

**Assemblée générale**

Distr.: Limitée
3 avril 2003

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
Trente-huitième session
New York, 12-16 mai 2003

Règlement des litiges commerciaux**Mesures provisoires ou conservatoires****Note du secrétariat**

1. À sa trente-sixième session, en mars 2002, le Groupe de travail a repris ses discussions sur le pouvoir d'une juridiction étatique ou d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/508, par. 51 à 94; en ce qui concerne les discussions antérieures, voir A/CN.9/468, par. 60 à 87, A/CN.9/485, par. 78 à 106, A/CN.9/487, par. 64 à 87) et a examiné un projet de texte en vue de la révision de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74) (ci-après appelée "la proposition du secrétariat").

2. Au début de sa trente-septième session, en octobre 2002, il a été décidé que le Groupe de travail poursuivrait ses délibérations sur la base d'une proposition présentée par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121) (ci-après appelée "la proposition des États-Unis"), qui présentait une révision du projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui tenait compte notamment de la proposition du secrétariat.

3. La présente note a été établie sur la base des discussions et des décisions de la trente-septième session du Groupe de travail. La reprise des discussions devrait être facilitée par le texte suivant (ci-après appelé "le texte révisé"), qui est une nouvelle version révisée de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et tient compte des discussions et décisions de la trente-septième session du Groupe de travail.



**Texte révisé de l'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**

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires.
2. Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:
 - a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché [, de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée];
 - b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures de nature à causer, immédiatement ou sous peu un dommage [, de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée];
 - c) De fournir un moyen préliminaire de constituer en garantie des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou
 - [d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.]
3. La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire doit [démontrer] [montrer] [prouver] [établir] que:
 - a) Un préjudice irréparable sera causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira la partie touchée par la mesure si celle-ci est accordée; et
 - b) Il y a une possibilité raisonnable de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.
4. [Sous réserve des dispositions de l'alinéa b) ii) du paragraphe 7,] [Sauf dans les cas où la constitution d'une garantie est obligatoire en vertu de l'alinéa b) ii) du paragraphe 7,] le tribunal arbitral peut faire obligation à la partie qui demande la mesure et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire.
5. Le tribunal arbitral peut modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire à tout moment [sur la base d'informations supplémentaires ou d'un changement de circonstances].
6. La partie qui demande la mesure doit, à compter de la présentation de la demande, informer sans tarder le tribunal arbitral de tout changement

important des circonstances sur la base desquelles elle a sollicité, ou le tribunal arbitral a accordé, ladite mesure.

7. a) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut [, exceptionnellement,] accorder une mesure provisoire ou conservatoire, sans aviser la partie [contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure], lorsque:
 - i) Il y a un besoin urgent de prendre cette mesure;
 - ii) Les circonstances énoncées au paragraphe 3 sont réunies; et
 - iii) La partie qui demande la mesure montre qu'il est nécessaire de procéder de cette façon pour éviter que la mesure ne soit compromise avant qu'elle soit accordée.
- b) La partie demandant la mesure:
 - i) Est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure à la partie [contre laquelle elle est dirigée] [touchée par la mesure] [dans la mesure appropriée, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande]; et
 - ii) Constitue une garantie sous la forme que le tribunal arbitral jugera appropriée [, en vue de couvrir tous les dommages et tous les frais visés à l'alinéa i),] [comme condition de l'octroi d'une mesure au titre du présent paragraphe];
- [c) [Afîn d'éviter tout doute,] le tribunal arbitral est compétent, entre autres, pour statuer sur toutes les questions soulevées par les dispositions [de l'alinéa b)] ci-dessus ou se rapportant à elles];]
- [d) La partie [contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est ordonnée] [touchée par la mesure accordée] en vertu du présent paragraphe reçoit notification de la mesure et a la possibilité d'être entendue par le tribunal arbitral [dès qu'il n'est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin de garantir l'efficacité de la mesure] [dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances];]
- [e) Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe est valable pour une durée maximale de vingt jours] [à compter de la date à laquelle le tribunal ordonne cette mesure], laquelle ne peut être prolongée. Le présent alinéa ne porte pas atteinte au pouvoir du tribunal arbitral d'accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 après que la partie [contre laquelle la mesure a été ordonnée] [touchée par la mesure] en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité d'être entendue;
- [f) Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe est tenue d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes

et importantes lorsqu'il détermine si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies;]

