NATIONS UNIES **A**

Assemblée générale

A/CN.9/WG.II/WP.108
Distr. LIMITÉE
14 janvier 2000
FRANÇAIS

Original: ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Groupe de travail sur l'arbitrage
Trente-deuxième session
Vienne, 20-31 mars 2000

RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX

Règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux: conciliation, mesures provisoires ou conservatoires, forme écrite de la convention d'arbitrage

Rapport du Secrétaire général

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	Page
INTRODUCTION		1-10	3
I.	CONCILIATION	11-62	5
	A. Remarques générales	11-15	5
	B. Examen par la Commission	16-17	5
	C. Questions sur lesquelles pourraient porter des dispositions uniformes	18-62	6
	1. Recevabilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures	18-28	6
	2. Rôle du conciliateur dans une procédure arbitrale ou judiciaire	29-33	8
	3. Caractère exécutoire des accords de transaction	34-42	9
	4. Autres points pouvant se prêter à une harmonisation	43-62	10

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	Page
II.	FORCE EXÉCUTOIRE DES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES	63-108	14
	A. Remarques générales	63-68	14
	B. Pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires	69-72	15
	C. Arguments en faveur de la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral	73-80	16
	D. Points examinés par la Commission	81-82	18
	E. Solutions législatives actuelles	83-91	18
	F. Possibilités d'harmonisation	92-101	20
	G. Portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par le tribunal arbitral et procédure d'octroi	102-108	22

[Le chapitre III, "Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage", sera publié sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1]

INTRODUCTION

1. Au cours de sa trente et unième session, la Commission a organisé, le 10 juin 1998, la Journée de la Convention de New York pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958). Outre des représentants des États membres de la Commission et des observateurs, quelque 300 invités ont participé à cette commémoration. L'allocution d'ouverture a été prononcée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. En sus des discours prononcés par d'anciens participants à la Conférence diplomatique ayant adopté la Convention, des exposés ont été présentés par d'éminents spécialistes des questions d'arbitrage sur des sujets tels que la promotion de la Convention, son adoption et son application. Des exposés ont également été faits sur des points que la Convention ne traite pas, tels que l'interaction entre cette dernière et d'autres textes juridiques internationaux sur l'arbitrage commercial international, et les problèmes rencontrés dans la pratique mais non traités dans les textes existants sur l'arbitrage, de caractère législatif ou autre.[1]

2. Dans les exposés présentés lors de cette Journée, diverses propositions ont été avancées visant à présenter à la Commission certains des problèmes recensés dans la pratique afin qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et possible qu'elle entreprenne des travaux.

3. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission, se reportant aux échanges de vues qui avaient eu lieu lors de la Journée de la Convention de New York, a estimé qu'il serait utile de débattre des travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session en 1999. Elle a prié le secrétariat d'établir une note qui servirait de base à ces débats.[2]

4. À sa trente-deuxième session, la Commission était saisie de la note demandée, intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (document A/CN.9/460). Cette note était fondée sur les idées, propositions et observations présentées à différentes occasions, telles que la Journée de la Convention de New York, le Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial (Paris, 3-6 mai 1998),[3] et d'autres conférences et réunions internationales, comme la Conférence "Freshfields" de 1998.[4] Elle examinait certains des problèmes et questions notés dans la pratique arbitrale afin que la Commission puisse plus facilement déterminer si elle souhaitait inscrire l'une quelconque de ces questions à son programme de travail.

5. La Commission a accueilli avec intérêt la note du secrétariat et s'est félicitée de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international. Il a été jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règlements et pratiques en matière d'arbitrage.

---

[1] *Exécution des sentences arbitrales dans le cadre de la Convention de New York: Expérience et perspectives* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.2).

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément No 17* (A/53/17), par. 235.

[3] *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No 9*, Kluwer Law International, 1999.

[4] Gerold Herrmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" *Arbitration International*, vol. 15 (1999), No 3, page 211.

6. Les sujets possibles examinés par la Commission étaient les suivants:

a) Conciliation (A/CN.9/460, par. 8 à 19; A/54/17, par. 340 à 343);.
b) Prescription de la forme écrite (A/CN.9/460, par. 20 à 31; A/54/17, par. 344 à 350);
c) Arbitrabilité (A/CN.9/460, par. 32 à 34; A/54/17, par. 351 à 353);
d) Immunité de l'État souverain (A/CN.9/460, par. 35 à 50; A/54/17, par. 354 et 355);
e) Jonction de plusieurs instances arbitrales (A/CN.9/460, par. 51 à 60; A/54/17, par. 356 et 357);
f) Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales (A/CN.9/460, par. 62 à 71; A/54/17, par. 358 et 359);
g) Demandes aux fins de compensation (A/CN.9/460, par. 72 à 79; A/54/17, par. 360 et 361);
h) Décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets (A/CN.9/460, par. 80 à 91; A/54/17, par. 362 et 363);
i) Responsabilité des arbitres (A/CN.9/460, par. 92 à 100; A/54/17, par. 364 à 366);
j) Pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts (A/CN.9/460, par. 101 à 106; A/54/17, par. 367 à 369);
k) Frais d'arbitrage (A/CN.9/460, par. 107 à 114; A/54/17, par. 370);
l) Force exécutoire des mesures provisoires et conservatoires (A/CN.9/460, par. 115 à 127; A/54/17, par. 371 à 373);
m) Possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (A/CN.9/460, par. 128 à 144; A/54/17, par. 374 à 376).

7. À divers stades des débats, il a été proposé d'ajouter aux sujets figurant dans le document A/CN.9/460 d'autres sujets que la Commission pourrait utilement examiner à un stade ultérieur approprié (A/54/17, par.339).

8. La Commission a mené ses débats sans avoir d'idée arrêtée sur la forme définitive que pourraient prendre ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions sur ce point devraient être prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées se préciserait. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d'un texte législatif (par exemple des dispositions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple une règle contractuelle type ou un guide de pratique). On a souligné que, même si l'on envisageait un traité international, l'intention n'était pas de modifier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Il a été estimé que, même si, finalement, aucun nouveau texte uniforme n'était établi, un débat approfondi auquel prendraient part des représentants de tous les grands systèmes juridiques, sociaux et économiques représentés à la Commission – qui pourraient éventuellement faire des suggestions visant à promouvoir une interprétation uniforme – constituerait une contribution utile pour la pratique de l'arbitrage commercial international. Il est rendu compte des débats de la Commission sur ces questions dans le document A/54/17 (par. 337 à 376 et 380).

9. Au terme du débat sur les travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage commercial international, il a été convenu que le Groupe de travail devrait examiner en priorité la conciliation (A/54/17, par. 340 à 343), la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage (A/54/17, par. 344 à 350), la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires (A/54/17, par . 371 à 373) et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (A/54/17, par 374 et 375). Le secrétariat devrait établir, pour la première session du Groupe de travail, les documents nécessaires pour étudier au moins deux, éventuellement trois, de ces quatre sujets. Quant aux autres questions abordées dans le document A/CN.9/460, ainsi que celles proposées lors de la trente-deuxième session de la Commission (A/54/17, par. 339) qui n'ont pas été jugées prioritaires, le Groupe de travail devrait décider du moment et de la manière de les traiter.

10. La Commission a confié la tâche à un groupe de travail devant prendre le nom de "Groupe de travail sur l'arbitrage", a autorisé celui-ci à se réunir du 20 au 31 mars 2000 et a prié le secrétariat d'établir les documents nécessaires pour cette réunion. Le présent document a été rédigé conformément à cette demande.

I. CONCILIATION

A. Remarques générales

11. Le terme “conciliation” est employé dans le présent document au sens large de procédure par laquelle une personne ou un groupe de personnes aide, de manière indépendante et impartiale, des parties en litige à régler ce dernier à l’amiable. La conciliation diffère des négociations entre les parties (engagées normalement après l’apparition du litige) en ce qu’elle suppose l’aide indépendante et impartiale d’un tiers pour régler le litige, ce qui n’est pas le cas dans les négociations. La différence entre la conciliation et l’arbitrage réside dans le fait que la conciliation soit aboutit à un règlement du litige, soit n’aboutit pas, alors que dans l’arbitrage, le tribunal arbitral prend, faute de règlement, une décision qui s’impose aux parties, sauf si ces dernières ont réglé leur litige avant que la sentence soit prononcée.

12. La procédure de conciliation telle que définie ci-dessus est envisagée et traitée dans un certain nombre de règlements d’institutions arbitrales et d’institutions se spécialisant dans l’administration de diverses formes de règlement extrajudiciaire des litiges, ainsi que dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI que la Commission a adopté en 1980. Ce règlement est largement utilisé et a servi de modèle pour celui de nombreuses institutions.

13. Les conciliations dans lesquelles les parties en litige acceptent de recevoir une aide pour parvenir à un règlement peuvent différer légèrement dans la forme selon la méthode jugée la plus à même de favoriser un tel règlement. Toutefois, les procédures examinées dans le présent document se caractérisent par la fourniture d’une assistance indépendante et impartiale en vue du règlement amiable d’un litige et par le fait qu’en l’absence d’un tel règlement, il n’y a pas de décision s’imposant aux parties.

14. Dans la pratique, ce type de conciliation peut être désigné par d’autres expressions telles que “médiation” ou par des termes ayant un sens analogue. On trouve également la notion de “règlement extrajudiciaire des litiges” qui désigne collectivement les diverses techniques et adaptations des procédures de règlement des litiges par des méthodes conciliatoires plutôt que par une méthode contraignante telle que l’arbitrage. Le terme “conciliation” est employé ici comme synonyme de toutes ces procédures. Dans la mesure où ces méthodes de “règlement extrajudiciaire des litiges” présentent les caractéristiques susmentionnées, elles sont aussi visées par la présente note.

