

**Assemblée générale**

Distr. générale
17 mai 2010*
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-troisième session
New York, 21 juin-9 juillet 2010

**Règlement des litiges commerciaux: Révision du Règlement
d'arbitrage de la CNUDCI**

**Compilation des commentaires reçus de gouvernements et
d'organisations internationales**

Table des matières

	<i>Page</i>
II. Commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales	2
A. Commentaires reçus d'organisations internationales	2
1. Organisations internationales non gouvernementales	2
Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan	2

* La soumission de la présente note a été retardée en raison de sa réception tardive.



II. Commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

A. Commentaires reçus d'organisations internationales

1. Organisations internationales non gouvernementales

Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan

[Original: anglais]
[Date: 17 mai 2010]

Le Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan soumet les commentaires qu'il a reçus de deux de ses membres sur le projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Première série de commentaires:

Article premier (Champ d'application): Une fois adoptée, la version révisée s'applique "à moins que [les parties] ne soient convenues d'appliquer une version différente du Règlement". Le Règlement de 1976 peut être l'une de ces versions, mais il peut aussi s'agir de modifications apportées par les parties au règlement en vigueur.

Aucun délai n'a été prévu pour que les parties conviennent d'appliquer une version différente. Toutefois, lorsqu'un litige survient et que des arbitres doivent être nommés, il faudrait savoir quel règlement s'applique. En cas d'application d'une version différente, celle-ci devrait être mentionnée dans la clause compromissoire type. Cette clause devrait alors être rédigée comme suit: "Tout litige, différend ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat, (...) actuellement en vigueur. *En cas d'application d'une version différente du Règlement, celle-ci sera mentionnée (...)*".

La deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article premier dispose que la présomption ne s'applique pas lorsque la convention d'arbitrage a été conclue par acceptation, après la date d'adoption, d'une offre faite avant cette date. Or, ce n'est pas la convention d'arbitrage mais le contrat renfermant la clause compromissoire renvoyant au Règlement de la CNUDCI qui peut contenir une offre susceptible d'être acceptée après l'adoption.

Dans le projet, la clause compromissoire type a été déplacée pour figurer en annexe. Il serait peut-être préférable de maintenir cette clause directement dans l'article premier.

Article 3 (Notification d'arbitrage): Les alinéas a) à g) du paragraphe 3 mentionnent ce que la notification "doit" contenir. L'alinéa g) prévoit qu'elle contient des propositions "quant au nombre d'arbitres, à la langue et au lieu de l'arbitrage, à défaut d'accord sur ces points conclu précédemment entre les parties". Cet accord peut figurer dans les alinéas b) à d) de la clause compromissoire type. La détermination du nombre d'arbitres est régie par l'article 7, celle du lieu de l'arbitrage par l'article 18 et celle de la langue par l'article 19. Pourquoi des propositions quant au nombre d'arbitres, au lieu de l'arbitrage et à la langue

devraient-elles être faites dans la notification? L'exigence posée à l'alinéa g) pourrait être supprimée.

Les alinéas a) à c) du paragraphe 4 mentionnent ce que la notification d'arbitrage "peut" contenir. L'alinéa a) de ce paragraphe prévoit qu'elle peut contenir une proposition tendant à désigner l'autorité de nomination visée à l'article 6 du projet. L'alinéa a) de la clause compromissoire type est libellé comme suit: "L'autorité de nomination sera ... (nom de la personne ou de l'institution)". Il fait donc référence à la désignation même de l'autorité et non à une proposition de désignation. L'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 4 prévoit également que la réponse à la notification peut contenir une proposition d'autorité de nomination faite par le défendeur. Ces propositions peuvent être différentes. Il suffit que la clause compromissoire type contienne une désignation et, si tel n'est pas le cas, cette dernière sera faite conformément au Règlement. L'alinéa a) pourrait être supprimé.

L'alinéa b) du paragraphe 4 de l'article 3 mentionne une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visée à l'article 8, paragraphe 1. Là encore, cette disposition est répétée à l'alinéa c) du paragraphe 2 de l'article 4 concernant la réponse à la notification. L'alinéa b) pourrait aussi être supprimé.

L'alinéa c) du paragraphe 4 de l'article 3 prévoit que le demandeur peut nommer "son" arbitre, dans le cas d'un tribunal composé de trois membres. Le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit aussi la possibilité pour le défendeur de nommer "son" arbitre. Il faudrait s'abstenir de prévoir la nomination d'un arbitre par les parties à ce stade précoce de la procédure.

Le paragraphe 4 pourrait être supprimé dans sa totalité.

Article 20, paragraphe 1: Dans mon commentaire sur l'article 3, il convient de se référer à l'article 20 relatif au mémoire en demande. La deuxième phrase du paragraphe 1 de cet article dispose que le demandeur peut décider de considérer sa notification d'arbitrage comme un mémoire en demande, "pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées aux paragraphes 2 à 4" de ce même article. Or, la notification d'arbitrage ne contient pas de copie du contrat duquel est né le litige et il n'est pas exigé d'y joindre une telle copie, comme dans le paragraphe 3. Elle n'est pas non plus accompagnée de pièces et autres preuves invoquées, comme indiqué au paragraphe 4. La deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 20 devrait être supprimée.

Article 4 (Réponse): Le projet introduit une obligation de réponse à la notification d'arbitrage, ce dont on peut se réjouir. La fin du présent commentaire propose toutefois une manière beaucoup plus simple d'énoncer cette obligation. L'article 4 comprend deux paragraphes qui énumèrent respectivement ce que la réponse doit contenir (paragraphe 1) et ce qu'elle peut contenir (paragraphe 2).

