

NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE



Distr. GENERALE
A/CN.9/362/Add.15
13 mars 1992
FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Vingt-cinquième session
New York, 4-22 mai 1992

OPERATIONS INTERNATIONALES D'ECHANGES COMPENSES

Projet de guide juridique pour les opérations internationales
d'échanges compensés

Rapport du Secrétaire général

Additif

XV. REGLEMENT DES LITIGES

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>
A. Remarques générales	1 - 7
B. Négociation	8 - 11
C. Conciliation	12 - 15
D. Arbitrage	16 - 41
1. Champ de l'accord compromissaire et mandat du tribunal arbitral	18 - 23
2. Types d'arbitrage et règles de procédure appropriées	24 - 30
3. Nombre d'arbitres	31 - 33
4. Nomination des arbitres	34
5. Lieu de l'arbitrage	35 - 39
6. Langue de la procédure	40 - 41
E. Procédure judiciaire	42 - 45
F. Règlement des litiges multipartites et des litiges portant sur plusieurs contrats	46 - 53

[Note des rédacteurs : Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet du chapitre XV, "Règlement des litiges", publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6. La note placée entre crochets au début de chaque paragraphe soit indique le numéro sous lequel le paragraphe figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6, soit signale que ce paragraphe est nouveau. Les modifications apportées aux paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6 sont soulignées. Un astérisque indique les passages qui ont été supprimés sans avoir été remplacés par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [1] Dans une opération d'échanges compensés, il peut apparaître des litiges à propos de l'accord d'échanges compensés ou des contrats de fourniture conclus comme suite audit accord. Il est bon que les parties conviennent de la manière dont tout litige né de l'accord d'échanges compensés et des contrats de fourniture connexes sera réglé.

2. [2] En général, il est souhaitable que les parties s'efforcent dans une première étape de régler leurs litiges par la négociation (section B). Si la négociation échoue, les parties voudront peut-être soumettre leur litige à un conciliateur indépendant, qui fera des recommandations aux parties sur la manière de régler le litige (section C). Si cette méthode de règlement échoue également, il y a pour l'essentiel deux méthodes auxquelles il peut être fait appel pour obtenir une décision exécutoire : l'arbitrage et la procédure judiciaire. L'arbitrage est une méthode par laquelle les parties soumettent pour décision les litiges qui peuvent apparaître entre elles, ou qui sont déjà apparus, à un tribunal arbitral, composé d'une ou plusieurs personnes impartiales (arbitres) choisies par elles, qui prend une décision ayant force obligatoire (section D). Une procédure arbitrale ne peut être ouverte que sur la base d'un accord compromissoire. En général, les parties sont tenues d'accepter la décision du tribunal arbitral (sentence arbitrale) comme définitive et impérative. La sentence arbitrale est en général exécutée de la même manière qu'une décision judiciaire. Faute d'un accord compromissoire, les litiges entre les parties devront être tranchés dans le cadre d'une procédure judiciaire (section E).

3. [3] Le présent chapitre ne traite pas des procédures convenues par les parties pour déterminer les conditions des contrats de fourniture à conclure qui n'ont pas été définies dans l'accord d'échanges compensés. Il s'agit notamment des procédures à suivre par les parties pour négocier les conditions des contrats de fourniture, des normes et directives à utiliser pour déterminer ces conditions, de la désignation d'un tiers chargé de déterminer une disposition contractuelle, ou de l'autorisation donnée à une des parties de déterminer une condition contractuelle sur la base de paramètres convenus. Ces méthodes sont traitées au chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", paragraphes 38 à 60, et, pour ce qui est de dispositions contractuelles particulières, au chapitre VI, "Type, qualité et quantité des marchandises", paragraphes 25, 26, 34 et 39, et au chapitre VII, "Etablissement du prix des marchandises", paragraphes 11 à 47.

4. [4] L'exécution d'une opération d'échanges compensés suppose en général des discussions régulières entre les parties, afin de régler les nombreux problèmes et malentendus qui peuvent l'être sans recours à une procédure de règlement des litiges. Si de telles discussions aboutissent à une modification de l'accord d'échanges compensés ou d'un contrat de fourniture, il est bon d'exprimer l'accord conclu par écrit (voir chap. V, "Remarques générales sur la rédaction", par. 3 à 5).

5. [5] Lorsque les parties incluent toutes leurs obligations contractuelles dans les deux directions dans un contrat unique (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", par. 2 à 10), une clause de règlement des litiges au libellé général qui serait incorporée dans ce contrat régirait, sauf disposition contraire, tous les litiges nés du contrat. Toutefois, les parties incorporent en général leurs obligations dans les deux directions dans plus d'un contrat (voir le chapitre III, par. 11 à 23). Dans les opérations comportant plusieurs contrats, les parties jugeront peut-être utile de convenir d'une seule clause de règlement des litiges pour tous les contrats de fourniture, le contrat par lequel un tiers est engagé pour acheter ou fournir des marchandises, ainsi que pour l'accord d'échanges compensés.

6. [5] Lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit que les contrats de fourniture seront conclus ultérieurement, les parties peuvent disposer dans l'accord que tous ces contrats seront soumis à une méthode donnée de règlement des litiges. Ainsi, l'accord d'échanges compensés peut régler une question qui, sinon, devrait l'être dans chaque contrat de fourniture.