15. La conciliation est une pratique qui se répand dans le monde entier, y compris dans des régions où elle n’était pas courante il y a 10 ou 20 ans. Cette tendance se manifeste par exemple dans la création d’un certain nombre d’organismes publics et privés offrant aux parties intéressées des services visant à favoriser un règlement amiable des litiges. Étant donné par ailleurs le désir croissant, dans diverses régions du monde, de promouvoir la conciliation comme méthode de règlement des litiges, on débat aujourd’hui de la nécessité de solutions juridiques internationalement harmonisées visant à faciliter la conciliation.

B. Examen par la Commission

16. Lorsque la Commission a débattu des travaux qu’elle pourrait entreprendre dans le domaine de la conciliation (A/54/17, par. 340), ses membres se sont accordés à penser que trois sujets étaient particulièrement importants, à savoir l’admissibilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures; le rôle du conciliateur dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures et la procédure d’exécution des accords de transaction. Il a été largement estimé qu’il serait également bon d’examiner, en plus de ces trois sujets, l’interruption possible du délai de prescription du fait de l’ouverture d’une procédure de conciliation.

17. Selon l'avis qui a largement prévalu dans la Commission, il vaudrait la peine d'examiner la possibilité d'établir des règles législatives uniformes visant à promouvoir un recours accru à la conciliation (A/54/17, par. 342). Il a été noté que, si certaines questions (telles que la recevabilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures ou le rôle du conciliateur dans les procédures ultérieures) pouvaient généralement être résolues par référence à un ensemble de règles tel que le Règlement de conciliation de la CNUDCI, il arrivait très souvent que les parties ne conviennent pas de l'application de telles règles. La conciliation pourrait ainsi tirer avantage de l'élaboration de dispositions législatives facultatives qui seraient applicables lorsque les parties souhaitaient concilier mais n'avaient pas convenu d'un ensemble de règles de conciliation. En outre, dans les pays où les effets des conventions concernant la recevabilité de certains moyens de preuve étaient incertains, une législation uniforme pourrait clarifier utilement les choses. Par ailleurs, on a fait observer, s'agissant de questions telles que la facilitation de l'exécution des accords de transaction résultant d'une conciliation et l'effet de la conciliation sur l'interruption du délai de prescription, qu'il ne serait possible de parvenir à la prévisibilité et à la certitude nécessaires pour favoriser la conciliation que par l'adoption d'un texte législatif.

C. Questions sur lesquelles pourraient porter des dispositions uniformes

1. Recevabilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures

18. Dans une procédure de conciliation, les parties formulent normalement des suggestions et expriment leurs vues concernant des propositions pour un règlement éventuel, admettent des faits et indiquent leur volonté de régler le litige. Si, malgré ces efforts, la conciliation n'aboutit pas à un règlement et si les parties entament une procédure judiciaire ou arbitrale, ces vues, suggestions, admissions de faits ou indications de la volonté de parvenir à un règlement peuvent être retournées contre la partie dont elles émanent. Une telle éventualité peut dissuader les parties de s'attacher à régler leur litige pendant la procédure de conciliation, ce qui peut en réduire considérablement l'utilité.

19. Pour trouver une solution à ce problème, le Règlement de conciliation de la CNUDCI contient dans son article 20 la règle suivante:

> "Les parties s'engagent à ne pas invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation:
>
> (a) Les vues exprimées ou les suggestions faites par l'autre partie à l'égard d'une solution éventuelle du litige;
>
> (b) Les faits admis par l'autre partie au cours de la procédure de conciliation;
>
> (c) Les propositions présentées par le conciliateur;
>
> (d) Le fait que l'autre partie a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur."

20. Si les parties ne choisissent aucun règlement de conciliation ou recourent à un règlement qui ne contient pas de dispositions analogues à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, elles peuvent, dans de nombreux systèmes juridiques, se trouver confrontées au problème susmentionné. Même si elles sont convenues d'une règle telle que celle qui figure dans l'article 20, il n'est pas certain que le tribunal donne pleinement effet à la convention concernant les éléments de preuve. Pour aider les parties qui se trouvent dans de telles situations, certains pays ont adopté des lois visant à empêcher la présentation de certains éléments de preuve relatifs à une procédure de conciliation antérieure dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Certaines de ces lois s'inspirent de l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

21. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il serait utile d'établir une disposition uniforme sur cette question et quelle approche adopter pour sa rédaction.

22. Il serait possible, par exemple, de prévoir que la loi reconnaît expressément une convention entre les parties telle que celle qui figure à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Une telle solution viserait à éliminer toute incertitude sur la question de savoir si les parties peuvent convenir de ne pas utiliser comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire des faits survenus pendant la conciliation. Elles permettraient aussi de laisser les parties libres de déterminer dans quelle mesure ces faits peuvent être utilisés comme éléments de preuve en dehors de la conciliation. Toutefois, une des conséquences serait que, si les parties participent à une procédure de conciliation sans avoir convenu d'une règle de preuve telle que l'article 20 du Règlement de la CNUDCI, il sera impossible d'empêcher la prise en considération de vues exprimées, des suggestions faites et des faits admis pendant la procédure de conciliation dans une procédure contradictoire subséquente.

23. On peut adopter une approche différente si l'on estime que certains éléments de la procédure de conciliation ne doivent pas être invoqués comme moyens de preuves dans une procédure judiciaire ou arbitrale, même si les parties n'ont pas convenu d'une règle telle que l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Deux solutions sont alors envisageables: a) la loi peut prévoir que des faits tels que ceux mentionnés à l'article 20 du Règlement de la CNUDCI ne sont pas des éléments de preuve recevables et la juridiction étatique ou le tribunal arbitral ne doit donc pas en ordonner la révélation; b) on peut disposer qu'une convention de conciliation prévoit implicitement que les parties s'engagent à ne pas invoquer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire des faits tels que ceux mentionnés à l'article 20 du Règlement de la CNUDCI.

24. Dans l'État adoptant, la différence entre la règle de la preuve pure et simple (solution a)) et la "convention implicite" (solution b)) peut être négligeable dans la pratique. Mais cette différence peut avoir de l'importance dans un État étranger où aura lieu la procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Une disposition telle que celle qui est prévue dans la solution a), adoptée dans un État A, peut ne pas être prise en considération dans un État B, alors que si une convention de conciliation suppose un engagement des parties concernant la règle de la preuve, un tel engagement peut être reconnu dans l'État B.

25. Quelle que soit l'approche choisie, le Groupe de travail pourrait aussi souhaiter déterminer s'il serait utile de préciser que la recevabilité des éléments de preuve ne devrait faire l'objet d'aucune restriction si toutes les parties participant à la conciliation consentent ultérieurement à la révélation de ces éléments.

26. Le Groupe de travail pourrait aussi envisager de déterminer s'il conviendrait de prévoir qu'en cas où de présentation d'éléments de preuve en violation d'une disposition légale, le tribunal arbitral ou la juridiction étatique doit prendre toute mesure qu'il juge appropriée pour traiter cette question. Il pourra par exemple restreindre la soumission d'éléments de preuve ou rejeter l'affaire pour raisons de forme sans préjudice du fond.

27. Certaines lois contiennent, outre une disposition inspirée de l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, une disposition portant sur les documents établis en vue, au cours ou à la suite de la conciliation, en vertu de laquelle de tels documents ne sont pas recevables comme preuves et leur divulgation ne doit pas être imposée dans une procédure arbitrale ou une action civile. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les conséquences pratiques qu'aurait une telle disposition étant donné qu'une règle empêchant d'invoquer les faits mentionnés à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI aurait à peu près le même effet qu'une règle interdisant l'utilisation comme éléments de preuve des documents établis en vue, au cours ou à la suite de la conciliation.

28. Dans certains systèmes juridiques, une partie peut ne pas être tenue de produire dans une procédure judiciaire un document dont la confidentialité est protégée, tel qu'une communication écrite entre un avocat et son client. Cette confidentialité peut toutefois être considérée comme levée lorsqu'une partie invoque le document dans une procédure. Étant donné que des documents confidentiels peuvent être présentés dans une procédure de conciliation pour faciliter le règlement, et afin de ne pas décourager cette pratique, le Groupe de travail pourrait souhaiter déterminer s'il serait utile d'établir une disposition uniforme prévoyant que l'utilisation d'un document confidentiel dans une procédure de conciliation n'implique pas la renonciation à la confidentialité.

2. Rôle du conciliateur dans une procédure arbitrale ou judiciaire

29. Une partie peut être réticente à s'efforcer de régler un litige par conciliation si elle sait qu'en cas d'échec, le conciliateur peut être nommé représentant (ou conseil) de la partie adverse ou arbitre dans une procédure arbitrale ou judiciaire subséquente. Elle peut aussi avoir des réticences si le conciliateur peut être cité comme témoin dans une telle procédure subséquente. La connaissance qu'a ce dernier d'un certain nombre de faits survenant pendant la conciliation (par exemple des propositions de règlement et des admissions de faits) peut se révéler préjudiciable pour l'une des parties s'il exploite ou révèle cette connaissance dans une procédure subséquente. C'est la raison de l'inclusion dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI de l'article 19, rédigé comme suit:

> "Les parties et le conciliateur s'engagent à ce que le conciliateur ne remplisse pas les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation. Les parties s'engagent également à ne pas citer le conciliateur comme témoin dans une telle procédure."

30. Dans certains cas cependant, les parties peuvent considérer comme un avantage le fait que l'arbitre ait une connaissance préalable de l'affaire, en particulier si elles pensent qu'il pourra ainsi mener l'instance avec plus d'efficacité. Elles peuvent alors effectivement préférer que ce soit le conciliateur et nulle autre personne qui soit nommé arbitre dans la procédure arbitrale subséquente. La règle énoncée à l'article 19 du Règlement de conciliation de la CNUCID n'empêche pas une telle nomination à condition que les parties dérogent à la règle par convention. Une nomination conjointe du conciliateur comme arbitre tiendrait lieu de convention.