Paragraphe 1 ("doit"): L'alinéa a) indique que la réponse doit contenir le nom et les coordonnées de chaque défendeur. Or, l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 3 dispose que la notification d'arbitrage doit contenir les noms et coordonnées de toutes les parties, ce qui inclut déjà les défendeurs. L'alinéa b) du paragraphe 1 prévoit que la réponse doit porter sur les indications figurant dans la notification d'arbitrage conformément à l'article 3, paragraphe 3 c) à g). Dans mon commentaire relatif à l'article 3, la proposition quant au nombre d'arbitres, à la langue et au lieu

de l'arbitrage est supprimée du contenu de la notification. Elle devrait l'être aussi du contenu de la réponse.

Paragraphe 2 (“peut”): Ce paragraphe prévoit que la réponse peut contenir d'autres indications. L'alinéa a) dispose qu'elle peut mentionner “toute exception d'incompétence d'un tribunal arbitral constitué en vertu du présent Règlement”. Le paragraphe 2 de l'article 23 indique que cette exception est soulevée au plus tard dans le mémoire en défense. Le tribunal peut statuer sur cette exception soit en la traitant comme une question préalable, soit dans une sentence sur le fond (article 23, paragraphe 3). Il faudrait s'abstenir de prévoir une telle exception dans la réponse à la notification d'arbitrage, au tout début de la procédure arbitrale, lorsque le tribunal n'a pas encore été constitué. Les alinéas b) et c) prévoient la possibilité de faire des propositions pour désigner une autorité de nomination et pour nommer un arbitre unique. Le paragraphe 4 de l'article 3 (Notification) prévoit, aux alinéas a) et b), la possibilité pour le demandeur de faire aussi de telles propositions. Le Règlement pose des règles pour la nomination d'un arbitre unique et il se peut que les parties aient déjà désigné une autorité de nomination dans la clause compromissoire type. Les alinéas a) et b) pourraient donc être supprimés. L'alinéa d) donne au défendeur la possibilité, dans sa réponse, de nommer “son” arbitre dans le cas d'un tribunal composé de trois membres. Au paragraphe 4 de l'article 3, la même possibilité est prévue pour le demandeur. Il faudrait s'abstenir de déterminer au début de l'arbitrage ce qui est prévu plus loin dans le Règlement. Selon l'alinéa e), le défendeur peut présenter une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, qui elles aussi font l'objet de règles plus loin dans le Règlement. Les dispositions de l'alinéa e) pourraient être supprimées. Dans l'alinéa f), le défendeur peut formuler “un chef de demande contre une partie à la convention d'arbitrage autre que le demandeur”. Il s'agit d'une situation exceptionnelle, qui n'a pas besoin d'être régie par le Règlement. Aux fins de la révision du Règlement, la formulation simple de la version de 1976 devrait être maintenue.

Article 21: En ce qui concerne le mémoire en défense, la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 21 dispose que le défendeur peut décider de considérer sa réponse à la notification d'arbitrage (article 4) comme un mémoire en défense, “pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées au paragraphe 2” de ce même article 21. Ce paragraphe 2 dispose que le mémoire en défense répond aux alinéas b) à e) du mémoire en demande. Or, au début de l'arbitrage, lorsque la notification d'arbitrage et la réponse sont échangées, les arbitres ne sont pas encore nommés et aucun mémoire en demande ni mémoire en défense n'ont été produits. Comment la réponse à la notification peut-elle alors respecter les conditions du paragraphe 2 de l'article 21? La deuxième phrase de l'article 21 devrait également être supprimée.

Commentaires relatifs au paragraphe 5 de l'article 3 et au paragraphe 3 de l'article 4: Les derniers paragraphes des articles 3 et 4 ont trait au caractère insuffisant de la notification et au caractère incomplet de la réponse. Ces lacunes n'empêchent pas la constitution du tribunal arbitral. Au début de la procédure d'arbitrage, au stade de la notification et de la réponse, il n'y a pas de tribunal arbitral qui puisse trancher définitivement les questions relatives au caractère insuffisant ou incomplet. En pratique, l'autre partie peut attirer l'attention sur ces lacunes. La référence dans le Règlement à une éventuelle décision prise ultérieurement par le tribunal arbitral pourrait être supprimée.

Le dernier paragraphe de l'article 4 dispose également qu'un "différend concernant l'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage (...) n'empêche pas la constitution du tribunal arbitral". Or, le paragraphe 1 de l'article 4 dispose que le défendeur "communique" une réponse. Il est intéressant de noter que, tout en prévoyant l'"obligation" de communiquer une réponse, le projet envisage l'absence de réponse du défendeur.

Proposition: Mes commentaires sur les articles 3 et 4 examinent en détail la manière dont le projet introduit l'obligation de réponse à la notification d'arbitrage. Au lieu d'énoncer cette obligation comme le fait le projet, on pourrait suivre l'exemple du Règlement d'arbitrage de l'OMPI (article 11), ce qui donnerait le libellé suivant: "Dans les 30 jours suivant la date à laquelle il a reçu la notification d'arbitrage, le défendeur communique au demandeur une réponse contenant des observations sur les éléments de la notification. La réponse peut contenir des indications concernant toute demande reconventionnelle ou demande en compensation."