7. [Nouveau paragraphe] Dans certains Etats, la liberté donnée à un organisme de l'Etat ou à tout autre organisme public de conclure un accord compromissaire ou de convenir qu'un tribunal d'un Etat étranger sera compétent est restreinte. Le droit d'adopter de telles clauses de règlement des litiges peut être limité à certains types d'opérations ou à des opérations avec une partie étrangère, ou encore de telles clauses peuvent être soumises à autorisation. Il est souhaitable que les parties étudient les divers aspects du règlement des litiges dans de tels cas, afin de s'assurer qu'elles sont libres d'adopter une clause impérative de règlement des litiges.

B. Négociation

8. [6] Le mode le plus satisfaisant de règlement d'un litige entre les parties est en général le règlement à l'amiable du litige par la négociation entre les parties. Le règlement amiable peut permettre d'éviter toute rupture des relations commerciales entre les parties. En outre, les parties économiseront ainsi les dépenses considérables et le temps supplémentaire qu'exige en général le règlement des litiges par d'autres moyens. De plus, la négociation peut être une méthode particulièrement attrayante dans le cadre d'opérations d'échanges compensés à long terme, lorsque l'accord d'échanges compensés ne décrit qu'en termes généraux les conditions des futurs contrats de fourniture.

9. [7] Même si les parties souhaitent s'efforcer de régler leurs litiges par la négociation avant de recourir à d'autres modes de règlement, il n'est peut-être pas souhaitable que la clause de règlement des litiges interdise à une partie de recourir à une autre procédure de règlement avant l'expiration du délai imparti à la négociation. Si, toutefois, la clause prévoit que

d'autres procédures de règlement ne peuvent être entamées durant la négociation, il est souhaitable d'autoriser dans certains cas une partie à entamer une autre procédure avant l'expiration de la négociation, par exemple lorsqu'une partie déclare durant la négociation qu'elle n'est pas disposée à poursuivre celle-ci ou lorsqu'il est nécessaire d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire avant la fin de la négociation, afin de prévenir la perte ou la prescription d'un droit. Il est souhaitable de préciser que le règlement obtenu par voie de négociation devra être consigné par écrit.

10. [8] Comme le résultat d'un litige entre deux parties à une opération d'échanges compensés peut avoir des incidences sur les intérêts d'une autre partie à l'opération, il peut être convenu que la partie qui n'est pas directement mêlée au litige devrait être autorisée à participer aux négociations. Cela peut être le cas lorsque un tiers est engagé pour acheter des marchandises faisant l'objet d'une opération d'échanges compensés et que le tiers et le fournisseur sont en litige. Dans ce cas, la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter les marchandises peut être tenue de payer une somme convenue lorsque le tiers n'effectue pas l'achat prévu et que l'engagement d'échanges compensés n'est donc pas exécuté. De même, une partie qui s'est engagée à fournir et qui recrute à cette fin un fournisseur tiers peut être intéressée aux résultats d'un litige entre le fournisseur tiers et l'acheteur. Ce droit de participation à la négociation peut être limité aux cas où la partie ayant engagé le tiers reste responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Dans le cas d'une opération d'échanges compensés multipartite, il peut être convenu que toutes les parties à l'opération participeront aux négociations.

11. [9] Dans les opérations d'échanges compensés à long terme, les parties peuvent constituer un comité mixte chargé de coordonner et de contrôler l'exécution de l'opération (voir le chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 64). Un tel comité peut permettre aux parties de détecter très tôt les difficultés et litiges pouvant se produire et il peut constituer un mécanisme approprié pour le règlement des litiges par la négociation.

C. Conciliation

12. [10] Si les parties ne peuvent régler leur litige par la négociation, elles voudront peut-être essayer la conciliation avant de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation a pour objet d'arriver à un règlement amiable du litige avec l'assistance d'un conciliateur neutre, respecté par les deux parties. Au contraire d'un arbitre ou d'un juge, le conciliateur ne tranche pas le litige, mais aide les parties à s'accorder sur un règlement, souvent en leur proposant des solutions.

13. [11] La conciliation étant une procédure non contradictoire et confidentielle, il est plus facile aux parties de préserver leurs bonnes relations commerciales que dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation peut même améliorer les relations entre les parties, car son champ, de même que l'accord définitif conclu par les parties, peut dépasser les strictes limites du litige à l'origine de la procédure de conciliation. Elle peut également permettre la participation de parties qui ne sont pas directement mêlées au litige, mais qui sont intéressées à son règlement. Par contre, la conciliation peut présenter un inconvénient : si

elle échouait, l'argent et le temps dépensés l'auraient été en vain.* Il est souhaitable qu'avant d'entamer une procédure de conciliation, les parties étudient soigneusement s'il y a de bonnes chances d'arriver à un règlement.

14. [12] Si les parties disposent qu'elles pourront recourir à la conciliation, elles devront régler un certain nombre de questions pour que cette procédure soit efficace. Il n'est pas possible de régler toutes ces questions dans l'accord d'échanges compensés; il vaut mieux que les parties y incorporent par référence un règlement de conciliation établi par une organisation internationale, par exemple le Règlement de conciliation de la CNUDCI 1/.

15. [13] Il est souvent souhaitable d'entamer une procédure de conciliation avant de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire. Si, durant la procédure de conciliation, une procédure arbitrale ou judiciaire a été entamée, les parties pourront néanmoins juger utile de poursuivre la conciliation. Une procédure de conciliation peut également être ouverte après l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire.