Notes

Paragraphe 1

4. À sa trente-septième session, le Groupe de travail a constaté que le paragraphe 1 de la proposition des États-Unis était conforme au texte dont il avait discuté précédemment. Il a estimé que le paragraphe remanié était dans l'ensemble acceptable quant au fond, mais a suggéré que les mots "ordonner à une autre partie de prendre des mesures provisoires ou conservatoires" pourraient limiter indûment la portée de cette disposition et devraient être remplacés par les mots "accorder des mesures provisoires ou conservatoires" (A/CN.9/523, par. 34). Le texte révisé tient compte de cette suggestion.

Paragraphe 2

Place du paragraphe 2 et observation générale

5. Le paragraphe 2 du texte révisé (précédemment paragraphe 4 de la proposition du secrétariat) a fait l'objet de discussions à la trente-sixième session du Groupe de travail et il a été convenu de le placer immédiatement après le paragraphe 1 (A/CN.9/508, par. 64). Les dispositions de fond de ce paragraphe s'inspirent en partie du texte provisoire de 2001 du Projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale de la Conférence de La Haye de droit international privé (reproduit en partie dans le document (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 71).

Membre de phrase liminaire – Notion de "mesures provisoires ou conservatoires"

6. À sa trente-septième session, il a été indiqué au Groupe de travail que le paragraphe 2 de la proposition des États-Unis visait à tenir compte des discussions qui avaient eu lieu à sa trente-sixième session (A/CN.9/508, par. 64 à 76). On a objecté que la référence à la notion de "sentence provisoire" allait à l'encontre de l'opinion qui avait prévalu à cette session selon laquelle il ne fallait pas qualifier la sentence de "partielle" ou de "provisoire" (voir A/CN.9/508, par. 66 et A/CN.9/523, par. 36). La notion de mesure provisoire "s'inscrivant dans le cadre" d'une sentence a aussi suscité des doutes. Conformément à la décision prise à la trente-septième session du Groupe de travail, le paragraphe 2 du texte révisé contient les mots suivants: "Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme" (A/CN.9/523, par. 36).

Alinéas a) et b) – "de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée"

7. Les mots "de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée", qui figurent aux alinéas a) et b) du texte révisé ont été ajoutés au texte de la proposition des États-Unis. Ces mots incorporent des termes utilisés dans une variante examinée par le Groupe de travail à sa trente-sixième session et devant figurer dans un paragraphe distinct pour décrire une mesure provisoire (voir alinéa b) du paragraphe 4 de la variante 2 (A/CN.9/WG.II/WP.119,

par. 74, reproduit dans le document A/CN.9/508, par. 51). Cependant, ces mots, incorporés dans les alinéas a) et b) du texte révisé n'ont pas fait l'objet d'une discussion exhaustive et le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'ils restreignent indûment la portée de ces dispositions.

Alinéas a), b) et c) – “une sentence ultérieure”

8. Pour éviter la difficulté que poserait la définition de l'expression “sentence qui sera finalement prononcée”, qui figure dans le texte de la proposition des États-Unis aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 2, une formulation plus neutre a été utilisée (“sentence ultérieure”) aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 2 du texte révisé, pour désigner toute sentence qui pourrait être prononcée ultérieurement.

Alinéa b) – Portée de la disposition

9. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail a estimé d'une manière générale qu'il convenait d'élargir la portée de l'alinéa b) du paragraphe 1 du texte révisé (précédemment alinéa c) du paragraphe 4 de la variante 1, A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74) pour qu'elle couvre également les cas dans lesquels la mesure provisoire ou conservatoire avait pour objet non pas d'interdire mais de prescrire un comportement (A/CN.9/508, par. 75). Dans le même esprit, il a été estimé que cette disposition devait être applicable non seulement aux mesures ordonnées contre le défendeur, mais également aux mesures visant d'autres parties à l'arbitrage. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte révisé tient compte de ces suggestions de façon appropriée.

