gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit").

6. Il est remédié à tout manquement aux conditions de forme par l'ouverture d'une procédure arbitrale sur le fond du litige."

32. L'Angleterre a également choisi une approche détaillée à l'article 5 de sa loi sur l'arbitrage de 1996:

"[...]

2. Il y a convention écrite –

- a) lorsque la convention est consignée par écrit (qu'elle soit ou non signée par les parties),
- b) lorsque la convention prend la forme d'un échange de communications par écrit, ou
- c) lorsque la convention est attestée par un écrit.

3. Lorsque des parties passent entre elles une convention sous une forme autre qu'écrite en renvoyant à des conditions écrites, la convention est réputée écrite.

4. Une convention est attestée par écrit si, après avoir été passée sous une forme autre qu'écrite, elle est consignée par l'une des parties, ou par un tiers, avec l'assentiment des parties.

5. Un échange de déclarations écrites dans une procédure arbitrale ou judiciaire, dans laquelle l'une des parties invoque contre une autre l'existence d'une convention sous une forme autre qu'écrite sans que l'autre partie la conteste dans sa réponse, constitue entre ces parties une convention écrite aux fins invoquées.

6. Aux fins de la présente partie, le terme "écrit" englobe les communications attestées par tous moyens."

Approche non législative

33. Compte tenu des divers éléments à prendre en considération dans l'élaboration d'un traité ou d'une loi type, y compris la longueur du processus d'application législative de toute solution retenue, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'élaborer un texte non législatif. Lorsque la Commission a examiné la question de savoir dans quelle mesure les dispositions réglementaires actuelles étaient dépassées (A/54/17, par. 344), certains ont estimé que, dans la majorité des cas, les parties n'avaient aucune difficulté à se conformer aux prescriptions de forme actuelles. Il a été dit que ces prescriptions obligeaient les parties à réfléchir très sérieusement à l'exclusion de la procédure judiciaire, et par conséquent, si des travaux devaient être entrepris, ils devraient se limiter à l'élaboration d'un guide pratique. Toutefois, bien que cette opinion ait eu des partisans, la Commission a décidé que des travaux étaient nécessaires pour les questions découlant du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York et que l'on devait envisager, entre autres possibilités, d'entreprendre un travail législatif.

34. Compte tenu de ces considérations, le Groupe de travail souhaitera peut-être débattre de l'opportunité d'établir des principes directeurs ou des notes pour attirer l'attention des parties à des transactions internationales sur le fait que dans certains cas concrets (tels que ceux mentionnés au paragraphe 12), des problèmes de forme peuvent compromettre, dans le cadre de la Convention de New York, la reconnaissance des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales. De tels principes directeurs pourraient être utiles

par exemple pour avertir les associations professionnelles qui sponsorisent des formulaires types que ces derniers peuvent ne pas être conformes à la prescription de la forme écrite et pourraient proposer une modification des libellés ou des pratiques afin d'éviter de tels problèmes. Ils pourraient en outre permettre aux parties et aux juges des tribunaux nationaux de déterminer si la prescription de la forme écrite a été ou non respectée dans divers types de comportement commercial. Le Groupe de travail pourrait déterminer si des principes directeurs ou des notes pourraient constituer pour les milieux d'affaires internationaux une solution provisoire ou séparée, en attendant une décision sur le processus plus long et plus complexe d'élaboration et d'application de solutions législatives.

C. Convention d'arbitrage "écrite" et commerce électronique

35. L'acceptabilité du commerce électronique comme moyen de conclure des conventions d'arbitrage valables ne devrait pas poser plus de problèmes que le développement du télex ou, ultérieurement, de la télécopie. L'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI, susmentionné, valide expressément l'emploi de tout moyen de télécommunication qui atteste l'existence de la convention d'arbitrage, ce qui couvrirait la télécopie ainsi que la plupart des utilisations les plus courantes du courrier électronique ou de l'échange de données informatisées.