D. Arbitrage

16. [14] Diverses raisons expliquent pourquoi l'arbitrage est si souvent utilisé pour le règlement de litiges nés d'opérations d'échanges compensés. La procédure arbitrale peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle qu'une procédure judiciaire et à mieux répondre à leurs besoins et aux caractéristiques des litiges susceptibles de découler d'un accord d'échanges compensés ou d'un contrat annexe. Les parties peuvent choisir pour arbitres des personnes ayant une connaissance approfondie de l'objet du litige. Elles peuvent choisir le lieu où se déroulera la procédure arbitrale, de même que la langue ou les langues à utiliser dans la procédure. En outre, elles peuvent choisir la loi applicable, et ce choix sera dans presque tous les cas respecté par le tribunal arbitral, ce qui n'est pas toujours vrai de la procédure judiciaire (voir chap. XIV, "Choix de la loi applicable", par. 12). Lorsque les parties conviennent de recourir à l'arbitrage, aucune d'elles n'est tenue de se soumettre aux tribunaux du pays de l'autre partie. La procédure arbitrale portera sans doute moins atteinte aux relations commerciales entre les parties qu'une procédure judiciaire. La procédure et la sentence arbitrales peuvent rester confidentielles, alors que ce n'est en général pas possible pour une procédure et une décision judiciaires. L'arbitrage tend à être plus rapide et peut être moins onéreux qu'une procédure judiciaire. On notera toutefois que certains Etats prévoient des procédures judiciaires sommaires pour des litiges portant sur une somme ne dépassant pas un certain montant. En vertu de certaines législations nationales, un tribunal arbitral peut avoir davantage de latitude qu'un tribunal judiciaire pour octroyer au demandeur l'exécution voulue plutôt que des dommages-intérêts. Enfin, étant donné qu'il existe des conventions internationales favorisant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ces sentences sont en général reconnues et exécutées plus aisément que les décisions judiciaires étrangères. On notera en particulier la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), à laquelle de nombreux Etats sont parties 2/.

17. [15] En revanche, une sentence arbitrale peut être annulée dans le cadre d'une procédure judiciaire. Si une telle procédure est engagée, le règlement définitif du litige en sera retardé. Toutefois, dans de nombreux systèmes juridiques, une sentence arbitrale ne peut être annulée que pour des motifs limités, par exemple si les arbitres n'étaient pas habilités à connaître du litige, si une partie n'a pu faire valoir ses moyens dans le cadre de la procédure arbitrale, si les règles applicables à la nomination des arbitres ou à la procédure arbitrale n'ont pas été respectées, ou si la sentence est contraire à l'ordre public. On notera également que, dans certains systèmes juridiques, il n'est pas possible aux parties d'exclure les tribunaux judiciaires du règlement de certains types de litiges. En outre, un tribunal peut prononcer et imposer des mesures provisoires ou conservatoires dans une plus large mesure qu'un tribunal arbitral.

1. Champ de l'accord compromissoire et mandat du tribunal arbitral

18. [16] En général, la procédure arbitrale ne peut être organisée que sur la base d'un accord entre les parties. Cet accord peut prendre la forme soit d'une clause compromissoire incluse dans l'accord d'échanges compensés ou dans le contrat connexe, soit d'un accord compromissoire distinct conclu par les parties avant ou après la naissance du litige. Comme il peut être plus difficile d'arriver à un accord à ce propos après qu'un litige est apparu, il est souhaitable de conclure un accord compromissoire dès le début de l'opération d'échanges compensés. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, un accord compromissoire n'est valable, pour ce qui est de la procédure comme du fond, que s'il est conclu ou confirmé après qu'un litige est apparu.

19. [17] L'accord compromissoire devrait indiquer quels litiges doivent être réglés par arbitrage. Par exemple, la clause compromissoire peut disposer que tous les litiges nés de l'accord d'échanges compensés ou liés à cet accord, ou nés de la violation, résiliation ou nullité de l'accord, ou liés à cette violation, résiliation ou nullité, doivent être réglés par arbitrage. Dans certains cas, les parties voudront peut-être exclure de ce vaste champ de compétence certains litiges dont elles ne souhaitent pas qu'ils soient réglés par arbitrage.

20. [18] Si la loi applicable à la procédure arbitrale le permet, les parties voudront peut-être autoriser le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en attendant le règlement définitif du litige. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux arbitraux ne sont pas habilités à ordonner de telles mesures. Dans d'autres systèmes juridiques autorisant le tribunal arbitral à ordonner de telles mesures, celles-ci ne peuvent être exécutées; dans ces cas, il est peut-être préférable que les parties se tournent vers un tribunal judiciaire, qui pourra ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Dans de nombreux systèmes juridiques, un tribunal judiciaire peut ordonner de telles mesures, même si le litige doit être ou a été soumis à l'arbitrage.

21. [19] Il est souhaitable que l'accord compromissoire dispose que les parties doivent exécuter les décisions arbitrales, y compris les décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires, l'avantage en étant que dans certains systèmes juridiques, lorsqu'une sentence arbitrale n'est pas exécutoire dans le pays d'une partie, un défaut d'exécution de la sentence par

une partie, malgré l'obligation qui lui en est faite dans l'accord, pourra être considéré, dans le cadre d'une procédure judiciaire, comme un défaut d'exécution d'une obligation contractuelle.

