

B. — Rapport du Secrétaire général: commentaire du projet révisé de Règlement de conciliation de la CNUDCI (A/CN.9/180)*

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>		<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-4	Article 7. Rôle du conciliateur	51-55
I. — CONCEPT ET PRINCIPES DE LA CONCILIATION	5-17	Article 8. Assistance administrative	56-57
A. — Concept et caractéristiques de la conciliation considérée par opposition aux autres méthodes de règlement des différends	5-7	Article 9. Communications entre le conciliateur et les parties	58-60
B. — Objet et avantages éventuels de la conciliation	8-13	Article 10. Communication de renseignements	61-63
C. — Considérations fondamentales pour l'élaboration du projet de Règlement de conciliation de la CNUDCI	14-17	Article 11. Suggestions des parties en vue du règlement du litige	64
II. — COMMENTAIRE DES PROJETS D'ARTICLES	18-96	Article 12. Coopération des parties avec le conciliateur	65
A. — Champ d'application du Règlement et début de la procédure de conciliation	18-31	Article 13. Accord de règlement	66-69
Article 1. Champ d'application	18-25	Article 14. Caractère confidentiel	70
Article 2. Début de la procédure de conciliation	26-31	D. — Fin de la procédure de conciliation et frais	71-81
B. — Nombre et nomination des conciliateurs	32-46	Article 15. Fin de la procédure de conciliation	71-73
Article 3. Nombre de conciliateurs	32-38	Article 16. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	74-76
Article 4. Nomination du ou des conciliateurs	39-46	Article 17. Frais	77-79
C. — Déroulement de la procédure de conciliation	47-70	Article 18. Consignation du montant des frais	80-81
Article 5. Soumission de mémoires au conciliateur	47-49	E. — Procédures subséquentes	82-91
Article 6. Représentation et assistance	50	Article 19. Rôle du conciliateur dans une procédure subséquente	82-86
		Article 20. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure	87-91
		F. — Clause de conciliation type	92-96

INTRODUCTION

1. A sa onzième session (30 mai-16 juin 1978), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adopté un nouveau programme de travail¹. L'une des questions prioritaires inscrites au programme est "la conciliation dans les différends en matière de commerce international et ses rapports avec l'arbitrage et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI"². Comme suite à cette décision, le Secrétariat, ayant procédé à ses consultations avec des experts en matière de règlement des différends, a établi un avant-projet de Règlement de conciliation de la CNUDCI (A/CN.9/166)** et un rapport intitulé "La conciliation dans les différends en matière de commerce international" (A/CN.9/167)***.

2. A sa douzième session, la Commission a examiné les considérations fondamentales pour l'élaboration d'un règlement de conciliation et procédé à un échange de vues sur l'avant-projet de Règlement de conciliation de la

CNUDCI³. A cette session, la Commission a demandé au Secrétaire général :

"a) D'élaborer, en consultation avec les organisations internationales et les institutions d'arbitrage intéressées, notamment le Conseil international pour l'arbitrage commercial, un projet révisé de Règlement de conciliation de la CNUDCI, en tenant compte des opinions exprimées lors des débats de la présente session;

"b) De communiquer, pour observations, le projet révisé de Règlement, accompagné d'un commentaire, aux gouvernements et aux organisations et institutions internationales intéressées;

"c) De présenter à la Commission, à sa treizième session, le projet révisé de Règlement et le commentaire, accompagnés des observations reçues⁴."

3. Comme suite à cette demande, le Secrétariat a révisé le projet de Règlement de conciliation en tenant compte des opinions exprimées à la douzième session. Le projet révisé (A/CN.9/179)* a été discuté lors de consultations tenues avec les membres du Conseil international

* 27 février 1980. Le texte du projet révisé de Règlement de conciliation de la CNUDCI, publié sous la cote A/CN.9/179, est reproduit en A ci-dessus.

** Reproduit dans l'Annuaire . . . 1979, deuxième partie, III, A.

*** Reproduit dans l'Annuaire . . . 1979, deuxième partie, III, B.

¹ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa onzième session (30 mai-16 juin 1978), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 17 (A/33/17)*, par. 69 (Annuaire . . . 1978, première partie, II, A).

² *Ibid.*, par. 67 c, iv.

* Reproduit dans le présent volume, deuxième partie, IV, A.

³ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa douzième session (18-29 juin 1979), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17*, par. 84 à 87 et Annexe I (Annuaire . . . 1979, première partie, II, A).

⁴ *Ibid.*, par. 88.

pour l'arbitrage commercial (1^{er} décembre 1979) et du Groupe de travail de l'arbitrage international de la Chambre de commerce internationale (28 janvier 1980). Le professeur Pieter Sanders (Pays-Bas) a travaillé comme consultant pour la Révision du projet de Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi qu'il l'avait fait pour son élaboration.

4. Le présent rapport est divisé en deux parties. La première traite du concept et des principes de la conciliation sur lesquels le projet révisé est fondé. La seconde contient le commentaire des différents articles du projet révisé.

I. — CONCEPT ET PRINCIPES DE LA CONCILIATION

A. — *Concept et caractéristiques de la conciliation considérée par opposition aux autres méthodes de règlement des différends*

5. La conciliation est l'une des nombreuses méthodes de règlement des différends. Elle peut être définie comme une méthode qu'utilisent les parties à un différend pour parvenir à un règlement à l'amiable, avec l'assistance d'une tierce personne ou institution indépendante.

6. L'objectif de la conciliation est de parvenir à régler à l'amiable un différend. Etant donné son caractère non judiciaire, la conciliation se distingue ainsi fondamentalement des procédures suivies devant un tribunal ou de l'arbitrage. Le juge ou l'arbitre "statue" sur l'affaire par une décision ou sentence arbitrale qui s'impose aux parties. Le conciliateur, par contre, se borne à "recommander" ou "suggérer" des modalités possibles de règlement, qui ne prennent force obligatoire pour les parties que lorsque celles-ci les ont acceptées. Il est vrai que durant la procédure judiciaire ou la procédure arbitrale, les parties ont aussi la possibilité de régler leur différend par une transaction ("accord des parties"), parfois à l'initiative du juge ou de l'arbitre. Mais ce genre de règlement n'est pas courant dans des procédures qui ont un caractère essentiellement contentieux.

7. L'assistance d'une tierce personne ou institution indépendante est le second critère énoncé dans la définition ci-dessus et permet de distinguer la conciliation des négociations entre les parties, qui constituent en général un premier temps dans la tentative de règlement d'un différend. Le fait que cette tierce personne soit indépendante et impartiale contribue à différencier la conciliation et les négociations entre les parties, qui se déroulent par l'intermédiaire de conseils et de représentants. Ces derniers, lorsqu'ils assistent ou représentent une partie dans les négociations, agissent dans l'intérêt de la partie qui les a mandatés. Le conciliateur, par contre, assiste les deux parties d'une manière indépendante, neutre et impartiale.