36. Pour ce qui est de la Convention de New York, il est généralement accepté que l'expression "contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes", au paragraphe 2 de l'article II, doit être interprétée comme englobant d'autres moyens de télécommunication, en particulier le télex (auquel on pourrait ajouter aujourd'hui la télécopie). Cette même interprétation téléologique⁹ pourrait être étendue au commerce électronique. Une telle extension de l'article II, pour englober certains moyens de communication qui n'étaient pas envisagés au moment de l'élaboration de la Convention, correspondrait aussi à la décision prise par la Commission lorsqu'elle a adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ainsi que le guide pour son incorporation, en 1996. Ce guide, pour la rédaction duquel on a tenu compte de la Convention de New York ainsi que d'autres instruments internationaux, indique ce qui suit:

"[...] la Loi type [sur le commerce électronique] peut servir, dans certains cas, d'outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles. Entre les États parties à de tels instruments internationaux, l'adoption de la Loi type comme règle d'interprétation pourrait être un moyen de reconnaître le commerce électronique et permettrait d'éviter de devoir négocier un protocole à l'instrument international concerné." (Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 6).

37. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si une interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York selon laquelle cet article viserait également les contrats et les conventions d'arbitrage conclus dans le contexte du commerce électronique (soit par référence à l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international ou à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) pourrait faire l'objet d'un large consensus international et si la Commission devrait la recommander comme solution envisageable.

⁹ Par exemple, le Tribunal fédéral suisse a fait observer que "[l'article II-2] doit s'interpréter au regard de [la Loi type], dont les auteurs ont voulu ainsi adapter le régime de la Convention de New York aux besoins actuels, sans devoir le modifier." Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC (Mediterranean Shipping Company) S.A., 16 janvier 1995, 1^{re} Cour civile du Tribunal fédéral suisse; extrait pertinent dans (1995) 13 Association suisse de l'arbitrage, Bulletin, p. 503 à 511, citations p. 508.

38. Lorsqu'il examinera la manière dont la législation sur les moyens de communication moderne influe sur l'interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York, le Groupe de travail voudra peut-être garder à l'esprit la question générale de la compatibilité du commerce électronique avec le régime juridique établi par une série de conventions internationales régissant divers secteurs du commerce et qui contiennent des exigences impératives concernant l'utilisation de documents écrits. On fait régulièrement observer que de nombreux traités régissant le commerce international ne tiennent pas suffisamment compte de la réalité du commerce électronique et que, en vertu de ces traités, les messages électroniques demeurent potentiellement inacceptables comme moyens de communication légaux. La Commission économique pour l'Europe de l'ONU en a dressé l'inventaire (document Trade/WP.4/R.1096, 1994, tel que révisé en 1999). Le Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) de la Commission économique pour l'Europe a d'ailleurs adopté une "recommandation à la CNUDCI concernant l'application d'équivalents électroniques des notions d'écrit", de "signature" et de "document" dans les conventions et accords relatifs au commerce international".¹⁰ Dans cette recommandation, le Centre,

"Conscient de la nécessité d'éviter de désavantager le commerce électronique et de soutenir les efforts faits pour parvenir à la parité mondiale dans le droit entre le commerce manuel et le commerce électronique,

Recommande à la CNUDCI d'examiner les mesures à prendre pour veiller à ce que les références aux notions d'écrit, de 'signature' et de 'document' dans les conventions et accords relatifs au commerce international englobent leurs équivalents électroniques."