À l'origine, le Groupe de travail avait introduit une obligation de réponse dans un article 3 très long. Lors de ses discussions, cet article avait été remplacé par deux articles, l'article 3 pour la notification et l'article 4 pour la réponse. Mon commentaire sur l'article 3 propose de supprimer le paragraphe 4 de cet article. La disposition simple proposée ci-dessus pour énoncer l'obligation de réponse pourrait devenir le paragraphe 4 de l'article 3.

Article 6 (Autorité de nomination): Dans la version de 1976 du Règlement, il est question de l'autorité de nomination à l'alinéa b) de l'article 6. Si les parties n'ont pas choisi d'un commun accord une institution arbitrale ou personne comme autorité de nomination dans la clause compromissoire type, cette autorité doit être désignée. Avec le nouvel article, la désignation d'une autorité de nomination n'est plus traitée à la section II. Toutefois, le projet maintient dans cette même section (nomination des arbitres) le système des listes, que l'autorité applique lorsqu'elle nomme des arbitres.

Paragraphe 1: À moins qu'elles n'aient déjà choisi une autorité de nomination d'un commun accord dans la clause compromissoire, les parties peuvent proposer le nom d'une ou de plusieurs institutions arbitrales ou personnes, parmi lesquelles le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage (CPA). Cet élément est nouveau. Si la structure du Règlement de 1976 est maintenue, il conviendrait de l'ajouter.

Paragraphe 2: Si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord par les parties dans le délai prévu dans ce paragraphe, le Secrétaire général de la CPA désigne cette autorité. Ce paragraphe est inspiré du paragraphe 2 de l'article 6 du Règlement de 1976. Le délai de 60 jours est passé à 30.

Paragraphe 3: Ce paragraphe sur la suspension du délai pourrait être supprimé. Le cas en question peut se présenter mais il n'est pas nécessaire de prévoir une disposition à son sujet.

Paragraphe 4: Ce paragraphe reprend la fin du paragraphe 2 de l'article 6 du Règlement de 1976.

Paragraphe 5: L'autorité de nomination et le Secrétaire général de la CPA peuvent demander à toute partie et aux arbitres les renseignements qu'ils jugent nécessaires et donnent aux parties et aux arbitres la possibilité d'exposer leurs vues. Cette

disposition ne figure pas dans le Règlement de 1976. Elle pourrait être ajoutée au cas où la structure du Règlement de 1976 serait maintenue.

Paragraphe 6: Si un arbitre unique doit être nommé (article 8) ou si trois arbitres doivent être nommés (articles 9 et 10) ou encore si un arbitre doit être remplacé (article 14), copie de la notification d'arbitrage et, "si celle-ci existe", de la réponse à cette notification est envoyée à l'autorité de nomination. Par les mots "si celle-ci existe", la disposition s'écarte de l'obligation exprimée par la formule "communique une réponse" au paragraphe 1 de l'article 4. L'envoi d'une copie de la notification et de la réponse peut être ajouté au Règlement de 1976.

Paragraphe 7: L'autorité de nomination (le Secrétaire général de la CPA n'est pas mentionné ici) a égard à la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et tient compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties. Cette disposition sur le caractère souhaitable de la nomination d'un arbitre de nationalité différente pourrait être ajoutée au cas où la structure du Règlement de 1976 serait maintenue.

En conclusion, la structure du Règlement de 1976 devrait être maintenue, conformément au mandat du Groupe de travail. Les adjonctions proposées ci-dessus pourraient être incorporées dans la section II (nomination des arbitres).

Article 7 (Nombre d'arbitres), paragraphe 1: Si les parties ne sont pas convenues antérieurement (dans la clause compromissoire type) du nombre d'arbitres et si elles ne sont pas convenues qu'il n'y aura qu'un seul arbitre, il sera nommé trois arbitres. La disposition indique, d'une manière différente de celle de l'article 5 du Règlement de 1976, que dans l'arbitrage CNUDCI, il est nommé un ou trois arbitres. Dans le projet, le délai de 15 jours prévu dans l'article 5 de la version de 1976 passe à 30 jours. Or, les moyens de communication s'étant considérablement améliorés, cette prorogation à 30 jours devrait être supprimée.

Paragraphe 2: Le Règlement de 1976 ne contient pas les dispositions prévues par ce paragraphe. Lorsqu'une partie, dans le cas d'un tribunal arbitral composé de trois personnes, ne nomme pas "son" arbitre, l'autorité de nomination peut, à la demande d'une partie, nommer un arbitre unique si elle le juge plus approprié compte tenu des circonstances de l'espèce. À mon avis, l'autorité de nomination ne devrait pas être autorisée à modifier l'accord des parties. Lorsqu'une partie ne nomme pas "son" arbitre, l'autorité de nomination procédera à la nomination.

Article 8: Cet article prévoit l'utilisation du système des listes pour la nomination d'un arbitre unique. En cas de nomination de trois arbitres, l'article 9-3 prévoit aussi l'utilisation du système des listes.

Article 10 (nouveau), paragraphe 1: Lorsqu'il doit être nommé trois arbitres et qu'il y a pluralité de demandeurs ou de défendeurs, les différentes parties nomment conjointement l'arbitre. C'est déjà le cas dans la pratique, par exemple dans les arbitrages CCI.

Paragraphe 2: Si les parties sont convenues d'un nombre d'arbitres "autre que un ou trois", les arbitres sont nommés selon la méthode dont elles conviennent. Dans l'arbitrage CNUDCI, le nombre d'arbitres est de un ou trois. Il est fort peu probable que les parties conviennent d'un autre nombre et, dans ce cas, déterminent la méthode de nomination. Exceptionnellement, toutefois, il se peut que cinq arbitres

soient nommés. Le choix de la méthode peut alors être laissé aux parties. Ceci pourrait être omis dans le Règlement.