B. — *Objet et avantage éventuels de la conciliation*

8. Lorsqu'un différend surgit en matière commerciale, les parties ont tout intérêt à le régler sans avoir recours à des procédures coûteuses et longues, dont l'issue peut être incertaine. La conciliation pourrait offrir une solution de

rechange valable à une procédure judiciaire ou arbitrale qui exige parfois beaucoup de temps et beaucoup d'argent.

9. Cependant, cet avantage de la conciliation par rapport aux procédures judiciaires et arbitrales ne peut pas toujours se matérialiser. La tentative de conciliation peut échouer, occasionnant des dépenses et une perte de temps inutiles. Bien que cet inconvénient ne doive pas être sous-estimé, il s'atténue si l'on suppose à juste titre que les parties n'entameront une procédure de conciliation que si elles considèrent qu'un règlement à l'amiable est possible. Par ailleurs, si, durant la procédure, les parties se rendent compte qu'un accord est peu probable, elles abandonneront la conciliation, évitant ainsi des dépenses supplémentaires.

10. Un autre avantage de la conciliation est son caractère non contradictoire, amiable. En effet, bien que certains hommes d'affaires ne considèrent pas que la procédure judiciaire ou l'arbitrage puissent nuire à leurs relations commerciales, d'autres estimeront sans doute qu'une procédure amiable est utile, voire nécessaire, pour préserver de bonnes relations commerciales. Cette dernière attitude prévaut dans les pays qui, de par leur culture et leurs traditions, sont portés à régler à l'amiable les différends, comme en Chine, au Japon et dans divers pays africains. Mais dans d'autres régions aussi, des partenaires commerciaux qui entretiennent des relations de longue date préféreront peut-être la méthode du "conseiller matrimonial" caractéristique de la conciliation à la méthode du "juge du divorce" propre aux procédures judiciaires ou à l'arbitrage. De même, des Etats ou organismes publics peuvent opter pour la conciliation afin d'éviter qu'une décision ne leur soit imposée par un tribunal ou une cour arbitrale.

11. De plus, des arguments d'ordre juridique militent en faveur de la conciliation. Le premier est que certaines règles de procédure n'encouragent pas les arbitres et les juges à favoriser les règlements à l'amiable. Le deuxième est que certaines questions ne sont pas arbitrables au regard de la loi applicable ou parce que les parties n'ont pas la capacité juridique pour se soumettre à l'arbitrage. En outre, l'incertitude quant à la loi applicable peut amener les parties à n'envisager qu'avec réserve une procédure arbitrale ou judiciaire.

12. Bien plus, la conciliation pourrait être particulièrement utile lorsque, par exemple dans des contrats à long terme ou même en dehors de toute relation contractuelle, les problèmes qui se posent sont moins juridiques que techniques.

13. Même quand un différend peut être réglé par la stricte application des dispositions légales, la conciliation peut être préférée pour la simple raison qu'elle réduit l'effet de telles dispositions. Les parties peuvent rechercher un règlement "dans un esprit de conciliation", qui ne repose pas nécessairement sur une base juridique stricte mais qui correspond davantage à ce qu'elles considèrent comme étant le résultat juste et raisonnable de concessions réciproques. Les dispositions légales en vigueur ne peuvent être totalement méconnues, mais il faut laisser aux parties une latitude suffisante pour rechercher un compromis acceptable qui ne coïncidera pas nécessairement avec une décision "juridiquement correcte".

C. — *Considérations fondamentales pour l'élaboration du projet de Règlement de conciliation de la CNUDCI*

14. Les avantages éventuels de la conciliation ne pourront se matérialiser que si le règlement applicable reflète les considérations exposées ci-dessus et répond aux besoins et à l'attente des parties. Le projet révisé de Règlement de conciliation de la CNUDCI est fondé sur les considérations suivantes.

15. La considération primordiale est d'atteindre l'objet de la conciliation, à savoir assister les parties à parvenir à un règlement amiable. Etant donné que cette tentative ne peut réussir que si les parties sont disposées à la conciliation, une considération fondamentale qui a présidé à l'élaboration du projet de règlement est que les parties gardent leur entière liberté d'action à tout stade de la procédure de conciliation. Ce principe s'applique tout particulièrement au début et à la fin de la procédure.

16. Une autre considération est que, dans bien des cas, la conciliation n'offre une solution de rechange attrayante à une procédure contentieuse que si le règlement rend possible une procédure prompte et peu coûteuse. Le règlement doit donc être souple. Les délais qui pourraient être fixés pour certaines étapes de la procédure doivent être relativement courts et tenir compte des caractéristiques particulières des différends internationaux. Et même si les parties ont la faculté de convenir d'une procédure faisant appel à deux conciliateurs ou plus, la conciliation avec un conciliateur unique doit être considérée comme la procédure normale.

17. Une autre considération fondamentale est qu'il faut laisser au conciliateur une marge d'action raisonnable. Il faut donner au conciliateur chargé par les parties de diriger la procédure les moyens de s'acquitter de cette tâche sans se heurter à des règles trop contraignantes. Son rôle étant essentiellement d'assister les parties, il doit les consulter même sur des points de procédure et tenir compte, autant que possible, de leur avis. De cette façon, la procédure de conciliation peut être menée d'une manière informelle, souple et adaptée aux circonstances de l'espèce.

II. — COMMENTAIRE DES PROJETS D'ARTICLES

A. — *Champ d'application du Règlement et début de la procédure de conciliation*

Article premier. Champ d'application

18. Le Règlement de conciliation de la CNUDCI — comme le Règlement d'arbitrage — n'a pas de caractère obligatoire. Il devient applicable par un accord des parties, comme on l'indique au paragraphe 1 de son article premier.

19. L'accord prévu à l'article premier, paragraphe 1, ne porte que sur l'application du Règlement. Il ne touche pas la question primordiale de savoir si un différend doit faire l'objet d'une tentative de conciliation. En particulier, il n'implique aucun engagement antérieur éventuel des parties de recourir à la conciliation en cas de litige. Etant donné son objet relativement limité, l'accord sur l'application du Règlement n'exige pas la forme écrite.

20. Bien entendu, les parties ont la faculté de stipuler par avance qu'elles s'engagent, en cas de litige, à rechercher un règlement amiable, avant de recourir aux tribunaux ou à l'arbitrage. Dans ce cas, elles pourraient utiliser l'une des clauses types exposées à la fin du projet du Règlement (et examinées aux paragraphes 93 à 96 ci-dessous). La clause de conciliation, ou la convention de conciliation distincte, pourrait alors comprendre l'accord sur l'application du Règlement prévu au paragraphe 1 de l'article premier.

21. L'existence d'un engagement dans ce sens dépend donc des termes de la clause de conciliation ou de la convention de conciliation distincte. Cette question n'est pas abordée dans le Règlement, qui repose sur la notion fondamentale que la conciliation ne pourra utilement avoir lieu que si les deux parties, au cas où surgirait un différend, demeurent désireuses de le régler à l'amiable. Le paragraphe 1 de l'article premier vise donc les "parties (qui) sont convenues que le Règlement ... s'appliquerait aux fins du règlement amiable de leurs litiges" et ne mentionne, ni n'exige de clause de conciliation ou de convention de conciliation distinctes. Cette idée est conforme à l'opinion dominant à la douzième session de la Commission, selon laquelle "la conception adoptée dans le règlement de conciliation de la CNUDCI devrait, en règle générale, mettre l'accent sur le caractère volontaire et non obligatoire de la conciliation et de tout engagement d'y recourir"⁵.