39. Lors de sa trente-deuxième session, la Commission a pris note de cette recommandation ainsi que de certaines autres questions relatives au commerce électronique qu'elle pourrait inscrire à son ordre du jour (A/54/17, par. 315 à 318). S'agissant de la recommandation, l'élaboration d'un protocole général visant à modifier les régimes juridiques des traités multilatéraux pour faciliter le recours accru au commerce électronique a bénéficié d'un appui (ibid., par. 316). Il a été décidé que, lorsqu'il aurait terminé sa tâche actuelle, à savoir la rédaction du projet de règles uniformes sur les signatures électroniques, le Groupe de travail sur le commerce électronique devrait s'attacher, dans le cadre de la fonction consultative générale qu'il exerce en matière de commerce électronique, à examiner une partie ou la totalité des sujets qui pourraient faire l'objet de travaux futurs, en vue de faire à la Commission des propositions plus précises concernant ces travaux (ibid., par. 318). Compte tenu de ce qui précède, les réflexions du Groupe de travail sur l'arbitrage concernant le traitement des messages électroniques dans le contexte de la Convention de New York seront utiles au Groupe de travail sur le commerce électronique et à la Commission lorsque ceux-ci examineront la question générale de la compatibilité du commerce électronique avec les conventions internationales et prendront des décisions à ce sujet. Il est en outre proposé que toutes décisions prises par le Groupe de travail sur l'arbitrage sur cette question aille dans le même sens que les décisions prises sur la question générale par le Groupe de travail sur le commerce électronique et la Commission.

40. Enfin, le Groupe de travail voudra peut-être noter que, si l'on part du principe que les messages électroniques doivent être considérés comme des messages écrits aux fins de l'article II de la Convention de New York, certaines des pratiques qui apparaissent dans le commerce électronique (sur Internet ou ailleurs) peuvent créer des difficultés liées à l'exigence, examinée plus haut, de l'"échange" de messages pour la convention d'arbitrage. En d'autres termes, le commerce électronique risque de rendre moins courant, a-t-on fait observer, l'échange de messages contenant (ou renvoyant à) une convention d'arbitrage. Les

¹⁰ La recommandation, en date du 26 février 1999, publiée sous la cote TRADE/CEFACT/1999/CRP.7, a été approuvée à l'unanimité par la CEFACT en séance plénière (document TRADE/CEFACT/1999/19 du 14 juin 1999, par. 60).

communications informatisées entre fournisseurs et acheteurs, qui deviennent de plus en plus fréquentes, peuvent conduire à l'établissement automatique d'ordres d'achat (par exemple lorsque le stock de marchandises passe en dessous d'un seuil donné). Si l'on considère que ces ordres d'achat font partie d'un "marché à commandes relevant d'un accord sous-jacent, il n'y aura aucun problème puisque la convention d'arbitrage applicable à tous les contrats aura été formée au moment de la conclusion de l'accord sous-jacent, qui sera considéré comme exécuté lorsque les marchandises seront envoyées ou les services fournis. Si, par contre, on considère que ces ordres d'achat séparés conduisent en fait à une série de contrats séparés, il peut ne pas y avoir d'échanges de messages concernant la convention d'arbitrage pour chaque contrat, ce qui entraînera les problèmes exposés ci-dessus pour chacun de ces contrats. De telles évolutions du commerce électronique peuvent constituer un argument de plus en faveur de l'élaboration de règles modernes sur la forme des conventions d'arbitrage.

IV. RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS

41. Le présent document a été établi dans le but de faciliter le débat, au sein du Groupe de travail, sur de futures solutions harmonisées dans les domaines de la conciliation, de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires et de la forme écrite des conventions d'arbitrage, conformément à la décision de la Commission (voir document A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 9). Compte tenu des délibérations et des décisions qui seront prises, le secrétariat établira des avant-projets de dispositions uniformes accompagnés, s'il y a lieu, de commentaires, en vue de la trente-troisième session du Groupe de travail qui, sous réserve de l'approbation de la Commission, aura lieu pendant la seconde moitié de l'an 2000.

42. Le Groupe de travail souhaitera peut-être, s'il en a le temps, échanger également des vues et des informations sur d'autres sujets relatifs à l'arbitrage que la Commission avait considérés comme susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Ces sujets sont mentionnés au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.II/WP.108 ainsi qu'au paragraphe 339 du rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-deuxième session (document A/54/17). La Commission a en effet laissé le Groupe de travail libre de décider de la manière dont il voulait traiter ces sujets et du temps qu'il voulait y consacrer.

* * *