22. [20] Si une procédure judiciaire est entamée pour un litige couvert par un accord compromissaire reconnu comme valide, le tribunal judiciaire renverra normalement le litige à l'arbitrage si une demande à cette fin lui est présentée en temps voulu. Toutefois, le tribunal judiciaire peut conserver le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et sera normalement habilité à contrôler certains aspects de la procédure arbitrale (il pourra, par exemple, prendre une décision en cas de récusation des arbitres) et à annuler la sentence arbitrale pour certains motifs (voir plus haut, par. 17).

23. [21] Il est souhaitable que les parties soient prudentes en ce qui concerne l'autorisation donnée au tribunal arbitral de trancher les litiges ex aequo et bono ou de faire office d'amiable compositeur, car les arbitres ne sont pas habilités à le faire dans certains systèmes juridiques. En outre, de telles autorisations peuvent être interprétées de diverses manières et être sources d'incertitudes juridiques. Par exemple, ces termes peuvent être interprétés comme autorisant les arbitres à se guider soit uniquement sur les principes de l'impartialité, de la justice ou de l'équité, soit aussi sur les dispositions de la loi applicable considérées comme fondamentales dans le système juridique auquel se rattache ladite loi. Si les parties souhaitent autoriser le tribunal arbitral à trancher des litiges sans appliquer toutes les règles juridiques d'un Etat, elles voudront peut-être spécifier les normes ou règles en application desquelles le tribunal arbitral devra prendre une décision quant au fond du litige. En outre, afin d'éviter tout malentendu, les parties voudront peut-être préciser que le tribunal arbitral doit respecter les clauses du contrat de fourniture ou de l'accord d'échanges compensés et tenir compte des usages pertinents du commerce international.

2. Types d'arbitrage et règles de procédure appropriées

24. [22] Les parties peuvent choisir le type d'arbitrage qui répond le mieux à leurs besoins. Il est bon qu'elles conviennent de règles appropriées qui régiront la procédure arbitrale. Il existe une gamme étendue de modes d'arbitrage prévoyant une participation plus ou moins active d'organes permanents (par exemple, des institutions d'arbitrage, des tribunaux arbitraux, des associations professionnelles ou commerciales et des chambres de commerce) ou de tiers (par exemple, des présidents de tribunaux arbitraux ou de chambres de commerce). A une extrémité de cet éventail, on trouve l'arbitrage ad hoc proprement dit, qui ne suppose en aucune manière la participation d'un organe permanent ou d'un tiers. C'est-à-dire, en termes pratiques, qu'aucune aide extérieure ne sera disponible (sauf, peut-être, celle d'un tribunal national) si, par exemple, les parties se heurtent à des difficultés pour nommer ou récuser un arbitre. En outre, tous les arrangements administratifs nécessaires devront être pris par les parties ou par les arbitres eux-mêmes. A l'autre extrémité de l'éventail, on trouve les arbitrages entièrement organisés et supervisés par un organe permanent, qui peut revoir le mandat des arbitres et le projet de sentence et modifier la forme de la sentence et faire des recommandations quant au fond.

25. [23] Entre ces deux types d'arbitrage, il existe une variété considérable de systèmes qui tous font appel à une autorité de nomination, mais qui diffèrent quant aux services administratifs fournis. La fonction essentielle, mais non nécessairement exclusive, des autorités de nomination consiste à constituer le tribunal arbitral ou à contribuer à sa constitution (par exemple, en nommant les arbitres, en prenant une décision en cas de récusation ou en remplaçant un arbitre). Les services administratifs ou logistiques, qui peuvent être offerts en bloc ou séparément, sont notamment les suivants : transmettre les communications écrites d'une partie ou des arbitres; aider le tribunal arbitral à fixer et à notifier la date, l'heure et le lieu des audiences et autres séances; fournir, directement ou indirectement, des salles de réunion pour les audiences ou délibérations du tribunal arbitral; organiser la transcription sténographique des audiences et l'interprétation durant les audiences et, le cas échéant, la traduction de pièces; aider à classer ou enregistrer la sentence arbitrale, le cas échéant; détenir les consignations et gérer les comptes relatifs aux honoraires et dépenses; assurer les tâches administratives (secrétariat, etc.).

26. [24] A moins que les parties ne choisissent l'arbitrage ad hoc proprement dit, elles souhaiteront peut-être convenir de l'organe ou de la personne qui s'acquittera des fonctions requises. Pour ce faire, il serait bon de tenir compte des facteurs suivants : volonté de s'acquitter des fonctions requises; compétence, notamment en ce qui concerne les questions internationales; adéquation des honoraires eu égard aux services requis; siège ou résidence de l'organe ou de la personne; limitation possible des services fournis à une zone géographique donnée. Ce dernier point devra être examiné compte tenu du lieu probable ou convenu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 35 à 39). Toutefois, certaines fonctions (par exemple, la nomination) ne doivent pas nécessairement être assurées sur le lieu de l'arbitrage et certaines institutions d'arbitrage sont disposées à fournir des services dans des pays autres que ceux où elles ont leur siège.