Alinéa c)

10. À sa trente-septième session, le Groupe de travail est convenu de remplacer l'ensemble du texte de l'alinéa c) de la proposition des États-Unis, à savoir “de verser une provision pour l'exécution de la sentence qui sera finalement prononcée, y compris pour le règlement des dépens”, par un libellé du type “de fournir un moyen préliminaire de constituer en garantie des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence” (A/CN.9/523, par. 37). Il a ainsi rétabli le texte utilisé dans la proposition du secrétariat (alinéa b) du paragraphe 4 de la variante 1 dans le document A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74 et reproduit dans le document A/CN.9/508, par. 51).

Alinéa d)

11. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail est convenu que, afin de faciliter le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires destinées à empêcher la destruction d'éléments de preuve, le paragraphe 2 devrait également faire référence à “une mesure destinée à fournir un moyen préliminaire de sauvegarder les éléments de preuve” (A/CN.9/508, par. 76). L'alinéa d) du texte révisé, dans lequel il est question “de sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige”, n'a pas fait l'objet de discussions à la trente-septième session du Groupe de travail. Celui-ci souhaitera peut-être examiner si ce libellé est approprié.

Caractère non exhaustif de la liste de mesures provisoires

12. À la fin du débat qui a eu lieu à la trente-septième session du Groupe de travail, on a rappelé qu'à sa trente-sixième session, ce dernier était convenu qu'il fallait faire ressortir très clairement que la liste de mesures provisoires donnée dans les divers alinéas ne devait pas être considérée comme exhaustive (A/CN.9/508, par. 71). Or, a-t-on fait observer, dans le paragraphe 2 remanié, la liste était présentée comme exhaustive. En réponse, on a expliqué que la version remaniée ne donnait plus une liste des diverses mesures provisoires que pouvait accorder un tribunal arbitral, mais parlait de "toute mesure temporaire", de sorte que la formulation n'était pas limitative. En outre, la disposition énumérait les diverses fins auxquelles une mesure provisoire pouvait être accordée. Dès lors que toutes ces fins étaient couvertes par la liste révisée, il n'était plus nécessaire de rendre la liste non exhaustive. Bien que cette explication ait dans l'ensemble été acceptée, le Groupe de travail a décidé de procéder à de plus amples consultations avant de décider si tous les motifs concevables pouvant justifier l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire étaient couverts par l'actuelle formulation. Il a été convenu que le débat sur cette question serait rouvert à une prochaine session (A/CN.9/523, par. 38).

Paragraphe 3*Membre de phrase liminaire*

13. Le membre de phrase liminaire du paragraphe 3 du texte révisé a été simplifié de façon à éviter la répétition inutile du contenu du paragraphe 1. Il est maintenant analogue au texte du paragraphe 2 de la proposition du Secrétariat. En outre, on a révisé le paragraphe 3 pour y inclure d'autres verbes que "démontrer", car il avait été signalé que ce mot risquait d'impliquer un critère strict d'établissement de la preuve (A/CN.9/523, par. 40; en ce qui concerne les discussions antérieures, voir A/CN.9/508, par. 55).

Suppression de la mention d'un "besoin urgent d'une telle mesure"

14. À sa trente-septième session, le Groupe de travail est convenu que le besoin urgent de la mesure ne devait pas être un critère applicable aux mesures provisoires ou conservatoires en général mais devait être une condition nécessaire dans le cas des mesures *ex parte*, où l'urgence ne permettait pas d'aviser l'autre partie (A/CN.9/523, par. 29 et 41). La mention de l'urgence d'une mesure a été déplacée à l'alinéa a) i) du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment paragraphe 4 de la proposition des États-Unis), qui porte sur les mesures provisoires *ex parte*.