22. Pour ce qui est du champ d'application, on peut signaler que de nombreux règlements de conciliation actuellement en vigueur ne sont applicables qu'à certaines parties, à certains domaines ou à certaines matières. Par exemple, ils exigent qu'au moins l'une des parties soit membre d'une certaine chambre de commerce ou association professionnelle, ressortissant d'un certain Etat, ou partie à une certaine convention. Leur champ d'application peut également être limité aux litiges survenus dans une certaine région ou relevant de la compétence d'un certain tribunal d'arbitrage ou organe analogue.

23. Il va sans dire que de telles restrictions n'auraient pas leur place dans un règlement de conciliation de la CNUDCI qui, comme le Règlement d'arbitrage, doit être universellement applicable. Aussi l'article premier ne contient-il aucune disposition limitant l'application du règlement à certaines catégories de personnes, à certains domaines ou à certaines matières. Si l'on souhaite indiquer le principal domaine d'application, à savoir les "litiges commerciaux internationaux", on pourrait le faire dans un préambule ou dans la résolution recommandant l'adoption du Règlement de conciliation, comme on l'a fait pour le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (résolution 31/98 de l'Assemblée générale)*.

24. Même si la plupart des litiges, du moins en matière de commerce international, découlent de relations contractuelles, l'article premier prévoit le recours à la conciliation même dans le cas de litiges découlant de liens juridiques non contractuels. Cela va dans le sens de l'idée que la

* Reproduite dans l'Annuaire ... 1977, première partie, I, C).

⁵ *Ibid.*, Annexe I, par. 3 (Annuaire ... 1979, première partie, II, A).

conciliation est susceptible de couvrir tous les types de litiges qui peuvent être réglés par voie d'accord entre les parties.

25. L'ampleur du champ d'application trouve également son reflet au paragraphe 2, qui autorise les parties à modifier le Règlement. Il permet aux parties d'adapter le Règlement en fonction de leurs besoins particuliers, si elles estiment qu'en l'espèce il n'est pas satisfaisant à tous égards.

Article 2. Début de la procédure de conciliation

26. L'article 2 définit les démarches à faire dans un premier temps pour savoir avec certitude si la procédure de conciliation va ou non avoir lieu. Selon le paragraphe 1, la partie qui prend l'initiative de la conciliation invite tout d'abord l'autre partie à la conciliation.

27. On utilise le terme "partie qui prend l'initiative de la conciliation", parce qu'il n'existe en matière de conciliation ni "demandeur" ni "requérant". Par ailleurs, chacune des parties peut prendre l'initiative de la conciliation, qu'elle soit ou non tenue par contrat de rechercher la conciliation avant d'avoir recours à une procédure judiciaire ou arbitrale. Cela est conforme à l'idée déjà mentionnée (voir paragraphe 21), selon laquelle le Règlement ne présuppose en soi aucun engagement antérieur, mais qu'il est suffisamment souple pour pouvoir être appliqué dans des cas où une partie s'est engagée à faire un premier pas en invitant l'autre partie à la conciliation (voir variante B de la clause de conciliation type proposée).

28. Aux termes du paragraphe 1, la partie qui prend l'initiative de la conciliation décrit brièvement l'objet du litige dans son invitation à l'autre partie. Le but de cette disposition est de préciser d'emblée l'objet de la conciliation envisagée par la partie invitante. Cela est particulièrement important lorsqu'il s'agit de relations commerciales complexes. Une brève description du point litigieux semble suffisante à un stade où l'on ne sait pas encore si la procédure de conciliation va ou non être engagée. Un mémoire plus détaillé ne sera donc requis que lorsqu'un conciliateur aura été nommé (voir article 5).

29. Il se pose la question de savoir si, étant donné l'objet relativement limité de l'invitation, il y a lieu de stipuler, comme le fait le paragraphe 1 de l'article 2, que cette invitation sera communiquée par écrit. On estime préférable d'exiger la forme écrite, qui introduit plus de clarté et facilite l'administration de la preuve. Si une partie peut très bien demander oralement à l'autre partie si elle est disposée à recourir à la conciliation, la disposition du paragraphe 1 stipulant que l'invitation doit être communiquée par écrit souligne l'importance de la demande en tant que première mesure prise pour déterminer si la conciliation va être ou non engagée. Elle aide aussi à déterminer le délai de 30 jours mentionné au paragraphe 4 et à administrer la preuve qu'il y a eu une invitation à la conciliation dans les cas où les parties sont convenues que la conciliation est une condition préalable nécessaire pour le recours à l'arbitrage ou à une procédure judiciaire.

30. Pour que l'initiative prise par l'une des parties aboutisse à une procédure de conciliation, il faut unique-

ment que l'autre partie accepte l'invitation. L'article 2, qui traite du début de la procédure de conciliation, comme l'article 15, qui traite de sa fin, retiennent le principe du caractère volontaire de la conciliation en ce sens que la conciliation proprement dite est entièrement tributaire de la volonté des parties d'y recourir. La procédure de conciliation ne débute que si l'autre partie accepte l'invitation qui lui a été faite à cet effet (paragraphe 2). Et réciproquement, si l'autre partie refuse la conciliation, il n'y a pas de procédure de conciliation (paragraphe 3).

31. Le paragraphe 4 traite de la possibilité que l'autre partie ne réponde pas dans un délai déterminé. Le délai normal est de trente jours; si la partie invitante estime que ce délai est en l'occurrence trop long ou trop court, elle peut fixer un autre délai dans son invitation. Or, la date d'expiration du délai ne doit pas être interprétée comme une date limite définitive: l'absence de réponse avant cette date n'implique pas forcément qu'il n'y aura pas de procédure de conciliation. Il dépend de la partie invitante de considérer le silence de l'autre partie comme un rejet de l'invitation ou de "laisser la porte ouverte" pendant un certain temps. Si elle décide d'interpréter l'absence de réponse comme un refus, elle doit en informer l'autre partie. Même si le paragraphe 4 ne le dit pas expressément, la partie invitante devrait pouvoir annoncer cette intention dans l'invitation (par exemple: "Au cas où je ne recevrais pas de réponse de votre part dans les trente jours à compter de la date de la présente lettre, je supposerais que vous ne souhaitez pas accepter mon invitation à la conciliation").

B. — Nombre et nomination des conciliateurs

Article 3. Nombre de conciliateurs

32. L'article 3 envisage la conciliation par un conciliateur unique, à moins que les parties préfèrent en nommer plus d'un. Le conciliateur étant essentiellement chargé d'aider les parties à trouver les termes d'un règlement acceptable, un conciliateur unique devrait normalement suffire. En outre, un conciliateur unique sera sans doute mieux à même de mener la procédure de façon informelle et d'avoir des entretiens confidentiels avec l'une des parties ou les deux parties. Enfin, si l'on propose de donner la préférence à la formule du conciliateur unique, c'est avant tout pour que la procédure soit peu coûteuse et rapide.