Paragraphe 3: L'autorité de nomination peut révoquer tout arbitre déjà nommé à défaut de constitution du tribunal arbitral. L'autorité de nomination devrait-elle être autorisée à intervenir dans des nominations qui ont déjà été effectuées par les parties? En conclusion, l'article 10 pourrait être supprimé.

Article 11 (Récusation): La récusation est traitée aux articles 11 à 13. Une personne pressentie pour être nommée signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité et/ou sur son indépendance. Dans la pratique, un organisme d'arbitrage envoie une déclaration d'indépendance à un candidat, qui la signe avant d'être nommé. Pour ce faire, l'organisme n'a pas besoin de modèle. Dans le projet, une déclaration d'indépendance type est annexée au Règlement. À mon avis, cette déclaration type n'est pas nécessaire, mais si elle était conservée, il faudrait éviter d'en faire une annexe au Règlement.

Article 14 (Remplacement): Les cas de remplacement devraient être mentionnés dans un nouveau paragraphe 1. Le paragraphe 3 de l'article 12 du projet mentionne déjà le cas de la carence d'un arbitre ou de l'impossibilité de droit ou de fait d'un arbitre de remplir sa mission. Il faudrait ajouter le décès ou la démission d'un arbitre, comme le prévoit le paragraphe 1 de l'article 13 du Règlement de 1976.

Paragraphe 2: Dans des circonstances exceptionnelles, l'autorité de nomination peut, après avoir donné aux parties et aux arbitres restants la possibilité d'exprimer leurs vues, a) nommer un remplaçant ou b) dans le cas d'un tribunal arbitral composé de trois personnes, autoriser les autres arbitres à poursuivre l'arbitrage et à rendre une sentence. Le projet envisage, au point b), la possibilité qu'une sentence soit rendue par un nombre pair d'arbitres. En introduisant cette possibilité, on devrait prévoir des règles pour le cas où les arbitres, en nombre pair, n'arrivent pas à un accord et où la situation est bloquée.

Article 17 (Dispositions générales), paragraphe 1: Cet article contient des dispositions de nature différente, réparties en cinq paragraphes. Il sera proposé de limiter l'article 17 au paragraphe 1, qui énoncera les principes. À mon avis, les paragraphes 2 à 5 pourraient être supprimés pour les raisons suivantes. Le calendrier prévisionnel (par. 2) aura déjà été établi au cours de la première réunion préparatoire du tribunal arbitral avec les parties et/ou leurs avocats. Le paragraphe 3 fait référence aux audiences pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, qui sont traitées plus loin dans le Règlement. Le principe selon lequel, lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication, elle l'adresse en même temps à toutes les autres parties, pourrait être énoncé à un endroit plus approprié. Quant au paragraphe 5, il introduit de nouvelles dispositions relatives à la jonction, qui mériteraient d'être traitées dans un article séparé.

Proposition: L'article 17 est le premier consacré à la procédure arbitrale. S'il était limité aux principes régissant cette procédure, il suivrait l'exemple de la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 (Arbitration Act) qui, dans son premier article, énonce les principes régissant cette nouvelle loi. Dans la version révisée du Règlement de la CNUDCI, on pourrait envisager l'ajout d'un nouveau principe, à savoir que le tribunal arbitral, les parties et leurs avocats sont responsables de la conduite efficace de la procédure d'arbitrage.

Depuis plus de 30 ans que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est appliqué, les "réunions préparatoires" entre les arbitres et les parties ou leurs avocats sont devenues une pratique habituelle. Elles ont lieu à plusieurs occasions, la première se tenant au tout début de l'arbitrage pour établir un programme de conduite de la procédure. À cette réunion, on peut non seulement fixer les délais pour l'échange des mémoires en demande et en défense, mais aussi déterminer si le tribunal arbitral devrait régler en priorité des questions importantes comme la question de sa propre compétence ou celle de la loi applicable au fond du litige. Par la suite, le tribunal arbitral tient régulièrement des réunions avec les parties et/ou leurs avocats pour préparer l'audition de témoins et d'experts. À mon avis, ces réunions préparatoires traduisent le principe selon lequel la conduite efficace de la procédure d'arbitrage est devenue une responsabilité conjointe du tribunal arbitral et des parties ou de leurs avocats.

Je propose par conséquent que l'article 17 soit libellé comme suit: "Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à un stade approprié de la procédure chaque partie ait une possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens. Le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige entre les parties. La conduite efficace de la procédure arbitrale est la responsabilité conjointe du tribunal arbitral, des parties et de leurs avocats."

Article 19 (Langue): Tout comme le lieu de l'arbitrage, la langue peut également être fixée d'un commun accord dans la clause compromissoire type. Le projet fait référence à un accord concernant la langue ou les langues de la procédure. En effet, dans des cas exceptionnels, l'utilisation de plusieurs langues peut être autorisée.

Article 20 (Mémoire en demande), paragraphe 1: À la fin de mon commentaire concernant l'article 3, j'ai déjà proposé que l'on supprime la deuxième phrase, qui prévoit que le demandeur peut décider de considérer sa notification d'arbitrage comme un mémoire en demande.

Article 21 (Mémoire en défense): Il faudrait aussi supprimer la possibilité, pour le défendeur, de considérer sa réponse à la notification d'arbitrage comme un mémoire en défense. Je renvoie à la fin de mon commentaire sur l'article 4.