Alinéa a)

15. L'alinéa a) du paragraphe 3 du texte révisé (précédemment alinéa b) du paragraphe 3 de la proposition des États-Unis) a été modifié eu égard à la proposition tendant à remplacer les mots "la partie opposée à la mesure" par les mots "la partie touchée par la mesure", d'une part, et les mots "et que ce préjudice" par les mots "et qu'un tel préjudice", d'autre part (A/CN.9/523, par. 42). On a fait observer que les mots "préjudice irréparable" pouvaient entraîner une confusion avec "le dommage" susceptible d'être causé "immédiatement ou sous peu" visé à l'alinéa b) du paragraphe 2, ce qui ferait courir le risque que les critères énoncés au

paragraphe 3 ne soient interprétés comme s'appliquant uniquement aux mesures accordées aux fins de l'alinéa b) du paragraphe 2. Le Groupe de travail a pris note de ce point de vue (A/CN.9/523, par. 42). Il convient de rappeler qu'à la trente-sixième session du Groupe de travail, un avis largement partagé était que la disposition devait permettre de peser "le pour et le contre", c'est-à-dire de mettre en balance l'étendue du préjudice qui serait subi par la partie qui demandait la mesure provisoire ou conservatoire si elle n'était pas accordée et l'étendue du préjudice que la mesure causerait à la partie qui s'y opposait si elle était accordée. On a en outre estimé que l'approche quantitative que supposait l'expression "préjudice grave" risquait de créer des incertitudes quant à l'étendue du préjudice permettant de considérer que celui-ci était suffisamment "grave" pour justifier certaines mesures provisoires ou conservatoires. On a suggéré d'adopter une approche plus qualitative en utilisant l'expression "préjudice irréparable" (A/CN.9/508, par. 56). Le texte révisé reflète cette décision du Groupe de travail. On estime que la définition large des mesures provisoires qui figure au paragraphe 2 n'est pas en contradiction avec le fait que la partie demandant la mesure provisoire doit présenter des éléments de preuves indiquant un dommage irréparable.

Alinéa b)

16. Conformément à une suggestion formulée à la trente-septième session du Groupe de travail, on a remanié l'alinéa b) du paragraphe 3 du texte révisé (précédemment alinéa c) du paragraphe 3 de la proposition des États-Unis): les mots "il y a de fortes chances que la partie qui demande la mesure obtienne gain de cause sur le fond du litige" ont été remplacés par les mots "il y a une possibilité raisonnable de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque" (A/CN.9/523, par. 64; en ce qui concerne un débat antérieur, voir par. 43 et document A/CN.9/508, par. 57).

Paragraphe 4

Place des dispositions énoncées au paragraphe 4

17. Les dispositions énoncées au paragraphe 4 du texte révisé (précédemment paragraphe 5 de la proposition des États-Unis) ont été déplacées, étant donné qu'elles sont applicables aux mesures provisoires en général et non uniquement aux mesures qui pourraient être accordées *ex parte* en vertu du paragraphe 7 du texte révisé (A/CN.9/523, par. 45). Le Groupe de travail est également convenu de déplacer les dispositions contenues dans les paragraphes 6 et 7 de la proposition des États-Unis (paragraphes 5 et 6 du texte révisé) pour qu'elles figurent avant le paragraphe portant sur les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* (A/CN.9/523, par. 45).

Lien entre le paragraphe 4 et l'alinéa b) ii) du paragraphe 7

18. À la trente-septième session du Groupe de travail, on a craint que, dans la rédaction antérieure, ce texte ne permette d'échapper à l'obligation de fournir une garantie lorsque des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* étaient accordées (A/CN.9/523, par. 46). Il a été convenu que ce texte partait du principe que, pour les mesures *inter partes*, l'exigence d'une telle garantie devait être laissée

à l'appréciation du tribunal arbitral (A/CN.9/523, par. 46). Pour répondre à cette préoccupation, deux variantes ont été présentées entre crochets dans le texte révisé: "Sous réserve des dispositions de l'alinéa b) ii) du paragraphe 7" et "Sauf dans les cas où la constitution d'une garantie est obligatoire en vertu de l'alinéa b) ii) du paragraphe 7. Ces variantes visent à préciser, conformément à la décision du Groupe de travail, que le paragraphe 4 est subordonné à l'alinéa b) ii) du paragraphe 7 et à établir une distinction entre le cas où la décision relative à la constitution d'une garantie découle de l'exercice du pouvoir d'appréciation du tribunal arbitral et le cas dans lequel ce dernier est tenu d'exiger la constitution d'une garantie par la partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte*.