31. Des considérations telles que celles qui sont succinctement exposées dans le paragraphe précédent ont conduit certains pays à adopter des dispositions législatives inspirées de l'article 19, en précisant que cette disposition était facultative.

32. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il serait utile d'élaborer une disposition législative uniforme sur cette question. Dans l'affirmative, cette disposition devra-t-elle énoncer que les parties et le conciliateur sont présumés s'être engagés à ce que le conciliateur ne participe à aucune procédure arbitrale ou judiciaire (en qualité d'arbitre, de représentant, de conseil ou de témoin), ou devra-t-elle interdire expressément au conciliateur de participer à une telle procédure ultérieure? Dans un cas comme dans l'autre, le Groupe de travail voudra peut-être prévoir que la convention des parties peut prévaloir sur l'engagement présumé ou l'interdiction. Quant à la restriction concernant la recevabilité du témoignage du conciliateur dans une procédure judiciaire ou arbitrale, le Groupe de travail souhaitera peut-être débattre de la question de savoir si cette restriction doit être assortie d'une réserve. Par exemple, on peut considérer que le conciliateur peut être appelé à témoigner sur des faits mentionnés à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI afin de prouver d'autres faits (par exemple la fraude).

33. Une autre question à examiner pourrait être la limitation éventuelle de la disposition à la participation de l'arbitre dans une procédure "relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation". En d'autres

termes, dans le cas de contrats qui sont légalement distincts mais qui sont dans les faits et commercialement étroitement liés, il peut être fait interdiction au conciliateur de participer à une procédure arbitrale ou judiciaire concernant un contrat, mais non concernant d'autres contrats connexes pour lesquels peuvent s'appliquer des restrictions identiques ou analogues. Le fait d'étendre une telle restriction à un groupe de contrats soulève un certain nombre de problèmes tels que la manière de définir le lien entre les contrats et la question de savoir si les avantages d'une telle disposition justifieraient les restrictions potentiellement considérables qui en découleraient.

3. Caractère exécutoire des accords de transaction

34. De l'avis de nombreux praticiens, la conciliation présenterait beaucoup plus d'intérêt si la transaction à laquelle elle peut aboutir avait la même force exécutoire qu'une sentence arbitrale. En soumettant les accords de transaction aux règles d'exécution qui régissent les sentences arbitrales, on simplifierait et on accélérerait leur exécution. Normalement l'exequatur serait alors donné par une juridiction étatique sans qu'il soit nécessaire de procéder à un nouvel examen au fond (sauf éventuellement pour ce qui est de l'ordre public).

35. On peut se demander, lorsque l'on considère les avantages que présente le fait de donner force exécutoire à un accord de transaction, si une telle mesure vaut la peine étant donné que tout accord, qu'il soit ou non conclu pendant une procédure de conciliation, est exécutoire en tant que contrat. Il est vrai qu'il est généralement assez facile d'obtenir un jugement d'une juridiction étatique ou une sentence arbitrale sur la base d'un accord amiable (cela est en tout état de cause plus facile que lorsque les parties en litige n'ont pas conclu un tel accord). Toutefois, la perspective de devoir dépenser du temps et de l'argent dans une procédure judiciaire ou arbitrale pour faire exécuter un accord de transaction réduit l'intérêt de la conciliation. Partant, des propositions ont été faites et des lois adoptées dans certains États pour chercher à faciliter l'exécution des accords de transaction conclus pendant une conciliation.

36. Pour obtenir un titre exécutoire en évitant l'ouverture d'une procédure contradictoire, les parties ayant conclu un accord de transaction pourraient par exemple nommer le conciliateur comme arbitre et limiter la procédure d'arbitrage à l'enregistrement dudit accord sous la forme d'une sentence arbitrale rendue d'accord partie (comme prévu par exemple à l'article 34-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Cette méthode peut néanmoins poser un problème dans un certain nombre de systèmes juridiques où, lorsque les parties sont parvenues à une transaction entraînant donc la disparition du litige, il n'est pas possible d'entamer une procédure d'arbitrage. Pour résoudre ce problème, le législateur pourrait autoriser expressément les parties à la transaction, malgré la disparition du litige, à ouvrir une procédure d'arbitrage afin de demander à l'arbitre (qui peut être l'ancien conciliateur) d'enregistrer la transaction sous forme de sentence arbitrale rendue d'accord partie.

37. Pour offrir une solution simple et éviter l'ouverture d'une procédure arbitrale qui transformerait un accord de transaction en sentence rendue d'accord partie, certaines lois disposent que l'accord de transaction conclu dans une procédure de conciliation a la même force exécutoire qu'une sentence arbitrale. Ainsi, selon la loi d'un État, l'accord de transaction doit être considéré, aux fins de son exécution dans cet État, comme une sentence arbitrale rendue sur la base d'une convention d'arbitrage et peut être exécuté en tant que tel; selon la loi d'un autre État, l'accord de transaction écrit doit avoir la même valeur et produire le même effet qu'une sentence arbitrale rendue d'accord partie par un tribunal arbitral sur le fond du litige.

38. La question qui se pose lorsque l'on envisage une disposition législative qui soumet les accords de transaction aux règles d'exécution applicables aux sentences arbitrales est la manière d'établir une distinction entre les transactions devant avoir cette valeur spéciale et celles (qui peuvent ou non avoir été conclues avec l'aide d'un tiers) auxquelles elle ne devrait pas être accordée.

39. Les lois qui contiennent une disposition soumettant les accords de transaction aux règles d'exécution applicables aux sentences arbitrales ne prévoient pas de définition distincte ou expresse de ces accords. On peut toutefois déduire une réponse de ce qui suit: la loi prévoit des procédures pour la conciliation et énonce que le conciliateur doit être une personne indépendante et impartiale; partant seuls les accords conclus en application des procédures énoncées dans la loi ont la même force exécutoire qu'une sentence arbitrale. La loi d'un pays ajoute une autre condition, à savoir que le conciliateur doit "authentifier l'accord de transaction et en fournir une copie à chacune des parties". D'autres lois prévoient que si "le résultat de la conciliation est consigné par écrit et signé par le ou les conciliateurs ainsi que par les parties ou leurs représentants, l'accord écrit est considéré comme une sentence arbitrale". Selon une autre loi encore "si les parties à une convention d'arbitrage" parviennent à régler leur litige par la conciliation ou d'une autre manière et consignent leur accord dans un écrit contenant les conditions de la transaction, cet accord de transaction doit être considéré comme une sentence. On peut en déduire que seuls les accords de transaction entre des parties ayant conclu une convention d'arbitrage ont valeur de titre exécutoire à condition que le litige soit visé par cette convention. Enfin, on trouve des dispositions sur la force exécutoire des accords de transaction conclus pendant une conciliation dans la législation sur l'arbitrage commercial, ce qui implique que seuls les accords de transaction concernant des affaires commerciales ont force exécutoire au même titre que les sentences.

40. D'autres éléments pourraient être considérés comme distinctifs des accords de transaction devant avoir la même force exécutoire que les sentences arbitrales, notamment le fait que l'accord de transaction signé par les parties et le conciliateur doive contenir une "clause d'exécution". Une telle exigence aurait pour avantage d'attirer l'attention des parties sur le fait que, en signant l'accord, elles optent pour une procédure d'exécution différente des procédures normalement applicables à l'exécution des contrats.

41. Comme il a été noté plus haut les termes "procédure de conciliation" visent différents types de procédure, y compris celles que l'on désigne par le mot "médiation". Il semble donc que, quelle que soit la définition donnée aux termes "accords de transaction exécutoire", il est souhaitable de s'assurer que cette définition est suffisamment large pour viser toute procédure, qu'elle soit ou non appelée "conciliation", ayant les caractéristiques requises. Pour l'établissement d'une telle définition, on pourrait s'inspirer de l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI (reproduit ci-après au paragraphe 61). En outre, le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que, selon les décisions qui seront prises sur d'autres points relatifs à la conciliation, exposés ci-après, la manière de définir la conciliation pourrait être importante pour les questions d'application.

42. Une autre question, d'importance pratique, que le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner, est celle de savoir si les accords de transaction déclarés par la loi exécutoires dans un pays devraient l'être également dans d'autres. Si l'on envisage de tels effets internationaux, un traité pourrait sembler l'instrument classique permettant d'atteindre cet objectif. Il a pour avantage d'offrir la certitude mais aussi pour inconvénient d'être difficile à faire adopter par un nombre suffisant de pays dans des délais prévisibles. En conséquence, le Groupe de travail voudra peut-être envisager, pour assurer une harmonisation, d'élaborer des dispositions législatives types en s'inspirant des articles 35 et 36 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international régissant l'exécution des sentences arbitrales nationales et étrangères.

4. Autres questions pouvant se prêter à une harmonisation

43. Outre d'éventuelles dispositions uniformes sur les sujets mentionnés ci-dessus, le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner la question de savoir si, pour encourager et faciliter le règlement des litiges par la conciliation, il serait utile d'établir des dispositions types harmonisées sur d'autres questions présentées ci-après.

a) Recevabilité et opportunité de la conciliation par des arbitres

44. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne traite pas le point de savoir si, et dans quelle mesure, un arbitre est autorisé à évoquer, au cours d'une procédure arbitrale, la possibilité d'un règlement par accord des parties.

45. On trouve, dans l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, l'observation suivante:

> "Les attitudes divergent sur le point de savoir s'il est approprié pour le tribunal arbitral d'évoquer la possibilité d'un règlement par accord des parties. De ce fait, le tribunal arbitral devra faire preuve d'une grande prudence s'il souhaite suggérer des négociations en vue d'un tel règlement. Toutefois, il peut être bon que le tribunal arbitral planifie la procédure de manière à faciliter la poursuite ou l'ouverture de négociations en vue d'un règlement par accord des parties." (par. 47).