Article 22 (Modification des chefs de demande ou des moyens de défense): Selon la dernière phrase de cet article, une demande reconventionnelle ou une demande en compensation ne peuvent pas être modifiées ou complétées au point qu'elles sortent du champ de compétence du tribunal arbitral. Ce principe pourrait être supprimé et la question pourrait être laissée à l'appréciation du tribunal arbitral.

Article 23 (Déclinatoire de compétence arbitrale): Cet article est largement inspiré de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage. Son paragraphe 1 reprend le paragraphe 1 de l'article 16. Son paragraphe 2 est fondé sur le paragraphe 2 de l'article 16. À l'exigence selon laquelle l'exception est soulevée au plus tard dans le mémoire en défense, on a ajouté "ou, en cas de demande reconventionnelle ou de demande en compensation, dans la réplique". Son paragraphe 3 reprend la disposition du paragraphe 3 de l'article 16, en prévoyant que le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception soit en la traitant comme une question préalable, soit dans une sentence sur le fond. Par contre, il ne reprend pas

la disposition du paragraphe 3 de cet article, qui autorise une partie, dans un délai de 30 jours après avoir été avisée de la décision préalable, à demander à la juridiction étatique de rendre une décision sur la question de la compétence, laquelle ne sera pas susceptible de recours. Dans tous les cas, la juridiction étatique a le dernier mot pour ce qui est de la compétence.

Article 26 (Mesures provisoires): Dans le Règlement de 1976, l'article 26 sur les mesures provisoires ne contient que trois paragraphes. Le projet leur consacre 10 paragraphes, suivant en cela les nouvelles dispositions figurant dans la version amendée en 2006 de la Loi type de la CNUDCI. Le paragraphe 3 suscitera peut-être un débat sur la question de savoir si le tribunal arbitral peut être convaincu de prononcer des mesures provisoires en vertu des alinéas a) à c). Le paragraphe 10 reprend le contenu du paragraphe 3 du Règlement de 1976.

Article 27 (Preuves), paragraphe 2 (nouveau): Toute personne, qui est partie, peut déposer comme témoin. Il faudrait supprimer la référence à l'“expert agissant en qualité de témoin”. Dans la deuxième phrase, il est fait référence aux “déclarations des témoins”, qui peuvent prendre la forme d'un écrit qu'ils signent. Dans la pratique, ces déclarations sont courantes, car elles facilitent considérablement l'audition des témoins, mais elles sont établies par l'avocat qui présente le témoin. Les règles de l'Association internationale du barreau sur l'administration de la preuve mentionnent, à l'article 4, ces déclarations qui doivent non seulement être écrites et signées, mais aussi dire la vérité. La version révisée du Règlement devrait accorder plus d'attention à ces déclarations. Je me réfère en particulier au paragraphe 7 de l'article 4 des règles de l'Association internationale du barreau, qui prévoit que, sauf convention contraire des parties, chaque témoin ayant soumis une déclaration doit comparaître lors de l'audience où sont recueillies les dépositions orales. Cet élément devrait être ajouté au projet.

Article 28 (Audiences): Lorsque des témoins sont entendus, une “réunion préparatoire” des parties et/ou de leurs avocats aura lieu. Dans les arbitrages importants, l'audition des témoins peut prendre plusieurs jours, voire plusieurs semaines. Cette réunion permet de fixer des dates où les arbitres, les parties, leurs avocats et les témoins seront disponibles. Le nom et l'adresse des témoins, ainsi que le sujet de leur témoignage, doivent être communiqués par les parties. Qui commencera l'interrogatoire, les parties (leurs avocats) ou le tribunal arbitral? Y aura-t-il un contre-interrogatoire? Les témoins connaissent-ils tous les langues de l'arbitrage ou une interprétation est-elle nécessaire? Y aura-t-il un procès-verbal de l'audience? Après l'audience, les parties auront-elles la possibilité de donner leur avis par écrit? Toutes ces questions ne sont pas du ressort du Règlement, mais peuvent être traitées dans le cadre de la réunion préparatoire. Le paragraphe 1 fait également référence à l'audition des parties. Là encore, des questions peuvent se poser, qui peuvent être discutées ou réglées dans le cadre d'une réunion préparatoire. Mais des réunions préparatoires ont lieu en particulier en cas d'audition de témoins. Au paragraphe 2, il faudrait supprimer la référence aux experts agissant en qualité de témoins, de même qu'au paragraphe 3.

Article 29 (Experts nommés par le tribunal arbitral): En règle générale, les arbitres ont des connaissances suffisantes pour trancher le différend qui leur est soumis. La nomination d'un expert par le tribunal est exceptionnelle, contrairement à la présentation de rapports d'experts désignés par les parties.

Paragraphe 1 et 2: Le tribunal arbitral nomme les experts après consultation des parties, ce qui est important compte tenu de la condition énoncée au paragraphe 2, selon laquelle ces experts doivent être impartiaux et indépendants. Si une partie exprime des objections, le tribunal arbitral doit trancher.

Le tribunal arbitral fixe le mandat de l'expert afin de déterminer les questions sur lesquelles ce dernier fera rapport. Il est utile qu'un projet soit examiné avec les parties. Il faudrait éviter que des différends ne surviennent ensuite au sujet de l'interprétation du mandat.

Paragraphe 4: Après que les parties ont reçu une copie du rapport établi par l'expert, le tribunal arbitral leur donne la possibilité de formuler par écrit leur opinion à ce sujet. Il faudrait supprimer les mots "par écrit". Les parties auront pleinement l'occasion d'exprimer leur opinion sur le rapport lors de l'audience où seront entendus les experts. À cette audience, elles seront assistées par les experts qu'elles ont nommés.