"et toute autre partie"

19. À sa trente-septième session, le Groupe est aussi convenu d'inclure les mots "et toute autre partie" après les mots "la partie qui demande la mesure", pour que le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir d'appréciation pour tenir compte de certaines situations survenant dans des arbitrages pluripartites, par exemple de la situation où il y aurait plusieurs demandeurs qui bénéficieraient chacun de la mesure provisoire, alors que celle-ci n'aurait été demandée que par un seul d'entre eux ne disposant d'aucun bien. Dans ce cas, le tribunal aurait la liberté d'exiger une garantie des autres demandeurs. En outre, l'insertion des mots "toute partie" permettrait de tenir compte du cas où une partie fournissait une contre-garantie (A/CN.9/523, par. 48).

Paragraphe 5

"eu égard à des informations supplémentaires ou à une modification des circonstances"

20. À la trente-septième session du Groupe de travail, il a été affirmé que le pouvoir de modifier ou d'annuler une mesure provisoire ou conservatoire ne devrait pas être limité. On a fait observer que, compte tenu du caractère extraordinaire de telles mesures, si un tribunal arbitral avait le pouvoir de les accorder, il devrait aussi pouvoir les modifier ou les annuler. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte actuellement placé entre crochets, à savoir "eu égard à des informations supplémentaires ou à une modification des circonstances", initialement utilisé dans la proposition du secrétariat (voir A/CN.9/508, par. 88 et 89), doit être inclus pour éviter d'instituer un pouvoir d'appréciation arbitraire.

Demande de mesures ex parte

21. Il a été déclaré en outre que, le paragraphe 5 étant apparemment censé s'appliquer également aux mesures *ex parte*, les circonstances susceptibles d'inciter le tribunal arbitral à annuler ou à modifier une mesure provisoire pourraient survenir au stade non contradictoire de la procédure et que, par conséquent, l'obligation d'informer la partie touchée par la mesure conformément aux dispositions de l'alinéa e) du paragraphe 7 risquerait de la rendre inefficace. On a dit qu'il serait peut-être nécessaire d'examiner plus avant s'il fallait établir ou non une distinction entre mesures *inter partes* et mesures *ex parte*. Si tel était le cas, il faudrait éventuellement élaborer une disposition distincte pour ces dernières (A/CN.9/523, par. 52).

Sanction

22. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il convient de réviser le paragraphe 5 pour établir une sanction claire dans l'hypothèse où l'obligation visée au paragraphe 6 ne serait pas remplie (A/CN.9/523, par. 49; voir également le paragraphe 24 ci-après).

Paragraphe 6

“ou toute autre partie”

23. À la trente-septième session du Groupe de travail, il a été suggéré que, si les mots “et toute autre partie” étaient insérés dans le paragraphe 4 ils devaient également l'être dans le texte qui figurait au paragraphe 6 (A/CN.9/523, par. 49). On a estimé que cet ajout pourrait toutefois donner lieu à des litiges supplémentaires entre les parties. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant cette question.

Sanction

24. On a fait observer que, s'il existait une obligation d'informer le tribunal arbitral de tout changement important dans les circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire avait été accordée, aucune sanction n'était prévue en cas d'inexécution. Il a été convenu, en réponse, que ce point pouvait fort bien être traité dans le cadre du paragraphe 5 (A/CN.9/523, par. 49). En conséquence, il a été décidé, à la trente-septième session du Groupe de travail, de ne pas modifier le texte du paragraphe 6. Si le Groupe de travail estime que le paragraphe 5 doit prévoir une sanction en cas d'inexécution du paragraphe 6, il souhaitera peut-être également examiner s'il convient d'intervertir ces paragraphes.

25. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est approprié, au paragraphe 6, de mentionner “tout changement important”, alors que le paragraphe 5 mentionne “un changement de circonstances”.

Paragraphe 7

Observation d'ordre général

26. La question du pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* a fait l'objet d'une longue discussion à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 16 à 27). L'opinion exprimée à la trente-sixième session du Groupe de travail, selon laquelle le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* devait être réservé aux juridictions étatiques, a été réitérée à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 17). Même si un certain nombre de délégations continuaient à être opposées à l'idée de conférer au tribunal arbitral le pouvoir d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, le Groupe de travail a décidé de poursuivre l'examen de la proposition des États-Unis (A/CN.9/523, par. 28).

