



Assemblée générale

Distr. limitée
17 janvier 2023
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail II (Règlement des différends)
Soixante-dix-septième session
New York, 6-10 février 2023**

Règlement des différends liés aux technologies et décision d'urgence rendue par un tiers et rejet rapide et décision préalable

Communication présentée par le Gouvernement suisse

Note du Secrétariat

La présente note contient une communication reçue du Gouvernement suisse le 17 janvier 2023, en vue de la soixante-dix-septième session du Groupe de travail. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.



Annexe

En vue des débats qui se tiendront lors de la soixante-dix-septième session du Groupe de travail II de la CNUDCI, le Gouvernement suisse soumet les commentaires et propositions suivants :

I. Décision d'urgence par un spécialiste – Clause type B

1. Les commentaires et propositions suivants sont formulés au sujet de la clause type B et de la note explicative y relative qui figurent dans le document [A/CN.9/WG.II/WP.231](#) (ci-après « la note ») :

A. Paragraphe 1 – Expertise spécialisée

2. La décision du spécialiste neutre est désignée, dans la clause type B, par le mot « expertise » (« determination » en anglais) et l'ensemble du processus par le terme « expertise spécialisée » (« specialist determination » en anglais). Si ces termes sont sans doute les plus appropriés, il est néanmoins suggéré de réfléchir plus avant à la terminologie employée, en envisageant également des termes tels que « ordonnance » ou « décision » à la place du mot « avis » [figurant au paragraphe 1 e)] et des expressions telles que « décision urgente », « décision sommaire » ou « décision à première vue » pour désigner le processus lui-même.

3. Il semble important d'ajouter la disposition suivante :

Le spécialiste neutre peut estimer que certaines questions, voire toutes, ne se prêtent pas au processus de décision par un spécialiste.

4. En outre, il est suggéré d'ajouter à l'alinéa f), après la première phrase, la phrase suivante :

Sous réserve de ce respect, une ou plusieurs parties peuvent se réserver le droit de soumettre le litige ou la réclamation ayant fait l'objet du processus de décision par un spécialiste à un arbitrage [de novo] conformément au paragraphe 3.

B. Paragraphe 2 – Exécution de l'avis du spécialiste

Observations relatives au libellé du paragraphe 2

5. Ce paragraphe a pour but de rendre la décision rendue par le spécialiste exécutoire à l'échelle internationale. Compte tenu du nombre et de la portée limités des instruments existants en matière d'exécution internationale, l'option la plus réaliste (sinon la seule) est celle qui est actuellement proposée, c'est-à-dire la possibilité, pour les parties, d'obtenir une sentence qui ordonne le respect de la décision.

6. Afin de donner effet à cette procédure, qui est aussi décrite aux paragraphes 27 et 28 de la note, il faudrait limiter les questions qui sont soumises à l'arbitre unique conformément au paragraphe 2 de la clause type B aux points de savoir i) s'il existe une décision rendue par un spécialiste qui doit être respectée et ii) le cas échéant, si elle a été respectée.

7. Par conséquent, il faudrait restreindre le chapeau du paragraphe 2 de la clause type B et préciser le mandat de l'arbitre unique comme suit :

2. Toute partie peut engager une procédure d'arbitrage conformément au Règlement de la CNUDCI sur l'arbitrage accéléré pour assurer le respect de la décision rendue par le spécialiste.

8. De plus, il conviendrait d'ajouter la disposition suivante [de préférence après l'actuel alinéa a)] :

Dans son examen, l'arbitre unique se limite à déterminer si :

i) La convention des parties tendant à soumettre au processus de décision par un spécialiste les questions pour lesquelles l'exécution est demandée est valide ;

ii) La procédure visée au paragraphe 1 a été respectée ;

iii) La décision rendue par le spécialiste a été respectée.

9. Le projet de paragraphe 2 c) semble prévoir qu'une fois que la procédure d'arbitrage prévue au paragraphe 3 a été ouverte, la procédure d'exécution prévue au paragraphe 2 n'est plus disponible. Cela semble être la solution adéquate pour éviter les procédures parallèles.