33. Certaines circonstances peuvent nécessiter plus d'un conciliateur. Il est possible, par exemple, qu'un litige complexe exige des compétences dans divers domaines, ou qu'il soit parfois difficile de trouver un conciliateur qui connaisse suffisamment bien la législation et les usages commerciaux de divers pays avec lesquels la transaction internationale en cause est susceptible d'avoir un lien.

34. Pour les cas de ce genre, l'article 3 ne se limite pas à mentionner la faculté de nommer plus d'un conciliateur, mais présente une alternative concrète: "deux ou trois". Cette solution semble préférable, parce qu'elle fournit une indication aux parties et permet de formuler avec plus de précision certaines dispositions de la suite du Règlement, par exemple celles qui concernent la nomination des conciliateurs. Bien entendu, les parties garderaient la

faculté de convenir d'un autre nombre de conciliateurs en modifiant le Règlement comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article premier.

35. Il convient de signaler que dans l'esprit du Règlement la conciliation par deux conciliateurs est tout aussi valable que la conciliation par trois conciliateurs, en dépit des différences quant à la composition de la commission de conciliation et à la nomination des conciliateurs (voir article 4). On peut cependant estimer que l'indépendance et l'impartialité requises d'un conciliateur peuvent être seulement garanties si le conciliateur est choisi par les deux parties, comme c'est le cas du conciliateur-président dans une commission de trois conciliateurs, alors qu'en cas de conciliation par deux conciliateurs, chacune des parties en nomme un. Toutefois, comme on l'indique à l'article 7, tout conciliateur, indépendamment de la façon dont il a été nommé, est censé mener la procédure d'une manière indépendante et impartiale.

36. L'expérience acquise dans les procédures internationales de conciliation, où il n'est pas rare d'avoir une commission de deux conciliateurs, confirme ce postulat qui permet de différencier la conciliation des négociations entre les parties, qui se déroulent souvent par l'intermédiaire de conseils ou de représentants (voir ci-dessus, paragraphe 7). Cette opinion est encore renforcée indirectement par l'article 19, qui interdit au conciliateur de remplir les fonctions de conseil d'une des parties dans une procédure arbitrale ou judiciaire concernant le même litige. L'effet probable de cette disposition sera d'empêcher une partie de nommer son propre conseil comme conciliateur.

37. Enfin, on peut faire observer qu'un nombre impair de conciliateurs, même s'il peut faciliter le processus interne de prise de décisions, n'est pas nécessaire en l'occurrence, car les conciliateurs ont pour tâche de faire des recommandations en vue d'un règlement et non de rendre des décisions qui s'imposent aux parties.

38. Pour ce qui est du processus interne de prise de décisions, le Règlement ne contient aucune disposition expresse en ce qui concerne la manière dont certaines décisions sont prises au sein de commissions de deux ou trois conciliateurs. Les conciliateurs peuvent donc mener la procédure comme ils le jugent approprié dans les circonstances de l'espèce. On compte que les conciliateurs parviendront à convenir de la procédure à suivre, après avoir, le cas échéant, consulté les deux parties. Lorsque la procédure est menée par trois conciliateurs, l'opinion du conciliateur-président est normalement prépondérante.

Article 4. Nomination du ou des conciliateurs

39. L'article 4 consacre, en substance, le principe de l'autonomie des parties en ce qui concerne la nomination du conciliateur. Selon le nombre de conciliateurs prévu, tout conciliateur prévu est nommé soit par une partie, soit conjointement par les deux.

40. Dans les procédures de conciliation avec un seul conciliateur, les parties sont censées choisir d'un commun accord le conciliateur unique (alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 4). Lorsque les parties sont convenues d'entamer une procédure de conciliation avec deux conciliateurs,

chaque partie en nomme un (alinéa *b* du paragraphe 1). Si les parties ont opté pour une procédure de conciliation avec trois conciliateurs, chaque partie en nomme un, alors que le troisième (conciliateur-président) est nommé d'un commun accord par les deux parties (alinéa *c* du paragraphe 1). Avant de nommer le conciliateur-président, les parties pourront consulter les deux conciliateurs qu'elles auront déjà nommés.

41. Aux termes du paragraphe 2, les parties peuvent s'assurer l'assistance d'une institution compétente ou d'une personne appropriée pour la nomination des conciliateurs. Cette assistance peut prendre deux formes qu'il faut bien distinguer.

42. Selon la première variante exposée à l'alinéa *a* du paragraphe 2, cette institution ou personne recommande des personnes ayant les qualités requises. Cette recommandation peut être accompagnée de renseignements sur les qualifications et l'expérience de ces personnes. Etant donné que l'assistance n'implique aucun engagement de sa part, chacune des parties peut la demander sans informer ou consulter l'autre partie.

43. Si l'assistance est fournie selon la seconde variante, qui est exposée à l'alinéa *b* du paragraphe 2, l'institution ou la personne sollicitée nomme un ou plusieurs conciliateurs. Conformément au Règlement, les nominations de ce genre exigent un accord préalable.

44. L'accord prévu à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 4 peut être énoncé dans la convention (ou la clause) de conciliation primitive ou intervenir plus tard, lorsque le besoin s'en fait sentir, peut-être après que les parties n'ont pas réussi à nommer d'un commun accord un conciliateur. Dans leur accord prévoyant la nomination des conciliateurs par une institution ou une personne, les parties voudront peut-être préciser la procédure à suivre. Elles pourront par exemple adopter le système de liste emprunté au paragraphe 3 de l'article 6 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui ménage aux parties une assez grande autonomie en leur permettant d'approuver les candidats figurant sur la liste et d'exprimer leurs objections ou préférences.

45. Le paragraphe 2 de l'article 4 définit les considérations qui doivent guider l'institution ou la personne sollicitée lorsqu'elle choisit les personnes appelées à remplir les fonctions de conciliateur. Il s'agit avant tout de veiller à ce que la personne retenue soit indépendante et impartiale, ce qui est essentiel pour que la procédure de conciliation aboutisse. L'une de ces considérations est le fait qu'il peut être souhaitable de nommer un conciliateur "neutre" d'une nationalité différente de celle des parties. Cette disposition n'est pas formulée comme une règle rigide (comme c'est le cas dans certains règlements de conciliation), car il est possible qu'il convienne, dans certaines circonstances, de nommer un conciliateur possédant la nationalité de l'une des parties.

46. Qu'il soit permis de signaler que ces considérations relatives aux qualifications des conciliateurs ne sont pas énoncées comme principes directeurs pour la nomination de conciliateurs par les parties, sans intervention d'une institution ou d'une tierce personne (paragraphe 1).

Cependant, l'article 7 fait obligation à tout conciliateur, indépendamment de la façon dont il a été nommé, d'agir d'une manière indépendante et impartiale.