Paragraphe 5: Ce paragraphe traite de la participation à l'audience d'experts nommés par les parties, qui sont appelés experts agissant en qualité de témoins. L'article 5 des règles de l'Association internationale du barreau sur l'administration de la preuve consacre six paragraphes à ces experts. D'après le paragraphe 3 de cet article, le tribunal arbitral peut ordonner à ces experts de se réunir pour discuter des points sur lesquels leurs opinions divergent et de consigner les résultats de cette discussion. Un nouveau paragraphe 6 libellé comme suit pourrait être ajouté à l'article 29: "Avant l'audience mentionnée au paragraphe 5, le tribunal arbitral peut ordonner aux experts nommés par les parties de se réunir pour discuter de questions communes ou connexes. À cette réunion, ces experts s'efforcent de parvenir à un accord sur les questions au sujet desquelles leurs avis divergent. Un rapport écrit indiquant les questions sur lesquelles un accord a été trouvé ou sur lesquelles les avis restent divergents est communiqué au tribunal arbitral."

Article 33 (Décisions): D'après l'article 7, il y a un ou trois arbitres. Leur nombre doit être impair.

Paragraphe 1: Ce paragraphe indique que "en cas de pluralité d'arbitres", la sentence est rendue à la majorité. Les mots "en cas de pluralité d'arbitres" devraient être supprimés. La décision du tribunal arbitral ne peut être rendue à la majorité que s'il y a un nombre impair d'arbitres, à moins que le projet n'ait à l'esprit la nomination de cinq arbitres, ce qui n'arrive jamais dans les arbitrages CNUDCI.

Paragraphe 2: En ce qui concerne des questions de procédure, l'arbitre-président peut décider seul. Dès la première réunion préparatoire du tribunal arbitral avec les parties et/ou leurs avocats, le président sera autorisé à trancher des questions de procédure, notamment en ce qui concerne la prorogation des délais. La disposition prévoyant que la décision du président est soumise à une révision par le tribunal arbitral devrait être supprimée.

Article 34 (Forme et effet de la sentence), paragraphe 2: Toutes les sentences sont rendues par écrit, sont définitives, s'imposent aux parties et sont exécutées sans délai. La quatrième phrase dispose que les parties, à condition qu'elles puissent le faire valablement, renoncent à leur droit d'engager toute forme d'appel, de révision ou de recours contre une sentence devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente. La question ne relève pas du Règlement mais il se peut qu'elle

soit régie par la loi applicable en matière d'arbitrage, comme il ressort de l'exception prévue au paragraphe 2 concernant les actions en annulation.

Paragraphe 4: La sentence est signée par les arbitres, porte mention de la date à laquelle elle a été rendue et indique le lieu de l'arbitrage. En cas de non-respect de ces conditions, la sentence peut être annulée. Dans le commentaire sur l'article 38, on proposera que les sentences ne remplissant pas ces conditions puissent faire l'objet d'une rectification.

Article 35 (Loi applicable, amiable compositeur), paragraphe 1: Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée. Les États qui ont modernisé leur droit de l'arbitrage, comme l'Allemagne en 1998, disposent ce qui suit "À défaut de désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi de l'État avec lequel l'objet de la procédure a le lien le plus étroit." L'article 35 du Règlement pourrait tenir compte de cette disposition.

Article 36 (Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure): L'article 30 de la Loi type porte sur le règlement par accord des parties et l'article 32 sur la clôture de la procédure. Il serait préférable de traiter séparément la question de la transaction et celle de la clôture de la procédure.

Transaction: Avant que la sentence ne soit rendue, les parties peuvent convenir d'une transaction qui règle le litige. Dans ce cas, le tribunal arbitral peut constater le fait par une sentence rendue d'accord parties. Cette sentence n'a pas à être motivée (par. 1). Les dispositions de l'article 34 (par. 2, 4 et 5) s'appliquent aux sentences arbitrales rendues d'accord parties. Les parties peuvent s'abstenir de demander au tribunal arbitral le prononcé d'une sentence d'accord parties et préférer que leur transaction reste confidentielle. Dans ce cas, elles informeront le tribunal que le litige a été réglé et demanderont la clôture de la procédure. Après quoi, le tribunal demandera à être rémunéré pour son travail.

Clôture de la procédure: Dans certains cas, il peut devenir inutile ou impossible de poursuivre la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral informe alors les parties de son intention de rendre une ordonnance de clôture. Le paragraphe 2 de l'article 32 de la Loi type prévoit la clôture de la procédure lorsque le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé (alinéa a)), lorsque les parties conviennent de clore la procédure (alinéa b)) et lorsque le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible (alinéa c)). Le début du paragraphe 2 du projet reprend cet alinéa c). En règle générale, le projet suit la Loi type lorsqu'il traite les mêmes questions. En ce qui concerne l'article 36, il pourrait la suivre également.

Article 37 (Interprétation de la sentence), paragraphes 1 et 2: Dans les 30 jours de la réception de la sentence, une partie peut demander au tribunal arbitral d'en donner une interprétation (par. 1). L'interprétation est donnée par écrit dans les 45 jours de la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence (par. 2). Des demandes d'interprétation ont régulièrement été présentées au Tribunal des différends irano-américains à La Haye, qui applique le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Toutefois, à ce jour, toutes les demandes ont été rejetées. En réalité, les

demandes visent à obtenir une modification de la sentence. Pourrait-on prévoir des mesures contre les demandes abusives d'interprétation? Le tribunal arbitral pourrait peut-être fixer une rémunération supplémentaire pour la perte de temps et le travail occasionnés par une demande totalement infondée.