10. Toutefois, le droit d'obtenir la décision d'un spécialiste et/ou de faire exécuter cette décision ne devrait pas entièrement disparaître du fait de l'ouverture d'une procédure d'arbitrage. Il pourrait donc être utile de préciser plus avant le droit des parties d'obtenir une telle décision et l'exécution de celle-ci, en prévoyant par exemple qu'une fois qu'une procédure d'arbitrage a été ouverte conformément au paragraphe 3 : i) une partie peut demander au tribunal arbitral de rendre une sentence ordonnant le respect de la décision rendue par le spécialiste, comme le prévoit le paragraphe 2 ; et/ou ii) les décisions visées au paragraphe 1 restent disponibles. Dans ce dernier cas, il conviendra de déterminer si ces décisions doivent elles aussi être rendues par un spécialiste neutre conformément au paragraphe 1 ou si elles peuvent l'être par le tribunal arbitral sous la forme de mesures provisoires ou d'une sentence partielle.

Observations relatives aux explications accompagnant le paragraphe 1 de la note

11. La note décrit de manière utile d'autres procédures « en matière de règlement spécialisé et express des litiges » (par. 8 et suiv.). On peut en ajouter d'autres, en particulier les comités de résolution des différends et autres mécanismes apparentés. La solution visée au paragraphe 2 de la clause type B peut offrir un mécanisme d'exécution utile également pour les autres procédures de ce type. Il est suggéré de signaler cette possibilité d'utilisation plus large aux utilisateurs de la clause type.

12. Au paragraphe 19, la note explique que la demande par laquelle le processus est lancé permet au destinataire, qui dispose « alors d'une vue d'ensemble des questions en jeu [...] de comprendre et d'évaluer le litige ». Le paragraphe 1 b) prévoit que la demande « contient une description détaillée du fondement factuel du litige », ce qui va au-delà d'une simple « vue d'ensemble des questions en jeu ». Il est suggéré soit de supprimer cette phrase, soit d'indiquer plus clairement le contenu requis de la demande.

C. Paragraphe 3 – Arbitrage de novo

13. L'examen d'un différend (ou d'une réclamation) dans le cadre de la procédure extrêmement rapide de décision par un spécialiste peut convenir lorsque l'on souhaite obtenir rapidement une décision. Dans les cas où les parties, ou l'une d'entre elles, ne peuvent accepter cette décision, il faut réserver la possibilité d'un examen complet. L'arbitrage dans le cadre duquel cet examen complet est effectué doit permettre aux parties de faire pleinement valoir leurs moyens, d'introduire des arguments et des éléments de preuve nouveaux, voire différents, et même de présenter de nouvelles réclamations ou questions qui n'ont pas été soumises au processus de décision par un spécialiste.

14. Le présent projet de texte semble reposer sur cette hypothèse, même si l'expression « le fond de l'avis du spécialiste » pourrait être interprétée différemment.

Il faudrait préciser que l'arbitrage envisagé au paragraphe 3 ne constitue pas un appel de la décision rendue par le spécialiste, mais un arbitrage de novo au cours duquel le tribunal arbitral peut, mais sans y être obligé, prendre en compte ou examiner le fond de la décision rendue par le spécialiste. Il est par conséquent suggéré d'ajouter la phrase suivante au paragraphe 3 :

Le tribunal arbitral peut prendre en compte, le cas échéant, la décision rendue par un spécialiste au sujet d'une réclamation ou d'une question dont il est saisi, mais il n'est pas lié par elle et s'il doit l'examiner, il procède à un examen de novo des faits et du droit.

15. On pourrait également envisager de reformuler le paragraphe 3 contenu dans le document [A/CN.9/WG.II/WP.231](#) comme suit :

Une partie qui s'est conformée à la décision rendue par le spécialiste (soit directement, soit en application d'une sentence rendue conformément au paragraphe 2) peut demander que les réclamations dont le spécialiste neutre était saisi soient tranchées par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI [éventuellement au Règlement de la CNUDCI sur l'arbitrage accéléré]. Dans la procédure arbitrale, les parties ne sont pas limitées aux arguments et aux éléments de preuve présentés dans la procédure de décision par un spécialiste.

16. Autre formulation possible :

La décision rendue par un spécialiste neutre n'empêche pas une partie de soumettre le différend portant sur la question sous-jacente à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI [éventuellement au Règlement de la CNUDCI sur l'arbitrage accéléré], pour autant que cette partie se soit conformée à ladite décision. Dans la procédure arbitrale, les parties ne sont pas limitées aux arguments et aux éléments de preuve présentés dans la procédure de décision par un spécialiste.