C. — Déroulement de la procédure de conciliation

Article 5. *Soumission de mémoires au conciliateur*

47. Une fois nommé le conciliateur ou la commission de conciliateurs, la procédure de conciliation entre dans une phase active. Chaque partie présente un bref mémoire exposant la nature générale du différend et les points litigieux (paragraphe 1). Il suffit d'un bref mémoire qui donne au conciliateur des renseignements généraux sur le litige. Exiger l'élaboration de "conclusions" complètes et détaillées serait contraire au principe de la recherche d'un règlement rapide, imposerait aux parties un travail rebutant, et pourrait bien entraîner un durcissement des positions.

48. Cependant, si le conciliateur estime avoir besoin de renseignements plus complets pour déterminer la procédure à suivre, il peut demander à chaque partie de lui soumettre un autre mémoire (paragraphe 2). Dans ce mémoire complémentaire, la partie préciserait sa position ainsi que les faits et les motifs sur lesquels elle est fondée, en y joignant les pièces et autres moyens de preuve qu'elle juge appropriés. Comme lors de la première soumission, chaque partie transmet un exemplaire de son mémoire à l'autre partie afin que les deux parties connaissent leurs positions et opinions respectives. Ces mémoires sont donc exclus de la Règle générale énoncée à l'article 10 qui laisse au conciliateur la liberté de déterminer la mesure dans laquelle tout renseignement dont une partie lui fait part peut être communiqué à l'autre partie.

49. Même si elles ont soumis au conciliateur un deuxième mémoire, les parties n'en sont pas moins obligées de communiquer au conciliateur des renseignements complémentaires à un stade ultérieur. En particulier, les indications fournies dans ces mémoires ne peuvent être considérées comme éléments déterminant le "mandat" du conciliateur (comme le prévoient certains règlements d'arbitrage). Cela ressort clairement du paragraphe 3, selon lequel le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, demander des renseignements complémentaires. Le pouvoir qu'il a de demander des renseignements aux parties est renforcé par l'article 12, qui invite les parties à se conformer de bonne foi aux demandes que leur fait le conciliateur.

Article 6. *Représentation et assistance*

50. L'article 6 est calqué sur l'article 4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il autorise les parties à se faire représenter ou assister par des tiers. Cette clause revêt un intérêt particulier du point de vue pratique dans un contexte international. Le conciliateur et l'autre partie doivent alors en être informés à l'avance de façon à éviter toute surprise. Il convient également que soit précisé si la désignation est faite aux fins de représentation ou d'assistance, car, selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre, les personnes désignées n'auront pas les mêmes pouvoirs, en particulier en ce qui concerne la formulation et l'acceptation de propositions en vue d'un règlement.

Article 7. *Rôle du conciliateur*

51. L'article 7 indique quelle est la fonction fondamentale du conciliateur et énonce des directives générales à son intention. Son principal rôle est d'aider les parties à parvenir à un règlement amiable du litige (paragraphe 1). Le conciliateur est tenu d'agir d'une manière indépendante et impartiale, qu'il ait été nommé par une seule partie, par les deux parties ou par une institution ou personne extérieure.

52. Le paragraphe 2 mentionne quelques principes qui doivent guider le conciliateur. En aidant les parties dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable du litige, le conciliateur est guidé par les principes d'objectivité, d'équité et de justice.

53. Comme ce règlement doit régir les procédures de conciliation, il ne fixe pas de normes applicables dans des procédures contentieuses. Par exemple, il ne traite pas de la loi applicable au litige quant au fond. Cela est justifié, eu égard à l'objet de la conciliation qui est de régler le litige par un accord entre les parties, non par une décision imposée. Il est donc laissé aux parties une latitude suffisante pour rechercher un compromis acceptable qui ne coïncidera pas nécessairement avec une décision "juridiquement correcte". Cela ne signifie pas que le conciliateur ne tiendra pas compte des règles juridiques pertinentes : celles-ci pourront bien influencer sur les propositions de règlement formulées par le conciliateur. Référence est donc faite, dans des termes généraux, aux droits et obligations des parties, ainsi qu'à des considérations plus pratiques, comme les usages commerciaux en cause et les usances commerciales observées précédemment par les parties.

54. Le paragraphe 3 souligne que le conciliateur peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte dûment tenu des désirs des parties et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement.

55. Le paragraphe 4 insiste sur la fonction la plus importante du conciliateur, qui est de faire des propositions en vue du règlement du litige. Pour conserver à la procédure un caractère informel, le conciliateur peut faire ces propositions oralement et n'est pas tenu de les accompagner d'une déclaration explicative.

Article 8. *Assistance administrative*

56. De nombreuses institutions d'arbitrage, chambres de commerce, associations professionnelles et organes similaires mettent une assistance administrative à la disposition des parties qui désirent avoir recours à la conciliation. En conséquence leurs règlements prévoient diverses fonctions administratives qui vont tout simplement de l'acheminement et de l'enregistrement des communications à la tenue de listes de conciliateurs et à la prise de décisions en ce qui concerne la procédure, les frais et la nomination du conciliateur.

57. Il n'est peut-être pas toujours souhaitable d'établir des liens trop étroits entre la procédure de conciliation et un organe qui peut par la suite être appelé à intervenir dans l'arbitrage du même différend. En revanche, la fourniture d'une assistance administrative peut s'avérer utile. L'ar-

ticle 8 évoque donc la possibilité qu'une telle assistance soit fournie par une institution compétente. Cette assistance pourrait comprendre l'enregistrement et l'acheminement des communications, la fourniture de services d'interprétation et de traduction et la prise des dispositions voulues pour les rencontres.

Article 9. Communications entre le conciliateur et les parties

58. L'article 9 décrit les pouvoirs procéduraux conférés au conciliateur pour lui permettre de remplir son rôle. Il peut avoir des entretiens oraux ou communiquer par écrit avec les deux parties, ou avec une seule. Il peut aussi inviter les parties à le rencontrer.

59. Le conciliateur est en général entièrement libre de mener la procédure comme il le juge approprié (voir par. 3 de l'article 7). Cependant, cette liberté est quelque peu limitée en ce qui concerne la détermination du lieu où doivent se tenir les rencontres avec les parties: le conciliateur est tenu de consulter à ce sujet les parties, avant de prendre une décision. Cette disposition semble justifiée, eu égard aux incidences possibles de cette décision dans un contexte international.

60. Le conciliateur n'a pas la liberté de désigner un expert ou d'entendre un témoin. Le Règlement ne lui confère pas le pouvoir de prendre de telles mesures de son propre chef, mais exige à cet égard le consentement des parties (voir alinéas *c* et *d* du paragraphe 1 de l'article 17). Il semble judicieux que les parties n'encourent pas de frais qui risquent d'être élevés sans y avoir préalablement consenti.

Article 10. Communication de renseignements

61. La question du caractère confidentiel de la procédure de conciliation revêt deux aspects. D'une part, il est souhaitable que le contenu de la procédure ne soit pas divulgué à l'extérieur. Cet aspect est traité à l'article 14 (voir par. 70 ci-dessous). D'autre part, la question de la communication à une partie des renseignements émanant de l'autre partie fait l'objet de l'article 10. Sur ce dernier point, il s'agit essentiellement de savoir si le conciliateur doit communiquer à l'une des parties tous les renseignements dont l'autre lui a fait part ou dans quelle mesure il doit les considérer comme confidentiels.