46. Certains États souhaitant préciser que, sous réserve de l'accord des parties, il n'y a pas violation des règles de la procédure arbitrale lorsque les arbitres facilitent un règlement, ont adopté des dispositions prévoyant que l'incitation par un tribunal arbitral à un règlement du litige n'est pas incompatible avec une convention d'arbitrage et que le tribunal arbitral peut, avec l'accord des parties, recourir à la médiation, à la conciliation ou à une autre procédure pour encourager le règlement du litige.

47. D'autres pays, allant plus loin, ont inclus dans leur législation des dispositions encourageant le tribunal arbitral à concilier entre les parties, sans lier expressément un tel encouragement à l'accord de ces dernières.

48. Étant donné la diversité des pratiques et des points de vue concernant cette question, il pourrait être difficile d'élaborer une règle uniforme bénéficiant du même soutien dans les différents pays. Si, toutefois, le Groupe de travail estime qu'il faudrait établir une ou plusieurs dispositions législatives types, il pourrait être utile de considérer trois approches possibles. Selon la première, la disposition se limiterait à reconnaître que le tribunal arbitral peut mener et programmer la procédure de manière à faciliter des négociations sans toutefois les proposer lui-même ou y participer. La deuxième approche pourrait consister à reconnaître que le tribunal arbitral est libre de recommander aux parties de tenter de régler leur litige, sans toutefois pouvoir participer aux négociations. Enfin la disposition pourrait énoncer que le tribunal arbitral peut, sans que cela soit incompatible avec son rôle, proposer aux parties de régler leur litige et participer si les parties y consentent aux efforts faits pour parvenir à un accord amiable.

b) Effet d'une convention de conciliation sur la procédure judiciaire ou arbitrale

49. L'article 16 du Règlement de conciliation de la CNUDCI énonce ce qui suit:

> "Les parties s'engagent à n'entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige soumis à la procédure de conciliation, 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."

50. Certains pays ont adopté des dispositions législatives fondées sur l'article 16, mais en remplaçant le début, formulé sous forme d'engagement, par les termes "les parties n'entament, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire". D'autres lois, toutefois, prévoient que les parties, en convenant de concilier sont présumées convenir également de suspendre toute procédure arbitrale ou judiciaire à compter du commencement de la conciliation et jusqu'à son achèvement. Il semble que dans ces lois, la "suspension" également l'interdiction d'entamer une procédure. Si le Groupe de travail estime qu'il serait

souhaitable d'élaborer une disposition uniforme restreignant le droit des parties d'engager une procédure arbitrale ou judiciaire, il pourrait être nécessaire de déterminer le moment où la procédure de conciliation est censée commencer (on pourrait, pour ce faire, s'inspirer de l'article 2 du Règlement de conciliation de la CNUDCI).

51. Si le règlement de conciliation que les parties ont choisi autorise expressément une partie à mettre fin à la conciliation à tout moment (soit de manière informelle, soit par une déclaration écrite), ou part du principe qu'elle a ce droit, une disposition législative interdisant l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire n'aura que peu d'effet dans la mesure où une partie aura la possibilité de passer outre cette interdiction en mettant fin à la procédure de conciliation. Si, en revanche, la participation à une procédure de conciliation est considérée comme une obligation (ce que prévoit la loi de certains États avec des délais à respecter) ou lorsque le droit de mettre fin à une procédure de conciliation est soumis à des restrictions (par exemple, avant la présentation d'une première proposition de règlement), une disposition législative inspirée de l'article 16 du Règlement de conciliation de la CNUDCI pourrait constituer un véritable obstacle à l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire.

52. Les positions prises dans les législations nationales varient quant à la nature contraignante d'une convention de conciliation ou quant à l'obligation légale de recourir à la conciliation avant d'engager une procédure contradictoire. Dans certains pays, les parties en litige sont tenues de participer à une procédure de conciliation afin d'encourager cette pratique et de réduire le nombre de procédures judiciaires contradictoires ou de procédures arbitrales. En conséquence, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner en même temps l'élaboration éventuelle d'une disposition législative type restreignant l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire, l'opportunité de considérer comme obligatoire une convention de conciliation (au sens que le droit d'une partie de refuser de concilier ou de mettre fin à une conciliation serait soumis à des délais ou à des conditions), et l'opportunité de donner aux législateurs des orientations harmonisées sur ce point. La position qu'avait adoptée la CNUDCI sur cette dernière question dans le Règlement de conciliation avait été qu'une partie peut à tout moment mettre fin à la procédure de conciliation par une déclaration écrite à l'autre partie et au conciliateur, essentiellement parce que, malgré le principe général selon lequel il faut encourager la conciliation, une procédure de conciliation dans laquelle une des parties au moins répugne à régler le litige par accord a très peu de chance d'aboutir et que le temps et l'argent dépensés dans ces affaires risquent fort d'être perdus.

c) Effet de la conciliation sur le délai de prescription

53. L'article 16 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, cité au paragraphe 49 du présent document, est fondé sur le principe que la procédure de conciliation n'interrompt pas le cours d'un délai de prescription. L'objectif est de permettre le déroulement de la conciliation tout en préservant les droits du créancier en l'autorisant à entamer une procédure arbitrale ou judiciaire. Sans l'article 16, un créancier pourrait se trouver dans une situation où il jugerait de son intérêt de mettre fin à la conciliation et d'entamer une procédure judiciaire ou arbitrale non pas parce que la conciliation n'a aucune chance d'aboutir mais parce qu'il ne veut pas qu'un échec éventuel rende sa créance inexécutable du fait de l'expiration du délai de prescription. Dans certains systèmes juridiques, le créancier et le débiteur peuvent résoudre ce dilemme en convenant de prolonger le délai de prescription; une telle convention permet au créancier de continuer à participer à la conciliation sans risquer de perdre ses droits du fait de l'expiration d'un délai de prescription. Toutefois, tous les systèmes juridiques n'autorisent pas ce type d'arrangement.

54. On a dit que le fait d'autoriser l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire, même dans l'unique but de préserver des droits, entraînait des frais et pouvait être préjudiciable au climat de conciliation entre les parties. Il serait donc préférable, argue-t-on, que l'ouverture d'une procédure de conciliation interrompe elle-même, par l'effet du droit, le délai de prescription. Certains pays ont adopté une législation à cet effet.

55. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il serait utile d'élaborer une disposition uniforme relative à l'effet de la conciliation sur le délai de prescription. Si une telle disposition est jugée souhaitable, il faudrait garder à l'esprit qu'elle devrait englober tous les délais dont l'expiration peut porter atteinte à des droits, dont le délai de prescription fait partie.

d) Communication entre le conciliateur et les parties; révélation d'informations

56. Dans une procédure d'arbitrage, l'arbitre doit traiter les parties sur un pied d'égalité et chacune d'entre elles doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits. Ce principe (consacré à l'article 18 de la Loi type de la CNUDCI) empêche l'arbitre de communiquer avec une partie ou de la rencontrer en excluant l'autre partie. Toutefois, dans une procédure de conciliation (où le litige peut être résolu uniquement par accord des parties, et non pas par une décision contraignante) une règle aussi stricte n'est pas jugée nécessaire et il est largement admis que le conciliateur peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles, ensemble ou séparément. La possibilité d'une communication séparée entre le conciliateur et une partie est prévue à l'article 9-1 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, aux termes duquel:

> "Le conciliateur peut inviter les parties à le rencontrer ou peut communiquer avec elles, oralement ou par écrit. Il peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément."

57. Certains États ont incorporé ce principe dans leur législation sur la conciliation en prévoyant qu'un conciliateur est autorisé à communiquer avec les parties ensemble ou séparément.

58. Le principe de l'égalité des parties se retrouve aussi dans le principe, généralement reconnu comme une partie indispensable d'une procédure arbitrale (et figurant à l'article 24 de la Loi type de la CNUDCI), selon lequel toutes informations de fait concernant le litige que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie, de manière à donner à ce que chacune d'elles ait toute possibilité de faire valoir ses droits. Là encore, on considère que dans une procédure de conciliation il est permis de faire preuve d'un peu plus de souplesse. Ainsi l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI prévoit ce qui suit:

> "Lorsque le conciliateur reçoit d'une partie des informations de fait concernant le litige, il en révèle le contenu à l'autre partie afin que celle-ci soit en mesure de lui présenter toute explication qu'elle juge utile. Toutefois, lorsqu'une partie fournit une information au conciliateur sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, le conciliateur ne doit pas la dévoiler à l'autre partie."

59. Certains États ont incorporé le principe énoncé à l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI dans leur propre législation sur la conciliation. Cette disposition soulève cependant un problème lorsque le conciliateur qui a obtenu des informations sous réserve expresse qu'elles demeurent confidentielles devient ultérieurement arbitre pour le même litige (parce que la conciliation a été un échec et que le conciliateur est valablement désigné comme arbitre). Dans un tel cas, on peut juger approprié ou même impératif que l'information soit communiquée à toutes les parties conformément aux principes généraux applicables à la procédure d'arbitrage. Certaines lois qui autorisent le conciliateur à recevoir des informations sous réserve de confidentialité prévoient que, lorsque la procédure de conciliation n'aboutit pas à un règlement, l'arbitre qui a reçu ces informations doit en dévoiler autant qu'il juge essentiel pour la procédure arbitrale.

60. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il serait utile d'élaborer a) une disposition type permettant au conciliateur de communiquer avec les parties ou de les rencontrer ensemble ou séparément et b) une disposition type interdisant au conciliateur de dévoiler à toutes les parties les informations reçues d'une partie sous réserve expresse de confidentialité. De telles dispositions pourraient présenter l'avantage d'éliminer toute incertitude quant à l'opportunité de procédés tels que ceux qui figurent aux articles 9 et 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI et, dans la mesure où la conciliation a certains effets (par exemple force

exécutoire d'un accord de transaction ou interruption du délai de prescription), de ne pas remettre en question ces effets en cas de recours à de tels procédés.

e) Rôle du conciliateur

61. Les règlements de conciliation contiennent souvent des principes qui devraient aider le conciliateur à diligenter la procédure. Par exemple, l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI énonce ce qui suit:

> "1. Le conciliateur aide les parties, d'une manière indépendante et impartiale, dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable du litige.
>
> 2. Le conciliateur est guidé par les principes d'objectivité, d'équité et de justice, et tient compte, entre autres, des droits et des obligations des parties, des usages dans la branche de commerce considérée et des circonstances du litige, y compris les habitudes commerciales qui se sont établies entre les parties.
>
> 3. Le conciliateur peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des désirs que les parties peuvent avoir exprimés, y compris toute demande d'une partie tendant à ce que le conciliateur procède à des auditions, et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.
>
> 4. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige. Ces propositions ne doivent pas nécessairement être formulées par écrit ni être accompagnées d'un exposé des motifs."