Alinéa a)

27. L'alinéa a) du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment paragraphe 5 de la proposition du secrétariat et alinéa a) du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis) a suscité une attention considérable à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 28 à 33). À cette session, le Groupe de travail a pris note, entre autres, de la suggestion tendant à étudier plus avant la possibilité de lever la mesure provisoire ou conservatoire lorsque le défendeur constituait une garantie suffisante (A/CN.9/523, par. 33). Ce point n'est pas pris en compte dans le texte révisé.

28. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, dans un but de cohérence, les termes utilisés à l'alinéa a) du paragraphe 3, à savoir "la partie touchée par la mesure" devraient également l'être aux alinéas a), b) ii), d) et e) du paragraphe 7, au lieu des mots "la partie contre laquelle cette mesure est dirigée". Ces deux variantes figurent entre crochets dans le texte révisé.

29. Selon une opinion largement partagée à la trente-septième session du Groupe de travail, si une disposition concernant des mesures *ex parte* était insérée, il faudrait y indiquer que des mesures de ce type ne devraient être accordées qu'exceptionnellement (A/CN.9/523, par. 17). Le mot "exceptionnellement" a été inséré après les mots "le tribunal arbitral peut". Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait remanier l'alinéa a) du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis pour tenir compte des opinions et préoccupations exprimées par le Groupe de travail et, en particulier, reconnaître l'autonomie de la volonté des parties en autorisant celles-ci à convenir d'exclure l'application d'une disposition conférant au tribunal arbitral le pouvoir d'accorder une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* (A/CN.9/523, par. 31). En conséquence, l'alinéa a) du paragraphe 7 du texte révisé contient les mots "des parties" après l'expression "Sauf convention contraire", comme cela a été suggéré à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 54).

30. À la trente-septième session du Groupe de travail, une version révisée de l'alinéa a) du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis a été établie (A/CN.9/523, par. 32 et 53 à 69), (ci-après appelée "alinéa a) du paragraphe 4 remanié") et les décisions et suggestions suivantes, prises et présentées à cette session, ont été incorporées dans le texte révisé:

- La préférence a été donnée à la deuxième variante entre crochets du sous-alinéa i) de l'alinéa a) du paragraphe 4 remanié (alinéa a) iii) du paragraphe 7 du texte révisé), le mot "*defeated*" étant remplacé par le mot "*frustrated*" dans la version anglaise (A/CN.9/523, par. 57 et 61);
- L'alinéa a) ii) du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment sous-alinéa iv) de l'alinéa a) du paragraphe 4 remanié) a été modifié conformément aux suggestions formulées à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 64);
- Le membre de phrase "ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de répliquer" a été supprimé, étant donné que le texte couvrait de façon suffisante la situation dans laquelle une notification avait été faite mais la partie défenderesse ne pouvait pas répliquer ou n'avait pas répliqué (A/CN.9/523, par. 60);

- Il a été convenu que les conditions posées au paragraphe 3 de la proposition des États-Unis pour les mesures *inter partes* devaient aussi s'appliquer aux mesures *ex parte* mais qu'il fallait trouver un libellé plus neutre que la formule "une forte possibilité d'obtenir gain de cause" employée à l'alinéa c) de ce paragraphe (A/CN.9/523, par. 31); une référence à la nécessité de satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe 3 a été ajoutée à l'alinéa a) du paragraphe 7 du texte révisé (A/CN.9/523, par. 62);
- L'alinéa a) énumère maintenant les conditions auxquelles doit satisfaire la partie demandant une mesure provisoire *ex parte* et l'alinéa b) énonce les obligations dont elle doit s'acquitter; le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette nouvelle structure est appropriée;
- Il a également été suggéré qu'il fallait faire obligation à la partie requérante de constituer une garantie pour indemniser le défendeur si la mesure demandée s'avérait par la suite injustifiée; que la personne demandant la mesure *ex parte* devait pouvoir démontrer qu'elle n'avait pas d'autres voies de droit et que la mesure *ex parte* était son dernier recours; et que les mesures *ex parte* devraient revêtir un caractère raisonnable et proportionnel (A/CN.9/523, par. 30). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant ces suggestions.