62. Ceux des règlements de conciliation en vigueur qui traitent de ce problème délicat le font de façons très diverses, selon la conception de la conciliation et du rôle du conciliateur sur laquelle ils sont fondés. Lorsque le conciliateur est considéré comme un médiateur assurant en quelque sorte les fonctions de messenger et dont la tâche est de rapprocher les parties, il serait déplacé qu'il ne communique pas les renseignements qu'il a reçus, sauf peut-être dans le cas où l'une des parties a formulé des propositions en vue d'un règlement en précisant qu'elle ne voulait pas qu'elles soient divulguées. Néanmoins, lorsque le conciliateur a un rôle plus actif à jouer dans la recherche d'un règlement amiable, il semble justifié que l'obligation du secret soit plus stricte.

63. C'est cette deuxième conception du rôle du conciliateur qui a été retenue à l'article 10, qui, en règle

générale, laisse au conciliateur le soin de décider dans quelle mesure il convient ou non qu'il divulgue les renseignements. Il semble raisonnable de lui conférer des pouvoirs discrétionnaires en la matière étant donné que c'est lui qui est le mieux à même de déterminer les mesures qu'il y a lieu de prendre pour parvenir à un règlement amiable. Toutefois, ces pouvoirs discrétionnaires sont limités dans la mesure où une partie indique expressément qu'elle lui fait part de certains renseignements à titre confidentiel. Cette disposition ne s'applique pas aux mémoires soumis en vertu des paragraphes 1 et 2 de l'article 5, comme on l'a déjà indiqué (voir par. 48 ci-dessus).

Article 11. Suggestions des parties en vue du règlement du litige

64. L'article 11 vise à favoriser un règlement amiable fondé sur les suggestions des parties elles-mêmes. Ces suggestions aideront le conciliateur à formuler des propositions de règlement acceptables ainsi que les termes spécifiques d'un règlement éventuel, comme cela est prévu au paragraphe 1 de l'article 13. Les parties peuvent faire des suggestions de leur propre initiative ou sur l'invitation du conciliateur. Le mot "inviter" indique qu'il ne s'agit pas d'une "demande" à laquelle les parties doivent se conformer en vertu de l'article 12.

Article 12. Coopération des parties avec le conciliateur

65. Selon le Règlement, le conciliateur peut dans une large mesure mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié (paragraphe 3 de l'article 7). Plusieurs dispositions du Règlement, qui correspondent à différents stades de la procédure, renforcent ce pouvoir et précisent, d'une manière il est vrai indicative, les demandes que le conciliateur peut faire. En vertu de l'article 12, les parties s'engagent à se conformer de bonne foi à ces demandes. Etant donné que le règlement d'un litige par conciliation dépend en fin de compte de la volonté et de l'attitude des parties, cet engagement, même s'il ne lie pas juridiquement les parties, est essentiel pour le succès de la procédure de conciliation.

Article 13. Accord de règlement

66. Le paragraphe 1 de l'article 13 invite le conciliateur à formuler les termes d'un règlement éventuel lorsque, à son avis, la procédure est suffisamment avancée. Il les soumet aux parties pour qu'elles présentent leurs observations à ce sujet. Si, à la lumière de ces observations, il estime qu'il est nécessaire de modifier les termes préliminaires du règlement, il peut formuler à nouveau ces termes et les représenter aux parties.

67. Si les parties acceptent les termes du règlement proposé, elles rédigent un accord de règlement. Elles peuvent demander au conciliateur de les aider ou de rédiger lui-même l'accord. L'accord de règlement doit être écrit, non seulement pour que les parties puissent le signer, mais également pour éviter toute incertitude ou tout différend au sujet des termes exacts du règlement. Il suffit que ce document contienne les termes du règlement; il ne doit pas renfermer de compte rendu de la procédure

(comme l'exigent certains règlements de conciliation en vigueur dans le cadre d'une procédure de conciliation plus formelle).

68. Le paragraphe 3 souligne l'objet de la conciliation, à savoir le règlement du différend. Le règlement devient définitif dès que les parties ont signé l'accord. Il déploie alors les mêmes effets juridiques que tout autre accord liant les parties, qu'il constitue, au regard de la loi applicable, une révision du contrat primitif, une partie de ce contrat ou un nouveau contrat.

69. Il convient de signaler que la force exécutoire de l'accord de règlement n'est pas égale à celle d'une "sentence arbitrale rendue d'accord parties" (comme cela est prévu dans au moins un règlement de conciliation). Le point de savoir si les parties pourraient néanmoins le faire reconnaître et appliquer facilement en l'invoquant comme accord des parties dans une procédure d'arbitrage dépend des règles d'arbitrage et du droit applicable.

Article 14. Caractère confidentiel

70. L'article 14 traite du deuxième aspect du caractère confidentiel de la procédure visé plus haut (voir par. 61). Sous réserve d'un accord entre les parties ou des exigences de la législation, il interdit de divulguer à autrui toute question touchant la procédure de conciliation. Le fait que le caractère confidentiel de la procédure soit ainsi garanti devrait favoriser un règlement amiable entre les parties dans le cadre d'une procédure informelle. A titre d'exception à cette règle générale, l'accord de règlement lui-même peut être divulgué lorsque cela est nécessaire pour son application et exécution.

D. — Fin de la procédure de conciliation et frais

Article 15. Fin de la procédure de conciliation

71. L'article 15 indique les diverses manières par lesquelles il peut être mis fin à la procédure de conciliation ainsi que la date à laquelle la procédure prend effectivement fin. Dans l'intérêt général des parties et du conciliateur, il importe que la durée de la procédure soit clairement définie; ceux-ci savent ainsi exactement jusqu'à quel point leurs actions et leur comportement sont régis par le règlement de conciliation. L'importance particulière de l'article 15 apparaît lorsqu'on le rapproche de l'article 16, qui interdit le recours à une procédure judiciaire ou arbitrale avant la fin de la procédure de conciliation (voir par. 74 à 76 ci-dessous).

72. L'article 15 ne retient pas la conception adoptée dans d'autres règlements de conciliation, qui attribuent au recours à la conciliation un effet obligatoire, en ce qui concerne par exemple la participation à la procédure pendant une période prédéterminée ou jusqu'à ce qu'une proposition de règlement ait été rejetée. L'article 15 s'inspire par contre du principe de la liberté absolue des parties et est fondée sur la prémisse que si l'on contraint les parties à continuer à participer à la procédure, on n'aboutira pas toujours à un véritable règlement.

73. L'article 15 permet donc non seulement aux deux parties agissant d'un commun accord mais également à l'une ou l'autre des parties agissant individuellement de

mettre fin à la procédure de conciliation avec effet immédiat (alinéas *c* et *d*). Celle-ci peut en outre prendre fin par une déclaration du conciliateur, si celui-ci juge que l'effort de conciliation a échoué (alinéa *b*). Une autre raison — la plus fréquente, il faut l'espérer — de mettre fin à la procédure de conciliation est la signature de l'accord de règlement (alinéa *a*).