62. Certains pays ont incorporé dans leur législation sur la conciliation certains de ces principes directeurs. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il serait utile d'élaborer une disposition type énonçant ces principes. Elle pourrait être utile dans la mesure où elle contribuerait à harmoniser les normes en matière de conciliation et faciliterait et encouragerait ainsi son utilisation dans le commerce international.

II. FORCE EXÉCUTOIRE DES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

A. Remarques générales

63. Les tribunaux arbitraux ordonnent souvent, en réponse à une demande d'une partie, des mesures provisoires ou conservatoires avant de rendre une sentence dans un litige. De telles mesures, qui visent l'une des parties ou les deux, sont désignées par des termes tels que "mesures provisoires de protection", "décisions provisoires", "sentences provisoires", "mesures conservatoires" ou "mesures avant dire droit". Leurs objectifs, qui sont variés peuvent être notamment les suivants:

a) *Faciliter la procédure arbitrale*: ordre donné à une partie d'autoriser la recherche de certains éléments de preuve (par exemple, autoriser l'accès à des locaux pour inspecter des marchandises, des biens ou des documents); ordre donné à une partie de protéger des éléments de preuve (par exemple, de ne pas effectuer certains changements dans un lieu); ordre donné aux parties et à d'autres participants à une procédure arbitrale de protéger la confidentialité de la procédure (par exemple, de conserver les dossiers sous clef dans un certain endroit ou de ne pas dévoiler l'heure et le lieu de la procédure orale);

b) *Empêcher une perte ou un dommage et préserver un état de chose jusqu'au règlement du litige*: ordre de poursuivre l'exécution d'un contrat pendant la procédure arbitrale (par exemple, l'ordre donné à un entrepreneur de poursuivre des travaux de construction même si ce dernier fait valoir son droit de

les suspendre); ordre de ne pas faire jusqu'au prononcé de la sentence; ordre de protéger des marchandises (par exemple, de prendre des mesures de sécurité particulières, de vendre des denrées périssables ou de nommer un administrateur de biens); ordre de prendre des mesures appropriées pour éviter la perte d'un droit (par exemple, payer les droits voulus pour prolonger la validité d'un droit de propriété intellectuelle); ordre de nettoyage d'un site pollué;

c) *Faciliter l'exécution ultérieure de la sentence*: saisies de biens et actes analogues visant à préserver des biens dans la juridiction où la sentence devra être exécutée (les saisies peuvent viser par exemple des biens corporels, des comptes bancaires ou des créances); ordre de ne pas enlever des actifs ou l'objet du litige d'une juridiction; ordre de déposer le montant contesté sur un compte conjoint ou de déposer les biens meubles faisant l'objet du litige entre les mains d'un tiers; ordre donné à une ou plusieurs parties de fournir une provision (par exemple une garantie) au titre des frais de l'arbitrage ou ordre de fournir une provision pour la totalité ou une partie du montant réclamé par la partie.

64. Des mesures provisoires ou conservatoires peuvent viser des actifs ou des biens situés à l'intérieur ou à l'extérieur de la juridiction où a lieu l'arbitrage.

65. La liste des mesures possibles donnée ci-dessus n'est pas exhaustive. Les règlements d'arbitrage qui prévoient l'adoption de telles mesures par les tribunaux arbitraux ne donnent généralement pas une définition stricte de leur portée. Le libellé est souvent assez vague; par exemple, il est généralement prévu que le tribunal arbitral est autorisé à prendre les mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige; dans certains cas, le règlement d'arbitrage comprend des exemples de mesures pouvant être ordonnées (par exemple l'article 26-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Certains règlements habilitent le tribunal arbitral, en des termes généraux, à ordonner provisoirement, sous réserve de la détermination finale de la sentence, toute mesure qu'il serait habilité à ordonner dans une sentence.

66. Le caractère temporaire des mesures provisoires ou conservatoires se retrouve dans le fait (énoncé également dans certaines lois sur l'arbitrage) que toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par un tribunal arbitral doit pouvoir être réexaminée et modifiée par lui et doit, en tout état de cause, être sous réserve de la sentence définitive, étant entendu que celle-ci tient compte de toute mesure provisoire ou conservatoire précédemment ordonnée. Toutefois, une mesure provisoire peut avoir en elle-même des conséquences importantes et irréversibles même si elle est ultérieurement modifiée ou se révèle inutile compte tenu de la sentence définitive.

67. Certaines mesures provisoires ou conservatoires sont ordonnées par défaut, c'est-à-dire sur la demande d'une partie sans que l'autre partie concernée soit entendue. Les règlements d'arbitrage ne contiennent généralement pas de dispositions sur la possibilité d'ordonner des mesures par défaut et ne précisent pas le type de mesures qui peut être ainsi ordonné. Les raisons données dans les sentences arbitrales pour l'octroi de mesures par défaut sont notamment les suivantes: éviter une perte ou un dommage irréparable, urgence particulière ne permettant pas d'entendre l'autre partie (par exemple, les mesures concernant des denrées périssables) ou nécessité de ne pas donner notification préalable de la mesure à la partie visée (par exemple, une audience concernant une demande de mesure ordonnant de ne pas enlever des actifs d'une juridiction, peut donner à la partie visée le temps d'enlever lesdits actifs avant que la mesure soit ordonnée).

68. Ni les dispositions légales régissant les procédures arbitrales ni les règlements d'arbitrage ne contiennent normalement de dispositions indiquant expressément si une décision relative à une mesure provisoire ou conservatoire doit être motivée. Il apparaît qu'en général les tribunaux arbitraux rendent des décisions raisonnées.

B. Pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires

69. Les solutions législatives concernant le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ne sont pas uniformes. Dans certains pays, ce pouvoir est implicite. Dans d'autres, il existe des dispositions l'habilitant expressément à ordonner ce type de mesures. C'est le cas, par exemple, des pays qui ont adopté des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, dont l'article 17 énonce ce qui suit:

> "Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée."

70. En vertu de certaines lois sur l'arbitrage, le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires dépend d'une convention des parties et la loi se borne à reconnaître la validité de cette convention. Il y a aussi des pays où le tribunal arbitral est présumé ne pas être habilité à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et où l'on considère que les parties ne peuvent pas lui conférer ce pouvoir.

71. En vertu de nombreux règlements d'arbitrage, un tribunal arbitral est habilité à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Ainsi, l'article 26-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI énonce ce qui suit:

> "À la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant par exemple leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables.

72. Dans de nombreux pays, les parties peuvent décider de demander une mesure provisoire ou conservatoire soit au tribunal arbitral soit à une juridiction étatique. Lorsque le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué et qu'une partie souhaite demander une mesure provisoire ou conservatoire, elle peut uniquement s'adresser à une juridiction étatique. Cette possibilité est envisagée également dans la Loi type de la CNUDCI, qui non seulement habilite le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (voir l'article 17 susmentionné) mais prévoit également, dans son article 9, ce qui suit:

> "La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage."

L'article 9 de la Loi type se contente de déclarer que l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire par une juridiction étatique n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage. Mais ce sont les dispositions législatives en dehors de la Loi type qui déterminent si, et dans quelle mesure, la juridiction étatique est en fait habilitée à ordonner de telles mesures dans le cas d'un arbitrage en cours.

C. Arguments en faveur de la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral

73. Les arbitres n'ayant pas le pouvoir de faire exécuter de manière coercitive des mesures provisoires ou conservatoires, les praticiens soutiennent depuis quelques années dans diverses instances que c'est au législateur d'examiner cette question. En faveur de cette force exécutoire, on avance généralement des arguments tels que le fait qu'une sentence définitive n'aura probablement que peu de valeur pour la partie gagnante si des actes de la partie récalcitrante ont rendu l'issue de la procédure largement sans effet (en raison, par exemple, de la dispersion des actifs ou de leur transfert dans une autre juridiction); ou le fait qu'il faudrait empêcher une perte

ou un dommage évitable (par exemple si une partie refuse de prendre des précautions sur un chantier ou si elle ne poursuit pas les travaux pendant la procédure de règlement du litige). Ainsi, avance-t-on, une mesure provisoire ou conservatoire peut, dans certains cas, être aussi importante dans la pratique qu'une sentence.

74. On a fait observer, à propos des arguments en faveur de la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires, que les arbitrages internationaux se tiennent souvent dans des lieux où aucune des parties n'a d'actifs ou n'effectue d'opérations commerciales (les lieux dits "neutres"). Par conséquent, une mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral doit souvent être exécutée en dehors du pays où a lieu l'arbitrage. Partant et, dans la mesure où il est possible d'établir un régime d'assistance des juridictions étatiques pour l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, les tribunaux de l'État où a lieu l'arbitrage comme ceux d'autres États devraient pouvoir faire exécuter ce type de mesure.

75. Il convient de noter, toutefois, que dans la pratique les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral sont souvent exécutées sans l'intervention d'une juridiction étatique, notamment pour les raisons suivantes: la partie visée ne veut pas déplaire au tribunal arbitral, qu'elle souhaite convaincre que sa position est justifiée; le tribunal arbitral peut tirer des conclusions négatives d'un refus de se conformer à une mesure (par exemple dans le cas d'un ordre de protéger un élément de preuve); le tribunal arbitral peut rendre une sentence sur la base des éléments en sa possession; et le tribunal arbitral peut décider que les frais ou dommages-intérêts découlant de la non-application de la mesure seront à la charge de la partie récalcitrante et l'indiquer dans la sentence. Toutefois, on a fait observer que, très souvent, les mesures provisoires ou conservatoires ne sont pas appliquées et que les incitations susmentionnées peuvent ne pas être suffisantes ou efficaces.