27. [25] Dans la plupart des cas, la procédure arbitrale sera régie par les règles de procédure de l'Etat où elle se déroule. De nombreux Etats ont adopté des lois régissant divers aspects de la procédure arbitrale. Certaines de ces dispositions sont impératives, d'autres non. Lorsqu'elles choisiront le lieu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 33 à 37), les parties voudront peut-être rechercher dans quelle mesure la loi du lieu envisagé reconnaît les exigences et caractéristiques particulières de l'arbitrage commercial international et, notamment, si cette loi est suffisamment libérale pour autoriser les parties à adapter les règles de procédure à leurs besoins et désirs particuliers, tout en garantissant que la procédure sera équitable et efficace. Des progrès ont été enregistrés dans cette voie, comme il ressort de la législation moderne de certains Etats, et cette tendance est favorisée et renforcée par la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 3/. Cette loi est acceptée par de plus en plus d'Etats appartenant à des régions différentes et ayant des systèmes juridiques et économiques différents.

28. [26] Comme les règles de procédure de la législation en la matière de certains Etats ne répondent pas nécessairement aux caractéristiques et exigences particulières de l'arbitrage commercial international et comme, en tout cas, cette législation ne contient pas de règles régissant toutes les questions de procédure pouvant se poser dans le cadre d'une procédure

arbitrale, les parties voudront peut-être adopter un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale dans le cadre de leur accord. Si les parties souhaitent que leur arbitrage soit organisé par une institution, cette institution peut demander aux parties d'appliquer son propre règlement et refuser de s'occuper d'une affaire si les parties ont modifié certaines règles que l'institution considère comme fondamentales pour son système d'arbitrage. La plupart des institutions d'arbitrage donnent toutefois le choix entre deux ensembles de règles, ou parfois plus, et autorisent souvent les parties à modifier telle ou telle règle. Si les parties ne sont pas priées par une institution d'appliquer un ensemble de règles donné ou de choisir parmi des règlements donnés, ou si elles optent pour l'arbitrage ad hoc, elles sont libres de choisir leur règlement. Pour ce faire, elles voudront peut-être se demander si ce règlement convient aux litiges internationaux et si les procédures énoncées dans le règlement sont acceptables.

29. [27] Parmi les nombreux règlements d'arbitrage promulgués par des organisations internationales ou des institutions d'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 4/ mérite une mention particulière. Ce règlement s'est révélé acceptable pour les divers systèmes juridiques et économiques et il est connu et utilisé dans toutes les régions du monde. Les parties peuvent y recourir aussi bien dans les arbitrages ad hoc proprement dits que dans les arbitrages prévoyant une autorité de nomination fournissant ou ne fournissant pas de services administratifs additionnels. Un nombre considérable d'institutions d'arbitrage du monde entier ont adopté le Règlement comme leur règlement propre pour les litiges internationaux ou se sont proposées comme autorités de nomination dans le cadre de ce règlement. La plupart d'entre elles sont disposées à fournir des services administratifs dans les arbitrages menés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

30. [28] Lorsqu'une clause type accompagne le règlement d'arbitrage devant régir l'arbitrage de litiges nés de l'accord d'échanges compensés, ou est proposée par une institution d'arbitrage, l'adoption de cette clause par les parties peut contribuer à éviter les incertitudes et à renforcer l'efficacité de l'accord compromissoire. Certaines clauses types, telles que celle qui est jointe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, autorisent les parties à régler par convention certaines questions pratiques. Il s'agit de la participation d'une autorité de nomination, ainsi que du nombre des arbitres (voir par. 31 à 33 ci-après), de la nomination des arbitres (voir plus loin, par. 34), du lieu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 35 à 39) et de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale (voir plus loin, par. 40 et 41) 5/ [nouvelle note].

3. Nombre d'arbitres

31. [29] Les parties voudront peut-être spécifier dans la clause compromissoire le nombre des arbitres qui constitueront le tribunal arbitral. Si elles ne le font pas, le règlement d'arbitrage choisi ou, dans certains cas, la loi applicable en matière d'arbitrage spécifiera leur nombre, ou la manière dont ce nombre doit être déterminé. En s'accordant sur le nombre d'arbitres, les parties pourront s'assurer que ce nombre répond à leurs besoins et désirs particuliers, et il n'y aura plus d'incertitude quant à cet aspect de la procédure de nomination. Toutefois, les parties doivent être conscientes du fait que certaines lois nationales limitent leur liberté de convenir du nombre d'arbitres en interdisant, par exemple, un nombre pair.

32. [30] Outre les restrictions juridiques éventuelles mentionnées ci-dessus, les considérations à prendre en compte pour déterminer le nombre des arbitres sont essentiellement de caractère pratique. Pour que la procédure arbitrale et la prise de décisions soient efficaces, il est en général souhaitable de choisir un nombre impair, par exemple un ou trois, bien que, dans la pratique, les parties choisissent parfois deux membres et adjoignent un mécanisme permettant de faire intervenir un tiers arbitre, ou surarbitre, pour trancher en cas de blocage.

33. [31] Pour ce qui est du choix entre un ou trois arbitres, les parties voudront peut-être considérer qu'une procédure arbitrale menée par un arbitre unique est en général moins onéreuse et tend à être plus rapide qu'une procédure avec trois arbitres, auxquels il faut verser des honoraires et dont les calendriers doivent être pris en considération. Par contre, avec un groupe de trois arbitres, on dispose de davantage de compétences et d'expérience. Puisque les compétences et l'expérience souhaitables peuvent être de types différents, on peut envisager différents modes de nomination des arbitres.