Article 38 (Rectification de la sentence), paragraphe 1: Dans les 30 jours de la réception de la sentence, une partie peut demander au tribunal arbitral de rectifier toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique, ou toute erreur de même nature. Le défaut de signature ou encore le défaut de mention de la date ou du lieu de l'arbitrage n'entre pas dans la catégorie des erreurs précitées. Or, il pourrait être très facile de remédier à de tels défauts, une fois ceux-ci découverts, afin d'empêcher l'annulation de la sentence. Le paragraphe 1 devrait donc également mentionner l'absence de signature ainsi que le défaut de mention de la date et du lieu du prononcé de la sentence.

Section V – Frais: Les frais d'arbitrage font partie de la sentence et sont traités dans la section IV. Cependant, ils pourraient être traités séparément dans une section V car ils constituent un élément très particulier de la procédure d'arbitrage.

Article 40 (Définition des frais): Le paragraphe 2 dispose que seuls les éléments mentionnés aux alinéas a) à f) entrent dans la définition de "frais". Les alinéas a) et b) mentionnent les honoraires et dépenses des arbitres. L'article 41 traite ces honoraires et dépenses dans le détail.

Article 41 (Honoraires et dépenses des arbitres), paragraphe 1: Le montant des honoraires et des dépenses des arbitres doit être raisonnable.

Le paragraphe 2 mentionne un barème d'honoraires pouvant être utilisé dans le cas où une institution d'arbitrage a été désignée comme autorité de nomination. Lorsqu'une personne, telle que le Secrétaire général de la CPA, a été désignée, une méthode particulière pour déterminer les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux s'applique. Le paragraphe 2 dispose que le tribunal arbitral tient compte de cette méthode dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce. Toutefois, ce paragraphe n'en dit pas plus sur cette méthode particulière.

Paragraphe 3: Rapidement après sa constitution, le tribunal arbitral soumet une proposition aux parties. Cette proposition expose la méthode particulière. La proposition sera-t-elle soumise par écrit? À leur première réunion, le tribunal arbitral et les parties examineront donc cette proposition mais également la rémunération des arbitres, examen qui peut être considéré comme un début déplaisant de la procédure d'arbitrage, mais qui devient encore plus déplaisant si la proposition ne fait pas l'objet d'un accord. Dans ce cas, dans les 15 jours de la réception de cette proposition du tribunal, toute partie peut en demander l'examen à l'autorité de nomination. Si l'autorité de nomination estime que la proposition du tribunal arbitral est non conforme au paragraphe 1 (montant raisonnable), elle y apporte les modifications nécessaires. Ces modifications s'imposent au tribunal. Aucun délai n'a été fixé pour que l'autorité de nomination statue sur l'examen de la proposition.

Le paragraphe 4 traite de la fixation des honoraires dans la sentence et prévoit un examen dans le cas où les honoraires et dépenses seraient manifestement excessifs. La demande d'examen doit être faite par une partie dans les 15 jours de la réception

de la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral. Si aucune autorité de nomination n'a été choisie, la demande est adressée au Secrétaire général de la CPA. La référence au Secrétaire général de la CPA devrait être supprimée. Dans les arbitrages CNUDCI, il y a toujours une autorité de nomination. La CNUDCI n'est pas une institution d'arbitrage disposant d'un barème. L'autorité de nomination apporte les modifications nécessaires à la note du tribunal arbitral dans un délai de 45 jours. Ces modifications s'imposent aux parties et sont incluses par le tribunal dans sa sentence et mises en œuvre par voie de rectification de la sentence conformément à l'article 38. Si lesdites modifications sont considérées comme une rectification, il faudrait le mentionner à l'article 38. Cependant, une modification ne peut pas faire partie intégrante de la sentence. Une sentence ne peut être rendue que par les arbitres.

Paragraphe 5: Tout au long de la procédure, le tribunal arbitral poursuit l'arbitrage. Cette disposition s'applique à la procédure visée aux paragraphes 3 et 4. Or, elle ne devrait s'appliquer qu'à la procédure visée au paragraphe 3 (la proposition). La poursuite de l'arbitrage ne devrait pas concerner le paragraphe 4, lorsque la sentence a été rendue.

Remarques: Le projet contient des remarques sur l'article 41. Dans ces remarques, il est indiqué que le Groupe de travail est convenu du principe selon lequel il fallait prévoir une procédure plus transparente pour déterminer les honoraires et les dépenses du tribunal arbitral. On pourrait aller jusqu'à considérer que ce principe devrait guider l'ensemble de la révision du Règlement. On peut néanmoins se demander si l'article 41 est vraiment un exemple de transparence.

Article 43 (Consignation du montant des frais), paragraphe 1: Dès qu'il est constitué, à savoir lors de sa première réunion avec les parties, le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner une même somme à titre d'avance à valoir sur les frais visés à l'article 40, paragraphe 2 a) à c), et partant sur la rémunération des experts du tribunal (alinéa c)) Toutefois, à ce stade, on ne sait pas si le tribunal nommera des experts. À la première réunion avec les parties, une somme à consigner peut être fixée à titre d'avance sur la rémunération du tribunal.