76. Certains proposent que les parties à un arbitrage qui ont besoin de mesures provisoires ou conservatoires ayant force exécutoire s'en remettent au système judiciaire, comme de nombreuses lois nationales leur en donnent la possibilité. On a cependant fait observer, en réponse à cet argument, qu'une telle démarche pourrait poser certains problèmes. Par exemple, l'obtention d'une mesure peut prendre beaucoup de temps, du fait notamment que le tribunal étatique peut demander des exposés sur la question ou parce qu'il peut être interjeté appel de sa décision. En outre, la compétence des tribunaux étatiques du lieu de l'arbitrage peut ne pas s'étendre aux parties ou aux actifs visés. La procédure d'arbitrage étant souvent menée dans un État qui n'a que peu ou rien à voir avec l'objet du litige, il peut être nécessaire de demander à une juridiction étatique d'un autre État d'examiner la question et d'ordonner une mesure. Par ailleurs, dans certains pays, la loi n'offre pas aux parties la possibilité de demander à une juridiction étatique d'imposer une mesure provisoire ou conservatoire, au motif qu'en concluant une convention d'arbitrage, les parties sont censées avoir exclu l'intervention des juridictions étatiques dans le litige; en outre, même s'il a compétence pour ordonner une mesure provisoire ou conservatoire, un tribunal judiciaire peut hésiter à le faire au motif que cette tâche incombe davantage au tribunal arbitral.

77. Certains soutiennent par conséquent que les ressources seraient mieux employées si les parties avaient la possibilité d'adresser leur demande de mesures provisoires ou conservatoires directement au tribunal arbitral plutôt qu'à une juridiction étatique, et si l'intervention de cette dernière pouvait donner force exécutoire à ces mesures rapidement. Une telle possibilité est jugée souhaitable, en particulier parce que le tribunal arbitral connaît déjà l'affaire, a généralement davantage d'informations techniques sur la question et peut rendre une décision plus rapidement que la juridiction étatique.

78. Lorsqu'il examinera ces arguments, le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte du fait que la nécessité de donner aux mesures provisoires ou conservatoires un véritable caractère exécutoire avec l'assistance des juridictions étatiques ne se fait pas sentir de la même façon dans tous les cas. Par exemple, lorsqu'un tribunal arbitral ordonne une des mesures mentionnées à l'alinéa a) du paragraphe 63 (visant à faciliter la procédure arbitrale), et qu'une partie n'applique pas l'une de ces mesures, ledit tribunal peut en tirer des conclusions négatives et rendre sa sentence en se fondant sur les informations et les éléments de preuve dont

il dispose. En outre, ou sinon, le tribunal arbitral peut tenir compte de l'inexécution de la mesure dans sa décision finale sur les frais de la procédure. Par conséquent, pour ce qui est de ces types de mesure, le tribunal arbitral peut exercer sur les parties une pression considérable, qui peut réduire la nécessité de demander l'intervention d'une juridiction étatique.

79. Lorsque la mesure est une de celles mentionnées à l'alinéa b) du paragraphe 63 (visant à éviter une perte ou un dommage irréparable ou à préserver un état de chose jusqu'au règlement du litige), le tribunal arbitral pourra aussi normalement faire supporter à la partie récalcitrante les frais ou dommages-intérêts découlant de son manquement. Néanmoins, malgré cette possibilité, un manquement peut avoir des conséquences graves et irréversibles et on peut estimer qu'il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de prévoir l'assistance d'une juridiction étatique pour faire exécuter une mesure ordonnée par un tribunal arbitral.

80. Lorsque la mesure fait partie de celles qui sont mentionnées à l'alinéa c) du paragraphe 63 (visant à faciliter l'exécution ultérieure de la sentence), et lorsqu'une partie est déterminée à tenter d'empêcher l'exécution de la sentence, le tribunal arbitral ou la partie intéressée peut n'avoir aucun moyen efficace d'éviter les conséquences négatives de l'inexécution de la mesure ordonnée. Dans la pratique, la sentence peut ainsi demeurer largement sans valeur pour la partie en faveur de laquelle elle a été prononcée. Par conséquent, étant donné l'importance du problème que peut poser la mauvaise volonté d'une partie et le manque de moyens efficaces dont dispose le tribunal arbitral ou l'autre partie pour résoudre ce problème, c'est pour l'exécution de ce type de mesures provisoires que l'aide d'un tribunal judiciaire peut être la plus nécessaire.

D. Points examinés par la Commission

81. Lorsque la Commission a examiné la question de la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral (A/54/17, par. 371), ses membres ont largement convenu qu'elle était de la plus haute importance dans la pratique, quoique non traitée de façon satisfaisante, dans de nombreux systèmes juridiques. On a estimé que les solutions que la Commission élaborerait à cet égard constitueraient une réelle contribution à la pratique de l'arbitrage commercial international. Par ailleurs, cette question devait, de l'avis général, être traitée par la voie législative.

82. Quant aux travaux possibles, plusieurs observations et propositions ont été faites (A/54/17, par. 372). Il a notamment été suggéré d'envisager, outre l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires dans l'État où l'arbitrage a lieu, leur exécution hors du territoire de cet État. On a avancé que les travaux futurs pourraient avoir pour objectif de rendre exécutoires les mesures provisoires ou conservatoires au même titre que les sentences arbitrales, mais qu'il ne fallait pas perdre de vue que ces mesures se distinguaient des sentences arbitrales sur quelques points importants (ainsi, une mesure provisoire pouvait être ordonnée par défaut et revue par un tribunal arbitral à la lumière de circonstances nouvelles). En ce qui concerne les mesures adoptées par défaut, on a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, elles ne pouvaient être ordonnées que pour une période limitée (10 jours, par exemple) et qu'une audience devait par la suite se tenir afin de revoir ladite mesure. Il a aussi été proposé d'examiner la question de l'aide des juridictions étatiques dans l'arbitrage (sous forme de mesures provisoires ou conservatoires avant le début de la procédure arbitrale).

E. Solutions législatives actuelles

a) Convention de New York

83. Il arrive parfois que les tribunaux arbitraux imposent des mesures provisoires ou conservatoires sous la forme de sentences provisoires. Une telle possibilité est expressément envisagée, par exemple, dans l'article 26-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Se pose alors la question de savoir si la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères vise également de telles sentences provisoires.

Dans la mesure où la Convention ne définit pas le terme “sentence”, il est difficile de déterminer si elle s’applique aussi aux sentences provisoires. Selon l’avis qui prévaut, confirmé par la jurisprudence dans certains États, la Convention ne s’applique pas à ces sentences.

b) Loi type de la CNUDCI

84. La Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international traite expressément, dans son article 17, du pouvoir du tribunal arbitral d’ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire qu’il juge nécessaire et d’exiger de toute partie le versement d’une provision appropriée. Par contre, elle reste muette sur la question de l’exécution.

85. Lorsqu’au cours de l’élaboration de la Loi type, le Groupe de travail a examiné la teneur de l’article 17, ce dernier contenait la phrase suivante: “Si l’exécution d’une mesure provisoire devient nécessaire, le tribunal arbitral peut solliciter à cet effet l’assistance [d’un tribunal compétent] [du Tribunal visé à l’article V]”.[5] Selon une des vues exprimée au sein du Groupe de travail, l’assistance des tribunaux en matière d’exécution était souhaitable et devait être offerte. Selon une autre opinion, que le Groupe de travail avait adoptée après délibération, la phrase devait être supprimée car elle traitait d’une manière incomplète d’une question touchant au droit procédural national et à la compétence des tribunaux et ne serait sans doute acceptée que par peu d’États. Il avait été entendu, cependant, que la suppression de la phrase ne devrait pas être interprétée comme interdisant cette assistance dans les cas où un État était disposé à la fournir en vertu de son droit procédural.[6]

c) Lois nationales

86. En ce qui concerne le caractère exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral, les législateurs ont adopté des approches diverses. Dans de nombreux États, la loi ne dit rien sur ce point. Dans d’autres, on trouve des dispositions prévoyant expressément l’exécution de ces mesures.

87. Dans plusieurs pays, la législation prévoit que les dispositions relatives à la reconnaissance et à l’exécution des sentences s’appliquent également aux mesures ordonnées par le tribunal arbitral.

88. Dans d’autres pays, la loi prévoit que, lorsqu’une partie n’exécute pas la mesure ordonnée par le tribunal arbitral, ce dernier peut demander l’aide d’une juridiction étatique pour la faire exécuter; dans d’autres encore, une partie peut demander une telle assistance et ailleurs, ce sont les deux qui peuvent le faire.

89. Dans un cas, la loi prévoit que le tribunal judiciaire peut rendre une ordonnance contraignant une partie à exécuter une mesure “impérative” ordonnée par le tribunal arbitral. La demande peut être faite soit par le tribunal arbitral après notification aux parties, soit par une partie avec l’autorisation du tribunal et après notification à l’autre partie. Cette procédure n’est possible que lorsque toutes les possibilités de la procédure arbitrale ont été épuisées et après qu’un délai raisonnable a été donné à l’autre partie pour exécuter la mesure ordonnée par le tribunal.

90. Dans un autre cas, une juridiction étatique peut autoriser l’exécution d’une mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par un arbitre, sauf si une autre juridiction a déjà été saisie d’une demande de mesure correspondante. La juridiction étatique est habilitée à reformuler la décision rendue par le tribunal arbitral si

---

[5]Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa sixième session (1983), A/CN.9/245, Annuaire de la CNUDCI, vol. XV: 1984, deuxième partie, II, A, 1, par. 70.