Article 16. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

74. L'article 16 traite de la question délicate de savoir si une partie peut recourir à une procédure judiciaire ou à l'arbitrage pendant que la procédure de conciliation est en cours, c'est-à-dire après qu'elle a débuté conformément au paragraphe 2 de l'article 2 et avant qu'elle n'ait pris fin conformément à l'article 15. L'article 16 tend à décourager le recours à une procédure arbitrale ou judiciaire; mais, conformément à l'esprit général du Règlement, il est conçu dans des termes flexibles.

75. L'article 16 insiste sur l'importance d'un effort sérieux de conciliation, en exprimant l'idée qu'il ne faut normalement pas entamer une procédure judiciaire ou arbitrale qui puisse compromettre les perspectives de règlement amiable. Toutefois, l'article tient aussi compte du fait que le recours à une procédure judiciaire ou arbitrale n'indique pas nécessairement que la partie qui entame une telle procédure refuse toute conciliation. Etant donné qu'en vertu de l'alinéa *d* de l'article 15, une partie qui ne souhaite plus continuer la procédure de conciliation peut y mettre fin à tout moment, la partie qui entame une procédure judiciaire ou arbitrale peut bien avoir d'autres raisons de le faire.

76. Par exemple, une partie peut souhaiter empêcher l'expiration d'un délai de prescription ou satisfaire à la condition prévue par certains règlements d'arbitrage selon laquelle un litige doit être soumis à l'arbitrage sans délai. Plutôt que de tenter d'énumérer les raisons éventuelles, l'article 16 adopte une formule générale et subjective: "... étant entendu toutefois qu'une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque, à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits". Cette disposition n'est pas conçue en des termes objectifs afin d'éviter toute controverse au sujet de la question de savoir s'il est justifié d'engager une procédure contentieuse.

Article 17. Frais

77. Dès la fin de la procédure de conciliation, le conciliateur fixe les frais de la conciliation comme on l'indique à l'article 17. Le premier élément de ces frais sont les honoraires du conciliateur, dont le montant doit être raisonnable. Etant donné que la conciliation peut se dérouler dans différentes conditions, on ne précise pas les critères à appliquer pour déterminer le montant des honoraires. Le deuxième élément consiste en frais de déplacement et autres dépenses faites par le conciliateur. Aux fins de ces deux alinéas, le terme "conciliateur" désigne tout conciliateur, qu'il ait été nommé par les deux parties ou par une seule, par une institution ou une personne extérieure.

78. Le troisième élément englobe les frais de déplacement et autres dépenses faites par tout témoin appelé par le conciliateur avec le consentement des parties. Le conciliateur n'étant pas habilité à appeler un témoin de son propre chef (voir par. 60 ci-dessus), les parties ne sont tenues de supporter ces frais que si elles ont consenti à l'avance à ce que le témoin soit cité. La même restriction s'applique au quatrième élément, les dépenses relatives à l'engagement d'experts. Le dernier élément correspond aux frais encourus pour toute assistance administrative fournie en application de l'article 8.

79. Les cinq éléments énumérés au paragraphe 1, et eux seuls, constituent les "frais" de la conciliation. Etant donné que dans une procédure de conciliation, quelle qu'en soit l'issue, il n'y a pas de partie "gagnante" ni de partie "perdante", les frais sont répartis également entre les parties, à moins que l'accord de règlement ne prévoise une répartition différente (paragraphe 2). Toutes les autres dépenses encourues par une partie, par exemple ses propres frais de déplacement ou les dépenses faites par son représentant ou agent, sont à la charge de cette partie.

Article 18. Consignation du montant des frais

80. L'article 18 est calqué sur l'article 41 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il autorise le conciliateur à demander à chaque partie de consigner une même somme à titre d'avance à valoir sur les frais visés à l'article 17, paragraphe 1. Le conciliateur peut faire sa première demande à cet effet dès sa nomination. Le montant demandé sera fondé sur une prévision de frais futurs, puisque le montant exact ne pourra être déterminé qu'à la fin de la procédure de conciliation. Si la prévision se révèle trop faible et si le montant consigné est pour une autre raison insuffisant, le conciliateur peut demander la consignation de montants supplémentaires (paragraphe 2). Lorsque les sommes consignées dépassent les frais réels de la conciliation, le conciliateur rembourse aux parties tout montant qui n'aura pas été dépensé (paragraphe 4).

81. Si les sommes dont la consignation est requise par le conciliateur ne sont pas intégralement versées dans un délai de trente jours, le conciliateur peut suspendre la procédure ou y mettre fin. Qu'il décide de suspendre la procédure ou d'y mettre fin dépendra de la manière dont il juge les raisons du défaut de paiement. Il peut donc préférer suspendre la procédure, plutôt que d'y mettre fin, s'il lui semble que le retard de paiement est uniquement dû à des raisons techniques, comme des problèmes relatifs au contrôle des changes, et que rien ne témoigne d'une réticence de la partie en cause à participer à l'effort de conciliation.

E. — Procédures subséquentes

Article 19. Rôle du conciliateur dans une procédure subséquent

82. Au cours de la procédure de conciliation, le conciliateur peut acquérir une connaissance intime du cas en litige ainsi que de la force et de la faiblesse de la position juridique de chaque partie. Les parties risquent donc d'hésiter à engager une procédure de conciliation et à faire

confiance au conciliateur, si celui-ci peut, dans une procédure arbitrale ou judiciaire subséquente, agir en une capacité où ses connaissances peuvent porter préjudice aux intérêts d'une partie. L'article 19 vise à préserver ces intérêts en décrivant les fonctions que le conciliateur ne peut pas remplir si le litige qui a fait l'objet d'une procédure de conciliation est par la suite soumis à un tribunal ou à l'arbitrage.

83. Le cas le plus évident est celui du conciliateur qui est par la suite appelé à remplir les fonctions d'arbitre. Bien qu'une partie puisse récuser un arbitre pour la raison qu'il a rempli les fonctions de conciliateur dans le même litige, ce qui fait douter de son impartialité et de son indépendance, il n'est pas certain que cette récusation sera admise. D'où la nécessité d'inclure une disposition expresse dans le Règlement.

84. Si la plupart des règlements de conciliation contiennent une telle disposition (en exigeant parfois que le conciliateur signe un engagement sur ce point lorsqu'il est nommé), il semble aussi raisonnable d'interdire au conciliateur de remplir les fonctions de représentant ou de conseil d'une partie. A cet égard, on redoute moins l'influence éventuelle sur le comportement du conciliateur que le risque de voir la partie représentée par un ancien conciliateur exploiter les connaissances que ledit conciliateur a acquises durant la procédure de conciliation. Cela semblerait particulièrement fâcheux en ce qui concerne les informations confidentielles communiquées par l'autre partie.