Paragraphe 3: Le tribunal arbitral ne fixe le montant des sommes ou sommes supplémentaires à consigner qu'après avoir consulté l'autorité de nomination. L'autorité de nomination peut formuler des commentaires concernant le montant de ces consignations. Après réception des commentaires, le tribunal arbitral est libre de décider de modifier ou non les montants. Il n'existe aucun mécanisme d'examen dans ce cas.

Deuxième série de commentaires

1. Article 2, paragraphe 4: Les mots "de la tentative de sa remise conformément au paragraphe 2" ne permettent pas de déterminer avec certitude la date à laquelle la notification est réputée reçue, étant donné que le paragraphe 2 mentionne les "diligences raisonnables" précédant l'envoi de la notification "au dernier établissement connu ou à la dernière adresse connue du destinataire". Le libellé du paragraphe correspondant de l'article 2 de la version de 1976 est plus clair car il parle du "jour d'une telle remise".

2. Article 17, paragraphe 5 (Jonction de tiers): Il serait préférable de dire, non pas “en raison du préjudice qu’elle causerait à l’une de ces parties” (quatrième ligne) mais “en raison du préjudice qu’elle causerait à l’une des parties à la procédure” afin de préciser que le préjudice concerne ceux qui sont déjà parties à la procédure.
3. Article 21, paragraphe 3: Les mots “ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances” pourraient être supprimés étant donné que ce point est traité de manière plus approfondie au projet d’article 22.
4. Article 26, paragraphe 1: Il faudrait prévoir que l’autre partie doit être entendue avant le prononcé d’une mesure provisoire, à l’exclusion des mesures *ex parte*.
5. Article 26, paragraphe 2: La liste non exhaustive des mesures énoncées dans ce paragraphe comprend-elle aussi la constitution d’une garantie pour frais? Cette question est restée ouverte dans l’article 26 de la version de 1976, alors que la constitution d’une garantie pour frais fait partie des mesures provisoires dans d’autres règlements d’arbitrage (Règlement de la LCIA, article 25-1 a)).
6. Article 26, paragraphe 7: La communication prévue dans ce paragraphe se fait si le tribunal arbitral l’exige. Or, elle ne devrait pas dépendre de cette condition mais devrait être obligatoire pour toute partie.
7. Article 27, paragraphe 2: Sauf décision contraire du tribunal arbitral, les déclarations des témoins et les rapports des experts agissant en qualité de témoins “prennent” (et non pas seulement “peuvent prendre”) la forme d’un écrit qu’ils signent.
8. Article 28, paragraphe 1: La date de l’audience devrait faire partie du “calendrier prévisionnel de l’arbitrage” établi après consultation des parties conformément au paragraphe 2 de l’article 17, de manière à ce qu’il ne soit pas nécessaire de la “notifie[r] aux parties suffisamment à l’avance”.
9. Article 28, paragraphe 4: L’interrogatoire d’un témoin par des moyens de télécommunication qui n’exigent pas sa présence physique à l’audience change considérablement les choses, en particulier pour la partie qui souhaite mener un contre-interrogatoire. Le paragraphe devrait prévoir que cette forme d’interrogatoire peut être ordonnée par le tribunal arbitral “après consultation des parties”.
10. Article 31: Dans la version anglaise, il faudrait parler non pas de “closure of hearings” (il faut entendre le mot “hearings” dans le sens donné à l’article 28) mais plutôt de “closure of the proceedings” (voir Règlement d’arbitrage de la CCI, article 22-1).
11. Article 31, paragraphe 1: Au lieu de demander aux parties si elles ont encore des éléments à présenter et de leur donner ainsi la possibilité de rouvrir les débats, le tribunal arbitral devrait déterminer si elles ont eu la possibilité de faire valoir leurs droits et proposer leurs moyens, comme le prévoit le paragraphe 1 de l’article 17.
12. Article 33, paragraphe 1: On pourrait ajouter une disposition prévoyant qu’en l’absence de majorité, le président du tribunal décide seul.

13. Article 35, paragraphe 1: Faute pour les parties d'avoir désigné les règles de droit applicables, le tribunal arbitral devrait être autorisé à appliquer les "règles de droit", et non la "loi", qu'il juge appropriées. Bien que le projet reprenne (quoique partiellement) la Loi type (article 28-2), la modification proposée rendrait mieux compte de la tendance dominante (art. 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CCI, art. 22-3 du Règlement de la LCIA, et art. 22-1 du Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm).

14. Article 41: Le projet étant en cours d'examen, seules quelques observations sont formulées sur les questions de fond.

Le principe tendant à instaurer une procédure plus transparente pour fixer les honoraires et les dépenses du tribunal arbitral est admis.

Le projet ne mentionne pas la pratique la plus courante, à savoir la conclusion d'un accord directement entre les parties et les arbitres concernant les honoraires et les dépenses de ces derniers.

La procédure envisagée dans le projet (aux paragraphes 3 et 4, qui sont largement répétitifs) devrait prévoir: a) que les honoraires et dépenses du tribunal arbitral doivent être déterminés dès que possible après sa constitution (la fin du paragraphe 4 laisse entendre que des "modifications" peuvent être apportées à la note d'honoraires et de dépenses du tribunal même si "la sentence a déjà été rendue"), compte tenu également du point b) ci-après; b) qu'un arbitre devrait avoir le droit de se déporter, s'il estime que les modifications apportées par le tiers (l'autorité de nomination ou la CPA) à la note du tribunal arbitral sont inacceptables.

15. Article 43, paragraphes 1 et 3: La somme consignée à titre d'avance sur les frais devrait inclure les frais visés à l'article 40, paragraphe 2 f), ce qui ne ressort pas clairement des paragraphes 1 et 3.