4. Nomination des arbitres

34. [32] Dans un arbitrage international, chaque partie peut vouloir choisir un arbitre qui connaisse bien le cadre économique et juridique dans lequel elle fonctionne. Aussi les parties pourront-elles convenir d'une méthode par laquelle chacune choisira un arbitre, le troisième étant choisi par les deux arbitres ou par une autorité de nomination. En revanche, dans des litiges complexes portant sur des questions juridiques, techniques et économiques, il peut être très avantageux de recourir à des arbitres ayant des compétences et une expérience différentes dans les domaines pertinents. Lorsque les parties attachent une importance particulière à cette question, elles peuvent charger une autorité de nomination de nommer les trois arbitres et peuvent éventuellement spécifier les qualifications ou l'expérience requises des arbitres.

5. Lieu de l'arbitrage

35. [33] Les parties voudront peut-être spécifier dans l'accord compromissoire le lieu où se déroulera la procédure et où la sentence arbitrale sera rendue. Le choix d'un lieu approprié pour l'arbitrage peut être d'une importance essentielle pour le bon fonctionnement de la procédure et pour l'exécution de la sentence. Les considérations ci-après peuvent guider le choix du lieu de l'arbitrage.

36. [34] Premièrement, les parties pourront juger souhaitable de choisir un lieu tel que la sentence rendue en ce lieu soit exécutoire dans les pays où les parties ont leur établissement ou des avoirs substantiels. Dans de nombreux Etats, les sentences arbitrales ne sont directement exécutoires qu'en application de traités multilatéraux ou bilatéraux et souvent uniquement sur la base de la réciprocité. Dans certains Etats, l'exécution est possible en application d'une législation prévoyant l'exécution réciproque des sentences prononcées dans certains autres Etats. Les parties voudront donc peut-être choisir un lieu se situant dans un Etat qui ait conclu un tel traité ou de tels arrangements de réciprocité avec les Etats où l'exécution pourra être demandée ultérieurement.

37. [35] Deuxièmement, les parties pourront juger souhaitable de choisir un lieu où la législation de l'arbitrage offre un cadre juridique approprié pour les litiges internationaux. Il se peut que certaines législations ne conviennent pas si, par exemple, elles limitent indûment l'autonomie des parties ou n'offrent pas, en matière de procédure, des règles permettant d'assurer une procédure efficace et équitable.

38. [36] D'autres considérations sont de caractère plus pratique : le lieu convient-il aux parties et aux autres participants à la procédure ? Les moyens nécessaires, y compris les salles de réunion, services d'appui et moyens de communication, y sont-ils disponibles ? Une institution d'arbitrage ou une chambre de commerce pourront-elles y fournir les services nécessaires, si les parties souhaitent en bénéficier ? Quels seront les coûts et dépenses pertinents, y compris les frais liés au logement, aux salles de réunion et aux services d'appui ? Les conseils des parties pourront-ils les représenter sans qu'il soit nécessaire de recourir à des conseils locaux ? Il faut en outre noter qu'il peut être avantageux que la procédure arbitrale se déroule dans un lieu proche de l'objet du litige.

39. [37] Toutefois, d'autres considérations conduisent parfois les parties à convenir d'un lieu extérieur aux Etats où elles ont leur établissement. Par exemple, elles peuvent choisir un Etat tiers lorsqu'aucune d'entre elles ne souhaite que l'arbitrage ait lieu dans le pays de l'autre partie; en effet, si la procédure doit se dérouler dans l'Etat d'une partie, l'autre pourra juger que cette dernière bénéficiera d'un environnement juridique et psychologique familier et aura pour diverses raisons plus de facilités pour faire valoir ses moyens.

6. Langue de la procédure

40. [38] Les parties voudront peut-être également spécifier la langue à utiliser dans la procédure arbitrale. Le choix de la langue peut influencer sur l'efficacité de la procédure et sur son coût. Dans toute la mesure du possible, il est souhaitable de ne spécifier qu'une langue, par exemple la langue dans laquelle les documents relatifs à l'opération sont rédigés. Lorsque plus d'une langue est retenue, les coûts de la traduction et de l'interprétation d'une langue dans l'autre sont en général considérés comme faisant partie du coût de l'arbitrage et sont répartis de la même manière que les autres coûts.

41. [39] Les parties voudront peut-être spécifier quelles pièces ou communications devront être soumises ou traduites dans la langue spécifiée. Elles peuvent, par exemple, stipuler que les pièces écrites, les témoignages oraux lors d'une audience et toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral seront dans la langue spécifiée. Le tribunal peut être laissé libre de décider dans quelle mesure les pièces constituant des éléments de preuve doivent être traduites. Cette liberté peut être appropriée, étant entendu que les pièces soumises par les parties peuvent être volumineuses et qu'elles se rattachent rarement dans leur intégralité au litige.

E. Procédure judiciaire

42. [40] Si les parties ne peuvent convenir de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, les litiges qui ne sont réglés ni par la négociation, ni par la conciliation devront l'être par voie judiciaire. Les tribunaux de deux pays ou plus peuvent parfois connaître d'un litige donné entre les parties, et la manière dont le litige sera tranché peut différer selon que tel ou tel tribunal en sera saisi. Par exemple, la validité et les conséquences du choix par les parties de la loi applicable au contrat dépendront des règles de droit international privé dans le pays du tribunal saisi du litige (voir chap. XIV, "Choix de la loi applicable", par. 12).