Alinéa b)

31. Le texte de l'alinéa b) i) du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment sous-alinéa v) de l'alinéa a) du paragraphe 4 remanié) a été modifié: l'expression "de plein droit" a été supprimée et les mots "dans la mesure appropriée compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande" ont été ajoutés entre crochets (A/CN.9/523, par. 31 et 66 et 67).

32. L'alinéa b) ii) du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment sous-alinéa vi) de l'alinéa a) du paragraphe 4 remanié) a été modifié, de façon à tenir compte de la préférence exprimée à la trente-septième session du Groupe de travail pour les mots "une garantie sous la forme que le tribunal arbitral jugera appropriée". D'autre part, on s'est prononcé en faveur de l'utilisation à l'alinéa i) d'un libellé tel que "en vue de couvrir tous les dommages et tous les frais d'arbitrage visés à l'alinéa i)" (A/CN.9/523, par. 68 et 69). Pour assurer la cohérence avec le libellé du paragraphe 4 du texte révisé, l'alinéa b) ii) du paragraphe 7 mentionne la constitution d'une garantie "comme condition de l'octroi d'une mesure au titre du présent paragraphe". Il a généralement été admis au sein du Groupe de travail à sa trente-septième session que la constitution d'une garantie pour les mesures *ex parte* devait être obligatoire (A/CN.9/523, par. 46). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cet alinéa correspond bien à cette opinion.

Alinéa c)

33. Le Groupe de travail est convenu de placer le renvoi à l'alinéa b) du texte révisé (précédemment renvoi aux alinéas a) v) et a) vi) du paragraphe 4 remanié) entre crochets, eu égard à l'opinion selon laquelle un renvoi à l'alinéa b) ii) (précédemment sous-alinéa vi) de l'alinéa a) du paragraphe 4 remanié) était nécessaire (A/CN.9/523, par. 72). Le Groupe de travail souhaitera peut-être poursuivre ses discussions sur cette question à sa trente-huitième session.

34. Les mots “Afin d’éviter tout doute” ont été insérés au début de l’alinéa c) du texte révisé en vue d’une poursuite du débat lors d’une session ultérieure (A/CN.9/523, par. 70). À la trente-septième session du Groupe de travail, cette suggestion a bénéficié d’un certain appui, mais il a été signalé qu’un tel libellé n’avait généralement pas sa place dans un texte législatif et que, dans de nombreux pays, ce paragraphe n’aurait pas pour effet de dissiper un doute mais de donner au tribunal arbitral une compétence plus étendue que celle qui lui avait été conférée par les parties dans la convention d’arbitrage (A/CN.9/523, par. 70). On a estimé qu’en élaborant une disposition étendant la compétence du tribunal arbitral dans le contexte de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées sur requête *ex parte*, le Groupe de travail devait éviter de donner l’impression qu’une telle disposition devait être interprétée *a contrario* dans le contexte des mesures provisoires *inter partes* (A/CN.9/523, par. 71).

Alinéa d)

35. L’alinéa d) du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment alinéa c) du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis) a été remanié compte tenu des observations et suggestions présentées aux paragraphes 74 et 75 du document A/CN.9/523. En particulier, on a inversé l’ordre des alinéas b) et c) du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 73). Il est à noter que l’alinéa d) du paragraphe 7 mentionne que la partie touchée par la mesure a “la possibilité d’être entendue” soit “dès qu’il n’est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin de garantir l’efficacité de la mesure” soit “dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances”. La première variante assure une certaine souplesse. Cependant, si le Groupe de travail préfère la seconde, il sera nécessaire d’examiner à nouveau la question du moment auquel il faut donner notification. Dans son libellé actuel, l’alinéa d) du paragraphe 7 ne s’applique qu’aux mesures *ex parte*. Cependant, à la trente-septième session du Groupe de travail, il a été suggéré d’envisager ultérieurement de déterminer si le paragraphe devrait s’appliquer uniquement aux mesures provisoires ordonnées *ex parte* ou de manière plus générale à tous les types de mesures provisoires (A/CN.9/523, par. 75).