85. Le troisième cas est celui du conciliateur appelé à témoigner au cours de la procédure subséquente. La disposition pertinente n'est pas conçue dans les termes d'une interdiction absolue, qui pourrait être considérée comme nulle au regard de la loi applicable. Elle interdit seulement à une partie de citer (ou de nommer) le conciliateur comme témoin.

86. Bien entendu, les parties peuvent toujours convenir de laisser le conciliateur remplir les fonctions visées à l'article 19. C'est ce qu'elles feront sans doute, par exemple, si le fait que le conciliateur connaît bien le litige est considéré comme un avantage et non pas comme un inconvénient ou si la tentative de conciliation a échoué assez rapidement, sans que le conciliateur y ait beaucoup participé.

Article 20. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure

87. L'article 20 vise les mêmes fins que l'article 19, à savoir faire en sorte que les négociations menées dans une procédure de conciliation ne soient pas contrariées par la crainte de désavantages ultérieurs. L'article 19 traite de l'aspect personnel puisqu'il restreint le rôle susceptible d'être joué par la suite par le conciliateur, alors que l'article 20 a trait aux renseignements de fond ou aux vues exprimées au cours de la procédure de conciliation. Il tente d'apporter une réponse à une question difficile, celle de savoir dans quelle mesure ces renseignements doivent être déclarés irrecevables dans d'autres procédures parce que susceptibles de désavantager l'une des parties.

88. La plupart des règlements de conciliation en vigueur, s'ils ne le passent totalement sous silence, traitent de ce problème en termes plutôt vagues du genre "rien de ce qui a été révélé à l'occasion de la procédure de conciliation ne portera en aucune manière préjudice aux droits de l'une quelconque des parties, que ce soit devant un tribunal d'arbitrage ou un tribunal judiciaire". Ce libellé semble trop étroit dans la mesure où il n'y a pas que les effets de la divulgation sur les droits des parties qui soient en jeu; la divulgation peut entraîner d'autres désavantages pour une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire.

89. D'un autre côté, cette règle semble trop large dans la mesure où elle englobe "tout ce qui a été révélé", ce qui recouvre, par exemple, les renseignements figurant dans une expertise ou un rapport établi après examen de marchandises qui n'existent plus au moment où l'autre procédure a lieu. Dans ce cas, il semblerait raisonnable et même nécessaire que ces éléments de preuve soient recevables dans l'autre procédure.

90. L'article 20 vise donc à définir certaines catégories de renseignements qui ne seraient pas recevables dans une autre procédure. Compte tenu de l'objectif visé, il confère un caractère confidentiel à divers types de renseignements ou à diverses déclarations faites par les parties dans le but de parvenir à un accord de règlement. Tous les éléments indiqués ont ceci de commun qu'ils risquent de porter préjudice à l'une ou l'autre des parties, ce qui justifie qu'ils soient déclarés irrecevables dans une autre procédure.

91. En conclusion, il convient de noter qu'à deux égards la portée de l'article 20 est plus vaste que celle de l'article 19. En effet, il ne vise pas uniquement les procédures subséquentes ni, ce qui est encore plus important du point de vue pratique, les procédures ayant trait au litige qui a été soumis à la procédure de conciliation. Cette portée plus vaste semble se justifier, car il se peut qu'un certain aspect juridique ou un certain fait qui a été admis ou qui entre dans une proposition de règlement soit pertinent dans un autre contexte faisant l'objet d'une autre procédure.

F. — *Clause de conciliation type*

92. Comme on l'a déjà indiqué (voir paragraphes 19 à 21), le règlement est fondé sur la notion qu'une conciliation véritable peut seulement avoir lieu si les deux parties, le litige une fois surgi, sont disposées à le régler à l'amiable. Si le Règlement ne présuppose donc pas que les parties se soient préalablement engagées à faire un effort de conciliation, les parties sont libres de stipuler à l'avance qu'elles

feront une tentative de conciliation avant d'avoir recours aux tribunaux ou à l'arbitrage. Dans ce cas, elles peuvent utiliser l'une des deux variantes de la clause de conciliation type présentée à la fin du Règlement.

93. La première clause de conciliation type (variante A) n'implique aucun engagement en posant comme condition à l'application du Règlement qu'en cas de litige les parties souhaitent rechercher un règlement amiable. Cette clause indique clairement que les parties ne prennent aucun engagement juridique, au moment où elles concluent le contrat, d'entamer une procédure de conciliation en cas de litige. L'unique engagement exprimé dans cette clause concerne l'application du Règlement telle qu'elle est prévue au paragraphe 1 de l'article premier.

94. La seconde clause de conciliation type (variante B) implique un certain engagement en faisant obligation à chaque partie, avant d'ouvrir une procédure contentieuse, d'inviter l'autre partie à rechercher la conciliation. Le but de cette invitation est de déterminer, en cas de litige, si l'autre partie est disposée à rechercher un règlement amiable. Etant donné que l'autre partie a le droit de refuser la conciliation, cette obligation peut paraître partielle, voire injuste. Cependant, le même déséquilibre caractérise aussi d'autres procédures qui obligent la partie qui souhaite faire valoir ses droits à accomplir toutes les formalités et tous les actes requis. Par ailleurs, inviter l'autre partie à la conciliation constitue une charge peu astreignante que l'on pourrait encore alléger en fixant un délai de réponse inférieur aux trente jours prévus à l'article 2, paragraphe 4.

95. Il y a encore un autre aspect de cette clause : une partie peut être obligée d'envoyer une invitation même si elle-même n'est pas prête à recourir à la conciliation. Les effets de cette situation non désirée peuvent être atténués par le fait que, comme le montre l'expérience, l'attitude d'une partie peut évoluer en cas de réponse positive de l'autre. Si la partie invitante persiste dans son attitude, elle peut mettre fin à la procédure de conciliation conformément à l'alinéa *d* de l'article 15. Son droit de le faire est consigné dans le Règlement que les parties adoptent en vertu de la clause de conciliation.

96. Si les parties préfèrent un engagement allant au-delà de la simple obligation d'inviter à la conciliation, il faudrait adopter une clause différente et apporter quelques modifications au Règlement, et notamment aux articles suivants : 2 (qui exige que les deux parties consentent à l'ouverture de la procédure), 15 (qui permet de mettre fin à la procédure à n'importe quel moment) et 16 (qui limite le recours à une procédure contentieuse).

C. — Observations présentées par les Etats et les organisations internationales sur le projet révisé de Règlement de conciliation de la CNUDCI (A/CN.9/187 et Add.1 à 3)*

AUSTRALIE

Article 2. *Début de la procédure de conciliation*

Les possibilités de malentendus seraient réduites si le règlement prévoyait que l'acceptation de l'invitation à la conciliation doit être donnée par écrit.

Avec une réponse communiquée oralement, il semble que l'on courrait davantage le risque que, par exemple, la partie dont émane l'invitation considère comme une acceptation, ou comme un refus, une réponse dont le but était essentiellement de se renseigner sur la situation.

Une réponse écrite, en revanche, aurait plus de chances de montrer s'il y a accord sur le principe de la conciliation,

* 25 juin et 1^{er}, 11 et 14 juillet 1980.