43. [41] Les incertitudes imputables au fait que plus d'un tribunal peut connaître du litige peuvent être atténuées si les parties incluent dans le contrat une clause de compétence exclusive par laquelle elles sont tenues de soumettre leurs litiges à un tribunal donné, en un lieu donné d'un pays donné. Toutefois, les parties devraient garder présent à l'esprit que, dans de nombreux systèmes juridiques, une clause conférant compétence exclusive à un tribunal n'est valide que si ledit tribunal serait habilité, en l'absence d'une clause de compétence exclusive, à connaître du type de litige qui lui est soumis en vertu de la clause. Par suite, avant de choisir un tribunal, les parties devraient s'assurer que ce tribunal est habilité à connaître des types de litiges qui lui seront soumis. Il est souhaitable que la clause spécifie un tribunal dans le pays choisi, au lieu de faire simplement référence à "un tribunal compétent" dudit pays, afin d'éviter toute incertitude quant au tribunal habilité à connaître du litige. La clause peut spécifier les types de litiges auxquels elle s'applique, de la même manière que l'accord compromissoire (voir plus haut, par. 19).

44. [42] Lorsqu'elles souhaitent soumettre leurs litiges aux tribunaux d'un Etat donné, les parties devraient étudier dans quelle mesure une décision judiciaire prise dans ledit Etat serait exécutoire dans le pays des parties, ou dans tout autre pays où l'exécution pourrait être demandée (voir plus haut, par. 36).

45. [43] Une clause de compétence exclusive peut certes réduire les incertitudes à propos de questions telles que la loi applicable et le caractère exécutoire d'une décision et faciliter le règlement multipartite des litiges (voir par. 50 à 53 ci-après), mais elle peut aussi présenter certains inconvénients. Si un tribunal d'un pays de l'une des parties s'est vu conférer compétence exclusive et que la clause de compétence exclusive n'est pas valide aux termes de la loi du pays du tribunal choisi, alors qu'elle est valide aux termes de la loi du pays de l'autre partie, il risque d'être difficile d'entamer une procédure judiciaire dans l'un ou l'autre de ces pays. Il se peut que les difficultés liées à la mise en route de la procédure judiciaire se trouvent amplifiées si les parties confèrent compétence exclusive au tribunal d'un pays tiers.

F. Règlement des litiges multipartites et des litiges portant sur plusieurs contrats

46. [44] Les opérations d'échanges compensés font souvent intervenir plusieurs contrats dans les deux directions, outre l'accord d'échanges compensés. Dans ces opérations à contrats multiples, les parties voudront

peut-être étudier s'il serait souhaitable de convenir d'une instance unique chargée du règlement de tous les litiges pouvant découler de l'opération, c'est-à-dire le même conciliateur, le même tribunal arbitral ou le même tribunal judiciaire. Si les litiges doivent être réglés par voie judiciaire, les parties voudront peut-être conférer compétence exclusive à un tribunal donné (voir plus haut, par. 43 à 45). Si les parties optent pour l'arbitrage ou la conciliation, elles voudront peut-être convenir que le tribunal arbitral ou le conciliateur nommé pour régler le premier litige sera également nommé pour régler tout litige qui pourrait découler ultérieurement de l'opération d'échanges compensés.

47. [45] Le choix d'une instance unique pour régler les litiges est recommandé lorsque les litiges en question posent des problèmes factuels ou juridiques similaires. Une telle solution est favorable à l'économie et à l'efficacité du règlement des litiges, facilite la fusion des procédures de règlement des litiges et réduit le risque de voir prendre des décisions contradictoires. Même si les litiges pouvant découler de l'opération d'échanges compensés ne soulèvent pas les mêmes problèmes factuels ou juridiques, le choix d'une instance unique peut être avantageux, car il permettra aux parties de réduire le coût des services juridiques requis et facilitera la gestion de l'opération.

48. [46] Dans certains cas, toutefois, les parties conviennent de soumettre leurs litiges découlant d'un contrat de fourniture donné à une instance donnée de règlement des litiges, mais décident de soumettre des litiges découlant d'autres contrats à une instance différente. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'il est habituel pour la partie ou pour sa branche d'activité, ou lorsque des règles impératives l'exigent, de soumettre un litige découlant d'un contrat de fourniture donné à une méthode ou une instance données pour son règlement et lorsque les parties ne souhaitent pas soumettre les litiges découlant d'autres contrats à cette même méthode ou à cette même instance.

49. [47] Il n'est pas rare que des litiges découlant de plus d'un contrat posent des questions factuelles ou juridiques similaires. C'est par exemple le cas lorsque l'objet d'un contrat de fourniture dans une direction est lié à celui d'un contrat de fourniture dans l'autre direction. Cela peut aussi être le cas dans une opération d'achat en retour dans laquelle, par exemple, un litige relatif à la qualité des marchandises contre-exportées, fabriquées au moyen d'équipements fournis dans le cadre du contrat d'exportation, est lié à un litige relatif à la qualité de ces équipements. De même, dans une opération de compensation industrielle directe, dans laquelle les marchandises fournies dans une direction sont incorporées dans les marchandises à fournir dans l'autre direction, un litige relatif à la qualité des marchandises ou au délai de livraison dans une direction peut être lié à un litige relatif à la qualité des marchandises ou au délai de livraison dans l'autre direction. Il peut également y avoir des litiges connexes dans le cas où l'accord d'échanges compensés établit un mécanisme de paiement lié, par lequel le produit de l'expédition de marchandises dans une direction doit être utilisé pour payer l'expédition de marchandises dans l'autre direction (voir chap. IX, "Paiement"). Par exemple, lorsque l'importateur, conformément à l'accord d'échanges compensés, retient le produit du contrat d'exportation, un litige quant à la responsabilité pour défaut de conclusion d'un contrat de contre-exportation peut entraîner un litige connexe concernant le transfert à l'exportateur du produit du contrat d'exportation. Lorsque l'accord