[6]Ibid., par. 72.

cela est nécessaire pour faire exécuter la mesure. Elle peut également, sur demande, annuler ou modifier la décision de faire exécuter la mesure. En outre, s'il s'avère qu'une mesure ordonnée par le tribunal arbitral était dès le début non fondée, la partie qui a obtenu son exécution est tenue d'indemniser l'autre partie.

91. Dans plusieurs pays, lorsqu'une partie demande à un tribunal judiciaire d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et que le tribunal arbitral a déjà statué sur toute question relative à cette demande, le tribunal judiciaire doit considérer que la décision du tribunal arbitral ou tout point de fait établi pendant la procédure sont déterminants aux fins de la demande.

F. Possibilités d'harmonisation

a) Mesures provisoires ou conservatoires internes et étrangères

92. Comme il a été noté au paragraphe 74, dans les affaires d'arbitrage internationales, le lieu de l'arbitrage est souvent choisi pour des raisons de commodité (pour les parties et pour les arbitres) et à cause de l'existence de certains services, plutôt qu'en raison du lien avec l'objet du litige. De ce fait, nombre des mesures ordonnées dans ce type d'arbitrage devront à être exécutées en dehors de l'État où a lieu l'arbitrage. Toutefois, même lorsqu'un arbitrage international a lieu dans l'État où se situe l'objet du litige, le tribunal arbitral peut très bien ordonner des mesures qui devront être exécutées dans d'autres États. Compte tenu de ces éléments, le Groupe de travail pourrait juger souhaitable d'élaborer un système permettant l'exécution par une juridiction étatique de mesures ordonnées dans des arbitrages ayant lieu à l'extérieur comme à l'intérieur de l'État où est située la juridiction étatique d'exécution. Au cas où des mesures étrangères appelleraient un traitement différent, il serait possible de spécifier des exceptions.

b) Application des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales aux mesures provisoires ou conservatoires

93. Le Groupe de travail pourrait notamment envisager une solution selon laquelle la juridiction étatique d'exécution traiterait une mesure provisoire ou conservatoire, aux fins de son exécution, comme une sentence arbitrale et lui appliquerait les dispositions régissant la reconnaissance et l'exécution des sentences. (Dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, les dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales, rendues aussi bien dans l'État d'exécution que dans un autre État, sont contenues dans les articles 35 et 36.) Plusieurs pays ont adopté une telle solution. Par exemple, il est parfois prévu que, sauf convention contraire des parties, les dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences s'appliquent aux mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral comme si une référence à une sentence dans ces dispositions équivalait à une référence à de telles mesures. Dans certains pays, l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires est soumise au régime d'exécution applicable aux sentences arbitrales uniquement si les parties en ont convenu ainsi. Il convient de noter, toutefois, que les solutions adoptées par ces pays s'appliquent aux arbitrages qui y ont lieu. Ces lois nationales ne contiennent aucune disposition concernant l'exécution des mesures ordonnées dans des arbitrages ayant lieu dans un pays étranger.

94. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il convient de partir d'une telle approche pour élaborer un régime harmonisé d'exécution des mesures provisoires et conservatoires. Elle pourrait avoir pour avantage d'être fondée sur un régime qui a fait ses preuves dans la pratique.

95. Le Groupe de travail devra peut-être examiner également la question de savoir si un régime fondé sur une telle approche peut être étendu également aux mesures provisoires et conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral en dehors de l'État de la juridiction étatique saisie pour faire exécuter la mesure. Pour déterminer s'il convient d'étendre un tel régime aux mesures étrangères, on pourrait prendre en considération le fait que la

notion de mesure provisoire et conservatoire varie selon les systèmes juridiques et que, par conséquent, une juridiction étatique peut recevoir une demande de mesure qui n'est pas connue ou peu courante dans son système juridique. On citera à cet égard plusieurs exemples: certains systèmes reconnaissent plus que d'autres les mesures par défaut; dans certains États les tribunaux arbitraux ordonnent des mesures provisoires ou conservatoires "impératives" dont l'exécution entraîne des sanctions; si la mesure ordonnée par le tribunal arbitral n'est pas motivée ou si les motifs donnés sont insuffisants, la juridiction étatique peut avoir des difficultés à la faire exécuter étant donné qu'il lui est difficile d'évaluer les considérations d'ordre public qui s'y rattachent. Par ailleurs, la législation sur l'arbitrage dans l'État de la juridiction étatique d'exécution peut ne pas habiliter le tribunal arbitral à ordonner certains types de mesures provisoires ou conservatoires (par exemple, la saisie de biens ou de certains types de biens).

96. On notera, toutefois, que même lorsque la mesure a été ordonnée par un tribunal arbitral dans l'État où elle doit être exécutée, elle peut être inconnue ou inhabituelle pour la juridiction étatique chargée de l'exécuter. En effet, dans le domaine de l'arbitrage le droit procédural laisse en général aux parties et au tribunal arbitral une grande latitude quant à l'organisation de la procédure (voir par exemple l'article 19 de la Loi type de la CNUDCI) et le tribunal arbitral peut par conséquent suivre pour l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires des règles et des pratiques différentes de celles qui sont normalement appliquées dans l'État où l'arbitrage a lieu.

97. Dans les situations susmentionnées les tribunaux judiciaires peuvent être réticents à faire exécuter ces mesures, qu'elles soient ordonnées dans l'État du tribunal d'exécution ou en dehors de cet État. Les difficultés que peuvent présenter l'exécution pourraient être surmontées en prévoyant que seules sont exécutoires les mesures conformes à certaines conditions procédurales de l'État du tribunal d'exécution. Par exemple, une mesure par défaut peut être exécutoire lorsque la juridiction étatique s'est assurée que les deux parties ont pu faire valoir leurs moyens. Il peut toutefois, être jugé trop difficile de formuler un ensemble harmonisé de conditions d'exécution des différents types de mesures provisoires ou conservatoires, y compris celles qui sont inconnues ou peu courantes dans l'État d'exécution. Une autre approche, plus souple et permettant de tenir davantage compte des différences existant entre les systèmes procéduraux, pourrait consister à laisser la juridiction étatique décider des modalités d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire.

c) Latitude de la juridiction étatique pour l'exécution d'une mesure

98. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si le régime à adopter devrait donner au tribunal d'exécution une certaine latitude quant à la manière de faire exécuter la mesure, et éventuellement quant à la décision d'exécution elle-même, en le laissant libre notamment d'adapter ladite mesure à son système procédural et à son système d'exécution. Il pourrait être nécessaire, pour ce faire, de modifier ou de reformuler le libellé de la décision. La solution consistant à donner une certaine latitude à la juridiction étatique aurait pour avantage de donner une base législative claire à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, tant nationales qu'étrangères, sans pour autant empiéter sur le système procédural et d'exécution de l'État. On favoriserait ainsi un développement de pratiques judiciaires concernant l'exécution de ce type de mesures, susceptible, peut-on espérer, d'encourager l'arbitrage.

99. Si l'on donne à la juridiction étatique une certaine liberté d'appréciation dans l'exécution d'une mesure provisoire et conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral, il pourrait être nécessaire de déterminer si la partie requérante doit alors présenter à cette juridiction des arguments visant à la convaincre de la nécessité de cette mesure. Par exemple, la partie demandant l'exécution devra-t-elle prouver les faits démontrant la nécessité de la mesure et présenter des arguments sur la forme et le montant de toute provision à verser? Par ailleurs, faudra-t-il entendre l'autre partie sur ces mêmes questions? Si les arguments doivent être entendus de nouveau par la juridiction étatique, alors qu'ils ont déjà été présentés au tribunal arbitral, le processus d'exécution risque d'être long. Le Groupe de travail pourrait donc souhaiter déterminer s'il conviendrait de prévoir que la juridiction

étatique a l'autorisation ou l'obligation de considérer les constatations de faits du tribunal arbitral comme concluantes.

d) Dispositions particulières traduisant la nature provisoire des mesures

100. Comme il a été noté au paragraphe 66 ci-dessus, les mesures d'urgence examinées ici ont un caractère provisoire ou temporaire par rapport à la sentence définitive. Elles ne représentent pas le règlement définitif du litige dans la mesure où elles peuvent être modifiées par le tribunal arbitral en fonction du déroulement de l'instance arbitrale, et celui-ci doit les prendre en considération et les intégrer dans sa décision finale. Cette caractéristique les distingue des sentences et peut appeler des dispositions particulières concernant leur exécution.

101. Une disposition spéciale peut être nécessaire du fait que, au moment de la demande d'exécution où à un moment quelconque après cette demande mais avant la sentence, le tribunal arbitral peut modifier la mesure provisoire ordonnée en raison d'un changement de circonstances (par exemple la partie requise est à même de démontrer qu'elle a des actifs suffisants dans la juridiction, ce qui peut permettre au tribunal arbitral de lever ou de modifier l'ordre qu'il a donné d'interdire le transfert de certains actifs hors de la juridiction; ou bien le risque de dommages irréparables invoqué pour ordonner la poursuite de l'exécution d'un contrat de construction peut disparaître, permettant ainsi la modification d'une mesure provisoire antérieure). Le Groupe de travail souhaitera peut-être, à ce propos, examiner la nécessité de prévoir une disposition habilitant la juridiction étatique à modifier son ordonnance d'exécution d'une mesure provisoire octroyée par un tribunal arbitral. Par ailleurs, il pourrait être nécessaire de prévoir une disposition faisant dépendre une ordonnance d'exécution d'une juridiction étatique de l'obligation de la partie requérante d'informer promptement ladite juridiction de toute modification de la mesure par le tribunal arbitral. Il faudrait peut-être prévoir également la fourniture, par la partie demandant l'aide d'une juridiction étatique, d'une provision appropriée pour l'exécution de la mesure provisoire.

G. Portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par le tribunal arbitral et procédure d'octroi

102. Dans le cadre de l'examen de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il serait souhaitable et possible d'élaborer un texte harmonisé sur la portée des mesures provisoires ou conservatoires qu'un tribunal arbitral peut ordonner et sur les règles procédurales en la matière.

103. De nombreuses lois sont rédigées dans des termes généraux habilitant le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. C'est le cas pour les pays qui ont adopté l'article 17 de la loi type, selon lequel le tribunal arbitral peut ordonner "à toute partie de prendre toutes mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du différend". Dans certains pays, la formulation est plus précise; par exemple, les arbitres sont expressément habilités à ordonner des saisies ou le dépôt de biens auprès d'un tiers. D'autres lois contiennent des formules plus restrictives et énoncent par exemple que les arbitres ne sont pas habilités à ordonner la saisie de biens.

104. D'après les praticiens et les institutions arbitrales, les parties demandent de plus en plus souvent des mesures provisoires ou conservatoires. Cette tendance, ainsi que le manque d'orientations claires données aux tribunaux arbitraux quant au champ d'application des mesures provisoires ou conservatoires qu'ils peuvent ordonner et les conditions à respecter pour leur octroi peuvent entraver le bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international. Les incertitudes des tribunaux arbitraux, qui peuvent les amener à s'abstenir d'ordonner des mesures, risquent d'avoir des conséquences indésirables (par exemple une perte ou un dommage inutile ou l'inexécution de la sentence par une partie qui rend délibérément des actifs inaccessibles au

demandeur). Une telle situation peut également inciter les parties à demander des mesures provisoires ou conservatoires aux juridictions étatiques plutôt qu'aux tribunaux arbitraux, alors que ces derniers seraient bien placés pour les ordonner, d'où des frais et des retards inutiles (par exemple en raison de la nécessité de traduire des documents dans la langue de la juridiction étatique et de présenter des éléments de preuve et des arguments au juge).

105. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il serait souhaitable d'élaborer un texte harmonisé sur l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires par les tribunaux arbitraux. Un tel texte pourrait prendre la forme de dispositions législatives uniformes ou d'un texte non législatif tel que des règles contractuelles types sur lesquelles les parties pourraient s'accorder. Il serait aussi possible d'élaborer des principes directeurs ou un guide pratique visant à aider les parties et les arbitres. Ces principes directeurs ou ce guide pourraient décrire et analyser les différences entre les divers types de mesures provisoires ou conservatoires, les critères appliqués par les tribunaux arbitraux pour déterminer s'il convient d'ordonner des mesures particulières, les procédures relatives à la demande et à l'octroi et les moyens dont peut user un tribunal arbitral pour appliquer lui-même des sanctions pour faire exécuter certaines mesures par rapport à d'autres exigeant l'aide d'une juridiction étatique.

106. Si le Groupe de travail estime qu'il conviendrait d'entreprendre des travaux dans cette direction, il pourrait s'inspirer pour ce faire des Mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international, adoptées en 1996 par le Comité sur la procédure civile et commerciale internationale de l'Association de droit international (ILA).[7] Ces principes, reproduits ci-après au paragraphe 108, se limitent aux mesures provisoires et conservatoires qui peuvent être ordonnées par les juridictions étatiques; toutefois, un certain nombre des idées qui les ont inspirés semblent applicables, *mutatis mutandis*, aux mesures ordonnées par les tribunaux arbitraux.

107. Si les travaux concernant l'octroi de mesures provisoires par les tribunaux arbitraux semblent prometteurs, le Groupe de travail souhaitera peut-être procéder à un échange de vues sur la question, y compris sur la forme que pourrait prendre le texte à adopter, et demander au secrétariat de réaliser une étude visant à faciliter l'examen ultérieur du sujet. Ce dernier semble suffisamment distinct de celui de l'exécution des mesures (examiné ci-dessus aux paragraphes 63 à 102) pour être traité à part; par exemple, un sujet pourrait être traité dans un texte non législatif et l'autre dans un texte législatif.

108. On trouvera ci-après le texte des Principes de l'Association de droit international sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international:

Champ d'application des principes

1. Les mesures provisoires ou conservatoires poursuivent deux objectifs principaux dans le contentieux civil et commercial:

a) préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché; ou

b) saisir des biens pouvant servir à satisfaire les condamnations du jugement à intervenir.

2. Les présents principes sont destinées à être d'application générale dans le contentieux privé international. Toutefois, ils ont été rédigés en ayant à l'esprit une situation type appartenant à la catégorie énoncée au paragraphe 1 b) ci-dessus ayant trait à des mesures de blocage des biens du défendeur sous la forme de fonds déposés sur un compte bancaire.

[7] Association de droit international, rapport de la soixante-septième conférence tenue à Helsinki (Finlande) du 12 au 17 août 1996, publié par l'Association de droit international, Londres, 1996, p. 202 à 204.

Caractéristiques de la mesure

3. Sur une base non discriminatoire, les États devraient mettre à la disposition des plaideurs des mesures provisoires ou conservatoires permettant de saisir des biens destinés à satisfaire les condamnations résultant du jugement à intervenir.

4. L'octroi de telles mesures devrait être soumis à la libre appréciation du juge. Elles devraient pouvoir être ordonnées:

a) si le demandeur démontre la vraisemblance de son action au fond, sans que les éléments de preuve qui lui sont demandés soient appréciés aussi strictement que pour l'action au fond elle-même, en vertu de la loi applicable à celle-ci; et

b) si le demandeur démontre que le dommage potentiel qu'il pourrait subir est plus important que celui que le défendeur pourrait subir.

5. Le défendeur ne devrait pas être en droit de protéger ses biens derrière le voile de la personnalité morale d'une entité juridique séparée ou d'autres subterfuges.

6. Le demandeur devrait faire en sorte que le défendeur soit promptement informé de la décision rendue, nonobstant toute formalité de notification de la décision prescrite par la loi et les conséquences juridiques qui peuvent en découler.

7. Le défendeur devrait avoir le droit d'être entendu dans un délai raisonnable et de contester la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée.

8. Le tribunal devrait avoir le pouvoir d'exiger des garanties du demandeur ou de poser d'autres conditions en cas de dommage causé au défendeur ou à des tiers du fait de l'octroi de la mesure. En décidant si une garantie doit être imposée au demandeur, le tribunal devrait apprécier si le demandeur peut effectivement faire face à une action en dommages et intérêts destinée à compenser le dommage causé.

9. Le demandeur devrait avoir accès à des informations concernant les biens du défendeur, soit de plein droit soit sur décision de justice.

Mesures ordonnées à l'appui d'une action au fond portée devant une juridiction étrangère

10. La compétence juridictionnelle pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires devrait être indépendante de la compétence juridictionnelle sur le fond.

11. La seule présence de biens sur le territoire d'un État devrait constituer un chef de compétence suffisant pour octroyer des mesure provisoires ou conservatoires sur ces biens.

12. Un tribunal devrait pouvoir prononcer des mesures provisoires ou conservatoires seulement si le demandeur introduit une action au fond dans un délai raisonnable soit dans le for (s'il est compétent pour l'action au fond) soit à l'étranger (mais le tribunal ne prendra pas des mesures à l'appui d'une action au fond à l'étranger s'il n'existe pas une possibilité raisonnable que le jugement rendu par le tribunal étranger soit exécuté dans le for).

13. La mesure provisoire ou conservatoire devrait avoir une validité temporelle spécifiée et limitée. Son éventuel renouvellement doit être prononcé au regard des développements survenus devant le tribunal où l'action au fond est en cours d'examen.

14. Il est concevable qu'à la demande du défendeur, le tribunal compétent au fond puisse exercer un rôle de supervision sur les mesures provisoires ou conservatoires octroyées à l'étranger, en appréciant notamment si ces mesures cumulées sont justifiées compte tenu de l'action dans son ensemble et de la somme réclamée.

15. Le demandeur de mesures provisoires ou conservatoires doit informer le tribunal saisi d'une telle demande, de l'état d'autres demandes de même nature présentées à l'étranger ou de l'action au fond se déroulant à l'étranger. Il n'est pas exclu que les États habilitent leurs tribunaux, lorsque cela est possible, à communiquer directement avec les autorités judiciaires concernées à l'étranger.

Portée territoriale de la mesure

16. Un tribunal qui exerce légitimement sa compétence au fond devrait avoir le pouvoir de prendre des mesures provisoires ou conservatoires en ordonnant au défendeur en personne de bloquer ses biens, quelle qu'en soit la localisation.

17. Un tribunal qui n'exerce pas une compétence au fond, mais seulement pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires, verra cette compétence limitée aux seuls biens localisés sur son territoire. Sous réserve du droit international, les règles nationales (y compris les règles de conflit de lois) déterminent la localisation des biens.

Reconnaissance à l'étranger et coopération judiciaire internationale

18. À la demande de l'une des parties, un tribunal peut prendre en considération des décisions prises par d'autres tribunaux.

19. De plus, un tribunal devrait coopérer, si nécessaire, afin de préserver l'efficacité des mesures prononcées par d'autres tribunaux, tout en ordonnant éventuellement les mesures locales appropriées.

20. Ceci peut nécessiter une reconnaissance plus large des mesures prononcées à l'étranger. Le fait qu'une décision étrangère porte sur une mesure provisoire et non sur une mesure définitive mettant fin au litige ne doit pas être en lui-même un obstacle à sa reconnaissance ou à son exécution.

Forum arresti et *Forum patrimonii*

21. Le fait qu'un tribunal ait ordonné une mesure provisoire ou conservatoire ne constitue pas en lui-même un chef de compétence sur le fond, que la demande au fond soit limitée ou non à la valeur des biens bloqués.

Demandes en paiement d'une provision

22. Les procédures nationales qui permettent d'ordonner un paiement par provision (paiement effectué au bénéfice du demandeur qui peut être ensuite révisé au moment du jugement définitif sur le fond) ne peuvent être qualifiées de mesures provisoires ou conservatoires dans le contentieux privé international.

[Le chapitre III, "Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage", sera publié sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1]