17. Autre formulation possible :

Toute partie qui s'est réservé le droit de le faire conformément à l'article 1 [alinéa f) avec sa phrase supplémentaire] est en droit de s'opposer à la décision rendue par le spécialiste et de soumettre le différend à un tribunal arbitral pour qu'il procède à un examen de novo des faits et du droit. Dans la procédure arbitrale, les parties ne sont pas limitées aux arguments et aux éléments de preuve présentés au spécialiste.

D. Commentaires supplémentaires – Texte d'introduction

18. En raison de la nouveauté des procédures introduites avec la clause type B et afin d'éviter les préoccupations et problèmes qui pourraient survenir en particulier au stade de l'exécution, il pourrait être utile d'ajouter un paragraphe d'introduction à la clause (ou au paragraphe 1 de la clause), dans lequel les parties préciseraient le but qu'elles visent en adoptant la clause type B. Ce paragraphe pourrait se lire comme suit :

Les parties conviennent qu'en cas de différend, il est essentiel, pour préserver leur relation contractuelle, qu'elles demandent à un spécialiste de rendre rapidement une décision, qui les liera dans leur comportement futur. Elles s'engagent donc à se conformer à cette décision et à avoir recours à un arbitrage en bonne et due forme en vue d'un examen plus détaillé et éventuellement plus approfondi du litige si elles jugent la décision rendue par le spécialiste inacceptable.

II. Rejet rapide

19. Le document [A/CN.9/WG.II/WP.230](#) décrit en détail la procédure désignée, dans la dernière version, par l'expression « processus de rejet rapide », qui est engagée à la suite d'une « demande de rejet rapide ». Cette terminologie donne l'impression que l'Aide-mémoire introduit, de manière descriptive, les règles détaillées que la Commission souhaitait justement éviter. La grande préoccupation exprimée par ceux qui se sont opposés à l'introduction de règles spécifiques au rejet rapide était la crainte de voir ces règles encourager le recours aux requêtes et au « processus de rejet rapide » comme outil, afin de perturber l'arbitrage.

20. Dans les procédures d'arbitrage international, il n'est pas rare que les parties décrivent tout ou partie des arguments présentés par leur adversaire comme étant « manifestement dénués de fondement » ou autres formules similaires. En vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et de la plupart des autres règlements, différents traitements sont réservés à ce genre de formules, le tribunal pouvant aussi bien les considérer comme des cas d'argumentation hyperbolique que les aborder dans le cadre d'une conférence de gestion d'instance, ou encore autoriser les parties à présenter des arguments supplémentaires. Aucun de ces cas ne nécessite que l'on traite ces réclamations ou arguments au moyen d'un « processus de rejet rapide ». La préoccupation exprimée par les délégations qui se sont opposées à l'introduction d'un tel processus était que, dès lors que la CNUDCI le présentait comme une option possible, que ce soit dans le Règlement ou dans l'Aide-mémoire, ce processus soit utilisé même dans les cas où une solution plus simple pouvait être appliquée.

21. Pour atteindre l'objectif visé, il pourrait très bien suffire de mentionner brièvement les possibilités qui s'offrent à un tribunal arbitral international, sans qu'il soit nécessaire de préciser dans un texte les règles à appliquer. Il est donc suggéré de supprimer les paragraphes 2 à 9 du texte d'orientation et de les remplacer par un texte qui pourrait se lire comme suit :

Pour que le tribunal arbitral puisse exercer son pouvoir discrétionnaire de procéder à un tel rejet ou de rendre une telle décision préalable, il faut que les parties soient entendues sur cette possibilité de manière compatible avec la loi et les règles applicables en matière d'arbitrage et tout accord pertinent conclu entre elles. Si ce rejet ou cette décision peut simplifier la procédure et contribuer à économiser du temps et des coûts, il importe de veiller à ce que le traitement de l'une ou l'autre option ne perturbe pas la procédure ni n'entraîne de complications procédurales.

22. Si le texte des paragraphes 2 à 9 est maintenu en l'état, il est suggéré de l'introduire par un texte qui pourrait se lire comme suit :

La procédure applicable à ce rejet ou à cette décision préalable dépend des circonstances et des règles applicables à l'espèce. Une solution possible consiste à adopter un processus de rejet rapide. Ce processus est généralement engagé ... [poursuivre avec le reste de l'actuel paragraphe 2].