d'échanges compensés prévoit la compensation des créances relatives aux contrats de fourniture conclus dans les deux directions, un litige relatif à un déséquilibre de ces créances peut poser des problèmes factuels ou juridiques se rattachant aux contrats de fourniture conclus dans les deux directions. Des litiges connexes se rencontrent aussi lorsque l'accord d'échanges compensés dispose qu'un problème lié à la conclusion ou à l'exécution de contrats de fourniture dans une direction doit avoir des incidences sur les obligations des parties concernant la conclusion ou l'exécution de contrats de fourniture dans l'autre direction (voir chap. XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. [38] à [60]).

50. [48] Dans une opération d'échanges compensés, il peut naître des litiges mettant en jeu ou intéressant non seulement l'exportateur et l'importateur, mais également d'autres parties, notamment des tiers engagés en tant qu'acheteurs ou fournisseurs de marchandises (voir ci-dessus, par. 10). Par exemple, lorsqu'il y a un litige entre le contre-exportateur et la partie s'étant initialement engagée à acheter portant sur la question de savoir si des dommages-intérêts spécifiés sont payables pour défaut d'achat de marchandises, un tiers acheteur recruté par la partie s'étant initialement engagée à acheter ces marchandises sera intéressé au litige si une clause d'"indemnisation" a été conclue entre lui et ladite partie (voir chap. VIII, "Participation de tiers", par. [33]). De même, la partie s'étant initialement engagée à acheter sera intéressée au résultat d'un litige entre un acheteur tiers et le contre-exportateur si elle reste responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, bien qu'elle ait fait appel à un acheteur tiers. Il peut enfin se produire un litige multipartite lorsqu'à la fois la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter et l'acheteur tiers sont responsables envers le fournisseur de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés et que ce dernier décide d'intenter une action contre ces deux parties.

51. [49] Dans les cas mentionnés au paragraphe précédent, il peut être souhaitable que toutes les questions connexes soient réglées dans le cadre de la même procédure de règlement des litiges. Cette solution permettrait d'éviter que ne soient prises des décisions contradictoires, faciliterait la présentation de pièces et réduirait les coûts. Toutefois, une procédure de règlement des litiges multipartites tend à être plus complexe et plus difficile à gérer, et une partie éprouvera sans doute davantage de difficultés à préparer et à présenter ses arguments.

52. [49] De nombreux systèmes juridiques prévoient des mécanismes grâce auxquels les litiges mettant en jeu plusieurs parties peuvent être réglés dans le cadre d'une même procédure judiciaire multipartite. Afin que cette solution puisse être appliquée, il est souhaitable que des contrats connexes comportent une clause conférant compétence exclusive à un tribunal habilité à mener des procédures multipartites (voir plus haut, par. 43 à 45)*.

53. [Nouveau paragraphe] Des procédures arbitrales multipartites ne sont en général possibles que si toutes les parties concluent un accord compromissoire soumettant leur litige au même groupe d'arbitres. Les parties peuvent souhaiter conclure un tel accord compromissoire multipartite dès le début de l'opération, ou elles peuvent décider de le faire après que le litige est apparu, lorsque les questions en jeu appellent un tel arbitrage multipartite.

Dans certains Etats, après qu'un litige est apparu, les tribunaux peuvent aider les parties à mettre en oeuvre l'accord compromissaire multipartite en décidant de questions de procédure dont ne peuvent convenir les parties (par exemple, déterminer si une question est régie par la clause compromissaire multipartite, nommer un tribunal arbitral unique, déterminer le lieu de l'arbitrage). Dans certains Etats également, les tribunaux peuvent, dans certaines conditions, ordonner la jonction de plusieurs procédures arbitrales en une procédure arbitrale unique, même si toutes les parties en jeu n'ont pas convenu de soumettre le litige à un groupe unique d'arbitres. Toutefois, on peut douter qu'une sentence rendue après qu'un tribunal a prononcé la jonction des procédures pourra être imposée à une partie n'ayant pas consenti à une telle procédure.

Notes

1/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session (1980), Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément N° 17 (A/35/17), par. 106 [Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XI : 1980, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.8)]. Le Règlement de conciliation de la CNUDCI a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.6). Il comporte une clause de conciliation type libellée comme suit : "Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige par la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur". L'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980, a recommandé l'utilisation du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

2/ Organisation des Nations Unies, Recueil des traités, vol. 330, N° 4739 (1959).

3/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session (1985), Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément N° 17 (A/40/17), par. 332 et annexe I [Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XVI : 1985, troisième partie, I (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.4)]. Dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé "que tous les Etats prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international".

4/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa neuvième session (1976), Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément N° 17 (A/31/17), par. 57 [Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. VII : 1976, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.1)]. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a également été reproduit sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.6). L'Assemblée générale, dans sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976, a recommandé l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

5/ [Nouvelle note] La clause ci-après est recommandée dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI : "Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur."

Note : Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes :

- a) L'autorité de nomination sera ... (nom de la personne ou de l'institution);
- b) Le nombre d'arbitres est fixé à ... (un ou trois);
- c) Le lieu de l'arbitrage sera ... (ville ou pays);
- d) La langue (les langues) à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera (seront) ...".