Alinéa e)

36. Le texte de l’alinéa e) du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment alinéa b) du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis) a été remanié compte tenu des discussions qui ont eu lieu à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 73). L’alinéa e) du paragraphe 7 dispose qu’une mesure provisoire ou conservatoire a une validité maximale de vingt jours et prévoit deux options pour la détermination du début de cette période de vingt jours. À la trente-septième session du Groupe de travail, des préoccupations ont été exprimées au sujet de l’adoption d’une période générale d’efficacité d’une mesure provisoire, telle que vingt jours (A/CN.9/523, par. 20, 25 et 73). Il a été souligné que, dans sa rédaction actuelle, ce paragraphe ne rétablissait pas l’équilibre de la procédure arbitrale lorsqu’une mesure *ex parte* avait été accordée en donnant à la partie qui en faisait l’objet la possibilité d’être entendue et de faire procéder au réexamen de cette mesure le plus vite possible. Il a été déclaré que l’objectif consistant à rétablir l’équilibre de la procédure arbitrale était traité par l’alinéa c) du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis (alinéa d) du paragraphe 7 du texte révisé), qui donnait

au défendeur la possibilité d’être entendu (A/CN.9/523, par. 73). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, dans sa rédaction actuelle, le texte répond à ces préoccupations. Il devrait noter que les mots “Le présent alinéa ne porte pas atteinte au pouvoir du tribunal arbitral d’ordonner, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 après que la partie contre laquelle la mesure a été ordonnée en a été avisée et qu’il lui a été donné la possibilité d’être entendue” diffèrent du texte qui figurait au paragraphe 7 de la proposition du secrétariat, à savoir “Une mesure accordée en vertu du paragraphe 5 peut être prolongée ou modifiée après que la partie contre laquelle elle a été ordonnée a été avisée et qu’il lui a été donné la possibilité de réagir”. Il convient de noter qu’alors que la proposition du secrétariat visait à prolonger ou à modifier la mesure provisoire *ex parte* après que la partie touchée avait été entendue, le texte actuel porte sur les mesures provisoires en général et vise l’octroi ou la confirmation soit de la mesure provisoire *ex parte*, soit d’une mesure provisoire entièrement nouvelle.

Alinéa f)

37. En ce qui concerne l’alinéa f) du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment alinéa d) du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis), il a été suggéré d’établir, dans une nouvelle version remaniée, un lien clair entre l’obligation d’informer le tribunal arbitral d’un changement de circonstances et le régime de responsabilité applicable à la partie requérante (A/CN.9/523, par. 49 et 76). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant cette suggestion.

38. Le Groupe de travail devrait noter que l’alinéa f) du paragraphe 7 institue une obligation semblable à celle qui est imposée en vertu du paragraphe 6, bien que l’alinéa f) du paragraphe 7 semble imposer une obligation d’information légèrement plus large. À la trente-septième session du Groupe de travail, il a été suggéré que l’alinéa f) du paragraphe 7, s’il était conservé, devrait prévoir un délai dans lequel la partie requérante devrait informer le tribunal arbitral d’un changement de circonstances. Comme cela a été indiqué plus haut (par. 24), le Groupe de travail pourrait envisager si une sanction expresse devrait être prévue en cas d’inobservation des dispositions du paragraphe 6. Si le Groupe de travail décide de prévoir une telle sanction, il sera également nécessaire de décider si l’obligation d’information visée au paragraphe 6 devrait être applicable tant aux mesures *inter partes* qu’aux mesures *ex parte* ou si, dans l’hypothèse où il convient de conserver l’alinéa f) du paragraphe 7, une sanction distincte doit être prévue lorsque ces dispositions ne sont pas respectées. Il est suggéré que le but de l’alinéa f) du paragraphe 7 (à savoir l’imposition d’une obligation stricte d’information à la partie qui demande une mesure *ex parte*) est déjà atteint par le paragraphe 6 et que la répétition de cette obligation nuirait à la lisibilité et à la logique interne du texte.